

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

СЕНТЕМБАР — ДЕЦЕМБАР

1971.

Уређивачки одбор:

Др Војислав Бакић (главни и одговорни уредник),
др Смиља Аврамов, др Велимир Васић, др Драгаш Ден-
ковић, др Драгољуб Димитријевић, др Владимир Јова-
новић, др Љубица Кандић, др Драгољуб Кавран (секре-
тар Уређивачког одбора)

Сарадници одговарају за своје написе

У трошковима издавања овог часописа учествује Заједница за науч-
ни рад СР Србије

Лектор Вера Михаиловић

Технички уредник и коректор Вукосава Манојловић

Штампа: „Савремена администрација“ погон „Бранко Боновић“ — Београд

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XIX

Септембар — Децембар 1971.

Број 5 — 6

ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА

1. Сваки правни систем у свом мозаику правних регула налази места и за једно подручје на коме су веће могућности индивидуалне активности и егзалтације личности. То је домен, бар у принципу, иницијативе странака и могућности регулисања њихових односа изјавама њихових воља, у оквиру и духу законом утврђених правила. Од стране правног поретка странкама је пружена једна слобода уговорног уређења односа, слобода одлучивања, избора и регулисања тих односа. Та тзв. слобода уговарања била је, од најстаријег времена до наших дана, увек у праву присутна, али увек са својим веома покретљивим границама. Некада, са веома скромним оквири-ма, као да бледи и нестаје из правног поретка у коме се још само њени трагови примећују, да би у неком другом времену доминирала правним поретком у симбиози са идејом о превласти индивидуалне воље над законом. Посматрана са стансвишта великих кодификација грађанског права, у прошлости и данас, та слобода никада није апсолутна. Може се, дакле, говорити само о њеним ширим или ужим границама. То произилази већ из самог појма и двојства израза „слобода обвезати се“. Има у тим речима, ако се до краја доследно прати њихов смисао и значење, неког неслагања, неке антиномије ⁽¹⁾. Слободна воља претпоставља одсуство сваке унутрашње или спољашње препреке, она у ствари значи безузрочност вољне радње. Она је апсолутно слободна ако је сама себи узрок, ако сама од себе почиње и ако не наилази ни на какву препреку или сметњу у спољњем свету ⁽²⁾. С друге стране, „обвезати се“ управо значи поставити слободној вољи једну препреку, услед чега она више и није слободна. Додуше, ова доктрина индетерминизма није општеприхваћена и према доктрини детерминизма људска воља није слободна, јер је она увек потпуно одређена једном или другом групом представља, она је одређена законима стварности. Слобода није особина људске природе, већ је слобода одређена ситуација, тј. човеков однос према спољашњим условима или према себи самој и зато

⁽¹⁾ Дел Векио: Право, правда и држава. Расправе из филозофије права. Београд, 1940, стр. 110.

⁽²⁾ Петровијевић: О слободи воље, Београд, 1906, стр. 9' и сл.

се може говорити само о мањем или већем степену слободе ⁽³⁾. Индетерминизам би у праву нашао највеће упориште у теорији аутономије воље, док би детерминизам, у свом доследном значењу, свео уговорне субјекте на просте безвољне чиниоце. У уговорном праву, изгледа, нема места ни за један од ових праваца у њиховом искључивом смислу. Постоји у материји уговора слобода воље, али не у смислу њене безграничне аутономије, нити у смислу безвољних субјеката, већ у смислу једног принципа који трпи бројна ограничења и који никада у праву није био безрезервно прихваћен. То је у основи последица релативности свих категорија и регула друштвеног живота. То је последица дубоке потребе заједнице да, с једне стране, допусти и омогући слободно испољавање индивидуалне воље, али, с друге стране, да води рачуна о општим регулама заједнице које се не смеју препустити појединачној произвољности. Постоји поредак који изражава опште потребе једне правно организоване заједнице, један ред и извесност у примени тога поретка, који, у крајњој линији, служи и као гаранција управо индивидуалној вољи и њеном испољавању. Отуда се норме које представљају општеусвојена правила понашања у једној заједници не могу нарушавати вољом појединаца. Оне изражавају опште интересе, па и интересе самих странака у питању. Проблем није, дакле, у одстрањењу слободе или у пружању апсолутне слободе, већ у осећању мере како у једном дуалитету пронаћи право место једној и другој друштвеној потреби: слободи индивидуалне активности и заштити општинх добара једне заједнице. Решење, без сумње, не може бити произвољно од законодавца постављено, већ је оно диктирано степеном моралне, економске, филозофске и политичке еманципације једне средине. Ови метаправни чиниоци неминовно делују на карактер једног правног поретка. Њихова различитост је очигледна у разним срединама и разним временима. Отуда, и границе којима се обележава поље слободе уговарања нису исте у разним правним системима. Напротив, оне се мењају и суштински и по начину испољавања, мада се један минимум заједничког ипак може приметити, бар када су у питању извесне установе којима се то ограничење спроводи. Погледајмо, најпре, како су та ограничења изгледала у старом праву.

2. Ако се посматра историја римског права, од првобитних извора па до Јустинијана, може се рећи да је слобода уговарања, на један општи начин, била сачувана правилима снажно присутног формализма, као и оквирима појма *»boni mores«*. Првобитно римско право карактерише формализам

(3) У оквирима детерминизма срећу се две верзије појма слободе: теорија Хобса и Спинозе. Обе полазе од следећег: Човекова слобода није особина људске природе, није независна од узрочних условљености датих у подједнакој мери сваком човеку, него је то једна одређена ситуација — човеков однос према спољашњим условима или према себи самоме. Слобода није „дета“ човеку као уробена особина, него се може једино стицати и проширивати ширењем људске владавине — материјалне, интелектуалне или моралне — над природном средином. Слобода не претпоставља одрицање од детерминистичке интерпретације свега, па чак ни одрицање од најекстремније схваћене нужности ових догађаја; ситуација је исто као и све друге ситуације детерминисана законима стварности. Слобода је конкретна ситуација или пак збир конкретних ситуација. Према томе, може се говорити о мањем или већем степену слободе који је неки човек постигао, тј. о ужем или ширем обиму појава над којима је он способан да влада. Слобода је индивидуална ситуација — однос појединачног човека према околини или према самоме себи. Вид.: Колаковски: Филозофски есеји. Биће и постојање у појму слободе, Београд, 1964, с. 137.

у закључивању уговора. Правну заштиту уживали су само они уговори који су закључивани у строго прописаној форми, уз изговарање одређених речи, вршење одређених радњи, гестова, и сл. Испуњење форме представљало је конститутивни елемент уговора, тако да у одсуству форме уговор није настајао. Странке су се обвезивале испуњењем форме која је имала магијску моћ, тако да се један уговорник осећао обвезаним да изврши престацију према саговорнику, без обзира на његову противчинидбу. Изговорена реч или извршени обред производио је, готово увек, осећање религијског култа и страх од религијске санкције. Странке нису, дакле, поседовале слободу у избору начина испољавања воље, већ је све било унапред прописано и подређено „вањској одјећи” сходно правилу *»forma dat esse rei«*. Тај строги формализам који је „необично снажно цвetaо” ⁽⁴⁾ у првих шест векова Рима био је последица неразвијене размене и правног промета, неразвијености државног апарата, примитивности Римљана тога периода и великог утицаја религије на правни поредак ⁽⁵⁾. Неразвијеност друштвених односа и мали број уговора који је пратио ове односе није био терен на коме би индивидуална активност угрозила или нарушила постојећи поредак ствари. Ретки акти размене били су под апсолутном контролом форме, тако да странке нису биле у могућности да својом вољом учине нешто што би било супротно владајућим принципима тадањег времена. Индивидуална воља у том периоду била је, дакле, незнатне моћи у иначе ретким актима промета, а уколико је и долазила до изражаја, била је скучена и утиснута у строге и чврсте оквире форме. У таквим приликама, индивидуална воља у смислу уговорног обвезивања није могла представљати никакву опасност за постојећи друштвени поредак, због чега писани извори тога периода и не садрже ограничења воље у смислу данашњег јавног поретка, добрих обичаја и сличних појмова. Међутим, строги прописи о форми изјаве воље и њено свобење на унапред предвиђене оквире у којима једино може да ужива наклоност правног поретка, значе у суштини крупно ограничење слободе уговарања. То је ограничење многим ауторима послужило као основ закључку да у читавом периоду римског права није уопште постојала слобода уговарања, већ да је она плод каснијег времена ⁽⁶⁾. Такав закључак, изгледа, не би могао бити прихваћен, јер формализам ограничава странке у погледу избора начина испољавања воље, али не и у погледу основне опције: уговарати или неувоварати. Чак и у погледу ограничења слободе воље путем форме, историја римског права пружа доказе о томе да индивидуална воља није била притиснута формом увек на исти начин и истим интензитетом.

(4) *Bonnecase: Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. II, Paris, 1923, стр. 453.*

(5) Стојчевић: Римско облигационо право, Београд, 1960, стр. 33; *Ihering: L'esprit du droit romain, t. III, Paris, 1887, стр. 210; Cuij: Les institutions juridiques des romains, t. I, Paris, 1891, стр. 720; Levy-Bruhl: Aspects sociologiques du droit, Paris, 1955, стр. 89; De Kulanž: Античка држава, Београд, 1956, стр. 149; Машкин: Историја старог Рима, Београд, 1951, стр. 84; *Girard: Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1911, стр. 484; Lepointe-Monier: Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Paris, 1954, с. 185.**

(6) По извесним ауторима аутономија воље има свој извор у канонском праву. Вид.: *Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1927, стр. 39; Planiol-Ripert; Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, Paris, 1930, стр. 19 и сл. Waline: L'individualisme et le droit, Paris, 1945, стр. 169; насупрот: Gounot: Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Dijon, 1912, стр. 84; Благојевић: Уговори по присанку, Београд 1934, стр. 19.*

том. Напротив, већ у периоду Републике, извесни уговори се потпуно ослобађају форме, док се други и даље заључују у прописаној форми, али форми која је сада далеко једноставнија и лакша. Тачно је, додуше, да се римско право није никада на један општи начин ослободило правила *«ex nudo pacto actio non nascitur»*, али је исто тако тачно да је римско право током своје историје све више признавало пуноважност неформалних уговора, да би у Јустинијановом праву наишли на велики број уговора ослобођених сваке форме. Зато се може рећи да је и у римском праву постојала слобода уговарања, која је, бар што се тиче ограничења путем формализма, била све већа са еволуцијом овога права. Међутим, како је формализам током времена слабио пружајући на тај начин шире поље индивидуалној вољи, све се више учвршћивао појам *«mores»*, а доцније и *«boni mores»*, као значајан начин преко кога се вршило ограничење слободе уговарања. После првих шест векова римског права и владавине првобитног схватања формализма јавља се појам *«mores»* који је представљао основне обичаје владајуће у приватном и јавном сектору живота и прихваћене од свих у граду Риму (7). Повреда *«mores populi Romani»* је истовремено и повреда основа права односно правних принципа (8). Према архаичном схватању, чувар јавног морала био је цензор који је водећи *«nota censoria»* спречавао повреду јавних обичаја путем јавног и званичног укора упућеног ономе ко наруши јавни морал. То није била грађанскоправна санкција, већ више једна репресијзна мера установљена од магистрата (9). Уосталом, последице недопуштеног уговарања нису, по класичном праву, биле исте у свим случајевима таквог уговарања. Различитост санкција у том погледу послужила је римским правницима да све законе поделе на оне који су забрањени уговор проглашавале ништавим (*leges perfectae*), законе који нису предвиђали ништавост него само казну или друге неповољне последице за уговорника који је прекршио закон (*leges minus quam perfectae*) и најзад, законе који су извесне уговоре забрањивали, али нису предвиђали никакву санкцију (*leges imperfectae*). Ништавост као општа и јединствена санкција забрањених уговора постала је тек у петом веку (439. г.), за време цара Теодосија II и Валентинијана III (10). Иначе, *«mores civitatis»* у историји римског права нису остали исти. Они су се мењали, и у том смислу, грчка филозофија је имала великог утицаја. Постепено, поред старих римских обичаја *«mos majorum»*, у живот Римљана продиру страни обичаји тако да долази до супротстављања између обичаја града *«boni mores»* и страних обичаја *«mali mores»* (11). Римски правници тога доба нису били наклоњени продору страних обичаја. О продирању нових обичаја и грчке филозофије у живот Римљана, Марко Тулије Цицерон је писао да се на отаџбинско тло не увози само роба и нова учења него и нови обичаји и нов морал, тако да од старих римских обичаја ништа не остаје нетакнуто (12). Настојање да се што више заштите *«boni mores»*

(7) Senn: *Des Origines et du contenu de la notion de bonnes moeurs*, Recueil d'études sur les Sources du Droit, in l'honneur de François Gény, Paris, 1934, t. I, стр. 53 и сл.

(8) Koschimbahr-Lyskowski: *Conventiones contra bonos mores*, Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil, Paris, 1926, t. II, стр. 30.

(9) Simon: *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941, стр. 20.

(10) Хорват: Римско право, Загреб, 1967, стр. 192.

(11) D. 47. 10. 15. 6

(12) Cicero, *De Republica*, 2. 4.

добило је од седмог века Рима и практични правни изглед, у чему је велику улогу одиграо претор. Увођењем *exceptio doli* могао се одбити захтев тужиоца с позивом на повреду добрих обичаја ⁽¹³⁾. Тако се, ради очувања старих римских обичаја и одбране од страних утицаја све више учвршћивао појам »*boni mores*« као граница слободе уговарања. Али, ипак овај појам није могао да остане имун од продора страних утицаја, а посебно утицаја грчке филозофије. Она је постепено све дубље и дубље продирала у римске концепције ⁽¹⁴⁾. Она поучава своје нове присталице да по природи ствари постоје обичаји који су добри и који нису добри и да се та квалификација заснива једино на општем мишљењу. У складу са добрим обичајима поступа онај ко поштује „природне принципе“, а то значи онај ко се придржава савесности, онај ко ради и производи, подиже и васпитава децу, испуњава религијске обавезе, поштује другог, и сл. ⁽¹⁵⁾. Према томе, повреда „добрих обичаја“ није само напад на правне принципе већ и на принципе морала. Отада, појам „добри обичаји“ постаје веома широк. При томе, нису била напуштена ни стара схватања о обичајима града Рима, тако да су они увек остали »*mores civitatis*«, али са тенденцијом да се посматрају као »*boni*«, што је заслуга грчке филозофије. Поступати »*contra bonos mores*« значило је тада и поступати »*turpe*« ⁽¹⁶⁾. Према тексту Папинијануса, супротан је добрим обичајима сваки акт којим се вређа пиетет, побожност, милосрђе, правична накнада и истина ⁽¹⁷⁾. С друге стране, према старим обичајима града, слободан човек не може бити продан ⁽¹⁸⁾, отров не може бити предмет уговора ⁽¹⁹⁾, а такође, ни *res sacrae* ⁽²⁰⁾, итд. Све је то ван промета и супротно поступање би било противно добрим обичајима — »*adversus bonos mores civitatis*«. Претор на један општи начин не признаје важност ових уговора јер су они супротни основама права ⁽²¹⁾. Од интереса је помнути и један Улпијанов фрагмент који гласи: »*Privatorum conventio juri publico non derogat*« ⁽²²⁾, а који се повезују са текстом Папинијуса: »*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*« ⁽²³⁾. Очигледно је да се и овим текстовима постављају границе индивидуалној вољи. Међутим, речи »*jus publicum*« ипак се не могу схватити као синоним појма јавног поретка и добрих обичаја, како то извесни аутори мисле ⁽²⁴⁾. *Jus publicum* према *Digestata* је оно право које се односи на римску државу, а приватно оно које се тиче користи појединаца ⁽²⁵⁾. Зато изгледа да је појам »*boni mores*« шири од »*jus publicum*« и да стога представља општини оквир којим се ограничава слобода уговарања. Као што смо видели, он је испуњен старим обича-

(13) Senn: наведено дело, стр. 59; D. 47. 10. 15. 2; D. 47. 10. 15. 23.

(14) Senn: *De la Justice et du Droit*, Paris, 1927, стр. 4 и сл.

(15) Senn: *Des origines et du contenu de la notion de bonnes moeurs*, *Recueil d'études sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, Paris, 1934, t. I, стр. 60 и сл.

(16) D. 2. 14. 27. 4; D. 45. 1. 26. 27; D. 45. 1. 123; D. 47. 10. 15. 2

(17) Simon: наведено дело, стр. 23.

(18) D. 18. 1. 70

(19) D. 18. 1. 30. 32

(20) D. 18. 1. 22; D. 45. 1. 83. 5

(21) D. 47. 10. 15. 6

(22) D. 50. 17 *De regulis juris*, 45, 1

(23) D. 2. 14. 38

(24) Вид.: Simon: наведено дело, стр. 56.

(25) D. 1, 1, 2.

јима (*«mores»*), али, доцније, проткан и чисто етичким концептом (*«boni»*) који се углавном формирао под утицајем грчке филозофије. Ако се хоће, на крају једним скрућеним погледом да обухвати еволуција граница слободе утоварања у римском праву, може се рећи да су те границе на неки општи начин чинили формализам и појам *«boni mores»*. У периоду потпуне владавине формализма и неразвијених друштвених односа није било потребе за посебним прописима о заштити општих интереса, у смислу данашњег појма јавног поретка и добрих обичаја, пошто су прописи о форми покривали поље заштите тих интереса. Међутим, како је еволуција текла у правцу ослобађања права од формализма упоредо са развојем друштвених односа и правног промета, јављале су се и регуле обухваћене појмом *«boni mores»*, којима се штитио постојећи правни и морални поредак. Отуда, иако римско право није познавало израз „јавни поредак“, он се, у суштини, и у том праву налази са увек истим циљем да спречи домаћај индивидуалне воље преко граница утврђених основним принципима и установама једног друштвеног поретка.

3. Доба раног феудализма карактерише се поновном владавином формализма у уговорном праву. После пропасти римске државе долази до великог застоја у развоју права и правне науке. Враћање на натуралну затворену кућну привреду, нарочито у западним областима Римске Империје, није био процес у коме би се облигационо право, као право промета, могло развијати. Варварски законици (*Lex Salica, Lex Ripuaria, Lex Alamannorum, Lex Visigothorum, Lex Burgundiorum*, и др.) означавају повратак архаичног формализма у коме поново преовлађује симболика и ритуал. Правни послови се закључују у строго одређеним формама уз испуњење симболичких гестова. Обавезе странака нису последица њихове сагласности, већ фактичког преноса ствари или извршеног обреда. Постоје две велике категорије уговора: они који се закључују *«res»* и они који су потчињени другим формалностима. Купопродаја која се у римском праву ослободила сваке форме постала је у овом периоду реални уговор. Обавеза купца да плати цену не настаје из сагласности о предмету и цени, већ из факта што је ствар једне од странака прешла на другу. Форма уговора огледала се у извршењу једног обреда у коме се дужник обвезивао да ће извршити одређену обавезу према повериоцу, предајући оване штап (*festuca*). То су били односи засновани на тзв. *fides facta*⁽²⁶⁾. Позивање на добре обичаје било је ретко у овој епохи. Веће присуство форме и формализма сводило је појам добрих обичаја на уске оквире и не много значајне институте друштвеног поретка. У ствари, захтеви строгог формализма тада су представљали довољну гарантiju од повреде друштвеног поретка индивидуалном вољом. Строгост форме поново преузима функцију појма *«boni mores»* који се од доба републике римског права почео нагло ширити. На тај начин, границе слободе утоварања у доба раног феудализма у многоме подсећају на границе постављене још у првобитном римском праву. Ипак, неки фрагменти, у смислу позивања на добре обичаје у овом периоду, заслужују да буду по-

(26) Brissaud: *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, 1935, стр. 427; Barmann: *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel*, Revue internationale de droit comparé, Paris, 1961, No 1, стр. 23; Esmein: *Etudes les contrats dans le très ancien droit Français*, Paris, 1883, стр. 33; Dareste: *Nouvelles études d'histoire du droit*, Paris, 1906, стр. 149

менути. Тако, уговор се не може одржати уколико је закључен са неморалним циљем или подвалом или ако је супротан добрим обичајима или закону⁽²⁷⁾. Као што се види, постоји овде ограничење индивидуалне воље у том смислу да она не може бити противна извесним принципима. Али, ови фрагменти нису представљали слово закона, а поред тога, они не дају одговор на питање шта се има подразумевати под појмом добрих обичаја, нити наводе примере уговора супротних добрим обичајима. Изгледа, да се, и поред поменутих текстова, може закључити да је период варварских законика, почев од краја V века, у доброј мери „закаснио“ еволуцију ослобађања права од формализма и учвршћивања појма јавног поретка и добрих обичаја као граница слободе уговарања⁽²⁸⁾.

4. Период другог раздобља европског феудализма (тзв. каснији феудализам) карактеристичан је, за наше питање, по двојству световног и канонског права. Развојни пут граница слободе уговарања био је паралелно обележен регулама световног и канонског права. Али, у том паралелизму било је у извесним епохама изразите премоћи једног права над другим. Тако, у средњем веку све до Тридентског сабора (1545—1564) очигледна је премоћ канонског права, а од тада све је веће освајање световног права. Још у XIII веку било је покушаја да се одговори на питање који су правни послови супротни добрим обичајима. Карактеристичан је у том смислу текст старог француског писца Боманоара (*Phillippe de Beaumenoire*) који се сматра првим теоретичарем француског права. По њему, уговори су јачи од закона, па их зато треба поштовати и испуњавати, али не и оне уговоре којима се постиже неки недозвољени циљ. Тако, кад се један човек обавезе да ће за одребеној суми новца истући или убити трећег, онда се неће дуговати уговоре на сума, јер се такве обавезе не треба придржавати; такав уговор је забрањен и као такав неће бити пуноважан. „Има још уговора којих се не треба придржавати: као кад обећам да платим дугове из коцке или зеленашења или се обавезем неком човеку да за његов рачун или за рачун неког другог учиним нешто што би му више шкодило него користило. Правни послови противни праву били би нпр. ако тестаментом оставим више од петине мог имања или ако дам првој жени више од половине имања или другој више од четвртине или ако уговором оставим једном детету толико да друга деца, ако их има, остану без наследства — све такве обавезе не треба да буду одржане. Правило да је уговор јачи од закона односи се на сопствену ствар, која према обичајном праву не иде другоме; јер истина је да моје наследство по обичају припада мојим наследницима ако га не продам или не отуђим за живота из неких оправданих разлога; нити, пак, могу своје наследство оптеретити оним што остаје жени после мужевљеве смрти више него што се то по обичају ради — и због тога се тих обавеза не треба придржавати. Уговори који су закључени противно добрим обичајима — као кад бих уговорио да нешто украдем или учиним нешто рђаво, да некога истучем, или кад бих се одрекао цркве — не могу бити пуноважни: ниједне такве обавезе не треба се придржавати па чак и када бисмо се заклели да је

(27) *Pierre de Fontaine: Conseil à un ami*, XV, 1 (цит. према *Simon*: наведено дело, стр. 27).

(28) *Planiol, Ripert, Boulanger: Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1952, стр. 16.

испунимо. Свака обавеза у циљу вршења неког зла и која је противна добрим обичајима може бити опозвана" (29). Као што се види, текстови овог аутора су врло изричити. Он даје примере уговора који се не могу одржати с обзиром на околности под којима су закључени. Код тих уговора не може се применити правило да су уговори изнад закона. Воља странака не може произвести правна дејства ако се тиме вребају добри обичаји, утврђени друштвеним поретком. Са те тачке гледања овај аутор набраја многе забране у материји правних послова. Ту је закон тај који је изнад уговора. Уговор не може бити противан јавним обичајима, правним принципима и основама друштвеног поретка. Та општа правила стварају једну непремотиву препреку индивидуалној вољи. Ако се у овим фрагментима не налази на израз „јавни поредак“, као што то није било ни у римском праву, употребљени изрази и појмови су веома слични јер се помоћу њих у ствари врши ограничење слободе уговарања.

5. Границе слободе уговарања у средњем веку биле су постављене и канонским правом. Ово право, сходно свом учењу о метафизичком поретку и бесмртности душе, стајало је на становишту да се индивидуалном вољом не може ништа пуноважно уговорити што би било супротно духовном добру. Онај ко уговара у складу са правилима канонског права, спасава своју душу у свом натприродном крају. Напротив, ако се уговором вребају правила канонског права, онда се чини грех и спас душе изостаје. Како су категорије канонског права ван граница искуства и просторновременске стварности, то ограничења слободе воље постају апсолутна и непроменљива вредност. Помоћу појма „спаса душе“ и „општег (јавног) добра“, као чисто духовних творенина, канонско право заштићује свој метафизички поредак ствари. Са гледишта овога права, у смислу граница слободе уговарања, значајну улогу одиграла је промисорна и комфирмативна заклетва. Заклетва је у ствари била један формалан уговор религијског карактера. Промисорна заклетва састојала се у формули коју је изговарало лице које чини обећање, а која се састојала у изговарању речи *»per Deum iuro et sic me Deus adiuvet«*. Она се нарочито примењује од 13. и 14. века и то за скоро све уговоре. У њој се препознаје утицај римске стипулације и германске *fiâes facta*. Шта је у ствари та заклетва значила на пољу забрањених уговора и које су њене карактеристике и дејства? Пре свега, она није била именовани уговор, већ више један начин уговарања, један образац и формула за закључење разних уговора. Она, дакле, није била уговор са одређеним и непромењеним предметом, већ више оквир опште примене. По тој особини она је подсећала на римску стипулацију. Према томе, њено поље примене било је врло широко, скоро да је достигало неограничен домаћај. Заклетва је била једностран уговор. Клетвеник пружа обавезу према Богу и то је главна обавеза, а обавеза према саговорнику била је акцесорне природе. Она је била апстрактан уговор. Производила је дејства независно од каузе. За њено закључење није се захтевала пословна способност као у другим случајевима. Довољно је било да се поседује потребна моћ расуђивања, што значи да су је могла чинити и лица млађа од 25 година. Недостаци воље, изгледа, нису утицали на њену пуноважност. Оба-

(29) *Philippe de Beaumanoir: Coutumes du Beauvaisis, Paris, 1899, стр. 152, 160*

веза створена заклетвом била је незастарива и непреносива. Као што се види, поље примене заклетве било је веома широко. За наше питање веома је важна чињеница да су се помоћу заклетве могли пуноважно закључити и они уговори који су иначе били забрањени световним, па чак и канонским правом. На тај начин се, с једне стране, јављају забрањени уговори на плану световног и канонског права, али, с друге стране, ти уговори престају бити забрањени ако се закључе у форми заклетве. Тако нпр. *pacta comissoria*, забрањена код залоге и хипотеке, могла је бити предмет пуноважне заклетве; удата жена могла је помоћу заклетве да отуђи своја миразна добра; лица млађа од 25 година могла су заклетвом да отуђе своја добра; одрицање од будућег наследства, мада је било забрањено световним правом, могло је бити предмет заклетве; помоћу заклетве било је могуће закључити уговор о поклону, чак и када нису били испуњени захтеви законом постављени; заклетвом се могао закључити поклон међу супрузима, када је овај законом био забрањен. Ово су све били уговори који нису могли бити пуноважно закључени по прописима световног права. Међутим, заклетвом су могли бити закључени и они уговори који су по самом канонском праву били забрањени. Тако нпр., по канонском праву, био је забрањен зајам са каматом. Међутим, овај је могао бити пуноважно закључен ако је био сачињен у форми заклетве ⁽³⁰⁾. Ипак, моћ промисорне заклетве није била без граница. Канонисти постављају правило да заклетва неће имати обавезну снагу ако је супротна добрим обичајима. Али, они узимају израз »*boni mores*« у једном уском и посебном значењу. Они под тим изразом подразумевају природну правичност (*boni mores naturales*), насупрот правилима уведеним арбитрерним законима друштва (*boni mores civilis*). Заклетвом се не могу врећати само *boni mores naturales*. Поставља се скоро апсолутно правило да заклетва нема дејства ако се тиме чини грех. Канонисти иду и даље у томе и изјављују да је ништава свака заклетва која је супротна закону или другим актима који се ослањају на јавни интерес. Али, тај интерес је увек идентификован са интересима цркве ⁽³¹⁾. Поред промисорне заклетве којом се ствара нова облигација, у канонском праву била је у употреби и заклетва за „консолидовање“ или „потврду“ већ постојеће односно раније установљене облигације. То је домен комфирмативне заклетве. Она преображава једну већ постојећу облигацију у облигацију према Богу. Поставило се питање да ли ова заклетва има моћ да поврати ваљаност једној облигацији која је ништава по »*jure civili*« или »*jure pontificio*«. То питање дао је места живим дискусијама ⁽³²⁾. Сигурно је да сама заклетва мора бити ваљана, тј. да не сме вре-

(30) *Esmein: Le serment promissoire dans le droit canonique Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Paris, 1888, стр. 248 и даље; *Brissaud*: наведено дело, стр. 148, 447 и сл. *Colion-Capitant: Cours élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1920, стр. 265; *Ihering: Navedeno delo*, стр. 183; *Rouxel: Recherche des principes généraux régissant l'Evolution contemporaine du formalisme des Actes juridiques*, Cherbourg, 1934, стр. 17; *Spics: De l'observation des simples conventions en droit canoniques*, Paris, 1928, стр. 167; *Boyer: Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Toulouse, 1924, стр. 212; *Перовић: Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, стр. 9 и сл.

(31) *Simon*: наведено дело, стр. 33; *Esmein*: наведено дело, стр. 270 и сл.

(32) *Girard: Manuel élémentaire de droit Romain*, 8 éd., Paris, 1929, стр. 739; *Brissaudi: Cours d'histoire générale du Droit Français Public et Privé*, t. II, стр. 1405

ћати »*boni mores naturales*«, али за уговор који је помоћу ње требало да буде консолидован, изгледа да се доста често правила разлика између ништавих облигација »*ipso jure*« и »*exceptionis ore*« и само ова друга је могла постати ваљана помоћу комфирмативне заклетве ⁽³³⁾.

6. Почев од друге половине 16. века примена заклетве и канонског права, уопште, постаје све више ограничена и постепено губи велики део своје моћи. Помоћу разних средстава и са разних страна почиње да се напада свемоћ заклетве. Постепено се прихвата схватање да владар може, пре свега, преко једне опште мере да посматра сваку заклетву као повреду утврђеног световног закона. Поред тога, правници тога периода све више истичу да се верници имају покоравати и цивилним законима и да би било погрешно да се заклетвом може заобићи цивилно право. Ако би се заклетвом изигравали прописи цивилног права, онда би таква заклетва била ништава. Тако се у 16. веку ствара теорија према којој је ништава свака заклетва која је супротна одредбама закона и којом се вређају добри обичаји и јавни интереси. Од тада се под појмом добрих обичаја не подразумевају само *boni mores naturales* (природна правичност), како су то раније прокламовали канонисти већ и *boni mores civilis*. Повреда цивилног закона значила је повреду утврђеног друштвеног поретка. Тако се добри обичаји трансформишу и потчињавају јавним интересима ⁽³⁴⁾. Ипак, та еволуција није текла без тешкоћа и бројни су текстови из тог периода из којих се види да су једну такву забрану многи и даље оправдавали чисто метафизичким разлозима. Али, и поред тога, може се рећи да се од краја 16. и почетка 17. века појам јавног интереса у доброј мери схвата и „световно“, тако да се убудуће њиме штите и грађански закони. У том периоду Лориер (*Laurière*) бележи принцип да се индивидуалним споразумима не могу вређати закони; али, ако су у питању суплеторни закони, онда се они могу дерогирати уговорима и само у том случају се може рећи да су уговори изнад закона ⁽³⁵⁾. Тако, већ на почетку 17. века чини се разлика између императивних и диспозитивних норми у смислу одређивања домена јавног интереса. Међутим, прву кохерентну теорију о границама слободе уговарања поставио је у 17. веку француски теоретичар Дома (*Domat*). Своја излагања он почиње прокламацијом принципа слободе обвезивања кога повезује са прометом материјалних добара. Али, треба ипак ставити једну границу тој слободи. Свака обавеза је дозвољена само ако је у сагласности са друштвеним поретком. Оно што га вређа забрањено је и кажњиво. Обезбеђања у уговорима којима се вређају закони и добри обичаји не обавезују никог. Странке могу вређати само оне законе који су установљени у њиховом интересу, али оне не могу вређати законе којима се заштићује друштвени поредак. Дома се не задржава само на констатацији забрањености уговора којим се вређа друштвени поредак. Он у том смислу врши прецизирање. Забрањени су уговори којима се вређају закони. И како постоје две врсте закона — они који представљају природно право и они који су

(33) *Simon*: наведено дело, стр. 34.

(34) *Tison: Le Principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien Droit Français, Paris, 1931, стр. 97, 160 и сл.*

(35) *Laurière: notes »Institutes Coutumières« d'Antoine Loysel, Paris, 1846 (цит. према Simon: наведено дело, стр. 37).*

позитивно право — то постоје и две врсте забрањених уговора. Једни, којима се вређа природно право и добри обичаји и други, који су супротни позитивном праву. Тако, противно је природном праву и добрим обичајима уговарање крађе или убиства или насиља. Такви уговори су увек забрањени, они су противни природном праву, мада су уједно забрањени и позитивним правом. С друге стране, забрањени уговор који би се противио само позитивном праву био би нпр. уговор о продаји неке ствари чији је промет законом забрањен. Поред тога, Дома указује и на могућност повреде друштвеног поретка путем одрицања од неког права које је дато појединцу. У свим уговорима — каже Дома — свако може да се одрекне свога права руководећи се својим користима, али све то под условом да се тиме не вређа правичност, закони, добри обичаји и интереси трећих лица. Преузета обавеза у том смислу била би ништава, и аутор ту разликује две врсте ништавости: ништавост услед пословне неспособности странке која се одриче од права и ништавост због повреде закона или добрих обичаја. Као што се види, Дома је анализирао појмове: добри обичаји, недозвољеност, законску забрану, правичност, и сл. Он је с правом закључио да су ови различити изрази само манифестација заштите друштвеног поретка. Међутим, када је у питању израз „јавни поредак“, треба рећи да је Дома био веома близу томе изразу, или тачније, тај израз је био на маргини његове теорије ⁽³⁶⁾. Он говори о друштвеном поретку, о његовој повреди, о јавности и њеној заштити — што је сасвим близу израза јавни поредак. Усталом, пустимо самог аутора да нам о томе каже: „С обзиром да је сваки човек члан одређене друштвене групе, он мора да испуњава задатке и функције које су утврђене његовим положајем у тој групи. Ти задаци и функције су у ствари обавезе члана групе и он их осећа као сопствене законе. Будући да је сваки појединац везан за одређену друштвену групу чији је члан, он не може ништа предузети што би вређало поредак те групе. Садржина његове потчињености групи уврђена је законима поретка те групе и моћи Божјом. Обавеза сваког појединца, дакле, има оквире у поретку друштва чији је он члан и та обавеза налаже да се ништа не чини према другима у нарушењу тог поретка. Они који би нарушили тај поредак, чинили би неправду другима и проузроковали би једну дисхармонију, чиме би била повређена јавност лица или добара и све то, најзад, води повреди добрих обичаја и спољњег поретка” ⁽³⁷⁾. Из овога текста се види да је Дома у своју теорију уградио схватање о једном спољњем поретку у сваком друштву, поретку који, под претњом ништавости, не сме бити повређен индивидуалном вољом. Међутим, тај поредак, према Доми, по свом пореклу је метафизички и заснован је, бар у друштвеним системима Запада, на принципима хришћанског морала. У његовом „друштвеном поретку” превагу добијају религијски принципи над принципима позитивног права, али, према Доми, и принципи позитивног права улазе у појам друштвеног поретка, за разлику од учења канониста пре Доми. Као што се види, теорија Доме није остварила неки нарочити напредак у односу на претходне, јер се и она у суштини ослања на метафизичке идеје. Међутим, она је поставила једну синтезу дотадашњих фраг-

(36) *Simon*: наведено дело, стр. 42

(37) *Domat: Traité des Loix, ch. V, § 2,3*

ментарних излагања и највише се приближила појму, па чак и изразу, јавног поретка. Поред тога, она је у свет императивних норми које се не смеју „дирнути“ појединачним уговорима или одрицањем од права, увела, поред принципа природне правичности, и принципе позитивног права. — После теорије коју је поставио Дома, аутори се у 18. веку углавном ограничавају на репродуковање формуле да обавезе преузете вољом странака треба испуњавати са изузетком ако се њима вређају добри обичаји и друштвени поредак ⁽³⁸⁾. Извесно прецизирање појма добрих обичаја извршио је Потје (*Pothier*) који је дао неке примере забрањених уговора. Он каже да је уговор забрањен ако му је циљ противан правичности, савесности и добрим обичајима; тако нпр. забрањен би био уговор између заложног повериоца и купца о преносу својине на заложеној ствари, јер заложни поверилац има законску обавезу да ствар врати власнику. Овај аутор продубљује теорију о границама слободе уговарања на тај начин што у недозвољеном циљу види пример забрањеног уговора, што представља претечу теорије недозвољене каузе ⁽³⁹⁾.

7. Принцип слободе уговарања добија најшире могуће оквири у учењу теорије аутономије воље. Произашла из политичког либерализма проповеданог од филозофа 18. века и економског либерализма током 19. века, теорија аутономије воље представља тријумф појединца над друштвом ⁽⁴⁰⁾. То је једно филозофско схватање према коме обавезе међу људима настају зато што то они хоће. Индивидуална воља је изнад закона, она поседује стваралачку снагу. Воља је извор облигација, а не закон као спољни ауторитет. Пошто је човек слободан, обавезу може преузети само он и то одлуком своје слободне воље. Отуда се обавезна снага уговора заснива на вољи, а не на закону. Индивидуална воља је аутономна и суверена. Будући да се вољом странака слободно регулишу њихови односи, уговор је, изнад свега, акт правичности. Странка која је уговором преузела обавезу не може се жалити да јој је тешка, пошто је ту обавезу слободно преузела. Отуда и максима теорије аутономије воље „Ко каже уговор каже правичност“ ⁽⁴¹⁾. Као што се види, учење о аутономији воље израз је индивидуалистичке филозофије и економског либерализма. То учење долази као последица поставки и циљева француске револуције које је ова истакла против феудализма, а у корист ослобођења личности од разних друштвених стега, привредних, политичких и интелектуалних. Са француском револуцијом феудалну спутаност индивидуе замењује слободна воља, која заједно са извесним елементарним правима човека чини саставни део основних идеја новог друштвеног система. Прокламовање једнакости и слободе међу људима, неограничене приватне својине, слободе индивидуалне активности — имало је утицаја и на уговорно право. Створен је један постулат по коме су само појединци, сходно свом природном праву, позвани да потпуно

(38) *Argou: Institution au Droit Français, vol. 2, Paris, 1771, t. II, стр. 336.*

(39) *Pothier: Oeuvres, t. II, Paris, 1848, no 15, стр. 12, 25 и сл.*

(40) *Marty, Raynaud: Droit civil, II, 1 vol., Les obligations Paris, 1962, стр. 30; Planiol. Ripert, Boulanger: Traité élémentaire de droit civil, t. II, Paris, 1952, стр. 6; Gounot: Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Dijon, 1912; Перовић: Облигационо право I, Општа теорија уговора, Београд, 1968, стр. 2—17.*

(41) *Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1927, стр. 40; Carbonnier: Théorie des obligations, Paris, 1963, стр. 81.*

слободно стварају и регулишу своје грађанскоправне односе. Граница те слободе може бити само слобода другога. Узима се да индивидуална слобода може бити ограничена, али да се та ограничења могу правдати само у мери која је потребна за одржавање слободе другога, а не ради заштите општих интереса. Границе аутономије воље схватају се као секундарна појава или тачније, слободна воља и њене границе представљају израз два лица исте идеје — идеје аутономне воље. Слобода и њено ограничење не схватају се, дакле, као теза и антитеза, већ као једна хармонична целина у коју се сливају слободне воље и њихове препреке које постоје једино зато да би омогућили потребну слободу других. Ограничење слободе воље не представља, дакле, акт неког спољњег ауторитета изнад воље, већ управо акт воље којим се омогућава и који је неопходан ради пуне слободе других.

8. У светлу учења о аутономној вољи принцип слободе уговарања добија веома широко поље. У погледу садржине уговора, он се, најпре, испољава у једној генералној опшији: уговорати или неуговарати. У случају да се странка определи на закључење уговора, од њене слободне воље зависи избор другог уговорника. Странке су, затим, потпуно слободне у одређивању садржине уговорног односа, оне својом вољом суверено одређују елементе уговора и регулишу међусобна права и обавезе. Оне могу закључивати различите уговоре, без бозира да ли су они законом предвиђени или не, јер су неименовани уговори исте правне важности као и именовани. Уговор слободно закључен ужива правну заштиту исто као да је реч о обавези коју је закон предвидео. Једанпут закључен сматра се да је уговор неповредив у том смислу што никоме не припада право (ни суду, ни трећим лицима, нити само једној странци) да га мења у било ком правцу. То право резервисано је само за заједничку вољу, што у ствари представља нов уговор, а за принцип слободе уговарања нов тријумф. Сходно општем принципу да су странке слободне у заснивању и регулисању међусобних односа, принцип слободе уговарања налаже правило да су странке слободне и у погледу начина на који ће изразити своју вољу. Обавезне форме које би закон предвиђао значиле би извесно ограничење слободне воље, па отуда принцип слободе уговарања налаже да се уговори закључују *solo consensu*.

9. Теорија аутономије воље и принцип потпуне слободе уговарања као последица и примена ове теорије на материју уговора, није никада у свом буквалном значењу био прихваћен у законодавству. Учење о безграничној слободи воље није могао ниједан правни систем да прихвати, па чак ни Француски грађански законик који је израз и тријумф индивидуализма. Али, ако није било прихваћено у буквалном смислу и у смислу једне до краја доследне примене, ово учење је инспирисало многе законике и кодификације грађанског права у 19. и 20. веку. То значи да су границе слободе уговарања данас знатно шире у односу на време пре појаве теорије аутономије воље, али и далеко уже у односу на поставке ове теорије. Уосталом, учење о аутономији воље и принцип потпуне слободе уговарања изазвао је у доктрини краја 19. и почетка 20. века оштре реакције ⁽⁴²⁾. То

(42) О овоме в.: Coumaros: *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Bordeaux, 1931; Gounot: наведено дело; Planiol, Ripert, Boulanger: *ibidem*.

учење било је оспорено истицањем друштвених циљева у први план. Индивидуална воља може бити само средство у служби општедруштвених потреба. Она се не може схватити као аутономна јер се њено правно дејство и принудна снага заснива на закону. Индивидуална воља мора бити потчињена заједничким интересима и у том смислу законодавац предвиђа установу јавног поретка чије оквири странке не могу мењати. Човек је део друштва, део извесног броја друштвених група, чијим се правилима мора покоравати тако да је слобода његове воље сведена на један ограничен домен ⁽⁴³⁾. Учењу о аутономној вољи била је упућена и критика у погледу тврђења да се сваким уговором постиже правичност. Примећује се да би једно такво тврђење морало бити засновано на претпоставци потпуне једнакости уговорника, што у стварности није тако ⁽⁴⁴⁾. Извесни аутори, као што је нпр. Гүно (*Gounot*) упућивали су теорији аутономије воље веома оштре критике ⁽⁴⁵⁾. За њега, теорија аутономије воље значи једну нетачну представу стварности. Она посматра јединку изоловану од друштвене средине, апстрактно, а не стварно и конкретно. За Гүноа, постоји ту, без сумње, једна заблуда. За изолованог човека право не постоји: ко каже право, каже друштвена група. Због тога Гүно жигосује ту „робинзонску“ концепцију која долази од представника учења о аутономији воље. Он каже да човек од свог рођења има своје место које је одређено правилима извесног броја колективитета која постављају одређене дужности и права. Човек је део породице, он врши одређену професију, он је грађанин овог или оног града, он је везан за одређену државу својим држављанством, итд. Право је, дакле, скуп правила којима се регулишу односи између људи у једном друштву. Отуда, може се рећи да је аутономија воље један погрешан начин изражавања, једна врста заблуде. Она је данас потпуно поражена и на сваком кораку пружа доказе своје неистине ⁽⁴⁶⁾. — Ако се посматрају гледишта присталица теорије аутономије воље и њихових енергичних противника, изгледа да је истина негде на средини. Може се рећи да законодавац није имао слуха за претеривања изражена у доктрини у једном или другом правцу. Законодавства и судска пракса познају принципи слободе уговарања са неопходним ограничењима. Та ограничења, разуме се, нису иста у разним грађанским законима, али она су, у ширем или

(43) *Planiol, Ripert, Boulanger: ibidem*

(44) Често у пракси економски јачи уговорник намеће „свој закон“ другом уговорнику, тако да се уговор очевидно може јавити и као инструмент помоћу кога се скрива и оправдава експлоатација људи. Још је 1869. године француски правник *Acolias* приметио: „Ако један рудар прихвати да ради десет часова дневно на 500 стопа испод површине земље за најамнину која једва покрива трошкове исхране њега самог и његове породице, ако прихвати да се за ту надицу изложи опасности да евентуално настрада од експлозије запаљивих гасова, поплаве или одроњавања земље, ако најзад пристаје да за ту исту најамнину непрекидно уништава своје здравље и да неизбежно умре у року краћем од 10 година, остављајући у наследство својој деци ужасну егзистенцију коју је и сам имао — онда несумњиво да изгледа парадоксално уврстити један такав уговор међу оне који су израза аутономије индивидуе“ (*Acolias: Manuel de droit civil, t. II, Paris, 1869, стр. 719*).

(45) *Gounot*: наведено дело; *Geny: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, 1919, t. II, no 171*; *Lucas: L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Paris, стр. 469*.

(46) *Gounot*: наведено дело, стр. 318, 419.

ужем опсегу, увек постављена. Погледајмо како она изгледају у грађанским законикима нашег времена.

10. Упоредноправни преглед важнијих кодификација грађанског права европских земаља указује на једну разлику појмова и израза којима се ограничава слобода уговарања. Могло би се рећи да се у том погледу разликују три групе законика. Једна група која познаје јавни поредак и добре обичаје (француски, Српски грађански законик, Општи имовински законик за Црну Гору и швајцарски Законик о облигацијама). Друга, која познаје само добре обичаје (немачки и аустријски грађански законик) и трећа, која познаје правила социјалистичке заједнице, као границу слободе уговарања (совјетски, пољски, мађарски и чехословачки грађански законик). О нашем позитивном праву биће посебно речи.

11. Израз „јавни поредак” (*l'ordre public*), као граница слободе уговарања, први пут се среће у француском Грађанском законик. То је познати чл. 6. овога Законика, према коме се појединим уговорима не могу вређати закони који интересују јавни поредак и добре обичаје. Поред ове одредбе, значајна је и одредба према којој је кауза недозвољена када је законом забрањена и када је противна добрим обичајима или јавном поретку (чл. 1133). Иначе, Законик се служи овим изразом и у материји службености (чл. 686), услова (чл. 900), и др. (47). У поступку израде Законика главна дебата се, о питању јавног поретка, водила управо око текста данашњег чл. 6. Законика. Тај текст има своју историју у претходним радовима (48). Прва три пројекта која је поднео Камбасерс (*Cambacérès*) (49) и која су била снажно прожета револуционарним духом и заносом, предвиђала су „јавно поштење и друштвени поредак” као границу слободе уговарања. Наиме, предложени текст је предвиђао ништавост уговора у оној мери у којој садржи циљеве противне јавном поштењу и друштвеном поретку. Пројекат који је поднео Жакемино (*Jacqueminot*) није предвиђао једну општу одредбу о границама слободе уговарања. Из овога пројекта вредно је поменути само једну одредбу из материје поклона према којој, у свим располагањима међу живима и за случај смрти — немогући услови, као и они који су супротни законима и обичајима и они који ограничавају слободу поклонопримца или права човека и грађанина — сматраће се као да нису ни написани. Пројекат Порталиса (*Portalis*) садржавао је формулу према којој се уговором не могу вређати закони који се тичу јавног права. Али, у материји каузе, пројект је имао одредбу према којој је кауза недозвољена када је забрањена законом, или када је супротна добрим обичајима или јавном поретку. По многим ауторима израз „јавно право” у овом пројекту треба схватити као синоним израза „јавни поредак” али то није општеприхваћено мишљење (50). Према измењеном тексту „претходне главе” Законика, Порталис је предложио одредбу према којој повреда закона који се тиче јавности или добрих обичаја не може бити покривена уговором или одрицањем од права. Најзад, Булај (*Boulay*) је предложио нову редакцију текста која је била усвојена, а према њој се појединим

(47) Вид. чл. 1172. 1387 *Code civil*-a.

(48) *Fenet: Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, Paris, 1827.*

(48) *Fenet:* наведено дело, т. I, стр. 66, 99, 171, 278.

(50) *Simon:* наведено дело, стр. 56.

уговорима не могу врећати закони који интересују јавни поредак и добре обичаје. — Одредба чл. 6. Француског грађанског законика подстакла је многе ауторе на размишљање о самом појму и правним последицама јавног поретка, тако да су у Француској никле бројне теорије о јавном поретку⁽⁵¹⁾. И поред веома различитих теоријских мишљења, судска пракса је у примени овога појма показивала више смисла за реалност и за један „смиренији“ став. Путем јавног поретка и добрих обичаја, судови су штитили домен индивидуалне слободе, слободе рада и трговине, статуса личности, брака и усвојења, традиционалног морала и сл. Преко тих појмова судска пракса је проглашавала ништавим све уговоре који на овај или онај начин компромитују моралне погледе и основне принципе друштвеног поретка. Тако су нпр. као ништави били посматрани следећи уговори: поклон учињен конкубини да би се придобила или одржала њена наклоност; уговор о брачном посредовању у коме посредник ма на који начин врши притисак на одређена лица да ступе у брак; уговори који имају за циљ стварање, одржавање или искоришћавање јавних кућа; уговори који се односе на хазардне игре ако су закључени под условима који су забрањени позитивним правом; уговори у којима се један уговорник обвезује да ће уз накнаду коју добија од свог саговорника или трећег, употребити свој утицај и углед који ужива у одређеном кругу да би своме саговорнику учинио неку корист (тзв. трговина утицајем); разни уговори поводом изборне агитације, куповине гласова и уопште изборне корупције; уговори који имају за циљ драматуршки или сличан „успех“ који се закључују са групом лица која ће се „одушевљавати“ за време представе и тиме утицати на стварање одређеног јавног мњења; уговори који имају за циљ да се омете правилно извођење јавне продаје; уговори којим се остварује нека фискална превара; уговори којима се врши уступање неке јавне функције уговори којима се регулишу новчана давања у циљу „добровољног“ развода брака, итд.⁽⁵²⁾. У свим овим случајевима судска пракса је истицала јавни поредак и добре обичаје као границу слободе уговарања, без обзира што је некада одређени уговор био забрањен и посебним текстом закона. Јавни поредак и добри обичаји схваћени су као општи заједнички именитељ свих забрана у материји уговора.

12. Као општи оквир у коме индивидуална воља може уживати правну заштиту Српски грађански законик предвиђа „јавни поредак“ и „благонравље“. На један изванредно јасан и сликовит начин овај законик прво прокламује принцип слободе уговарања, а затим одмах поставља гра-

(51) *Malaurie: L'ordre public et le contrat, Reims, 1953; Marmion: Etude sur les d'ordre public, Lyon, 1934; Pascanu: La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil, Paris, 1937; Masson: De la notion d'ordre public dans ses rapports avec la jurisprudence civile et commerciale, Paris, 1899; Simon: L'ordre public en droit privé, Rennes, 1941; Kayser: Les nullités d'ordre public, Revue trimestrielle de droit civil, 1933, стр. 1115—1140; Morandière: L'ordre public en droit privé interne, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Paris, стр. 381—401; Saiget: Le contrat immoral, Paris, 1939; Monts: La cause immorale, Paris, 1956; Bertrand: La notion d'ordre public en matière de nullités, Lille, 1939; Vareilles-Sommières: Les lois d'Ordre Public et la dérogation aux lois, Revue de Lille, 1899; Alglave: Action du Ministère Public et théorie des Droits d'ordre public en matière civile, Paris, 1874, t. 1.*

(52) *Carbonnier: Théorie des obligations, Paris, 1963, стр. 202; Saiget: Le contrat immoral, Paris, 1939, стр. 346 и сл.; Monts: наведено дело, стр. 52.*

нице тој слободи. То је познати § 13. према коме „воља и наредба човечија заступа закон, а закон накнађа вољу и наредбу човечију. Но, у ономе што се тиче јавног поретка и благонравља, не може се ништа изменити вољом или уговором”. Овај текст много више подсећа на одредбу француског Грађанског законика о јавном поретку (чл. 6), него на свој изворник аустријски Грађански законик. Поред тог општег правила законик је имао и посебна правила којима је забрањивао закључење одређених уговора. То је уговор о посредовању за закључење брака, уговор лекара са болесником „што ће се лечења болести какве примити”, уговор којим би правозаступник прекупио поверену му парницу, уговор о продаји будућег наследства (§ 539). Поред забране ових уговора, српски Грађански законик је предвиђао да се „уговор може само о оним стварима чинити, које међу људима пролазе, и које су могуће и дозвољене” (§ 538). Овом одредбом српски Грађански законик је на општи начин прокламовао принцип да пуноважни уговор може бити закључен само ако за свој предмет има неку ствар која је у промету и која је дозвољена односно чији је промет дозвољен. На тај начин ова одредба би се више односила на забрањеност предмета уговора, за разлику од одредбе §-а 539. која би се више односила на забрањеност циља уговора. Овај Законик је забрањивао закључење још и ових уговора: уговор којим би се неко унапред одрекао застарелости или би уговорио дужи време застарелости од онога што је законом прописано (§ 950); побочне уговоре који би били противни природи залог и зајма: уговор да повериоцу припадне залога, ако му се зајам на време не врати; да поверилац залог по својој вољи за напред одређену цену продати или за себе задржати може; да дужник залог нигда искупити или на никог другог пренети не може; или да поверитељ не може захтевати продају залог за измирење и пошто уговорено време за повраћај зајма протече. Према законодавном решењу од 15. децембра 1844. забрањени су уговори између младожење и девојачких родитеља којима би се младожења обавезивао да плати што или учини какав поклон због женидбе ⁽⁵³⁾.

13. Једна од основних одлика Општег имовинског законика за Црну Гору од 1888. године јесте, бар у односу на друге кодификације тога времена, чвршће повезивање права са моралом. У ствари, постоји у том Законику међусобно прожимање правног и моралног поретка, што се веома јасно опажа код питања граница слободе уговарања. Успостављајући те границе, Законик често помиње јавни поредак, поштење, благонравље, правичност и друге сличне изразе. Под правилима благонравља и поштења Законик подразумева „она правила обичне људскоте и правичности, на поковање којима Власт у опште не може свагда управо да принуди, али за то народна свијест свагда осуђује оне који та правила престапају” (чл. 785). Идеја забране предмета уговора добила је место у две одредбе од којих је једна општа (чл. 15), а друга конкретнији израз те забране (чл. 513). Граница слободе уговарања одређена је и одредбом о забрани уговора који се противе поштењу и моралним нормама (чл. 915). За разлику

(53) Марковић: Грађанско право, I књига, Београд, 1912, с. 232; Арачбеловић: Основни облигационог права, Београд, 1936, стр. 87.

од горе поменутих, ова одредба је обухватнија и односи се не само на забрањен предмет уговора, већ и на забрањен циљ уговора ⁽⁵⁴⁾.

14. Друга група законика познаје само „добре обичаје“ као општу границу слободе уговарања. Израз „јавни поредак“ ови законици не познају. То су немачки и аустријски грађански законик. Основни текст немачког Грађанског законика о питању ограничења слободе воље гласи да је ништав сваки правни посао који је супротан добрим обичајима (§ 138). Прецизирање тог правила извршено је забраном зеленашког уговора (§ 138, ст. 2), уговора о игри и опклади (§ 762), уговора о брачном посредовању уз накнаду (§ 656) а такође и у материји неоснованог обogaћења (§§ 817, 819) и деликтне штете (§ 826). Као што чл. 6. француског Грађанског законика има значај основног текста у материји забрањених уговора, тако и § 138. немачког Грађанског законика представља један општи начин заштите јавних интереса. Припремни радови на доношењу немачког Грађанског законика говоре да је у пројекту прве комисије (чл. 106) у материји забрањених уговора била предвиђена не само повреда добрих обичаја него и повреда јавног поретка. Тиме се овај пројекат сасвим приближио француском Грађанском законик. Међутим, друга комисија је изменила текст чл. 106. и избацила израз „јавни поредак“. При томе, овај израз није замењен изразом „супротан моралу“, како је то било предложено, већ изразом „добри обичаји“, који, према мишљењу комисије, садржи право објективно мерило у поступку примене закона. Комисија је била мишљења да израз „јавни поредак“ може бити примењен у неком другом праву, али не и у грађанском праву, где му недостаје потребна прецизност. Одбијање израза „јавни поредак“ од стране друге комисије било је предузето са потпуним одобравањем представника влада, али и са значајном дебатом која је вођена у парламенту, која се, додуше, ни по својој ширини, ни интензитету, не може мерити са дебатом вођеном поводом чл. 6. француског Грађанског законика. Ако се пореде текстови ова два законика који се односе на ограничење воље путем установе јавног поретка и добрих обичаја, сигурно се закључује да међу њима не влада идентичност. Разлика је у ширини круга дозвољеног уговарања. Наиме, јавни поредак обухвата и добре обичаје, али добри обичаје не обухватају потпуно јавни поредак. Јавни поредак је, према томе, шири појам и може изгледати да је чист плеоназам помињати и добре обичаје ако се прихвати израз јавни поредак. Ипак, та два израза често иду заједно јер се тиме уноси више јасноће и скреће пажњу суду да јавни поредак није само појам и израз политичког опортунитета већ и установа моралног поретка. Међутим, и поред теоријског разликовања ова два појма ⁽⁵⁵⁾, судска пракса је показала да се у практичној примени права ова два појма приближавају и да у многим ситуацијама практично имају исто значење. Тако, слично француској судској пракси и немачки судови су проглашавали за ништаве уговоре оне из домена индивидуалне слободе,

(54) Према тој одредби „што се гол. због лоштења и благонравља, не може без стида учинити, бива као да је, и само по себи, тварно немогуће“.

(55) Немачка правна теорија се више бавила питањем добрих обичаја него питањем јавног поретка јер BGB не познаје израз јавни поредак. Међутим, та два појма се у извесној мери преплићу. За немачку правну теорију в.: *Oprea: Essai sur la notion de bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand, Paris, 1935, стр. 88.*

обављања трговине или индустрије, обављања слободних професија, из домена односа радника и послодавца, ванбрачне заједнице, организовања и експлоатације јавних кућа, хазардних игара, и др. ⁽⁵⁶⁾.

15. Ограничење слободе уговарања у аустријском Грађанском закону утврђено је на један општи начин речима да се уговори о свему могу закључивати што се у промету налази, али да предмет пуноважног уговора не може бити оно, што се не може учинити, што је сасвим немогуће или што је недопуштено (§ 878). Као што се види, законодавац прво прокламује слободу уговарања, а одмах затим поставља ограничења правилом да предмет уговора не може бити оно што је забрањено. Ако се погледају претходни радови на доношењу овог Законика види се да је текст §-а 878. био усвојен без већих дискусија ⁽⁵⁷⁾. Међутим, овај текст се у практичној примени права показао као непотпун. Њиме су, без сумње, обухваћени уговори који су противни законским прописима, али остаје отворено питање да ли су ту обухваћени и уговори који су противни моралним нормама. С друге стране, текст § 878. односи се само на недопуштен предмет уговора, а не односи се и на недопуштен циљ уговора. Због ових недостатака дошло је до измене у новелираном тексту Законика. Трећом новелом која је проглашена царском наредбом од 19. марта 1916. године, текст §§ 878. и 879. добио је нову верзију која гласи: уговор, који се огрешује о неку законску забрану или добре обичаје, ништав је. Законик, при томе, прецизира ништавост једним *exempli causa* набрајањем уговора који су супротни добрим обичајима као што су: уговор о брачном посредовању, уговор о прекупу парнице од стране правозаступника, уговор којим се отуђује будуће наследство и зеленашки уговор (§ 879. нов. АГЗ). Овом новелом АГЗ се приближио другим кодификацијама грађанског права европских земаља, а посебно немачком Грађанском закону, који такође само добре обичаје предвиђа као границу слободе уговарања. Нови текст представља побољшање и у том смислу што се није ограничио само на недопуштен предмет уговора, као што је то био случај са старим текстом. Новим текстом се предвиђа да је уговор ништав ако се „огрешти“ о неку законску забрану или добре обичаје, што значи да је обухваћен не само недопуштен предмет већ и недопуштен циљ уговора. Међутим, и поред тога, новелирани текст се може критиковати јер не садржи израз „јавни поредак“ који је, у сваком случају, шири појам од добрих обичаја. Најзад, треба се подсетити да је све до аброгације предратног правног система у Хрватској и Славонији важио стари, тј. новелирани текст АГЗ, што је од значаја за историјска, а такође, и теоријска истраживања питања забрањених уговора у нашем праву.

16. Кодификације грађанског права источноевропских земаља (Основи грађанског законодавства СССР и савезних република од 1962; Грађански законик РСФСР од 1964; Грађански законик Мађарске Народне Републике од 1959; Грађански законик Народне Републике Пољске од 1964; Грађански

(56) *Оргса*: наведено дело, стр. 149.

(57) Растовчан: Морал, добри обичаји и злоупотреба права у грађанском закону, Загреб, 1927, стр. 31 и сл.

законик Чехословачке Социјалистичке Републике од 1964) не познају изразе „јавни поредак“ или „добри обичаји“, што је карактеристика многих кодификација европских земаља прошлог и овог века. Оне познају једну савсим нову формулу која се обично изражава речима „правила социјалистичке заједнице“, „принципи друштва које гради комунизам“, „интереси радног народа“ и сл. Погледајмо како је то питање регулисано у совјетском праву. Основи грађанског законодавства као и ГЗ РСФСР (чл. 5) постављају опште ограничење у погледу вршења грађанских права и испуњавања обавеза речима: грађанска права штите се законом, осим случајева када се она врше противно њиховој намени у социјалистичком друштву у периоду изградње комунизма. При вршењу права и испуњавању обавеза грађани и организације дужни су да поштују законе; да уважавају правила социјалистичке заједнице и моралне принципе друштва које гради социјализам. Ова основна одредба добила је свој конкретнији израз у чл. 14. Основа и у чл. 48. Грађанског законика РСФСР где се каже да је неважећи сваки правни посао који не одговара захтевима закона. У совјетској литератури је прихваћено мишљење да ове одредбе представљају „истинско оружје у борби са остацима капитализма у свести људи, са остацима приватносојинске психологије и представама које су противне јавним интересима. Ове одредбе имају за циљ васпитавање новог човека, како је то постављено Програмом КПСС. Грађанска права у СССР имају различите циљеве, али се они сви сливају у један општи циљ — изградња комунистичког друштва“⁽⁵⁸⁾. Поред тога, „интереси социјалистичке заједнице“ узимају се као критеријум за одузимање предмета уговора у корист државе, уколико постоји зла намера странака (чл. 49. ГЗ РСФСР и чл. 14, ст. 6. Основа). У судској пракси чешће се могу видети уговори које судови поништавају на основу неке конкретне забране, али има случајева да су судови проглашавали уговоре неморалним односно забрањеним само на основу опште одредбе чл. 5. Грађанског законика⁽⁵⁹⁾. Иначе, ништавост правног посла, који не одговара захтевима закона (чл. 48), конкретније је предвиђена као ништавост у случају правног посла закљученог са циљем који противуречи интересима државе и друштва; правног посла правног лица закљученог противно његовим циљевима; правног посла који закључе малолетници млађи од 15 година; правног посла који закључи грађанин про-

(58) Рясенцев: Услови и юридическе последице отказа у заштите грађанских прав, Советскаја юстиција, 1962, 9, стр. 7.

(59) Тако нпр. проглашен је, као неморалан и према томе ништав, уговор на основу кога је једна старија жена прихватила обавезу да издржава свога пунолетног и за рад способног братаца само због тога што се овај обавезао да ће је сахранити уз поштовање свих прквених обреда и да ће јој на гробу подићи споменик. Такав правни посао не одговара захтевима чл. 5. ГЗ, јер се противи правилима социјалистичке заједнице и принципима комунистичког морала. Вид.: Советское гражданское право (одговорни редактор Рясенцев), Москва, 1965, стр. 203; као противно правилима социјалистичке заједнице има се сматрати и узимање накнаде за уступање становања, што би иначе припадало праву личне својине чак и у одсуству непосредне законске забране — Рясенцев: *ibidem*. У једном случају, једно лице које је имало стан у Москви систематски је издавало у закуп своју кућу коју је поседовало у Кракову и тако за две године остварило већу суму новца. Врховни суд РСФСР је стао на становиште да је ово лице остваривало своје право личне својине у противности са његовом друштвеном наменом, па је удовољило захтеву месног совјета да се кућа овог лица одузме у корист државе без икакве накнаде (Билтен Врховног суда РСФСР, 1961, бр. 6, стр. 4—6. Рясенцев: *ibidem*).

глашен за пословно неспособног; фиктивни и симуловани правни посао (чл. 49—53). Ранији ГК РСФСР из 1922. године (чл. 30) предвиђао је три категорије правних послова који не одговарају захтевима закона: они који се непосредно противе законској забрани, они који су закључени ради изигравања закона и они који су управљени на отворено наношење штете држави. Данашњи ГЗ РСФСР не познаје ту класификацију, али и теорија и судска пракса указује на чињеницу да противзаконити правни послови нису само они који су очигледно противни законској забрани него и они код којих је незаконити циљ брижљиво маскиран или је циљ правног посла упућен очигледној штети по интересе државе и друштва⁽⁶⁰⁾. Реч је о непоштовању захтева закона у најширем смислу речи. Ту се имају у виду не само закони савезних и аутономних република него и сви подзаконски акти, као и акти планирања народне привреде, а такође, и правила социјалистичке заједнице⁽⁶¹⁾. Код правних послова који се непосредно противе законској забрани довољно је, да би се установила његова ништавост, супротставити га конкретној законској забрани. Тако нпр. према чл. 106. ГЗ грађанин може имати у личној својини једну стамбену зграду или део зграде који не може бити већи од 60 квадратних метара стамбене површине. Уколико би сопственик зграде или дела зграде закључио уговор противно овој законској забрани, такав уговор као противзаконит био би ништав. Уговор који би се, такође, противио непосредној законској забрани био би нпр. уговор којим би ксерисник земљишне парцеле дао ову у закуп. Та забрана је последица укидања приватне својине на земљи у СССР-у, тако да се не може у корист физичког лица прибавити било каква закупнина поводом земљишне парцеле. У судској и арбитражној пракси ређе се срећу уговори који се непосредно противе некој законској забрани. Отуда, судска пракса више познаје оне забрањене уговоре који се закључују у циљу изигравања закона. Ови уговори добијају спољни облик пуноважног посла, али у свом дејству они скривају противзакониту садржину; нпр. уговор којим се продаје стамбена зграда по цени која у себи скрива и вредност земљишне парцеле ништав је, јер се он у ствари закључује ради продаје земљишне парцеле, што је забрањено⁽⁶²⁾. Не одговарају захтевима закона и правни послови које закључују социјалистичке организације

(60) Иоффе: Советское гражданское право, Москва, 1967, стр. 288 и сл.; Иоффе, Толстой, Новый гражданский кодекс РСФСР, Ленинград, 1965, стр. 60 и сл.

(61) Правни послови морају бити у складу са планом исто као што морају бити у складу са законом. Уколико су супротни планским задацима проглашавају се ништавим; тако нпр. ако је једно предузеће, нарушавајући план расподеле, закључи уговор о испоруци својих производа другом предузећу које те производе по плану расподеле не треба да има — такав уговор као противзаконит не подлеже извршењу. Али, ако је он испуњен, онда производи које је предузеће добило и новац који је предузеће-произвођач добило за испоручене производе, подлеже одузимању у корист државног прихода (Генкин, Братусь, Лунц, Новицкий: Советское гражданское право; том I, Москва, 1950, стр. 235).

(62) Законом је забрањена продаја зграде државног предузећа за новац, а допуштен је само бесплатни пренос од једне организације другој по одлуци овлашћеног органа. Да би заобишли ту забрану, једна ленинградска привредна организација је у ствари продала другој организацији своју салу за ручавање, а продају инвентара остварила је помоћу неколико различитих уговора. Споља гледано, сви ти уговори су испуњавали захтеве закона, али у суштини; они су прикривали забрањену купопродају, па је арбитража прогласила ој уговор ништавим (вид.: Иоффе, нав. дело, 289).

а који су у супротности са установљеним планским задацима. То произилази из чл. 34, ст. 2. Основа и чл. 159. ГЗ РСФСР према коме „садржина уговора који се закључује на основу планског задатка мора одговарати томе задатку”. Према одлуци Министарског савета СССР од 23. јула 1959. године, органи арбитраже, по захтеву заинтересованих предузећа, организација или по сопственој иницијативи, дужни су да поништавају уговоре, потпуно или делимично, уколико су они у супротности са законом, решењима владе, државним плановима и задацима ⁽⁶³⁾. Иначе, за примену ништавости коју предвиђа чл. 48. ГЗ РСФСР довољно је установити чињеницу да правни посао не одговара захтевима закона. То значи да је правило постављено на чисто објективном критеријуму и није потребно установити намеру странака за нарушење закона. Тако нпр. ништав је уговор о заједничком раду између грађана и социјалистичких организација (чл. 434), без обзира да ли странке знају да је такав уговор забрањен. Напротив, ништавост коју предвиђа чл. 49. ГЗ РСФСР са одузимањем предмета уговора у корист државе, претпоставља и објективне и субјективне ознаке. Објективне се огледају у противправном карактеру садржине уговора, а субјективне, у знању странке у моменту закључења уговора да је он противан интересима социјалистичке државе и друштва. Ова ништавост налази примену у низу случајева, а нарочито поводом противзаконитих уговора који имају за предмет земљу. Поред тога, она се примењује и на правне послове путем којих грађани систематски извлаче приходе добијене без улагања сопственог рада из имовине која се налази у њиховој личној својини или из незаконитих валутних операција. Понекад закључени уговор има својства која га чине противним државним и друштвеним интересима, мада то не би произлазило из његове садржине; тако нпр. продаја стамбене зграде од стране грађанина јесте акт сам по себи дозвољен. Али, он је противзаконит ако се закључује ради извлачења незарађених прихода ⁽⁶⁴⁾ или ако се тиме скрива имовина од конфискације ⁽⁶⁵⁾.

17. Принцип слободе уговарања трпи бројна ограничења и у нашем позитивном праву и судској пракси. Ако се занемаре одговарајуће одредбе раније важећих грађанских законика, може се рећи да су границе слободе уговарања утврђене на један општи и на један посебан начин. Опште ограничење путем установе јавног поретка или неког сличног појма није постављено ни законом о облигацијама, ни грађанским закоником, из простог разлога пошто ових закона у нашем правном систему још нема ⁽⁶⁶⁾.

(63) Советское гражданское право (одговорни редактор Рисенцев), Москва, 1965, стр. 201.

(64) Райхер: Об особом виде противозаконных сделок, сборник „Актуальные вопросы советского гражданского права”, 1964, с. 55.

(65) Райхер: ибидем; Иоффе. наведено дело, стр. 293.

(66) Тезе основних и општих одредаба Законика о грађанско-правним односима (намењене јавној дискусији, Библиотека Савезне скупштине, Београд, (1970) у чл. 2. предвиђају: Субјекти у грађанско-правним односима су равноправни и слободно и самостално уређују међусобна права и обавезе. Њиховом вољом не може се отклонити примена принудних норми, нити се смеју врећати моралне (алтернативно: друштвене) норме социјалистичког самоуправног друштва. — Према Скици за законик о облигацијама и уговорима (М. Константиновић: Облигације и уговори, Београд, 1969) „Стране уговорнице су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и морала, да своје односе уреде по својој вољи” (чл. 1).

Додуше, Закон о парничном поступку предвиђа да суд неће уважити располагања странака која су у противности са принудним прописима, јавним моралом и одредбама међународних уговора (чл. 3, ст. 3), али тај текст је упућен процесноправном изгледу ствари. Опште ограничење слободе уговарања судска пракса примењује руководећи се основним принципима и духом друштвеног и правног поретка. При томе, опажа се, за разлику од кодификованих грађанскоправних система, необично богат збир израза и појмова путем којих се то ограничење спроводи. Ту су, пре свега, неке класичне формуле „јавни поредак“, „добри обичаји“, „савесност и поштење“, „јавни морал“ — али и „норме социјалистичког морала“, „интереси друштва“, „на штету друштвене заједнице“, „основни принципи друштвеног поретка и правила јавног морала“, и сл. На добре обичаје и јавни поредак судови су се најчешће позивали приликом поништења уговора због несразмерности престације; одрицања од права на поништење теретног уговора због прекомерног оштећења; одрицања од права на опозив поклона; уступања стана под видом преноса својине на покућанству; образовања и одржавања ванбрачне заједнице; резервисања права продавца да одустане од уговора и да при томе задржи део примљене капаре или уговорене цене; осигурања склопљеног после насталог случаја, и др. ⁽⁶⁷⁾ Поштење и савесност истицало се као граница дозвољеног уговарања, нарочито у случају превисоке посредничке провизије или када посредник наплати провизију од једне уговорне стране и без њеног знања наплати за исти посао провизију и од друге уговорне стране; у случају уговора о посредовању при продаји некретнина у коме се налогодавац обавезује да плати провизију и у случају када некретнину сам прода; у случају поништења уговора због оштећења преко половине закљученог између привредних организација, тражи се да је сауговорник поступао противно начелу поштења и савесности; одредба уговора према којој зајмодавац, ако му зајмопримац у уговореном року не врати ствар исте врсте и количине, може тражити од зајмопримца, уместо повраћаја ствари, исплату новчаног износа који знатно премаша вредност свари — посматрана је као противна начелу поштења и савесности ⁽⁶⁸⁾. Као уговор противан нормама социјалистичког

⁽⁶⁷⁾ Пресуда Врховног суда Југославије, Рев 883/65, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 1966, бр. 7, одлука бр. 41; пресуда Врховног суда Хрватске, Гж 1872/69, Преглед судске праксе, Врховни суд Хрватске, 1970, I, стр. 5; решење Врховног суда Југославије, Рев 3011/64, Збирка судских одлука, књига IX, свеска 3, бр. одлуке 347; решење Врховног суда Босне и Херцеговини суд Југославије, 2827/65, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 1966, бр. 8, стр. 37; пресуда Врховног суда Србије, Гж 2949/56, Збирка судских одлука, књ. II, св. 1, бр. 76; пресуда Врховног суда Србије, Гж 2806/56, Збирка судских одлука, књ. II, св. 1, бр. 77; пресуда Врховног суда Словеније, Рев 128/61, Збирка судских одлука, књ. VI, св. 3, бр. 254; упутство Савезног врховног суда о начину решавања спорова који настају у вези са породичним заједницама, Су 42/54, Збирка одлука врховних суда донетих у кривичном и грађанском судском поступку 1953—1955, Београд, 1957, стр. 42; пресуда Врховног суда Југославије, Рев 1577/65, Збирка судских одлука, књ. X, св. 3, бр. 321; пресуда Врховног суда Југославије, Рев 2652/64, Билтен врховног суда Југославије, 1964, бр. 13, стр. 17.

⁽⁶⁸⁾ Пресуда Врховног привредног суда П 153/62, Збирка судских одлука, књ. VII, св. 2, бр. 262; пресуда Врховног привредног суда П 260/64, Збирка судских одлука, књ. IX, св. 3, бр. 532; пресуда Врховног суда Словеније, 224/65, Наша законитост, 1965, бр. 6, стр. 517; пресуда Врховног привредног суда, Сл 491/58, Збирка судских одлука, књ. IV, св. 3, бр. 524; решење Врховног привредног суда, 110/66, Правни живот, 1966, бр. 2, стр. 94.

морала посматран је уговор о продаји одређених ствари из друштвене имовине, по изузетно ниским ценама, у корист ограниченог круга потрошача ⁽⁶⁹⁾. Као супротан интересима друштва посматран је у судској пракси уговор о опклади којом једна страна обећава другој одређену ствар уколико ова ступи у одређени брак ⁽⁷⁰⁾. Схватање да заједничка градња куће без писменог уговора који се захтева чл. 145. Закона о стамбеним задругама нема правног дејства — одбачено је у судској пракси као противно принципима друштвеног поретка и правилима јавног морала ⁽⁷¹⁾.

18. Поред општих ограничења путем јавног поретка, добрих обичаја, јавног морала и сл., наше право познаје многобројна посебна ограничења слободе уговарања. Она су предвиђена појединим законима и односе се како на сам акт закључења, тако и на садржину и форму уговора. У односу на акт закључења уговора, границе слободе уговарања могу се пратити у домену обавезног закључења уговора, сагласности трећег за закључење уговора, као и у домену слободе избора уговорника. Што се тиче обавезног закључења уговора, треба рећи да је и у нашем праву правило да се уговори закључују у одсуству законског наређења. Али, има случајева када закон изричито предвиђа да извесна лица морају закључити одређени уговор. То је нпр. случај са уговором о обавезном осигурању одређених лица и ствари који се по закону мора закључити ако се једно лице нађе у законом предвиђеној ситуацији. ⁽⁷²⁾ То ће бити, такође, и када неко обавља одређену активност од ширег друштвеног интереса, као што су нпр. јавне службе превоза лица и ствари, пружање основних комуналних услуга у градским насељима, јавни депозитари, и сл. Слобода уговарања ограничена је често и захтевом законодавца да се државни органи или неко треће лице сагласи са закључењем одређеног уговора. Дозвола и одобрење за закључење уговора предвиђена је у низу случајева позитивно-правним прописима ⁽⁷³⁾. У смислу ограничења слободе избора уговорника постоји једна општа забрана која је последица двојства својинских режима, друштвеног и приватног. Наиме, физичка или приватноправна лица не могу бити субјекти уговора који има за предмет неку ствар која не може бити у приватној својини. У једном таквом уговору избор уговорника ограничава се на друштвеноправна лица. Поред тога, извесна лица имају

(69) Решење Врховног суда Југославије, Рев 3635/63, Збирка судских одлука, књ. IX, св. 1, бр. 26.

(70) Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине, Рв 23/62, Билтен Врховног суда Босне и Херцеговине, 1962, бр. 4, стр. 6.

(71) Пресуда Врховног суда Југославије, Гж 13/68, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 1968, бр. 13, стр. 33.

(72) Према чл. 1. Закона о обавезном осигурању имовине и лица од 5. априла 1965. године, обавезно се осигуравају: 1. средства у друштвеној својини којима управљају радне и друге организације и државни органи; 2. путници у јавном превозу, посаде ваздухоплова и професионални ватрогасци — од последица несрећног случаја; 3. корисници односно сопственици моторних возила — од одговорности за штете причињене трећим лицима; 4. корисници односно сопственици ваздухоплова — од одговорности за штете причињене трећим лицима.

(73) Закон о промету земљишта и зграда од 23. јуна 1954. године — чл. 20, 21, 22, 28; Основни закон о старатељству од 11. априла 1947. године — чл. 23, 25; Закон о пословним зградама и просторијама од 22. априла 1959. год. — чл. 30; Закон о стамбеним односима од 22. априла 1959. год. — чл. 35; Уредба о грађењу од 13. августа 1958. год. — чл. 2.

обавезу да своје производе продају лицима које закон одреди⁽⁷⁴⁾, или је њихова слобода избора уговорника ограничена пречим правом куповине или пречим правом закупа⁽⁷⁵⁾. У погледу ограничења саме садржине уговора, треба рећи да није редак случај да се одређени елементи уговора законом императивно одређују, нарочито цена код уговора о купопродаји⁽⁷⁶⁾. Понекад се законом предвиђа о којим елементима уговора странке морају да постигну сагласност; тако је нпр. код уговора из стамбено-правне области, уговора о кредиту закљученим између банке и тражиоца кредита, уговора о грађењу, и др.⁽⁷⁷⁾. Ограничење у погледу садржине уговора нарочито је видљиво код уговора по приступу, чији је број све већи у нашем праву⁽⁷⁸⁾. Слобода странака у погледу избора начина на који ће изјавити своју вољу ограничена је постојањем већег броја формалних уговора. Још почетком нашег века у правној доктрини истакнуто је мишљење да присуствујемо „ренесанси формализма“⁽⁷⁹⁾. Све је више уговора који се по закону, под претњом ништавости, морају закључити у одређеној форми. Код таквих уговора индивидуална воља је потчињена закону. У нашем позитивном праву постоји више десетина формалних уговора, одакле се закључује да је слобода странака у погледу начина испољавања воље знатно ограничена⁽⁸⁰⁾.

19. Ако се, од архаичног права до наших дана, прати људска мисао изражена правним прописима и кодексима, приметити се да је сукоб између јединке и друштвене групе, индивидуализма и социјалне идеје, увек у центру пажње сваке правно организоване заједнице. Тај сукоб у једном времену добија епилог у свестраној егзалтацији појединца над друштвом, да би у другом времену исказао енергичну превласт друштва над појединцем. И тако се право у својој историјској осцилацији креће на путу од

(74) Основни закон о дувану од 17. марта 1965. год. — чл. 4, 5; Закон о обавезној испоруци сировина, репродукционог материјала и друге робе ради обезбеђења одређених потреба од интереса за целу земљу од 30. децембра 1965. год.

(75) Закон о искоришћавању пољопривредног земљишта од 19. октобра 1959. год. — чл. 14; Основни закон о шумама од 20. априла 1961. год. — чл. 12; Основни закон о заштити споменика културе од 24. марта 1965. год. — чл. 12; Закон о својини на деловима зграда од 22. априла 1959. год.

(76) Закон о друштвеној контроли цена од 22. јула 1962. год.

(77) Закон о стамбеним односима (чл. 128), Закон о пословним зградама и просторијама кон о банкама и кредитним пословима од 24. марта 1965. (чл. 113—118), Уредба о грађењу (чл. 8).

(78) Благојевић: Уговори по пристанку, Београд, 1934; Аранђеловић: Основи облигационог права, Београд, 1929, стр. 71; Вуковић: Обвезно право, књ. II, Загреб, 1964, стр. 110; Јакшић: Облигационо право, Сарајево, 1962, стр. 114; Перовић: Облигационо право, I, Београд, 1968, стр. 49.

(79) Moeneclae: *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Lille, 1914; Rouxel: *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*, Cherbourg, 1934; Перовић: Формални уговори у грађанском праву, Београд, 1964.

(80) Захтев законодавца за испуњење форме нарочито се примећује у домену промета некретнина, стамбеноправних односа, закупних односа, имовинскоправних односа задруга и њихових чланова, ауторског и проналазачког права, и др. Вид.: Перовић, наведено дело, стр. 23).

индивидуе до друштвене групе. Где ће се „тренутно“ зауставити, зависи од филозофског и политичког опредељења једне средине и од степена њене моралне цивилизације. Границе слободе уговарања саткане су од тих метаправних чинилаца. Постављене су тако да изражавају основне принципе на којима почива један друштвени поредак. Формализам првобитног римског права и појам *»boni mores«* смењују се са формализмом средњовековног и канонског права, да би уступили место широко схваћеној слободи воље у лицу теорије аутономије воље, али ипак са ограничењима јавног поретка и добрих обичаја, ограничењима која се, најзад, у колективистичким правима изражавају правилима социјалистичке заједнице. Најчешће, те границе су чврсто постављене, и оне не дозвољавају индивидуалној вољи било какво испољавање које није у складу са постављеним императивима. Та заједничка гачка може се применити чак и са видокруга два антипода, идеалистичког и материјалистичког погледа на свет. Законници који су инспирисани једним или другим погледом имају пред собом исту појаву: слобода уговарања није безгранична. Њој се супротстављају општа правила друштвеног поретка чија садржина и оквир зависи од природе и карактера основних принципа на којима је засновано једно друштво. Најчешће, та правила су постављена тако да се у њих не сме сумњати, да изван њих нема истине. Све што је мимо тих правила, немилосрдно је погодно санкцијом ништавости. Изгледа, ипак, да се границе слободе уговарања не могу постављати тако да чине једну нетолерантну пресласт једне или друге тачке у историјској осцилацији права. Индивидуална воља мора имати широко поље испољавања у једном правном систему, али не на начин да би се друштвени поредак „предао“ пред снагом те воље, већ да би у складној равнотежи робовали законима како бисмо били слободни ⁽⁸¹⁾.

Др Слободан Перовић

РЕЗИЈОМЕ

Границы свободы заключения сделок

Принцип свободы заключения сделок существует в праве с древних времен до наших дней, но границы его всегда менялись. Иногда, суженный до скромных пределов, он как бы бледнел и исчезал из правопорядка, становясь едва заметным, чтобы затем, в другую эпоху, стать доминантным в симбиозе с идеей преобладания индивидуальной воли над законом. В Римском праве границы свободы заключения сделок были, в общем порядке,

⁽⁸¹⁾ *Legibus idcirco omnes servimus, ut liberi esse possimus (Sec. Cicero — Pro Clue. 53, 146).*

установлены господствующим формализмом и понятием »*boni mores*«. Наряду с эволюцией в этом праве, все больше протекавшей в направлении освобождения права от формализма а в особенности под влиянием греческой философии, стало шире применяться и понятие »*boni mores*«. Однако, после падения старого Рима наступает длительный застой в развитии права и юридической науки, а вторичный формализм в этом периоде напоминает формализм первобытного Римского права (т.наз. *fides facta*) с его твердо определенными границами свободы заключения сделок. За время второго периода европейского феодализма на Западе, в отношении принципа свободы заключения сделок характерным является двойственность мирского и канонического прав. Согласно данному учению о метафизическом порядке и бессмертности души, каноническое право заняло точку зрения, по которой волеизъявление о заключении сделки считалось недействительным, если оно было противно взглядам церкви. Однако, дав промиссорную присягу, можно было заключить сделку о том, что запрещалось мирскими и даже каноническими правами. Принцип свободы заключения сделок значительно раздвигает свои рамки в учении теории об автономной воле, вытекшей из политического либерализма, проповедывавшегося философами 18 века и экономическим либерализмом 19. века. Индивидуальная воля, согласно данному учению, поставлена над законом и лишь она является обладателем творческой силы. Однако указанное учение никогда в своем буквальном и до конца последовательном смысле не было усвоено законодательством. Многие законодательства были лишь инспирированы этим учением, усваивая свободу заключение сделок в качестве основного принципа права гражданских правоотношений, но до определенных границ. Если ознакомимся с проведенными кодификациями гражданского права в прошлом и нашем веках, мы увидим, что границы эти установлены в общем порядке или подведены под понятие „общественный порядок“ (Французский гражданский кодекс, Сербский гражданский кодекс 1844 г., Швейцарский гражданский кодекс об обязательствах), или под понятие добрых обычаев (Германский и Австрийский гражданские кодексы) или же под понятие, правила социалистического общежития“ (Советский, Польский, Венгерский и Чехословацкий гражданские кодексы). Независимо от различия в терминологии, употребляемой в указанных кодексах, границы свободы заключения сделок всегда определяются разными метаправовыми факторами и, по существу, зависят от философских, политических и моральных установок данного общественного содружества. В свете этих установок правопорядок „решает“ конфликты между отдельными лицами и общественной группой, между индивидуализмом и социальной идеей. Границы, устанавливаемые правопорядком индивидуальной воле, иногда проведены весьма основательно и не подлежат оспариванию. Все, о чем заключена сделка вне этих границ, считается недействительным. Судя по всему, границы свободы заключения сделок все же не следует устанавливать так, чтобы представляли не знающее за терпимость превосходство общества над отдельным лицом или отдельного лица над обществом. Следовало бы, чтобы границы эти способствовали установления гармоничного равновесия, при котором мы бы подчинялись закону, чтобы быть свободными.

SUMMARY

Limits of Freedom of Contracting

The principle of freedom of contracting has always been present in the jurisprudence since the ancient times up to now, but its limits were always mobile. Sometimes within very modest frames, it seemed to fade and vanish from the legal system where its traces only are noticeable, while in other times it dominated the legal system in the symbiosis with the idea about supremacy of individual will over law. In the Roman Law the limits of freedom of contracting were established, in a general way, by a strongly felt formalism and concept »boni mores«. Since the evolution in the Roman Law tended to release law from formalism, the concept »boni mores« was more widely applied, especially through the influence of Greek philosophy. However, after the fall of old Rome development of law and jurisprudence stagnated, so that the renewed formalism in this period is reminiscent of the formalism in the original Roman law (so-called *fides facta*) and the limits of freedom of contracting are firmly established. The period of the second era of European feudalism in the west is characterized, as to the principle of freedom of contracting, by the duality of the lay and canon laws. According to this teaching of the metaphysical order and immortality of soul, the standpoint of canon law was that nothing may be contracted in full validity by individual will if contrary to the spiritual good. It was possible to contract anything prohibited under the lay, and even canon law on a promissory oath. The principle of freedom of contracting is given the broadest possible frames in the teaching of the theory on the autonomy of will resulting from the political liberalism as preached by the 18th century philosophers and by economic liberalism in the 19th century. Individual will, according to this teaching, is placed above law and it is possessing creative force. However, this teaching has never been accepted in legislation, either in its literal or completely consequent sense. Many legislations have only been inspired by this teaching accepting freedom of contracting as the basic principle of contract law, but with indispensable limits. If one considers important codifications of the civil law from the last and current centuries, these limits are set in a general way or by the notion »public policy« (French Civil Code, Serbian Civil Code of 1844, Swiss Civil Obligation Law), or in the notion of good usage (German and Austrian Civil Codes), or in the notion »rules of social community« (Soviet, Polish, Hungarian and Czechoslovak Civil Codes). Regardless of the different terms used in the cited codes, the limits of freedom of contracting are always woven of some meta-legal factors, while essentially depending of the philosophical, political or moral determination of a social community. The legal system »resolves«, in the light of these determinations, the conflict between the individual and the social group, individualism and social idea. The limits set by the legal system to the individual will were formerly very firmly set, so that the should not

be doubted. Anything outside these limits is subject to the sanction of voidness. It seems, however, that the limits of the freedom of contracting should not be set so as to be an intolerable supremacy of society over an individual, or of an individual over society. The limits should be a harmonious equilibrium in which we shall slave to laws in order to be free.

RÉSUMÉ

Les limites de la liberté contractuelle

Le principe de la liberté contractuelle a été depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours constamment présent dans le droit, mais toujours avec ses limites variables. Autrefois, avec de cadres très modestes comme s'il pâlit et disparaît de l'ordre public dans lequel on ne remarque que ses traces, afin de dominer dans une autre période sur l'ordre public dans la symbiose avec l'idée de la suprématie de la volonté individuelle sur la loi. Dans le droit romain les limites de la liberté contractuelle étaient, d'une manière générale, établies par le formalisme puissamment présent et la notion »boni mores«. Comme l'évolution dans ce droit se développait de plus en plus dans le sens de l'affranchissement du droit du formalisme, de même la notion »boni mores«, surtout sous l'influence de la philosophie grecque, acquerrait un champ d'application de plus en plus large. Cependant, après l'écroulement de la Rome antique s'ensuivit une longue phase de stagnation dans le développement du droit et de la science juridique, de sorte que le formalisme réapparut dans cette période rappelle le formalisme du droit romain primitif (appelé *fides facta*) et les limites solidement établies de la liberté contractuelle. La période de la seconde phase du féodalisme européen à l'Occident est caractéristique en ce qui concerne le principe de la liberté contractuelle, par la dualité du droit laïque et du droit canonique. Conformément à sa doctrine sur l'ordre métaphysique et l'immortalité de l'âme, le droit canonique s'était placé sur le point de vue qu'avec la volonté individuelle on ne peut rien contracter valablement qui serait contraire au bien de l'âme. Par le serment promissoire il était possible de contracter aussi ce qui était interdit par le droit laïque et même par le droit canonique. Le principe de la liberté contractuelle acquiert les cadres aussi larges que possible dans l'enseignement de la théorie relative à l'autonomie individuelle qui découlait du libéralisme politique enseigné par les philosophes du XVIII^e siècle et du libéralisme économique du XIX^e siècle. La volonté individuelle, selon cet enseignement, est située au-dessus de la loi et c'est elle qui possède la force créatrice. Cependant, cet enseignement n'a jamais été adopté dans la législation ni dans le sens littéral ni jusqu'au bout d'une manière conséquente. Beaucoup de législations se sont seulement inspirées de cet enseignement, en adoptant la liberté contractuelle en tant que principe fondamental du droit contractuel, mais avec des limites indispensables. Si l'on observe les grandes codifications du droit civil du siècle dernier et de ce siècle, on peut remarquer que ces limites sont établies d'une manière générale soit par la notion de »l'ordre public« (Code civil français, Code civil serbe de 1844, Code des obligations suisse), soit par la notion des »bonnes moeurs« (Codes civils allemand et autrichien), soit enfin par la notion de la »règle de la collectivité socialiste« (Codes civils soviétique, polonais, hongrois, tchécoslovaque). Sans tenir compte de la différence des expressions employées dans ces codes, les limites de la liberté contractuelle sont toujours combinées avec certains facteurs métajuridiques et dans le fond elles dépendent de la détermination philosophique, politique et morale d'une collectivité sociale. A la lumière de

ces déterminations l'ordre juridique »règle« le conflit entre l'individu et le groupe social. Les limites que l'ordre juridique prescrit à la volonté individuelle sont parfois solidement établies, de sorte qu'il ne faut pas avoir de doute sur elles. Tout ce qui se trouve en dehors de ces limites est frappé de la sanction de nullité. Il paraît quand même que les limites de la liberté contractuelle ne doivent pas être établies de telle manière qu'elles constituent une prédominance intolérable de la société sur l'individu ou des individus sur la société. Il serait nécessaire que ces limites expriment un équilibre harmonieux dans lequel nous serons asservi aux lois afin de pouvoir être libres.

САДРЖИНА И ПРЕДМЕТ ОБЛИГАЦИОНОГ ОДНОСА

Када неко потражује кућу, шта је садржина његовог права? Да ли је предмет тог права предаја куће, сама кућа или, можда, нешто треће — економска вредност њена? О овом питању не постоји сагласност међу цивилистима. То је последица не само разлике у углавима гледања, у прилазима, већ и недовољне сарадње између Грађанског права и Опште теорије права.

Дуго је Грађанско право било квинтесенција права. Бавити се правом у првом реду значило је решавати спорове везане за својину, уговоре или наслеђивање. Студенти су ишли на универзитете на којима се проучавало цивилно право, *jus civile*, настало на традицијама римског права. Затим је дошло до реакције. Продор философије, а затим социологије у право померио је тежиште интересовања од права на државу, од приватног права на јавно право. У општој политизацији права цивилистика је потиснута, а и право у целини, државом, која испрва и није улазила у оквире правних наука. Тзв. најезда јавног права у приватно и друге околности довеле су до еманципације неких домена цивилног права у посебне гране: породично, радно, трговачко (привредно), међународно приватно право. Нешто од старе суревњивости је остало. Сарадња између цивилиста и философа права није нарочито велика од чега у првом реду трпе општи појмови цивилистике. Иако су неки од њих добро проучени упркос овом недостатку (нпр. појам каузе), у њиховом одгонетању преовлађује стари манир цивилистичке самодовољности. На другој страни, Општа теорија права не придаје већи значај овим појмовима, она је више окренута, у новије време све важнијим а и мање преораним пољима јавног права, државе и њеног суверенитета. Грађанско право је само једна од десетак грана права са списка на чијем су челу обично уставно и административно право. Лукић не поставља питање садржине и предмета субјективног права уопште, па ни облигација посебно ⁽¹⁾. Келзен тек узгред каже да је „садржина једног права у крајњој анализи испуњавање обавеза неког другог” ⁽²⁾. Штура дефиниција са којом се, како ће се видети, не слажемо.

И међу самим цивилистима има оних који сматрају да је предмет облигација и уговора непотребан појам. Као што су неки покушали да избаце појам каузе, говорећи како се сви проблеми везани за каузу могу

(1) Лукић, Теорија државе и права, II део, Београд, 1957, стр. 162 и сл.

(2) Келзен, Општа теорија права и државе, Београд, 1951, превод Р. Лукић и М. Симића.

решити путем предмета облигације, тако је могућ и обрнут став — појам предмета је непотребан, јер се каузом може решити све што изискује потребу за појмом предмета. Карбоније (*Carbonnier*) пише како је цео проблем архаично обојен, како је појам забрањеног предмета уговора, „боље рећи забрањене каузе“, један остатак табуа у Наполсоновом законнику који води порекло још од *res sacra* из римског права (3).

Иако је ово један од основних појмова грађанског права, у Француској доктрини он је запостављен, у сенци проблема каузе, што је можда последица и непрецизних формулација Код сивила (*Code civil-a*) (4). Италијанска литература у овом погледу је богатија ставовима, тако да је Мирабели (*Mirabelli*) тврдио како о проблему садржине и предмета облигације постоје готово исте толике разлике колике и у погледу појма каузе (5).

Постоје не само теоретски него и практични разлози за омеђивање ова два појма. Законници обично постављају одређене захтеве у погледу садржине и предмета облигација и уговора: да су одређени, могући, дозвољени (6). Поред тога, истицано је како је драгоцен критеријум за класификацију облигација и уговора управо њихов предмет. Тако је Планиол (*Planiol*) све уговоре поделио на три категорије: на оне који се односе на ствар, на рад и на права (7). Од истог критеријума полази и Оверстак (*Overstake*) иако долази до других резултата (8).

Потреба за одређивањем ових појмова, дакле, постоји. Циљ овог рада није да изнесе неку битно нову теорију, већ да јасније одреди ове појмове, којима се посебно у нас није нико бавио. А да су они јасни, не би постојала толика шароликост у ставовима, чак и у скромним оквирима наше литературе.

* * *

Спор о предмету и садржини је добрим делом терминолошке, дакле формалне природе, тако да је много шта питање конвенције. Како ће се нека ствар звати често је ствар традиције и навике. Отуда је важније разлучити суштину. Пре но што се одлучимо за овај или онај назив, испитајмо најпре из какве је грађе сачињен облигациони однос, тачније: субјективно облигационо право, који су његови елементи.

(3) *Caribennier, Théorie des obligations, Paris, 1963, стр. 130; слично и у Droit civil, III издање, Париз, 1962, т. II, стр. 368.*

(4) Тако у чл. 1126. стоји: „Сваки уговор има за предмет неку ствар (*une chose*) коју се једна странка обавезује да да или се обавезује да учини или не учини.“ Овак је у исту категорију стављена и ствар и чинида, што сматрамо неоправданим. Даље у чл. 1128. пише: „Само ствари у промету могу бити промет уговора“. Оправданије би било рећи: „предмет престације“.

(5) *Mirabelli, Causa, oggetto, funzione, interesse, Archivio giuridico »F. S., Modena, 1950, бр. 2, стр. 91 и сл. Видети преглед неких ставова италијанске литературе код Levi, Sul'oggetto del rapporto giuridico, Atti del quinto Congresso internazionale di filosofia, Napoli, 1925, стр. 370—380.*

(6) Вид. *Code civil, art. 1128, 1129; Облигације и уговори, скица за законик М. Константиновића, чл. 22—25.*

(7) *Planiol, Classification synthétique des contrats, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1904, стр. 470 и сл.*

(8) *Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux, Paris, 1969.*

Постоји код облигација низ елемената, али неки од њих су несумњиво ван нашег поља интересовања, ван могућности да буду названи било садржином било предметом облигација. Такви су нпр. субјекти, кауза, мотиви. У оквирима који нас интересују постоје три елемента: овлашћења или обавезе, понашање дужника или престација и ствар на коју се то понашање односи. Одмах запажамо термилошки недостатак — постоје три појаве, а два назива (предмет и садржина). Један део невоља је баш у томе што неки аутори покушавају да ова три елемента угурају у Пепељугину ципелицу ова два назива. Тако долази до превиђања једног или до сажимања два од ова три елемента у оквиру истог појма.

а) Најпре код облигација постоје овлашћења или обавезе. То су права купца да захтева предају купљене ствари, његова овлашћења за случај да ова има физичке или правне недостатке; овлашћења зајмодавца из уговора о зајму (повраћај главнице, камате, обезбеђења); право послодавца да захтева одређени рад. Свим овлашћењима повериоца одговарају обавезе дужника.

б) Други елемент облигације јесте понашање обавезне странке. То понашање може да се састоји у преношењу својине, у ономе што су Римљани звали *dare* или *obligatio dandi*, или у неком чинињу (*facere, obligatio faciendi*) или у пропуштању, нечињењу (*non facere, obligatio in non faciendo*). Уобичајено је да се ово понашање назива престацијом, што долази од латинског *praestare, praestatio*, чије значење није сасвим јасно. Напоменимо да по некима само прва два облика, *dare* и *facere*, могу да се назову престацијом, док би за нечињење требало употребити други назив ⁽⁹⁾.

в) Трећи елемент је, *res* у најширем смислу грађанског права. То је оно на шта је престација усмерена. Овај елемент није неопходан у облигационом односу. Код неких облигација, нарочито код оних типа *non facere*, он не постоји.

* * *

Које називе дати овим елементима?

Мишљења смо да назив *садржина* облигације највише одговара првом, тј. овлашћењима и обавезама странака. Субјективно право, уопште, према теорији права, чини скуп овлашћења па не може бити другаче и у облигационом праву. Чинидаба је нешто што стоји изван садржине, иако је садржина везана, усмерена на чинидабу. Садржина нечега, логички, мора постојати у моменту настанка те појаве. У тренутку рабања облигације имају своју садржину, а то су овлашћења повериоца и обавезе дужника. Чинидаба или престација је нешто што није одмах присутно, што ће тек наступити при извршењу, уз могућност да никада не наступи. Колико данас у нашој привреди има облигација чија престација (исплата дуга) никад неће бити остварена због инсолвентности дужника.

⁽⁹⁾ Planiol — Rapert, *Traité pratique de droit civil français* VI, Paris, 1930, p. 292. Аутори сматрају да би се израз престација могао употребити само за облигације у давању и чинињу, док би за дужникову радњу у облигацијама типа *non facere* требало употребити израз „уздржавање (*abstention*)”.

Овај став, став да садржину чине права и обавезе странака, потврђује и позната Паулова (*Paulus-ova*) дефиниција. За њу се обично каже да дефинише појам облигације или да се њоме подвлачи релативност дејства облигација⁽¹⁰⁾. Нама се, међутим, чини да она управо истиче садржину облигација (*obligationum substantia*). Ево те дефиниције: *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* (D. 44. 7. 3. pr). „Садржина (суштина) облигације није у томе да нам прибави неку ствар или службеност, него да другог обавезе да нам нешто да, учини или преда у државину“⁽¹¹⁾.

Паул, како видимо, истиче како непосредни ефект облигације није прибављање својине или друго права, већ *обавезивање* дужника да нешто да или учини. Према томе, овлашћења, односно обавезе чине садржину, супстанцију облигационог односа.

Има мишљења да се тражбина састоји из: а) субјективног права на одређено потраживање према дужнику, и б) из захтева на остварење тог постојећег потраживања⁽¹²⁾. Не чини нам се оправданим ово термилошко издвајање „тражбине“ од „субјективног права повериоца“. Несумњиво је да захтев (*Anspruch*) улази у оквир могућности којима располаже поверилац. Али зар то није случај код сваког субјективног права ако изузмемо природне облигације које су на маргинама облигација и права уопште? Може ли постојати субјективно право ако не постоји захтев? Зар се тиме ишта друго казује сем околности да је то правни однос, однос иза кога стоји ауторитет суда и државе?

Сличну врсту логике следи и Вуковић: „По старом грађанском праву обавеза је садржајно одговарала субјективном праву, а то значи, да је дужник био обавезан управо на оно, што је вјеровник имао право од њега тражити. Према томе, садржај обавезе је *a contrario* потпуно одговарао садржају субјективног права. Касније, кад је човјекова друштвена вриједност дошла до изражаја и у грађанском поретку, није у правилу могао вјеровник принудити обвезника на сваку обавезу, већ му је остало само толико, да се за случај неизвршења обавезе наплати из дужникове имо-

(10) Стојчевић (Римско приватно право, III издање, Београд, 1970, стр. 167) сматра овај фрагмент *Digesta* за дефиницију облигације, док Хорват (Римско право, V издање, Загреб, 1967, стр. 205) тврди да се њиме истиче релативност дејства облигација.

(11) Израз *dandum*, одн. *dare* превел смо се пренети својину, *faciendum (facere)* са учинити, а *praestandum (praestare)* са пренети државину. О озоме иначе постоји спор (в. нпр. *Ricca-Barberis, Dare, Archivio giuridico* »F. S.«, Модена, 1950, бр. 1—2, стр. 3 и сл.; Стојчевић, нав. дело, стр. 198). Разлози за и против оваког става су бројни и захтевали би посебну студију. Задржимо се на неколико аргумената. Класични правници на више места истичу да *dare* значи пренети својину. Тако *Paulus*: »*Dare id est rem accipientis facere*« (*Dare* значи учинити да ствар постане прибавночова) према D. 50. 17. 167. пр. У истом значењу употребљавају ову реч Гајеве и Јустинијанове институције (*Gaius*, 4. 4; *Just. inst.* 4. 6. 14). У Ротријевој едикту *praestare* се супротставља изразу *vendere* (продати): *dicendo quod praestitisset, nam non vendidisset* (cap. 227) и нешто даље: *non venditi, sed locavi et prestiti*. Мислимо да израз *praestare, praestatio* не би могао да означава нешто споредно и нередовно (нпр. обавезу дати јемце, *praes stare*), јер је толико често оно на шта се односи да се реч престаџија почиње употребљавати као општи појам за дужникову чиницу. А ако изузмемо пренос својине (*dare*) и чиниње (*facere*), највећи број облигација се састоји управо у преносу државине.

(12) Визнер, Грађанско право, II издање, 1969. III књ., стр. 442.

вине. Дошло је до тога, да се садржај извршиве обавезе — осим неких случајева стварног права — није слагао са садржајем субјективног права.

Међутим, за садржај тужбе остао је и даље мјеродаван садржај субјективног права, а не садржај онога, што се од обвезника могло тражити. Тако је нпр. вјеровник морао тужбом тражити испуњење уговора, иако већ унапријед зна, да ће моћи добити само накнаду штете. Тако се у већини европских права стоји и данас на гледишту, да се тужба мора редигирати према садржају субјективног права, а не према ономе, што се од обвезника може стварно тражити. То је реликт прошлости, који још увијек важи као неко начело". Писац наводи као изузетак, на који би се ваљало угледати, енглеско право у коме се тужбени захтев не управља на чинидабу, већ само на накнаду штете. Такође указује на неке случајеве из наше судске праксе и на аустријско право у коме се може тужбом захтевати одмах накнада штете ако је чинидаба постала немогућа или беспредметна ⁽¹³⁾.

Можда је оправдано посебно говорити о садржају тужбе, односно захтева. Ипак се може размишљати о садржају субјективног права без обзира на могућност његовог остварења у животу. Свако субјективно право само је једна могућност, правом заштићени интерес. Чак и право својине може постојати као правна чињеница без икаквог ефекта у стварном поретку односа (нпр. ствар је украдена).

У погледу заштите заиста постоје разлике о којима аутор говори. Само се не може рећи да је став енглеског права савремен, а континенталног реликт прошлости. Можда је став *Common Law*-а погоднији за потребе савременог комерцијализованог друштва, али је он реликт прошлости. Готово исти такав став имало је и римско право у коме је тужба овлашћивала судију, било да је реч о тужбама *in rem* или *personam* да досуди одређену суму новца (за *actio certa*) или да изврши процену — *quantum ea res erit* (за *actio incerta*).

* * *

Предмет облигације је дуговано понашање дебитора, односно чинидаба. Оно на шта је усмерена садржина, на шта се односе овлашћења повериоца, онај *quid* облигације — то је престација. Тај истородни предмет постоји и када се дугује новац (онда је то исплата новца, а не сам новац) и када се неко обавезе на неко чињење или нечињење.

Престација је конкретизација у облигационом праву онога што је универзални предмет субјективног права, а то је понашање обавезне стране. Оно се у другим гранама, нпр. у породичном, не назива престација, а поготову не у стварном или уставном праву, како правилно примећује Мирабели ⁽¹⁴⁾. Међутим однос између овлашћења и дуговог понашања није свуда исти.

Облигационо право се никад не односи на ствар, предмет облигације је увек понашање дужника које некада може бити везано за ствар. У крај-

⁽¹³⁾ Вуковић, Опћи дио грађанског права, Загреб, 1960, стр. 226—227.

⁽¹⁴⁾ *Mirrabeli*, нав. дело, стр. 92.

њој линији и стварноправни однос је однос између људи поводом ствари, али је релација субјект-објект ту много непосреднија ⁽¹⁵⁾. Када се дужник обавезе да преда ствар, предмет облигације није та ствар, већ *предаја ствари*. Зато се и каже да облигационо право не прати ствар. Поверилац не може захтевати ствар, он може захтевати одређено понашање, пренос својине.

Има аутора који идентификују права и обавезе са престацијом на коју се ова права и обавезе односе. Тако нпр. Стојчевић каже да су садржина облигације права и обавезе, са чиме се слажемо. Али касније додаје како се садржина свих облигација може свести на *dare, facere, praestare*, што бисмо пре назвали предметом облигације, појмом који аутор не дефинише. Уместо предмета облигације налазимо предмет дужникове обавезе: „Од садржине облигације треба разликовати предмет дужникове обавезе, тј. ствар или чинидбу коју је дужник у једном конкретном случају купопродаје, зајма или другог облигационог односа дужан дати. Свим случајевима купопродаје, нпр. заједничко је да једна странка даје предмет а друга пену — то је њихова садржина“. Тако се склизнуло на терен престације, чиме се противуречи полазном становишту по коме су права и обавезе садржина облигације. Овако апстрактно узету чинидбу аутор супротставља конкретним случајевима: „Али у једном случају купопродаје продавац дугује коња, у другом роба, а у трећем неку другу ствар — та ствар је предмет дужникове обавезе, или како се краће каже, предмет облигације. По садржини се, дакле, разликују поједине врсте облигација — по предмету се разликују поједини случајеви исте врсте облигације“ ⁽¹⁶⁾.

Свакако да престација није апстрактно чињење или нечињење. Она мора бити одређена временски, просторно и с обзиром на предмет. Теорија класификује све поједине случајеве облигација у категорије *dare, facere, praestare*, али не постоји апстрактна обавеза продавца на *dare*, већ је он обавезан да у одређено време преда одређену ствар купцу. Степен одређености није увек исти. Могу постојати облигације са правом опције (било дужника било повериоца), некада је довољно да је облигација, односно дужникова радња одредива. Код извесних облигационих односа престација је одређена ефектом дужникове радње (*locatio-conductio operis faciendi*), код других је то одређивање ближе (*locatio-conductio operarum*).

* *

*

И на крају, као трећи елемент облигационог односа јавља се ствар у уобичајеном грађанскоправном смислу. У једном случају то је непокретност, у другом новац, у трећем производ људског духа. Ствар није посредни предмет облигације, она се јавља као посредни предмет потражива-

(15) Тако Иоффе сматра да ствар уопште не може бити предмет грађанскоправног односа, већ само људска радња (према: Радишић, Облигационо право — општи део, Ниш, 1967, стр. 10—12).

(16) Стојчевић, нав. дело, стр. 198—199.

ња. Потражује се, не нека ствар, већ одређена чинидба, која се може односити на неки предмет. Зато се обично и каже да је ствар предмет престације, а не само облигације (17).

При употреби одређених назива морамо настојати да се држимо принципа истородности, да једним термином означавамо једну појаву, да не „мешамо жабе и бабе“. Често се дефинише уговор о купопродаји као уговор којим се продавац обавезује да преда ствар или неко право купцу итд. (18). Овакав начин изражавања може се прихватити као данак традицији, али није исправан, јер понавља једну омашку коју су још Римљани чинили не разликујући ствари од права на ствар. Држећи се принципа истородности, морамо рећи да се продавац обавезује да пренесе својину или неко друго право, јер и при предаји ствари продавац је обавезан да својину на продатој роби пренесе.

Исто тако се „мешају жабе и бабе“ када се каже да је предмет обавезе нека ствар или радња (19). Ако сводимо све на истородну категорију и у случају ствари као „предмета“ облигације, непосредни предмет је дужникова радња пренос својине или државине.

Материјални делови природе, ствари у ужем смислу, оно што Римљани називају телесним стварима (*corporalia*), могу учествовати у облигационом односу двојако. Када продавац даје кућу, предмет његове обавезе је сама кућа, тачније право својине на њој. Али ако се зида обавезе да изврши оправку зграде, и овде се она појављује у облигационом односу, али очигледно учествује на један други начин. Постоје случајеви у којима ствар има заиста улогу предмета престације, јер ће, извршењем дужникове обавезе, трајно или привремено онећи у оквиру било правне било фактичке власти повериоца. Облигације најчешће и служе да путем њих људи дођу до правне власти над стварима (својина или које друго право) или до државине. На другој страни има односа у којима ствари играју неку улогу, али углавном ради одређивања престације. На њима, као што је то у случају оправке зграде, или путем њих дужник треба да изврши своју чинидбу. Можда би требало терминолошки изразити ову разлику. Чини се да би израз „предмет престације“ требало задржати само за случајеве када ће поверилац, извршењем дужникове обавезе, стећи на тим стварима неко стварно право или државину, односно за ствари у облигацијама типа *dare* и *praestare*.

До сада смо у истраживању грађе из које је саздано субјективно облигационо право установили постојање три елемента: садржине (права и обавезе), предмета облигације (престација) и предмете престације,

(17) Тако: Константиновић, Облигационо право (белешке за предавања — средио др Капор), Београд, 1957, стр. 6; Јакшић, Облигационо право, општи део, Сарајево, 1953, стр. 23—25; Радишић, Облигационо право — општи део, Ниш, 1967, стр. 10 и сл.

(18) Антонијевић, Привредно право, Београд, 1966, стр. 224: „Продавац се обавезује... да уступи неку ствар (или право)... У новијем издању налазимо бољу формулацију: „да уступи извесну робу... да пренесе на купца право коришћења те робе (односно право својине“. (III издање, Београд, 1970, стр. 210).

(19) Тако *Code civil* у чл. 1126, а и неки аутори (Перовић, Облигационо право, део I, општа теорија уговора, Београд, 1968, стр. 124).

који не мора увек постојати. Да ли се у овом настојању може доћи и до четвртог елемента, до економске вредности?

Има мишљења да је економска вредност битан елемент облигационог односа. Тако А. Гамс сматра да је економска вредност предмет облигације⁽²⁰⁾. Облигационо право је у крајњој линији супраструктура економског промета, то је област у коме је право најинтимније повезано са економијом. Предмет престације обично има неку економску вредност, а и у облигацијама типа *facere* и *non facere* најчешће се чинидаба може преточити у новчани израз. Тако би код обавезе дужника на неки рад постојала економска вредност рада, певање на концерту имало би своју економску вредност, па би се чак и код облигација које се састоје у нечињењу могао конструисати имовински интерес који се може новчано изразити.

Ипак смо мишљења да овакав начин гледања није сасвим исправан.

Право је скуп заповести, правила понашања. И облигационо право само је један посебан, диспозитивно обојен, део права. Суштина облигације састоји се у одређеном понашању дужника које проистиче из уговора или којег другог извора. То је предмет облигације. Свакако да облигациони однос, као и готово све што је везано за људско понашање, има своје економске, психолошке, социолошке и друге импликације. Поверилац може захтевати одређену престацију. Рећи да је предмет престације певача на концерту његова способност певања или имовинска вредност није оправдано. А разлагати даље „само певање“ од онога „шта ће се певати“ или неке „способности певача“ залазило би у домен непотребних апстракција.

У свакој престацији постоји неки интерес, који не мора увек бити материјалне природе. Још су стари Римљани поставили принцип *omnis condemnatio pecuniaria* (све пресуде гласе на суму новца). Веза између престације и новчане вредности постоји, и она се манифестује углавном кроз установу накнаде штете, али на њу морамо гледати очима правника, а не економисте. Зато се морају истаћи две околности. Пре свега, сама накнада штете није диспозиција облигационе норме, већ њена санкција. То је последица која ће стићи прекршиоца уколико не буде испунио своју обавезу. Може се, додуше, и сама санкција схватити као нека секундарна норма, као секундарна диспозиција чија је хипотеза неиспуњење основне и примарне обавезе понашања. Али основна и примарна остаје облигација са својом престацијом. Стога мислимо да се не може прогласити за предмет нешто што је секундарно, што није редовно и што у већем броју облигационих односа (оних који се добровољно остварују) неће ни бити узимано у обзир. Друго, не може се ставити знак једнакости између економске вредности и накнаде штете. Нема сумње да су они у вези, али се не поклапају сасвим. Накнада штете је правна надградња над имовинском вред-

(20) Гамс, Увод у грађанско право — општи део, Београд, 1967, стр. 155. Аутор истиче како је то спорно питање и додаје: „Садржина облигације је тзв. чинидаба или престација. А предмет је она економска вредност која се путем чинидабе преноси са дужника на повериоца или, још прецизније речено, из имовинске масе дужника у имовинску масу повериоца“. Мислим, из неких даљих формулација могао би се закључити да се радије, односно чинидаба сматра предметом престације: „... Или Примус се обавезао да научи Секундуса да свира на клавиру. Чинидаба у Примусовој обавези је пренос одређеног знања из свирања на клавиру, а предмет обавезе су радње којима се то знање преноси.“

ношћу која је економски појам. Некада ће постојати накнада иако никакве имовинске штете није било, као што је случај са унапред предвиђеном уговорном казном, са пеналима. Други пут је поверилац претрпео велику имовинску штету, а право му или уопште не досуђује накнаду или му је само делимично досуђује, што ће се десити ако штета спада у измаклу добит на коју поверилац нема право.

Према томе, чак и ако идемо даље у рашчлањавању елемената облигације, ако са терена диспозиције зађемо на терен санкције тако да после ова три елемента: овлашћења, престација, предмета престације, дођемо и до четвртог, до накнаде штете, чини нам се неправилним изједначавати ову накнаду са имовинском (економском) вредношћу



Донекле је везан за питање којим се овде бавимо и појам садржине и предмета уговора. Наравно да је и овај проблем претежно терминолошке природе.

Реч „садржина” нема увек исто значење. Када говоримо о облигацијама, онда садржина у првом реду обухвата оно из чега је саздан облигациони однос, шта је његова супстанца (*obligationum substantia*). Имамо на уму два лица од који је једно надређено а друго подређено и желимо да сазнамо из какве је грађе саздан тај њихово положај. Тако долазимо до овлашћења или обавеза. Међутим, реч „садржина” када је реч о уговорима има нешто другачије значење. Овде мислимо на „садржај”, не на супстанцу (*substantia*), него пре на нешто што би било везано за глагол *contineo, ere*. Шта уговор, као акт сагласности воља садржи, обухвата? Овде је проблем релативно једноставан — садржину уговора чине његове клаузуле.

И у односу на предмет уговора постоје разлике у гледиштима. У теорији преовлађује мишљење да је у суштини предмет уговора идентичан са предметом облигације, а то је престација, иако има и другачијих ставова⁽²¹⁾. Уговор је диспозитиван акт којим се ствара једна или више појединачних норми (некада чак и опште норма — колективни уговори) и она има за циљ да регулише понашање једне или више странака. А то понашање се у облигационом праву назива престацијом. Зато Пластиол и Рипер (*Ripert*) кажу да је боље говорити о предмету облигација него о предмету уговора⁽²²⁾. Отуда би и овде важило правило да не треба сврставати у исту категорију понашање дужника или престацију са стварима о којима је уговор, а које нису предмет уговора, већ предмет престације.

(21) Тако Мазоови дефинишу предмет уговора као „правну операцију коју странке предвиђају”, док је предмет облигације сама престација. Ово разликовање између престација и правне операције аутори правдају тиме што има случајева у којима је сама престација дозвољена, док је правна операција у целини забрањена (нпр. уговор о будућем наслеђивању) (*Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, Paris, 1963, str. 201*). Оверстак с правом критикује овакав став, говорећи како је уместо оваквог непотребног увођења једног новог појма, могло да се каже да је у ствари сам уговор, а не његов предмет, забрањен (нав. дело, стр. 25).

(22) *Planiol — Ripert*, нав. дело, стр. 292.

Уговор обично не установљава једну обавезу и једно право већ читав њихов сноп. Има мишљења да у том случају предмет уговора није једна престација него све оне заједно. Тако Осиа (*Osia*) дефинише предмет као а „укупност (*insiemic*) престација које чине њихову суштину. Узете појединачно престације чине предмет облигација, а не уговора. Целина престација даје карактеристику уговора и одређује његову врсту“⁽²³⁾.

Нешто је другачије мишљење заступљено у француској литератури. По је (*Rault*) у својој дисертацији пошао од тога да „проучавати предмет уговора значи одредити његову економску суштину“⁽²⁴⁾. У плуралитету престација које по правилу рађа један уговор, по правилу постоји једна која је основна и која представља правну еманацију економске суштине његове. Слично тврде Рипер и Буланже (*Boulanger*) „Предмет уговора представља престација на основу које се одређује економија уговора... То је престација без које странке не би ни помишљале на склапање уговора; на њу се односе остале облигације уговора, она у себи апсорбује економску корист уговора“⁽²⁵⁾.

Ово је мишљење прихватљивије. Престације се не могу посматрати као механички скуп. У оквиру више престација о којима говори уговор, постоји једна, ређе више њих, које су основне, које одређују квалитет уговора, као и оне које су небитне.

Садржину облигације чине овлашћења повериоца, односно обавезе дужника.

* * *

Предмет облигације представља престација или дужникова радња.

Ствари нису предмет облигације, већ се могу јавити било као предмет престације било као средство за одређивање дужникове радње.

Накнада штете није исто што и имовинска вредност облигације, она је правни, а не економски појам. Накнада штете није предмет облигације, већ је предмет „секундарне норме“, односно санкције.

Садржину уговора чине његове клаузуле, а предмет су престације, које не греба посматрати као механички збир, већ као скуп у коме постоје битне и небитне престације.

Овим ставовима који, наравно, нису нека новина ни у оквирима домаће литературе⁽²⁶⁾, покушали смо да додамо понеки аргумент, ослањајући се на опште појмове теорије права. Јер, иначе у нас занемарени, појмови садржине и предмета облигације заслужују пажњу. Они, како каже Оверстак, нису архаични и непотребни, већ динамични и живи, од велике важности у доктрини и законодавству⁽²⁷⁾.

Др Обрад Станојевић

(23) *Osia, Considerazioni sulla causa del contratto, Rivista trim. di diritto proc. civile*, 1949, стр. 360 и сл.

(24) *Rault, Le contrat d'édition en droit français, Paris*, 1927, стр. 99 и сл.

(25) *Ripert — Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, Paris*, 1957, t. II, стр. 99.

(26) Овакав став нпр. имају Јакшић (нав. дело, стр. 23—25 и Радишић (нав. дело стр. 10 и сл.).

(27) *Overstake*, нав. дело, стр. 127.

РЕЗЮМЕ

Содержание и предмет обязательства

Вопрос содержания и предмета обязательства, как и остальные основные проблемы гражданского права, оказался посередине между самодовольствием цивилистов, в недостаточной степени пользующихся методами общей теории права, и теоретиками права (философии права), посвящающими больше внимания государству и публичному праву, чем праву частному.

Подчеркивая, что расхождения главным образом являются терминологическими, формальной природы, пользуясь некоторыми аргументами теории права, автор приходит к следующим выводам: а) содержание обязательства составляют требование с одной стороны и обязанность его исполнения с другой, б) предметом обязательства является prestation и качество обязательно-правового варианта универсального предмета субъективных прав, т.е. действие лиц, в) имущество, материальные предметы природы, не могут быть предметом обязательства. Оно появляется или как предмет prestation или же как determinant действия должника. Возмещение ущерба является правовой надстройкой над материальными ценностями, с которой не может быть отождествляема. Возмещение ущерба не является предметом обязательства, оно может появиться в качестве предмета секундарной нормы", т.е. санкции.

Предметом договора являются prestation, но не в виде „механического" динства, а в качестве совокупности действий должника, в которых имеются примарные основные и секундарные сопровождающие (точка зрения французской литературы).

SUMMARY

Content and Object of Obligation

The problems of content and object of obligation, as other basic problems of civil law, found themselves on the neutral ground between the selfsatisfaction of civilians, who do not sufficiently use the method of general theory of law, and theoreticians of law (philosophy of law) devoting more attention to the state and public laws, rather than private law.

Stressing that the issue is more of terminological, i.e. of formal nature, the author, pointing some arguments of the general theory of law, decides for the following solutions: a) the content of an obligation are authorizations and or commitments; b) the object of an obligation is prest as an obligatory and legal variant of the universal object of subjective rights, that is the behaviour of people; c) things, material parts of nature, cannot be an object of obligation. They may be subject of prest or determinant of debtors acts Compensation of damage is legal structure over the material value, with which it cannot be identified. Compensation of damage is not the object of an obligation, it can be a matter of »secondary norm«, i.e. sanction.

The object of a contract are prests, but not as mechanical whole, but as a totality of obligator's actions, consisting of primary, basic and secondary, and accompanying (approach of the French literature).

RÉSUMÉ

Contenu et objet des obligations

La question du contenu et de l'objet des obligations, ainsi que les autres problèmes fondamentaux du droit civil se sont trouvés sur le terrain irréal entre l'autosuffisance des civilistes, qui ne se servent pas autant qu'il faut de la méthode de la théorie générale du droit, et les théoriciens du droit (de la philosophie du droit), qui consacrent plus d'attention à l'Etat et au droit public qu'au droit privé.

En soulignant que le conflit est plutôt de nature formelle, terminologique, et en se servant de certains arguments de la théorie générale du droit, l'auteur s'est prononcé en faveur des solutions suivantes: a) le contenu de l'obligation constituent les pouvoirs, c'est-à-dire les engagements; b) l'objet de l'obligation constitue la prestation en tant que variante d'obligation juridique de l'objet universel des droits subjectifs, ce qui est le comportement des hommes; c) les choses, les parties matérielles de la nature, ne peuvent pas être l'objet de l'obligation. Elles se présentent soit comme objet de prestation soit comme déterminante de l'acte du débiteur. La compensation des dommages est la superstructure juridique de la valeur matérielle, avec laquelle elle ne peut pas être identifiée. La compensation des dommages n'est pas l'objet de l'obligation, elle peut se présenter comme objet de la «norme secondaire», c'est-à-dire de la sanction.

L'objet du contrat sont les prestations, non point en tant qu'ensemble mécanique, mais comme totalité des actes du débiteur, dans lesquels on peut observer les actes primaires, fondamentaux, secondaires et subséquents (position prise dans la littérature juridique française).

ПОКУШАЈ КРИВИЧНОГ ДЕЛА(*)

I. ПОЈАМ КРИВИЧНОГ ДЕЛА И НАЈВИШИ ВИДОВИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

1. *Појам кривичног дела.* У теорији кривичног права многи ауторите-ти су се огледали на проблему одређивања појма кривичног дела, изража-вајући различита схватања. Резултати напора да се уоквири и дефинише увек актуелно друштвено зло — кривично дело, пружили су велики број дефиниција. Но, све оне углавном су израз два становишта са кога је по-сматрано кривично дело. Услед тога у теорији постоје две врсте појма кри-вичног дела: формални и материјални појам кривичног дела.

О појму кривичног дела у формалном смислу постоје три схватања. Једно од њих, названо јуридистичким или нормативним, схвата кривично дело као један чисто правни појам. Према овом појму кривично дело је вина казном угрожена повреда норме. Овакво схватање је нарочито засту-пано у немачкој литератури и први га је формулисао Биндинг ⁽¹⁾. Исто схватање заступао је и Фингер ⁽²⁾. Истичући повреду норме (противност норми) као основни елемент кривичног дела, заступници овог схватања апстрахују потпуно чињенице да је кривично дело не само један правни појам, него да је и један догађај у спољњем свету као и сваки други, добар или рђав, један реални односно физички феномен. Друго схватање појма кривичног дела управо то не апстрахује, него баш на томе заснива појам кривичног дела, па се и назива реалистичким. Према овом схватању, које заступа Франц фон Лист ⁽³⁾, кривично дело је противправна вина кажњива радња.

Најзад, треће схватање појма кривичног дела сматра кривично дело као једну чињеницу, која је симптом друге једне чињенице и зато је њени аутори називају симптоматском ⁽⁴⁾.

(*) Приступно предавање одржано на Правном факултету у Београду, 13. маја 1971. године.

(1) Binding, Handbuch des Strafrechts, Berlin, 1885, S. 503, 529, 56.

(2) Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin, 1904, S. 371—372.

(3) F. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23. Aufl., Berlin, und Leipzig, 1921, S. 190; isto H. Meyer — Ph. Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig, 1922, S. 98.

(4) Tesar, Die Symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhahtens, Berlin, 1907, S. 199.

При одређивању формалног појма кривичног дела, поставља се питање да ли у овај појам као један од његових елемената треба унети и виност. Наиме, да ли се кривично дело има сматрати само као радња (односно и последица) или као вина радња. Велики број аутора, почев од Листа уноси у појам кривичног дела виност. Ово гледиште се сматра опште усвојеним у Немачкој ⁽⁵⁾, Француској ⁽⁶⁾ и совјетској литератури ⁽⁷⁾. Овакав појам кривичног дела познат је под именом објективно-субјективни формални појам кривичног дела. Међутим, мањи број аутора сматра да виност као субјективни елемент није обележје кривичног дела, већ у овај појам уносе само објективне елементе. Овакав појам кривичног дела је познат под називом објективни формални појам кривичног дела. Објективни појам кривичног дела је нарочито разрадио академик Тома Живановић ⁽⁸⁾ који сматра да субјективне елементе треба разматрати у вези са кривицом, а појам кривичног дела треба посматрати чисто објективно и без икаквих субјективних елемената. Доследно овоме, у систем кривичног права поред кривичног дела и казне као основних правних бића, треба као посебно правно биће, као један основни кривичноправни појам, увести и појам кривице. Према овоме схватању кривично дело је проузроковање последице људском радњом, која не мора да буде вина, а људска радња се дефинише потпуно објективно.

Материјалном појму кривичног дела у кривичноправној литератури је посвећено знатно мање пажње. У овом смислу појам кривичног дела неки аутори, као на пример *H. Grotius* ⁽⁹⁾, су изводили из садржине природног права, а други као Гарофало ⁽¹⁰⁾ су га тражили у колективним осећањима заједничким читавом цивилизованом делу човечанства.

Према социолошким теоријама материјални појам кривичног дела се састоји у повреди потреба једног одређеног друштва односно у његовој друштвеној опасности. Тако по *Ferri* ⁽¹¹⁾ кривично дело је оно дело које је опасно за друштво и потиче из егоистичких и асоцијалних побуда и врећа услове живота једног друштва у датом моменту. Новије социолошке теорије на кривично дело гледају више са криминолошког аспекта и по њима кривично дело је друштвено опасно дело које је супротно владајућој групи која је у датом друштву-држави владајућа односно располаже влашћу. Тако по *Sutherland* ⁽¹²⁾ кривично дело је људско владање које се састоји у диференцијалној асоцијацији која је последица друштвене дезорганизације настале услед разних промена и сукоба (конфликата) у друштву.

Досадашња излагања о појму кривичног дела указују на закључак да наука познаје два оваква појма: материјални и формални појам.

(5) *H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., Berlin, 1958, S. 26.*

(6) *E. Garçon, Code pénal Annoté, T. I, Paris, 1952, p. 23; P. Bouza et J. Pinatel, Traité de droit pénal et criminologie, T. I, Paris, 1963, p. 208.*

(7) Советское уголовное право. Часть общая. Редакторы: Здравомыслов Б. В., Келина С. Г. Рашковская, Ш. С. Шнепаер М. А., Москва, 1964, стр. 182.

(8) Т. Живановић, Основни проблеми кривичног права, Београд, 1930, С. 99.

(9) Према М. Радовановићу, Кривично право, Општи део, Београд, 1966, С. 160.

(10) *R. Garofalo, La Criminologie, t éd., Paris, 1905, p. 15—36, цит. према М. Радовановићу, оп. цит., С. 160.*

(11) Према М. Радовановићу, оп. цит., С. 70.

(12) *H. Sutherland, Principles of Criminology, New York, 1960, p. 6—8.*

Поред изложених схватања у савременој науци кривичног права данас постоји још једно становиште о појму кривичног дела за које се може констатовати да је преовлађујуће ⁽¹³⁾. Ово становиште повезује изложена два основна схватања у једну целину. Наиме, модерна наука кривичног права оцењујући основна схватања о појму кривичног дела долази до закључка да његов формални појам није потпун, јер се из истог не види зашто се и које људске радње сматрају кривичним делом. С друге стране сам за себе материјални појам кривичног дела није довољан, јер не пружа податке кад се и под којим условима друштвено опасно дело сматра као кривично. С тога је настао захтев да појам кривичног дела у себи треба да садржи и материјалне и формалне елементе изражене у њиховом јединству и међусобној условљености. Спајањем материјалних и формалних елемената у појам кривичног дела добија се дефиниција кривичног дела у материјалном — формалном смислу.

Велики број аутора при одређивању појма кривичног дела у материјалном — формалном смислу у овај појам уносе поред објективних елемената и виност као субјективни елемент. Уношењем у дефиницију кривичног дела како објективних тако и субјективних елемената, а с друге стране повезујући материјалне елементе са формалним долази се до материјално формалног и објективно субјективног појма кривичног дела. У нашој новијој литератури ⁽¹⁴⁾ скоро редовно кривично дело се дефинише у овом смислу, тако да се као кривично дело сматра друштвено опасно противправно, у закону одређено, вино проузроковање последице људском радњом. Ову дефиницију кривичног дела ћемо и ми прихватити у нашим даљим излагањима посматране проблематике.

2. *Највиши видови кривичног дела.* Прихваћена дефиниција појма кривичног дела представља скуп одређених елемената кривичног дела. Сви ови општи елементи појма кривичног дела су садржани у законом описаним бићима појединих кривичних дела. Њихово потпуно остварење од стране учиниоца говори с једне стране о његовом постигнутом намеравању резултату — циљу, а с друге о остварењу кривичног дела у целини. У том случају кривично дело се појављује у виду свршеног кривичног дела за које ће се учинилац казнити. Но, у случају не постојања ма и једног од елемената кривичног дела, кривично дело неће постојати у целини, па учинилац по општем принципу у кривичном праву неће кривично одговарати. Међутим, упркос овом општем принципу у случају покушаја кривичног дела и поред тога што код њега не постоји један елемент кривичног дела учинилац долази у једну особену ситуацију која повлачи одговорност за недовршено кривично дело, односно кривично дело покушаја. С тога, може се рећи да је у овом случају реч о другом појавном виду кривичног дела.

Видови кривичног дела у облику свршеног и покушаног кривичног дела су манифестације једног истог генусног (родног) појма ⁽¹⁵⁾. Наиме,

(13) E. Garçon, оп. цит., с. 24, П. Бовза, оп. цит., с. 210, Schönke — Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 15. Aufl., München, 1970. S. 9—16, Ј. Таховић, Кривично право, Општи део, Београд, 1961, С. 85; Н. Срзентић — А. Станић, Кривично право ФНРЈ, Општи део, Београд, 1961, С. 97, М. Радовановић, оп. цит., С. 70.

(14) В. Ј. Таховић, оп. цит., С. 86, М. Радовановић, оп. цит., С. 71.

(15) Т. Живановић, Основни проблеми, оп. цит., С. 99.

свршено и покушано кривично дело нису врсте појединих кривичних дела, на пример убиства, принуде, крађе итд., већ овде се ради о врстама кривичних дела гледаних као родни појам појединих кривичних дела односно општим врстама кривичних дела.

Запажа се да свршено и покушано кривично дело нису једине опште врсте кривичног дела. Постоје и друге опште врсте кривичног дела као што је колективно, продужено, сложено, трајно, политичко кривично дело и др., о којима не постоје опште законске одредбе о кажњавању као за претходне две врсте. Због тога овде настаје питање разграничења свршеног и покушаног кривичног дела од осталих општих врста кривичног дела. По једном мишљењу, које код нас је заступао академик Тома Живановић ⁽¹⁶⁾, свршено и покушано кривично дело су две појамно највише опште врсте кривичног дела. Отуда све друге опште врсте кривичног дела су само подврсте свршеног и покушаног кривичног дела.

Због изложене особености свршено и покушано кривично дело се појављују као облици (форме) кривичног дела које се манифестује у спољњем свету, па се са тих разлога од неких аутора ⁽¹⁷⁾ називају облицима појаве кривичног дела (*die Erscheinungsformen des Verbrechen*s).

Како је задатак овог рада покушај кривичног дела, то после оваквог његовог еманциповања оно ће бити у центру даљег посматрања.

II. ПОЈАМ ПОКУШАЈА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

1. *Генеза и реализација кривичног дела.* Генезу и реализацију кривичног дела прате одређени степени. Рађање кривичноправног проузроковања је чин чије нити воде од настајања криминалне мисли и стварања кривичне одлуке. То је степен формирања одлуке учиниоца. На путу даљег остварења те одлуке кривична воља може да не дође до краја и не успе у извршењу кривичног дела. Ко је замислио извршење кривичног дела може се из ма каквог разлога зауставити у једном тренутку кад је свршио само радње припремања. То би био други степен остварења воље: припремање. Даље, учинилац може започети радњу извршења али не довршити је или не постићи последицу, коју је хтео да постигне а коју закон предвиђа да би постојало свршено кривично дело. То је трећи степен: покушај. Најзад, ако је све свршено а проузрокована је и последица у закону предвиђена, имамо пред собом четврти и последњи степен: извршење кривичног дела.

На овај начин настају разлике између овако набројаних степена генезе и реализације једног кривичноправног проузроковања. Поставити тачне границе међу њима и тачно одредити појам и садржај сваког од њих је врло тежак задатак који треба да реши наука и кривично законодавство. Ако је у закону тачно дефинисан појам покушаја и његове границе, добија се и појам припремних радњи које претходе покушају и појам свршеног кривичног дела, који долази, ако се учинилац није задржао на покушају. Из изложеног види се да се животни простор а тиме и сфера покушаја кривичног дела простире између припреме и свршеног кривичног дела.

(16) Т. Живановић, оп. цит., С. 98—99.

(17) В. Liszt, оп. цит., С. 201.

2. Покушај кривичног дела у савременом кривичном законодавству.

У настојању да одреде границе кажњивог покушаја а тиме и његов појам савремени кривични законици различито поступају. Једна група кривичних законика, по узору на класичну формулу француског Кривичног законика „Почетак извршења”, мање-више на сличан начин одређује појам покушаја кривичног дела. Пре свега, по француском КЗ ⁽¹⁸⁾ покушај злочина се изражава почетком његовог извршења ако овај није био обустављен или је промашио успех једино услед околности независних од учиниоца. По Кривичном законнику СР Немачке ⁽¹⁹⁾, кажњив покушај чини онај „ко је одлучио да учини злочин или преступ започео да остварује радњама које сачињавају почетак извршења тог злочина или преступа, ако је намеравани злочин или преступ остао недовршен”. На сличан начин формулисан је покушај и у швајцарском КЗ ⁽²⁰⁾. Сличну формулацију је садржао и Кривични законик бивше Југославије ⁽²¹⁾.

Друга група кривичних законика није имала у виду формулу „почетак извршења”, већ је узимала у обзир друге моменте за утврђивање појма покушаја. Већина њих говори да кажњиви покушај настаје предузимањем радњи које теже односно које су управљене непосредно (директно) извршењу кривичног дела. Овако одређујући овај појам они га веома пипроко формулишу, тако да он у себи обухвата и многе припремне радње. Тако по италијанском Кривичном законнику ⁽²²⁾ кажњив покушај остварује онај „ко изврши подобне радње које несумњиво теже неком извршењу кривичног дела”. Дански Кривични законик ⁽²³⁾ узима да „радње које имају за циљ да олакшају или произведу извршење кривичног дела кажњиве су као покушај, ако то дело не буде довршено”. Кривични законик РСФСР ⁽²⁴⁾ и совјетска теорија ⁽²⁵⁾ одређују појам покушаја као умишљајно чињење непосредно управљено на остварење кривичног дела, ако при томе дело није довршено услед околности независних од воље учиниоца.

Из изложених ставова кривичних законика о појму покушаја кривичног дела, није тешко запазити да овај појам они настоје да одреде означавајући пре свега дођу границу животног простора покушаја кривичног дела а тиме и границу између припремне радње и самог покушаја кривичног дела. Но, истовремено пада у очи да у тим својим настојањима већина њих уместо формуле „почетак извршења” говори о радњама које теже, које су управљене непосредно на извршење кривичног дела. Ово напуштање класичне формуле француског КЗ могло би се објаснити тиме што је већина теоретичара у овој формули налазила ослонац за објективно формулисање покушаја кривичног дела, а новије време посебно буржоаског друштва тра-

(18) E. Garçon, оп. цит., С. 22—23.

(19) Schönke — Schröder, оп. цит., С. 302.

(20) Швајцарски Кривични законик, Издање Института за Упоредно право, Београд, 1957, С. 5.

(21) М. Чубински, Научни и практични коментар Кривичног законика, Београд, 1930, С. 101.

(22) Marc Ancel, Les codes Pénaux européens, Т. II, Paris, 1957, р. 882.

(23) M. Ancel, оп. cit., р. 332.

(24) Кривични законик РСФСР, Издање Института за криминолошка и криминалистичка истраживања, Београд, 1963, С. 5.

(25) Советское уголовное право. Часть общая. Редакторы: Заравомислов Б. В., Келина: С. Г., Рашковская Ш. С., Шнейдер М. А., Москва, 1964, стр. 182—183.

жило је да се сфера покушаја прошири на рачун сфере припремања, да се граница кажњивости помакне унапред. У овом ставу законодавца дошле су до изражаја идеје оних правних теоретичара — субјективиста којима свођење покушаја у границе бића кривичног дела, одређивањем момента започињања извршења значи недовољну заштиту.

3. *Покушај кривичног дела у нашем позитивном праву.* Према члану 16. нашег КЗ, покушај кривичног дела постоји кад је извршење кривичног дела са умишљајем започето, али није довршено. Другим речима, покушај је умишљајно започињање извршења кривичног дела које није довело до остварења свих обележја бића кривичног дела. Тако покушај постоји кад је извршилац умишљајно започео радњу извршења (потегao нож на лице Б на пример) али је није довршио (није пробо Б), или кад је довршио радњу извршења (опалио је из револвера на Б) али последицу није проузроковао (није погодио Б).

Из изложене законске дефиниције покушаја произлази да су саставни елементи покушаја кривичног дела: 1) да је започето дело; 2) да дело није довршено; и 3) одлука о извршењу (умишљај). Прва два елемента карактеришу објективну, а трећи субјективну страну покушаја кривичног дела.

а) — *Започињање извршења дела.* Законодавац за појам покушаја кривичног дела у првом реду тражи започињање извршења. Према овоме, као покушај не може се узети свака радња, која је управљена на остварење кривичне одлуке, већ само она која се узима као почетак извршења. На овај начин створена је граница између припремних и покушајних радњи, од којих су само ове друге кажњиве. С тога границу између припремних радњи и покушаја кривичног дела чини започињање извршења. У прилог оваквог става теорија има више потврђених одговора ⁽²⁶⁾. Тако пре свега као разлог се наводи што се на основу припремних радњи, не може увек утврдити да ли постоји кривична одлука. Ово се много лакше може утврдити по радњама које су ближе свршености кривичног дела. Поред тога, тек се са овим радњама угрожавају правна добра, тако да је њихово кажњавање сасвим оправдано. Ове опасности и нема код припремних радњи. Не може се из тога што је неко преузео неку припремну радњу (на пример набавио нож ради убиства, лестнице за пењање или вештачки кључ ради крађе и др.) закључити да ће он своју кривичну одлуку и остварити. Још увек има времена да он од своје одлуке одустане. Поред тога, из предузетих припремних радњи не може се са сигурношћу ни закључити да ли је он донео одлуку за извршење кривичног дела или се он још налази у фази одлучивања. То ће бити на пример случај ако неко набавља средства да би се са њима упознао ради одлучивања о извршењу кривичног дела. С тога припремне радње по својој природи још не представљају опасност за заштићено правно добро. Озбиљност одлуке и опасност за заштићено правно добро се види тек из започињања извршења, па је законодавац ово и узео као обележје за границу између некажњивих припрем-

(26) В. Ј. Таховић, оп. цит., С. 241; Ф. Бачић, Почетак извршења кривичних дела и кажњиве припремне радње, Београд, 1954, С. 131.

них радњи и кажњивог покушаја, иако ово обележје није најпрецизнији критериј за повлачење те границе.

О употребеном изразу „започео” као критеријум разграничења сфере некажњивости од кажњиве сфере, законодавац није ништа ближе ка-зао. С тога настаје проблем када се може узети да је једно дело започето. У ствари, овај проблем се своди на питање разграничења припремних рад-њи од покушаја. Став теорије о овом питању није јединствен. О њему по-стоје две теорије, које се већ давно налазе у спору: објективна и субјек-тивна теорија.

Аутори који заступају објективно гледиште у спору око разграниче-ња, захтевају за кажњиви покушај радњу којом се остварује злочиначка воља, али осим тога и то, да та радња има објективан значај за правни по-редак. Објективни значај ове радње састоји се у томе, да се њоме оствару-је један део бића кривичног дела. Она радња која нема такав карактер и значај представља припремну радњу.

Према Молинијеу ⁽²⁷⁾, радња извршења је она радња која конститу-ише кривично дело, која му даје егзистенцију бића, док припремна рад-ња, претходи извршењу кривичног дела, она олакшава његово извршење, чини га могућим, али никако није материјални акт који конституише кри-вично дело и не спада у законску дефиницију тог кривичног дела. Слично схватање заступа и Вилеј (*Willey*) ⁽²⁸⁾.

Изложеном објективном критерију о разграничењу припремне рад-ње од покушаја у теорији се приписује прецизност и јасноћа, што омогу-ћава да се на ефикасан начин заштите права окривљеног. Но, истовреме-но му се земера то да је крут и да у довољној мери не обухвата заштиту друштвених интереса ⁽²⁹⁾.

Насупрот објективном гледишту стоји једна субјективна теза о про-блему разграничења припремне радње од покушаја. Она узима у обзир опасан карактер учиниоца и нужност социјалне одбране. За субјективисте је свака радња која је управљена да се злочиначка воља оствари покушај кривичног дела. За њих објективна страна понашања у виду радње има зна-чаја само утолико што кроз њу сама воља добија свој спољашњи лик ⁽³⁰⁾. Према овом гледишту, нема разлике у погледу кажњивости између при-премне радње и покушаја, пошто сам појам покушаја обухвата и припремну радњу.

Савремена наука кривичног права изгледа да се придружује овом суб-јективном гледишту. Следбеници субјективне теорије, који налазе да треба разликовати припремну радњу од покушаја, сматрају да у покушај улази свака радња из које се може извести поуздан закључак да постоји злочи-начка намера. Разрађујући ову идеју, Гаро ⁽³¹⁾ сматра да је извршење кри-вичног дела почето када је учинилац извршио акте који непосредно теже извршењу кривичног дела, тако да се за учиниоца може рећи да је у фази

⁽²⁷⁾ Према Е. Garçonu, *Code Pénal Annoté*, T. I, Paris, 1952, p. 24.

⁽²⁸⁾ В. као фуснота 27.

⁽²⁹⁾ Р. Pouza et J. Pinatel, *op. cit.*, p. 212.

⁽³⁰⁾ Уп. Т. Живановић, *Основи кривичног права*, Општи део, књ. II, св. 1. и 2, С. 158.

⁽³¹⁾ R. Garraud, *Traité Théorique et pratique du droit pénal français*, T. I, 3 éd., Sirey, 1913, 1935, p. 483.

извршења своје кажњиве намере. Заступајући исту ову идеју, Видал — Мангол⁽³²⁾ су истицали да почетак извршења постоји када је учинилац одлучио да се изложи ризику предузимања, наиме, када је решио да за собом пресече све мостове повратка. Донедие де Вабр⁽³³⁾ проблем разграничења припремне радње од покушаја поставља као субјективно-психолошко питање. По њему, почетак извршења постоји када између зла које је учинилац остварио и циља који је намеравао да постигне постоји тако слаба морална препрека да би је он, ако то до њега зависи, готово сигурно прескочио. Но, у случају постојања такве моралне препреке између учиниоца и довршења кривичног дела, која је тако велика и тако значајна да је учинилац не би могао прећи, не би постојао почетак извршења, већ само припремна радња. П. Буза⁽³⁴⁾ сматра припремне радње подозривим, сумњивим актом, који допушта неодређеност у погледу сазнања да ли ће и које кривично дело учинилац предузети, док почетак извршења кривичног дела представља акт којим учинилац открива своју криминалну одлуку и тако прелази „Рубикон злочина“, прихватајући држање које више није држање поштеносног човека.

Несумњиво је да изложене формуле субјективиста о разграничењу припремне радње од покушаја имају у виду за започињање извршења кривичног дела акте учиниоца који по својој непосредној последици морају у његовој мисли да остваре кривично дело. У овом стадијум психолошког процеса, како примећује Гарсон⁽³⁵⁾, кајање постаје невероватно, а намера је довољно остварена да се јасно опажа да је учинилац опасан.

У сукобу објективне са субјективном теоријом ова последица по свом схватању је шира. Објективна теорија за разграничење припремне радње од покушаја поставља као критеријум предузимања радње којом се делимично остварује биће кривичног дела и изражава злочиначка воља. Субјективни надзори иду даље. За критеријум који ова теорија поставља, није нужно да ли је и делимично остварено биће кривичног дела. Битно је то, да акт учиниоца тежи непосредном извршењу кривичног дела којим он открива своје криминалне намере. То значи, да се овим појам покушаја проширује и на оне радње односно делатности које непосредно теже извршењу кривичног дела, а изван су радње бића кривичног дела. С тога, у случају кад је по среди радња која већ представља делимично остварење бића кривичног дела, питање разграничења по неким ауторима⁽³⁶⁾ и не представља тешкоћу, већ само ако је у питању радња која још не представља делимично остварење бића кривичног дела. Она ће по овом начину представљати радњу извршења ако се због непосредне повезаности са радњом бића кривичног дела појављује као један њен део. Тако на пример, ако је неко пса чувара куће одстранио, постојаће покушај крађе ако одстрањење

(32) B. Vidal-Magnol, Cours de droit criminel et des science pénitentiaire, 9 éd., 1948—1949. Rousseau, p. 150.

(33) Donnecdieu de Vabres, Traité dei droit criminel et de législation pénal comparée, 2 éd., Paris, 1947, p. 134.

(34) P. Bouza et J. Pinatel, op. cit., p. 212.

(35) E. Garçon, op. cit., p. 25.

(36) A. Schönke, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., München und Berlin, 1949, S. 123.

ове препреке, према плану учиниоца стоји у непосредној повезаности са самом радњом одузимања.

Спор између објективне и субјективне теорије око тога, како се има схватити започињање извршења, показује како нема ниједног критеријума по коме би се апсолутно поуздано могла поставити граница између припреме и покушаја. Уједно то говори да иако закон фиксира ту границу, не може се од њега очекивати да он са прецизношћу једног савршеног инструмента разрешава и сваки практични случај. Законодавац уопштено формулише изразом „започето” платформу по којој се креће граница између припреме и покушаја. Законодавчево уопштено гледиште о овој граници пропраћено ставовима теорије конкретизује судска пракса. Њој законодавац оставља доста простора у примени слова и духа закона да, водећи рачуна о друштвеним и криминално политичким захтевима друштва-државе покаже које од два теоријска схватања заслужује предност у том друштву-држави. Имајући ово у виду, изложени спор између објективне и субјективне теорије о проблему схватања започињања извршења има више теоријски него практични значај.

Формулација нашег КЗ започињање извршења несумњиво претендује да означи демаркациону линију између кажњивих аката и оних који то нису. Њену садржину и смисао треба тражити у нашој друштвеној стварности и нашим социјалистичким друштвеним односима, као и потреби њихове кривичноправне заштите. На тој платформи за разрешавање постављеног проблема неопходно је потребно поћи од учења о бићу кривичног дела ⁽³⁷⁾ како се не би пало у збрку појмова и погрешну примену истих, што у исто време пружа и јаку гаранцију пракси за начелну разлику између припреме и покушаја, како не би било погрешке у примени одредаба о покушају у појединим случајевима. Цитирано учење о бићу кривичног дела говори да биће кривичног дела чини скуп у закону одређених елемената кривичног дела. Изостајање једног од њих има за последицу непостојање бића кривичног дела у целини, услед чега долази до искључења кривичне одговорности. Међутим, специфичност покушаја је у томе, што код њега непостојање једног од елемената бића кривичног дела — последице, и поред општег принципа, не искључује кривичну одговорност, него ствара одговорност за недовршено кривично дело. За разлику од покушаја кривичног дела, особеност кривичног дела припремања лежи пак у томе што у свом појму садржи само један елемент бића кривичног дела, па услед тога ствара специјалну ситуацију одговорности за једно посебно специјално кривично дело — кривично дело припремања.

Ствар је у томе, што је за довршено кривично дело неопходно потребно остварење свих елемената у бићу кривичног дела: радње, последице, узрочне везе која везује радњу и последицу, и виности. За покушај тражи се постојање два од горе набројаних елемената бића: радња и умишљај. Кривично дело припремања са своје стране садржи такође два елемента: радњу и умишљај.

Према томе, из изложеног произилази да су заједнички елементи који повезују свршено кривично дело и покушаја кривичног дела са кривичним

(37) А. Трајнин, Учење о бићу кривичног дела, Београд, 1949, С. 154.

делом припремања, радња и умишљај, док је последица изостала и код покршаја и код кривичног дела припремања.

Радња у бићу свршеног кривичног дела и покушаја, као и у бићу кривичног дела припремања, усмерена је на остварење законом забрањеног циља. Но, и поред тога што на овој линији изгледа да радња повезује ова бића, у суштини овде је реч о привидној вези, која произилази из обележја радњи као физичког акта а не као елемента бића кривичног дела. Да би се ово открило, довољно је да се само мало задржи на једном таквом понашању. Радња у случају свршеног и покушаног кривичног дела има исто значење (на пример, код крађе). Та радња је у закону означена као елеменат бића конкретног кривичног дела. Но, радња припремања на пример, набављања отрова у намери убиства, која несумњиво има кривичноправни карактер, не представља ону радњу која је елеменат бића кривичног дела убиства које се намерава да изврши, као што и набављање колца ради задавања ударца не представља елеменат телесне повреде. Ови случајеви говоре да радња свршеног кривичног дела и покушаја има другачије значење од радње код кривичног дела припремања. Радња код свршеног кривичног дела и покушаја кривичног дела је елеменат бића кривичног дела, па отуда она и није заједничко обележје које ова дела повезују. Из овога произилази да су овде у питању две, по својој природи и квалитету различите радње. Код свршеног кривичног дела и покушаја кривичног дела у питању је радња извршења, а код кривичног дела припремања, радња припремања која претходи започињању радње извршења, а служи као олакшица за остваривање бића кривичног дела.

Што се тиче другог елемента — умишљаја, заједничког како за биће свршеног и покушаног кривичног дела, тако и за биће кривичног дела припремања, он је код ових проузроковања исти. Но, он се код свршеног кривичног дела и покушаја кривичног дела испољава у радњи која је елеменат бића кривичног дела, а код кривичног дела припремања се изражава у предузимању радње која не улази у биће кривичног дела. Тако, на пример, умишљај да се изврши убиство, плус радња која се састоји у набављању ватреног оружја, представља увек кривично дело припремања, јер ова радња набављања тог оружја није радња — елеменат кривичног дела чије се извршење припрема.

Према томе, код покушаја кривичног дела у односу на свршено кривично дело не постоји један елеменат потпуног бића кривичног дела — последица, док код кривичног дела припремања постоји само један елеменат потпуног бића кривичног дела — умишљај.

Из овакве анализе учења о бићу кривичног дела може се закључити да покушај кривичног дела садржи: радњу (елемент бића кривичног дела) плус умишљај, за разлику од кривичног дела припремања чији су елементи радња (која није елемент бића кривичног дела) плус умишљај. Но, у односу на покушај, свршено кривично дело садржи: радњу (елемент бића) кривичног дела, плус умишљај, плус последицу. Овако сагледавање покушаја кривичног дела указује на разрешавање проблема „започињање извршења” а тиме и разграничења припреме од покушаја. Од припремних радњи покушај се разликује по томе што је код овога већ започета радња

која доводи до извршења кривичног дела. Почетак извршења је почетак радње која се може подвести под биће кривичног дела (на пример, одузимање код крађе, обмањивање код преваре, убијање код убиства итд.). Но, почетак извршења обухвата и предузимање оних делатности које су у непосредној вези са радњом извршења и које чине њене саставне делове⁽³⁸⁾ (на пример, дизање пушке и нишањење, нечујно разбијање стакла и улажење кроз прозор). Схватање да се сматрају као радња извршења (што значи као елемент кривичног дела) све делатности које су са радњом извршења повезане у једну целину је прихваћено и у нашој теорији⁽³⁹⁾. С тога у настојању да ближе одреди законску формулацију „почетак извршења” наша наука стоји на становишту да покушај постоји чим се предузме прва посебна делатност из које се радња извршења састоји. Овакво становиште је заступљено и у нашој судској пракси⁽⁴⁰⁾.

Из овог произилази да је у нашем праву за разграничење припреме од почетка покушаја постављен објективни критериј (објективна теорија) тј. почетак извршења у свом објективном смислу и значењу, јер је само то донекле сигурно мерило за ово разграничење, иако и по овом мерилу могу постојати различита схватања. Противно овој концепцији, мерила субјективне теорије проширујући појам покушаја на неке припремне радње ослањају се на субјективне моменте и омогућују већу произвољност при разграничењу припреме од покушаја. С тога, граница према припремним радњама по том субјективном мерилу постаје неодређена и помична. Са тих разлога субјективна мерила при решавању проблема разграничења припреме од покушаја за наше друштво и државу је неприхватљиво. На супрот њему, објективно разграничење између припреме и покушаја је израз материјалистичког учења у праву и одговара нашем социјалистичком друштву и његовом кривичном законодавству и праву.

б) — *Недовршавање дела.* — Друго обележје покушаја јесте да дело није довршено до краја. Недовршеност кривичног дела представља такву карактерну црту покушаја по којој се он разликује од свршеног кривичног дела. У теорији кривичног права се сматра да дело није довршено онда када започетом или довршеном радњом извршења није проузрокована последица⁽⁴¹⁾. Како свршено кривично дело претпоставља да су остварена сва обележја кривичног дела а нарочито последица коју закон захтева за постојање тог кривичног дела, то граница између покушаја и свршеног кривичног дела се управо и заснива на моменту не проузроковања последице. Према томе, покушај у односу на свршено кривично дело, одликује се одсуством резултата предзетог дела. С тога граница кривичног дела покушаја према свршеном кривичном делу лежи у не наступању последице предузетог кривичног дела. Док код кривичног дела покушаја не долази никад до проузроковања последице људском радњом, дотле код свршеног кривичног

(38) В. Објашњење уз Нацрт Кривичног законика ФНРЈ, изд. Службени лист ФНРЈ, Београд, 1951, С. 86.

(39) Н. Срзентић — А. Стаић, оп. цит., с. 158; М. Радовановић, оп. цит., с. 160.

(40) В. Пресуда Врховног суда СР Хрватске Кж 1860/62. од 30. августа 1962, Збирка судских одлука, књ. седам, св. друга, Београд, 1962, Одлука бр. 144. С. 25.

(41) М. Радовановић, оп. цит., с. 160.

дела долази до наступања последице кривичног дела. У овоме се истовремено исцрпљује и појам свршеног кривичног дела.

ц) — *Одлука о извршењу кривичног дела*. Према нашем КЗ за постојање покушаја потребан је умишљај. Другојачије речено, тражи се постојање одлуке за извршење једног кривичног дела ⁽⁴²⁾.

Ова карактеристика покушаја наводи нас на питање да ли заиста покушај мора да буде умишљајан или пак може бити и нехатног покушаја.

У науци кривичног права било је врло мало старијих писаца који су пледирали за постојање нехатног покушаја. Само два старија немачка кривичара Гролман ⁽⁴³⁾ у свом делу *Основи криминално-правне науке* од 1805. и Хеп ⁽⁴⁴⁾ у *Студији о покушају* од 1836., су заступали такво мишљење о покушају. Мишљења ових научника су остала усамљена. Доцније, а и данас, наука кривичног права се са овим није сложила, тако да се може констатовати као опште мишљење савремене науке да покушај мора бити умишљајан и да не може бити нехатног покушаја.

Овакав став о покушају доноси са собом само природа покушаја. Сама реч покушај довољно показује, да при сваком покушају радња мора бити управљена, намењена, остварењу одређеног циља. А ово не би могло никада без одлуке, која је унапред донета. Осим тога, и сама природа нехата искључује сваку могућност да би он могао послужити као основица појму покушаја. Природно, особина нехата и лежи у томе што тек после учињеног дела, после наступеле последице неке нехатне радње и може да настане питање да ли је нехатни учинилац хтео баш ову последицу, која је настала или није. А кад ово питање о хтењу код нехатних кривичних дела може да настане тек после наступеле последице, онда би било немогуће и замислити какав нехатни покушај, јер покушај претпоставља унапред тежњу за остварење каквог циља.

Држећи се изложеног, исправан одговор на постављено питање може да буде само да не може бити нехатног покушаја. Из овог става произилази да не може постојати нехатног покушаја код умишљајних кривичних дела, нити покушај код нехатних кривичних дела.

Но, кад се захтева за покушај постојање умишљаја, треба ближе одредити тај умишљај. Садржај умишљаја мора бити у томе што би учинилац покушаја хтео само одређено кривично дело. С тога умишљај треба да буде управљен на остварење бића одређеног кривичног дела, на остварење свршеног кривичног дела, па према томе и на проузроковање намеравање последице.

III. ДЕОБА ПОКУШАЈА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

С обзиром на то што је за појам покушаја кривичног дела довољно да је радња извршења започета, произилази да покушај може бити двојак ⁽⁴⁵⁾: несвршени и свршени покушај.

⁽⁴²⁾ Schönke — Schröder, *op. cit.*, с. 229.

⁽⁴³⁾ Grolman, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, Berlin, 1805, S. 59.

⁽⁴⁴⁾ Hepp, *Versuch*. Neues Archiv, 1836. S. 35—41.

⁽⁴⁵⁾ Schönke — Schröder, *op. cit.*, S. 231.

Несвршен покушај постоји кад је радња извршења отпочета али није довршена, на пример А замахне ножем на Б али га не прободје, или кад нанишани из пушке али не опали.

Свршени покушај пак постоји кад је радња извршења довршена али се последица није произвела. То је случај на пример кад А опали из револвера на Б али га не погоди. У француској кривичноправној литератури овакав покушај од неких теоретичара се назива промашеним кривичним делом или промашеним покушајем ⁽⁴⁶⁾. Назив промашено кривично дело за свршени покушај је оправдан само онда када је поуздано сигурно да се последица неће произвести. То је случај на пример, када је утврђено да телесна повреда, проузрокована ударом у намери убиства, неће имати за последицу смрт. Све дотле се може говорити само о свршеном покушају кривичног дела. С тога постоји извесна разлика између свршеног покушаја и промашеног кривичног дела ⁽⁴⁷⁾. Разграничење покушаја на свршени и несвршени покушај од значаја је за решавање неких питања код добровољног одустанка и за одмеравање казне. По правилу за несвршени покушај казна ће бити блажа него за свршени.

Наука кривичног права познаје и тзв. квалифицирани покушај, који је од значаја за квалификацију кривичног дела ⁽⁴⁸⁾. Сматра се да такав покушај постоји онда када је радњом у покушају намераваног дела остварено биће неког засебног кривичног дела. То би био случај на пример када би неко лице пуцало на другог са умишљајем да га лиши живота, али је са том радњом нанесена само телесна повреда. Ово дело ће бити квалификовано као покушај кривичног дела убиства, а не као свршено дело тешке телесне повреде. При овоме чињеница што је овим покушајем остварено биће другог кривичног дела се мора узети при одмеравању казне учиниоцу при чему суд мора да води рачуна и о казни која је предвиђена за дело које је у целини остварено, покушајем другог тежег кривичног дела.

И наука и позитивно законодавство познају још и неподобан покушај ⁽⁴⁹⁾. Овај покушај постоји онда, када су било средства радње било њен објект такви да је извршење кривичног дела немогуће. Овај покушај може бити апсолутно неподобан, кад средство или објект радње уопште нису подобни за извршење кривичног дела. На пример, А пуца са великог одстојања из ловачке пушке која је напуњена само барутом а не и оловом, или пуца на леш. Релативно неподобан покушај постоји, пак, кад су средства и предмет уопште способни да би се извршило кривично дело, али у конкретном случају то нису, зато што је средство погрешно употребљено или што је објект био заштићен нарочитим мерама. На пример, А баца бомбу међу људе, но она не експлодира јер је учинилац није умео да активира; или А пуца на Б који у том тренутку има на себи панцир кошуљу.

⁽⁴⁶⁾ R. Garraud, *op. cit.*, p. 157.

⁽⁴⁷⁾ E. Garçon, *op. cit.*, p. 23.

⁽⁴⁸⁾ Meyer-Allfeld, *op. cit.*, S. 192.

⁽⁴⁹⁾ В. Н. Срзентић — А. Станћ, *оп. цит.*, с. 159.

IV. СУШТИНА ПОКУШАЈА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

У склопу разматрања покушаја кривичног дела, јавља се и питање шта он у својој суштини представља и према томе зашто се за покушај кажњава, другојачије речено, шта представља основ инкриминисања и кажњавања за покушај. Одговор на ово питање наука кривичног права је давала различито, па је с тога оно у теорији и веома спорно. Спор се води нарочито око тога да ли при овоме треба дати превагу објективним или субјективним обележјима покушаја. По овом питању постоје многобројне теорије, али по својим заједничким карактеристикама све оне се могу свести на две: објективну и субјективну теорију. Осим ових, постоји још једна група теорија које избегавају супротности обеју група теорија и настоје да пруже једно средње решење између објективне и субјективне теорије. То су објективно субјективне теорије.

Према објективним теоријама суштина покушаја лежи у његовој опасности, а он је опасан што је постојала могућност да се правно добро повреди. Главни представник овог схватања био је *Foerbach* ⁽⁵⁰⁾.

Субјективна теорија, чији је оснивач Бүри ⁽⁵¹⁾, негира објективни појам опасности и сматра да суштина покушаја лежи у томе што је кривичноправна „воља“ (умишљај) ту тако исто испољена као кад је кривично дело свршено. Овакво становиште заступа и даље разрађује Биндинг у своме делу „Норме“.

Изложени ставови објективне и субјективне теорије узете свака за себе не дају задовољавајућа решења проблема суштине покушаног кривичног дела, обзиром да стварају многе проблеме у вези практичне примене покушаја.

По нашем мишљењу, у откривању праве суштине покушаја кривичног дела мора се поћи од тога што он за једно друштво; државу значи. Сагледавање његовог друштвеног значаја је сигуран пут да се дође до једног рационалног решења постављеног проблема. На тој платформи покушај кривичног дела се мора довести у везу са садржином самог кривичног дела као једног друштвено опасног дела. Са ове полазне тачке инкриминисани покушај јесте понашање које представља за једно друштво-државу опасност у таквој мери да је неопходна друштвена реакција у виду кривичноправне санкције. Према томе, разлог инкриминације и кажњавање за покушај кривичног дела лежи у опасности самог тог покушаја. Такав покушај је опасан због тога, што се отпочетом или довршеном радњом извршења напада на најзначајнија и најважнија правна добра и интересе за једно друштво-државу и појединца као и за обоје. При томе за постојање овог напада без значаја је да ли се ради о апстрактној или конкретној опасности за наведена добра и интересе ⁽⁵²⁾. Према томе, суштина покушаја кривичног дела се састоји у степену његове друштвене опасно-

(50) Према Т. Живановићу, Основни кривичног права, Општи део, књ. II, св. I и 2., с. 158.

(51) В. као фуснота 50.

(52) Т. Живановић, Основни кривичног права, оп. цит., с. 159.

сти која захтева интервенцију кривичног права. Но, разлог инкриминације и кажњавање покушаја кривичног дела не лежи само на изложеној објективној страни понашања као опасног, већ он има и своје субјективно значење. Та субјективна страна понашања у виду покушаја кривичног дела лежи у опасности самог учиниоца. Он је опасан зато што је за остварење свог умишљаја учинио све што је у датом случају могао, према постојећим околностима и свом душевном стању.

Из изложеног произилази да је у откривању суштине покушаја уграђен критериј објективно-субјективне теорије, који је у савременој науци кривичног права данас прихваћен. Овакво разрешење проблема суштине покушаја кривичног дела одговара нашем позитивном Кривичном праву и пружа могућности разрешења многих проблема практичне примене покушаја кривичног дела.

V. КАЖЊАВАЊЕ ЗА ПОКУШАЈ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

По Кривичном законiku за покушај кривичног дела се увек кажњава само код оних дела за које се по закону може изрећи пет година строгог затвора или тежа казна. Код осталих кривичних дела покушај је кажњив само у случају да закон изричито прописује. Из овога се види да је казна прописана само за покушај тежих кривичних дела и против тежих учинилаца.

Питање о томе како треба казнити за покушај, зависи од тога да ли се прихвата објективно, субјективно или објективно-субјективно схватање о суштини покушаја кривичног дела. Покушај се може у погледу кажњавања изједначити са свршеним кривичним делом, као што је то случај у француском и совјетском законодавству, он се затим може факултативно блаже казнити, како предвиђају дански КЗ, швајцарски КЗ, југословенски КЗ, и најзад, могуће је да закон предвиди да се за покушај обавезно блаже кажњава, што је случај са белгијским, немачким и швајцарским кривичним законодавством⁽⁵³⁾.

Наш законодавац је ово питање разрешио на тај начин што је утврдио да се учинилац за покушај може али не мора блаже казнити. Према томе, у нашем Кривичном законiku је прихваћена објективно-субјективна теорија у погледу кажњавања за покушај. Законодавац је напустио гледиште оних законика по којима се за покушај мора блаже казнити од свршеног кривичног дела. Ако се има у виду принцип индивидуализације, што ће рећи захтев да казна треба да буде индивидуализирана, да се кажњивост сваког дела треба нарочито да разрешава према криминалним схватањима и кривичној вољи учиниоца, онда између учиниоца који је свршио кривично дело и онога, чије је дело, независно од његове воље остало у покушају, нема разлике. Кривична воља (одлука) може бити и код покушаја исто тако чврста као и код свршеног кривичног дела. Може и покушај често да представља велику опасност по заштићено правно добро и

(53) Објашњење уз Нацрт Кривичног законика ФНРЈ, оп. цит., с. 90.

интересе, те би било неправично и нелогично да се за покушај мора блаже казнити. Иако објективна страна кривичног дела има утицаја на одмеравање казне, ипак се њој не сме дати такав значај да се казна мора увек ублажити. Овде је субјективна страна од изванредног значаја. Но, пренаглашеност злоčinaчке воље од стране субјективне теорије, која поставља захтев да се за покушај казни исто као за свршено кривично дело, не даје увек рационална и правична решења проблема кажњавања за покушај кривичног дела. С тога наш законодавац је и у овом питању стао на становиште једног средњег решења. Он узима за одмеравање казне код покушаја кривичног дела у првом реду значај кривичне воље, која је исто онолика као и кад је дело свршено, а затим и важност повређених или угрожених правних добара и с тога допушта, да се казна за покушај може ублажити. На овај начин створена је могућност да учинилац добије исту казну коју би иначе добио да је дело завршио, што ће бити случај ако се иза покушаја види велики степен опасности дела и његовог учиниоца. И обратно, да буде блаже кажњен, кад се из покушаја не може видети да је заслужио казну као за свршено кривично дело. Ово ће бити случај кад покушај није довео ни до повреде ни до озбиљне опасности ни за једно правно добро.

У погледу кажњавања за неподобан покушај данас су и у вези овог питања у спору објективна и субјективна теорија. По објективној теорији кажњив је само онај неподобан покушај који је објективно опасан, а то би био случај онда када сама радња по својим спољним особеностима стоји у узрочној вези са жељеном последицом. Сви представници ове теорије слажу се, да за кажњивост покушаја није довољно само преузимање радње која је управљена ка остварењу кривичне воље, него да та радња мора представљати објективну опасност. На овај начин се дошло до кажњивости за неподобан покушај. Ово је даље довело до разликовања на апсолутно и релативно неподобан покушај, од којих би други био кажњив а први не. Код апсолутно неподобног покушаја радња нема никакав објективни значај, па с тога нема разлога казнити за сасвим безопасан покушај. Но, у погледу релативно неподобног покушаја и ако код њега није наступила конкретна објективна опасност по нападнута правна добра, ипак је овај покушај кажњив због апстрактне опасности.

Насупрот објективној, стоји данас субјективна теорија. По овој теорији, суштина покушаја се састоји у остварењу злоčinaчке воље, а ове има у истој мери и код неподобног покушаја. Како је за присталице ове теорије сасвим без значаја то да ли је последица изостала зато што су употребљена средства или нападнути предмети били апсолутно или релативно неподобни, то и у том случају овакав покушај је кажњив и то исто онако као да је учинилац кривично дело довршио.

Наш законодавац сматра неподобан покушај као покушај само што предвиђа могућност блажег кажњавања или ослобођења од казне. Ово гледиште је у складу са субјективном теоријом, но ипак уз извесно уважавање објективне теорије. Кривични законик из 1951. године у свом члану 17. кажњавао је релативно неподобан покушај као покушај, док могућност

ублажавања од казне или ослобођења од казне односила се на апсолутно неподобан покушај. После измепа и допуна из 1959. године, Закон даје једну општу формулацију о неподобном покушају не правећи разлику између апсолутно и релативно неподобног покушаја. Оваква нова формулација неподобног покушаја омогућује више спровођење принципа индивидуализације, дајући суду могућност да у неким случајевима и релативно неподобан покушај буде предмет блажег кажњавања или ослобођења од казне. Ублажавање или ослобођење од казне код неподобног покушаја је факултативно. Другим речима, суд може али не мора да ублажи казну односно ослободи казне учиниоца неподобног покушаја, што зависи од његове оцене околности под којим је овај покушај извршен.

На крају овог излагања целисходно је истаћи да покушај кривичног дела није ретка појава у судској пракси, већ напротив. Са тих разлога његово сагледавање у оваквим општим размерама је неопходно за превентивно деловање у области заштите међусобних односа и друштвене сигурности. У оквиру тих настојања проучавање покушаја кривичног дела несумњиво представља допринос даљим позитивним кретањима.

Др Душан С. Јаковљевић

РЕЗИЈМЕ

Покушение на уголовное преступление

Уголовное преступление, общественно-опасное по положениям закона, виновное действие преступника с целью наступления вредного результата, указывает на полное осуществление преступного деяния. В этом случае оно является окончанным преступлением. Но в случаях, когда отсутствует один из элементов — преступный результат — преступник тогда совершает незаконченное преступление и несет уголовную ответственность за покушение на преступление. Вследствие этих обстоятельств окончанное уголовное преступление и покушение на преступление являются выражением одного и того же генерического понятия. Дело в том, что окончанное преступление и покушение на преступление являются двумя, общими видами уголовного деяния, в отличие от других общих видов уголовных преступлений, напр. коллективного, длящегося, политического уголовного деяния и др. Благодаря этой особенности окончанное преступление и покушение на него приобретают вид, форму, в которых уголовное деяние получает внешнее выражение. Бзятое под этим углом эмансипованное покушение на уголовное преступление, являющееся преимущественным заданием данной статьи, поставило проблему его жизненного пространства, а тем самым и его разграничения от окончанного преступления и приготовлений к нему. Об этой проблеме в теории существует много различных мнений — объективная и субъективная теории.

Понятие покушения в современных законодательствах определено по разному. Некоторые законодательства, по примеру классической фор-

мулы французского уголовного права „начало совершения”, более или менее в таком же порядке определяют понятие покушения. Одни, например, формулируют покушение как начало совершения преступления, когда преступное деяние не было доведено до конца или же не удалось по причинам, не зависящим от преступника. Другая группа кодексов не имеет в виду указанную формулу и принимает во внимание другие обстоятельства для установления понятия покушения. Большинство их утверждает, что наказуемое покушение наступает с момента совершения действий, имеющих целью совершения преступного деяния или направленных непосредственно (прямо) на его совершение. В действующем югославском законодательстве покушение рассматривается совершенным, когда выполнение умышенного преступления начато но не закончено (ст. 16 УК).

О проблеме сущности покушения существуют разные — объективные и субъективные — теории. Наиболее верной является точка зрения объективно-субъективной теории, по которой сущность покушения заключается как в опасности самого покушения, так и в опасности лица, его совершившего. Такой взгляд разделяется и в югославской теории и в судебной практике.

SUMMARY

Attempt of criminal Act

Criminal act as a socially dangerous and by law defined guilt causing effects by human action, committed by the perpetrator, identifies criminal act in its entirety. In this case criminal act presents itself in the form of a completed criminal act. But if one of the elements is missing — the consequence in the concept of criminal act, the perpetrator finds himself in a special situation entailing responsibility for incompleting criminal act, i.e. attempt. Therefore, completed criminal act and an attempt of criminal act are taken as a manifestation of a same genus concept, that is the committed criminal act and an attempt of criminal act are conceptually two highest general kinds of criminal act, differently from other general kinds of criminal act, such as, for instance, collective, protracted, complex, political criminal act, etc. Owing to this peculiarity committed and attempted criminal acts are presenting themselves in the forms in which criminal act is presenting itself to the external world. An attempt of criminal act emancipated in this light, being the primary subject of this paper, has imposed the problem of its scope and consequently its delimitation of the committed criminal act and preparatory actions. Many diverse approaches are to be found in theory on this subject — both subjective and objective.

The concept of attempt in modern legislation is differently defined. Some legislations define, more or less in a similar way, the concept of an attempt taking as the pattern the classic formula of the French Criminal Code »beginning of committing«. It is formulated as the beginning of committing a crime if it was not stopped or failed solely owing to consequences

independently of the perpetrator. The other group of codes does not take into consideration the said formula, but other moments in defining the concept attempt. Many take that punishable attempt is an act tending, i.e. aiming (directly) at the commitment of a criminal act. In the Yugoslav laws in force the attempt exists if a criminal act is intentionally begun, but not completed (Article 16, Criminal Code).

The problem of the substance of attempt is differently treated in theory — both objectively and subjectively. The most correct standpoint is the one of the objective — subjective theory according to which the substance of the attempt is both the danger inherent in the attempt itself, and the danger of its perpetrator. This standpoint has been accepted by the Yugoslav theory and judicial practice.

RÉSUMÉ

Tentative d'infraction

L'infraction en tant que socialement dangereuse, le fait de causer les conséquences délictueuses par l'acte de l'homme effectué de la part de l'auteur explique la réalisation de l'infraction dans l'ensemble. Dans ce cas l'infraction se présente sous forme d'infraction consommée. Or, en cas d'absence de l'un des éléments, de la conséquence dans la notion de l'infraction, l'auteur se trouve dans une situation particulière qui entraîne la responsabilité pour l'infraction non consommée, c'est-à-dire la tentative. C'est pourquoi l'infraction consommée et la tentative d'infraction apparaissent comme manifestations d'une même notion originaire. En effet, l'infraction consommée et la tentative d'infraction apparaissent en tant que deux catégories générales conceptuellement les plus élevées de l'infraction, à la différences des autres catégories générales de l'infraction, comme par exemple l'infraction collective, l'infraction en concours, politique etc. A cause d'une telle particularité les infractions consommées, et non consommées se présentent en tant que formes dans lesquelles apparaît l'infraction dans le monde extérieur. A cette lumière la tentative émancipée de l'infraction en tant que devoir de première importance de ce travail, a imposé le problème de son espace vital et de ce fait aussi sa délimitation de l'infraction consommée et des autres actes préparatoires. Dans la théorie il y a plusieurs opinions divergentes sur ce problème — la théorie objective et la théorie subjective.

Dans la législation contemporaine la notion de tentative est déterminée de façons différentes. Certaines législations à l'instar de la formule classique du Code pénal français »le commencement d'exécution« déterminent d'une manière plus ou moins analogue la notion de tentative. Ainsi, elle est formulée comme commencement d'exécution d'un crime si celui-ci n'a pas été interrompu ou s'il n'a pas atteint son but uniquement par suite de circonstances indépendamment de l'auteur. Un deuxième groupe de codes ne prend pas en considération la formule citée plus haut, mais on tient compte des autres moments pour déterminer la notion de tentative. La plupart de ces codes se placent sur le point de vue que la tentative punissable prend nais-

sance par les perpétrations de l'infraction qui tendent directement c'est-à-dire qui sont dirigées vers l'exécution de l'infraction. Dans la législation positive yougoslave la tentative existe quand l'exécution d'une infraction a commencé intentionnellement, mais n'a pas été consommée (article 16 du Code pénal).

Sur le problème de l'essence de la tentative il y a des théories différentes — la théorie objective et la théorie subjective. L'opinion la plus exacte est celle de la théorie objective-subjective, selon laquelle l'essence de la tentative se trouve tant dans le danger de la tentative même, que dans le danger de son auteur. Une telle conception est adoptée dans la théorie et dans la pratique judiciaire yougoslave.

НОВА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ БЕЗБЕДНОСТИ ЦИВИЛНОГ ВАЗДУХОПЛОВСТВА

(Монтреалска конвенција од 23. септембра 1971)

1. *Историјат Конвенције.* — Конвенција о сузбијању незаконитих аката, који угрожавају безбедност у цивилном ваздухопловству, једна је из групе конвенција међународног јавног ваздухопловног права, посвећених правној заштити од међународног криминала. Прва у низу, најстарија из „кривично-правне ваздухопловне породице“, била је Конвенција о кривичним делима и осталим актима на ваздухоплову, потписана у Токију 14. септембра 1963. године ⁽¹⁾. Следећих 7 година су припремане друге две конвенције, чије су намере биле да пружи заштиту против недозвољених аката који нису предвиђени у првој Конвенцији или су тако специфични да захтевају посебно правно регулисање (отмице и скретање авиона, затим дела која се врше у дужем временском периоду, а не само „у току лета“ итд. ⁽²⁾). Конвенција о сузбијању незаконите отмице ваздухоплова донета је 16. децембра 1970. године у Хагу, у специфичној клими, коју су последњих година изазвале бројне отмице и скретања ваздухоплова у свету ⁽³⁾. Само девет месеци касније стигла је и трећа конвенција, овога пута Монтреалска, посвећена заштити од незаконитих аката у цивилном ваздухоплову, који нису обухваћени одредбама претходне Конвенције.

Уопштено речено, како је то и Скупштина Међународне организације цивилног ваздухопловства наложила својем Правном комитету, циљ најновије Конвенције јесте борба против недозвољених радњи које на различите начине угрожавају безбедност у ваздушном пловидби цивилним авионима (превоз путника и робе), с тим што се њене одредбе не би при-

(1) Југославија је била једна од првих потписница ове Конвенције али ју је Савезна скупштина ратификовала тек прошле године. Сл. лист СФРЈ 47/70.

(2) О припремама за нове конвенције видети документе ICAO 8838-LC/157. и CUI 5.

(3) О проблемима којих се тиче Хашка конвенција видети, између осталних; H. Valladao: *Piraterie aérienne, nouveau délit international*, *Revue générale de l'air et de l'espace*, 1969, стр. 261 и даље; E. de Pontavice: *La piraterie aérienne: notion et effets*, исто, стр. 276 и даље; M.—E. Valay: *Le détournement des aéronefs*, исто, стр. 340 и даље; R. H. Mankiewicz: *L'organisation de l'aviation civile internationale (capture et détournement illicites d'aéronefs)*, *Annuaire français de droit international*, 1969, стр. 462 и даље.

мењивале „кад се штета догоди у држави регистрације ваздухоплова у питању“ (4).

Монтреалској конвенцији су, као и Хашкој, претходили непријатни догађаји у пракси ваздухопловних компанија (подметање бомби, саботаже, оштећења навигационих уређаја, намерно давање погрешних вести које могу да угрозе животе путника и низ других радњи, којима је безбедност лета и саобраћаја била доведена у питање и водила катастрофи или мањим удесима). Свет је последњих неколико година изузетно био узнемирен повећањем несигурности у међународном ваздушном транспорту, која је ризиковала да заустави даљи развој ваздухопловства и знатно смањи број путника и корисника превоза (5). Конвенција коју је међународна заједница очекивала, требало је да, као и претходна, пружи значајан допринос напорима и покушајима влада многих држава да се успостави и ојача безбедност путовања људи и транспорта робе, на начин који би, у границама политички и економски подељеног света, пружао што поузданију, јединствену правну заштиту.

2. *Опис дела.* — Конвенција о сузбијању незаконитих аката, усмерених против безбедности у цивилном ваздухоплову (Монтреалска конвенција) покреће низ правно-техничких питања. Конференција у Монтреалу је учинила напор да новој Конвенцији да оригиналну садржину, по којој би се ова разликовала од претходних конвенција у области безбедности — Токијска из 1963. и Хашке из 1970. године. Таква тенденција се види већ из првог члана који покушава да дефинише и ближе одреди лице, учиниоца, недозвољене радње угрожавања безбедности авиона у намери да овога индивидуализира у односу на „извршиоца општег кривичног дела“ из Токијске конвенције и „отмичара авиона“ из Хашког документа (6). Монтреалска конвенција такође претендује на већу прецизност, јер наводи седам случајева када се има сматрати да је једно лице извршило кривично дело у смислу угрожавања безбедности у цивилном ваздухопловству. Набројане су следеће радње (чл. 1): извршење насилног акта против неког лица које се налази у ваздухоплову за време лета, уколико је природа тог акта таква да може да угрози безбедност ваздухоплова; оштећење ваздухоплова „у саобраћају“ или проузроковање такве штете која га чини неспособним за лет или угрожава његову безбедност; постављање или омогућавање постављања на авиону „у саобраћају“ направа или супстанци које могу уништити ваздухоплов или га тако оштетити да овај постане неспособан за лет, односно буде угрожена његова безбедност, уништење или оштећење навигационих уређаја или ометање њиховог функционисања, уколико то доводи у опасност безбедност ваздухоплова у лету; преношење или лансирање лажних информација које угрожавају безбедност ваздухоплова. Осим ових пет изричито наведених случајева, Конвенција у следећем ставу иде и шире, с тим што ће доказивање у пракси бити знатно теже покушај да се учини неко од дела из претходног става и саучесништво са

(4) Резолуција А 17. на 20. заседању ИСАО.

(5) Видети *ICAO Bulletin*, 1970, стр. 12 и даље.

(6) Видети Б. Златарић: Токијска конвенција о кривичним дјелима у зракопловима, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1966, XVI, бр. 3—4, стр. 428—440.

лицем које изврши или покуша да изврши неку од набројаних радњи ⁽⁷⁾. Сви случајеви су набројани алтернативно, а не кумулативно, а на почетку члана су јасно наведени услови за одговорност — да је лице једно од поменутих дела извршило незаконито и намерно.

Главна опасност, која би у пракси могла да се појави код тумачења појма дела или „извршиоца“ дела из Конвенције, произилази из опширности овог члана и његове амбициозности да наброји све случајеве који се могу догодити у животу. Редакторе нацрта Конвенције и учеснике Монреалске дипломатске конференције на ово су гонили слични чланови Токијске и Хашке конвенције, од којих су хтели да се разликују бар у овом делу, пошто је у другим деловима везаност за претходне Конвенције била очигледна.

Анализирани члан је, као што се то често дешава на међународним, поготову дипломатским конференцијама, изразито компромисног карактера. Од прве верзије, коју је у нацрту понудио Правни комитет Међународне организације цивилног ваздухопловства, до коначног текста, било је више предлога делегација појединих земаља и примедба заинтересованих међународних организација ⁽⁸⁾. Карактеристично је да је неприхваћени предлог Правног комитета у недозвољене радње које врши учинилац кривичног дела убрајао „оружани напад“, а не напад уопште, као и постављање на авиону уређаја или експлозивне супстанце „путем поште или одашиљањем терета“, а не генерално смештање таквих материја, без прецизирања начина на који се то може урадити ⁽⁹⁾.

3. *Надлежност за гоњење*. — Придружујући се другим конвенцијама из области међународног кривичног права, а посебно групи уговора који се тичу кривичноправне заштите цивилног ваздушног саобраћаја, Монреалска конвенција, све у свему, прихвата освештано правило *aut dedere, aut punire*. Члан 5. схваћен у вези с чланом 8. даје исту слику као и аналогни чланови Хашке конвенције о отмицама ваздухоплова (4. и 8). Потписнице се, наиме, подстичу да у првом реду издају извршиоце напада на ваздухоплов земљама које имају примарну надлежност за кажњавање; међутим, земљи у којој се затекао извршилац оставља се прилично широка слобода да одбије екстрадицију с тим да онда сама преузме гоњење.

Примењујући ово опште правило, ваља одговорити на следећа важна питања. Која је држава надлежна у првом реду да гони извршиоца у Конвенцији описаног кривичног дела? Која конкретна правила важе за екстрадицију? Како постићи уједначеност кажњавања?

(7) У предлогу Правног комитета ICAO назив конвенције се знатно разликовао јер је садржао и појам „незаконитог мешања у функционисање цивилног ваздухопловства“ — *Draft Convention on Acts of Unlawful Interference Against International Civil Aviation*.

(8) Међу бројним амандманима на чл. 1. били су запажени они које су поднеле делегације Аустрије, Шведске, Норвешке, Данске, Швајцарске, Шпаније и Јапана, као и посматрача: Светског удружења за међународно право и Међународне федерације удружења линијских пилота (IFALPA).

(9) Док. ICAO — CUI 4.

Према нацрту који је израдио Правни комитет ИЦАО (члан 5) потписнице би требало да преузму мере да успоставе своју надлежност за гоњење у случајевима када је напад на ваздухоплов извршен на њиховој територији, на ваздухоплову њихове регистрације или против њега, када су последње дела настале на њиховој територији или када је дело извршено на ваздухоплову стране регистрације, ако је превозничко главно седиште на територији дотичне државе. На конференцији је, под утицајем решења нађених у међувремену приликом израде Хашке конвенције, овај списак нешто измењен. Територијално начело остало је и даље доминантно, при чему, пак, треба водити рачуна да се, према сложеност и непрегледом члану 4, члану који је плод многих компромиса, Конвенција не односи на све летове, већ само на оне где се планирано или стварно место полетања или слетања налазе ван територије државе регистрације (ст. 2); па ипак, ово не важи ако се извршилац нађе ван територије државе регистрације (стр. 3). Уколико се ради о нападу на постројења, Конвенција се примењује ако се постројења „користе у међународном ваздушном саобраћају” (стр. 5). Тешко је сагледати све последице овога решења, за које се већ сада може тврдити да је пример лоше законодавне технике, која узима маха и на међународном плану. На први поглед, практичних разлика нема јер Конвенција и онако не искључује кривичноправну надлежност засновану националним законодавством (чл. 5. ст. 3).

Као и у нацрту, одмах иза територијалне државе долази држава регистрације, чиме се у ствари, територијално начело (ако је акт извршен над територијом над којом се не простира власт ни једне државе) комбинује с начелом пасивног субјекта, јер је држава чији су држављани посада, већина путника и власници ваздухоплова у ствари највише заинтересована за гоњење. (Чл. 5, ст. 1. пар. б). Из нацрта је задржана, у нешто измењеном виду, и одредба која се тиче закупљеног ваздухоплова стране регистрације. Преузета је, у ствари, формулација чл. 4, ст. 1 ц Хашке конвенције о отмицама, којом се успоставља првенствена надлежност и онда када се кривично дело десило на ваздухоплову закупљеном без посаде, а закупчево место пословања или, ако њега нема, пребивалиште налазе се у одговарајућој држави потписници. Овај основ надлежности природна је допуна претходног и тиче се оних случајева када претпоставка да је држава регистрације највише заинтересована за животе посаде и путника није оправдана.

Предложени основ надлежности, везан за место где се десила последица дела, напуштен је као нејасан, што је и разумљиво с обзиром на бескрајан узрочни низ који се може надовезати на извршено дело. Уместо тога, преузет је опет један основ из Хашке конвенције, који је — мора се нагласити — у овој потоњој имао много природније место него у Монреалској. Реч је о томе да ће првенствено надлежна бити и она држава на чију се територију спусти ваздухоплов на коме је извршено дело, а извршилац се још увек налази на њему (чл. 5, ст. 1. пар. ц). Пошто, дакле, није реч о отмици (којом се Монреалска конвенција не бави), земља у коју ће се спустити ваздухоплов на коме је и нападач биће мање-више одређена околностима које немају везе с извршиоцевом вољом. С

обзиром да, ако се дело није десило на њеној територији, против њеног ваздухоплова и њених држављана, она нема своје посебне интересе за гоњење, није било потребно сврстати је међу државе с првенственом надлежношћу јер је екстрадиција у неку од напред поменутих држава много природније решење. Ако је исто постигнуто преузимањем текста из Хашке конвенције, онда је то слабење дужности овакве државе да изда кривца, што је — по нашем мишљењу — противно циљу уговора. Јер, треба имати на уму да се на основу чл. 8, ст. 4. Конвенције у сврхе издавања кривца ствара фикција као да се дело догодило и на територији свих држава које имају првенствену надлежност, па према томе и на територији државе на коју се ваздухоплов с кривцем на себи спустио после извршеног дела.

Ставом 2, члана 5. признаје се, као супсидијарно, и универзално начело да потписнице, наиме, треба да предузму потребне мере да би биле надлежне за гоњење извршилаца најважнијих Конвенцијом описаних дела и у свим оним случајевима када се извршилац загекне на њиховој територији а оне одлуче да га не издаду. Ради потпуности, ставом 3. се изричито каже да Конвенција не дира у надлежност успостављену на основу унутрашњег права. Дела на која се примењује универзални принцип јесу само она где се нападама или подметањем одговарајућих направа или супстанци угрожава безбедност ваздухоплова у лету (чл. 1, ст. 1. пар. а—ц), као и саучесништво у тим делима (чл. 1, ст. 2), аск се на друга два дела предвиђена Конвенцијом, нападе на постројења и достављање лажних информација (чл. 1, ст. 1, пар. д и ц), не може односити.

Уношење начела опште надлежности, мада у ограниченом виду (који се може правдати тешкоћом прибављања доказа у последња два случаја), представља велики напредак у односу на нацрт Правног комитета. Формулом става 2, која је преузета из Хашке конвенције (чл. 4, ст. 2) отклањају се лоше последице одбијања екстрадиције од стране држава које у свом законодавству немају основа да гоне бегунца. Ако се текст Конвенције уско тумачи, државе чије законодавство не познаје универзално начело не би биле ни даље обавезне да издају кривце, све док не усвоје одговарајуће измене. У многим правним системима Конвенција ће моћи да послужи као замена за непостојеће унутрашње правне прописе. У сваком случају, државе које не створе предуслове за примену овог начела биће одговорне за кршење Конвенције.

4. *Екстрадиција.* — Монтреалска конвенција преузела је у потпуности екстрадициона решења из Хашке конвенције. Конференција пуномоћника није се усудивала да дира у њих сећајући се дугих дебата и тешко постигнутих компромиса годину дана раније у Хагу. С обзиром да ова решења, колико нам је познато, у нашој литератури још нису приказана, покушаћемо да то кратко учинимо, описујући у ствари Монтреалску конвенцију.

На издавање кривца се у првом реду односи члан 8, којим се потписнице деле на оне који одобравају издавање само на основу међународног уговора и на оне чије законодавство не зна за такав предуслов. За прву врсту потписница могу се поводом извршеног дела из Конвенције

појавити две ситуације — издавање може затражити држава с којом постоји уговор о издавању кривца или државе с којом нема таквих уговорних односа. Постојање Монреалске конвенције одражава се на екстрадициони захтев тако што се, када естрадиционог уговора већ има, сматра да су и дела описана у Монреалској конвенцији укључена у њега, а када таквог уговора нема, замољена држава *може* (али не мора) Конвенцију сматрати основом за издавање. Право побољшање се, када се ближе погледа, постиже само у односу регулисаном старијим типом уговора о издавању кривца, у коме се дела чији се извршиоци издају, поименично набрајају а не описују неким заједничким особинама, као што је то у новијим уговорима најчешће постигнуто позивањем на висину запрећене казне ⁽¹⁰⁾.

Потписнице које познају законску екстрадицију, регулисану искључиво унутрашњим прописима (законска екстрадиција је најчешће, па и у Југославији, супсидијарна у односу на уговорну) издаваће и извршиоце дела описаних у Монреалској конвенцији. Оне ће на такву екстрадицију примењивати своје унутрашње прописе. Правилно тумачење ове одредбе значи, по нашем мишљењу, и то да се дела из чл. 1. Конвенције сматрају подобним основом за издавање, без обзира да ли су описана у закону о екстрадицији или у кривичном закону дотичне земље. Од домаћих прописа примењују се једино општи услови за издавање кривица, којих у Конвенцији нема. Према томе, не би биле потребне никакве измене у унутрашњем законодавству потписница. Остаје, међутим, да пракса покаже јесу ли судови и други органи надлежни за издавање кривца спремни да деле овакво мишљење или ће крутом применом начела минимума запрећене казне или идентитета норме тражити да дело због којег се тражи изручење буде предвиђено у законодавствима обеју земаља и да је за њега предвиђена казна више од законом одређеног минимума. Очигледно је да под таквим условима захтев за екстрадицију може да буде успешан тек пошто се на обе стране предузму обимне законодавне мере.

Конвенција, иначе, не регулише многе друге склоности од којих зависи издавање кривца, од којих ћемо се овде због њихове важности позабавити двома. Пре свега, Конвенција ничим не дира у редослед којим се има извршити издавање, мада, као што је то већ напоменуто, све државе које имају првенствену надлежност изједначава с територијалном државом. Ако замислимо случај да је на територији државе А нападнут ваздухоплов, који је компанија из државе Б издала под закуп превознику из државе Ц и који, оштећен, слети на територију државе Д, одакле извршилац побегне у земљу Е, и од власти ове последње све претходне државе затраже издавање, оне ће се захваљујући Конвенцији наћи на равној ноzi као конкуренти за издавање. Замољена држава Е ће, значи, опет морати да за одређивање редоследа међу овима тражи мерила ван Конвенције. Ако, пак, издавање затражи и држава чији је држављанин кривац, утицај Конвенције ће се осетити и то тако што ће својим проглашавањем за територијалне, и држава регистрације, и држава слетања и држава седи-

⁽¹⁰⁾ Видети оштру критику J.H.W. Verzijl-a: *Institut de Droit International, Hijacking of Aircraft, Final Report and Draft Resolution, Geneva, 1971, стр. 58.*

инга закупца „претећи“ националну државу, као заинтересованије, што је у супротности с уобичајеним редоследом у већини закона о екстрадицији⁽¹¹⁾.

Други важан чинилац који игра улогу при издавању у оваквим случајевима јесте забрана издавања политичких криваца. По угледу на Токијску конвенцију (која се чланом 2. изричито оградњује од примене на „кршење кривичних закона политичке природе“) и преузимањем формулације из Хашке конвенције, Монреалска конвенција оставља могућност да, како у области екстрадиције тако и у области кажњавања, потписнице изузимају извршиоце политичких кривичних дела.

Према томе, потписници је остављена слобода да екстрадицију лица окривљених за незаконите нападе на ваздухоплове учини зависном од одредаба о политичким кривцима у уговорима или законима које ће на екстрадицију применити. Пошто већина међународних уговора и унутрашњих прописа о издавању криваца познаје изузетак везан за политички карактер кривичног дела а пошто је исто тако вероватно да ће се нападачи на ваздухоплове позивати на своје (праве или измишљене) политичке побуде, врло је вероватно да ће овај елемент бити присутан у сваком будућем случају екстрадиције. Замољена држава, уз то, задржава право да просуђује политички карактер дела. Пракса је показала да се мерила у том погледу нестална, па чак и опортунистичка, било да их примењују судови или управни органи⁽¹²⁾.

На тај начин, у ствари, држава задржава право да не изда извршиоца уколико сматра да његовим кажњавањем не би били задовољени неки за њу довољно уверљиви интереси или би штатише то за њу било штетно или неугодно.

Одбијање твораца Хашке конвенције да отмице ваздухоплова прогласе делима која — како је то предлагано — не могу ни у ком случају бити политичка, било је разумљиво стога што су отмице великим делом биле политички мотивисане, што су неке врсте отмицара уживале симпатије делова јавног мњења и што су изазвале сразмерно мали број жртава. Безусловна обавеза да се они издаду била је за многе државе неприхватљива. Преузимање истог решења у Монреалској конвенцији, и то за сва у њој описана дела, мора се, међутим, означити као механичко. Напади на ваздухоплове су изазвали тешке последице, изазвали су гнушање свих средина и неподељено су осуђени као кукавички и за политичке циљеве неподелни акти.

Као што се види, усвајањем Монреалске конвенције није учињен никакав битан напредак у правцу јачања обавезе издавања криваца. Имамо потпуно право да претпоставимо да ће у том погледу стање бити исто

(11) Наша земља дала би првенство држави која тражи издавање свога држављанина. У случају, пак, да се треба одредити између држава набројаних у примеру, изједначавање свих с територијалном државом довело би до примене одредбе чл. 495, ст. 1. Законика о кривичном поступку, која се односи на дело извршено у више држава. Предност би онда имала држава која је прва поднела захтев.

(12) Видети В. Димитријевић: Политичко кривично дело и екстрадиција, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1968, стр. 210 и даље.

какво је и данас, што значи да се наде морају полагати у *punire*, у секундарну надлежност која настаје на основу чл. 5, ст. 3. и чл. 7, који каже да ће свака потписница, уколико не изда кривца, морати да поднесе случај својим надлежним органима ради гоњења, при чему ће ови морати да донесу одлуку на исти начин као да је реч о било ком обичном (неполитичком) кривичном делу „озбиљне природе“. Иако се у овој формулацији, која је дословно пренесена из чл. 7. Хашке конвенције, много околиши, иако је у њој држава раздвојена и сама себи даје предлог за гоњење, који може да одбаци, не треба делити песимизам неких коментатора Хашке конвенције⁽¹³⁾ и треба се надати да ће завршне речи чл. 7. бити тумачене у доброј вери.

5. *Казна*. — Као и већина сличних уговора, ни Монреалска конвенција не прописује висину казне, имајући у виду различитост постојећих казних система. Ниједан покушај да се спречи неравномерност кажњавања није могао бити прихваћен, али је ипак значајно што су се потписнице обавезале да за описана дела пропишу строге (*severe, sèvères, суровые, severas*) казне (чл. 3). Представе о томе шта су строге а шта благе казне изгледају нам довољно јасне и уједначене.

6. *Остала питања*. — Једно на изглед техничко и не баш много значајно питање, које, међутим, утиче на ефикасност примене Конвенције, било је одређење појма „ваздухоплова у лету“ (*«aircraft in flight», «aéro-nef en vol»*). Наиме, пошто се највећи број кривичних дела против безбедности у цивилном ваздухопловству дешава док је ваздухоплов у лету, на Конференцији се повео или боље речено наставио стари разговор око стварног значења тог појма. Интересантно је поменути да се појам „ваздухоплова у лету“ дискутује и тумачи још од 1929. године, када је донета Варшавска конвенција о одговорности међународног ваздушного превозиоца према корисницима превоза. Новим техничким усавршавањем ваздухопловства стари појам постао је још сложенији, јер у техничком смислу није јасно или је у најмању руку спорно од ког се тренутка у сложеној операцији коришћења ваздухоплова може сматрати да је лет отпочео⁽¹⁴⁾. Дискусија, слична овој на Монреалској конференцији, вођена је и неколико месеци раније у *Guatemala City*, где се поводом ревизије старог облика субјективне одговорности у Варшавској конвенцији, и њене замене новом објективном одговорношћу, поставило питање тумачења појмова „међународног транспорта“ и „међународног лета“⁽¹⁵⁾. Тренутак таквог почетка је од изванредне важности, јер се за њега везује могућност примене одредаба о одговорности и у једној и у другој Конвенцији.

Монреалска конвенција се у другом члану определила за појам „ваздухоплова у лету“, до кога се дошло после дуге дискусије и гласања

(13) Видети *Verzijl*, нав. дело, стр. 56.

(14) О овоме појму, у вези с тумачењем Варшавске конвенције постоје различита мишљења теоретичара. Видети нпр. *D. Goedhuis, La Convention de Varsovie, La Haye, 1933*, стр. 144 и даље; *P. Chaveau: Droit aérien, Paris, 1951*, стр. 174; *M. Lemoin: Traité de Droit aérien, Paris, 1947*, стр. 540; *M. Juglart: Traité élémentaire de Droit aérien — astronautique, Paris, 1964*, стр. 403; *G. Gas: La responsabilité du transporteur aérien pour dommages causés aux passagers au cours d'opérations aéroportaires, Revue générale de l'air et de l'espace, 1968*, стр. 117 и даље.

(15) *Documentation for the International Conference on Air Law, Guatemala City, 1971*.

око више амандмана делегација. У смислу Конвенције ваздухопловом „у лету“ се сматра ваздухоплов од тренутка када је завршено укрцавање, и када су сва спољашња врата затворена, до момента када се нека од тих врата отворе да би се извршило искрцавање ⁽¹⁶⁾. У случају принудног слетања не сматра се да је „лет“ прекинут, већ тај појам правно траје све док надлежни органи не преузму ваздухоплов, као и лица и робу са ваздухоплова.

У дискусији је још више времена изгубљено у тражењу дефиниције за појам „ваздухоплов у саобраћају“ (*«aircraft in service,» «aéronef en service»*), јер је овај термин шири од претходног. Смисао ове дискусије је као код претходне: неке од недозвољених радњи против безбедности ваздухоплова не дешавају се само за време лета него и пре почетка лета, односно после завршетка лета, какав је Конвенција претходно одредила. Иако је на Конференцији било различитих тумачења и више амандмана, делегати су се већином гласова сложили да у Конвенцију уђе појам „ваздухоплова у саобраћају“, који покрива време од почетка припрема ваздухоплова за лет од стране служби на земљи или посаде па све док не протекне двадесет и четири часа после слетања ⁽¹⁷⁾.

Од осталих норми, значајних за домен примене Конвенције, пажњу заслужује формулација да се Конвенција неће применјивати на ваздухоплове који се користе у војне, царинске и полицијске сврхе. Смисао одребе је да домен Конвенције веже за ваздушни превоз путника и робе или за тзв. цивилно ваздухопловство, које је најмасовније и у сталном успону, па због тога и најчешће предмет незаконитих напада. Занимљиво је поменути да је у току седница Правног поткомитета и Правног комитета, док се припрема нацрт Конвенције, била присутна идеја о истој правној заштити од напада и на изузете авионе, али да је конкретан предлог у том смислу био одбијен ⁽¹⁸⁾. Аргументи за такву заштиту су полазили од потребе за јединственим третманом свих авиона у савременом ваздухопловству, поготову што ни последње три врсте нису имуне од незаконитих напада против безбедности саобраћаја, али су аргументи за изузимање поменутих ваздухоплова и сужавање Конвенције само на цивилне авионе превагнули због сложености проблема екстрадиције, који би у случају опште заштите ваздухоплова постао још компликованији.

На крају је од одредаба значајно поменути и ону која предвиђа ркове и поступак за ратификацију Конвенције и касније приступање држава Конвенцији. Пажњу привлачи део тог члана, који, после предвиђања Монтереала, као места потписивања за држање — учеснице Конференције,

(16) Чл. 1, ст. 3. Токијске конвенције нешто другачије одређује појам ваздухоплова у лету: „Сматра се да је ваздухоплов у лету, у смислу ове Конвенције, од тренутка када су мотори стављени у дејство у циљу узлетања до тренутка када се спуштање завршило“.

(17) Нацрт Правног комитета разликовао се од усвојене формулације јер је под појмом „у саобраћају“ подразумевао време од тренутка преполетног хендлинга до коначног паркирања ваздухоплова у његовом крајњем одредишту у зони регистрације. Док. ICAO CUI 4. За сличан варијанту залагале су се делегације Швајцарске и Шпаније (CUI 18 и 22), док је група делегација, предвођена Канадом, била против уношења овој појма, сматрајући га субјективним и непогодним за тумачење — CUI 9.

(18) Док. ICAO CUI 5.

после 10. октобра па све до ступања Конвенције на снагу, одређује Вашингтон, Лондон и Москву, као градове у којима Конвенцију могу потписати све друге државе. На крају ове одредбе такође је речено да све државе које нису потписале Конвенцију до њеног ступања на снагу, могу Конвенцији приступити у сваком тренутку. Значај ове одредбе је много већи него што се то може наслутити на први поглед, јер је реч о важном изузетку од тзв. „бечке формуле“, по којој су међународне конвенције отворене само за чланице Уједињених нација и њихових специјализованих агенција⁽¹⁹⁾. Ова формула је први пут „прекршена“ у међународном ваздухопловном праву код Хашке конвенције о отмицама ваздухоплова 1970. године. Овога пута у Монреалу, пошто је нова Конвенција рађена на основама претходне Хашке конвенције, изостала је уобичајена расправа, која је, на пример, доминирала у Гватемали, око доследог коришћења „бечке формуле“ или целисходнијег принципа отворености међународних докумената за све земље света. Чланице Међународне организације цивилног ваздухопловства су код једног озбиљног и заједничког светског проблема — какав је угрожавање безбедности цивилног ваздухопловства, схватиле анахроничност „бечке клаузуле“ и свесно избегле њено уношење у Конвенцију. На тај начин су политички разлози и аргументи око признавања и непризнавања одређених држава и њиховог одсуства из Међународне организације цивилног ваздухопловства, и овом приликом, потиснути заједничком жељом да се свет, као јединствено међународно ваздухопловно подручје, заједнички бори против криминалитета у ваздушном саобраћају.

7. *Став Југославије.* — Делегација наше земље⁽²⁰⁾ спадала је у мањи број делегација које су сматрале да се напади на ваздухоплове разликују у много ком погледу од отмица ваздухоплова и да су зато одступања од решења нађених у Хашкој конвенцији потребна и изводљива. Циљ предлога које је она подносила био је да се ефикасно спречавање ове врсте тероризма учини извеснијим тиме што ће се с великом мером сигурности обезбедити кажњавање извршилаца, и то у првом реду јасним правилима о екстрадицији. Већина је, међутим, била друкчије расположена и веровала је да ће Хашка решења обезбедити и Монреалској конвенцији већи број ратификација. Југословенска делегација се противила уношењу појма „у лету“ и „у саобраћају“ као ограничавајућих, подржавала је предлог да се делима из Конвенције одзуме могућност да буду политичка и предлагала је да, поред оних које су набројане у Конвенцији, првенствену надлежност имају и национална држава и државе чији су држављани жртве напада. Она је такође тражила да Конвенција буде обавезан, а не опциони, основ за издавање за потписнице које екстрадицију условљавају постојањем међународног уговора. Остали делегати одали су признање њеним

(19) Видети М. Марковић: *The Moscow Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water and Its Significance*, Југословенска ревија за међународно право, 1964, стр. 75 и даље.

(20) Делегацију су сачињавали: др Тоде Чурувија, амбасадор СФРЈ у Канади, др Богљуб Филиповић, начелник Међународног одељења у Савезној управи за цивилно ваздухопловство, др Војин Димитријевић и др Миодраг Трајковић, доценти Правног факултета у Београду.

аргументима али су сматрали да би свако појачавање нове Конвенције у односу на раније умањило изгледе за њено ступање на снагу. Сматрајући да ће Конвенција, оваква каква јесте, бити корисно оружје у борби против тероризма, ако компромиси садржани у њој не буду коришћени као изговори, делегација је гласала за Конвенцију у целини и Југославија је потписала Монреалску конвенцију 23. септембра 1971. године.

*Др Војин Димитријевић
Др Миодриг Трајковић*

РЕЗЮМЕ

Новая конвенция об охране безопасности гражданской авиации

Авторы статьи анализируют Монреальскую конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации от 23 сентября 1971 года. Конвенция является третьей по порядку конвенцией из т.наз. „уголовно-правовой семьи“ международного воздушного права. Первой была Конвенция об уголовных деяниях и других актах в воздушном судне, заключенной в Токио в 1963 году, шторой — Конвенция о борьбе с противозаконным похищением воздушного судна, принятой 16 декабря 1970 г. Авторы находят что новейшая конвенция не является в достаточной степени оригинальной и ставят ей в упрек, что она слишком много опирается на предыдущую Гаагскую конвенцию, хтя имела свою специфичную область вопросов.

Кроме изложения уголовного деяния по ст. 1 Конвенции, в котором подвергается критике обширность принятой формулировки, авторы анализируют компетенцию в преследовании лица, совершившего преступления и отмечают неэффективность Конвенции в части, относящейся к выдаче преступников. В статье дается также изложение понятий „воздушного судна в полете“ и „воздушного судна в эксплуатации“, упоминаемых в Конвенции.

SUMMARY

New Convention for the Safety of Civil Aviation

The authors analyze the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, done in Montreal on September 23, 1971. It is the third in the family of treaties on »international criminal air law«, coming after the Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts committed on board Aircraft of 1963, and the Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft of 1970. The authors find that new Convention is not an original legislative effort and that it relies too heavily on the Hague Convention, although the former deals with a specific matter.

After a discussion of the definition of the offence, which they find to be overburdened by details, an analysis of the parts of the Convention dealing with jurisdiction and extradition follows. The conclusion is that the solutions are too timid, especially as to the surrender of offenders. At the end the authors deal with the concepts of »aircraft in flight« and »aircraft in service«.

RÉSUMÉ

La nouvelle convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile

Les auteurs de cet article analysent la Convention de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile du 25 septembre 1971. C'est la troisième dans la série des conventions dite «la famille de droit pénal» du droit aérien international; outre la Convention sur les infractions et les autres actes sur l'aéronef, signée à Tokio en 1963 et la Convention sur la répression de la capture illicite d'aéronef, adoptée le 16 décembre 1970. Les auteurs reprochent à la Convention la plus récente qu'elle n'est pas suffisamment originale et qu'elle s'appuie outre mesure sur la Convention de la Haye précédente, quoiqu'elle ait son objet spécifique de réglementation.

A part la description de l'infraction de l'article premier de la Convention, dans laquelle les auteurs de ce travail ont critiqué l'ampleur de la formulation adoptée, ils ont effectué une analyse détaillée de la compétence pour la poursuite de l'auteur de l'infraction et ils critiquent l'inefficacité de la Convention dans la partie qui se rapporte à l'extradition du coupable. De même, dans ce travail sont élaborées les notions de la Convention «l'aéronef en vol» et «l'aéronef en service».

СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ У ПОЈМУ ДИРЕКТОРА И ДРУГИХ РАДНИКА

1. НЕКА СВОЈСТВА И ПАРАСВОЈСТВА ДИРЕКТОРА У НАШЕМ ПРАВУ

Директор се, према позитивним прописима, налази на „дужности“, „функцији“, „положају“, „радном мјесту“. Међутим, директор се убраја у руководећа лица, а уз појам и радни однос директора разматрају се још и „звање“, „професија“, „занимање“, „каријера“.

Већина ових појмова који се под разним терминима испољавају, углавном су својствена упосленицима у ванпривредној дјелатности, посебно у државним органима. Међутим, исто је тако тачно, оно што смо већ навели, да се ова обиљежја сусрећу као ближе одређење, као карактеристика дјелатности директора. То нису синоними за појам „директор“.

Функција обухвата, с једне стране, дјелатности и одређена подручја, а с друге стране, овлашћења и дужности у тим дјелатностима и на тим подручјима. То је шири појам функције, а функција у ужем смислу схвата се као сасвим одређена овлашћења појединих носилаца функција (1). Понекада се једна активност назива функцијом, а каткада и саставни дијелови, поједини задаци такве дјелатности; функција означава скуп основних задатака одређене дјелатности односно органа или државе, или је то скуп већег броја активности одређеног субјекта (2). Функција је дјелатност, корисна дјелатност успостављена у одређеном циљу, односно функција је успјешна дјелатност (3). Функцију чине овлашћења и дужности, дакле, свака функција има своју „мјеру“, свој „конспект“, па отуда онај ко врши функцију, носилац функције, „функционер“, мора да се „уклапа“ у функцију. У противном, постоји несклад између функције и њеног носиоца. Уз све казано, функција се може схватити по свом садржају, по објекту, по циљу, и др. Стога се може одредити функционер по садржају, објекту или циљу функције.

И директор има своје функције: функцију чувања законитости и функцију заступања радне организације.

(1) Др Ј. Борђевић, Уставно право, Београд, 1967, стр. 80.

(2) Др Н. Стјепановић, Управно право, општи дио, Београд, 1963; стр. 18, др П. Димитријевић, Управа као функција у управљању друштвеним пословима, у св. 1 „Организација јавне управе и улога управних кадрова“, Завод за јавну управу, Београд, 1963, стр. 58.

(3) Др М. Бурџић, Проблеми социолошког метода, 1962.

Поред функционера у теорији а и у прописима наводи се израз „старјешина”. *Старјешина* је генусни појам за „оно лице које се налази на челу организације, без обзира какав назив носи: шеф, директор, начелник, управник, секретар и сл.” (4) У ствари, према изнесеноме, појмови функционер и старјешина могли би да се схвате као синоними. Према другом мишљењу, ови исти појмови обухваћени су називом „руководилац” (5). Но, према прописима, разликује се функционер, односно функционер који руководи, органом управе, од старјешине (6). Тако, по Закону о савезној управи, „старјешине савезних органа управе могу овластити поједине функционере или друге раднике да...”, па излази да је старјешина у смислу тог Закона највиши функционер односног органа. Уз то, по овом Закону, како би се могло схватити из цитиране одредбе, функционер је — радник. У смислу Основног закона о радним односима и јесте радник уколико функцију обавља као редовно или главно занимање и уколико је као „државни функционер” изабран односно именован у смислу Основног закона о радним односима (7).

Директор, међутим, није ни функционер нити старјешина нако се налази на функцији и руководи у радној организацији. У посебним случајевима директор је функционер — када је именован од скупштине или извршног вијећа (8). Међутим, не може се порећи да у појму директора гласу садржана, донекле, нека обиљежја својствена функционеру или старјешини, што се може видјети поређивањем заједничких обиљежја. О томе се могу наћи упоришта у позитивним прописима. Но, не би се могао узети као посредан доказ присуства „функције” у појму и статусу директора по основу тзв. „функционалног представништва”.

Појам „старјешина” се највише приближава појму директора по свом основном обиљежју: руковођењу. Ако се руковођење схвати као „покретање”, „усмјеравање”, „координирање”, „повезивање” и „контрола дјелатности чланова радне заједнице или организационе јединице на основу одређених овлашћења, уз одговорност за успјех рада одређене организације” и да „у ствари руковођење значи извршење задатка организације преко других, непосредних извршилаца” (9). онда је сличност, колико и разлика, јасна. У елементу руковођења директора не налази се контрола дјелатности чланова радне заједнице, која је битно обиљежје руковођења старјешине. Но, руковођење старјешине усмјерено је на руковођење члановима радне заједнице, у којем се испољава и „позајмљена власт” од органа који је старјешину „поставио”: ту је елеменат субординације, другачији (по Закону о управи, на примјер, казне за лакше повреде радне

(4) Др Н. Стјепановић, оп. цит., стр. 92.

(5) Др А. Балтић, Руководилац и радни односи, реферат у зборнику „Савремено руковођење и самоуправљање”, Београд, 1969, стр. 181.

(6) Чл. 67, ст. 2. чл. 107, ст. 2. Закона о савезној управи.

(7) Чл. 22, ст. 2 ОЗРО.

(8) Законом о реп. органима управе и реп. организацијама (Сл. лист СР БИХ, бр. 14/69) утврђено је да осим органа управе постоје и реп. организације — које врше послове од интереса за републику (реп. заводи, сагјети, дирекција). Директор такве организације је функционер у смислу посебних прописа. Уп. Одлуку о накнадама личног дохотка и трошкова реп. посланицима и функционерима, (Сл. лист СР БИХ, 14/69).

(9) Др Н. Стјепановић, оп. цит., стр. 92.

дужности изриче старјешина) ⁽¹⁰⁾, а руковођење директора усмјерено је на руковођење пословањем радне организације.

Разлике у појму и статусу старјешине и директора још су видљивије ако се упореде начин заснивања радног односа, права и дужности и престанка рада. Док је старјешина инокосни орган, на чији радни однос и статус дјелују екстерни фактори, дотле је директор инокосни извршни орган радне организације, подложен, нарочито последице усвајања Уставног амандмана XV, потпуном утицају радне заједнице (осим изузетно). Нарочито су уочљиве разлике старјешине и директора када се посматрају њихови односи према органима самоуправљања или према члановима радне заједнице. Истина, директор је у ранијој фази, па и у другој фази развоја радних односа, имао обиљежја старјешине ⁽¹¹⁾, ⁽¹²⁾. Веће сличности између старјешине и директора биле су раније изражене, док је директор био орган управљања, јер и старјешина има одређене сличне прерогативе. Међутим, карактеристично је за старјешину да спроводи вољу и политику државних органа који га је именовао, дакле, „власти“, док директор извршава одлуке самоуправних органа радне организације.

При свему, по Закону о савезној управи, и по одговарајућим републичким законима, још увијек су карактеристични, иако у мањој мјери него раније, хијерархијски односи старјешине и осталих радника. Директор, међутим, има нека таква обиљежја али сасвим изузетно, као, на примјер, по Основном закону о рударству: директор има право да привремено одстрани са радног мјеста радника који је учинио повреду радне дужности због које може бити искључен из радне заједнице ⁽¹³⁾.

Устав тачно дијели радно мјесто од функције наводећи их као двије категорије, два начина конкретизовања права на рад и слободу рада ⁽¹⁴⁾. Пошто, како смо установили, директор није функција, остаје да се закључи да се радноправне функције директора остварују на радном мјесту. *Радно мјесто* је, према томе, једна од претпоставки остварења радног односа директора.

Директор врши „дужност“ ⁽¹⁵⁾. Међутим, нема ближег одређења појма „дужности“. Може се схватити да је дужност истозначеница за директора. Дужност у радноправном смислу више личи на реликт прошлости, за означавање функције радног мјеста, а данас се сусреће у службама и областима гдје се посебно истиче значај радноправне обавезе ⁽¹⁶⁾.

Такође, према неким прописима, директор је на „положају“ ⁽¹⁷⁾. Основни закон о радним односима наводи израз „друштвени положај“ у једном другом смислу. „*Положај*“ директора је другачији од положаја предвиђеног Уставом и прописима за одређене функционере. Карактери-

⁽¹⁰⁾ Уп. чл. 137. Закона о управи (Сл. лист СР БиХ, 3/70).

⁽¹¹⁾ Уп. чл. 132. ОЗФО.

⁽¹²⁾ По ЗОРО из 1957. године директор је био дисциплински старјешина (чл. 245. ЗОРО).

⁽¹³⁾ Чл. 100, ст. 3. Основног закона о рударству. Сл. лист СФРЈ 9/66.

⁽¹⁴⁾ Уп. чл. 36, ал. 5. Устава.

⁽¹⁵⁾ Чл. 57. и 58. Основног закона о предузећима.

⁽¹⁶⁾ В. напр. у Основном закону о унутрашњим пословима, одсјек „особне дужности“.

⁽¹⁷⁾ Уп. чл. 50, ст. 3. ОЗП, чл. 82. Основног закона о избору рад. савета и других органа управљања у радним организацијама („Сл. лист СФРЈ“ 15/64 и др.).

стично је да се на положај постављају одређена лица ⁽¹⁸⁾. Може и директор да буде на положају, када извршно вијеће поставља директора установе и организације за коју је то законом одређено.

У теоријском смислу директор је „институција“ ⁽¹⁹⁾.

Пошто је „звање“ већ напуштено у радноправним прописима, нећемо се посебно задржавати на његовом објашњењу ⁽²⁰⁾. Али, требало би размотрити појам „занимања“ ⁽²¹⁾. „Занимање“ и „запослење“ може свако слободно да бира остварујући право на рад. Иако су ова два облика конкретне садржине права на рад и слободе рада и — једина. Према томе, директор, као и други радници или врши занимање или запослење. Истина, могло би се схватити и тако, да је унутар занимања и запослења свакоме грађанину, под једнаким условима, доступно свако радно мјесто и свака функција у друштву. Тако би радно мјесто и функција били ужи појмови од занимања и запослења.

Видјели смо раније да је директор „руководилац“, да спада у „руководећа лица“. Но, појам „руководећег лица“ тешко је дефинисати. Овој врсти уписаника придаје се изузетан значај па се називају „кадрови нације“, „кадрови друштва“, „елита нације“. Сви ови појмови више су социолошки и политички него правни. Према прописима у страним државама руководићим лицима се сматрају „сарадници“, „персонал“, „кадрови“, „персонал дирекције“, „виши службеници“ итд. ⁽²²⁾.

Према ранијим нашим прописима, директор је *expressis verbis* руководица односно „руководећи радник“ ⁽²³⁾, а и према неким важећим прописима ⁽²⁴⁾. У теорији директор се сматра руководиоцем ⁽²⁵⁾.

Радник је, према Закону о радним односима из 1957. године, био лице без обзира на својство, положај, посао или функцију коју је вршио.

Ту треба додати и занимање којим се бавио. Истовремено, службеници су били разврстани у звања, положаје. Основни закон о радним односима који је замијенио та два закона, обимна по материји коју су регулисала, служи се појмом радник као генеричким.

Директор је радник и члан радне заједнице ⁽²⁶⁾. И по ранијим прописима директор је био „радник“; такође је и судска пракса сматрала директора радником ⁽²⁷⁾. Другачије се као уписаник не би могао ни назвати,

(18) По ранијем Закону о јавним службеницима (ЗСЈ) службеници су се постављали и разврставали у одређена звања (стручној спреми) и на положаје (према одговорности и посебним овлашћењима).

(19) Др В. Јовановић, Директор у систему рад. самоуправљања, „Архив“, 2—3/1957, стр. 310.

(20) Директор није ни: „титула“, „каријера“, „служба“.

(21) У литератури се различито одређује појам занимања. Уп. Др Т. Томековић, Психологија рада, Београд 1965, стр. 24—25, 67—71.

(22) Уп. *L'évolution du régime contractuel des dirigeants et des cadres d'entreprise*, Liège — La Haye, 1967, стр. 32.

(23) Чл. 138, ст. 1. ЗОРО из 1957.

(24) Чл. 63. Основног закона о заштити на раду: „Директор и друга руководића лица на раду у радној организацији . . .“

(25) Др А. Балтић: Руководилац и радни односи, у зборнику „Савремено руковођење и самоуправљање“, Београд, 1969, стр. 181.

(26) Уп. чл. 92. ОЗП.

(27) „Суд узима да радник, конкретно директор, нема право . . .“, из пресуде Врховног суда Југославије Рев: 1655/62. од 23. 10. 1962.

јер Основни закон о радним односима утврђује само једну категорију уписаника. Тако је и у другим прописима ⁽²⁸⁾, мада у њима има још реликата старе подјеле уписаника на раднике и службенике ⁽²⁹⁾.

Директор је и „одговорно лице” у радној организацији, нарочито према кривичном законодавству и прописима о преступима и прекршајима ⁽³⁰⁾.

Са директором се изједначајују, по појединим прописима управник (равнатељ), а по судској пракси и пословођа ⁽³¹⁾.

Из изложеног се излучује појам директора, према којем је директор радник, члан радне заједнице, орган радне организације, који то постаје на посебан начин: нарочити је носилац јавне функције — самоуправљања (њеног једног посебног вида); свој посао врши у радном односу на одређено вријеме (у изборном периоду), на утврђеном радном мјесту; као руководеће и „одговорно” лице има посебна права и дужности и својство органа и радног односа престају му на посебан начин.

2. ВРСТЕ УПОСЛАНИКА У СТРАНОМ ПРАВУ СА НАРОЧИТИМ ОСВРТОМ НА КАТЕГОРИЗАЦИЈУ ДИРЕКТОРА

Категоризација послопримца примарно зависи од глобалне друштвене структуре, друштвено-економских услова, улоге и значаја рада и општег положаја радника који му друштво признаје. У том смислу посматрана, подјела послопримца показује из којих разлога је у нашем праву напуштена ранија подјела на раднике, службенике и намјештенике.

Појам и врсте радника могу се објаснити само еволутивно. Тако је и са појмом директора: као посебна категорија радника, настао је у одређеним историјским условима и постепено се развијао тако да је временом добијао друге облике ⁽³²⁾. Такав правац развоја директора, као посебне категорије радника, може се посматрати и кроз развој нашег правног система ⁽³³⁾.

Страно право, зависно од друштвеног поретка, садржи веће или мање разлике у третирању статуса уписаника. У капиталистичким земљама пре-

(28) Чл. 38. Основног закона о евиденцијама у области рада прописано је да ће се радник (подз. аутор) казнити за прекршај ако у прописаном року или на прописани начин не пријави промјене у подацима или даје нетачне податке. Као што се види, овим се Законом не разликују различите категорије радника, па је отуда, у основи, и директор — радник.

(29) Уп. чл. 126, ст. 3, чл. 197, ст. 3. Основног закона о инвалидском осигурању, чл. 85—86. Оsn. закона о служби унутрашњих послова, итд.

(30) Чл. 99. КЗ, чл. 6. Закона о привредним преступима, чл. 19. Основног закона о прекршајима.

(31) Чл. 17. Основног закона о занатским и другим одређеним врстама задруга, према пресуди Врх. суда Југославије, Рев: 368/64. од 5. 8. 1964. „пословођа угоститељске радње са паушалним обрачуном има положај директора предузећа”.

(32) И појам директора се диференцира на: директор, генерални директор, главни директор, директор-саветник. Међутим, то је само с обзиром на врсте, природу и карактер посла односно дјелатности. Унутар сваког овог облика врши се даље диференцирање с обзиром на класификацију радног односа (према времену трајања радног односа).

(33) Ближе: Х. Кратина, Положај директора предузећа у систему самоуправљања, правно-политички аспект, докторска дисертација, 1965.

тежно је велика разлика вредновања мануелног и интелектуалног рада и отуда веома различит положај радника и службеника (намјештеника).

У *француском праву* уписленици се дијеле на три основне групе: раднике, службенике (намјештенике) и руководиће особље⁽³⁴⁾. Руководића лица, која спадају у »*cadres*«, образују се из реда лица са завршеним вишим и високим школама. Својство „кадра“ настаје из њихових функција које им делегирају послодавци. Они имају посебна права и дужности у радном односу. Велики број њих ангажован је у предузећима (у којима се развијају радни односи). Остављајући по страни размимоилажења у француској литератури о нарави предузећа, предузеће може да се схвати као једна цјелина састављена од персонала и средстава као и шефа, или је предузеће једна фирма односно послодавац — у смислу радног права. Предузеће чине радници, персонал подвргнут власти шефа, шеф предузећа и средства и активност предузећа.

Понекад се шефом као скупним називом зове директор, генерални директор — предсједник анонимног друштва, директор друштва са ограниченом одговорношћу, итд. Шеф је уједно и власник, ако је у питању индивидуално предузеће. Шеф се уписује у регистар и има три врсте прерогатива: руковођење, доношење правила и дисциплинска надлежност. Овлашћења шефа темеље се било на уговорној основи између њега као послодавца и радника, или на улози и одговорности шефа предузећа у једној хијерархијској професионалној заједници⁽³⁵⁾. Код великих предузећа, послодавац није уједно и шеф (директор). Он своја права делегира шефу (директору) и тако овај извршава добијање овлашћења — у име и за рачун другог — за власника.

Три основна овлашћења директора (руководиће, доношење пословног реда и дисциплинска власт) имплицирају посебан однос директора према радницима, службеницима и руководићом особљу. Овлашћење директора на руковођење манифестује се у субординацији радника. То је, како каже *Durande*, једно природно право послодавца и стога не мора да се очитује у уговору о раду. На тај начин се омогућава директору да радну снагу користи у најбољој могућој мјери у складу са интересима предузећа. Директор одређује радно вријеме и мјесто рада, врсте и приролу послова и задатака, одлучује о распореду радника, предузима мјере у правцу обезбјеђења добрих односа између радника у предузећу, стара се о односима са трећим лицима⁽³⁶⁾.

У *италијанском праву* врши се подјела на: раднике и службенике, и пслази се од оног основног критерија при подјели на уписленике: подјели рада на физички и интелектуални рад. Категорија уписленика утврђује се у уговору о раду. Из основне разлике на којима се заснива различит положај појединих врста уписленика, додаје се и: плата, повјерење које се исказује од стране послодавца, значај такве врсте уписленика за предузеће, стручна спрема, већа или мања самосталност у раду. Службеници се дијеле на службенике ниже врсте (*d'ordine*) и службенике више врсте (*di*

(34) G. H. Camerlynck — G. H. Caen, *op. cit.*, стр. 76.

(35) Camerlynck Caen, *op. cit.*, стр. 251—286.

(36) P. Durand, *Traité de Droit du Travail*, T. I, 1947, стр. 430.

concrete). Међутим, нису усаглашена схватања о потреби овакве врсте појдеље односно о критеријумима за овакву појдељу (37).

Критеријуми за разликовање уполсеника у њемачком праву нису, такође, уједначени, а у основи је појдеља по претежном дијелу активности: на раднике који се баве физичким радом и на службенике који се баве интелектуалним радом. Према томе, у једном броју колективних уговора из категорије службеника, издвајају се изван те категорије виши службеници и службеници — руководећа лица (38).

Послопримац је скупни појам за раднике и службенике. То је лице које се добровољно налази у зависном односу према другом лицу и тај однос је цивилноправне природе. Занимљиво је да неки њемачки аутори поистовјеђују појам уполсеника са појмом радног односа (39). У теорији је спорно да ли се лица која имају својство органа правних лица изузимају од општег режима радног односа. Постоје прописи који на посебан начин регулишу неке односе ових лица. Међутим, таква лица не убрајају се у уполсенике (40). Законски заступник правних лица према неким ауторима није ни послодавац ни послопримац, јер недостаје зависност рада која је иначе основни елемент радног односа. Иначе, иако нису у радном односу, изједначају се са руководећим лицима („водећа особља“) (41).

У посљедње вријеме порастао је значај руководећег особља иако позитивноправно није дат појам руководећег особља; такав појам може се излучити из одредаба посебних прописа из којих се извлаче два битна обилежја руководећег особља: то су лица која врше функцију послодавца или врше посебну квалификовану радноправну функцију (инжењери, на примјер). Према владајућем мишљењу није потребно да се кумулирају оба обилежја него је довољно и само једно за означавање појма руководећег особља.

У извршавању функције послодавца — власника важи опште правило понашања овлашћења контроле и надзора на руководеће особље као претпостављене старјешине радника, службеника и нижег руководећег особља. Ова лица самостално запошљавају и отпуштају раднике и имају дисциплинску власт. Ово руководеће особље спада у службенике (намјештенике), дакле у категорију лица која се налазе у радном односу, за разлику од законских заступника који не спадају у уполсенике у радном односу али дјелују као орган предузећа. Руководеће особље има одлучујући утицај на рад предузећа; умјесто послодавца руководе радом и особљем, уже су повезани са интересима послодавца него остали уполсеници и зато заступају интересе послодавца пред осталим уполсеницима (42).

Као и у другим земљама, тако се и у Белгији, с обзиром на природу рада уполсеника, врши појдеља на раднике и службенике. Како се истиче,

(37) L. Francois, *La distinction entre employés et ouvriers en droit Allemand, Belge, Français et Italien, Liège — La Haye*, 1963, стр. 310—340.

(38) W. Kaskel — N. Dersch, *Arbeitsrecht*, 1957, стр. 21.

A. Hueck — H. C. Nipperdey, *Lerbuch des Arbeitsrechts, Berlin — Frankfurt*, 6. Aufl. T. I. стр. 64—68.

(39) Hueck — Nipperdey, *op. cit.*, стр. 79.

(40) W. Kaskel — H. Dersch, *op. cit.*, стр. 28.

(41) A. Nikisch, *Arbeitsrecht*, T. I, 3. Aufl., Tübingen, 1961, стр. 133.

(42) A. Nikisch, *op. cit.*, стр. 131—134.

то је искључиви критериј. Други, на примјер, начин плаћања није ни од каквог утицаја. Какав ће третман имати поједини уписаник зависи од тога како је уговорено и стога се и чини строга разлика између уговора о раду и уговора о служби. Заједнички елеменат за обје категорије је субординација. Тешкоће настају када су у питању категорије које се, по природи посла, не могу јасно опредијелити, а уз то су и прописи различити у погледу њиховог категорисања. Тако, док се Закон о уговорима о служби из 1900. примјењује на директоре, ова категорија не спада у домен Закона о суду части из 1926. године (у којем се иначе наводи неколико подврста уписаника). Доктрина је подјељена у схватању статуса појединих уписаника. Директор припада категорији службеника и његов радни однос и статус регулишу се прописима о службеницима ⁽⁴³⁾. Такав закључак се не намеће и другим ауторима који, такође, полазе од контраверзне судске праксе и закључују да је директор категорија уписаника изван надлежности радноправне јурisdикције ⁽⁴⁴⁾.

Разна законодавства различито третирају директора као уписаника: негде је директор службеник (намјештеник) и обухваћен је прописима радног права (Француска), директор је изван домена радноправне јурисдикције, иако се тврди да се на њега примјењују прописи службеничког права (Белгија); директор је уписаник али изван традиционалних категорија уписаника (СРЈ); затим према изричитим прописима, на дирестора се не примјењују радноправни прописи (Етиопија) ⁽⁴⁵⁾; странке индивидуалног уговора о раду су послодавац и радник односно службеник, а директор је, у односу према радницима, представник послодавца, ради у име и за рачун послодавца (Ханти, Салвадор) ⁽⁴⁶⁾, понегдје се ово лице које иступа умјесто послодавца, назива мандатор (Ирак) ⁽⁴⁷⁾, прописи полазе од презумције да је директор представник послодавца односно предузећа и да се због тога својства као и због значаја рада сматра независним у извршавању рада (Парагвај, Хондурас) ⁽⁴⁸⁾. Иако је законом утврђена пропорција домаћих и страних радника, ова се може кориговати ангажовањем одређеног броја страних радника као директора (Хондурас) ⁽⁴⁹⁾ итд.

Углавном је регулисање радног односа директора изван домена радних односа односно радног права и врши се парцијално, за поједине потребе. То је сасвим разумљиво с обзиром да директор дјелује као „продужена рука” једног или више власника предузећа односно друштва. Директор није власник средстава за производњу, али се према њима и према радницима који раде на таквим средствима, понаша као власник. Сопственик делегира директору већа или мања овлашћења која произилазе из његовог односа према својини чији је титулар. Међутим, на директора се не преноси и само право својине. Ту је битна разлика између сопственика и директора као водиоца, руководиоца, управљача пословима, радом и капи-

(43) P. Horion, *Nouveau précis de droit social Belge*, 1965, стр. 239.

(44) F. V. Goethem — R. Geysen, *Droit du Travail*, 1950, стр. 343.

(45) Декрет од 5. 9. 1962. о радним односима.

(46) Законик о раду Хантија од 1961, Законик о раду Салвадора од 1963.

(47) Законик о раду Ирака од 1961.

(48) Законик о раду Парагваја од 1961.

(49) Законик о раду Хондураса од 1956.

талом сопственика. Отуда и разлика директора према осталим уџсленицима; директор се у односу на њих понаша као послодавац; они су њему субординирани. Истовремено, директор је, али у знатно мањој мјери, субординиран власнику. Уколико је мање подређен, уколико је више самосталан у погледу начина рада, времена рада, избора радника и средстава за задовољење постављеног циља и избора циља, и у којој је мјери одговоран послодавцу, утолико је различит његов радни однос од радног односа осталих уџсленика и утолико је више изван општег и посебних режима радног односа, односно потпуно се искључује из радноправног домена.

У правима *социјалистичких земаља* врши се такође диференцирање уџсленика. Међутим, полази се увијек од постулата да су друштвени уџслови такви да не дозвољавају подјелу уџсленика према подјели рада, на физички и умни. Таква подјела је анахрона и умјесто ње постоји један, јединствени појам послопримца, унутар којег се, зависно од врсте послова, стручности, начина рада, наилази на поједине врсте уџсленика, али сви имају равноправни статус.

Совјетско законодавство о раду дијели се на опште и посебно. Право обухвата норме које се примењују на све раднике и службенике, без обзира на њихову струку, привредну грану у којој раде, и сл., док се посебним нормама регулише рад одређених категорија радника и службеника. Такође, постоји и руководеће особље у које спадају директори предузећа ⁽⁵⁰⁾,

Директор је руководицац предузећа и отуда његова овлашћења и дужности. Тако, директор је дисциплински старјешина који изриче казне и који је надлежан за рехабилитацију дисциплински кажњених радника. У исто вријеме директор је подложен дисциплинској одговорности као и материјалној одговорности ⁽⁵¹⁾.

Директор је орган предузећа и субјект је радног односа у том својству. Директор прописује допуне радног реда. Као индивидуални орган предузећа именује службенике администрације који испуњавају вољу органа који их поставља ⁽⁵²⁾.

Радноправни положај директора треба посматрати увијек еволутивно, па и у совјетском праву. До већих измена у радном односу директора долази посљедњих година са изменама у општем положају предузећа. Раније, дјелатност предузећа потпуно је била регулисана државним актима. Директор је орган државе и његове функције усмјерене су на задовољавање задатака постављених од државних органа. За своју дјелатност директор одговара државним органима. Иначе, принцип руковођења заснива се на принципу „единоначалия“.

Доследно „мјерама за усавршавање система планирања, материјалног стимулисања и руковођења у привреди“ ⁽⁵³⁾ предузећа треба да послују на принципу самосталног финансирања, да се осамостаљују, а територијални систем руковођења замјењује се гранским руковођењем, преко гран-

(50) Совјетско радно право, превод, Београд, 1948, стр. 46—48.

(51) *Loc. cit.*

(52) Советское трудовое право, 1966, стр. 99.

(53) Постановление КПСС и Совета министров СССР от 30. 9. 1965. об улуушении управления промышленности.

ских министарстава. Са промјеном привредног система, долази и до промјене у радном односу директора ⁽⁵⁴⁾.

На челу предузећа (од савезног до локалног) јесте директор (управник, начелник), кога поставља државни орган којем припада надзор над односним предузећем. Директор организује рад у предузећу и одговоран је за стање и предузете активности у предузећу. Директор представља предузеће према трећим лицима. У оквиру предузећа, у остваривању функције руковођења, води и надзор над радом радника, прима и отпушта раднике — уз сагласност синдиката, одлучује о награђивању радника и дисциплински је старјешина. Заједно са администрацијом и синдикатом утврђује допуне радног реда у складу са типским правилником о раду ⁽⁵⁵⁾.

Слично као у СССР-у, у *Демократској Републици Њемачкој* директор је „продужена рука“ државе, па и послјије увођења привредне реформе. Међутим, нове мјере остављају трага и на радни однос директора и на његов радноправни статус. Директор је и даље одговоран државном органу, али одговорност је модифицирана тако да више не одговара кривично за неиспуњење плана предузећа односно непоштовање директива надлежног државног органа. И овдје је територијални принцип руковођења замијењен гранским. Такође, присутан је принцип „едино началња“. Међутим, на рад директора утичу стални производни савјети у оквиру удружења предузећа и производни комитети у предузећима, економске конференције, као и партијски и синдикални органи тако да се ранија широка овлашћења директора тиме унеколико мијењају ⁽⁵⁶⁾. Директор је шеф заједнице радника, брине се о политичком, идеолошком образовању радника за које и одговара.

Директор спада у ранике чији радни однос настаје избором или именовањем, а престаје истеком мандата или опозивом, до којег може доћи само усљед нарочитих мотива. Директор је надлежан да у сарадњи са радницима и уз сагласност синдиката доноси правилник о награђивању, доноси план годишњих одмора, одговара за заштиту на раду, за дисциплину на раду, дисциплински је старјешина са изразито широким овлашћењима, а и сам одговара дисциплински и материјално. Директор заступа предузеће пред трећим лицима па и у стварима из радних односа ⁽⁵⁷⁾.

Радни однос руководећих радника у СССР, међу којима је директор, регулисан је прописима о радним односима. И овдје треба посматрати радни однос директора у склопу насталих друштвених промјена. Од увођења привредне реформе већи значај имају синдикати и комитети у предузећима на рад и руковођење предузећем.

Радни однос настаје ступањем на функцију али не престаје опозивом функције или њеним напуштањем, већ се у том случају примјењују опште одредбе о престанку радног односа. Орган или организација која је

(54) Закон о измененији системи органов управленија промышлалносту и преобразованији неких других органов государственного управления, от 2. 10. 19 . . .

(55) Чл. 89—96. Положение о социалистическом государственном производственном предприятии от 1. 10. 1965.

(56) Уп. чл. 4, 8—9, 11, 17—18. Законика о раду ДРНј.; *Wörterbuch der Ökonomie der Sozialismus*, Berlin, 1967.

(57) Чл. 37, 53, 107—116, 75. Закона о раду ДРНј.

опозивала директора дискутује с њим о распоређивању на друго радно мјесто које одговара његовој квалификацији. Директор има право и дужност да руководи и контролише рад радника и оцјењује резултате рада, стара се о условима рада, брине се о побољшању идеолошког и професионалног образовања радника. Тако, иако принципијелно радни однос не настаје именовањем, директор, као именовани орган, налази се у радном односу.

Слично је и у осталим социјалистичким земљама. Изражене су три основне карактеристике директора: руковођење, непосредно или посредно, утицај на доношење правила предузећа и дисциплинска власт. По томе, а и по начину регрутовања и престанка радног односа, радни однос директора сличан је ономе у којем је директор био у нас у првој фази.

3. Менаџерска концепција директора

Као посљедица жеље за великим профитима јавља се менаџерство, којем се одриче својство научности, али не и увијек. Један дио аутора полази од тога да постоји теорија менаџерства (*teory of managment*) којој су знатан прилог дали Ф. В. Тејлор (*F. W. Taylor*) и Х. Фајол (*H. Fayol*). Ова двојица дају нове идеје о менаџерству, називајући га „научним управљањем“.⁽⁵⁸⁾ Без обзира да ли се менаџерству признаје квалитет теорије или не, изражавају се схватања да се тиме дају нови прилози науци о управљању у предузећу и науци о предузећу. Менаџерство се из Америке преноси у Европу. Пошто се у посљедње вријеме говори о менаџерству и менаџеру и у нас, изнијећемо укратко основе менаџерске концепције директора са претходном напоменом да ова концепција вриједи у сасвим другим друштвено-економским условима; тиме се, међутим, не каже да све елементе менаџерства треба *a priori* одбацити⁽⁵⁹⁾, јер се могу срести неки елементи, на примјер употреба техника, који се са одређеним модификацијама, могу и у другим условима примијенити.

Менаџерство се развијало али ни до данас није прецизно утврђено шта се све под тим изразом подразумева⁽⁶⁰⁾. Обично, менаџерством се назива управљање, руковођење или пословна политика предузећа, а тај израз се проширио и на неке активности и изван предузећа тако да постоји менаџери и у установама и у органима власти — као стручна лица⁽⁶¹⁾. Могло би се рећи да, углавном, менаџерство обухвата руковођење пословима и радом предузећа, али на један креативан начин, и руковођење радницима. Превалентна је улога менаџера као иницијатора и руководиоца послова, руководиоца рада и радне снаге, из чега слиједи да је резултат рада предузећа зависан једино од менаџера⁽⁶²⁾. Уз већ поменуте функције

(58) F. W. Taylor, Научно управљање, „Рад“, Београд, 1967.

H. Fayol, *Administration industrielle et generale*, Paris, 1956.

(59) Лењин је куритиковео тајлоризам као циничан метод експлоатације радника, али је истовремено и навео позитивне резултате новог начина организације рада.

(60) Ing. A. Jaeger, Проблеми руковођења у привредним предузећима, Загреб, 1961. стр. 42.

(61) Тзв. менаџерска концепција локалне самоуправе.

(62) P. F. Drucker, Пракса руковођења, Загреб, 1961, стр. 11—26.

менаџера додаје се још једна, брига о међуљудским односима. Подвлачи се да добар менаџер води рачуна о односима међу људима у предузећу и према јавности (јавни односи). Међутим, та „пажња” није због радника него због задовољавања максиме — да боли радни морал доје већу продуктивност рада ⁽⁶³⁾, па чак и сами амерички аутори увиђају да је ту нагласак на односима а не на пажњи према раднику и његовом раду ⁽⁶¹⁾.

Тако, концепција управљања и руковођења заснована на теорији менаџерства, она која одговара друштвено-економским условима потпуно различитим од наших ⁽⁶⁵⁾ и, полазећи од чињенице — да различити друштвени услови дају и различите концепције управљања и руковођења, менаџерска концепција директора не може се у нас прихватити. Међутим, неки елементи и особине коју истиче теорија менаџерства могу да се условно прихвате и примјене. Не треба заборавити да је менаџерство саздано на основном циљу: повећање профита, а томе је основа, што је ноторно, експлоатација радника ⁽⁶⁶⁾. Тиме се објашњава и командна позиција менаџера и његов однос према раднику, уноточ покушају да се одређени значај придаје и бризи менаџера о међуљудским односима ⁽⁶⁷⁾.

Теорија менаџерства има јаке коријене у Америци, а као што смо већ рекли, преноси се и у друге капиталистичке земље. Са колико се заблуда прихвата и развија ова теорија, свједочи и становиште једног од аутора који се слаже, у основи, са менаџерском анализом опадања улоге капитализма, али се не слаже са увјерењем да ће капитализам бити замијењен социјализмом, већ истиче да је вјероватнија тенденција развоја једног менаџерског друштва ⁽⁶⁸⁾.

(63) И Сам Тејлор је писао: „Радницима нису потребна велика доброчинства (ма како била широкогрудна), мале личне љубазности и ситне симпатije довољне су да успоставе везу пријатељских осјећаја између њих и њихових послодаваца. Важан је морални ефекат овог система на раднике. И даље: Тејлор је уверен „да су животни интереси радника и послодаваца исти . . . , оп. цит., стр. 147.

(64) Drucker, op. cit., стр. 312—314.

(65) „Менаџер може заузимати различит положај на лествици руковођења. Строго говорећи, одговорност менаџера односи се на новац, а не на људе. Он води чуда посредно, кроз буџет”. — D. A. Laird — C. Laird, Практична пословна психологија, Загреб, 1964, стр. 458.

(66) P. Smitan у књизи: *Labor economics*, New York, 1959, стр. 586. п сљ., наводи „Менаџерска концепција (философија) заснива се на необоривом аксиому да друштво мора прво да производи оно што ће касније трошити. Основни задатак менаџерства у систему слободног предузетништва је да распореди ресурсе на такав начин како би њихов сопствени профит био максималан . . . Спријечити менаџерство у овом циљу . . . било би бесмислено . . . У овом смислу менаџерство себе представља као главног архитекту капитализма. Менаџерство је за капитализам, синдикат је за социјализам или етатизам; менаџер је за отворено излагање окружности конкуренције, синдикат је за изградњу безбједности која ће умањити окружност конкуренције. Менаџерство је за индивидуализам, синдикат је за колективизам. Менаџерство је пораст обима националног производа и због тога је његова основна идеја производња; синдикат је за пораст његовог удела у захватању производа и због тога је његова основна идеја потрошња. Овај цитат треба да покаже колико нема ничег заједничког између филозофије менаџерства и њених експоната и функције директора у социјалистичким земљама. Менаџер се не брине о човјеку, већ о новцу.

(67) K. A. Митрески, Савремене концепције управљања предузећем, Скопје, 196, стр. 215—217.

(68) J. Durham, *The Managerial Revolution*, New York, 1941, стр. 14.

Менаџер је заступник власника капитала; ради у његово име и за његов рачун. Менаџер може да буде индивидуалан (директор) или као колективни орган („директориј“) (69). Међутим, ни сваки менаџер нема исти правни положај, већ зависи од тога да ли је „главни менаџер“, „менаџер предрадник“, „менаџер пословођа“ и слично (*top-manager, middle-manager*).

Директор је на функцији или из почасти или је плаћен, истовремено, он може да буде и шеф неког владиног уреда. Обично у великим организацијама има по неколико потпредседника и сваки води по један сектор (вице-директори).

Двије су значајне карактеристике директора: с једне стране, подстиче на рад све руководиоце, а с друге стране има право вета на њихове одлуке (70).

У Енглеској, на примјер, радни однос менаџера дијелом је регулисан прописима о радним односима. Тако „директор неке компаније (предузећа) може бити, наравно, и директор и службеник компаније, у ком случају је компанија, као посебан ентитет, његов послодавац. Директор је уједно члан корпорације која је основана неким прописима и која се налази у националној својини. У тим и у другим корпорацијама, поред послодавца, за прекршај прописа о радним односима може бити проглашен кривим и директор-менаџер (71). У погледу заштите на раду у рудницима одговоран је менаџер рудника. Сваки радник мора да има самосталног менаџера, законито именованог и квалификованог за посао који обавља. Менаџер и управља рудником и контролише заштиту рада у складу са инструкцијама добијеним од сопственика рудника (72). У Енглеској литератури, као што се види, наглашава се контрола функција менаџера.

Капиталиста преко менаџера остварује власничку функцију над капиталом. Менаџер је, тако, истурени орган, пуномоћник, заступник капиталисте и бројним овлашћењима за управљање капиталом, производним односима и радном снагом. Истовремено, менаџер је најбоље информисано лице у предузећу о економском стању, проблемима пословне привреде, о односима међу људима, и отуда монополистички положај менаџера и уопште друштвени положај менаџера. Превасходна улога менаџера јесте руковођење процесом рада и радном снагом, али на принципу строге субординације. То управо даје основну карактеристику функцији менаџера; овај је у најтешњој и најужој вези са појмом и улогом капитала, односно са условима капиталистичког друштвеног поретка.

Употреба појма менаџер у сваком другом значењу без основног полазишта: услова и околности под којима је настао и гдје се примјењује, не би било опортунo. Наглашавање појединих елемената функције менаџера као „прогресивних“ (на примјер: менаџер је стручно лице које се бави организацијом рада и пословањем предузећа) било би у нас неприхватљиво са друштвеног становишта.

(69) *Drucker, op. cit.*, стр. 203.

(70) D. C. Miller — W. H. Form, *Индустријска социологија*, Загреб, 1966, стр. 230.

(71) D. Knight Dix, *Contracts of Employment Act*, 1963, стр. 21, 74, 56.

(72) G. H. Friedman, *The modern of Employment*, London, 1963, стр. 242—243.

Функција менаџера мора се посматрати, најприје, као друштвена функција, са позиција својине односно чије интересе менаџер чува и испољава, у име кога и за чији рачун ради, а затим, како ради, шта је предмет његових акција и чијој контроли је подвргнут. Према томе, друштвена познатица менаџера је одређена карактером својине, рада и улоге радника у управљању предузећем.

И у појму директора, у нас, истина, има, а раније је још више било, својинских елемената који се манифестују у поступку именовања и разрешења директора, одговорности директора и др., али функција директора је и самоуправна и самоуправљачка и руководиљачка истовремено, а својински елементи које смо поменули одраз су друштвене а не приватне (или државне) својине, па се због тога директор дубоко разликује од менаџера. И по томе шта је примарно у којој функцији, разлике су велике. Док менаџер монополно управља и средствима и људима, директор је руководиљак процеса рада са обимом овлашћења који је својствен сваком другом члану радне заједнице, односно врсти и обиму овлашћења која му даје радна заједница, а изузетно и овлашћења која му даје закон (на примјер, законско заступање предузећа).

Звоимир Стенек

РЕЗЮМЕ

Обичности и различја а поњатиу „директор” и других работников трудовой организации

Анализирају поњатае „директор трудовой организации”, автор исходит из существујущих положений, в которых нельзя найти генерического признака поњатия директора. Вследствие этого, он считает нужным подвергнуть рассмотрению признаки, по которым данное попонятие получило свое название и даже определение („функция”, „положение”, „руководитель”, „рабочее место”, „ответственный работник” (Для получения полного представления обо всех элементах исследуемого поњатия, в статье указывается как теоретически оно понимается в нашем зарубежных правах, с особым анализом, отбрасываемой автором, концепции директора как менеджера.

Приводя соображения за и против, автор излагает поњатие директора трудовой организации как директора-работника, члена трудовой организации и одновременно органа этой организации, включающегося в коллектив в особом порядке. Он является носителем общественной функции — самоуправления (в ее особой форме). Свою трудовую деятельность он выполняет в течение определенного срока и на определенном рабочем месте. Как руководитель и ответственное лицо он располагает особыми полномочиями и правовыми обязанностями, а его функции органа и его трудовое правоотношение прекращаются в особом порядке.

SUMMARY

*Similarities and Differences of the Definition of the
Concept of Director and Other Workers in a
Working Organization*

In the analysis of the concept of the director of a working organization the author starts with the regulations in force, in which the genus of the concept of the director is not to be found. He deemed it necessary to examine the characteristics specifying, and even defining the concept »function«, »position«, »duty«, »executive«, »job«, »responsible person«. In order to complete the elements of the examined concept, the author reviews theoretical propositions both in the Yugoslav and foreign jurisprudences, particularly elaborating the manager concept of the director, which the rejects.

The author, evaluating and criticising the concept of director of working organization, explains that the director is a member of the working organization, member of the working community, but at the same time an organ of the working organization in a special way; he is, in particular, the holder of a public function of selfmanagement (one of its specific forms); he performs his job based on the labour relation for a determined period, holds a specific position, as an executive and »responsible person«, he has special rights and duties; his capacity of an organ and his labour relation are terminated under special conditions.

RÉSUMÉ

*Les ressemblances et les différences de la notion du directeur et des autres
ouvriers d'une organisation du travail*

En analysant la notion du directeur d'une organisation de travail, l'auteur part des règles positives — dans lesquelles la notion du genre du directeur ne peut pas être trouvée. C'est à cause de cela qu'il considère comme nécessaire à soumettre en considération les traits par lesquels on désigne et même détermine cette notion (»fonction«, »charge«, »devoir«, »directeur«, »poste de travail«, »personne responsable«). Pour compléter les éléments de la notion recherchée, on expose les conceptions théoriques, dans notre droit et dans le droit étranger, avec un traité spécial de la conception du ménager du directeur que l'auteur repousse.

A côté des jugements et des critiques, l'auteur expose la notion du directeur d'une organisation de travail, d'après laquelle le directeur c'est un ouvrier, membre d'une communauté de travail et en même temps l'organe d'une organisation de travail qui en devient d'une manière spéciale; il est porteur de la fonction publique — de l'autogestion (de sa forme spéciale); il fait son devoir en relation de travail pendant un temps déterminé, sur un poste de travail fixé; comme une personne dirigeante et »responsable« il a les droits et les devoirs particuliers; sa qualité de l'organe comme aussi sa relation de travail lui cessent d'une manière particulière.

ПРОПУШТАЊЕ ТАЧНЕ ПРИЈАВЕ ОКОЛНОСТИ ЗА ОЦЕНУ ТЕЖИНЕ РИЗИКА

I. Категорија делатности од посебног друштвеног интереса и ревизија правних последица пропуштања дужности пријављивања околности од утицаја на тежину ризика. — Систем осигурања уведен 1. јануара 1968. године, ступањем на снагу Основног закона о осигурању и осигуравајућим организацијама (у даљем тексту: Основни закон) поставља питање евентуалне ревизије решења усвојених правним правилима (и условима осигурања) којима се регулише питање правних последица пропуштања дужности пријављивања околности од значаја за оцену тежине ризика ⁽¹⁾.

Одредбе Основног закона које постављају питање дејства пропуштања дужности на пријаву околности од значаја за оцену тежине ризика на пуноважност уговора о осигурању јесу одредба према којој је осигурање делатност од посебног друштвеног интереса (члан 3, став 2) и одредба која категорију посебног друштвеног интереса обележава специфичним решењем правног статуса осигуравајућих завода и заводе обавезује да прихвате понуду за закључење уговора о осигурању под условима под којима врше односну врсту осигурања (члан 10, став 2).

II. Правна дејства пропуштања дужности пријављивања. — Према правним правилима, осигурач је овлашћен да захтева да се утврди да је уговор ништав, односно одбије исплату осигуране суме ако је ризик већ наступно, уколико му није била позната неистинитост или нетачност важних података које је при закључењу уговора осигураник или уговарач осигурања прећутао односно неистинито приказао (правна правила из параграфа 475. Хрватског трговачког законика). Важном околношћу се сматра свака околност која би према своме значају могла бити од утицаја на прихват осигурања (правно правило из параграфа 474).

Према посебним одредбама које се односе на осигурање имовине и лица, ако на згради осигураној од пожара односно у занимању осигураног лица наступе промене којима се толико повећава ризик да осигурач, да му је та околност била позната, не би или не под условима под којима је уговор закључен уговор закључио, *уговор о осигурању престаје*, ако осигурач после пријема обавештења о промени ризика односно наступању околности не изјави да уговор одржава на снази (параграф 490. и 502).

⁽¹⁾ „Службени лист СФРЈ” бр. 7/67, измене и допуне у „Службеном листу СФРЈ” бр. 17/67, 50/68 и 20/69.

Правна правила не праве разлику у правним последицама према при-
роди околности која је пређутна односно нетачно приказана (околности
која се односи на оцену тежине ризика, на услове под којима би уговор
био закључен, висину премије).

Видећемо касније да су изложена правна правила недовољна да реше
питање дејства пропуштања дужности пријављивања околности од утицаја
на тежину ризика пошто не дају низ других неопходних решења правних
ситуација у којима се налази уговарач осигурања који је пропустио дуж-
ност пријављивања околности.

Међутим, категорија посебног друштвеног интереса, којом се, као
што ћемо видети у Основном закону, поред изложеног обележавају и нека
друга специфична решења статуса осигуравајућих завода, поставља пита-
ње и дејства решења усвојених општим условима осигурања по питању про-
пуштања дужности пријављивања као *lex lata*. То захтева свакако испити-
вање општих услова домаћих осигуравајућих завода. Међутим, појединачна ре-
шења таквог система осигурања, као што смо видели, доводе у питање и
примену правних правила. Корисно је зато испитати и поједина
решења у упоредном праву и неке ставове правне науке. То је посебно
важно за уговоре о осигурању којима није регулисано питање дејства (свих
или појединих) пропуштања дужности пријављивања околности од значаја
за оцену тежине ризика (нпр. код неких транспортних осигурања или код
осигурања живота питање повећања ризика након закључења уговора) ⁽²⁾.
Овај захтев није само условљен потребом за илустрацијом материје већ и
за изналагање решења која би одговарала систему у коме је осигурање
делатност од посебног друштвеног интереса.

1) *Општи услови за осигурање*. — Услови за осигурање имо-
вине. — Према Општим правилима за осигурање имовине, када се после
закључења уговора о осигурању утврди да према тачним подацима о окол-
ностима од значаја за оцену тежине ризика премија треба да буде већа,
осигурана сума се аутоматски смањује у сразмери између плаћене премије
и премије коју је требало платити, уколико уговарач осигурања односно
осигураник не прихвати писменом изјавом на предлог осигурача нову пре-
мијску стопу односно када се приликом настанка осигураног случаја утвр-
ди да је према околностима премија требало да буде већа. Ако, међутим,
према тачним подацима о околностима од значаја за оцену тежине ризи-
ка имовина није могла бити осигурана према условима из посебних пра-
вила осигурања, *уговор о осигурању престаје да важи* од почетка трајања
односно, ако се то утврди приликом настанка осигураног случаја, угова-
рач осигурања нема право на накнаду штете ⁽³⁾.

(2) Чланом 134. Основног закона предвиђено је да се одредбе члана 10, ст. 2. не при-
мењују на осигурање поморског транспорта, осигурање копненог и ваздухопловног међународ-
ног транспорта и на осигурање кредита.

(3) Члан 12 Општих правила за осигурање имовине Завода за осигурање и реосигурање
„Београд“ односно члан 3. „Југославија“ Завода за осигурање и реосигурање.

Приликом усаглашавања правила и тарифа осигурања два завода ради примене једин-
ствених правила и тарифа на осигурања закључена почев од марта месеца 1970. године прихва-
ћене су одредбе члана 12. Завода „Београд“.

Општа правила за осигурање имовине домаћих осигуравајућих завода разликују се у погледу околности чије пропуштање пријављивања има за последницу изложена правна дејства. По јединицама то су околности које је дао сам *уговорач осигурања* у писменој понуди за закључење уговора ⁽⁴⁾, док је по другима то свака околност од значаја за оцену ризика ⁽⁵⁾. Околности од значаја за оцену ризика по тим условима нису таксативно набројане. Примера ради наводе се околности о којима је *осигураник* био питан и оне које су унете у полису односно уговор о осигурању.

Према појединим посебним правилима за осигурање имовине, ако уговорач осигурања не прихвати придлог за повећање премије и не плати разлику у премији односно ако се приликом настанка осигураног случаја утврди да према околностима од значаја за оцену тежине ризика и одређивање висине премије, премија треба да буде већа од премије означене у полиси, предмет осигурања се сматра подосигурањем. Подосигурање значи обавезу уговорача осигурања, који није у писменој понуди за закључење уговора пријавио околности од значаја за оцену тежине ризика или у току трајања осигурања известио осигурача да су настале промене у околностима које су од утицаја на тежину ризика, да учествује у одштети када настане осигурани случај са одређеним износом независно од тога како је решено питање франшизе (нпр. ако уговорач осигурања није пријавио да се возило употребљава и за одлазак и повратак са посла, да има мање од две године возачког искуства, да возило не употребљава искључиво уговорач осигурања, осигураник учествује у штети са износом од 1.250.000 динара) ⁽⁶⁾.

Услови за осигурање лица. — Према Општим правилима за осигурање живота, осигуравајући завод може да *раскине уговор о осигурању* ако се у току прве две године трајања осигурања, утврди да је осигураник или уговорач осигурања дао неисправне одговоре о некој важној околности, односно, ускрати исплату осигуране суме у случају осигураникове смрти, која је наступила као последица прећутане важне околности ⁽⁷⁾, ⁽⁸⁾. Раскид уговора осигурач је дужан да саопшти уговорачу осигурања у року од месец дана пошто сазна за неистинитост и непотпуност одговора о важним околностима. Као важна околност сматра се свака она за коју је осигурач писмено поставио питање, а која би била од утицаја на одлуку осигурача да уговор закључи уопште, или да га закључи онако како је закључен ⁽⁹⁾.

Према томе, то значи, да би уговор о осигурању био увек ништав ако је уговорач осигурања прећутао или је нетачно приказао неку околност

(4) Члан 3, став 2. Општих правила Завода „Југославија“.

(5) Члан 12, став 1. и 2. Општих правила Завода „Београд“.

(6) Члан 1, став 2, 3. и 4. Правила за комбиновано осигурање моторних возила од јуна 1969. године Завода „Југославија“. Приметимо да су одредбе члана 1. задржане за тај Завод и после усаглашавања као члан 32.

(7) В. нпр. идентичан члан 5. Општих правила за осигурање живота од децембра 1967. односно јануара 1968. године Завода „Београд“ и Завода „Југославија“ који је остао непромењен након усаглашавања ради примене јединствених правила и тарифа.

(8) После две године трајања осигурања осигурач не може раскинути уговор. Међутим, нетачна пријава године рођења утврђења после две године трајања осигурања повлачи посебне последице (члан 5, став 5. Општих правила).

(9) Касније ћемо видети да изложена формулација важних околности одговара Закону о уговору о осигурању СР Немачке.

која је од утицаја на оцену тежине ризика, пошто је свака околност која чини ризик тежим него што је приказан при закључењу уговора о осигурању, сходно условима осигурања, таква да осигурач не би закључио уговор онако како је закључен да је знао за такву околност, односно уговор би закључио под другим условима у погледу осигурања суме, висине премије и др.

Изложена овлашћења има осигурач и према осигураницима који имају допунско осигурање од последица несрећног случаја (незгоде) уз осигурање живота на основу Општих правила за осигурање живота која се примењују као допунске норме на осигурање од последица несрећног случаја лица која имају осигурање живота ⁽¹⁰⁾.

Међутим, осигуравајући заводи правилима за осигурање од последица несрећног случаја (општим и посебним) нису решили питање дејства пропуштања дужности пријављивања на уговор о осигурању од последица несрећног случаја. Потребно је и због тога размотрити могућна решења која би се примењивала у случају да уговарач осигурања пропусти дужност пријаве (прећути или нетачно прикаже) околност која је од значаја за оцену тежине ризика.

2. *Нека упоредноправна решења и неки ставови правне науке. Немачко право.* — Пропуштена пријава или нетачна пријава при закључењу уговора о осигурању познатих околности уговарачу осигурања, које су значајне за преузимање ризика, има за последицу право осигурача да одустане од уговора (параграф 16. став 2. алинеја 1; 17. став 1. Закона о уговору о осигурању. Одустанак од уговора врши се изјавом уговарача осигурања у року од месец дана од сазнања осигурача о повреди обавезе пријављивања околности (параграф 20. став 1).

Значајном околношћу за преузимање ризика, која овлашћује на одустанак од уговора, сматра се свака она околност која је била подесна да изврши утицај на осигурача да уговор закључи уопште или да га закључи под условима под којима је закључен. Околност о којој је осигураник изричито и писмено упитан увек се сматра значајном околношћу за преузимање ризика (параграф 16, став 1. алинеја 3).

Право на одустанак од уговора осигурач има и када је пријава неке важне околности изостала тако што је уговарач осигурања злонамерно ускратио да се сазна о околностима (параграф 16. став 2. алинеја 2) ⁽¹¹⁾. Судови захтевају да осигурач докаже да је уговарач осигурања поступио злонамерно и да је то био разлог који га је навео да уговор закључи. Није довољно да осигурач не би прихватио понуду или би је прихватио али под другим условима да је уговарач осигурања дао истините податке, па да се сматра да је до пропуштања дужности пријављивања околности дошло

⁽¹⁰⁾ Члан 16. Посебних правила за допунско осигурање од последица несрећног случаја уз осигурање живота Завода „Југославија“ и Завода „Београд“.

⁽¹¹⁾ Према *E. R. Frölss-u, Versicherungsvertragsgesetz, 15 Neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1965*, стр. 146, неки судови у СР Немачкој виде злонамерно ускраћивање („*Arglistige Täuschung*“) сазнања од стране осигурача неке околности која је од значаја за преузимање ризика и у случају када су на питања у понуди уговарач осигурања односно осигураник намерно лажно одговорили. Према немачкој судској пракси и ћутање може значити злонамерно ускраћивање сазнања околности значајних за преузимање ризика. То је случај када према параграфу 242. Немачког грађанског законика постоји обавеза прилагођавања.

услед злонамерног ускраћивања да се о њима сазна ⁽¹²⁾. У немачкој судској пракси, у овом случају значи тражи се посебан психички однос према околностима значајним за преузимање ризика.

Ако уговарач осигурања није крив због повреде дужности пријављивања околности, или уговарачу осигурања није била позната околност важна за преузимање ризика, осигурач може само, уколико је с обзиром на повећани ризик одређена већа премија, да захтева од почетка текућег периода осигурања повећану премију. Ако се, међутим, повећани ризик према важећим условима осигурања не преузима у осигурање, осигурач може да *уговор откаже*. Право на повећану премију односно отказ уговора се гаси ако се не оствари у року од месец дана од тренутка у коме је осигурач сазнао за повреду дужности пријављивања (параграф 41).

У случају да уговарач осигурања пропусти дужност да осигурачу пријави чим сазна да је повећање ризика наступило после закључења уговора, осигурач је овлашћен да *откаже уговор* у року од једног месеца од сазнања за околности које ризик чине тежим (параграф 27) односно *ослобађа се од обавезе* на накнаду ако је осигурани случај настао месец дана касније после тренутка у коме је пријава требало да се изврши осигурачу (параграф 28, став 1) ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾.

Закон о уговору о осигурању садржи и посебну одредбу у осигурању лица која регулише питање података о годинама осигураног лица. Према параграфу 162. ако је старост осигураника нетачно назначена, обавеза осигурања

(12) Е. R. Prölss, наведено дело, страна 147.

(13) У Закону о уговору о осигурању од 1908. посебно су регулисани још и: услови за остварење права на одустанак од уговора због изостанка пријаве неке околности на основу усмено постављених питања (параграф 18); право на одустанак од уговора закљученог преко пуномоћника (параграф 19); питање одустанка од уговора после настанка осигураног случаја, када околност, у погледу које је обавеза пријаве повређена, није имала никакав утицај на настанак осигураног случаја и на обим накнаде (параграф 21); питање одустанка од уговора у случају када је уговарач осигурања или неко треће лице преузело неку радњу без пристанка осигурача на предмету осигурања којом се утиче на обим ризика покривених осигурањем (параграф 23, 24, 25 став 1); обавезу осигурача на накнаду из осигурања и поред повреде дужности при закључењу уговора на пријаву околности односно преузимање радњи на предмету осигурања којима се утиче на тежину ризика (параграф 25, став 2. и 3, 26); питање обавезе на накнаду из осигурања код повреде дужности пријаве околности после закључења уговора (осигурачу су биле познате околности, осигурач је пропустио рок за одустанак од уговора, повећање опасности није имало никаквог утицаја на настанак осигураног случаја и на обим накнаде из осигурања (параграф 29); повећање ризика које је настало у време између стављања и прихватања понуде осигурања настало услед преузимања радњи на предмету осигурања којима се повећава ризик или независно од тога за које осигурач није знао (параграф 292. у вези са параграфом 23—29); дејство одустанка, отказа уговора о осигурању и ослобађање од обавезе накнаде с обзиром на један део предмета осигурања (параграф 30); питање премије након одустанка, отказа односно оспоравања исплате накнаде из осигурања насталих као последица повреде обавезе пријаве околности односно због повећања опасности које прети предмету осигурања (параграф 40).

(14) У Закону о уговору о осигурању СР Немачке и њему идентичном Закону о уговору о осигурању Аустрије (Одељак II: Дужност пријаве; повећање ризика" параграфи 16—34/а) примећује се да се овлашћење осигурача настало због пропуштања обавезе пријављивања околности при закључењу уговора означава појмом „одустанак од уговора", док се то исто право због повреде дужности после закључења уговора третира као „отказ". Ми се нећемо упуштати у питање правне природе последица пропуштања дужности пријављивања околности. То прелази оквири наше теме. Овде се само указује на то питање. Оно је свакако од утицаја на решавање међусобних права уговарача осигурања и осигурача након утврђивања стварних околности.

гурача се смањује у сразмери у којој стоји одговарајућа премија за стварну старост осигураника према уговореној премији. Право да се одустане од уговора због повреде обавезе пријављивања година старости осигураника припада осигурачу само онда када стварна спорост осигураника лежи изван граница које су утврђене условима осигурања ⁽¹⁵⁾.

Француско право. — Према артиклу 21. Закону о уговору о осигурању од 1930. године, *уговор о осигурању је ништав* ако прећутна или лажна пријава осигуранику познатих околности (при закључењу уговора или накнадно наступелих) мења садржину ризика или умањује интерес осигурача за осигурањем, чак и када је околност била без утицаја на штету.

Међутим, ако зла намера приликом пропуштања или нетачне пријаве околности није утврђена, не повлачи ништавост уговора о осигурању. Такав уговор, уколико је околност утврђена пре настанка сваке штете, осигурач има право или да *одржи* под условом да осигураник плати одговарајућу повећану премију или *раскине* десет дана после званичног обавештења учињеног осигуранику препорученим писмом, уз повраћај плаћене премије за време за које осигурање није текло. Ако је околност утврђена после настанка штете, накдана из осигурања се смањује у сразмери износа плаћене премије и премије која би требало да је плаћена (артикул 22) ⁽¹⁶⁾.

У осигурању живота, међутим, заблуда о годинама осигураника без обзира на начин настанка повлачи ништавост уговора о осигурању само ако су стварне године осигураника изван граница максимума и минимума утврђених тарифом осигурања. У сваком другом случају уговор је пуноважан. Осигурач има право једино уколико је плаћена премија нижа од оне која би морала бити исплаћена, с обзиром на године осигураника, да износ или осигурану ренту смањи у сразмери између примљене премије и оне која би одговарала стварним годинама осигураника. Супротно, ако је услед заблуде о годинама осигураника премија сувише високо плаћена, осигуравач је дужан да врати део премије (артикул 81).

Француском праву, у осигурању живота, није познато дејство пропуштања дужности на пријављивање околности од утицаја на тежину ризика који наступи после закључења уговора о осигурању ⁽¹⁷⁾.

Италијанско право. — Прећуткивање уговарача и нетачна изјава у погледу таквих околности због којих осигурач не би дао пристанак да је знао право стање ствари, разлог су за *поништење уговора*, када је уговарач осигурања поступао злонамерно или с грубом непажњом. Право да захтева поништење уговора осигурач губи ако у року од три месеца од дана сазнања за прећуткивање или нетачност изјаве, не изјави уговарачу

(15) Одредбе параграфа 16. и 17. се у немачком праву сматрају полупринудним пошто не важе за текуће и за транспортно осигурање робе (*E. R. Prölss*, наведено дело, стр. 137).

(16) Одредбе арт. 21. и 22. примењују се на сва осигурања регулисана Законом од 1930. изузев изузетка предвиђеног у осигурању живота артиклом 81. (*L. Sicot, H. Margeat, Précis de la Loi sur le contrat d'assurance, Paris 1962*, стр. 143).

(17) *L. Sicot, H. Margeat*, наведено дело, стр. 349.

да има намеру да нападне уговор (члан 1892, ст. 1, и 2. Италијанског грађанског законика из 1942. године) ⁽¹⁸⁾.

Ако након закључења уговора наступе промене које повећавају ризик на тај начин, да осигурач не би пристао на осигурање или би пристао али уз већу премију да је ново стање ствари постојало и било му познато у тренутку закључења уговора, осигурач може одустати од уговора у року од месец дана од дана у коме је примио саопштење или на који други начин сазнао за повећање ризика, обавештавајући писмено осигураника о одустанку. Одустајак има дејство после 15 дана ако је повећање ризика такво да би због промена околности од утицаја на тежину ризика била тражена већа премија. Одустајање, међутим, дејствује без одлагања ако је повећање ризика такво да осигурач не би пристао на осигурање ⁽¹⁹⁾.

Осигурач није дужан да накнади штету ако ризик наступи пре истека рока за саопштење о одустанку и за дејство одустајања, када је повећање ризика такво да осигурач не би пристао на осигурање да су околности које утичу на повећање ризика постојале у тренутку закључења уговора. Ако то није случај, накнада из осигурања се смањује у сразмери између износа плаћене премије и оне која би била утврђена да је већи ризик постојао у време закључења уговора о осигурању (члан 1898. став 1, 2, 3. и 5).

Неки ставови правне науке. — У *домаћој литератури* се заузима став да је уговор о осигурању *ништав* ако је уговорилац осигурања злонамерно прећутао или злонамерно учинио нетачну пријаву неке околности, од значаја за оцену ризика, те услед тога ризик изгледа другачији или мањи. Међутим, према том схватању, ако уговорилац осигурања није злонамерно учинио нетачну пријаву или није злонамерно прећутао неку околност од значаја за оцену ризика, осигурач је овлашћен да по свом избору, у одређеном року од сазнања за нетачност или непотпуност пријаве, изјави да *раскида уговор или предложи повећање премије*, с тим да уколико уговорилац осигурања не прихвати такав предлог, уговор се, *eo ipso*, раскида истеком одређеног рока који се рачуна од пријема предлога за повећање премије.

Промена ризика (поступком уговориоца осигурања или без његовог учешћа) које је такво да осигурач не би закључио уговор да су околности које утичу на повећање ризика постојале у тренутку закључења уговора или би закључио једино уз већу премију, овлашћује осигурача да *предложи нову стопу премије осигурања или да раскине уговор*. Право на раскид уговора се гаси и осигурач се не може користити овлашћењем да предложи већу стопу премије, ако једно од овлашћења које му припада не

(18) Осигурач има право на све премије које се односе за период осигурања који је у току у време у коме је затражио поништење уговора, с тим да му у сваком случају припада право на уговорену премију за прву годину осигурања. У случају да осигурани случај наступи пре истека рока од три месеца од дана у коме је осигурач сазнао за нетачност изјаве или прећутану околност, није дужан да плати осигуралу суму (члан 1892. став 3).

(19) Осигурачу припадају премије које се односе на осигурање које је у току у време у коме је дата изјава о одустанку од уговора (члан 1898. став 4).

употреби у одређеном року од сазнања за околности које утичу на повећање ризика ⁽²⁰⁾.

III. *Дејство непријављивања околности у правном систему у коме је осигурање делатност од посебног друштвеног интереса.* — Када се пође од критеријума да је осигурање делатност од посебног друштвеног интереса зато што друштво жели да у тим пословима обезбеди одређени утицај непосредно заинтересованих за делатност осигурања због саме природе послова осигурања и могућности да код послова осигурања дођу у раскорак интереси који се заштићују пословима осигурања у односу на комерцијалне интересе осигуравајућих завода, онда се утврђује да се таквим одредбама врши заштита интереса оних субјеката који ступају у правне односе са осигуравајућим заводима ⁽²¹⁾ ⁽²²⁾ ⁽²³⁾. Зато је и чланом 10, став 2. Основног закона и предвиђено да је осигуравајући завод дужан да прихвати понуду за закључивање уговора о осигурању под условима под којима врши односну врсту осигурања.

Међутим, прописивање услова за рад привредних организација чија делатност од посебног друштвеног интереса не значи да ове организације не уживају исту правну заштиту и да се у односу на њих код понашања трећих лица одступа од општих правила која важе за пословање свих привредних организација у робном промету. Ако је ограничен статус привредних организација чији је предмет пословања делатност од посебног друштвеног интереса, тиме што су одређени (поједини) услови пословања тих

(20) Проф. др М. Константиновић, Облигационо право, Скица за Закон о облигацијама, Београд 1969. члан 886, 887, 892. Скицом су дата решења и у погледу права осигурача на премију, као и посебне одредбе код закључивања уговора преко трећих лица и неки други случајеви губитка права на коришћење овлашћењима на раскид односно повећање премије (чл. 388. и 889).

(21) Члан 1. став 1, 15, 27, 39. и 58. Основног закона нпр. дају се посебне одредбе везане за карактер осигурања као делатности од посебног друштвеног интереса односно спроводи посебан друштвени интерес у пословима осигурања.

(22) Разлог томе је свакако што код вршења делатности од посебног друштвеног интереса „индивидуални интерес налази своје задовољење у формама које му је наметнуло друштво“ (проф. др В. Иванчић, О могућностима обавезноправних односа друштвених правних субјеката као носилаца делатности од нарочитог друштвеног интереса, реферат са саветовања „Саджина Законика о облигацијама као дела Цивилног кодекса“ стр. 27, издање Института за упоредно право, Београд.

(23) Посебности које проистичу из карактера осигурања као делатности од посебног друштвеног интереса које се тичу одступања од општих решења правног положаја привредних организација чији послови нису од посебног друштвеног интереса, тичу се одређивања посебних услова за оснивање (члан 29. и 40. Основног закона као услов за оснивање осигуравајућих завода односно завода за реосигурање предвиђа обезбеђење почетних резерви сигурности и испуњење других савезним законом прописаних услова), допашења одређених самоуправних аката уз учешће представника заинтересованих организација (члана 48. Основног закона у надлежности скупштине завода коју сачињавају и представници осигураника ј оснивача улази доношење статута, изузев у делу којим се регулишу самоуправни права радне заједнице) итд.

Међутим, категорија посебног друштвеног интереса у делатности осигурања означава и специфична решења којима се одступа од општег система управљања привредним организацијама. Тако у управљању осигуравајућег завода учествују представници осигураника и осигуравача (в. члан 44—46. Основног закона).

Изложена решења правног положаја и управљања осигуравајућим заводима нису од утицаја за наша разматрања. Због тога нису (нпр. у отеску II. рада) посебно разматрана.

Ближе разјашњење неких појмова везаних за карактер делатности од посебног друштвеног интереса видети у чланку проф. др В. Јовановића, Специфичности самоуправних аката радних организација чији су поједини послови или делатности од посебног друштвеног интереса.

организација под којима су оне обавезне да врше пословање, то не значи да општа правна правила у односу на пословање са тим организацијама не остају на снази.

Опште узансе за промет робом. — Одредба Основног закона по коме је осигурач дужан да прихвати понуду за закључење уговора о осигурању под условима под којима врши односну врсту осигурања, не значи обавезу осигурача да остане при уговору при чијем је закључењу уговарач осигурања прећутао или нетачно приказао околност која би била од утицаја на оцену тежине ризика. Промет је заштићен правом само уколико се одвија у духу са начелом поштења и савесности. То је изричити пропис који се примењује у свим пословима робног промета у који спада и уговор о осигурању (узанса број 3. у вези са узансом број 1. Општих узанси).

Последица нелојалности уговарача осигурања, према томе, мора бити ништавост уговора о осигурању. То је усталом и био разлог формирања општег института о ништавим и рушљивим правним пословима чији елементи се налазе и у садржини института из узансе број 3. Општих узанси за промет робом и одговара изложеном понашању уговарача осигурања при закључењу уговора.

Међутим, приметимо одмах да се изложеним решава само ситуација у којој је уговарач осигурања крив због пропуштања дужности пријављивања.

Правна правила. — Примена правних правила пре свега захтева да се поставе и одреде критеријуми на основу којих би се утврдио однос осигурача према понуди за закључење уговора. Тек на основу тога се може одредити да ли је околност за оцену ризика тако важна да би према своме значају могла бити од утицаја на прихват осигурања.

За одређивање да ли је околност према своме значају тако важна да би могла бити од утицаја на прихват осигурања, меродавно је једино да ли се према условима (и тарифама) осигурања један ризик покрива осигурањем и под околностима под којима осигурач није имао сазнања у време закључења уговора.

Према томе, може се рећи да се околност за коју осигурач није знао у моменту закључивања уговора сматра важном, ако према тачним подацима о околностима од значаја за оцену тежине ризика осигурач према условима осигурања не прихвата такво осигурање (предмет осигурања није могао бити осигуран од ризика који му прете). Таква околност, пошто је према своме значају од утицаја на прихват осигурања чини да се уговор о осигурању, при чијем закључењу осигурач за њу није знао сматра ништавим.

Овим се враћамо, међутим, на полазну основу наших разматрања везану за одређивање услова пословања осигуравајућих завода тј. члан 10, став 2. Основног закона.

То значи да (*a contrario*) ако се према тачним подацима о околностима које утичу на тежину ризика такав ризик покрива осигурањем — осигурач према условима (и тарифама премија) прихвата осигурање ризика — и под околностима за које није, знао онда би се имало сматрати да околност која је прећутана или је нетачно приказана, није према своме значају од утицаја на прихват осигурања. Такав уговор се не би сматрао ништавим.

Осигурачу би једино остало право да од уговарача осигурања захтева исплату премије која одговара тежини ризика који прети предмету осигурања.

Међутим, у одсуству систематског тумачења одредбе члана 10, став 2. Основног закона, код правних ситуација у којима осигурач није знао за околности које су од утицаја на тежину ризика који прети предмету осигурања, немају се у виду начела под којима се одвија правни промет. Неопходно је за то понашање уговарача осигурања диференцирати на ситуацију у којој је злонамерно прећутао или злонамерно учинио нетачну пријаву неке околности од случаја у коме уговарач осигурања није учинио злонамерно нетачну пријаву или злонамерно прећутао неку околност. У случају, у коме ризик изгледа другачији или мањи због тога што је уговарач осигурања прећутао или учинио нетачну пријаву, без свести која се може квалификовати као зла намера, чини се да би одговарало одредбама, по којима је осигурање делатност од посебног друштвеног интереса, и атхезионом карактеру уговора о осигурању да се уговор о осигурању сматра пуноважним уколико према тачним подацима о тим околностима осигурач врши односну врсту осигурања.

Чињеница је да би самом промету одговарало решење по коме уговор остаје на снази и у случају постојања околности које нису биле познате осигурачу а од значаја су за оцену тежине ризика, ако осигурач прихвата у осигурање предмет осигурања према општим или посебним условима.

Изложеним ставовима би се свакако могло приговорити да успоравају промет доказивањем степена кривице уговарача осигурања. Тежина утврђивања појединих правних чињеница, не може бити разлог за отклањање и одступање од решења која одговарају основним начелима под којима се промет обавља. Став који тежину доказивања супротставља дејству пропуштања дужности пријављивања околности од утицаја на оцену тежине ризика на уговор о осигурању био би противан низу правних института који су уведени управо као резултат начела (основних) под којима се промет одвија (на пример општем институту о рушливости и ништавости правних послова), па тиме и позитивном праву у целини.

Постоји, међутим, један значајнији аргуменат који доводи у питање исправност става о дејству непријављивања околности од значаја за оцену тежине ризика на пуноважност уговора до којег је дошло као последица свести и воље уговарача осигурања која се може квалификовати као непажња (немарност и нехат). Основан је приговор да се не води рачуна о начелима под којима се одвија правни промет, прихватањем става по коме је уговор о осигурању пуноважан уколико према тачним подацима о околностима које утичу на оцену тежине ризика осигурач врши односну врсту осигурања. Начелу предвиђеном узансом 3. Општих узанси одговара да се сваки уговор о осигурању при коме је постојала свест уговарача осигурања о околностима од утицаја на оцену тежине ризика сматра ништавим. Према томе, свако понашање уговарача које му се може приписати у кривицу било би оправдано да има за последицу ништавост уговора. Изложени став одговара и институту одговорности субјеката у пословима робног промета.

De lege ferenda, решења која треба прихватити у предстојећој кодификацији могу указати на оправданост сасвим других од изложених правних последица. Међутим, то није предмет овог рада. Решења Општих узанси и правних правила, сама за себе, или међусобно се допуњавајући, указују да карактер посебног друштвеног интереса у вршењу послова осигурања не захтева измену постојећих одредаба које регулишу материју правних последица пропуштања дужности пријављивања околности од утицаја на тежину ризика. Ово посебно треба имати у виду код осигурања кредита и неких транспортних осигурања где је чланом 134. Основног закона одређено да се на та осигурања не примењују одредбе члана 10, став 2. Видели смо, међутим, да је примена правних правила могућа у ограниченом обиму. Правна правила прво, не воде рачуна о степену кривице уговарача осигурања, што је противно узанси 3. Општих узанси и друго, дају само нека решења питања дејства пропуштања дужности пријављивања.

Правна правила, као ни поједини услови осигурања домаћих осигуравајућих завода, и уколико регулишу питање правних последица пропуштања дужности пријављивања околности, не праве разлику у правним последицама према томе како је дошло до пропуштања дужности пријављивања (кривицом или без кривице уговарача осигурања), времену у коме је околност наступила, нити дају правила за ситуацију у којој се; према тачним подацима о околностима од значаја за оцену тежине ризика, утврђује да премија треба да буде мања (изузев Општих правила за осигурање имовине) и имају низ других слабости, као што су различита решења правне природе последица пропуштања дужности пријављивања околности, од ког питања може да зависи и питање накнаде штете односно повраћаја премије, рокова за примену правних последица односно овлашћења која се дају осигурачу, одређивања околности чије непријављивање повлачи правне последице итд. ⁽²⁴⁾.

Теорија о позитивним повредама уговора примењена на извршење обавезе пријављивања околности, с обзиром на своју апстрактност, има исте недостатке као и примена правних правила и поједини услови осигурања, пошто на идентичан начин репшава питање правних последица пропуштања дужности пријављивања околности независно од тога како је дошло до пропуштања, времена у коме су околности наступиле, као и шта доводи до примене правних последица пропуштањем дужности пријављивања било које околности од утицаја на оцену тежине ризика, јер је према својој природи свака околност тако битна за уговор да осигурач не би закључио уговор да је за њу знао, ако не другачије онда под условима под којима је уговор сачињен. Према теорији о позитивним повредама уговора то је већ довољно да се уговор сматра ништавим.

Треба, међутим, очекивати (до доношења одговарајућих законских текстова) у правној пракси и да ће општа правила за осигурање имовине односно живота извршити одређени утицај на еволуцију схватања о дејству околности од значаја за оцену тежине ризика и на уговоре о осигурању кредита и транспортних осигурања односно осигурања од незгоде у ситуацији у којој се на основу одредаба члана 4. Закона о неважности

(24) Упоредити са примедбом 13.

правних прописа постави питање примене правних правила Хрватског трговачког законика и њиховог односа са одредбама Општих узанси и постави питање садржине појма посебног друштвеног интереса који није нигде дефинисан.

Имајући, поред чињенице да правна правила и услови осигурања нису у супротности са чланом 3. и 10, став 2. Основног закона, изложено у виду, онда је природно да ће питање дејства пропуштања дужности пријављивања бити решавањем од случаја до случаја применом решења из општих услова осигурања, правних правила и да ће на уговор о осигурању када општи услови односно групе (врсте) осигурања не садрже све одредбе о правилним последицама пропуштања дужности пријављивања околности, вршити одређени утицај одредбе члана 3. и 10, став 2, упоредно право и „правна правила”.⁽²⁵⁾ Генерално, то ће имати за последицу казуистичко решавање последица пропуштања дужности пријављивања околности.

Разуме се да ће се услед тога у судској пракси поставити и питање друштвене оправданости већ усвојених решења општим условима осигурања (и правним правилима). То ће имати свакако својих реперкусија на правну сигурност и судској пракси дати карактер извора права са свим својим познатим обавезним негативним последицама⁽²⁶⁾.

Др Јован Славнић

РЕЗЮМЕ

Умолчание обстоятельств, имеющих значение для определения размера риска

В статье автор рассматривает точку зрения, по которой система югославского страхования, принятая в 1968 году, после вступления в силу Основного закона о страховании и страховых организациях поднимает вопрос возможного пересмотра договоров, заключенных в соответствии с правовыми положениями, ранее действовавшими на территории Югославии и с условиями страхования, регламентировавшими правовые последствия, наступавшие вследствие того, что страхователь умолчал об обстоятельствах, имеющих значение для определения размера риска в договоре страхования (напр. право расторжения договора или же отклонения уплаты страховой суммы из занедействительности подобного договора).

Нормы, которые ставят на обсуждение проблема пересмотра заключенных договоров, являются нормой, по которой страхование рассматривается деятельностью, имеющей особое общественное значение (ч. 2 ст. 3) и положением, по которому страхование, как вид деятельности особого общественного значения, получает специфичное решение статуса страховых организаций, обязывая их принимать любое предложение о заключении договора страхования на условиях, на которых осуществляется такого рода страхование (ч. 2 ст. 10).

(25) Под овим треба разумети честу појаву да се сопствени ставови у тзв. слободном стварању норми квалификују као правно правило.

(26) Ближе о улози судске праксе и разрешавању спорних односа из уговора о осигурању видети наш чланак: „Дејство на правну сигурност осигуравача позитивно-правног система регулисања уговора о осигурању”, Правни живот број 7—8/1969.

Анализирају начала правове системе, в првуу очереу начала, заложенне в Обще условия товарообращения и сравнивая оба начала с принятыми санкциями за неуказание с точностью обстоятельств, имеющих значение для размера риска, автор утверждает, что обстоятельство принятия заявки на заключение договора страхования не означает и обязанность страховой организации придерживаться договора в случаях, когда страхователь умолчал или неверно определил обстоятельства, влияющие на размер риска, возмещаемого страховым обеспечением.

SUMMARY

Failure to Report Circumstances for Assessing Weight of Risk

The author is considering the standpoint according to which the Yugoslav insurance system, established in 1968 by the Basic Law of Insurance and Insuring Organizations, poses the question of an eventual revision of the solutions sanctioned by the legal rules applied from the regulations formerly valid in the territory of Yugoslavia, and conditions of insurance regulating the matter of legal consequences in case the insuree fails to report consequences important for assessing the weight of risk for the insurance contract (i.e. the right to break contract of refuse payment of compensation owing to invalidity of such a contract). The norms raising the problem of the revision of adopted propositions are the norm according to which insurance is an activity of special social interest (Article 3, para 2) and the provision under which the category of insurance is an activity of special interest and consequently, insurance institutes are given a specific status committing them to accept any offer for insurance contract under conditions valid for the respective kind of insurance (Article 10, para 2).

By analyzing the principles of the legal system, first of all the principles contained in the General usances for Commodity Trade and comparing these principles with the adopted sanctions for failure to report circumstances bearing on the weight of risk, the author proves that the obligation resulting from the offer to make an insurance contract does not imply obligation of the insurance institution to stick to the contract under which the party contracting insurance kept secret or gave a false statement of the circumstances bearing on the weight of the risk covered by insurance.

RÉSUMÉ

Omission de faire la déclaration exacte des circonstances pour l'estimation de la gravité des risques

Dans cet article l'auteur examine le point de vue selon lequel le système d'assurance yougoslave, — introduit en 1968 par l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale sur les assurances et les organisations d'assurance, — pose la question de la révision éventuelle des décisions adoptées par les règles de droit qui sont appliquées en vertu des prescriptions qui étaient auparavant en vigueur sur le territoire de la Yougoslavie et les conditions d'assurance, qui règlent la matière des conséquences juridiques de l'omission du devoir de l'assuré de déclarer les circonstances qui présentent de l'importance pour

l'estimation de la gravité des risques sur le contrat d'assurance (par exemple, le droit de résilier le contrat ou de refuser le paiement de l'indemnité à cause de la nullité d'un tel contrat). Les normes que pose le problème de la révision des décisions adoptées sont la norme selon laquelle l'assurance est une activité d'un intérêt social particulier (article 3, deuxième alinéa) et la disposition qui caractérise la catégorie d'assurance en tant qu'activité d'un intérêt social particulier par la décision spécifique du statut des établissements d'assurance en les obligeant d'accepter chaque offre pour la conclusion du contrat d'assurance d'après les conditions dans lesquelles ils appliquent la catégorie d'assurance correspondante (article 10, deuxième alinéa).

En analysant les principes du système juridique, en premier lieu les principes contenus dans les Usances générales pour le trafic des marchandises et en comparant ces principes avec les sanctions adoptées pour l'omission de l'obligation de déclarer les circonstances qui influent sur la gravité des risques, l'auteur a démontré que l'obligation d'accepter l'offre pour la conclusion du contrat ne signifie pas aussi que l'établissement d'assurance est tenu d'observer le contrat en cas que la partie contractante a passé sous silence ou si elle a inexactement présenté les circonstances qui influent sur la gravité des risques qui sont couverts par l'assurance.

НЕКОЛИКО НАПОМЕНА О ПОЈМУ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА

У првој половини овога столећа појам злоупотребе права је био предмет бројних расправа правника — научника и практичара. Различита гледишта о његовој садржини у правној науци и различита одређења у правним актима представљају једним делом израз методолошких тешкоћа при тражењу решења да се теоријски уобличи и правно регулише сложеност својстава, односа и понашања људи. Тешкоће условљене сложеностју наведених друштвених елемената поставиле су пред правну науку и технику две основне дилеме:

прву — да ли је или није оправдано и могуће, научно и правнотехнички „признати“ злоупотребу права ⁽¹⁾,

другу — ако се „призна“ постојање овог елемента у праву и појма у науци, поставило се питање шта је злоупотреба права:

или је вршење овлашћења са намером да се другом субјекту нанесе штета, односно, намерно онемогући остваривање субјективног права другог субјекта — како злоупотребу права одређују присталице субјективне теорије ⁽²⁾;

или је свако вршење правног овлашћења којим се наноси штета или онемогућава остваривање права другог субјекта, без обзира да ли је или није вршилац овлашћења имао намеру да изазове наведену последицу — како злоупотребу права одређују присталице објективне теорије ⁽³⁾.

1. Опредељење за или против злоупотребе права заснивало се на претходном разјашњењу низа истих питања. У оквиру правне науке одговор је зависио од одређења садржине појма права, односно субјективног права.

(1) Теоретичари који негирају постојање злоупотребе права истичу да је овај појам немогуће логички прихватити. Поред тога већина аутора скреће пажњу на опасност од појачане улоге судске власти у случају прихватања теорије злоупотребе права. Видети детаљније о овим ставовима и ауторима: докторска дисертација Нинка Перића, Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство, Београд, 1912, стр. 46—66; др М. Константиновић, Забрана злоупотребе права и социјализација права, Архив за правне и друштвене науке, број 3/1925. год. стр. 177—179; М. Марковић, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Paris, 1936, стр. 171—185.

(2) Др Р. Луклић, Теорија државе и права, II књига, Београд, 1958. г. стр. 165—167; Н. Перић, исто стр. 22—28; др Б. Спаић, Основи грађанског права, Сарајево, 1957, стр. 307.

(3) Поред ставова присталица објективне теорије треба поменути и „теорију конфликта права“ о којој говори Н. Перић. Ова теорија тежи да измири присталице и противнике злоупотребе права, за коју аутор сматра да је једна варијанта објективне теорије — исто стр. 63—66. Видети и чланак др М. Вуковић, Злоупотреба субјективних права, Зборник Правног факултета у Загребу, 1953. г. стр. 44.

Полазни основи теоријских разматрања на основу којих се одлучно одбацивала или пак признавала злоупотреба права, као и дефиниције злоупотребе или пак признавала злоупотреба права, као и дефиниције злоупотребе из њих настале, биле су веома различите и у крајњој линији условљене филозофским концептима њихових аутора. У оквиру правне технике, тј. у процесу стварања, тумачења и примене правних норми, опредељење је све више било за признавање злоупотребе права, односно забране злоупотребе. Без обзира што су грађански законици садржали изричите одредбе којим се афирмисало познато начело римског права *qui suo iure utitur neminem laedit* као нпр. Српски грађански законик и *Code civil*, судска пракса тих земаља је, одређујући границе субјективних права при решавању спорова, полазила од правне једнакости свих људи и на тај начин постепено уводила забрану злоупотребе права.

Када се данас читају одредбе Српског грађанског законика или *Code civil*-а, чини се да се не може да постави спорном забрана злоупотребе права. Очигледност овог става за нас је неоспорна, поготову неопозиви су аргументи у том смислу које је још 1912. године наводио Н. Перић ⁽⁴⁾. Овај став је очигледнији када се његова изванредна егзегаза смисаоно повеже са одредбама § 2. Увода, у коме се као опште начело поставља да „У Законику овом прописани су закони грађански као *постојана правила ради правде и правиче*, која се од свакога Србина према брату своје Србину у *узајамним својим посебним правима и дужностима изискује*” ⁽⁵⁾.

Како каже професор Родьер (*Rodière*) и у француском праву „данас су се духови свикли на мисао да вршење неког права не може бити оправдање за сваки став. Појам злоупотребе права стекао је право грађанства међу правницима” ⁽⁶⁾.

Данас је занимљиво разматрање појма злоупотребе права и са становишта науке и са становишта правне технике. Развојем друштва и социјализацијом права ⁽⁷⁾, забрана злоупотребе права је постала опште прихваћени елеменат за одређивање садржине субјективних права, а можда и начело ⁽⁸⁾, односно принцип правног система. Зато се може рећи да данас

(4) Н. Перић се опредељује за „гледниште ових правника, по којима је према Српском грађанском законнику забрањено вршити права једино у циљу да се други оштети”. Доказујући да ово становиште произилази „на основу духа” као и на основу текста грађанског законика, аутор констатује да „Овакво наше тумачење мора се дозволити јер се види колико је захтев да се спречи вршење права само у циљу наношења штете другима, захтев напосредом моралне свести пошто су га наши правници признали као један принцип, јачи и виши и од самог закона тако да га ни сам закон не може уништити”, стр. 130—134. Овај став је настао као резултат тумачења § 806, у вези са садржином параграфа 27, 31 и 800.

(5) Видети § 2. Српског грађанског законика, IX издање, 1907, подвукла Б. Јојић.

(6) *René Rodière*, Злоупотреба права, Анали Правног факултета у Београду, број 1—2/1960. год. стр. 1.

(7) Видети расправу др А. Гамса, Социјализација права, Зборник Правног факултета у Загребу, 1968, год. стр. 340—354.

(8) У овом раду ће се учинити покушај да се појмовно и терминолошки прецизније одреди злоупотреба права у правном систему постављањем питања: да ли је забрана злоупотребе субјективних права посебно начело правног система или елеменат који прецизније одређује садржину начела правне једнакости и субјективних права. Реч начело употребљена се у значењу које одређује професор Лукић за општа начела као „апстрактне норме изведене из низа мање апстрактних норми које важе за читав низ случајева обухваћених нижим нормама”. Теорија државе и права, књига II, Београд, 1958, стр. 255.

углавном не постоји дилема да ли признати или не признати забрану злоупотребе права. Међутим, још увек није лако прецизирати њен појам у науци, ни означити одредбама правних аката понашања која она обухвата. У односу на почетак нашег столећа данас је то много лакше и постоје одређене предности за теоријско разматрање и за њено правно регулисање.

Прва предност је резултат афирмације социолошког метода у правној науци. То је сазнање и полазни став да није могуће дати потпуне и коначно уобличене појмове у систему правне науке, те, према томе, ни решења за друштвене односе са становишта правне технике, тј. у процесу стварања, тумачења и примене правних норми. Ова немогућност је фактички условљена, она је последица стварности друштва, сложености и испреплетености друштвених односа, својства и понашања људи које право треба да регулише и усклади. Противречни елементи и елементи јединства који постоје истовремено у свакој друштвеној заједници и сталне промене треба правно да се обликују и означе одговарајућим средствима — техничке тешкоће правног регулисања друштвених односа и методолошке тешкоће научног сазнања, последице су наведеног несклада друштвених елемената које право регулише, а правна наука изучава као предмет. Јер, постојање разлика у положају и интересима између појединаца и друштвених група у неким не искључује могућност истовременог постојања чинилаца који утичу на истоветност положаја и интереса тих појединаца и група у другим областима друштвеног живота. Зато усклађеност садржине и обима субјективних права са начелима објективног права, пре свега начелом правне једнакости, представља израз тражења решења за постојећи несклад у друштвеној стварности. Сазнање о постојању поменутог несклада посебно је значајно, како при одређивању и регулисању субјективних права и начела правног система, тако и при њиховом појмовном и теоријском уобличавању у правној науци.

Друга предност је усавршавање поступка сазнавања права, тј. усавршавање правног метода и правне технике. У првој половини нашег столећа, промене извршене у области имовинских и других друштвених односа јасно су показале да исти правни облици обухватају различите друштвене садржаје. Садржина и обим субјективних права неодвојиви су од начела правних система и облици сазнања правне науке, који су изражавали промене друштвених елемената нису могли да остану непромењени у традиционалном теоријском оквиру. „Појављује” се појам злоупотребе права чији су неки елементи и раније постојали. Међутим, новонастали односи и потреба за новим правним решењима тешко су се усаглашавали са традиционалним системом појмова правне науке ⁽⁹⁾.

2. Без обзира да ли је са становишта правне науке могуће набројати мерила којим би се прецизније поставила разлика између начела социјали-

(9) Вредна је пажње опаска С. Живадиновића о теорији злоупотребе права и теорији социјалне функције својине да „истичу трансформисање својине од *Code Civil*-а на овамо” као и констатација да „Обе су теорије свакако независне. Често се дешава да присталице једне не признају другу. Сам Диги (*Dugui*) био је противник теорије злоупотребе права. Док, с друге стране Жосеран (*Josserand*), један од творца ове теорије, сматра да теорија о социјалној функцији својине, онако како је изражена код Диги, лежи на метофизичкој основи.” — Право располагања и својина, Београд, 1938 стр. 11.

стичког и буржоаског права, нарочито што се тиче садржине субјективних права и њихове заштите, може се рећи да се данас у свим правним системима злоупотреба права не може негирати као понашање које се често појављује у реалним односима субјекта. С друге стране, забрана злоупотребе права појављује се као оправдан захтев за одређивањем садржине субјективних права, односно постављањем границе између остваривања или вршења субјективних права и деликта. Основаност напред наведене поставке јасно долази до изражаја ако се забрана злоупотребе права покуша одредити као нова појава настала на крају прошлог, односно почетком нашега столећа, не улазећи у доказивање да ли ју је познавало и римско право ⁽¹⁰⁾. Њено појмовно одређивање је неодвојиво од садржине субјективних права и правне једнакости, било да се забрана злоупотребе означава као посебан појам и елеменат права или да се „разложи” у садржини субјективних права и правне једнакости.

Место у структури грађанских законика и садржина одредби које одређују забрану злоупотребе права показују да и данас постоји низ тешкоћа у њеном одређивању. Разлике гледишта у науци о овоме појму и полемике настале тим поводом дале су значајан допринос развоју правне технике, посебно тумачења правних норми. Исто тако, ове расправе имале су значај и за развој опште теорије права. Сазнања која изражава и означава појам злоупотребе права имају посебан значај за прецизирање његових других елемената, за потпуније појмовно одређивање општег појма права. Овим прецизирањем очигледније долази до изражаја процес стварања и примене права као делатност одређених државних органа којом се, с једне стране, изражава веза права и државе. С друге стране, овим се показује најнепосреднији утицај владајућих снага на друштвени живот човека и заједница у којој он живи.

Имајући у виду значај систематизације појмова може се уочити зашто се мора водити рачуна о научном одређивању и одговарајућем терминолошком означавању појма злоупотребе права. Јер, појам злоупотребе права, поред наведеног, има посебног значаја за одређивање појма правне једнакости, и у непосредној вези са тим, појма законитости и правне одговорности.

Поред значаја за теоријско одређење наведених појмова везаних за субјективитет човека и других субјеката права и за одређење начела правног система и државне организације, опредељење за или прогив признања злоупотребе права имало је значаја са становишта праксе. Другим речима то није било само методолошко питање значајно за систематизацију појмова у правној науци. Значај овог опредељења је суштинске природе, јер стваралац права садржином норми изражава идејну и политичку оријентацију владајућих снага у датом друштву, што непосредно има утицаја на регулисање положаја и улоге човека у друштву.

Зато и данас расправе научника о злоупотреби права, вођене у првој половини нашег столећа, представљају још увек омњену литературу сва-

(10) У напред наведеном чланку проф. М. Константиновић каже: „Римски правници били су далеко од тога, да у свакоме случају ослободе одговорности оног који вршиш неко своје право нанесе другоме штету. Сва историја римског права је ту да посведочи противно”. стр. 169. Исто гледиште заступа и Н. Перић у својој докторској тези, стр. 15—28.

ког правника — и практичара и истраживача. Ова литература је за практичара подстицај за теоријским сазнањем неопходним за учествовање у правном регулисању све сложенијег живота човека и друштва, чији су токови великим делом уоквирени правом. За истраживача то је ризница чија је највећа драгоценост очигледно сазнање да су системи права са својим елементима специфични изрази и симболи којим се означава живот човека и његових заједница у друштву, у датом историјском моменту. Како каже професор Родјер „Ако се са врхова чисте правне спекулације сиђе да би се, без предубеђења, осмотрила стварност која нас окружује, онаква каквом је праве, пресображавају, уређују пред нашим очима закони, а посебно законодавне манифестације привредног и социјалног дирижизма, видећемо како је та стара тема богата поукама, а ове са своје стране могу постати извор нових размисљања вишег степена“ (11).

3. Определеујући се за став да се не може негирати постојање злоупотребе права (12) чини се да је неопходно, пре свега, нагласити да је злоупотреба један од основних елемената који одређује садржину субјективних права. С обзиром на повезаност злоупотребе са садржином субјективних права и тиме са низом појмова, односно елемената и начела правног система, о чему је напред било речи, мора се покушати одговорити на ова питања:

Прво, да ли је злоупотреба као елеменат садржине субјективних права и посебно начело правног система?

Друго, да ли је као елеменат садржине субјективних права и елеменат начела правне једнакости?

Одговори на ова питања значајни су са становишта правне технике и правне науке. Они опредељују и одговарајуће терминолошко означавање, а затим, што није без значаја, и место овог елемента у систему права, односно појма у систему науке.

Ако се прихвати становиште да је злоупотреба права вршење правног овлашћења са последицама које онемогућују друге субјекте да остварују своја овлашћења — било како да се прецизира која понашања представљају злоупотребу — онда би било потребно усталиити и одговарајуће означавање: злоупотреба субјективних права (13). У том случају се поставља забрана злоупотребе субјективних права као битан елемент који одређује садржину и обим субјективних права и разграничава га од појма злоупотре-

(11) *René Rodière*, исто, страна 1.

(12) Професор А. Гамс издајући „вршење права“ констатује да је: „Учење о злоупотреби права продрло из теорије у новије грађанске законике“. Увод у Грађанско право, Општи део, Београд, 1967, стр. 275. Др А. Лазаревић констатује да је у нашој новој литератури општеприхваћен став о оправданости забране злоупотребе права. О злоупотреби права и њеном појму, Архив за правне и друштвене науке, број 1—2/1960, стр. 44—45.

(13) Професор Р. Лукић овако означава једну врсту злоупотребе правног овлашћења, постављајући разлику између злоупотребе субјективног права и злоупотребе надлежности. Чини се да овакво означавање најбоље одговара, мада је још увек недовољно прецизно када се има у виду велики број различитих овлашћења која означава овако одређен појам субјективног права. Увод у право, Београд, 1961, стр. 244—245. Илустрације ради, довољно је подсетити на разноврсност субјективних права у грађанском праву и тешкоће при њиховој класификацији. Видети др Славица Крнета, Законодавно регулисање заштите личних права с освртом на Скицз за Законик о облигацијама и уговорима, Правна мисао, Сарајево, број 1—2/1970, стр. 30—39. Назив злоупотреба субјективних права код проф. М. Вуковића у поменутом чланку.

требе власти, односно надлежности. Чини се, да на овај начин забрана злоупотребе права може да се третира као посебно начело које постоји поред начела правне једнакости.

Изгледа да не би имало оправдања за овако третирање злоупотребе субјективних права. Без обзира што је неопходно прецизирати садржину субјективних права овим додатним елементом — разграничењем злоупотребе од прекршаја и забраном злоупотребе субјективних права — нема основа прихватити становиште да је забрана злоупотребе субјективних права посебно начело правног система. Ма колико да су оправдани и неоспорни разлози за прихватање става да се призна постојање злоупотребе, да се забрани злоупотреба да би се могла сазнати што одређеније садржина субјективних права, ни у области грађанскоправних односа не би се смело прихватити друкчије становиште сем да је забрана злоупотребе субјективних права елемент правне једнакости као основног и општег начела правног система.

Признање забране злоупотребе субјективних права као посебног начела правног система противречило би схватању да је начело правне једнакости основ правног система још од буржоаских револуција. Оно је основ ⁽¹⁴⁾ субјективних права и делатности државне организације, јер начин формирања, односи и делатност државних органа регулише се у складу са захтевом да се обезбеди остваривање и заштита правне једнакости људи.

Мора се посебно нагласити да забрана злоупотребе субјективних права има посебног значаја за остваривање, а затим и за заштиту субјективних права. Разграничење остваривања од заштите је неопходно и фактички и теоријски. Остваривање субјективних права значило би вршење одговарајућих правних овлашћења које подразумева истовремено вршење одговарајућих обавеза одређених субјектата без интервенције државних органа. Под заштитом би се подразумевала ситуација када је већ или угрожено или повређено одређено субјективно право ⁽¹⁵⁾ одређеног субјекта, што условљава интервенцију државних органа.

Третман забране злоупотребе као елемента који обезбеђује остваривање и заштиту субјективних права има посебно значај са становишта остваривања правне једнакости. Забрана злоупотребе права представља постављање границе која прецизира садржину појединачних, субјективних права у односу између субјектата код „нормалног” вршења права. Увид у садржину и обим овлашћења није могућ без одређења злоупотребе и обавеза другог субјекта. Забраном злоупотребе поставља се „мера” односно обим овлашћења, а тим и његова садржина. Ова мера постављена прецизирањем границе субјективног права има значаја за државне органе који су надлежни за заштиту субјективних права ако су угрожена или повређена,

(14) Можда би се могао употребити и израз „принцип” у значењу које даје др С. Врачар. „Појам принципа има два значења: објективно које се своди на правилности и нужности структурирања целине (1), и субјективно које се своди на руководне идеје учесника у вршењу делатности повезивања или било које друге акције (2).” Три основна принципа државне организација. *Анали Правног факултета у Београду*, број 3—4, 1960. стр.

(15) Грађански законик Чехословачке од 1964. у § 4. предвиђа да „Против онога ко је угрозио или повредио право. . .” Професори Гамс и Спајлх употребљавају израз „вршење и заштита права”.

што фактички значи да се тим непосредно заштићује правна једнакост ⁽¹⁵⁾. Јер, обезбеђење остваривања и заштите субјективних права значи истовремено остваривање и заштиту правне једнакости, управо један вид њеног остварења.

Без детаљнијег разматрања односа начела правне једнакости и начела законитости може се констатовати да забрана злоупотребе субјективних права представља елеменат који има велики утицај на остваривање законитости у правном систему. Зато појам законитости, као уосталом и низ општих појмова теорије права, стоји у тесној вези са појмом правне једнакости. Било да се одреди у ужем значењу као захтев за складом нижих и виших правних аката, или као одговарајући начин рада државних органа, односно понашања, било да се анализира као начело правног поретка ⁽¹⁷⁾ којим се повезују његови остали елементи — законитост представља појам у науци, односно начело у правном систему и поретку које је неодојиво од правне једнакости. Може се рећи да и у науци и у правном систему ова два појма односно начела представљају својеврсну „симбиозу“. С обзиром на значај забране злоупотребе субјективних права за остваривање правне једнакости и однос овог према начелу законитости правног поретка, треба напоменути да забрана злоупотребе субјективних права представља и посебно значајан елеменат појма, односно начела законитости. Чини се да ово треба подвући, имајући у виду ставове неких теоретичара да је забрана злоупотребе субјективних права начело правног система, што се не може прихватити ако би се овако одредио појам правне једнакости и законитости.

Историјски посматрано, правна једнакост и законитост представљају начела правног система и државне организације којим се изразио захтев за новим односом друштва и државе, па према томе и положајем човека у друштву. Овај захтев настојала је да оствари буржоазија доласком на власт и стварањем нове демократске организације друштва. Велика тековина буржоаских револуција — ослобађање људи кметовске зависности и правна једнакост као њен правни израз — значе истовремено успостављање новог односа државе и друштва. Са становишта развоја институција и односа значајно је подсетити на једну општу појаву карактеристичну за развој друштва после буржоаских револуција: све већи број друштвених односа регулише право и на тај начин ти односи, па према томе и нормативна функција државе постаје све сложенија. Субјективна права су добила нове садржаје које право са новом техником регулише на истим

(16) На ову констатацију подстичу и два супротна гледишта изражена у полемици професора Лукића са професором Константиновићем. Професор Константиновић заступа гледиште да теорија злоупотребе права „не почива на факту друштвене солидарности, већ просто на факту коегзистенције људи и има за циљ да омогући вршење права свију индивидуа“. И даље: „Индивидуалистичком принципу не прети од ње никаква опасност“, стр. 182—183. наведеног чланка. Полемишући са овим ставом, професор Лукић наглашава да је солидарност друштвени основ злоупотребе права да „Она усклађује разна субјективна права крпећи од сваког помало да би се од сваког очувала битна суштина. Та функција се остварује путем нијансирања санкције злоупотребе права.“ О злоупотреби права (Њен друштвени основ и функција), Правна мисао, Београд, број 1—2/1941, стр. 32.

(17) Детаљније о појму законитости видети проф. Р. Лукић, Уставност и законитост, Београд, 1966. г. стр. 51—66.

друштвеним основама. Суштина права и државе остала је иста — појава нових техничких елемената у праву, као нпр. забране злоупотребе права, само технички боље прецизира границе у односима између појединаца, појединаца и државних органа, али не мења ни суштину друштвене основе, ни суштину правних институција класног друштва. Мада је дошло до низа значајних промена својстава субјеката права и понашања, тако да се нека својста и понашања нису могла појмовно уоквирити у постојећем теоријском систему правне науке, још увек се не може рећи да су право и држава престали бити најсигурнија средства утицаја управљача на остале чланове друштва.

Са становишта правне науке, ни настанком социјализма није битно измењена суштина права ни садржина субјективних права и правне једнакости, па према томе ни значај прецизирања злоупотребе права за њихово остваривање и заштиту⁽¹⁸⁾. Без обзира на промене, како у погледу садржине субјективних права, тако и појаве нових субјеката који су постали њихови носиоци, регулисање злоупотребе права не добија неку посебну улогу и значај. Иста правна овлашћења могу бити вршена тако да представљају злоупотребу, што значи да њено постојање или непостојање зависи од прецизирања општих одредби којим се поставља граница, односно садржина субјективних права.

4. Изложеном гледишту да је основније сматрати забрану злоупотребе субјективних права као један од елемената садржине овог појма и појма правне једнакости, а не као посебно начело правног система, могла би се, поред осталог, ставити и ова два приговора:

Прво, треба скренути пажњу на разноврсност и бројност субјективних права и чињеницу да се свако од њих — као укупност могућности одређеног понашања и права на тужбу — мора вршити тако да се не угрозе права других субјеката. Зато би имало основа прецизирати да је забрана злоупотребе начело за вршење субјективних права. Овај став, мање или више експлицитно изражен, може се срести код више аутора.

Тако, професор М. Константиновић изричито наглашава да забрана злоупотребе права „није у ствари правна теорија већ само принцип тумачења закона” и да „Принципу забране злоупотребе права има места у свим законодавствима без обзира на основне идеје на којима почивају”⁽¹⁹⁾. Изгледа и да проф. А. Гамс изражава исти став само га излаже другом терминологијом. Говорећи о вршењу и заштити права, он наглашава да „под утицајем позитивистичких праваца у грађанском праву почело се ревидирати схватање о апсолутној слободи вршења грађанских права”⁽²⁰⁾. Слично претходном, проф. В. Спаић у поглављу где излаже вршење и заштиту грађанских права разматра „Теорију злоупотребе грађанских права”. Овај аутор употребљава у истом значењу и субјективно право и право, односно злоупотребу субјективних права и права.⁽²¹⁾

(18) У совјетској као и у нашој литератури могла су се срести гледишта да у социјалистичком праву нема основа за злоупотребу. Према мишљењу проф. М. Вуковића у совјетском праву „Ограниченост субјективних права је правило”, наведени чланак стр. 50.

(19) Наведени чланак проф. Константиновића, стр. 169.

(20) др А. Гамс, Увод у грађанско право. Општи део, Београд, 1967. стр. 275.

(21) др В. Спаић, Основи грађанског права, Сарајево, 1957, стр. 304—306.

Др А. Лазаревић поставља разлику између позитивног и негативног вида злоупотребе, која је вршење или невршење субјективних права ⁽²²⁾. Поред злоупотребе права на тужбу и правну заштиту и злоупотребе права својине, аутор посебно говори о злоупотреби права радничког самоуправљања и других друштвених права, наводећи: 1) појаву шпекулације и разних локалистичких тенденција, 2) појаву расипништва и неправилне или нерационалне употребе општенародне имовине и 3) злоупотребу права коришћења привредних организација ⁽²³⁾.

А. Дибуи (*L. Dubois*) наглашава да је теорија злоупотребе права „постала једна од класичних теорија приватног права” са могућношћу „да се подигне на ранг опште теорије права” ⁽²⁴⁾.

Расправљајући о злоупотреби права Р. Родирер излаже становиште и поставља питање да је то „једно поглавље у теорији кривице (*faute*): да ли кривица, немар или чак и зла намера, услед којих је другоме нанета штета, повлачи обавезу на накнаду штете чак и у случају кад се чинилац користио једним правом или правним овлашћењем (*faculté*)” ⁽²⁵⁾. Он прави разлику између три врсте права која се могу злоупотребити: прво — приватна моћ, право — друштвена функција и право — грађанска слобода ⁽²⁶⁾.

Други приговор наведеном ставу или, боље речено, основ који треба имати у виду ако би се узео други методолошки приступ и забрана злоупотребе субјективних права покушала одредити као начело правног система или појединих његових грана или области, следи из места ових одредби у грађанским законикима. Обраћање пажње на место, односно распоред одредби у структури законика није без значаја, поготово када се има у виду да није мали број грађанских законика који у општем или уводним деловима изричитим одредбама регулишу забрану злоупотребе субјективних права која садрже у осталим деловима.

Тако на пример Грађански законик Руске СФС републике од 1964. год. у I Делу — опште одредбе, у члану 5. садржаном у I глави — Основне одредбе, под називом „Вршење грађанских права и испуњавање обавеза” предвиђа да „Грађанска права штите се законом, осим случајева када се она врше противно њиховој намени у социјалистичком друштву у периоду изградње комунизма”, и став други „При вршењу права и испуњавању обавеза грађани и организације дужни су да поштују законе, да уважавају правила социјалистичке заједнице и моралне принципе друштва које гради комунизам.”

⁽²²⁾ Др А. Лазаревић у чланку о Злоупотреби права и њеном појму наглашава да је злоупотреба права у тесној вези са „питањем о методу и начину вршења права, то јесте са питањем коришћења тзв субјективних права”. За термилошко означавање аутор употребљава још и ове изразе: „учење” или „Принцип” или „Правило”. Чини се да ове термилошке разлике иако недовољно прецизно употребљавапе, представљају резултат покушаја разграничења појма позитивноправног од научног одређења појма злоупотребе права. Архив за правне и друштвене науке. Број 1—2/1960, стр. 40.

⁽²³⁾ Исто стр. 51—56.

⁽²⁴⁾ *L. Dubouis, La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative, Paris, 1962*, стр. 13. На истом месту наводи разлике у означавању код француских аутора: *abus d'un droit, abus de droit, abus des droits, abus du droit*.

⁽²⁵⁾ *René Rodière*, наведени чланак, стр. 1—2.

⁽²⁶⁾ Исто стр. 6—12.

Када се има у виду бројност и разноврсност овлашћења садржаних у осталим деловима овога акта ⁽²⁷⁾, чини се да би се могло основано сматрати да цитирани члан представља начело вршења грађанских права и испуњења обавеза.

Исти закључак се намеће када се анализира систематизација материје у Грађанском законнику Чехословачке од 1964. године, где се на почетку излажу „Начела грађанскоправних односа“. Чланом VII предвиђено је да „Нико не сме своја права злоупотребити против интереса или суграђана и нико се не сме богатити на рачун друштва или суграђана“. Последњи члан VIII овога дела Законика наглашава да „Одредбе грађанског законика треба примењивати и објашњавати у смислу ових начела.“

Распоред и садржина одредби Грађанског законика Мађарске од 1959. год. о забрани злоупотребе права ⁽²⁸⁾ могу да подстакну на исти закључак.

Интересантно је напоменути да Тезе основних и општих одредаба закона о грађанско-правним односима (Грађанског законика) које је заједничка комисија свих већа Савезне скупштине ставила на јавну дискусију 1970. год. у делу који носи назив „IX Вршење и заштита права“ одређују забрану злоупотребе права врло непрецизно. Члан 30. под називом „вршење права“ предвиђа да „Забрањено је вршење права противно намени због које су законом установљена или признага“. Под називом „одговорност за штету“ у члану 32. предвиђа се: „Ко другоме проузрокује штету дужан је да је накнади.“ У ставу 2. се прецизира да „Законом се одређују случајеви у којима одговорност за штету настаје кривицом, а у којима без обзира на кривицу“.

Како би се могло закључити језичким тумачењем, ове одредбе предвиђају да се другим правним актима треба да прецизирају наведена питања, што се да закључити и из напомене уз овај текст. Редактори Теза употребљавају израз институт у значењу начело ⁽²⁹⁾.

На крају треба нагласити да, без обзира на основаност наведених приговора ставу да забрана злоупотребе права није начело правног система или његових грана и области, изгледа да се са више основа може бранити став да је елеменат субјективних права и начела правне једнакости. Ако се детаљније анализира садржина одредби законика и њихова систематизација у структури ових докумената, па се посматра у односу на права и слободе човека садржане у одговарајућим деловима устава, не би се могло

(27) Тврђња се може илустровати да је 569 чланова садржано у 8 делова. Поред I дела — Опште одредбе, II део садржи право својине, III — Облигационо право, где се под 1. излажу Опште одредбе о облигацијама, а под 2. Поједине (22) врсте облигација. Део IV обухвата Ауторско право, V — Право на откриће, VI. Проналазачко право, VII. Наследно право и VII део Правну способност странаца и лица без држављанства, примену ГЗ страних држава, међународних уговора и споразума.

(28) Први део овога законика носи назив Уводне одредбе и садржи 7 параграфа од којих се прва три налазе испод наслова Циљ закона, § 4. носи назив Вршење права и испуњавање обавеза а § 5. има наслов Закон забрањује злоупотребу права.

(29) На крају напомене је речено: „За сада је битно утврдити које институте регулисати овим тезама“, видети стр. 82, свеска 9, коло VII, Библиотеке Савезне скупштине, Београд, 1970. године.

усвојити гледиште о забрани злоупотребе као посебном начелу правног система поред правне једнакости. Правна једнакост је и основно начело правног система и опште, заједничко за све гране права и области. Начело законитости је обезбеђује, можда се може рећи да су субјективна права суштински, битни елементи начела правне једнакости и законитости.

Зато се чини да је теоријски оправданије и правотехнички подесније и прихватљивије учинити покушај да се на овај начин одреди злоупотреба субјективних права и њена забрана.

Бранислава Јојић

ИНСТИТУТ ЗАШТИТЕ ОД ФИЗИЧКИХ НЕДОСТАТАКА СТВАРИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Увод. Одговорност за недостатке ствари је правни институт неразлучиво повезан са категоријом теретних уговора. Циљ теретног уговора је остварење узајамности користи. У пракси, међутим, приликом остварења ових уговора може доћи до тога да се ова равнотежа поремети. Из овог разлога теретни уговори имају посебна дејства, која се састоје у обавези преносиоца да прибавиоцу обезбеди мирну и корисну државину. У наредном излагању биће учињен покушај разматрања овог проблема код купо-продајног уговора, што значи и проблема одговорности продавца (у новије време и произвођача) за физичке недостатке ствари, кроз приказивање еволуције овог института, од кодификација грађанског права XIX и XX века, до његових специфичних преображаја у савременим правним системима.

Институт одговорности за физичке мане у грађанским законима XIX и XX века

Концепција заштите од физичких мана купљене ствари, каква је створена у едиктима курулских едила, прешла је битно неизмењена у кодификације грађанског права XIX и XX века. Робна привреда буја у римској држави, но у феудализму готово потпуно замире. Враћање на натуралну привреду са веома скученим прометом, имало је за последицу стагнацију и назадовање грађанског права. Брзим развојем капитализма, робна привреда доживљава ренесансу, па сходно томе и давно заборављена правила грађанског права бивају обновљена. У земљама Западне Европе долази до великих кодификација грађанског права. Ови грађански законици у погледу испитиваног института носе печат пољопривредне ере из које се изишло, али која још није била превазиђена.

Пре но што се пређе на разматрање питања одговорности за мане, треба направити разлику између пом. одговорности и неких других, до некле сличних института уговорног права.

Најчешће се одговорност за мане меша са ништавошћу због заблуда; њихова су дејства, међутим, различита. Због заблуде се уговор може само поништити у законом одређеном року (прилично дугом), док у првом случају, стицалац може бирати између ретхибиторне и естиматорне тужбе (рокови су за ове тужбе много краћи). Друга разлика је у томе што се код раскида уговора због заблуде полази од субјективног момента, а код одговорности за мане битнији је економски аспект тј. поремећај еквивалентности престација.

Понекад долази до мешања преваре и заштите од мана; разлика је, међутим, лако уочљива. Превара претпоставља постојање *mala fides*, док је код заштите од мана питање савесности и несавесности индиферентно у погледу основа одговорности.

Потребно је истаћи и разлику која постоји између тужби за заштиту од физичких мана и оних за раскид уговора због неизвршења обавезе. Тужба због неиспуњења примењује се када продавац не изврши своју престацију, или је изврши, али не на начин који је у уговору предвиђен, па су због тога очекивања стицалоца изневерена. Сем тога, овде се захтева то да је до раскида дошло кривицом преносиоца. Тужбе за заштиту од мана настају по сасвим другом основу. Уговор је правилно извршен; на страни преносиоца не мора постојати кривица, али он ипак мора обештетити стицалоца и успоставити равнотежу уговора. Исто тако, у случају неиспуњења обавезе не постоји могућност избора, као што је то случај код одговорности за физичке мане ствари. Даља разлика јавља се у дужини рокова застарелости, који су код одговорности за мане далеко краћи него код тужби за раскид уговора због неизвршења (¹).

О физичким недостацима као основу обавезе заштите. Да би постојала одговорност преносиоца за физичке мане ствари потребно је да буду испуњење три групе услова: а) услови који се односе на тежину мане, б) услови у погледу скривености и в) услови у погледу момента у коме мана треба да постоји.

а) Као физичке недостатке можемо квалификовати такве особине једне ствари које је чине неподобном за редовну употребу или јој знатно умањују вредност (²). У погледу природе мане, у свим законичима захтева се да она има извесну тежину (да би повлачила обавезу заштите), мада су формулације у појединим од њих различите. Немачки грађански законик (БГБ) одређује тежину мане посредно, наводећи за какву ману се не може тражити заштита. У § 459. БГБ-а каже се да ствар не сме бити „оптерећена манама које вредност или подобност за нормалну употребу укидају или смањују. Незнатно смањење вредности или употребе не узима се у обзир.” Француски грађански законик (СС) такође садржи одредбу која регулише тежину недостатка. По њему се као мерило за одређивање интензитета мане узимају својства значајна за употребу ствари: „продавац је обавезан на гарантiju због скривених мана продате ствари које је чине неподобном за употребу за коју је намењена или које толико умањују ову употребу

(1) Према: *Planiol-Ripert: Traité pratique de droit civil français, t. X, I part. par Hamel, Givord, Tunc, II ed. Paris 1956*, стр. 136.

(2) У том смислу: *Planiol-Ripert*: нав. дело стр. 134; Перовић С. Облигационо право, I део, Општа теорија уговора, Бид. 1968, стр. 187.

да је купац не би купио или би дао мању цену да је за недостатак знао" (2). У другим законима предвиђа се још и да недостатак треба да умањује вредност и корисност ствари у „знатној мери“ (4), затим да треба да буде „замашнији“ и сл., што су у крајњој линији питања која одређује суд (5). Карактер мане одређује се, дакле, на објективан начин.

Тако је и у модерним кодексима грађанског права, мада постоје разлике у значају који је дат суду. Док је код старих законика остављена суду широка компетенција у погледу оцене интензитета мане, у савременим законодавствима, посебно социјалистичких земаља, постоји тежња потпуног законског регулисања тежине мане, путем извесних стандарда и државних норми. Тако се у Привредном законик у ЧСР каже да ствар треба да има „својства предвиђена техничким нормама и другим правним прописима“ (6). Одредбу сличне садржине има и Грађански законик РСФСР. У совјетском праву дошло је до извесне еволуције у погледу законодавног третирања карактера мане, јер је Грађански законик РСФСР друкчије прилази питању квалитета продате ствари, него Грађански кодекс од 1922. У тексту закона од 1922. питање квалитета продате ствари постављало се само као одговорност продавца за одсуство договореног квалитета. Ако је недостатак ствари могао бити утврђен од стране купца, да је применио неопходну пажњу, продавац је одговарао само уколико је довео купца у заблуду негирајући постојање тих недостатака. По новом законодавству, полази се од објективне несаобразности ствари са условима уговора и од клаузула директно унетих у уговор од стране продавца, које говоре о сниженом квалитету продате ствари (7).

У нашем савременом праву се код регулисања питања тежине мане појављују модерна решења. Овим се мисли на новине које у ову материју уноси Скица за законик о облитацијама и уговорима проф. Константиновића.

Решење дато у Скици у знатној мери надахнуто је оним које даје Једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари, али истовремено модификује и ублажава ову солуцију. У Једнообразном закону се, наиме, први пут појављује појам саобразности ствари. Под овим се подразумева јединствена обавеза испуњења, обавеза предаје ствари без недостатака и предаје у утврђено време и на утврђеном месту. Скица ово решење ублажава тиме што прави разлику између грађанске купопродаје и купопродаје у привреди. За грађанску купопродају задржано је традиционално схватање појма мане, док је за купопродају у привреди усвојен појам мане који би углавном одговарао појму несаобразности Једнообразног закона. Кажемо углавном, јер су у Скици унете измене за случај када продавац купцу преда неку другу ствар уместо уговорене. По једнообразном закону оваква предаја ствари сматра се несаобразном (8). Према

(3) *Code Civile* чл. 1641, став 1.

(4) Швајцарски Ор чл. 1641, ст. 1.

(5) ОИЗ за Црну Гору чл. 232; АГЗ § 923, Грчки ГЗ чл. 534, Српски ГЗ § 555, пољски ГЗ чл. 556, италијански СС чл. 1490.

(6) Привредни законик ЧСР чл. 133.

(7) Научно-практически коментарији КГК РСФСР под редакцијом проф. Е. А. Флеисц, Москва 1966, стр. 285. и след.

(8) Једнообразни закон: члан 33, став 1, тачка 6.

Скици, предаја друге ствари не представља физичку ману „уколико предата ствар није толико различита од утворене ствари, да разуман човек не би могао очекивати да ће је купац примити“⁽⁹⁾.

б) У законима се захтева да мана, да би се могла остварити заштита, мора бити невидљива, скривена. Уколико је, међутим, мана била видљива и позната стицаоцу, узима се да је он баш такву ствар и хтео и према томе одредио вредност престације, те у том случају преносилац не сноси обавезу заштите. СС о овоме каже: „Продавац није обавезан за видљиве мане и мане о којима се купац могао сам обавестити“. На сличан начин ово питање регулишу и други грађански законици⁽¹⁰⁾. Очигледно је да када се утврди да је купац на мане пристао, не постоје никакви проблеми; они настају онда када се констатује да стицалац ману која је иначе видљива, није приметио, јер се поставља питање има ли он права на заштиту или не. У законима је као одговор на ово питање примењено углавном објективно мерило. Тако се у Шв. О.Р. каже да „за недостатке које би купац сам морао приметити да је ствар прегледао са довољном пажњом, продавац одговара ако је тврдио да они не постоје“⁽¹¹⁾. У доктрини, насупрот овоме има ставова, по којима је купчево познавање мана ствари оборљива претпоставка; он може доказивати да за ману није знао и евентуално остваривати право на заштиту⁽¹²⁾.

У савременим законима и јудикатури долази до све веће објективизације мерила за одређивање обавеза стицаоца да упозна ствар коју набавља. На скривености мане више се не инсистира, јер су и уговори о купопродаји добили друкчији карактер. Данас често не постоји могућност да купац на лицу места прегледа ствар. Због тога поједина законодавства усвајају објективни критериј спроводећи га до крајњих консеквенци и уопште не помињући скривеност мана као услов за обавезу заштите⁽¹³⁾.

Наравно, уколико је преносилац, поступајући преварно, убедио стицаоца да је ствар слободна од мана иако она то није, он ће одговарати за све мане, дакле и за видљиве (*fraus omnia corrumpit*).

Усвајање објективног критерија и давање сувише широког смисла појму мане, може довести до омогућавања злоупотребе од стране купца на терет продавца. Насупрот томе, сувише строго тумачење скривености мане могло би довести до фаворизовања продавца. Када се ово има у виду, решење које се предлаже за наше право, дато у Скици изгледа да утврђује добро одмерен критериј. Он је истовремено и субјективан и објективан; узима се у обзир брижљивост купца, али само при нормалном прегледу уз просечан степен знања и искуства⁽¹⁴⁾.

в) Даље је питање у ком моменту недостатак треба да постоји. Сви законици се слажу да је то моменат преласка ризика са продавца на

(9) Скица за зак. о облигацијама и уг.: чл. 407, ст. 3, т. 2 *in finem*.

(10) АГЗ § 928, сс ит. чл. 1491, Грчки ГЗ чл. 537, ОИЗ чл. 233.

(11) 13 РСФСР од 1964.

(12) Перић Ж.: Грађан. право, О посебним уг. О обавези заштите код уговора о продаји и куповини и уг. о поклону, Бгд. 1928, стр. 187.

(13) Шв. ОР чл. 200, ст. 2; у истом смислу: Срп. ГЗ § 556. каже: „За недостатке који свакоме у очи падају није дужан нико јемствовати“. . . ; БГБ § 460; СС чл. 1642; полски ГЗ чл. 557; ЗМТ ЧСР § 300; Грчки ГЗ чл. 536. п. 537.

(14) Скица: члан 408, став 2.

купца. Разлике се јављају у одређивању тренутка у коме прелази ризик. Два су се система оформила у законодавству и правној теорији. Један је систем француског права, по коме уговор има стварноправно дејство; сходно томе, моменат закључења уговора је и моменат преласка ризика за штету.

У осталим правним системима, у којима уговор има облигационо-правно дејство, недостатак треба да постоји у моменту предаје ствари, јер је то и моменат преласка својине, а тиме, према начелу *»res perit domino«* прелази и ризик. Исто важи и за мане које су се појавиле после преласка ризика, али из узрока насталих пре нош то је ризик прешао ⁽¹⁵⁾.

Како је ово питање регулисано у нашем праву? У Скици, као и у Општим узансама за промет робом, усвојено је горње решење, тј. да се продавчева одговорност везује за тренутак преласка ризика, односно тренутак предаје ствари ⁽¹⁶⁾. И пракса наших судова јединствена је у овом погледу. У једној пресуди Врховног привредног суда каже се да „купац не може одбити пријем испоруке због мана робе које су се појавиле у транспорту. Он мора доказати да су мане постојале пре утовара у вагон, јер сама претпоставка за то није довољна” ⁽¹⁷⁾. У једној другој одлуци суд констатује „да би одговорност за мане пренео на продавца, купац мора доказати да су мане последица узрока који су постојали пре преласка ризика на њега” ⁽¹⁸⁾.

Права стицаоца. Када су услови потребни за остварење заштите испуњени, стицалац ствари има према преносиоцу одређена права. У овом погледу је институт заштите од физичких мана знатно еволуирао од доношења првих буржоаских грађанских законика до савремених законодавних решења. СС и низ других законика створених по угледу на њега трпе јак утицај римске традиције. По угледу на едилске солуције, ови законици дају купцу могућност опције између права на раскид уговора путем *actio rethibitoria* и права на смањење куповне цене путем тужбе *quantum minoris* ⁽¹⁹⁾. У сваком случају купац има право на накнаду штете, ако су испуњени услови који се за то траже. У неким законикима ово је изричито наведено, а уколико није, увек се подразумева.

Треба приметити да се ретхибиторна тужба по дејствима разликује од тужбе за раскид уговора због неизвршења, мада се ове две тужбе поистовећују. Између ова два института постоји једна основна разлика. Раскид уговора због неизвршења има дејство (у принципу) према тећим лицима, јер ту важи правило *»resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis«*. Тужба за раскид уговора због физичких мана ствари нема тог дејства и горње правило се ту не примењује.

(15) Тако и БГБ § 459; грчки ГЗ чл. 534; шведски Зак. о купопродаји и замени покретних ствари § 44, ЗМТ ЦСР § 298; Једнообразни закон чл. 35, Општи услови СЕВ-а § 47.

(16) Скица: чл. 407, ст. 1; Опште узансе за промет робом: узанса бр. 135.

(17) Пресуда ВПС сл — 63/55. од 19. IV 1955.

(18) Пресуда ВПС сл — 514/58. од 29. IX 1958. Цит. према Исаковић—Шурлан Опште узансе за пром. робом с објашњењима и суд. праксом, Бгд. 1964, с. 133.

(19) Овакво решење даје СС у чл. 1644.

(20) Colin-Capitant: *Cours élémentaire de droit civil français, tome II-ième, 10 ed., Paris*

Обавеза продавца је да у случају ретхибиторне тужбе купцу врати примљену цену, а обавеза купца да врати ствар какву је добио. Иако купац, по правилу, има право да се определи за једно од два поменућа права, постоји случај када је та слобода избора ограничена. То се догађа ако купац ствар отуђи или преиначи. Тада он може тражити само сразмерно смањење цене ⁽²¹⁾. У извесним законодавствима ограничење избора права дато је у компетенцију суду, који према ситуацији одређује да ли раскид уговора представља најбоље решење. Ово очигледно има за циљ заштиту продавца, јер може постојати ситуација када је за њега раскидање уговора сувише тешко. Овакав систем познаје Шв. ОР и ОИЗ за Црну Гору ⁽²²⁾. Неки законици предвиђају у принципу иста права као и СС и BGB у погледу опције, стим што је избор проширен; купцу је дато још и право на замену ствари. Тако Шв. ОР садржи правило да „када је предмет уговора куповина и продаја одређене количине потрошних ствари, може захтевати или раскид уговора одн. смањење цене, или предаје *других одговарајућих ствари истог рода*“ ⁽²³⁾. Овакво проширење права купца показује одвајање од римске традиције и тежњу да се купац што потпуније заштити, због чега је ово право нашло места у свим модерним грађанским кодексима. Једино италијански СС не садржи овакву одредбу, али у доктрини постоји становиште да купац код купопродаје заменивих ствари има право тражити испоруку ствари без мана ⁽²⁴⁾. Име законика који овакву одредбу изричито предвиђају. Она налази места у Пољском ГЗ у коме се истиче да „ако су предмет куповине и продаје ствари одређене по роду, купац може тражити да му се уместо ствари са манама испоруче ствари исте количине без мана“ ⁽²⁵⁾. Грађански законик РСФСР предвиђа да купац између осталих права може тражити „замену ствари која је уговором одређена по раду за ствар одговарајућег квалитета“ ⁽²⁶⁾. Сличне одредбе постоје и у мађарском ГЗ, као и у ЗМТ ЧСР ⁽²⁷⁾. Док је у осталим законикима ово право дато искључиво купцу, шв. ОР даје га и продавцу, са ограничењем да је оно дозвољено само код месне купопродаје и да се мора извршити у најкраћем могућем року, тј. одмах. На плану међународне купопродаје Општи услови СЕВ-а и Једнообразни закон такође предвиђа ову могућност ⁽²⁸⁾. У нашим Општим уџансама (уџанса бр. 154) такође је предвиђено ово право.

(21) Шв. ОР чл. 207, ст. 3: „Ако је ствар пропала кривицом купца или ако је он отуђио или прерadio, купац може тражити само смањење цене због умањене вредности ствари“; слично и грчки ГЗ: чл. 549.

(22) Швајцарски ОР: чл. 205; ОИЗ за Црну Гору: чл. 238.

(23) Швајцарски ОР: чл. 206, ст. 1.

(24) Према Голдштајн А.: Привредно уговорно право, Згб. 1967, с. 307.

(25) Грађански законик НР Пољске: чл. 561.

(26) Грађански законик РСФСР: чл. 246, ст. 1.

(27) Мађарски ГЗ: § 305, ст. 1, т. ц; ЗМТ ЧСР: § 305, т. 1.

(28) Швајцарски ОР: чл. 206, ст. 1.

(29) Општи усл. СЕВ-а (§51, ст. 3) садрже одредбу у којој се каже да „ако купац захтева отклањање недостатака, продавац је дужан да о свом трошку недостатке отклони или *манљиву робу замени*; по Једнообразном закону (чл. 42, ст. 1, т. ц) купац може захтевати од продавца да изврши уговор“ ако продаја има за предмет ствари одређене по роду, тако што ће испоручити друге ствари саобразне уговору“.

Право купца да тражи замену ствари трпи извесна ограничења у погледу врсте ствари чија се поновна испорука може захтевати; неопходан је услов да ствар буде по роду одређена — заменива. Друго ограничење састоји се у томе што се не може тражити замена ствари, ако је мана незнатна. Ово ограничење карактеристично је за купопродају грађанског док у трговачкој купопродаји оно не постоји. Трећу врсту ограничења намећу пословни обичаји, уколико искључују примену овог права ⁽³⁰⁾.

У савременим кодексима грађанског и трговачког права отишло се се у заштити купца и даље, тиме што је предвиђено право купца да захтева отклањање мане. У неким од њих ово питање је посебно регулисано. Пољски грађански законик прописује да „ако је предмет куповине и продаје индивидуално одређена ствар, а продавац је произвођач те ствари, купац може тражити да се мана отклони...“⁽³¹⁾. Сличне одредбе постоје и у осталим грађанским кодексима ⁽³²⁾. У домену међународне купопродаје овакво право предвиђају ОУ СЕВ-а и Једнообразни закон ⁽³³⁾.

Право купца да захтева да се мана отклоне, намеће питање њихове отклоњивости и неотклоњивости. Отклоњивост мане је у неким регулативама одређена објективно, а у неким субјективно. У АГЗ-у отклоњивост мане одређена је објективно, на тај начин што се захтева да мана због које се тражи раскид уговора буде „такве врсте да се више не може уклонити, да смета редовној употреби ствари“. ⁽³⁴⁾ У Једнообразном закону отклоњивост недостатака одређена је према субјективном критерију, тиме што се у њему говори о поправци недостатака под условом да је продавац у стању да их поправи“. ⁽³⁵⁾ Иако то најчешће није изричито предвиђено, купац може сам уклонити недостатке, с тим што има право да од продавца захтева накнаду трошкова које је због тога имао.

Наше ОУ дају широк избор права за случај испоруке робе са недостацима, предвиђајући поред традиционалних права на раскид и смањење цене, и могућност постављања захтева за замену ствари и отклањање мане ⁽³⁶⁾.

Према Скици, купцу стоји на располагању прилично богат избор санкција. Он може тражити извршење уговора, било уклапањем недостатака, било заменом ствари, затим раскид уговора, као и смањење цене; у сваком случају он има право на накнаду штете ⁽³⁷⁾. У Скици се захтева да недостатак због кога се уговор раскида буде битан. Купац треба и мора продавца обавестити о постојању мане у разумном року. Но, уколико купац то не учини у таквом року, он не губи дефинитивно право на раскид.

(30) Према Голдштајн А.: нав. дело, стр. 309.

(31) Пољски грађански законик: чл. 561, § 1.

(32) ГЗ РСФСР: чл. 246, 261; Змт ЦСР: § 305, ст. 1, тач. б

(33) ОУ СЕВ-а: § 51, ст. 2. и § 57; Једнообр. закон: чл. 42, стл. т. а

(34) АГЗ: § 932; слично ГЗ РСФСР: чл. 246.

(35) Једнообразни закон: чл. 42, став 1.

(36) Опште узансе за промет робом: узанса бр. 154.

(37) Скица: чл. 415.

већ ће се недостатак истицати као небитна повреда уговора и применити одговарајућа процедура. У случају постојања мана које представљају небитну повреду уговора, изгледа, према одредбама Скице, да купац може готово у бесконачност обнављати свој захтев за извршење уговора, а тиме и своје право на раскид ⁽³⁸⁾. Овим се купцу даје могућност да сувише дуго оставља продавца у неизвесности у погледу опстанка уговора. Осим тога, таква процедура је сувише дуготрајна; то може довести до даљег погоршања квалитета ствари, застоја у редовној активности продавца, што је (поготову код пословања у привреди) прилично незгодно.

Због напред наведеног, у нашој теорији постоји мишљење да би целесходније било усвојити решење дато у Једнообразном закону, уз извесна ублажења у погледу рока после кога би купац губио право на раскид, у том смислу што би се уместо „кратког“ захтевао „разуман“ рок ⁽³⁹⁾.

Рокови за подизање тужбе за заштиту од физичких мана ствари. Остварења заштите од физичких мана ствари може се обавити у законом одређеним роковима. Ти су рокови, саобразно римској традицији, прилично кратки. Краткоћа рокова наметнута је једним практичним разлогом; било би тешко или немогуће доказати постојање мана, ако је рок сувише дуг. Грађански законици предвиђају рокове у којима прибавилац мора известити преносиоца о постојању мана, и рокове у којима може подићи тужбу за заштиту од тих мана. Први рок веома је кратак у свим законцима. Тако неки траже да стицалац обавести преносиоца о манама „чим то открије“ ⁽⁴⁰⁾, „без одлагања“ ⁽⁴¹⁾ и сл. Подизање тужбе за заштиту, од мана такође је ограничено извесним роковима. У старијим законцима дати су различити рокови за подизање тужби за мане на покретним и непокретним стварима. По АГЗ-у рок за подизање тужбе када се ради о покретној ствари износи шест месеци, а ако је ствар непокретна — три године. По ОИЗ-у за Црну Гору рок за покретне ствари је три месеца, а за непокретне годину дана ⁽⁴²⁾; СС не фиксира трајање рока за подизање тужбе, већ само каже да је треба подићи „у кратком року према природи ретхибиторних мана и обичају места где је продаја обављена“. ⁽⁴³⁾ Одређивање различитих рокова за покретне и непокретне ствари данас више нема сврхе; оно представља реликт пољопривредне ере у којој су непокретности имале неупоредиво већу вредност од покретних ствари, што данас није правило ⁽⁴⁴⁾. Због тога су у модернијим законцима рокови јединствени за све врсте ствари. По швајцарском ОР постављен је јединствен рок од го-

(38) Скица: чланови 417. и 418. став 2.

(39) У том смислу М. Драшкић: *Анализа чланова 379—451. „Скице за законик о облигацијама и уговорима“*, стр. 55.

(40) Општи имовински Законик за Црну Гору: чл. 234.

(41) Швајцарски ОР: чл. 201.

(42) АГЗ: § 933; ОИЗ за Црну Гору: чл. 241.

(43) Француски грађански законик: чл. 1648.

(44) Према С. Петровић: *нав. дело*, стр. 197. и след.

дине дана; исти рок постоји и у италијанском СС ⁽⁴⁵⁾. Наша ОУ усвајају рок од шест месеци ⁽⁴⁶⁾.

У једнообразном закону усвојен је рок од године дана за подношење тужбе, од момента саопштавања преносиоцу да ствар има недостатке, односно да је несаобразна у говору. Објективни рок износи две године ⁽⁴⁷⁾.

У вези са наведеним, треба одредити однос који постоји између рокова за подизање тужбе за заштиту од мана према законској гарантини и гарантинских рокова. Произвођач, наиме, врло често даје рокове за добро функционисање свог производа убудуће, па се поставља питање да ли ови рокови искључују опште правило о одговорности или не. Најисправније је гледиште какво заузима и наша судска пракса, да се ови рокови узајамно не искључују и да гарантне клаузуле служе што бољој заштити купца, па према томе поопштравају одговорност преносиоца.

Уговорна гаранција. Досада је било говора о законској одговорности за физичке мане продате ствари. Концепт одговорности усвојен у традиционалним кодификацијама грађанског права, показао се недовољним средством заштите купца у условима развијене индустријске производње и интензивног робног промета. Све већа размена техничких и уопште индустријских добара наметнула је потребу за утврђивањем гаранције продавца која ће бити у складу са потребама савременог промета и давати шира, па и модификована права купцу. Због тога је кроз трговачку праксу уведено давање гаранције купцу за квалитет продате робе, коју старији законици нису предвиђали. Осим тога, ово није само гаранција произвођача коју он даје за добро функционисање свог производа за одређено време у будућности. Овај облик заштите остварује се или укључењем посебне гарантне клаузуле у уговор или издавањем гарантног листа од стране произвођача — продавца. Гаранције за добро функционисање ствари, уговорне гаранције, издају се углавном за техничку робу, машинске и електричне апарате и постројења, и сл. Када је стипулисана оваква гаранција, питање видљивости или скривености мана без значаја је, као и питање тежине мане. Произвођач је, давши гаранцију за свој производ, преузео на себе обавезу да у предвиђеном року бесплатно отклони све евентуалне недостатке који се на

(45) Швајцарски ОР: чл. 210, италијански СС: чл. 1495.

(46) ОУ за промет робом: уз бр. 151. У вези са роковима застарелости врло често долази до спорова. Навешћемо неколико судских одлука у вези с тим. „Приговори да роба има скривене мане не могу се ставити по истеку шест месеци од дана пријема испоруке. Шестомесечни рок из става 2, уз. 151. је преклузивни рок. Одговорност продавца може бити продужена путем гарантинских рокова”. (одл. Главне арбитраже, Гс 431/54). „Уговарањем гарантног рока од пет година странке су искључиле примену узансе 151. у погледу шестомесечног рока за стављање приговора због скривених мана” (реш. Врх. прив. суда, Сл. 354/36. од 26. 4. 1956) „Истеком шестомесечног рока рачунајући од дана пријема испоруке гаси се право купца да због скривених мана робе остварује право на накнаду штете” (пресуда Врх. прив. суда, Сл. 22/59, од 16. 2. 1959) „Ако се на роби, која је испоручена у оригиналном паковању доцније утврде недостаци, сматраће се да је купац преузео робу без приговора на квалитет, уколико није због одлагања поднео рекламацију чим је открио недостатке” (пресуда Врх. прив. суда Сл. 621/59. од 17. 7. 1959) „За благовременост рекламације због скривених недостатака потребно је не само да је рекламација учињена у року од шест месеци од дана испоруке већ и да је поднета без одлагања чим је мана откривена. Ако је роба испоручена по диспозицији купца трећем лицу и ово лице открије скривене мане, благовременост купчеве рекламације цени се од времена када су мане откривене, с тим што се у тај рок има урачунати и време потребно да рекламација трећег стигне купцу реш. Врх. прив. суда Сл. 692/56 од 26. 12. 1956).

ствари појаве, без обзира на то да ли је купац недостатак видео или га је могао видети и да ли је мана таква да потпуно онемогућава или незнатно умањује употребу ствари.

При третирању проблема уговорне гаранције важно је питање одређивање њеног односа са законском гаранцијом. У доктрини, наиме, постоји спор код одређивања овог односа, јер изванредан део теоретичара сматра да се уговорна гаранција јавља као супститут законској, док друга, већа група писаца, стоји на становишту да је уговорна гаранција допуна законској.

Доктрина и јудикатура западних земаља сматрају да се уговорна гаранција супституише законској и да је странке и предвиђају због тога да би гаранцију, законом одређену, замениле гаранцијом коју су саме уговориле. Консекветно овоме закључује се да стицалац има само она права која су предвиђена гарантним листом и да се не може користити правима која му закон даје у оквиру института заштите од физичких недостатака ствари ⁽⁴⁸⁾.

Од свих законика социјалистичких земаља једино Пољски Грађански законик од 1964. регулише уговорну гаранцију као посебан институт. У њему се, за разлику од Италијанског СС, који је одређивање односа између законске и уговорне одговорности препустио надлежности суда, стриктно утврђује однос између одговорности из гаранције и законске одговорности. У овом Законику постоји одредба којом се каже да „купац који је добио гаранцију може остваривати права која има по основу одговорности продавца за физичке мане само у случају када продавац благовремено не изврши своје обавезе које произилазе из гаранције”. ⁽⁴⁹⁾ На основу цитираног члана јасно се види да се правила о законској одговорности за физичке мане ствари примењују супсидијерно, уколико продавац не изврши своје обавезе из уговорне гаранције.

Иако тешко, уговорна гаранција ипак продире у савремене законике. У законодавствима социјалистичких источноевропских земаља она није предвиђена (изузев у пољском Грађанском закону), али је детаљно регулисана подзаконским прописима који се односе на унутарњи промет у социјалистичком сектору ⁽⁵⁰⁾. Тако се може рећи да је уговорна гаранција све више предмет законског регулисања.

У домену међународне купопродаје такође постоје извесни прописи који се односе на гаранције. Једнообразни закон не издваја гаранцију као посебан институт. Она се у извесном облику налази у одредби Закона која истиче да продавац није испунио своју обавезу испоруке „када је предао ствар која нема својства или одлуке предвиђене изрично или прећутно уговором”. ⁽⁵¹⁾ Пошто не регулише посебно ни детаљно уговорну гаранцију, Једнообразни закон не говори ништа о томе има ли купац каква друга права после истека гарантног рока, мада би се дало закључити да он таква права има, ако гарантни рок није дужи од рока у коме треба продавцу

(47) Једнообразни закон: чланови 39, 49.

(48) *Planiol-Ripert*: наведено дело, стр. 160.

(49) Пољски грађански законик: чл. 579.

(50) *J. Jakubowski*: Гаранција у међународној трговини; међународно саветовање привредника, Загреб 1966, стр. 13.

(51) Једнообразни закон: чл. 33, став 1, тачка ф.

пријавити недостатак саобразности ствари, тј. ако није дужн од две године ⁽⁵²⁾.

Општи услови СЕВ-а детаљно регулишу установу гаранције. Они регулишу питање квалитета, саобразности испоручене робе уговору, питање одговорности продавца (које се третира потпуно објективно) и његових обавеза у случају манљивости ствари и питање гарантних рскова. У односима земаља чланица СЕВ-а законска одговорност за мане робе постоји такође супсидијерно.

Наше право још увек нема правила о уговорној гаранцији и њеном односу према законској гаранцији. Међутим, у Скици за законик о облигацијама и уговорима, детаљно је регулисан институт уговорне гаранције која се формулише као „гарантија за исправно функционисање продате ствари”. У погледу односа уговорне и законске одговорности Скица стоји, у ствари, на истим позицијама као и творци Пољског ГЗ-а рекавши да „ако продавац не изврши у разумном року оправку или замену ствари, купца може раскинути уговор или снизити цену и захтевати накнаду штете”. ⁽⁵³⁾.

У Скици је направљена разлика између традиционалне одговорности за физичке мане и гаранције за исправно функционисање продате ствари. У погледу оправданости овог одвајања, мишљења у доктрини су подељена. Теоретичари, заговорници разликовања ова два института, истичу да се одговорност за мане односи само на скривене мане, док се гаранција односи на трајање и функционисање ствари; затим, да се гаранција даје само за одређене врсте ствари (техничка роба). Као трећи разлог за посебно прецизирање одредаба о гаранцији истиче се, да се гаранција односи на недостатке који се појаве после преласка ризика са продавца на купца, што није случај код традиционалне одговорности за мане.

Противници одвајања гаранције за функционисање од одговорности за скривене мане, као одговор истичу да се не може тако стриктно узимати природа мане, односно њена скривеност, јер се у данашњим правним системима полази од функционалног појма мане, дакле од њеног штетног деловања. У погледу другог аргумента истиче се да нигде и ничим давање гаранције за добро функционисање није ограничено на одређену врсту ствари. Што се трећег разлога тиче, каже се да продавац, гарантујући да ће ствар добро функционисати, у ствари само гарантује да ствар нема фабричку неисправност, насталу пре преласка ризика, која би проузроковала њено лоше функционисање ⁽⁵⁴⁾.

Мада ови против-аргументи логички сасвим стоје, чини се да у пракси треба разликовати ова два института, јер гаранција за добро функционисање ипак представља нешто специфично, различито од класичне одговорности за мане. Можда баш због свог супсидијерног карактера у односу на законску гаранцију, уговорна гаранција и треба да буде посебно регулисана.

Одговорност (гарантија) у случају да произвођач и продавац нису исто лице. Даље значајно и спорно питање јесте обавеза гаранције када

(52) Према *J. Jakubowski*: нав. дело, стр. 6.

(53) Скица: чл. 433.

(54) Овакво гледиште у нас заступа М. Драшкић, вид. н. д. 60—62.

продавац и произвођач-гарант нису исто лице. Тада се поставља питање да ли је купцу одговоран и произвођач и продавац или само продавац односно само произвођач.

Два су доминантна става у одговору на ово питање. Према једном, произвођач одговара на основу издате гаранције, а продавац на основу законске одговорности за мане ствари. Према томе, обавезе одређене у гарантном листу треба сматрати самосталним, јер су уговорне стране различите. ⁽⁵⁵⁾.

Према другом гледишту, купцу су одговорни и произвођач и продавац, с тим што продавац не одговара независно од произвођача, већ у границама гаранције. Овакво гледиште заступљено је у нашој јудикатури. У једној својој одлуци Врховни привредни суд каже да „гарантни лист који прати робу, а који издаје произвођач има тај значај и домет да сам произвођач (не искључујући наравно и продавца) преузима једну самосталну обавезу према крајњем кориснику и купцу његових производа, али само у оквиру услова унетих у гарантни лист. Произвођач је према купцу као трећем лицу у обавези да изврши све потребне радње да се производ доведе у исправно стање, дакле у стање које би производ према својој намени морао да има у моменту испоруке. Сви остали захтеви, на које би корисник производа, као купац, имао право услед утврђених мана, непосредно терете продавца као уговорног партнера купчевог”. ⁽⁵⁶⁾ Судови, дакле, стоје на становишту да „када је у питању роба коју прати гарантни лист, купцу су за настале мане одговорни како продавац тако и произвођач односно увозник”. ⁽⁵⁷⁾ У судској одлуци коју наводимо, Врховни привредни суд стао је на становиште „да продавац у односу на купца стоји у непосредној вези и јамчи за вредност извршене испоруке, па према томе он је без обзира на постојање гарантног листа обавезан да предмет купопродаје преда исправно, а када је реч о скривеним манама, да гарантује исправност у року од шест месеци од дана предаје ствари, а уколико постоји гарантни лист — у року који је предвиђен у самом гарантном листу”. Суд у образложењу даље истиче да произвођач, односно увозник, одговара под условима гарантног листа, те да купац има право да постави свој захтев „било према продавцу било према произвођачу односно увознику”. Овакво становиште Врховни привредни суд изнео је у још неким својим одлукама ⁽⁵⁸⁾.

Изгледа да је овакво решење најправичније јер се њиме остварује најпотпунија заштита купца, а то и јест циљ уговорне гаранције.

Закључак. Иако се често истиче статичност као карактеристика облигационог права, проучавањем појединих његових института може се уочити да је оно веома много еволуирало. Одговорност за физичке недостатке ствари свакако је један од таквих. Његов развој је продукт овог века — научног и индустријског процеса. Овај прогрес утицао је да се институт заштите од физичких недостатака знатно измени и добије извесне нове облике. Услови одговорности за мане који су оформљени у римском праву и који су преузети у велике кодификације грађанског права XIX века, у

⁽⁵⁵⁾ Овакво мишљење заступа проф. А. Голдштајн: Прибредно уговорно право, Загреб 1967, стр. 319.

⁽⁵⁶⁾ Пресуда ВПС Сл. — 919/68 од 13. септембра 1968.

⁽⁵⁷⁾ ЗСО XI/3, 1966, Одлука 279 (пресуда ВПС Сл. — 1424/66. од 19. 11. 66.

много чему су превазиђени праксом и њеним потребама. Овде првенствено мислимо на услове у погледу скривености и тежине мане. Ти се захтеви данас постављају у друкчијем облику. Тежи се за што већим степеном објективизације. Када је у питању тзв. техничка роба, скривеност мане више није фактор који утиче на остварење права на заштиту, што је дошло до изражаја у извесним савременим грађанским законима. На овом услову више се не може инсистирати; то је постало практично немогуће. Промет роба толико је убрзан да би било неумесно постављати захтев скривености мана као услов одговорности продавца. Гаранција за квалитет, добро функционисање, техничке робе нарочито, постаје све више неопходност. Њом се тежи спровођењу што консеквентније заштите купца, а истовремено и очувању уговора, пошто ће уговор остати у важности ако продавац односно произвођач може да отклони мане или испоручи исправан производ.

Институт гаранције игра у привредном праву значајну улогу и испуњава важне економске функције. Гаранција, шта више, представља стимуланс за побољшање квалитета производа.

Еволуција института, о коме је било речи, може се уочити и у нашем правном систему. У том погледу веома је значајна пракса врховних судова, који уносе новине и јединственост у систему заштите купца и његових права код купопродајних уговора.

Љиљана Круљ

CHARLES DEBBASCH: SCIENCE ADMINISTRATIVE, Dalloz- Paris 1971, стр. 682.

Шарл Дбаш, професор и декан Правног факултета (Aix en Provence), који је познат већ и по својим делима *La procédure administrative contentieuse et procedure civile* (1962), *Institutions administratives*, (1965), *Traité de droit de la radiodiffusion* (1967), *Droit administratif* (1969), *L'administration au pouvoir* (1970), као и по другим својим радовима, објавио је ове године и сажети уџбеник Науке о управи (*Précis de science administrative*).

Француска је позната као земља у којој је теорија управног права достигла највиши домет и уједно имала традиционални монопол у проучавању управе. Међутим, од 1950. године, у Француској је све очигледнији поновни развој Науке о управи која је првобитно у XIX веку доминирала у проучавању управе готово у свим европским земљама. Читав низ књига у Француској па и ова књига проф. Дбаша указују да је Наука о управи у Француској у развоју не само појавом нових дела већ и као наставни предмет на правним факултетима. У уводу овог дела писац сажето указује на раније писце који су посвећивали пажњу Науци о управи у европским земљама. Имајући у виду доскорашњи монопол управног права у проучавању управе, готово у свим земљама Европе, проф. Дбаш даје и своје објашњење овом поновном развоју Науке о управи. Разлог овој чињеници види у томе што сматра да се Универзитет повукао у себе „без контакта са конкретним животом“, да се задовољава анализом писаних докумената и често без контакта истраживача са управном стварношћу посебно ванправном делатношћу управе. На супрот томе Наука о управи првенствено проучава односе странке и управе са свим политичким, психолошким и социолошким проблемима који из ових односа проистичу (стр. 11). Не би се смело из овога закључити да проф. Дбаш не види значај и потребу управног права али истиче да је победа управног права у Француској резултат упорне борбе за победу либерализма. Међутим, кад се дошло до тога да управно право обезбеђује заштиту права странака, неопходно је било да Универзитет посвети пажњу проучавању ванправне управне стварности. Указујући на ову чињеницу проф. Дбаш истиче да савремена Наука о управи која је била дуго потиснута од управног права показује знаке да жели да се свети према свом ранијем „тлачитељу“, које се одражава у презиру или што је још горе у индиферентности према управном праву. Проф. Дбаш исправно истиче да проучавање правног феномена управе остаје битно за управу и грађане (стр. 11—12), што уједно значи да се Управно право и Наука о управи узајамно допуњују јер је управа једновремено и правна и социолошка појава. Проф. Дбаш истиче да је предмет Науке о управи управна стварност и да проучава шта је управа, шта треба да буде, и шта ће бити. Значи: 1^о познавати управну стварност односно како функционише управа и који су проблеми; 2^о проучавати да ли управа одговара циљу који је њој одређен и које су промене потребне да би управа што боље одговорила задатку који је њој одређен и 3^о Наука о управи настоји да из познавања управне стварности предвиди законе еволуције управних си-

стема. По себи се разуме, истиче проф. Дбаш, да ови закони могу бити само релативни јер не могу претендовати да буду као што и закони физике, пошто указују на могућности да их људски фактор може увек изменити, али они уједно уводе сумњу која је научно здрава јер има у виду тачне границе научног метода примењеног на понашање људских система (стр. 7—8).

Проф. Дбаш је књигу поделио у више делова. У уводу излаже о односу управе и друштва, предмет и метод Науке о управи као и развој Науке о управи и у другим земљама. Прву главу посветио је појму управне функције и квалификацији мисија управе. Посебно посвећује пажњу односу управе и власти узимајући у обзир утицај политичког режима правног система као и утицај историског и људског фактора. Друга глава посвећена је одлучивању управе у којој излаже класификацију и карактер управних одлука. Посебно обрађује и систем комуникација у вези са одлукама управе као и процес доношења одлука. У трећој глави излаже структуру централне и локалне управе као и специјализованих управних служби. У овој глави излаже и о реформи управе указујући да реформа може бити институционална, брутална или се примењује експериментални метод. Овде излаже све добре и рђаве стране ових метода. Четврта глава посвећена је упоредном проучавању улоге и статуса службеника, а пета глава средствима управне делатности као и организацији и методама управне делатности. У шестој глави изложена је политичка, управна и судска контрола рада управе, као и посебна контрола рада управе коју врши Омбудсман у неким земљама и прокуратор у СССР-у. Седма глава посвећена је односу управе и грађана.

Иако је књига сажето писана њена је одлика и у том што је писац посветио пажњу не само француским институцијама које је проучавао, већ, негде више а негде мање указивао на друге земље и њихова решења о појединим установама и проблемима управе које је у књизи изложио. Посебно је обраћао пажњу на поједина решења у вези са управом у Белгији, Великој Британији, Италији Савезној републици Немачкој, САД и СССР. То и чини посебну вредност ове књиге јер је дат сажет упоредни преглед многих институција управе.

Поред тога добра страна ове књиге је и у томе што је уз сваку главу наведена основна библиографија не само француске већ и упоредна библиографија и других земаља о институцији која се излаже. Штета што није наведена и основна библиографија Науке о управи у социјалистичким земљама а ни наведена основна совјетска литература није потпуна мада се већ читав низ година Наука о управи у свим социјалистичким земљама све више развија. Независно од тога да ли се са свим изнетим гледиштима у овој књизи југословенски читалац слаже и што писац у упоредном излагању о контроли рада управе само узгред у примедби помиње југословенски управни спор али га не истиче као изразити вид судске контроле рада управе у једној социјалистичкој земљи, несумњиво је да ће ово дело проф. Дбаша бити од користи сваком ко буде хтео да добије један општи и сажети преглед Науке о управи не само у Француској већ и у другим државама.

Д. Б. Денковић

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО, под редакцией проф. А. Е. Лунева. Институт государства и права Академии наук СССР, „Юридическая литература“, Москва. 1970, стр. 597.

Проф. А. Е. Лунев са групом совјетских правника објавио је друго издање овог уџбеника совјетског управног права које је намењено студентима правних института и факултета. Овај сажети уџбеник обухвата и општи и посебни део совјетског управног права. У првој глави општег дела излаже појам државне управе; управне норме и управно правне односе; изворе управног права, предмет, метод и развој совјетског управног права и Науке

о управљању. У другој глави излаже начела совјетске државне управе. Трећа глава посвећена је субјектима совјетског управног права. Четврта, излаже систем органа државне управе. У петој, изложени су појам и начела совјетске државне службе а у шестој глави области и методи рада државне управе и посебно акти управе и управни поступак. Седма глава посвећена је контроли рада управе. У посебном делу управног права изложено је планирање, управљање у области финансија и поред тога изложено је управљање народном привредом, социјално-културним службама, управно-политичким службама као и управом у области иностраних политичких и економских послова. На крају су изложени и органи државне управе који остварују контролу извршења законодавства о религијама односно контролу верских организација. У овом издању изостављена је посебна глава која је била посвећена упоредном управном праву а објављена у издању од 1967. године. Добро је што је тај део уџбеника сад изостављен јер није био ни потпун а и сувише је био догматски обрађен, тако да није могао давати објективан приказ упоредног управног права. Без обзира на друштвено политички систем поједини институти управног права имају места у сваком друштвено-политичком систему иако имају другу садржину односно штите други друштвено-политички систем. То је већ истакнуто и у совјетској правној литератури поводом гледишта која су против управног спора у совјетском савезу.

Не улазећи у детаљнију анализу овог уџбеника која може бити предмет посебног расправљања одлика је овог уџбеника да даје сажет и јасан преглед совјетског управног права и може бити од користи сваком ко буде хтео да има увид у општи и посебни део совјетског управног права.

Д. Ђ. Денковић

ANDRE GRISEL, DROIT ADMINISTRATIF SUISSE. Neuchatel, editions Idés. et calendes et Paris, Dalloz, 1970, 456 стр.

Швајцарски судија федералног суда и председник Већа за управне спорове истог суда г. А. Гризел (*A. Grisel*) овим својим делом дао је први систем општег дела швајцарског управног права на француском језику. Поред већ познатих новијих система швајцарског управног права која су на немачком језику објавили проф. Ервин Рук (*Ervin Ruck*) и проф. Ђ. Бакомети *Zaccaria Giacometti* ово дело председника Гризела омогућиће ближе упознавање швајцарског управног права онима који се лакше служе француским језиком.

Књига је подељена у десет глава: предмет управног права; управа и други државни органи; организација јавне управе; делатност управе; службеници; јавни домен; права и обавезе грађана; ограничења својине; одговорност државе и службених лица; управно судство.

Одлика ове књиге је и у томе што је писана од судије практичара, који теорију швајцарског управног права излаже на јасан и сажет начин, указујући на крају сваког одељка и на примере судских одлука која су у пракси примењивала начела управног права.

За југословенске правнике швајцарско управно право је утолико од већег интереса што у Швајцарској поред управног права Конфедерације постоје још двадесетпет кантона и полукантона са својим управним правом, уколико федерално право не дерогира посебно управно право кантона. Сва ова правила укупно чине швајцарско управно право које, иако негује посебности управних права кантона, тежи извесном униформисању, јер, како у уводу своје књиге истиче председник Гризел, савезни устав Швајцарске фаворизује ову еволуцију (стр. 29) а с друге стране чињеница је да постоји сличност федералног и кантоналног права (стр. 30).

С обзиром да ова књига излаже општи део швајцарског управног права, писац је изнео основна начела савезног устава онолико колико регулишу организацију и делатност савезне управе и кантоналне управе. Да би што потпуније и сажето изложио ова основна начела, председник Гризел је, пре свега, при излагању материје из искључиве надлежности централне управе настојао, како он сам каже, да из ове материје извуче правна правила која су у истом смислу прихваћена и у примени код већине кантона. Ради остварења овог циља писац је поступио на два начина. Кад је федерално законодавство у једној области регулисало неке односе готово истоветно као и кантонално законодавство, писац је анализирао само федерално законодавство јер је често било и узор кантоналног законодавства. Међутим, кад је кантонално законодавство на специфичан начин регулисало неке односе писац је настојао да укаже на значај ових разлика које и поред разноликости не искључују и сличност. Баш због овог специфичног излагања швајцарског управног права с обзиром на извесне разлике савезног и кантоналног законодавства, за југословенску правну теорију и праксу може бити од интереса и од користи упознавање појединих решења овако изложеног швајцарског управног права.

Књига је писана јасно и једноставно. Нису изостављена теоријска излагања али се осећа да их излаже практичар који није преоптерећен тежњом за стварањем све новијих теоријских концепција, већ уколико са жето, једноставно и у потребној мери излаже начела теорије управног права, он одмах излаже и правна средства којима се позитивним правом утврђена начела и права могу штитити.

Својим једноставним методом излагања теорије управног права писац уједно упозорава теоретичаре управног права да се излагања теорије управног права која су у неким делима и доста сложено изложена, могу у одређеној мери излагати и теоријски једноставно, у оквирима потребним за синтетичка уобличавања основних начела и са неопходним указивањем на примену изложених основних начела у пракси.

Књига председника Гризела свакако остаје као пример таквог јасног излагања управног права и како истиче проф. Roland Drago, уједно се супротставља тежњама неких теоретичара управног права који сматрају да је управно право интелектуална дијалектика коју може разумети само одређена мањина. Председник Гризел својим делом о управном праву Швајцарске свакако улази у круг оних правних теоретичара права који управно право приближују не само узаном крућу правних стручњака већ и грађане приступачно упознаје са управним правом и самим тим доприноси јачању и заштити грађана и правних лица као и заштити законитости у његовој земљи. Свиом својим одликама књига председника Гризела омогућује да се могу лакше упознати основна начела и општи појмови швајцарског управног права.

Д. Б. Денковић

LUIS RECASÉNS SICHES: TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Mexico, ed. Porrua, 1965, 717 p.

Поријеклом Шпањолац, образовањем везан за њемачку правнотеоријску традицију, до 30-тих година професор филозофије права у Барселони и Мадриду, а затим на Мексичком универзитету, L. R. Siches (Сичес) заузима једно од почасних мјеста међу савременим правним мислиоцима. Он сурђује и приказиван је већ пуних педесет година у многим свјетским правним публикацијама, због чега су његови ставови донекле доступни и онима који се не користе шапњолским језиком. Ипак, нажалост, неправедна и мало позната остају ван Латинске Америке и Шпаније најзначајнија дјела из замашног Сичесовог опуса: *Direcciones contemporaneas del pensamiento juridico*, Барселона, 1929, 239 п.; *Vida humana, sociedad y derecho*,

Mexico, 1939, 386 п, (пријевод у *Latin American legal philosophy*, Cambridge, Mass., 1948); *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Mexico, 1956, 304 п.; *Tratado general de sociología*, Mexico, 1958, 636 п.; *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, t. I—II, Mexico, 1963. 1174 п., те назјад *Tratado general de filosofía del derecho*.

Tratado general је синтетички и вјероватно коначан израз Сичесове правнофилософске мисли уобличене тијеком више десетљећа научног дјеловања. Али то је уједно и универзитетски уџбеник филозофије права, па стога аутор настоји да избјегне искушењу теоријско-ерудитске самодовољности и дјело учини приступачним по стилу и по усмјерености на практичне проблеме правника.

У 21. поглављу ове обимне књиге (777 страница ситног тиска) уочљиве су четири основне проблемске области ауторових размислања и излагања: *појам права* и његово филозофско-онтолошко утемељење (погл. II—VIII); *основни правни појмови* који се изводе из појма права (погл. IX—XIII); *теорија правних вриједности или идеала* (погл. XIV—XX) и *теорија тумачења права* (погл. XXI). Јасно је само по себи да у оваквом информативном приказу можемо тек назначити, слиједећи систематику самог аутора, најважније теоријске проблеме које ово дјело дотиче и Сичесове одговоре на њих, док за критичку оцјену ауторових погледа оваје уопће нема мјеста.

У погл. I (стр. 1—46) излажу се *главни задаци правника*. Ту је прије свега ријеч о *стручно-догматском задатку* проналажења правних норми, конституирања правних института, систематизације правних норми и отклањања протурјечности и празнина у правном систему, све то с обзиром на становите вриједности које владају правним поретком. Предмети те дјелатности правника јесу: правно квалифицирана друштвена стварност, правне норме и правни појмови којима се право схваћа и организира, а њен најзначајнији, средишњи облик је судска дјелатност. Међутим, правник врши још и *критичко-филозофски задатак*. Он у филозофији права, сматра Сичес, у складу с неокантовском схемом, постиже оно што не може постићи у оквирима правне науке: прво, утврђује универзални концепт или есенцију права и остале априорно-неужне правне појмове који су увјет правног искуства, и друго, утврђује идеју права или крајње правне вриједности и врши оцјену позитивног права са стајалишта правне идеје. На границама тих двију основних правних дјелатности развија се својеврсна *практичко-филозофска дјелатност* у процесу тумачења, у настојањима људи за правнополитичке преображаје и у законодавно-судској политици. У том смислу, филозофија права утјече увијек на развој позитивног права, а тиме уједно и учествује у његовој друштвено-инструменталној функцији. Ово поглавље завршава једном исцрпном библиографијом (на 26 страница) теоријских правних дјела свих методолошких праваца и из свих крајева свијета, посебно вриједне због података из Латинске Америке.

Погл. II (стр. 47—152), најобимније и садржајно најбогатије, сажима опћефилозофске и социолошке поставке које је Сичес већ раније формулирао у „*Vida humana, sociedad y derecho*” и „*Tratado general de sociología*” као темеље за своју филозофију права — поставке које су својеврсни спој *филозофије културе* (*Dilthey*), *Дилтеј*, *филозофије живота* (посебно *J. Ortega y Gasset*) *Ј. Ортега и Гасети* и *феноменолошке теорије ериједности*. Почиње постављањем питања о концепту и бити права: зашто се неке појаве стално и свугдје називају „правним” и којем дијелу битка или универзума припадају такве појаве? Полазећи од феноменолошке тезе о онтолошким регијама или плуралитету предмета (есенција), Сичес разликује физичке и психичке *природне предмете*, *идеалне предмете* и *културне предмете*, а у основи, или као веза посљедњих двају, поставља темељну категорију *људског живота*. Он потом доказује да предмет-право не може припадати сфери физичке природе, будући да су му својствени и есенцијални факторитет, требање и слобода; због истих разлога право не припада ни регији психичке природе, иако се јавља као садржај психичких процеса; али право не може припадати ни регији идеалних, тј. објективно важећих, ванвре-

менских и ванпросторних предмета, будући да увијек постоји као право датог времена и простора. *Вриједности* су, према *Husserlu*, (*Хусерлу*) *Schelegu* (Шелеру) и *Hartmannu* (Хартману) један од облика идеалних предмета с објективним важењем; Сичес усваја ову феноменолошку концепцију вриједности, заједно с њеним побивањем психологизма, њеним објашњењем односа између вриједности, реалности и нормативности, њеном тезом о интуитивној спознаји вриједности итд., али он уједно феноменолошкој концепцији ставља примједбу да је сувише апстрактна и да занемарује однос вриједности према „егзистенцији или људском животу као фундаменталној реалности”. „Вриједности нису есенције сличне платонским идејама, како сматра Хартман, већ су битно управљене и везане за људски живот” и њихов смисао се даје увијек у „конкретним егзистенцијалним ситуацијама”. Из тога, пак, слиједи: ако је очигледно да предмет-право не припада регији чистих вриједности као идеја, ипак нам искуство и интуиција указују да је *за право битно да представља покушај тумачења и остварења становитих вриједности*. Стога, закључује Сичес, „предосјећамо да право требамо тражити у људском животу”, односно да истраживање о бити права треба смјестити управо у оквире филозофског разматрања те фундаменталне реалности.

Сичесова филозофија живота, која по садржају и есејистичко-несистематској форми наставља тзв. „рационализам” ж. Ортега и Гасета, тешко се може изразити у неколико реченица. Главне тезе су слиједеће: *Индивидуални људски живот* је она радикална стварност која увјетује и укључује у себе сва остала бића релевантна за човјека. Оно је по онтолошкој структури јединство несвадљивог „ја” и „околног свијета”, тј. не само самосвијест него и самостварање у становитој ситуацији — стално и нужно одлучивање или избор између објективних могућности које је вођено потребама и циљевима индивидуе и које треба у сваком чину оправдати с обзиром на неке вриједности. Структура живота, као самостварања, јесте, дакле, телеолошка и вриједносна; егзистенцијалне одлуке, којима ми себе пројекцирамо у ситуацији, имплементирају увијек наше преферирање неких објективних могућности или вредновање. У том погледу има право гносеологија идеализма кад сматра да је свијест радикална стварност, да се „ја” увијек првенствено односи на „ствари у мени”, али идеализам занемарује узajамну зависност „ја” и „свијета” (као ситуације) у структури егзистенције. Перспективизам Ортега и Гасета, по многоме сродан прагматизму, јесте гносеолошко рјешење прихватљиво Сичесу: човјек организира, селекционира и схваћа постојећи свијет према перспективи коју одређују његови интереси и вриједности. Егзистенција и њезина истина састоје се у неразводном супостојању и међузависности субјекта и објекта. Зато је погрешна и искључивост алтернативе детерминизам-индетерминизам: човјек онтолошки *јесте слобода*, његова је бит у томе да мора бирати, преферирати у једном мноштву могућности повијесне ситуације; али та његова слобода представља каузалитет као одређење његовог поља стварања — и, што више, сама слобода (тј. човјек) непрекидно ствара један нови ред каузалитета и детерминизма у свијету. Предмете, пак, које човјек ствара, назива Сичес „*објективираним људским животом*” или *културом*, тј. творевине у којима опстоји бивши људски живот. За културни предмет је битно да он има, поред супстрата или материје која га држи и преноси, исту вриједносну и телеолошку структуру као и аутентичан живот из којег изиже. Културни предмет је реалност која носи *смисао или значење*, реалност коју треба *разумјети* као људску релацију према вриједностима. Култура је трансцендирање појединачне егзистенције кроз остварење вриједности у људским дјелима становите повијесне ситуације. Али културни предмети немају властити живот: они постоје само у *доживљају* савременика који обнављају, рестварују, па према томе неизбјежно и модифицирају у одређеној мјери њихов аутентични смисао. Култура је баштина, скуп наслеђених људских смисаоних творевина, али баштина чији смисао еволуира у актуалном животу. Због тога Сичес говори и о *култури у ширем смислу* или јединству људских творевина и самог људског живота који те творевине

не доживљава на начин да их обнавља и мијења. Управо је ово шире схватање културе онтолошка регија у којој Сичес смијешта право: *правне норме* су један облик објективираних људске свијести или културних творевина, а *важеће или ефективно право* је само постојање тих творевина у актуалном људском животу као процес њихове индивидуализирајуће примјене (судске, управне итд.) односно обнављања, тумачења, остварења и еволуирања њиховог смисла.

Култура је онтолошка регија не само права него још и технике, економије, религије, умјетности, државе, моралности, знаности итд. Задатак је филозофије живота и културологије да испита врсна и специфична обиљежја сваког од тих облика културе. Сичес у овом поглављу објашњава само двије основне или врсне категорије права: *нормативност* и *колективност*. Право спада у нормативна значења или изразе требања који, насупрот дескриптивним значењима или изразима бивања, важе неовисно о свом појединачном остварењу. С друге стране, право је смисаони израз друштвеног живота, тј. оно оног понашања и мишљења који су генерализирани или које појединци преузимају од других појединаца. Колективно нема властиту супстанцијалност, као што је има аутентична егзистенција: оно је напросто униформираност или слагање понашања, мисли и осјећања припадника групе које остварују искључиво појединци. Сичес анализира структуру личности и међуовјетованост индивидуалног и социјалног; разликује незамјенљиве индивидуалне односе од колективних односа замјенивих особа које су носиоци функција — истичући да право спада у ову другу категорију; затим директовски одређује друштвене појаве као принуду, објашњавајући и њих помоћу појма културе. Пoglавље II завршава поновним афирмирањем повјесне бити човјека, културе и права, те одбацивањем природнознавствених и формално-математских модела њиховог објашњавања; у људском животу и творевинама не влада математизирајућа „логика рационалног“, већ „логика разложног“ или логика животног и повијесно-колективног искуства и разума којом се схваћају или тумаче живот и култура из њихове властите, вриједносне и теолошке бити. Та логика живота или „разложног“, истиче „рационалист“ Сичес, јесте логика која је својствена праву и једина која омогућава спознају права.

У погл. III (153—166) одређује се коначно структура права као једног од облика објективираних људског живота чији се смисао рествара, остварује и мијења у актуалном животу. Хисторија теорије о појму права показује, сматра Сичес, да је већина правних мислилаца налазила предмет-право у једној од слиједећих категорија: *вриједности*, *формално требање* и *друштвени факт*. Противно познатој тези *E. G. Maunera* (Мајнеа) да су те три категорије појмовно сасвим независне и да спорне разлике између аксиолошких, нормативних и социолошких дефиниција права имају искључиво вербални значај, Сичес чини својим стајалиште бразилијанског теоретичара *Miguel Realea* према којему се *право састоји управо из дијалектичке повезаности тих трију димензија*. Право није ни чиста вриједност идеалних норми природног права, ни само норма која се не остварује, нити само понашање без референције на вриједности и норме; „право је друштвена творевина (факт) нормативног облика која је управљена на остварење становитих вриједности“. Ово *тродимензионално схваћање* не спријечава нас, међутим, да сложену појавност коју називамо правом не изучавамо различитим методама и претежно у једној, другој или трећој од њених димензија. Тако се, опет у складу с теоријом Реалеа, право као вриједност изучава у *правној аксиологији* и *правној политици*, право као норма у *опћој теорији права* и *правној догматици*, а право као факт у *правној културологији* и *социологији права*.

Кратко погл. IV (стр. 167—170) је увод у Сичесова разматрања специфичних обиљежја права у односу на друге нормативне поретке: овај се приказује *примитивни обичај* као још неиздиференцирана норма и његов развој од факта спонтане принуде и навике у стварну нормативну свијест.

У погл. V (стр. 171—198) утврђују се формалне разлике између *права и морала* као етичких поредака. Морал је субјективно и апсолутно оправдање понашања са стајалишта вриједности аутентичног живота појединаца, док је право објективно и релативно оправдање понашања са стајалишта специфичних вриједности друштвене коегзистенције. Морал одређује понашање субјеката искључиво са гледишта његових властитих могућности (унилатералност), док право одређује понашање са обзиром на интерсубјективне могућности (билатералност). Морал је стога аутономни етички поредак личности, а право хетерономни друштвени етички поредак. Надаље, морал је управљен искључиво на конституирање дужности, док је право управљено на конституирање дужности и овлашћења. Морал захтјева чистоћу наміјере, право у начелу захтјева само вањско понашање; прво полази од унутрашњег, друго од вањског аспекта понашања. Из тога опет произилази да правна норма може бити изнуђена, док морална то не може бити, будући да је за моралну дужност битно да се врши по слободном увјерењу о нужности моралног захтјева. Сичес на крају побија *in extenso* приговоре који се у правној теорији износе против тезе о принудности као битном обиљежју права, при чему се, једнако као и у цијелом поглављу, осјећа снажан уплив ставова Г. Дел Векија (*G. Del Vecchio*).

У погл. VI (стр. 199—212) се расправља о разним нормативним порецима који иду од *навада до обичаја*, а имају комбинирана обиљежја морала и права. Одабацује се разликовање обичаја од права по садржају, а заступа разликовање по карактеру санкције и односу аутономност-хетерономност. Уједно се истиче повијесна променљивост подручја правног и обичајног поретка и процеси међуутјецања.

Погл. VII (стр. 213—219) посвећено је односу *права и арбитрерности* као негације права, тј. као захтјева суверене власти којему недостаје обиљежје правилности или нормативитета и којим се произвољно изузима један случај из норме а да се при томе не ствара нова норма. Сичес разликује арбитрерност од *илегалности* и *дискреционе оцјене*. Арбитрерност се темељи на голој сили и нарушава у највећем ступњу вриједности сигурности и извјесности које су праву иманентне.

Погл. VIII (стр. 220—231) говори о трима *нужним друштвеним функцијама права*. У првом реду, правни систем увијек остварује друштвено неопходне вриједности *сигурности* и *извјесности*. Чак и онда када правни систем или правна норма нису праведни, они сами по себи, као нормативност, уносе у друштвене односе извјестан ступањ сигурности и извјесности — што повезује Сичес с формалним критеријем правности према којем „за правност није битан садржај норме, него специфична форма захтјева”. Наравно, сигурност и извјесност права само су дјеломично остварљиви — због сукоба с идејом правде, апстрактног карактера норме, друштвене динамике итд. Друга нужна функција права јесте принудно и објективизирано *рјешавање сукоба у друштву*, тј. утврђивање, хијерархизирање, разграничавање и заштита једних интереса на рачун других. Оваје се Сичес користи Паундовом тројном класификационом схемом интереса. Најзад, право је увијек средство *организирања, легализирања и становитог ограничавања државне власти*.

У погл. IX (стр. 232—239) Сичес излаже *теорију субјективног права*. Одабацује вољну, интересну и мјешовиту теорију, прихватајући чисто нормативну поставку да је субјективно право у најширем смислу „средство које норма даје неким особама по којем су ове у могућности правног увјетавања обавезе одређеног понашања друге или других особа”. Субјективно право је нормативна квалификација, а воља само најчешћи увјет његовог остварења. У наставку, Сичес настоји аналитички диференцирати три подврсте субјективног права: а) корелатив обвезе којим се неовисно о вољи корисника потврђује његова слобода, б) корелатив обвезе који се, као моћ захтјевања и покретања принуде, остварује вољом корисника, и в) моћ стварања, мијењања и гашења правног односа. Он затим одређује и категорију *права слободе* као моћи да се оствари или не оствари своје суб-

јективно право. На крају, Сичес сматра да ни јуснатурализам није никада порицао логички приоритет правне норме у односу на субјективно право; о таквом приоритету може се говорити једино у психолошком или аксиолошком смислу.

У X (стр. 240—243) супротставља се појам *правне обвезе* појму моралне обвезе и дефинира први као однос субјекта према норми у коју субјект може бити принудно санкциониран ако се не понаша на одређени начин.

Погл. XI (стр. 244—280), гдје аутор разматра проблематику *правне субјективности*, почиње опширним разликовањем филозофског, психолошког, социолошког и правног смисла израза „субјект“. Указује се на то да теорије о правном субјекту често мијешају *четири самостална реда питања*: питање суштине правног субјекта као нормативне квалификације, питање тко је у конкретном правном систему субјект права у првом смислу, питање ванправне реалности бића која су квалифицирана као правни субјекти, и питање вриједносног критерија по којему би требало правни систем додијеливати ознаку правне субјективности. Тако се нпр. разликовање индивидуалног и колективног правног субјекта најчешће изводи у оквиру првог питања, премда је оно заправо садржај трећег питања. Као што Келсен каже, правна субјективност је нормативна категорија, технички поступак нормативног убрајања, у крајњој анализи само скуп или јединствени израз овлашћења и обвеза које норме урачунавају једном човјеку или више људи. Правни субјект (индивидуалан и колективни) је конструкција, а не реалан човјек; он је заправо улога или функција постављена нормом, апстрактна и схематска димензија човјека која обухваћа само парцијалне аспекте његове реалне егзистенције. Колективни субјекти, пак, имају своју ванправну основу у колективним друштвеним појавама које Сичес објашњава, у складу са својом концепцијом социјалног, на сличан начин као *Hauriou* (Ориу) „институције“ и *von Wiese* (фон Визе) „апстрактна колективна бића“.

Погл. XII (стр. 281—333) обрађује проблематику *правног система*. Најприје се објашњава да се под изразом „извори права“ крију различита питања која се не смију мијешати: питање основе важења правних норми, питање начина стварног настајања позитивноправног садржаја, питање о облицима које правни системи предвиђају за стварање права, и питање о најпогоднијим облицима стварања права за одређено друштво. У погледу другог питања Сичес заузима социолошко стајалиште о државно-социјалном поријеклу права, а подробноје обрађује правни обичај, закон, судске одлуке и подзаконске акте. Ипак, еминентно филозофско питање је тек оно прво. Према Сичесу, заједничка основа важења свих правних норми јесте „воља државе“ у смислу јединственог нормативног убрајања: акти одређених људи (службених особа) не убрајају се њима самима, већ субјекту-држави као персонификацији система правних норми. Норма представља важеће право ако се реферира на тако схваћену (не у психолошком смислу) „вољу државе“, тј. ако се примјењује и изнуђује од стране органа. Та заједничка основа важења правних норми изражена је још и категоријом *хипотетичке основне норме* (правнолошког устава) односно *принципом ефикасности* међународног права у Меркл-Калсеновом учењу о ступњеваности и важењу права — за које учење Сичес наглашава да није опис стварног правног процеса, већ само једна од могућих метода јединственог објашњења и систематизације позитивног права. У складу с тим, Сичес говори о два начина производње права: оригинарном и деривативном. Оригинарни начин је онај по којему се остварује основна норма правног система путем револуције, удара или освајања; при томе аутор сматра да није довољно за настанак новог правног поретка да револуција успостави ефикасну власт, него да је потребно још да успостављена власт не буде арбитерна и да буде израз „превладавајуће друштвене воље“ или јавног мијења — став који несумњиво означава Сичесово помицање од раније усвојеног нормативног критерија правности ка једном мјешовитом нормативно-вриједносном критерију! Под деривативним начином стварања права подразумева се ступњевана нормативноправна дјелатност која се раз-

бија, темељећи се на основну норму, од првог позитивног устава до индивидуалних правних норми и материјалних аката извршња. *Индивидуална норма*, нарочито судска одлука, није при томе резултат силогизма; она је стваралачка конкретизација опћих правних норми која се може само појављивати у облику силогизма, али чија је бит ипак у вредновању и избору премиса. Иако истиче огроман значај и нужност опћих норми, аутор сматра да је пресуда „*савршена правна норма*“, једино непосредно примјењиво и потпуно реално право. С тим у вези Сичес каже (попут Ц. Косија) да се о „правним празнинама“ може говорити само у односу на законе, али не и на правни систем — будући да судија мора ријешити сваки случај, тј. створити право и онда кад не постоји законска одреба.

У погл. XIII (стр. 334—366) расправља се о односу *права и државе*. Одбацују се као једностране или недовољне натуралистичке, романтичне, хегеловске, социологистичке, двостране (Јелинек) и чисто нормативне (Келсен) теорије о држави. Посвећујући нарочиту пажњу Келсену, Сичес истиче успјешност његове критике социологистичких и двостраних концепција, али ипак сматра неприхватљивом његову идентификацију државе и права: друштвени процеси који су претпоставка и оквир права јесу уистину метајуридичке појаве, али су толико неопходне за схваћање јуридичког да морају бити поссбан предмет јусфилозофског разматрања. За правника држава занста постоји само уколико се изражава у правном систему, тј. као јединство свих аката органа у стварању и примјени права, али то јуридичко схваћање није потпуно; држава је прије свега једноповијесно људско дјело, скуп реалних процеса друштвене интеграције с политичким смислом — што се види већ из принципа ефикасности и подршке јавног мњења као основа правног система.

С погл. XIV (стр. 367—384) почиње Сичесова *теорија правних вриједности*, која обухваћа скоро половину књиге. У њему се доказује нужност вредновања, односно оцењивања и оправдавања права с обзиром на идеалне принципе. Ту нужност потврђује не само стална присутност аксиолошке проблематике у правнотеоријској мисли од питагорејаца до наших дана него и иманентност вредновања у народној правној свијести, у правној идеологији и политици, у уставним и другим актима и у конкретном правном одлучивању. Правна норма је увијек, чак и кад је неправедна, нешто више од формалног требања: израз одређења, избора, селекције могућности понашања, укратко, једна творевина с етичким значењем.

У погл. XV (стр. 385—392) аутор примјењује *феноменолошку критику емпиризма у области правне аксиологије*, доказујући неодрживост емпиристичке и натуралистичке теорије вриједности аргументацијом да свијет чињеница не може давати критерије властитог етичког оцењивања. Вриједности су *априорне идеје*, тј. не проистичу из искуства, али је тачно да се остварују у искуству, најчешће спознају у поводу искуства и да увијек рефлектирају повијесно-искуствене структуре. На тај начин Сичес тежи да „превлада истодобно емпиризам и чисти рационализам“.

Међутим, априорност не имплицира објективност: постоји субјективна априорност, као конфигурација психе, и објективна априорност, као важење идеалних принципа неовисно о психичкој увјетованости. Због тога, у оквиру априористичке етике и правне аксиологије настаје основна противност између *психологистичких и објективистичких концепција вриједности*. У погл. XVI (стр. 393—421) разматрају се индивидуалистички етички психологизам енглеске школе, *Schopenhauera* (Шопенхауера), *Schlossmanna* (Шлосмана), *Loeninga* (Ленинга), *Freuda* (Фројда), *Hagerstroma*, *Perrya* (Перија) и других, те социјални етички психологизам *Durkheima* (Диркема), *Levy-Bruhla* (Леву-Брила), *Savignya*, (Савинија), *Jellineka* (Јелинека). Против психологизма, који брка постојање вриједности са спознајом и осјећањем вриједности и има за посљедицу етички скептицизам, Сичес наводи објективистичке тезе Шелера и Хартмана и аргументацију којом је Хусерл побијао психологизам у логици. На крају се опширно излаже и критикује *вриједносни субјективизам Келсена*. Келсен, наиме, супротно многим погрешним тумачењима, признаје постојање и важност аксиолошког у праву;

али, он не сматра могућом научну спознају вриједности односно вредновања, тј. не сматра могућим рационално утврђивање посљедњих апсолутних циљева у праву, будући да би ти циљеви били субјективно-ирационални ставови. Сичес каже да је Келсенова релативистичка теорија вредновања не само онтолошки незаснована, на нивоу Комптеовог позитивизма, с уским поимањем људске бити и методе спознаје него да она не објашњава до краја ни властите кључне појмове „субјективности“, „емоционалности“, „ирационалности“ итд.; штовише, Келсенова теорија вредновања постаје протурјечна у тренутку кад се Келсен одлучно опредељује, као истински објективист, за једну сасвим одређену, либералистичко-демократску правну идеологију.

Проблем *повијесности правних идеала*, предмет погл. XVII (стр. 422—478) био би, према аутору, средишни и најтежи проблем правне аксиологије. За правне идеале могло би се рећи, сматра Сичес, да су повијесни и промјењиви, као и сами позитивни правни системи; није повијесност идеала супротна објективној априорности вриједности, већ рационалистичко-математизирајућој тези о њиховој апсолутности. Сичес панорамски приказује начине како се у опћој и правној филозофији рјешавао до данас проблем *односа разума и повијести*, од ставова о њиховој неспојивости до покушаја синтезе: апсолутизам разума у Платона, хармонизирање разума и повијести у Аристотела, дуализам Аугустина, разликовање непромјењиве бити и промјењивог садржаја природног права у схоластици, рационалистичка апсолутизација повијесних услова у школи природног права, формалистички рационализам *Rousseaua* (Русоа) и Канта, апсолутизам повијесног у њемачком романтизму, идентитет разума и повијести у Хегела, поништавање самог проблема у позитивизму и натурализму, сцијентизам и метафизика повијести у *Маркса*, формална идеја права и промјењиво природно право у Стамлера, те критика Стамлеровог формализма са стајалишта феноменолошке материјалне аксиологије. По Сичесу, у правној аксиологији се могу ускладити моменти константности и промјењивости само тако да се обилежје повијесности не придаје чистим вриједностима, већ правним идеалима којима се „захтјеви вриједности остварују с особинама повијесних ситуација“. У том смислу, коријени повијесности правних идеала јесу: различитост и промјењивост потреба и садржаја о којима овиси остварење вриједности, стечено искуство у остварењу вриједности и хијерархија и хитност друштвених потреба и идеала. Сичес истиче *плуралитет* вриједности с обзиром на облике и области живота (овдје је важна дистинкција између правних, моралних, религиозних и др. вриједности) и *ситуационалност* вриједности с обзиром на повијесне структуре.

Погл. XVIII (стр. 479—496) посвећено је врховној правној вриједности: *правди*. Разликујући виши етички смисао израза „правда“ као универзалне врлине од уобичајеног смисла тог израза као особене правне вриједности, аутор доказује једним хисторијским приказом да у теоријско-правној мисли постоји једнодушност у схваћању правде у правном значењу као *формалног принципа једнакости или пропорционалности*. Стварни и најтежи проблем теорије правде јесте, пак, пронаћи критерије који омогућују садржајну конкретизацију принципа праведности. Сичес износи неке од многобројних критерија који су предлагани у политичкој и правној теорији и пракси, а сам усваја класичну поставку да се правда састоји у уравниожењеном остварењу свих вриједности који су у питању у неком интересубјективном односу. Један од главних задатака правне аксиологије био би управо у одређивању хијерархије вриједности и међусобног одношења вриједности које надахњују право на универзалан и конкретно-повијесни начин.

Опширно погл. XIX (стр. 497—547) садржи Сичесову „типологију основних правно-политичких филозофија“ изграђену с обзиром на врховне правне идеале по којима се оријентирају правни системи. Све правно-политичке филозофије (ми бисмо казали: идеологије) сводиле би се на двије антитетичке и непомирљиве позиције: *персонализам* и *трансперсонализам*. Према првој позицији човек-појединац је највиша вриједност и циљ у

својој конкретној датости, а култура и колективни облици живота полазе од њега и конвергирају к њему; према другој позицији, појединац је средство за стварање културних добара или за изградњу колектива, нације, државе итд. као циљева за себе. Трансперсоналистичко ништење достојанства личности и његову егзалтацију колектива, најчешће државе, аутор налази у Платона и Аристотела, у њемачком романтизму, у доктринама рестаурације, у Хегела, у наци-фашизму и совјетском комунизму. Персонализам би имао своје најчвршће основе у кришћанском хуманизму, а затим у ренесанси, у политичком либерализму XVIII и XIX ст. (чије се концепције, нарочито политичког утовора и демократије, у овој књизи исцрпно излажу), у хуманистичком социјализму и, коначно, у неолиберализму или доктрини која жели исправљање грешака класичног капитализма на начелнама слободне иницијативе, глобалног планирања и основне једнакости свих људи у друштвеним шансама. Сам аутор се опредељује за овакву неолибералистичку идеологију, односно концепцију правде. Персонализам опћенито почива на филозофским поставкама о индивидуалној свијести као средишту стварности, о неразводности „ја“ и „свијета“ у аутентичном људском животу, о појединцу као изворишту смисла у култури, о супериорности вриједности личности над вриједностима колектива. Рећи да су колектив и држава само средства остварења моралних и правних вриједности личности не значи, међутим, бити на позицијама себичног индивидуализма и солипсизма; у антагонизму персонализма и трансперсонализма не смије се тражити антагонизам индивидуалних и социјалних вриједности; хуманистички схваћене социјалне вриједности (сигурност, слобода, правда) не само што остварују својим напором појединци него су оне увјет индивидуалних вриједности у том смислу што значе самоограничење слобода појединаца ради остварења индивидуалних вриједности свих. „Опће добро“ не разликује се садржајно од индивидуалног добра или интереса, јер се састоји управо од највеће мјере добра за највећи број појединаца.

Погл. XX (стр. 548—626) специфицира принципе персоналистичке идеологије у постулат људског достојанства и у основна природноправна права човјека — природноправна у том смислу што нужно произлазе из тог постулата и затим добијају конкретно-повијесне формулације у уставима, Повељи ОУН, Универзалној декларацији о правима човјека итд. Прва skupина основних права јесте право на живот који се развија даље уз низ права човјека. Другу skupину чине права на слободу, од којих Сичес опширно анализира забрану ropства и сродних установа, слободу мисли, савјести, изражавања и информирања, процесуална права, слободу избора занимања и кретања, слободу сасгајања и удруживања, неповредивост приватног живота, право на власништво, право једнакости пред законом и у животним шансама, те најзад грађанска политичка права. Наводе се разлози који оправдавају ограничења тих права, надасве демократско начело непризнавања слободе којом се угрожава слобода других. У посебну skupину аутор сврстава социјална права новијег доба, која не захтјевају уздржавање већ позитивно дјеловање државе и заједнице: право на образовање, радна и здравствена права, право на адекватан животни стандард итд. Најзад, аутор усваја Поундове „правне постулате цивилизованог друштва“ као својеврсна очекивања која нужно имамо у односу на друге људе у развијенијој заједници. На крају, поглавља расправља се о односу и сукобима идеала правде и сигурности.

Проблем тумачења права, истиче Сичес у последњем погл. XXI (стр. 627—665), је један од најважнијих правних проблема изразито филозофске нарави. Из различитих метода тумачења које налазимо у правној литератури није могуће, сматра Сичес, изградити јединствену теорију тумачења нити утврдити стварну методу која се примјењује у рјешавању сваког конкретног случаја на основу опће правне норме. Да би се до тога дошло, потребно је развијати даље правац мисли којим су кренули *критичари правног логицизма*: Ихеринг и интер. јуриспруденција. *Holmes* (Холмс), *Génu* (Жени), *Ehrlich* (Ерлих) и *Kantorowicz* (Канторовиц), *Pound* (Поунд) и амерички реализам, *Cossio* (Ксио) и др. Свим овим ауторима зајед-

ничко је тражење једне логике и једног теоријског модела који би били адекватни стварном начину резонирања и одлучивања правника, тј. једне логике примјерене праву као облику људске егзистенције која би се битно разликовала од формалне, математизирајуће логике погодне само за испитивање природе и формалних есенција. Ту логику коју траже и налазе у већој или мањој мјери споменути аутори Сичес назива *логицом разложног* или аргументацијом етичким разлозима — за разлику од логике рационалног. По примјерима којима се потом илустрира дјеловање ове логике разложног у тумачењу правних норми произлази да Сичес сматра *вриједносноу или телеолошку методу* (иако аутор ове изразе не употребљава) не само нужном методом тумачења или спознаје сваког нормативног садржаја него и методом у којој се довршавају и добијају своје јединство све остале традиционалне методе тумачења. Судац и други субјекти примјењују опћу норму тако да вреднују и аргументирају о свим могућностима конкретног случаја с обзиром на смисао опће норме и њен принцип праведности; *расуђивање по праведности није једна од метода, већ метода тумачења опће у којој су све остале методе средства*. Судац мора ментално провјерити да ли примјена опће норме на случај изазива онај тип праведног рјешења које има у виду идеални законодавац (ујеравање заједнице); ако примјена норме не може имати за резултат такав тип рјешења, онда судица не треба да примјени норму на случај. Одлучивање по „правичности“ (епиксеиа) није, дакле, начин „коригирања закона“ у изузетним случајевима, већ управо редован начин тумачења типске воље законодавца, тако да се сваком случају даде најадекватније рјешење с обзиром на критерије праведности којима је та мисао вођена. Граница коју судица не смије прећи или не поштовати јесте сам критериј праведности којим се управља воља (идеалног) законодавца.

Књига има за додатак (стр. 667—717) алфabetски попис споменутих и обрађених аутора и појмова, те списак ауторових радова.

* * *

Умјесто стварне критичке оцјене овог Сичесовог дјела, треба у закључку рећи да је оно тематски изузетно свестрано, ставовима оригинално, корисно за сваког правника и студента, а многим својим тезама да потиче на размишљање сваког онога који се бави теоријом права. Врлине и недостаци овог дјела изгледа да су највише увјетовати његовим *филозофским и анализирањем карактером*, тј. ауторовом тежњом да говори о фундаменталним и најспорнијим питањима правне мисли као знанственик и човјек који учествује у моралним и политичким дилемама нашег времена.

Главне врлине ове књиге изгледају нам оне које се односе на методолошке принципе: а) дубоко доживљено и у цијелокупном дјелу реализовано увјерење да савремена теоријскоправна мисао треба коначно *преваладати методолошке искључивости, јеоностраности и редукционизме* у изучавању предмета правног искуства (права) и приступити његовом интегралном изучавању; б) свијест да је то могуће остварити једино под увјетом да се *критички ускладе и сједине у један појам правности сва трајна достигнућа до сада дивергирајућих али уистину у многоме комплементарних праваца правног идеализма, правног догматизма и правног реализма*, и то: б1) прихватањем основног костура Келсенове нормативне теорије као најсавршенијег модела нормативног позитивизма, али уједно и ревидирањем те теорије резултатима других приступа у интегралној концепцији односно њеним свођењем искључиво на теорију правне норме као формалне структуре правног искуства; б2) прихватањем идеалистичке усмјерености на момент правних вриједности, али уједно коригирањем ове уви- дом у повијесност и искуственост правних идеала; б3) прихватањем реалистичких теза да су поред државе и други друштвени ентитети извори нормативног садржаја и да је нормативна дјелатност судова, управе и пословних субјеката средиште правног живота, мјесто истинског, ефективног права; и, коначно, в) ауторова свијест о нужности заснивања овакве инте-

гралне концепције права на једној *онтолошко-антрополошкој концепцији* свијета и културе у којој је основна категорија човјек као стваралачко биће, биће требања и вредновања. Осим ових основних методолошких поставки, наравно, у сваком поглављу из *Tratado general* можемо наћи мноштво сугестивних и по нашем мишљењу исправних ставова и анализа које оваје ипак не можемо истакнути, а још мање оцијенити.

Међутим, као што се догађа са сваким сличним дјелом, Сичесов *Tratado general* показује и становите празнине и слабости које су увјетоване, као што смо већ рекли, његовом усмјереношћу на фундаментална и најспорнија питања правне мисли и његовим идејним стајалиштима. Најкрупнији недостаци, по нашем суду и сажето речено, били би ови: а) недовољна појмовна одређеност „факта“ као треће, социолошке димензије права — будући да из Сичесовог излагања у погл. III и другдје није сасвим јасно да ли се под „фактом-право“ мисли напросто на то да су правне норме друштвено увјетована појава или и на то да се правне норме остварују или бивају ефикасне у друштвеним односима; б) недовољна одређеност подручја правности на социолошком плану друштвених односа (пored онтолошког, нормативног и аксиолошког одређења поља правности наспрам моралу, обичају итд. које је присутно у Сичесовом дјелу), поготово занемаривање интересног аспекта као извора и области одвијања правног процеса у свим његовим димензијама; в) запостављеност знатног дијела проблематике и рјешења о бити, структури и функцијама правних појмова и правних норми који су у средишту пажње посткеосеновског-аналитичког позитивизма након другог св. рата у Европи; г) врло субјективна стајалишта Сичеса о персонализму и трансперсонализму као основним правним идеологијама (и у контексту тога његово тумачење марксизма), као и уопће, са гледишта марксистичке и научне концепције човјека и друштва, ауторова априористичко-објективистичка теорија вриједности. Остали, пак, елементи из *Tratado general* према којима бисмо могли бити резервирани, или које не прихватамо, несумњиво су мање значајни од наведених. И можда је истина да се главни разлог због којег је свестрана правна мисао овог аутора недовољно позната и уважена од европских правника састоји у томе што у многим теоријским и идејним рјешењима Сичеса дјелује извјестан конзерватизам либералистичког типа, везан вјероватно за увјете ауторовог образовања, за снажан утјецај аристократског духа Ортеге и Гасета, и за сам друштвени положај и околину аутора — конзерватизам који је у ствари дисонантан у односу на вриједност и сувременост цјелине Сичесове интегралне концепције права и правне спознаје.

На крају, треба пожелати што ни у једној библиотеци правних факултета у Југославији не можемо наћи ни ово ни остала важнија Сичесова дјела. Али то важи опћенито за дјела великана шпанолске и латиноамеричке модерне правне филозофије: Карла Косија, Е. Г. Мејнеа, Мигуела Реалеа, L. Legaz у Lacambriu (А. Легаз и Лакамбру).

Н. Висковић

ANNA P. SCHREIBER, THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, A. W. SIJTHOFF (Leyden, 1970, стр. 187)

Монографија *dr. A. Schreiber*, која је изашла у едицији издавача A. W. Sijthoff из Leyden-а (Холандија) 1970. године, обрађује активности Интер-Америчке Комисије у домену развоја и заштите људских права у оквиру интер-америчког система. Интер-Америчка Комисија за људска права као орган Организације Америчких Држава основана је на Петом Консултативном састанку Министара спољних послова 1959 год. као независна агенција Организације и октобра месеца 1960. одржала своју прву сесију.

Студија A. Schreiber излаже хронолошки акције које су биле предузете у оквиру интер-америчког система ради унапређења поштовања основ-

них људских права и слобода у Америчким државама у периоду до оснивања Комисије 1959. год., околности које су довеле до оснивања такве једне врсте органа као и ток преговора који су пратили припрему и рад на нацрту Статута Интер-Америчке Комисије за људска права. Монографија обухвата детаљно истраживање у којој се мери успело с реализацијом основних функција Комисије у појединим америчким државама, практичне ефекте метода које је Комисија примењивала у контактима с Владама држава-чланица ради конкретизације својих основних циљева и задатака.

Заштита и поштовање људских права и слобода заузимају данас значајно место у идеологијама већине нација, без обзира да ли је реч о развијеним или неразвијеним земљама, комунистичком свету или државама капиталистичког друштвеног уређења. Међутим, истиче аутор, већина државника изражава скепсу у вршење међународног надзора у вези услова под којима се остварују заштита и развој права и слобода појединаца у њиховим сопственим земљама. У Европи, међународни систем за заштиту људских права постоји већ годинама. Шеснаест европских земаља чланице су Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода и обавезне су да акцептирају одлуке међународних органа конституисаних да обезбеде испуњење обавеза уговорних страна.

У Западној хемисфери, 1948. године, усвојена је Америчка декларација о правима и дужностима човека, која по садржини одговара Универзалној декларацији о људским правима и државници Америчких држава-чланица О.А.С. инкорпорисали су опште принципе о поштовању људских права у Повељи Организације Америчких Држава. Међутим, иако су чињени покушјаи да се припреми нацрт једне конвенције о људским правима која би обавезивала Америчке државе-чланице на специфичне обавезе на том плану којом би се формирали интер-амерички органи са овлашћењима која имају принудну снагу, до реализације једног таквог пројекта није дошло. Амерички државници постигли су ипак сагласност да и у одсуству конвенције постоји потреба да се конституише Интер-Америчка Комисија која ће имати задатак да унапређује развој и заштиту основних права и слобода и да њена делатност може да буде од крупног значаја и користи. По речима самог писца, ова студија је покушај да се идентификују чиниоци који би могли допринети реалној оцени успеха који је Комисија постигла у својој досадашњој активности, тј. настојање да се утврди у којој мери је овај међународни орган био у стању да учини државе одговорним за акције које се односе на људска права.

Монографија се састоји из уводних напомена и девет поглавља. На крају је приложен текст Америчке Декларације о правима и дужностима човека, одговарајућа библиографија и индекс појмова.

У првој глави обрађен је проблем људских права у оквиру Интер-америчког система у периоду од 1945—1959. године. На Конференцији у Боготи, 1948. год. амерички државници оштро су се разишли по питању форме у којој би требало да О.А.С. предузме активност на плану поштовања и заштите људских права. Неколико земаља-чланица вршиле су притисак да се прихвати једна конвенција о људским правима којом би се конституисале националне обавезе уз гаранције интер-америчких органа. Сједињене Америчке Државе изјасниле су се против овог предлога. Уругвајска делегација сугерирала је да би Међународни суд правде могао бити надлежан суд у првом степену за доношење одлука с томе да ли случај који се односи на повреду утврбене предложеном конвенцијом пада под међународну јурисдикцију. Уколико би била донета одлука о међународној јурисдикцији, случај би се изнео пред интер-амерички суд који би могао да донесе деклараторну одлуку. Међутим, друга група земаља-чланица, поред САД и Аргентина, Мексико и друге, супротставиле су се идеји о доношењу конвенције предавајући уместо тога доношење декларације која не би имала обавезујућу снагу. Ове земље су истицале аргумент да би конвенција дозвољавала међународним органима да доносе пресуде о унутрашњим пословима држава. Према њиховом становишту, то би представљало интервенцију. Такође су указивали на то да се не би могло избећи да

конвенција буде ригидна што би захтевало од држава да мењају своје уставе и законе пре но што би приступили једној таквој конвенцији. Делегација Аргентине изјавила је да се политичка зрелост не може инаугурисати уговором већ се мора развијати кроз постепену еволуцију међународних услова. Ова општа премиса, коментарише *A. Schreiber*, била је вероватно позадина многих аргумената који су истицани од стране земаља које су биле против конвенције. Оштро разликовање у мишљењима израженим од стране влада Америчких држава-чланица на Конференцији у Боготи, спречило је припрему на доношењу једног обвезујућег документа на плану заштите људских права. Иако неколико одредаба Повеље О.А.С. говоре о људским правима, документација са Конференције у Боготи, у целини посматрано, указује да учесници на овој конференцији нису имали намеру да конституишу један систем међународно-правне заштите људских права. Државници који су учествовали у раду на нацрту Повеље побринули су се да искључе могућност да се те одредбе тумаче тако да инкорпоришу Америчку декларацију о правима и дужностима човека у Повељи О.А.С. Иако је већина земаља учесница на Конференцији у Боготи потврдила, додуше, своју оданост принципима заштите људских права, ипак су се поделиле за гаранције које обезбеђује свака поједина земља својим грађанима у заштити њихових права и слобода. Када се 1949. год. састао интер-амерички правни комитет да размотри захтев истакнут на Конференцији у Боготи да се сачини нацрт статута суда који би имао функцију да обезбеђује заштиту људских права, чланови Комитета констатовали су да овај задатак ствара „озбиљне тешкоће”. Одлучили су да се не обазире на захтев Конференције и да поднесе извештај зашто сматрају задатак преурањеним. Чланови Комитета изразили су гледиште да једна конвенција која би гарантовала људска права мора да претходи формирању суда. „Основни разлог” за овакав став Комитета било је уверење његових чланова да „би била неопходна радикална трансформација уставних система који су на снази у свим Америчким државама”, како би се на тај начин прилагодили национални правни системи новој међународној јурисдикцији. Судбина предлога да се припреми нацрт статута интер-америчког суда за заштиту људских права показује да 1953. год. већина влада Америчких држава још није била вољна да ради енергичније на конституисању међународних гаранција за људска права.

У времену од 1954—1959. нису предузети неки крупнији кораци у правцу изградње интер-америчког система за заштиту људских права. Спремност, међутим, већине влада Америчких држава да 1959. год. у Сантјагу конституишу Интер-америчку Комисију за људска права, аутор објашњава, поред осталог, и околностју да је већина Латинско-Америчких држава у касним педесетим годинама изашла из периода политичке диктатуре и формирала владе које су заузеле либералнији став према овим питањима у органима О.А.С. На конференцији у Сантјагу није још постојао јасан концепт о томе која све овлашћења треба да има Интер-Америчка Комисија за људска права као и по каквој ће процедури функционисати. Велики број делегата на овој конференцији узео је учешће у дискусији по питању односа између доктрине о немешању и концепције о улози Организације Америчких Држава у домену људских права. Према становишту делегата из Венецуеле, принцип немешања мора бити усаглашен са другим фундаменталним интер-америчким принципима. Према том гледишту, владе би требало да буду припремљене да прихвате извесна мања ограничења свога суверенитета. Иако су друге делегације биле мање приправне да учине компромисе што се тиче доктрине о немешању, мишљења изнета на конференцији у Сантјагу представљала су оштар контраст ставовима већине америчких држава изреченим у периоду између 1948—1959. о томе да се интер-америчком систему призна било каква значајнија улога у области заштите људских права.

Посебна глава посвећена је припремама и раду на изради Статута Интер-америчке Комисије. Нацрт Статута сачинио је Одбор О.А.С. у времену између 10. септембра 1959. и 25. маја 1960. год. Пре но што је усвојен,

три различита нацрта била су предмет дискусије на састанцима који су били у знаку оштрих подела мишљења. Нарочито када је било речи о праву Комисије да ревидира петиције појединаца, група и влада што је заговорнике доктрине немешања с једне стране и присталице умеренијег поступања склоне да се одреде за давање квалификованије улоге О.А.С. у домену људских права, с друге стране, поставило у два супротна тора. Предлог да се појединцима и приватним групама да право да се обраде интер-америчком органу у вези аката које су починиле њихове владе имало је неколико прецедената у Западном свету. Деценијама су напори Латинско-америчких државника били усмерени у правцу спречавања спољног мешања у унутрашње послове тих земаља. Стога су неке од Влада држава-чланица протумачиле овај нацрт Статута као претњу доктрини немешања. По њима, овај први нацрт допуштао је да један међународни орган, који није конституисан путем конвенције, ревидира жалбе примљене од појединаца у вези аката који су иначе у јурисдикцији домаће државе. После другог, сачињен је и трећи нацрт Статута Интер-америчке комисије који је требало да задовољи оне делегације влада Америчких држава које су сматрале да је право петиције покушај да се повреди јурисдикција домаће државе и окрњи доктрина о немешању у унутрашње ствари.

A. *Schreiber* истиче да је један од најкрупнијих чинилаца који је натерао многе владе да се изјасне против компетенције Комисије да решава по петицијама свакако страх од чињенице да би ово овлашћење омогућило да се открије јаз који постоји између уставних гаранција и њихове практичне примене у области људских права, у многим Америчким државама. Већина америчких устава садржи одредбе којима се гарантују права човека прокламована у Америчкој декларацији о правима и дужностима човека. Међутим, сви ови устави не обезбеђују и гаранције појединцима да могу повести поступак за заштиту својих основних права и слобода ако су ова повређена од државних власти. Треба додати и то да већина америчких устава предвиђа суспензију уставних гаранција у случају потребе. Међутим, значајан број држава-чланица О.А.С. заговарао је став да Организација Америчких Држава треба да предузме енергичне мере у корист заштите људских права, да таква акција не значи колизију с доктрином немешања и, залажући се за прихватање права петиције као прерогатива Интер-Америчке Комисије за људска права, истакла као аргумент и околност да међународно право постепено елиминише традиционално схватање по којем појединци немају својство субјекта права у међународним односима.

Међутим у приоду који је уследио, чланови новоформиране Интер-Америчке Комисије показали су тенденцију да еластичније и екстензивније тумаче и развијају своја, иначе, по Статуту Комисије, ограничена овлашћења у том правцу који је омогућавао поступање на начин који је садржавао многе аспекте овлашћења да решава по петицијама које су им упућивали појединци, групе и организације.

У делу у којем се говори о структури, овлашћењима и процедури коју у извршењу својих функција примењује Интер-Америчка Комисија, аутор истиче да, и поред одређене ингеренције коју има Одбор О.А.С. у односу на рад Комисије (право да бира чланове Комисије, да доноси амандмане Статута Комисије и да одобрава њен буџет), практично, већина ових одредаба нема утицаја на одлуке које Интер-америчка комисија доноси. У том смислу се указује да Комисија није чекала на формално доношење амандмана да би проширила своју компетенцију, посебно у вези поступања по петицијама које су достављали појединци и организације. Већина америчких влада акцептирала је овакав развој и формално доношење амандмана Статута Комисије које је касније уследило само је легализовало већ насталу еволуцију у том правцу. Коментаришући аутономију интер-америчке комисије за људска права, A. *Schreiber*, указује да, за разлику од међузависности која постоји код Европских органа конституисаних у циљу заштите људских права, у оквиру интер-америчког система не постоји и формално установљен систем координације. То, међутим, не значи да

Интер-Америчка Комисија не може затражити помоћ од других органа Организације Америчких Држава.

За оцену карактера деловања интер-америчке Комисије за људска права од посебног је интереса садржина чл. 9 Статута Комисије који утврђује следеће функције и овлашћења Комисије: а) да развија свест о значају људских права међу Америчким народима; б) да даје препоруке Владама (држава-чланица) ако сматра такве акције корисним у циљу усвајања прогресивних решења у вези људских права у њиховом унутрашњем законодавству; в) да припрема студије, извештаје и публикације уколико оцени да би била од значаја за извршење својих дужности; г) да тражи од Влада држава-чланица О.А.С. да снабдева Комисију информацијама и материјалима о мерама које предузимају у области људских права; д) да користи Организацији Америчких Држава као консултативно тело у области развоја и поштовања људских права.

Од посебног је интереса излагање о односима Комисије са појединим америчким државама, нарочито са Кубом, у вези заштите људских права. За првих шест година свога рада, већину жалби коју је Комисија примила односи се на повреде основних људских права и слободе на Куби, у Доминиканској Републици и на Хаитима. Такође су петиције упућиване у вези Еквадора, Гватемале, Хондураса, Никарагве и Парагваја. Мали број жалби који је стизао из других америчких држава, укључујући ту и САД, не значи, коментарише *A. Schreiber*, да у тим земљама није било озбиљних повреда људских права. С тим у вези, истиче се да је готово сигурно да чланови Комисије не би иницирали истраживање у вези расне дискриминације у Сједињеним Америчким Државама, уколико би изостале жалбе поднете од грађана САД. Исто тако, указује се да је већина особа чија су социјо-економска права најчешће повређена, обично сиромашна и неписмена. Ови појединци или нису упознати са функцијама Комисије за људска права или им није дозвољен приступ организацијама које би могле олакшати обраћање једном таквом органу. Што се тиче локалних група чија су права повређена, оне се чешће опредељују за локалну политичку акцију.

Активност интер-америчке Комисије у односу на револуционарну Кубу на плану остваривања заштите људских права, демонстрира домет до којег међународни орган може да иде у свом утицају на ток акције коју предузима држава у оквиру свог сувереног одлучивања. Комисија је, почев од свог оснивања 1960. год., разматрала више од 2500 писмених жалби у вези повреде људских права на Куби сакупила огроман материјал и саслушала бројна усмена сведочења о стању и условима под којима се остварују основна права и слободе људи на Куби. Упркос широке скале метода за сарадњу које је Комисија примењивала у односима са владама Америчких држава, у области развоја људских права, Комисија није успела, на било који начин, да успостави сарадњу са Кастровим режимом.

Оцењујући напоре Комисије у случају Кубе, аутор закључује да Организација Америчких Држава није била у могућности да ефективно сарађује са Кастровим режимом и да није вероватно да ће Комисија моћи, у блиској будућности, да увери Кубанску владу да сарађује. Ова сарадња није могућа, сматра *A. Schreiber*, све дотле док влада Кубе и главни чланови О.А.С. нарочито САД, не измене неке од својих досадашњих ставова. Доктринарна идеологија кубанских лидера требало би да нађе одговарајући модус којим би се поново успоставио контакт између Кубе и других Америчких држава, с једне стране, а с друге, политичари САД требало би с више реализма да приступе одлуци о томе да Сједињене Америчке Државе могу да коегзистирају са комунистичком Кубом. У таквим измењеним условима, интер-америчка Комисија за људска права била би у стању да увери кубанске функционере да је потребно и корисно да Комисији доставља одговарајућу документацију у вези жалби због повреде људских права на Куби као и да омогући посматрачима Комисије да посете Кубу у вези стања и услова у којима се остварују и заштићују људска права. Међутим, интер-америчка Комисија за људска права, у остваривању својих задатака имала је успешне и интензивне контакте са Доминиканском

Републиком. Комисија је добијала на стотине жалби због повреда основних људских права у овој земљи и веома ефикасно сарађивала с владом Доминиканске Републике, упућивањем својих посматрача у ту земљу и давањем препорука Влади о мерама које би требало да предузме за отклањање повреда основних грађанских и политичких права и слобода грађана у Доминиканској Републици.

У посебној глави, изложена је активност интер-америчке Комисије на изради и припреми студија, конвенција и извештаја, организовању специјалних курсева итд. с циљем да се што ефикасније унапређује развој и заштита права и слобода грађана у оквиру интер-америчког система.

На крају свог излагања о активности интер-америчке Комисије за људска права, *A. Schreiber*, резимира досадашње искуство Комисије у остварењу њених циљева и указује да резултати које је Комисија постигла изгледају још скромнији у поређењу са озбиљношћу функција које су јој поверене. Случај Доминиканске Републике може послужити као пример успешне сарадње унутар интер-америчког система заштите људских права. Међутим, низ неуспелих покушаја да се с владама других Америчких држава успостави контакт на том плану, показује колико су крупне препреке и отпори на које наилази Комисија у свом раду. Ипак, закључује *A. Schreiber*, делатност интер-америчке Комисије и техника коју примењује у реализацији својих задатака, у одсуству једне обвезујуће, опште прихваћене конвенције за заштиту људских права, може послужити као модел организовања међународне акције за унапређење развоја и заштите основних права и слобода човека и у другим регионима света па и на универзалном нивоу.

Иако готово све међународне конвенције и документа садрже декларације о заштити људских права, ефикасност те заштите практично је ослабљена озбиљним отпорима који постоје како унутар држава тако и у међудржавним односима.

Рад *dr. A. Schreiber*, на посредан начин, указује и на историјску иронију, с обзиром на тешкоће, политичке притиске и флагрантне повреде основних права појединаца и група, која прати настојања и акције за унапређење и респект основних вредности цивилизованог света: слобода и права човека. Опрезност држава да приступе ратификацији једне обвезујуће конвенције за заштиту људских права, правда се „аргументом” о потреби постепеног сазревања међународних услова као основној премиси за остварење ефикасне заштите и уважање људских права и слобода, који у ствари фингира политичке мотиве отпора државника да се конституишу националне обвезе на поштовање људских права што предпоставља и примењу одговарајућих санкција у случају њихове повреде.

Весна М. Јанковић

ДР БОЈАН ЗАБЕЛ: ПОСЛОВНА ТАЈНА, Београд, 1970. стр. 111

У систему робноовчаних односа пословна тајна, као правна категорија, добија своје посебно место. Др Бојан Забел, као правник и теоретичар, уочио је значај питања, па је монографијом под насловом „Пословна тајна” покушао да да свој допринос у овој области права.

Материју о пословној тајни аутор је изложио у оквиру осам глава. Поред одређивања њеног појма, утврђивања заштите, њеног разграничења од сродних правних института и њеног регулисања од стране различитих правних правила, аутор је приступио и утврђивању правне природе пословне тајне. Поред тога, покушао је да укаже и на оправданост њеног постојања у правном систему уопште, па и у југословенском праву.

Прилаз постављеном предмету разматрања је превасходно правни. Међутим, и поред сграде коју аутор већ на почетку даје, да је по својој професионалној оријентацији правник и да због тога не треба очекивати

„комплексну економску слику пословне тајне“, аутор ставља до знања да ће економски угао посматрања ипак бити присутан. То се у току рада и уочава. Како и сам аутор примећује, разлог је у томе што је категорија пословне тајне „више него многе друге категорије, повезана са економским односима, првенствено са тржиштем и конкуренцијом“ (стр. 7).

Пратећи пословну тајну кроз различите правне поретке аутор је везује за привредне, политичке и друге околности за које налази да условљавају њено различито регулисање. По аутору, иако постоје различити правни режими регулисања пословне тајне, ипак постоји и нешто што је тим режимима заједничко, а то је тежња да се она заштити као значајна привредна вредност.

У погледу правне природе пословне тајне аутор наилази на различите одговоре у теорији. Једно од схватања, на пример, које нам он презентира, полази од психолошког односа између послодавца и радника чија је основа поверење; друго полази од имовинског односа, па у праву на пословну тајну види заштиту имовине власника. Укратко, пословна тајна у теорији, по аутору, нема јединствени третман. Она се негде сматра као „духовна творевина“, негде као објект индустријске својине, а негде као објект својине нематеријалног карактера.

Дајући одговор у погледу правне природе пословне тајне, аутор прво констатује да је пословна тајна заштићена у интересу конкурентске способности предузећа и националне привреде и да сви остали разлози, који се наводе као оправдање њеног постојања и заштите, представљају само разлоге допуноског карактера. У условима тржишног привређивања пословна тајна је уско везана за појам конкуренције. У условима пригушеног тржишта, она мења свој значај, а тиме и своју природу. У складу са тим, писац констатује да у систему чија је основа приватна својина на средствима за производњу, пословна тајна има функцију својине, а у систему чија је основа друштвена својина на тим средствима, пословна тајна нема функцију својине. Њена функција је да заштити привредни интерес предузећа на тржишту и „индивидуалност“ предузећа.

Предмет заштите пословне тајне, по аутору, представља податак из области технике, финансијског или комерцијалног пословања једног предузећа. Анализирајући упоредно и наше законодавство и стране, аутор констатује да је пословна тајна заштићена нормама кривичног права и нормама које регулишу област нелојалне утакмице. Али, пошто ове норме не би могле, како сматра аутор, да у потпуности пруже потребну заштиту, то је пословна тајна заштићена и нормама радног права. Па ипак, као најзначајнија санкција у случају повреде пословне тајне, остаје захтев за накнаду штете (ако је она заиста и настала), каже аутор, из чега извлачи закључак да примени правних правила грађанског права има и у овом случају места.

Плурализам у правном регулисању пословне тајне неопходан је, сматра аутор, јер оправдање лежи у разноликости интереса који се штите институтом пословне тајне.

Право на пословну тајну у нашем праву аутор сврстава у ред личних права. Он налази да то чине и други правни системи. Овакав закључак изводи на следећи начин. Нашим радним организацијама дато је право на извршавање привредне делатности. То право је „најуже везано за привредну организацију“ и његов смисао лежи у заштити „личности“ привредних организација, њиховог интегритета. Поред тога, право на пословну тајну јесте право које се не може одузети, пренети, њега се привредне организације не могу одрећи, нити оно може застарети. Пошто су то управо особине личних права, то и право на пословну тајну има карактер личног права. Међутим, пошто аутор право на пословну тајну везује за право организације на „извршавање“ привредне делатности, то сматра да право на пословну тајну не може постојати самостално, тј. као самостално лично право. Оно је заштићено лично право у оквиру једног ширег права, односно у оквиру права на обављање привредне делатности.

На крају свога рада, поред тога што је дао општи „тип“ пословне тајне, аутор је изнео и неке посебне облике које назива посебним ситуацијама са посебним особеностима, а за које наводи да се штите као и пословна тајна. Разлог постојања таквог режима заштите ових „ситуација“ лежи у чињеници да се њиховом правном заштитом штити конкурентска способност носиоца, као и код пословне тајне. Као посебне врсте пословне тајне аутор наводи: *know-how*, чување пословне тајне у интересу комитената, банкарску пословну тајну, пословну тајну комитената предузећа која врше услуге на тржишту, пословну тајну као „помоћни“ инструмент у патентном праву и податке о понуди за јавни конкурс.

Жеља аутора ове монографије је да укаже на чињеницу да пословна тајна као правна категорија „није херметички затворена категорија“ и да је, са једне стране, њено правно регулисање веома блиско правном режиму нових техничких креација, док је, са друге стране, она као појам блиска појму професионалне тајне.

Поред многих питања на које је аутор покушао да одговори налази се и питање у којој мери правни режим пословне тајне утиче на развој привредних предности. По њему, монополисање пословне тајне „може да подстиче технички развитак само у доследно изграђеном самоуправном систему. То значи, пре свега, и доследно изграђен систем одговорности...“ (стр. 102). Аутор у закључку иде и даље, па каже да савремена држава треба да ствара погодну климу за процесе економско-техничког развитака, а „Наша привредна заједница морала би преузети, не чекајући на иницијативу привредних организација, низ практичних мера које би имали за циљ достицање креативне делатности...“ (стр. 102—103).

Пословној тајни свакако није довољно посвећена пажња у нашој правној теорији. Много је више посвећено пажње облицима тајне као што су службена, професионална или државна тајна. Монографија др Бојана Забела утицало је значајнија јер представља покушај комплетне студије пословне тајне као правне категорије. Тежина постављеног задатка у раду лежи у одређивању правне природе пословне тајне, друштвено-економских разлога њене заштите и у настојању да се разграничи од сродних, тј. сличних правних института. Међутим, поред приказа садржине монографије не би био на одмет осврнути се и на нека питања која је аутор разматрао у монографији, а на која би се можда могли дати и други одговори од оних које је он дао.

Прво, у раду наилазимо на констатацију да је појам пословне тајне јединствен. По аутору, јединствени појам пословне тајне обликован је у судској и привредној пракси као и у правној теорији. Међутим, јединствено схватање одређеног појма представља и јединствено схватање његових битних елемената. Да ли оно постоји у овом случају? По свој прилици не. Прво, појам пословне тајне врло често се не разликује од службене и професионалне тајне, па се приликом покушаја утврђивања појма пословне тајне некад узимају у већу или мању мери и елементи ових облика тајни. Друго, многа законодавства предвиђају санкције за повреду пословне тајне, „а да нису одредила шта она заправо представља.“ Ову констатацију даје сам аутор на страни 24, свога рада. Стога је тешко прихватити тврдњу да постоји јединственост у схватању шта је пословна тајна. Осим тога ни аутор у свом раду није био прецизан у разграничавању пословне тајне од службене.

Друго, у раду се констатује да: „Пословну тајну можемо третирати искључиво са становишта права власника да одреди њен облик, мере за њену заштиту у предузећу и лица која могу знати за њу. Воља власника је, онај фактор који ствара унутрашњи режим пословне тајне у предузећу“ (стр. 74). и чије регулисање представља „једно од власничких овлашћења“. Ваља приметити да аутор сматра да пословна тајна има функцију својине само у систему који почива на приватној својини на средствима за производњу. Пошто наш друштвени систем почива на другим основама, то својство пословној тајни аутор ускраћује у нашем поретку. Он је везује за „индивидуалност“ радних организација и каже да је она конституисана у

циљу заштите „личности“ привредних организација, њиховог интегритета и заштите привредне предности предузећа на тржишту.

У погледу функције пословне тајне, имајући у виду наш привредни, тј. друштвени систем, намеће се следеће питање: да ли пословна тајна има за циљ да штити „индивидуалност“ предузећа или његову привредну предност на тржишту или је њена улога и једно и друго или има основа за тврђу да је њена улога такође заштита својине, али друштвене? Питање се намеће стога што се, у садашњим условима предузећа на тржишту понашају као самосталне економске и правне целине, као самостални економско-правни субјекти децентрализоване друштвене својине. Очигледно да питање улоге пословне тајне не изазива ништа мање расправа од питања њене правне природе. Неслагања су много већа када се пословна тајна посматра у светлу друштвеног система који не почива на приватној својини. Ту започињу напори да јој се открију нова својства, да јој се одреди нова улога. Међутим, ваља имати на уму да су овакви напори оправдани када се друштвено-економска суштина одређеног правног облика мења. У приватном, напори су непотребни.

Ако би пословну тајну везивали непосредно за својину као правну категорију, онда се поставља питање: је ли она функција својине уопште или одређеног њеног облика? Ако се пословна тајна везује за својину, тада јој не треба порицати функцију својине и у систему постојања друштвене својине. Ако се она везује само за њен одређени облик, конкретно за приватну својину, тада јој има места само у систему који почива на приватној својини. Међутим, пословна тајна као правна категорија постоји и у нашем правном поретку. Ако се пође од становишта да се заштитом пословне тајне штити својина уопште, тада је њена улога у нашем правном систему јасна. Ако се пође од становишта да се њеном заштитом штити само приватна својина, тада се поставља питање њене улоге, функције, сврхе у нашем систему. Аутор се определио за њену нову улогу. Наиме, он сматра да је сврха њеног постојања заштита привредне предности предузећа на тржишту односно његове „индивидуалности“.

Писац настоји да пословној тајни припише нова својства у нашем правном поретку. Међутим, рекло би се да је његова констатација о новој улози само модификовано схватање да је пословна тајна ипак функција својине. На овакав закључак, између осталог, наводи и текст дат на 79-ој страни рада. У настојању да објасни узроке постојања пословне тајне у југословенском праву, аутор истиче да је она везана за друштвену својину, самоуправљање и самосталност предузећа на тржишту. У том смислу о положају предузећа каже следеће: „Оно је, наиме, самостални учесник на тржишту. У утакмици са другим предузећима оно реализује своје производе и услуге. Такав положај је основни разлог за заштиту пословне тајне.“ Према томе, нема разлога оспоравати јој ону функцију коју она нужно има тамо где постоји тржиште и односи које ово намеће.

Треће, аутор истиче да наш правни систем као и многи други правни системи регулишу питање пословне тајне и њене заштите разнородним правним правилима. Плурализам у правном регулисању произилази, по аутору, из чињенице разноврсности интереса заштите пословне тајне. Међутим, не произилази ли овакво стање из чињенице да се пословна тајна и службена тајна довољно не разликују. Аутор и сам уочава тенденцију проширења појма пословне тајне и на оно што пословна тајна није, на пример, када се осврће на наш Закон о предузећима. Тим поводом аутор констатује да се подаци које закон набраја, а који се имају сматрати пословном тајном, нису у правом смислу речи пословна тајна, већ подаци од општедруштвеног интереса, па се као такви и штите. Међутим, аутор се не упушта у разграничавање ових врста тајни. Стога се намеће питање зар не би требало пре свега разграничити пословну тајну од службене, те прву везати за односе на тржишту, а другу за односе у предузећу како би се установило која правна правила треба да регулишу први, а која други облик тајне.

Четврто аутор полази код утврђивања правне природе пословне тајне од природе правних правила којима је она регулисана. Међутим, правна

природа пословне тајне не може се посматрати са овог аспекта. Правну природу одређеног института не одређују правила којима је он регулисан. Обрнуто, од његове суштине, пре свега економске, зависи и његово регулисање.

Пето, када је у питању наш правни поредак, од посебног је значаја осврнути се на одредбе Основног закона о предузећима од 1965. и то на одредбе чланова 246—253. Аутор је на њих указао уз опаску да подаци које Закон предвиђа као објекте пословне тајне и нису у правом смислу пословна тајна. Треба приметити да Закон даје право и предузећу, тј. радничком савету, да одлучује о томе шта треба сматрати пословном тајном. При томе мора да „води рачуна о томе да се као пословна тајна обухвате документи и подаци који *са становишта предузећа* (подвукла А. С.) и привреде уопште представљају пословну тајну...” (чл. 247 став 4). Овакав став законодавца ваљало је подвргнути посебној анализи.

Независно од питања која су се наметала у току читања рада, а која се уосталом и могу али и не морају прихватити монографија др Бојана Забела привукла је пажњу због материје коју обрађује, начин како је обрађује, сажетости и вештине писања. Ако се са закључцима аутора читалац у свему и увек не може да сложи, то само треба да значи да је реч о различитим схватањима што не умањује вредност рада. Избор теме и озбиљност којом је обрађена заслужују више од уобичајених похвала.

Луција Спиновић-Јовановић

ПОЉОПРИВРЕДА РОБОВЛАСНИЧКОГ РИМА У КОЛУМЕЛИНОМ ДЕЛУ
DE RE RUSTICA(*)

I

Луције Јуније Модерат Колумела спада у ред писаца о којима знамо врло мало. Извори сазнања о овом римском аутору јесу искључиво забелешке које је он сам у својим књигама узгред навео о себи или својим савременицима. Сасвим поуздано знамо да је рођен у граду Гадесу (данас Кадиз) у римској провинцији Baetica на југу Шпаније. Занимљиво је напоменути да је Шпанија била једно од подручја које је најорже подлегало процесу романизације. Чак и када је Квинт Серторије, један од првих намесника у овом делу римске државе, прекинуо све односе са Римом, процес романизације није заустављен. Напротив, Серторије се, иако је водио од 83—72 г. п.н.е. крвав рат са Помпејом, сматрао позваним да шири римску цивилизацију. Назовемо ли његов однос према административном Риму непријатељским, његов однос према римској идеологији свакако је био мисионарски. Најпре је основана школа у граду Оски, за децу локалне аристократије, а убрзо су и друге образовне установе почеле да ничу у Шпанији. Стога није чудо што су из Шпаније потекли многи ретори, политичари, цареви и врло значајни писци. У првом реду то су: Сенка Старији (Ретор) и Сенка Млађи (Филозоф), песници Марко Анеј Лукан и Марко Валерије Марцијал, теоретичар беседништва Марко Фабије Квинтилијан и Колумела.

Тачан датум Колумелина рођења не знамо али можемо поуздано закључити да је живео у почетку I века нове ере. Ови закључци се изводе из више чињеница. Прво, Колумела каже да је најразноврснији римски писац Марко Теренције Варон (116 — 27. п.н.е.) био савременик његова деда. У његовим делима постоји помен неких савременика о којима имамо поузданих података. То су Требелиус, Јулиус Атикус и нарочито Корнелије Целзус, писац опширног енциклопедијског дела из области медицине, права, реторике, филозофије и пољопривреде, од којих је једино сачуван део посвећен медицини, а који је због доброг стила назван *Cicero medicorum* (лекарски Цицерон). Опет разним аналогјама закључује се да је Колумела живео у време Сенеке Млађег (4. п.н.е. — 65. наше ере) и Плинија Старијег (23 — 79. н.е.).

Колумела не помиње нигде своје родитеље, али са највећим поштовањем говори о свом стрицу Маркусу Колумели, поседнику и човеку од земљорадничког искуства у чијем је присуству много времена провео на пољима и научио много од онога о чему ће касније писати. Врло је вероватно да му је робак био и питагорејски филозоф Модератус из Гадеса, кога помиње и хеленски историчар Плутарх.

Даљи подаци о Колумелином животу доста су неизвесни. Зна се да је напустио Шпанију и настанио се у Лацијуму, али када је то учинио, остаје непознато. У Лацијуму је боравио на разним имањима, где је,

(*) Саопштено на састанку Клуба пријатеља Римског права Форум Романум.

бавећи се земљорадњом, провео већину живота. У току војничке службе посетио је Сирију и Киликију. Извесни подаци дају основа веровању да је умро и сахрањен у граду Тарентуму, на југу Италије. Подаци су, као што се може закључити, врло оскудни.

Колумелин књижевни опус садржи две књиге: *De Arboribus* (О сабењу дрвећа) и *De re rustica* (О пољопривреди). Прва књига је изгубљена и данас се о њој, осим да је постојала, не зна ништа одређено, док друга представља врло значајно сведочанство о земљорадњи тога периода. То је најсистематичније и најбоље дело римске књижевности о пољопривреди. Мада су се проблематиком пољопривреде у Риму бавили људи који су и као књижевници и као државници значајнији од Колумеле (Катон Старији, Варон), његова расправа превазилази све друге.

За разлику од Катона који у својој расправи *De Agri cultura* расправља и многе ирационалне ствари (како се молити кућним боговима, приносити жртве, склапати погодбе итд.). Колумела је строго рационалан, систематичан и јасан. Уз то је и врло добар стилист, чему се не треба чудити јер је био ученик Цицеронове школе. *De re rustica* је написана у дванаест књига које врло опширно излажу проблеме земљорадње, залазећи у детаље који сведоче да је писац човек позних година и великога пољопривреднога искуства. Примера ради изнећемо сажет садржај свих дванаест књига.

Прва књига: предговор — писци о газдинствима — правила за патерфамилијаса — стање и квалитет земље — наводњавање — грабеvine на имањима — власник и закупцац — надзорник, пастири.

Друга књига: земљишна својина — орање и бубрење тла — старање о различитим плодовима — број робова при орању — време сетве.

Трећа, четврта и пета књига: услови култивисања, калемљења и кресања воћки, винове лозе и маслина.

Шеста књига: инструкције око селекције, укрштања и парења стоке, коња и мази са кратком расправом о ветерини.

Седма књига: настава о том проблему са ближим освртом на „мање домаће животиње“ — овце, псе, свиње.

Осма књига: Узгој живине и риба у рибњацима.

Девета књига: о пчеларству.

Десета књига је експеримент у хексаметарским стиховима, који представља неку врсту допуне Вергилијевих Георгика (четврте књиге). Хвале вредан је само Колумелин покушај, јер се његов песнички таленат ни изблиза не може поредити са Вергилијевим. Закључује се из предговора целој књизи, из закључка IX књиге и предговора X књиге да је X књига требало да комплетира дело. На инсистирање издавача Публија Салвинуса додата је и XI књига која садржи дискусију о дужностима надзорника имања, *Calendarium Rusticum* у коме су време и доба разних пољских радова одређени у сагласности са изласком и заласком звезда и дугачко поглавље о баштованству као допуна претходног.

Дванаеста књига је посвећена надзорничковој жени и одређује њене посебне дужности о брању и чувању воћа и незри винове лозе.

Књиге су писане једна по једна и тако слате издавачу, поменутом Публију Салвинусу. Стога се у погледу композиције јављају извесни недостаци, јер писац поједине ствари речене у претходној, понавља у наредној књизи. То је углавном све што му се може замерити.

II

Већ на самом почетку Колумела дефинише проблем с тим што одређује циљ књиге. Дело је написано ради популаризације и обнове земљорадње. Писац се обраћа издавачу речима да често чује и од првака римске државе како се жале на опадање пољопривреде. Неки се жале на лоше атмосферске прилике, други сматрају да је узрок истрошености италског тла, лош квалитет земље и сл. Но, сви ти разлози су, вели Колумела, далеко од истине. „Ја мислим да те појаве нису никако изазване недостацима кли-

ме, већ пре нашим сопственим манама. Наиме ми смо обрађивање земље препустили најгорим робовима као да смо је предали целату да је казни, док су се међутим најбољи људи међу нашим прецима сами бавили њеним обрађивањем уз највеће старање." (1) Овај вапај за земљорадњом као за давнашњим занимањем Римљана среће се и код Катона Старијег: "Када су наши преци хвалили доброг човека они су га хвалили као доброг земљорадника. Од земљорадника постају и најхрабрији јунаци и најпредузимљивији војници, сама земљорадња је најпобожније и најтрајније занимање а људима који се њој предају најмање су својствени зле мисли". (2) Трговина се Катону чини ризикантним занимањем а зеленаштво, недостојним човека. Али, треба напоменути да је велики апологет земљорадње био и демагог. Сам се бавио врло уносним трговачким операцијама а ни зеленаштво му није било баш тако страно.

О изузетном угледу који је земљорадња уживала у старом Риму, као најчасније занимање, сведочи и анегдота о Ларцијусу. Овај човек је, у трепутку када су сенатори дошли да му саопште да је изабран за диктатора, затечен како оре њиву. Када је опасност по град прошла и пошто је успешно обавио дужност, Ларцијус се латио поново старог посла.

Колумела констатује да су Римљани некада, како омладина тако и они старији, највећи део живота проводили на њивама. Данас је случај сасвим обрнут. Људи су се одали разврату, а омладина предњачи. Време се проводи на бескрајним и раскошним гозбама које уништавају ону некад врло чувену чврстину римских момака кова Муџија Сцевола. Колумелин шитат је трло драстичан: "Тела наших младих људи су толико млигтава и ослабљена да смрт на њима не проузрокује никакву промену". (3)

Земљорадњи се човек мора учити као што је случај и са правом, математиком, реториком, филозофијом, музиком. Но, ако човек хоће да се посвети некој од ових наука или вештина, јасно му је шта ће учинити. Отићи ће учитељу, човеку афирмисаном у тој области, и овај ће га упутити у тајне те вештине. Са земљорадњом то није случај из простог разлога што за земљорадњу нема учитеља. То је несумњиво штета и један од разлога зашто земљорадња стагнира. Да би се човек научно земљорадњи, он мора комбиновати проучавање природних услова са практичним земљорадничким искуством. За успешно бављење земљорадњом потребно је, према Колумели, испунити три услова и то кумулативно. То су познавање предмета (*prudentiam rei*), средства за сношење трошкова (*facultatem impendendi*) и жељу да се посао ради (*voluntatem agendi*) (4). Савете са сличном садржином дао је и Катон, али су они знатно једноставнији. Вероватно да је Катон тиме желео да импресионира и подстакне своје савременике не би ли већи значај придали земљорадњи. „Шта значи добро обрађивати њиву? Добро орати. Шта на другом месту? Орати. Шта на трећем? Бубрити". (5)

Мада Колумела познаје предмет из искуства, он се ослања на низ извора, како римских тако и хеленских. Он то и не крије, за разлику од Катона који је као закљети непријатељ свега грчкога одбијао и сваки хеленски утицај, мада га није успео мимоићи. Колумела врло ласкаво говори о својим претходницима, људима који су на било који начин говорили о земљорадњи. То су врло славна имена. Песник Хесиод, филозоф Демокрит и Ксенофон, два „перипатетичара“ учитељ и ученик, (Аристотел и Теофраст) као и Менандар и Диодор, земљаци Бианта (једног од седам грчких мудраца). Код Римљана тиме су се бавили Катон Старији, Тремелиус Скрофа (Варонов савременик и један од учесника у његовој расправи *De re rustica*), Варон, Вергилије, Картагињанин Маго, и Колумелини савременици, Корнелије Целзус и Јулије Атикус.

(1) Columella, *De re rustica*, I, Praef., 3.

(2) Cato Maior, *De agri cultura*, 2, 4.

(3) Columella, *De re rustica*, I, praef., 9.

(4) Columella, *De re rustica*, I, 4.

(5) Cato Maior, *De agri cultura*, I, 1.

III

Тражећи узроке пропадања земљорадње, Колумела говори о једној тенденцији коју сматра једним од узрока. То је прелаз са интензивног на екстензивни начин обраде земље. Као Катон и Варон, тако је и Колумела присталица интензивног типа. Он каже да и мало поље брижљиво обрађено може донети више плодова него велико, немарно урађено. Ипак, многи поседници настоје да засеју што више, макар и не постигли жељени ефекат. Колумела запажа да постоје ове две тежње. Заступајући интензивни начин, он са жаљењем констатује да се у Италији почиње више гајити једна мање квалитетна врста плодова лозе на штету квалитетније. Зашто баш помињемо винову лозу? То није без разлога, јер у правилима интензивне земљорадње гајење винове лозе заузима прво место. Постоји, наиме, још од Катона својеврсна ранг листа која гласи овако: 1. винова лоза (*vinea*), 2. повртарство (*hortus*), 3. сабење врбе (*salictum*), 4. гајење маслина (*olivatum*), 5. пашњак (*pratium*). 6. житна њива (*campus frumentarius*).

Узгајање мање квалитетне лозе условила је и конкуренција провинција, првенствено Галије, Шпаније и подунавских региона, где је клима слична клими у Италији а услови за узгој винове лозе повољнији. Стога је нега квалитетне винове лозе у Италији постала неуносна.

IV

Колумела је противник једне врло старе тежње која је актуелна још од римских победа у другом пунском рату. То је ширење и преовлађивање крупног поседа. О томе постоје бројна сведочења. Један Помпејев присталица је нпр. обећао сваком од својих војника по 4 јутера земље ако му учине одређене услуге. Ако се узме у обзир да је војника било 15.000, онда видимо са коликим комплексом земље је рачунао овај помпејевац. Август је донекле успео да заустави тај процес, но економско благостање, настало под њим, није дуго потрајало. У Колумелино време проблем постаје поново актуелан. Он патетично наводи да је Ромул својевремено поделио земљу на по два јутера по човеку док је према Лицинијевом закону тај максимум износио 7 јутера. Данас, вели Колумела, само извесни Маније Курије Дентатус је за неке не баш нарочите војне услуге отаџбини добио одједном 50 јутера.

Да су овакве тежње истините, сведоче и други писци. О тим појавама је говорио и Сенека Философ. Познати енциклопедиста и историчар Плиније Старији директно је у свом делу *Naturalis Historia* тврдио да су латифундије упропастиле Италију (*Latifundia perdidere Italiam*) ⁽⁶⁾. На други, али зато не мање ефикасан начин, сведочи о томе и једна занимљива фигура из времена Нерона, сатирични писац Петроније Арбитер ⁽⁷⁾ који је овај надимак добио јер је, према Тацитовом тврђењу ⁽⁸⁾, у своје време сматран за арбитра елеганције. У свом роману *Сатирикон*, Петроније каже да извесни Августов ослобођеник Трималхион има толико имање да га соко не може облетети. Трималхион се уопште не секира ни кад му потону бродови пуни уља, јер ти губици за њега не представљају ништа. Да би слика о том поседнику била потпунија, Петроније наводи каква је то незналица и пробисвет који богатством жели да купи знање а путем раскоши да засени већ декадентни Рим.

Стари писци су правилно запажали ове појаве, мада код њих има и доста претеривања. Ситни и средњи посед играли су још увек значајну улогу у Италиској пољопривреди. С друге стране, не може се поредити Рим из времена Ромула, када је то био мали сиромашни град, и времена прин-

(6) Plin., *Nat. hist.*, XVIII, 35.

(7) Petronius, *Satyricon*, 37 (На српскохрватском — Петроније Арбитер, Гозба Трималхинова, превод с латинског Божидар Ковачевић, Београд, Рад. 1969).

(8) Тацит, *Анали*, 6, 45. Превод с латинског Љиљана Црепајац, Београд, СКЗ 1970.

ципата, када је реч о светској империји. Тај пијетет према славној прошлости код многих римских писаца је очигледан. Није га избегао ни Колумела, што је сасвим разумљиво, и што је вероватно учињено с намером да се изазову родољубива осећања. Уосталом, историја је потврдила појаву да у тренуцима несигурности и криза друштвених односа долази до честих осврта и глорификација прошлости.

V

У Колумелино време Рим је још увек робовласничка држава, али у робовласничким односима долази до значајних промена које су се одразиле и на односе у земљорадњи. Прво, прилив робова није више био ни изблиза онакав као у време републике, када се увећавао готове геометријском прогресијом. Историچار Тит Ливије у својој историји Рима каже да је 210. г. п.н.е. број продатих робова на једном месту био 10.000. Већ 200. године тај број је достигао 30.000 а 167. 150.000. ⁽⁹⁾ Дефанзивни ратови су условили да овај број у доба принципата знатно опадне. И етнички састав робова је промењен, што није било без значаја. Раније су робови пристизали углавном из источних провинција где је клима слична као у Италији, што се одражавало на квалитет рада. Исто тако, робови доведени са Истока дуго су живели у државном уређењу и били су слободно речено цивилизованији. У Колумелино време освајачки ратови су усмерени углавном ка северу. Робови који пристижу у Италију су Германи, Келти, Британци. На северу се клима знатно разликује од климе у Италији а поред тога ови људи су живели у племенском уређењу и били у већини случајева слободни људи. Из поменутих разлога врло су лоше радили.

И став идеологије према робовима се мења. Роб се више не гледа као оруђе које говори, како га је називао Вартон ⁽¹⁰⁾. Катоновим сурови ставови према робовима, у његово време, били су сасвим обична ствар. Он саветује да робовласник из роба мора извлачити максимум вишка производа; ако је роб остарео или се разболео, не треба га више држати већ га треба продати као старе таљиге, старе алатке или штогод друго излишно у газдинству. Робови не треба да седе без посла; ако је кишно време, треба их терати да перу бурад, избацују ђубре, чисте семе, плету ужад, да оправљају старудију сваке врсте. За робове нема празника. Непоуздани робови су по картагинском обичају у ланцима. Издржавање робова своди се на минимум. Даје им се релативно доста хлеба, до 5 фунти дневно, у време тешких радова, али им се не даје готово никакво кувано јело. Њима се даје прокисло вино и уље најгорег квалитета. Од одела робовима се даје само једна туника и један огртач за целу годину ⁽¹¹⁾.

Да би робове држао у покорности Катон је, по Плутарху, „стално удешавао да међу робовима влада раздор и непријатељство јер је слогу у њиховим редовима сматрао за опасну и бојао је се”. Плутарх је због оваквог става критиковао Катона, иако га је доста лепо описао у упоредној биографији Аристиде и Катона ⁽¹²⁾.

И код других писаца среће се променљиви став према робовима. Сенека филозоф, пише да је роб човек на нижем друштвеном положају и да не може бити друг ⁽¹³⁾. Беседник и филозоф Дион Златоусти каже да су ропство и слобода морална а не друштвена категорија: неки људи су робови по духу без обзира на свој положај и обрнуто ⁽¹⁴⁾.

(9) *Titus Livius, Ab urbe condita libri, VII.*

(10) *Varro, Rerum rusticarum libri tres, I, 17, 1.*

(11) *Caro Maior, De agri cultura, LVI, LVII, LVIII.*

(12) *Plut., M. Cato Maior, 21* (На српскохрватском — Плутарх, Хеленски и Римски јунаци, превод са старогрчког Милош Бурић, Београд, Нолит 1962).

(13) *Seneca, Epistulae, 47, 1.*

(14) *Dio de Prusa, Orationes, 15, 30, 31.*

Овакво стање довело је до својеврсне опструкције робова. Пошто су устанци сурово угушивани, робови су прибегавали пасивном отпору. Најбоље сведочанство о томе даје баш Колумела. „Робови пољима причињавају огромну штету. Они дају другима у најам волове. Рђаво хране њих и оставу стоку. Слабо ору земљу; приликом сетве троше даако више семена него што је то потребно. Не старају се о томе да семе бачено у земљу добро клија, а кад га довозе на гумно чак смањују његову количину за време вршидабе — било утајом једног његовог дела, било небрижљивим радом, јер они и сами краду жито а од других га лопова рђаво чувају. Најзад код приманања жита они нетачно показују његову количину код записивања” (15). Чињеница је, а њу су запазили и стари писци, да су робовласнички односи у кризи. Али како је пребродити? Колумела сматра да робовима одгојеним у кући треба посветити више пажње. Робине које имају потомство треба ослободити од рада а оне које имају пуно деце, пустити на слободу.

Што се тиче обраде земљишта, Колумела саветује деобу на ситне парцеле, али само на удаљеним и нездравим местима, и давање у закуп. Закупца писац назива колон (*colonus*). Речју колон у почетку се називао сваки земљорадник а касније и исељеник у колоније. Од времена Августа ова реч се употребљава у значењу закупца. У то доба колонат постаје раширена појава. Песник Хорације сведочи да је на свом поседу не баш великих димензија имао 5 колона којима је дао земљу у закуп.

Из Колумелине књиге се може закључити да је и у његово време то била разграната појава. Али постављало се питање рентабилности колона. Да ли дати земљу у закуп градским колонима (*colonus urbanus*) или онима који су рођени на земљи. Колумела је енергичан у захтеву за ове друге. Он вели да су градски колони лењи и нерадни, поготово још ако су били физички привлачни и љубимци господара. Ако им се пак и да земља у закуп, мора се у захтевима бити знатно строжији. Поред тога, закупца, према Колумели, мора бити озбиљан човек и по могућству средњих година како не би био неискусан, а ни сувише стар да се са њим не би шегачили. Пожељно је да буде и ожењен, јер су за његову жену предвиђена посебна задужења.

Колумела се залаже за дугорочни закуп, јер честа смена закупца није корисна. Закуп је углавном новчани, али су постојале и извесне натуралне обавезе, као лиферивање дрвета, на пример.

Као сметња колонату јавила се појава презадужности колона. Појединци су се толико били задужили да, како каже Плиније Млађи, нису ни покушавали да се испетљају из дуга. Колумела ове даје мудре савете. Он сматра да се не треба стриктно придржавати рокова, јер се на тај начин колони везују за земљу. Вероватно несвесно, Колумела предлаже решење које је можда излаз из кризе, али полако и сигурно утире пут феудалним односима. Јер баш је та везаност за земљу карактеристика положаја кмета. И мада је пут од колона до кмета још увек дуг, Колумела је назначио оно што ми данас називамо почетком краја Римске Империје и робовласничких односа уопште.

Срђан Шаркић

(15) *Columella, De re rustica*, I, 7, 6—7.

ГОДИШЊИЦА КЛУБА »FORVM ROMANVM«

Почетком ове школске године, 22. октобра 1971. прослављена је годишњица оснивања клуба пријатеља Римског права »Fogium romanum«. Овај експеримент, замишљен као начин приближавања студената, наставника, дипломираних правника и других, превазишао је очекивања. Он је успео да окупи педесетак чланова, чији претежни део чине одлични студенти, у једној активности која је успела да споји корисно са забавним.

Прелистајмо записник да бисмо видели шта је рађено. После оснивачке скупштине, која је одржана уз рецитал латинске поезије и музику, ретко да је који петак остао без активности: 6. II. излет у Сремску Митровицу и разгледање музеја и ископина; 17. предавање проф. Стојчевића о Конгресу романиста у Рио де Жанеиру (уз дијапозитиве); 4. децембра предавање проф. Даниловић „Улога правне науке у развоју римског права“; 5. дец. излет у Сланкамен; 11. дец. читање и коментарисање Тацитових Анала (доц. О. Станојевић); 18. децембра »*Crimen laesio majestatis* према Тацитовим Аналима“, предавач Љ. Црепајец, добитник награде „Милош Бурић“ за превод Анала; 8. јануара 1971. Срђан Шаркић, студент IV године говорио о стању римске пољопривреде према Колумелином делу *De re rustica*; 26. феб. М. Милошевић, студ. IV г. „Рим и рано хришћанство“; 12. марта: избор из светског беседништва; договор за пут у Румунију; 19. марта Б. Андрић, студ. IV г. „Кривично право у Риму“; од 26. до 28. излет у Румунију; 2. априла уручивање награда из фонда Алберта Вајса; 9. априла Сима Аврамовић, студ. II године читао рад награђен на конкурс „Државно уређење Дубровника по Дубровачком статуту“; 16. априла проф. и критичар Павле Васић „Грчки и римски костим“; 23. априла Вејзагић Емира, студент II године пројектује филмове снимљене за време боравка у Јужној Америци; проф. Филолошког фак., др Момчило Савић „Лингвистичка ситуација на Балкану од римског освајања до доласка Словена“ (7. V); проф. А. Гамс „Сукоб између јеврејског и римског погледа на свет према књизи „Библија у светлу друштвених сукоба“ (21. V); 24. септембра договор о путу за Италију, донета одлука да се организује продаја уџбеника на Факултету и да се добит употреби за финансирање екскурзије у Италију; 8. октобра проф. Милета Сајић „Музика и слика“ (дијапозитиви уметничких слика уз музику са плоча); 22. октобра годишња скупштина, после програма изабрана нова управа у којој је професорски део остао (Д. Стојчевић, председник, О. Станојевић, потпредседник) а студентски измењен (Д. Поповић и Љ. Илић заменили су дотадањег секретара — С. Аврамовића и благајника С. Корићу). Као припрема за предстојећу екскурзију М. Стајић одржао предавање са пројекцијама о музејима Фиренце; од недеље, 31. октобра, до понедељка 8. новембра екскурзија у организацији „Центротуриста“: Београд — Бар — Бари — Напуљ — Помпеји — Рим — Фиренца — Венеција — Копар — Београд. Из зараде од продаје књига чланови су добили по 500 дин., поред тога Факултет је дао дотацију од 100 дин. по студенту, тако да је сваки учесник екскурзије сносио само половину трошкова. После повратка са екскурзије, која је оцењена као врло успела, настављено је са

радом: читање Плинијевих сведочанстава о ерупцији Везува (12. новембра); проф. М. Бурџи: „О могућности владавине филозофа“ (26. нов.); Срџан Шаркић, студент последипломских студија: „Извори сазнања о грчким државама по Аристотелу“ (3. децембра); проф. Павле Васић „Између античке и ранохришћанске уметности“ (10. дец.); Борђе Обрадовић, студент архитектуре: „Архитектура грчког и римског позоришта и храма“; Емилија Ковачевић, студент Академије за примењену уметност: „Антички театар“; Дејан Поповић, студент III године: „Нексум, најстарији посао римског права“ (рад награђен из фонда А. Вајса); снимање једног радног састанка за радно-емисију „Индекс 202“ (14. јануара 1972).

За овогодишњи наградни темат из фонда Алберта Вајса одлучено је да и Форум да једну награду из својих средстава. Теме су: Сенат у Тацитовим Аналима; Римско право и Богишићев Имовински законик; Совјет (сенат) према уставима у Србији XIX века; Пронија.

Др О. Станојевић

ВАЖНИЈЕ ОДЛУКЕ ФАКУЛТЕТСКИХ ОРГАНА

— Веће Правног факултета у Београду на својој седници од 1. јуна 1970. године предложило је три члана Већа за судије поротнике Вишег привредног суда у Београду, и то: др Зорана Антонијевића, редовног професора, др Драгаша Денковића, ванредног професора и др Радомира Буровића, ванредног професора.

— Др Ружица Гузина, редовни професор предложена је од стране Факултета на седници од 1. јуна 1970. године за члана Савета Архива Србије.

— Делегација мађарских правника посетила је наш Факултет 22. IX 1970. године у саставу: др Арпад Пландлер, генерални секретар Удружења мађарских правника, др Имре Саради, професор Грађанског права, декан Правног факултета у Будимпешти, др Агнес Келеман, криминалиста, судија Врховног суда Мађарске и др Лајош Колосцвари, секретар Извршног одбора Окружног одбора у Дебрецину.

— Факултетско веће на седници од 28. X 1970. године донело је закључак да се обавезне вежбе на свим годинама одржавају само из два предмета.

— Факултетско веће на седници од 29. III 1971. године у сагласности са радним јединицама донело је Одлуку да се изврши упис зајма за пругу Београд — Бар и луке Бар. На истој седници закључено је да Факултет као радна организација упише зајам од 300.000.— динара.

— Делегација Правног факултета из Београда учинила је посету Правном факултету у Новом Саду дана 25. II 1971. године, у саставу: др М. Радојковић, редовни професор, др Драгомир Димитријевић, редовни професор, др Љубица Шкара-Видојевић, редовни професор, др Живомир Борђевић, ванредни професор, др Стеван Врачар, ванредни професор, др Мирко Мирковић, ванредни професор, др Радован Павићевић, доцент и један студентски представник.

— Факултетско веће на седници од 21. јуна 1971. године одлучило је:

1. да продужи рок за студирање до 1. октобра 1972. године студентима уписаним по Статуту од 1961. године у школској 1966/67. години.

2. да се ранијим генерацијама уписаним пре 1966/67. године продужи рок студирања до 1. октобра 1972. године, и то само оним студентима који после септембарског испитног рока о. г. буду имали три положена испита са II, односно IV године.

— Факултетско веће на седници од 29. јуна 1971. године, расписало је конкурс за наградне темате из Фонда пок. Николаја Пахорукова поводом

дана студената „4 Април“, на тему: „Нехат као облик виности“, и „Смртна казна“.

— Факултетско веће на седници од 27. септембра 1971. године, донело је следеће закључке:

— да се поводом 70-огодишњег рођендана академику др Милану Бартошу, посвети један број часописа „Азали Правног факултета у Београду“

— да Правни факултет у Београду и ове школске године настави са радом у Центру за ванредне студије у Титограду.

— одређена је делегација нашег Факултета за XV интерфакултетску конференцију правних факултета у Љубљани, у саставу: др Никола Стјепановић, редовни професор, декан Факултета, др Живомир Борђевић, ванредни професор, др Љубица Шкара-Видојевић, редовни професор, др Стеван Врачар, ванредни професор, др Обрен Станковић, ванредни професор, др Радослав Стојановић, доцент, мр Миодраг Орлић, асистент, Милић Урошевић, секретар Факултета, Душица Гутеша, управник Библиотеке, студентски представници: Миле Божичковић и Душан Спасић и секретар Интерфакултетске конференције правних факултета Југославије, студент Мирослав Бојовић.

— Факултетско веће на седници од 25. октобра 1971. године, закључило је да се продужи примена Статута Факултета од 1961. године, на све апсолвенте првог и другог степена студија до 31. октобра 1972. године, без обзира на број положених испита на последњој години степена.

На истој седници Веће је предложило десет студената за доделу универзитетских стипендија.

— Факултетско веће на седници од 22. XI 1971. године узело је у разматрање предлог Комисије за реформу о неким питањима режима студија. На тој седници донет је закључак да се предузму потребне мере за стицање права наших студената за добијање стипендија, студентских домова и кредита. Закључено је, такође, да се ступи у контакт писменим путем са установама које одређују критеријуме за добијање домова, стипендија и кредита и да се у том правцу учине потребни кораци ради олакшица добијања домова и стипендија за наше студенте с обзиром да по нашем статуту још увек важи систем „година за годину“. На истој седници Факултетско веће предложило је 56 најбољих студената за новчану награду поводом Дана Републике 1971. године, као и три студента за најбоље урађене темате, такође поводом Дана Републике.

— Факултетско веће на седници од 13. XII 1971. године, разматрало је предлог и Нацрт будућих органа самоуправљања на Факултету.

— Факултетско веће на седници од 14 XII 1971. године закључило је да одобри ванредним студентима III године, који су уписали по Статуту 1961. године да полажу заостале испите у редовним и месечним испитним роковима до 31. октобра 1972. године закључно.

БРОЈ УПИСАНИХ СТУДЕНАТА

У зимски семестар школске 1971/72. године уписано је:

Година студија	Редовних	Ванредних
I	1150	1.344
II	975	18
III	350	23
IV	155	2
Свега:	2630	1.387

У број редовних и ванредних студената урачунати су и они који поново уписују годину.

Број апсолвената 1932

БРОЈ СТУДЕНАТА НА ПОСЛЕДИПЛОМСКИМ СТУДИЈАМА

— Грађанскоправни смер	8
— Међународни смер	24
— Привредноправни смер	20
— Кривичноправни смер	10
— Друштвено-економски смер	11
— Политички	7
— Управни смер	8
— Радноправни смер	3
— Правно-историјски смер	5
— Правно-социолошки смер	3

Свега: 99

ИЗБОР НАСТАВНИКА И АСИСТЕНАТА

На седници Факултетског савета од 5 јуна 1970. године потврђени су избори:

- мр Миодрага Орлића, асистента поново у звање асистента за предмет Увод у грађанско право и Стварно право;
- Данила Басте, дипломираног правника, за асистента при Катедри за политичке науке;
- мр Војислава Кошуте, за асистента при Катедри за политичке науке;
- др Душан Јаковљевић, асистент изабран је и потврђен на седници Факултетског савета од 29. октобра 1970. године у звање доцента за предмет Кривично право.

На седници Факултетског савета од 5. марта 1971. године потврђени су избори:

- др Милана Марковића, ванредног професора поново у звање ванредног професора за предмет Међународно јавно право;
- мр Загорке Симић, асистента, поново у звање асистента за предмет Кривично процесно право;

На седници Факултетског савета од 24. јуна 1971. године потврђени су избори:

- Мирољуба Лабуса, дипломираног правника у звање асистента при Катедри за друштвено економске науке;
- др Мирослава Петровића, доцента у звање ванредног професора за предмет Финансије и финансијско право;

На седници Факултетског савета од 10. децембра 1971. године потврђени су избори:

- Драгољуба Петровића, дипломираног правника у звање сарадника за предмет Грађанско право у школској 1971/72. години.
- Милана Бабића, дипломираног правника, у звање сарадника за предмет Наследно право у школској 1971/72. години.
- др Мехмед Беговић, редовни професор на седници Факултетског савета од 30. септембра 1971. године изабран је за председника Факултетског савета;
- Милић Урошевић, секретар Факултета, на седници Факултетског савета од 10. децембра 1971. године поново је изабран за секретара Факултета.

ДЕКАН И ПРОДЕКАНИ ПРАВНИХ ФАКУЛТЕТА У ЗЕМЉИ

- Правни факултет у Београду: др Никола Стјепановић, ред. проф., декан
др Радомир Буровић, ванр. професор, продекан, др Обрен Станковић,
ванр. професор, продекан
- Правни факултет у Загребу: др Богдан Златарић, редовни професор, декан
др Мирјан Дамашка, ванр. професор, продекан, Јаков Тирони, виши
предавач
- Правни факултет у Љубљани: др Мајда Стробл, редовни професор, декан
др Рупко Гонец, професор — продекан
- Правни факултет у Сплиту: др Иво Петриновић, редовни професор, декан
др Иво Борковић, ванр. професор, продекан, др Анте Царић, доцент,
продекан
- Правни факултет у Сарајеву: др Борђе Самарџић, редовни професор, декан
и др Ибрахим Фестић, доцент, продекан
- Правни факултет у Приштини: др Здравко Здравковић, редовни професор,
декан, др Есад Ставиљевић, доцент, продекан, др Газменд Зајми, пре-
давач, продекан
- Правни факултет у Новом Саду: др Никола Воргић, редовни професор, де-
кан, др Драгоје Жарковић, ванр. професор, продекан
- Правни факултет у Скопљу: др Фрањо Бачић, професор, декан, др Тодор
Џунов, професор, продекан, др Стеван Георгејевски, професор, про-
декан
- Правни факултет у Нишу: др Момчило Димиријевић, ванр. проф. декан,
др Јован Петровић, ванр. професор, продекан

НАГРАБЕНИ СТУДЕНТИ

1 — За најбољи успех у студијама у школској 1970/71. години Факултетско веће је на својој седници од 22. новембра 1971. године одлучило да награди 36 студената.

После завршене прве године то су: Душан М. Борђевић, Драган П. Радовановић, Драгољуб М. Поповић, Властимир Р. Јанковић, Смарагда В. Крунић, Милош Д. Луковић, Љиљана Р. Сарић, Љиљана Б. Симиновић, Снежана М. Станојевић, Зоран И. Жици, Нада П. Ристић, Лела М. Вуковић, Светлана С. Белопаљевић, Боровоје М. Шундерић, Петар С. Милутиновић, Роман М. Савић, Видосава С. Буровић, Иванка В. Блечић, Милован Н. Митјатовић, Мухтут Ј. Мемић, Соња Б. Смиљанић, Милица Е. Рашић, Милан З. Радовановић, Радован Р. Ристановић и Снежана Б. Наковска.

После завршене друге године: Ненад Р. Костић, Дејан М. Поповић, Марија М. Морељ, Сима Д. Аврамовић, Весна Р. Ракић, Зоран А. Јовановић, Оливера Б. Момчиловић, Бранислав С. Живковић, Љиљана М. Радуловић, Радмила Р. Васић, Љиљана М. Петровић, Бошко М. Дивац, Мирко С. Васиљевић, Бранислава М. Јововић.

После завршене треће године: Марина В. Јањић, Стева А. Лилић, Станислав Р. Стакић, Зоран Р. Павловић, Емилија Ж. Петровић, Лепосава А. Рељић, Владимир Б. Жупрић.

После завршене четврте године: Лидија Р. Иванчевић, Владислав М. Благојевић, Светлана С. Капор, Бранислав П. Чубрило, Имре Ј. Варади, Душан Ј. Црногорчевић, Мирјана С. Јовановић, Љиљана А. Петњарић, Жељко В. Милић, Наташа Д. Николић, Мирослав М. Милошевић.

2 — За најбољи успех у студијама, на све четири године, награђена је *Лидија Р. Иванчевић*.

3 — За најбоље урађене темате поводом 29. новембра 1971. године награђена су новчаном наградом четири студента:

Другу награду су добили: *Марија Биковска* за тему: „Судска заштита уставом утврђених права повређених незаконитом радњом службеног лица органа управе односно одговорног лица радне и друге организације“, и *Душан Црногорчевић* и *Бранислав Чубрило* (заједно) за тему: „Принцип слободе трговине“.

Трећу награду је добио *Драгољуб Поповић* за тему: „Наследно право по Закону XII таблица“.

Милић Урошевић

ОДБРАЊЕНЕ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ

ЧАСЛАВ СТРАХИЊИЋ: Радна јединица као организација удруженог рада у самоуправном систему Југославије. Одбрањена 11. VII 1970.

БРАНИСЛАВ МАРКОВИЋ: Положај и улога странке у управном поступку. Брањена 30. X 1970.

МИОДРАГ ЗЕЧЕВИЋ: Скупштина СР Србије у периоду 1963—1969. (остваривање Уставне комисије о републичкој скупштини). Одбрањена 31. XII 1970.

АНДРЕЈА ФРИМЕРМАН: Правни режим техничких унапређења. Одбрањена 1. VI 1971.

СТЕВАН МИЈУЧИЋ: Заштита и остваривање начела законитости у привредним организацијама путем разних облика контроле. Одбрањена 2. VI 1971.

СТАНКО МИЛОШЕВИЋ: Марксово и Енгелсово схватање међународних односа и њихов значај за савремене међународне односе. Одбрањена 1. VII 1971.

МУСТАФА ИМАМОВИЋ: Правни положај и унутрашњи политички развистак Босне и Херцеговине 1878—1914. Одбрањена 2. VII 1971.

ЉУБИША РИСТИЋ: Положај комуналних привредних организација у општини. Одбрањена 8. VII 1971.

ФУАД МУХИЋ: Етатизам и социјализам. Одбрањена 13. I 1971.

ОДБРАЊЕНИ МАГИСТАРСКИ РАДОВИ

ДРАГИША ДУГАНЦИЈА: Банкарски систем и улога банака. Одбрањен 27. X 1970.

БОШКО ВИШЊИЋ: Интеграција новца и концентрација финансијских средстава у условима социјалистичке робне производње самоуправног система. Одбрањен 21. XII 1970.

ВЛАДИМИР СУЛТАНОВИЋ: Елите и демократија (прилог критици теорије демократског елитизма. Одбрањен 8. I 1971.

МИЛУТИН БУРИЧИЋ: Заклетва и саклетвеници у правним обичајима Арбанаса у Северној Метохији. Одбрањен 20. I 1971.

FELEKE GEDLE GIORGIS: Међународно право и политика аперхајда. Одбрањен 3. III 1971.

ХАЛИМА МУЛАИБРАХИМОВИЋ: Марксизам и анархизам (политичко-филозофски аспект). Одбрањен 5. III 1971.

ЖЕЉКО МИЛОВИЋ: Застарелост у грађанском праву. Одбрањен 6. III 1971.

- МИЈАТ ДАМЈАНОВИЋ: Учесће бирача у избору посланика за Савезну скупштину. Одбрањен 16. III 1971.
- БЛАЖА МАРКОВИЋ: Развод брака због тешке поремећености брачних односа. Одбрањен 2. IV 1971.
- МИТАР МАТИНОВИЋ: Формирање расподеле дохотка привредних организација у Југославији. Одбрањен 14. V 1971.
- ДАВИД ДАШИЋ: Критерији за одређивање паритетних цена у југословенској социјалистичкој робној привреди. Одбрањен 13. V 1971.
- ПЕТАР РАДУЛОВИЋ: Оптимално радно време у јавној управи. Одбрањен 18 V 1971.
- ДРАГОШ ЈЕВТИЋ: Криза шестојануарске диктатуре и Устав Југославије од 1931. (1929—1931). Одбрањен 16. VI 1971.
- АЛАЈДИН АЛИШАНИ: Одговорност за недостатке ствари. Одбрањен 22. VI 1971.
- МИРАШ ТРЕШЊАР: Укидање отуђења рада према Марксу и ослобођење рада према Уставу СФРЈ. Одбрањен 29. VI 1971.
- ДУБРАВКА ТУРИНА: Мотивација за рад у радним организацијама. Одбрањен 5. VII 1971.
- ИВАН БАДАЊАК: Право самоуправљања и његов утицај на карактер радних односа у органима државне управе. Одбрањен 9. VII 1971.
- ГАЗМЕНД ЗАЈМИ: Равноправност језика у социјалистичкој аутономној покрајини Косово. Одбрањен 20. X 1971.
- ВЕСНА ПЕШИЋ: Друштвени систем и промена — критичка анализа функционалистичке теорије друштвене промене. Одбрањен 22. X 1971.
- ШЕМСА САЛАХОВИЋ-ЖЕРИЋ: Мјесто привреде Босне и Херцеговине у југословенској подели рада. Одбрањен 1. XI 1971.

Бранислава Марковић

XV ИНТЕРФАКУЛТЕТСКА КОНФЕРЕНЦИЈА ПРАВНИХ ФАКУЛТЕТА

На Бледу је од 11. до 13. октобра одржана петнаеста по реду Интерфакултетска конференција правних факултета у Југославији. Сама чињеница да се ова конференција одржава већ толико година, указује на значај који јој факултети придају. На овај начин она је постала некаква традиција југословенске заједнице и, као таква, она је и овог пута на Бледу потврдила себе и још се више учврстила у свести њених посленика.

За дневни ред XV интерфакултетске конференције одабрана су следећа питања из рада правних факултета:

а. Проблеми модернизације педагошког рада на правним факултетима. Ово питање је врло успешно обрадио у свом реферату професор Правног факултета у Загребу др Марјан Дамашка који се посебно задржао на модернизацији наставе. Реферату професора Дамашке успешно се придружио реферат колега из Сплита, „Неки проблеми модернизације педагошког рада на правним факултетима“.

б. За другу тачку дневног реда о проблемима селекције педагошко-научних кадрова, припремили су реферат професори Правног факултета у Београду др Живомир Борбевић и др Стеван Врачар. Уз њихов реферат колеге са Правног факултета у Сплиту придодали су тезе за дискусију о том питању.

в. Вишегодишњи напори Интерфакултетске конференције на раду за уједначавање програма наставе на правним факултетима у Југославији на овој конференцији су најзад уродили плодом усвајањем предлога радне групе ове Конференције. О овој тачки дневног реда Правни факултет у Љубљани је припремио материјал пошто је на неки начин овај Факултет био организационо седиште рада ове радне групе.

После отварања, Конференцију су поздравили представник Извршног већа СР Словеније и председник општине Радовљица, на чијој територији се налази Блед. У име Словенске академије наука, Конференцију је поздравио академик Ладо Вавпетич, професор Правног факултета у Љубљани и један од покретача идеје о установљењу Интерфакултетске конференције правних факултета у Југославији. Академик Вавпетич је у свом говору изнео нека сећања из времена рабања идеје за одржавање заједничких разговора правних факултета у земљи. Једнаки интереси и, још више, заједнички рад на једном важном друштвеном послу створили су потребу за разменом мисли и удруживања напора у решавању заједничких проблема. Посебан значај овог заједничког рада проф. Вавпетич види у развијању и неговању југословенског духа који је неопходан за развој равноправне заједнице југословенских народа — Југославије.

После поздравних говора, декан Правног факултета у Љубљани проф. Мајда Стрбл је у име организатора предложила да радни језик конференције буде српскохрватски, што је и прихваћено те је Конференција наставила рад.

Дискусија по првој тачки дневног реда показала је да постоји изузетан интерес за модернизацију наставе на правним факултетима. Без улажења у оцену реферата проф. Дамашке, може се слободно рећи да је њиме

покренуто на југословенском плану једно питање чија ургентност није у истој сразмери са разумевањем у срединама у којима би оно морало бити решено. Поред подршке коју је добио реферат, било је много других тонова чији је одјек звучео конзервативно. Много онога што још увек постоји у настави на универзитету, а што је превазиђено, брани се „нашим целокупним објективним стањем у коме образовање нема место које у друштву заслужује”.

Дискусија о другој тачки дневног реда није ништа мање била занимљива, чак се може рећи, да је ово питање много више окупирало размишљање универзитетских посленика, тако да је оно ближе пуној зрелости за решавање од претходног питања. Изражена је готово јединствена сагласност о потреби изналажења начина за подизање квалитета наставника на универзитету. Једни сматрају да се то може постићи строжим критеријумима за избор и реизбор наставника док други, имајући у виду затвореност наших радних организација, мисле да се то може постићи у највећој мери пажљивим избором асистената. Било је и мишљења да треба укинати реизбор наставника или да се реизбор прореди пошто ова институција тако рећи и не постоји у стварности савременог универзитета у нас.

Трећа тачка дневног реда представља окончање једног дуготрајног рада у оквиру Интерфакултетске конференције о уједначењу наставних планова правних факултета, о условима уписа и преласка студената и о учењу страних језика. Радна група Интерфакултетске конференције сачинила је један предлог закључака које је Конференција усвојила. У прилогу ове белешке читаоци Анала могу у целини да се упознају са овим закључцима.

Поред целокупног рада Конференције упоредо се одвијао и онај други део њене делатности кроз контакте и разговоре учесника, интеркатедарске састанке на којима се разговарало о научним и педагошким проблемима рада на појединим дисциплинама. Ови састанци су организовани тако што су представници катедара Правног факултета у Љубљани позвали своје колеге са других факултета на мали излет у прелепу околину Бледа у току кога су на најлепши начин обављени врло интересантни разговори.

По завршетку Конференције организован је излет у Корупшкү с посетом Господевском пољу, значајном месту из словеначке историје. Овај излет, као и цела конференција и боравак на Бледу може чинити част њеним организаторима. Све је функционисало беспрекорно тако да нису могле изостати срдочне честитке организатору XV интерфакултетске конференције правних факултета, Правном факултету у Љубљани.

Др Радослав Стојановић

ЗАКЉУЧЦИ

О УЈЕДНАЧАВАЊУ НАСТАВНИХ ПЛАНОВА ПРАВНИХ ФАКУЛТЕТА, О УСЛОВИМА УПИСА И ПРЕЛАСКА СТУДЕНАТА И О УЧЕЊУ СТРАНИХ ЈЕЗИКА

1. Наставни планови правних факултета у Југославији се разликују између себе. Ове разлике су израз различитих услова у којима се развијају поједини правни факултети, али оне су исто тако и израз потреба средине у којој факултети раде.

2. Представници свих правних факултета су изразили жељу, да се наставни планови уједначе у мери у којој је то могуће. Они су такође изразили спремност да стално раде на том послу, уз тежњу да користе сваку промену статута у циљу уједначења наставних планова у духу прихваћених закључака.

У том смислу убудуће сви правни факултети би требало да дозначе осталим факултетима сваку промену у наставним плановима са образложењем разлога због којих је дошло до промене.

3. Уједначењу наставних планова треба тежити нарочито у погледу првих година студија, што би уједно олакшало и прелаз студената с једног факултета на други. У погледу задњих година студија, прихвата се начелна могућност извесног разликовања, како би дошле до изражаја специфичности и специјалности појединих факултета.

4. Овако схваћена уједначеност је могућа утолико пре што постоји велик број предмета који су заједнички свим факултетима, иако понекад њихови називи, а свакако и наставни програми, нису подударни.

5. Сви представници факултета су сложни да студије на правним факултетима треба да трају четири године.

6. Они су исто тако сложни да прва година студија, обзиром на знања која даје претходно школовање, треба да буде година уводних знања, која ће садржавати углавном основе других друштвених наука, пре свега социологије, политичке економије и историје правних институција.

При томе треба водити рачуна да те предмете треба димензионирати у наставном процесу у оној мери колико је то потребно, да се квалитетно изгради правно образовање.

7. Остале, нарочито позитивно-правне дисциплине треба по извесном логичком реду груписати на остале године тако да наставни план представља заокружену, логичну, научно и педагошки оправдану, целину. При изградњи наставног плана за другу и трећу годину студија треба се држати постепености, узajамне зависности извесних предмета, упознавање најпре с материјално-правним, а потом формално-правним дисциплинама, најпре с основним, класично формираним предметима, а затим модернијим, изведеним, скоро одвојеним. Предмети који обрађују политике у појединим сферама друштвених делатности треба да дођу после предмета који третирају одговарајуће друштвене односе.

8. Две последње године, а нарочито четврта година студија, може садржати обавезне предмете и групе предмета којима се врши благо усмеравање и обрађују специфичне материје појединих факултета. Стога на овим годинама у начелу не треба тежити потпуном уједначењу.

У циљу таквог усмеравања факултети могу увести и опционе предмете. Било би корисно, да студенти са једног правног факултета могу слушати и полагати неки предмет, који се посебно негује на другом правном факултету у земљи. Исто тако у циљу поспешивања интердисциплинарног студија требало би омогућити да студенти слушају и полажу неке предмете на другим факултетима ако се за њих посебно интересују.

9. Код уписа студената на прву годину студија, гимназија се сматра као једина одговарајућа средња школа. Било би потребно да сви факултети што пре озаконе овај закључак.

Измину могу факултети, ако зато постоји посебна потреба, прогласити одговарајућом школом и неке друге средње школе које поред стручног дају и признато опште образовање.

10. Завршене више школе на којима се стичу знања из области друштвених наука блиских праву дају право уписа на правни факултет. Факултети од нивоа извођења наставе и подударност програма у погледу обима и садржине појединих предмета.

11. У циљу смањења осипања броја уписаних студената и тиме повећања ефикасности студирања или ако постоји потреба ограничења броја студената код уписа, селекцију треба вршити према постигнутом општем успеху у претходном школовању и успеху у предметима из области друштвених наука. Квалификациони испити могу бити допуна и корекција напред поменутог критеријума.

12. Студент може прећи са једног правног факултета на други у току прве године студија ако су услови уписа једнаки на оба факултета. Ако су услови различити, прелаз је могућ тек после положених свих предмета прве године.

Код прелаза студената са једног правног факултета на други признају му се у начелу сви положени испити и оверени семестри као и друге удовољене обавезе. Органи факултета на који је студент прешао, одређују у сваком индивидуалном случају којим обавезама студент треба да удовољи, водећи рачуна да студент не треба да губи сувише времена због преласка на други факултет и да се што пре укључи у режим студије на том факултету.

Код прелаза апсолвената са једног правног факултета на други, потребно је да се они поново упишу у четврту годину студија на факултету на који прелази.

13. У погледу учења страних језика на правним факултетима било би корисно да се створи могућност да студенти факултативно продуже учење оног страног језика који су учили у средњој школи. Факултеги који раде у више-језичким срединама могу организовати помоћ студентима у савладавању другог језика.

БОРБО ДЕЛ ВЕКИО (*GIORGIO DEL VECCHIO*)
1878—1971.

Почетком 1971. г. у дубокој старости умро је доајен италијанске филозофије права и један од њених најугледнијих представника у свету уопште, Борбо дел Векио, бивши професор и ректор Римског универзитета. Током свог дугог живота он је све своје снаге посветио раду на филозофији права и дао врло велики број радова из ове, као и из суседних области. Његово главно дело је „Филозофија права“, која је доживела бројна издања, а преведена на више страних језика. Он је био оснивач и скоро до своје смрти директор једног од најбољих светских часописа посвећених филозофији права, „Међународног прегледа филозофије права“ (*«Rivista internazionale di filosofia del diritto»*), која излази већ скоро педесет година и у којој сарађују филозофи и научници из великог броја земаља.

Дел Векио је изградио сопствени филозофски поглед на право, идући углавном за Кантом, одн. за његовом етиком. Он, с једне стране, сматра да је идеја права човека дата аргіогі, али на формалан, а не на садржински начин, док, с друге стране, такође сматра да се основ морала и (природног) права налази у самој природи човека, у његовом самопоштовању личности и у поштовању туђе личности. Овако засновано природно право остварује се, више-мање, све већим усавршавањем позитивног права.

Дел Векио је био пријатељ Југославије и одржавао је везе с нашим људима који су се бавили правном филозофијом. Особито је поштовао пок. професора Борба Тасића, па је у свом пом. часопису објавио и некролог поводом његове смрти. Проф. Тасић је, заједно с др М. Ристићем, превео његову књигу „Право, правда, држава“ на српски (изд. Г. Кона, 1940. г.), и написао јој и предговор, у коме износи битне црте дел Векијевог схватања права.

Др Рад. Д. Лукић

АКАДЕМИК ФЕРДО ЧУЛИНОВИЋ

Крајем лета ове — 1971. — године преминуо је др Фердо Чулиновић, професор државно-правне историје Правног факултета у Загребу. Згуснути подаци о њему казјуу: рођен у Карловцу 17. маја 1897; једно време — пре другог светског рата — судија, у народноослободилачки покрет ступио већ 1941; у јеку рата и револуције деловао као члан ЗАВНОХ-а начелник Одељења за правосудје, затим секретар Комисије за утврђивање ратних злочина. После ослобођења, као истакнути јавни радник и правник широког а опробаног знања, нештетимце је суделовао у полагању уставних темеља НР Хрватске. На дужности универзитетског професора налазио се од 1945. Био је редован члан ЈАЗУ и дописни члан САНУ.

Око две и по деценије — од 1945. па до краја свог живота — професор Фердо Чулиновић радио је на правној историји. Располагао је вишестраном научном радозналошћу. Бавио се друштвеним збивањима и правним установама у појединим југословенским земљама феудалног времена. Али, ипак, понајвише је био заокупљен предметима и проблемима новије и најновије државно-правне историје југословенских народа. Баш у тој области стварао је неуморно, па и брзо. Није био од оних истраживача који своја расуђивања и налазе препуштају предугим и затвореним таложенима.

Професор др Фердо Чулиновић био је стваралац великог замаха; писао је и објавио много. Тек што је професионално закорачио у историографију, већ 1946, објавио је рад под насловом Развитак народне власти. Временом, угледале су дана и његове опсежније па и замашне творевине: Национално питање у југословенским земљама (1955), Државноправна историја југославенских народа XIX и XX стољећа (1964), Државноправни развој Југославије (1965), Стварање нове југославенске државе (1967), Документи о Југославији (1968). Из његова пера потекли су и радови: Душанов законик, Статут града Сења, Сељачке буне у Хрватској, Правосуђе у Југославији и други мањи и већи прилози. Он је уређивао и часописе „Правосуђе“, „Правни живот“ и зборник Нова Југославија.

Професор др Фердо Чулиновић, једноставно речено, начинио је дугу и видну стручну и научну бразду. Много шта у њој остаће незаобилазиво; посебно, сноп упечатљивих размишљања и расправа о друштвеној и правној природи старе и нове Југославије. У том снопу местимично се налазе и инспиративне хипотезе. Премда су неке од њих превасходно ослоњене на правно-логиистичка умовања, оне ће засад, а вероватно и задуго, вршити важну функцију. Путем њих, при непотпуности или још увек неприступачности архивалија, тражиће се и усавршавати методолошки прилази непросветљеним тачкама новије југословенске правне историје.

Историји југословенске заједнице народа професор др Фердо Чулиновић двојачко је приступио, маниром научника и срцем борца те заједнице. С једне стране, тежио је објективности. Када је то чинио није био уздржан ни половичан. С друге стране, сав је био прожет жељом да савремена Југославија, на основама братства и равноправности народа, успева и јача. Међу наставницима Правног факултета у Београду добро је знан и поштован професор Фердо Чулиновић. Посебно, и с много основа, сматрају га незаборавним чланови Катедре за Историју државе и права тог Факултета. Баш њима непосредно је познат његов смисао за сарадњу. Он га је испољавао делом, улажењем у заједничке подухвате. Уџбенику за историју држава и права југословенских народа, који је као дело групе аутора намењен студентима Правног факултета у Београду, и он је дао свој значајан прилог. Ко год се буде прихватио тог уџбеника наићи ће на текстове професора Ферда Чулиновића о државноправном развоју Хрватске од XII века до 1848. и у буржоаском периоду (1848—1918), и одмах ће начинити нераскидиво познанство са том потпуном личношћу и делом њеног развијеног стваралаштва. Утолико пре и више лик професора Ферда Чулиновића биће пратен и окружен присним људским и научним споменом.

Др Мирко Мирковић

ДР РАДИВОЈ УВАЛИЋ

Ове јесени, 29. IX 1971. год. у аутомобилској несрећи, изгубио је живот др Радивој Увалић.

Рођен је 20. IV 1912. г. у Бачкој Паланци. Био је помоћник државног секретара за иностране Послове. Правни факултет је завршио у Паризу 1934. г. где је и докторирао 1939. г. Године 1932/33. радио је активно у напредном радничком покрету Југословена у Паризу. Члан СКЈ од 1935. г. Учествовао у шпанском грађанском рату. У НОР био од 1941. г. у Топлици,

где је био један од покретача НОР. У току рата био политички комесар у Топличком савезу и руководилац политичко-партијског курса. При крају рата радио је у Пропагандном одељењу Главног штаба НОВ и ПО Србије. После ослобођења, обављао је разне дужности у влади НР Србије и ФНРЈ а затим био професор Економског и Правног факултета у Београду, про-реktor Београдског универзитета, посланик скупштине НР Србије (до 1953. г.), опуномоћени министар и амбасадор Југославије у Норвешкој, Аустрији, Француској и Индији (1953—1968. г.), био директор Института друштвених наука у Београду. Као познати економист објавио је већи број књига, чланака и расправа из области југословенске и иностране економије. Био је одговорни уредник часописа „Економист”. Дописни је члан САНУ (од 1961. г.) Носилац је дипломе Института за високе међународне науке и Института за статистику. Носилац је „Партизанске споменице 1941” и више југословенских и страних одликовања.

*

Поводом смрти проф. др Радивоја Увалића, ранијег професора Правног факултета у Београду, одржана је комеморација на Правном факултету у Београду. Доносимо говоре које су том приликом одржали професори овог факултета др Иван Максимовић и др Борислав Т. Благојевић.

Поштована другарице Увалић,

Поштовани другови и другарице, колеге,

Судбина је на трагичан начин и превремено узела један живот који је био у напону стваралачке и друштвене активности не дајући му да се дефинитивно и до краја изрази и заврши.

Реч је о драгом пријатељу, професору, научнику, друштвеном и политичком раднику, амбасадору ове земље — другу Радивоју Увалићу, Бати.

Реч је о човеку који је, одмах после рата, организовао економске студије и наставу на овом Факултету, био један од његових првих професора политичке економије, васпитао прве генерације послератних студената и одабрао и формирао наставни кадар из предмета политичке економије који и данас носи наставни и научни рад из овог предмета.

Скрхани изненадном трагичном вешћу; нисмо у стању у овом моменту да оценимо сав значај и евоцирамо лик професора Увалића, пријатеља Бате. О тако богатој и сложеној личности, која је оставила трага у многим областима нашег јавног, политичког, културног и научног живота, моћи ће да се изрекне прави суд тек после будућих, детаљних студиозних истраживања и оцена.

Данас смо се окупили на овој комеморацији пре свега да изразимо нашу пошту, наше сећање, наш бол, нашу захвалност и нашу солидарност у овом трагичном моменту са породицом Бате Увалића.

Ипак, и посебно ради млађих сарадника ове куће који нису лично познавали професора Увалића, желимо, колико то у овом тренутку можемо, да укажемо на неке вредности лика и димензије дела Бате Увалића.

Бата Увалић је био свестрана и једна од најистакнутијих личности нашег времена.

Борац и комунист по убеђењу, он је у себи спајао многоструке личности и активности: професора и педагога, друштвеног и политичког радника, дипломате, научника, организатора на пољу културе и науке, и изнад свега хуманисте који је веома волео живот, пријатеље и другове, обичне људе из народа.

О свакој од ове личности, њеним димензијама и резултатима, мораће се студиозно писати и истраживати, да би се добила комплексна слика једне изузетне појаве и личности, инспирисане и васпитане, рекао бих, у најбољим марксистичким и хуманистичким традицијама.

У овом моменту истакнимо само оне моменте који су неоспорне чињенице које су биле уткане у личност и дело Бате Увалића.

Треба пре свега истаћи да је Бата Увалић припадао генерацији комуниста која је у покрет ушла из интелектуалног и моралног убеђења и привучена хуманитарном визијом марксизма, Пореклом из грађанске, имућне породице, Бата Увалић је још као веома млад човек, отишао да брани Револуцију у шпанском грађанском рату, а затим је ускоро борац наше народноослободилачке револуције, кроз коју је прошао без чинова и високих функција, али као васпитач и војник, два пута осуђиван на смрт и суочен непосредно са егзекуцијом.

После рата, он је, пре свега, упоран и неуморан друштвени радник и организатор новог Универзитета у Београду и Србији.

У том оквиру активности он је за релативно кратко време (између 1945. и 1953. године) обављао велики број важних васпитних и научних и организационих функција. Он је професор политичке економије на Правном и Економском факултету и декан Економског факултета у Београду, проректор Београдског универзитета, оснивач и професор у Институту друштвених наука, један од организатора Савеза економиста Југославије, први уредник њеног теоретског часописа „Економист“, члан југословенске делегације на заседањима УНЕСКА, председник Друштва пријатеља Француске, дописни члан Српске академије наука, уредник Економске библиотеке СЕЈ-а, у коју привлачи многе младе економисте почетнике, сада редовне професоре Универзитета и истакнуте научнике, библиотеке у којој се по први пут марксистичка теоријска економија ослобађа епитонства и туђих интерпретација и настоји да је усмери изворном марксизму и проблемима модерног социјализма. Када је 1953. године Бата Увалић изненадно и нагло прекинуо своју универзитетску каријеру и већ веома исцрпљен болешћу и умором, отишао у дипломатију, он ни тада није прекидао везе са економском науком и организацијом економског живота у нас. Он долази у Југославију само да би учествовао у одбрани докторских дисертација својих бивших ученика; он 1959/1961. године преузима и организује Институт друштвених наука; он је редовни предавач на постдипломским курсевима на Економском факултету. Смрт га неће изненадити у још једном остварењу: он оставља завршен рукопис двају књига које је радио за Српску академију наука и уметности и Економски институт у Београду, посвећене проблемима регионалног развоја и економски неразвијеним подручјима света, проблематици којом се све интензивније бавио, откако је био југословенски амбасадор у Индији, земља у којој се веома присно везао за проблеме и људе тог огромног и контемплативног народа, у којем је открио велике људске вредности, који је веома заволео, и где је за себе и Југославију остварио велики број пријатеља.

Као професор, економист и научни радник, Бата Увалић је био, ван сумње, један од најкултурнијих и наобразованијих економиста послератне епохе у нас. Отпочевши пре рата бриљантно своје студије и научну каријеру у Паризу, на Сорбони, где је постао лауреат Правног факултета и докторирао са изванредно студиозном и запаженом тезом о „Еволуцији цена на великим светским тржиштима 1933/39“; будући у кратком предатном периоду изабран за доцента на Суботичком Правном факултету, — у послератном периоду, Бата Увалић се одмах појављује као један од наших водећих економиста. Он је писац првих радова и уџбеника из области политичке економије социјализма у нас, писац прве Теорије планске привреде у нас, аутор веома бројних радова из области теоријске економије и економске политике, писац основног реферата на Првом конгресу економиста Југославије о „Стању и развоју економске мисли и праксе и њиховом међусобном односу у нашој земљи“ и један од оснивача Савеза југословенских економиста у организационом и идејном погледу. Као научнику, мислимо да ће се опусу Бате Увалића дати изузетна оцена пре свега као неуморном инспиратору и истовремено аутору многобројних дела у којима се

инсистира на проучавању и познавању изворног марксизма, пре свега Марксовог Капитала, великом противнику ортодоксије и вулгаризације социјалистичке теорије, човеку који је, од своје тезе па надаље, настојао са пуно успеха да повеже теоријски рад са практичним економским развојем, личности од знања и ауторитета врло независне и самосвојне у ставовима и судовима. Но, Бата Увалић је умео да пренесе сличне интенције и инспирације и на своје млађе сараднике, стварајући у Београду школу економске мисли и катедре политичке економије на Правном и Економском факултету, из чијег оквира је поникло низ водећих економиста наше савремене економске теорије и економске политике. Мислимо да је, уз дело покојног Бориса Кидрича, Бата Увалић у првој послератној деценији највише допринео развоју економске теорије социјализма у нас и да ће та констатација морати да уђе и у историје наше послератне економске мисли.

Многи, нарочито његови млађи сарадници, зажалили су када је Бата Увалић, још скоро пре две деценије, напустио Универзитет и крећу као амбасадор ове земље, у разне крајеве света: Норвешку, Аустрију, Француску, Индију. Други су позванији да суде о доприносима које је он и на овом плану пружио нашој земљи. Ови доприноси, по свему судећи, не уступају много онима што их је учинио као научник и професор. Но мислимо, колико се сећамо и добро интерпретирамо наше повремене сусрете, да је Бата Увалић увек остао помало носталгичан за својим професорским позивом, да никада није изгубио интерес за оно што се у нас на Универзитету догађа, да је пратио рад својих бивших сарадника и да је, и као амбасадор, пуно допринео својим многобројним предавањима и личним контактима са водећим економистима и научницима земаља у којима је представљао Југославију, — да они добију праву слику и научну интерпретацију наших резултата и проблема. У том смислу он је у ствари наставио свој универзитетски позив. Исто тако допринео да многи југословенски економисти дођу у земље где је био амбасадор и са своје стране допринесу сарадњи Југославије и тих земаља.

Најзад, све ове вредности које су зрачиле из личности друга Увалића и активности које су на њима настајале, уоквиравала је једна посебна индивидуалност, Бата као човек. Испод утлађености и мирноће, отмености и одмерености једног светског човека, другови и пријатељи су налазили једну веома топлу, готово дечачки свежу и увек младу личност, човека који је волео спортове, музику, уметности уопште, природу и људе. Бата Увалић се увек наново „откривао“ приликом ретких посета својој Топлици, где је провео највећи део рата и где је остао окружен тихим, пријатељским обожавањем сељака и сељанки, људи који су га памтили као пријатеља и друга и који никада нису престали да га воле. У тој средини, Бата је зрачио једним посебним сјајем, и сећам се да ми је једном рекао да би највише волео да једном, у старости проведе своје последње године живота међу тим народом, и у тој топличкој природи — шума, пашњака и ливада. Судбина му није омогућила такав крај који је био заслужно, али ће његова срдачност и осмех остати још дуго у сећању народа топличког краја...

Нав сваке је сумње да ће успомена на Бату Увалића и његова дела, — остати и у читавој нашој југословенској заједници, као један изузетан лик и личност и као једна изузетна и трајна вредност и допринос чије ће праве димензије још да констатује и измери историја и наука. У овом моменту, за његове пријатеље, другове и колеге, остаје огроман и неутешан бол, а за Правни факултет и Београдски универзитет трајан губитак.

Слава успомени и незаборавном лику друга, пријатеља и професора Радивоја Увалића, Бате.

Др Иван Максимовић

ДР РАДИВОЈ УВАЛИЋ

Чињеница смрти, у овом нашем животу пуном сукоба и темпа, не само да нам задржава дах, изазива тугу, и намеће осећање празнине него и подстиче да се подсетимо много чега што нам тај свакодневни живот скрива од очију и прикрива у подвести. А када та смрт долази као последица једне трагедије, трагедије која све више постаје и редовност савременог човечанства, онда је она и удар који нас освешћује о потреби да сви заједно о свакоме више водимо рачуна, јер само тако можемо сачувати што је могуће више и дуже људске вредности и људи од вредности, којима ни једно друштво, па ни наше, не обилује.

Смрт друга Радивоја Увалића је управо један такав удар. Журећи на дужност ка земљи и народу које је толико волео и ценно, он је морао да заустави свој поглед ка даљини, као што и ми данас за моменат заустављамо наш свакодневни живот да бисмо одали пошту другу, пријатељу и колеги који је годинама непосредно после ослобођења заједно са нашим колективом крчио путеве изградње и наше школе као установе, и наше теоријске економске мисли. И то све у моменту када је требало постављати темеље нове науке код нас, науке која је имала да одрази и изрази нове друштвене односе до којих је дошло у следству социјалистичке револуције.

Био је то тежак задатак за све, али је друг Бата Увалић за извршење тога задатка био припремљен више него други, тако да је могао својим ставом и својом мишљу бити не само углед него и учитељ. А у том правцу и смислу он се и припремао. Идејно, као марксиста, он је био давно опредељен. Његова докторска дисертација и први рад објављен у часопису „Правна мисао“ били су засновани управо на таквом идејном опредељењу, опредељењу које друг Увалић није исказао и потврдио само у тим својим радовима из доба младости већ се то опредељење, за његову победу и победу друштвених снага које су га носиле, и активно борио у целокупном своме друштвеном раду, посебно у шпанском грађанском рату и у нашој народноослободилачкој борби. Те чињенице су познате, али ће бити потребно да се још подробније сагледа развојни пут и друштвено-политичка и научна делатност друга Увалића од момента када се он пре више од три деценије определио не само за напредну мисао него и за напредну делатност у друштву, укључујући се у редове Комунистичке партије, живећи њен живот и развој, и учествујући активно у томе животу, уверен да само кроз резултате тог и таквог живота може остварити и своје идеале и проверити своја убеђења.

Таквог друга Бату Увалића, нека ми је допуштено да изнесем, упознао сам пре пуних 37 година. Било је то пред вратима Библиотеке Правног факултета у Паризу, а у време фебруарских догађаја 1934. године када су фашисти покушали први удар на парламентарни систем Француске. Већ тада, као тек дипломирани правник, учествовао је у великим демонстрацијама за одбрану демократских тековина човечанства, коју су биле угрожене доласком на власт националсоцијалиста у Немачкој. Учествовао је врло активно у животу и раду удружења наших студената и Југословена у Француској. Радио је на стварању Народног фронта. Одржавао је сталну везу са радничким покретом у нашој земљи. Сећам се како је користио dupla два кофера многих наших људи да у њима пребацује илегалну литературу у нашу земљу. А све то врло организовано и конспиративно тако да је био један од најаганијих али најконспиративнијих партијских радника у то време у Француској. Мало је ко знао за партијског радника Цветковића, друга Бату Увалића.

Када се друг Увалић 1940. године, после изванредно запажене и награђене докторске дисертације, коју је одбранио на Правном факултету у Паризу, вратио у Југославију, његова личност је још једном била повод сукоба напредних и реакционарних снага на Правном факултету у Суботици. Ипак, упркос знатном притиску полиције, он је био уочи самог рата изабран за доцента. Зато се он тек после ослобођења земље могао посве-

тити позиву универзитетског наставника, радећи најпре као доцент на нашем Правном факултету, а онда као професор Високе економске-комерцијалне школе и Економског факултета, будући биран и за проректора Универзитета. Иако на овом школском послу друг Увалић није остао дуго — до 1953. године — он је учинио много да се изгради систем науке о политичкој економији код нас, борећи се при томе и за што доследнију примену марксистичко-дијалектичког погледа у нашој универзитетској настави. Отуда је он посебно радио и инсистирао да и други раде научно у области економских наука, не налазећи, на жалост, увек довољну подршку у том свом раду и у таквом своме поимању дужности универзитетских наставника, тако да је 1953. године напустио универзитетску каријеру, што није никако значило прекид његових — истина не много честих и не много интензивних — контаката посебно са нашим Факултетом. Многи кандидати за докторат имали су прилику да се користе помоћи и руководством друга Увалића у њиховом раду.

Последњих година имао сам прилике да заједнички радим на многим питањима са другом Батом у Савезном секретаријату за иностране послове. Било је то уживање пратити његово дубоко поверење и уверење у савремену борбу ослободилачких покрета нових земаља против колонијализма и неоколонијализма. Његово поверење у тог још недовољно ослобођеног човека изједначавало се са његовим убеђењем у снагу радничке класе. Он је дубоко веровао у прогрес тих милионских маса које тек ступају на позорницу историје, али који ће, као природни и нужни савезници радничке класе, имати да одиграју врло прогресивну улогу у савременој историји. Отуда је он толико волео Африку и афричке народе. Отуда се толико радовао да буде представник наше земље у једној земљи као што је Индија, желећи да ради на међусобном упознавању народа наше земље и Индије, и то не само као дипломата него и као универзитетски наставник.

Иако релативно кратак, рад друга Увалића на нашем Факултету је оставио видног трага. Тим својим радом у нашем колективу он је помогао изградњу и лика и садржине предмета Политичке економије, а још више изградњу нових кадрова који и на нашем факултету и на другим факултетима данас носе и даље развијају овај предмет и ову науку.

За све што је радио и учинио у току живота, наше друштво је — на многим секторима и у многим доменима — указало и одало захвалност другу Увалићу. За његову „прву љубав“ — за Универзитет и наш Факултет, он је био везао знатан део свога живота и рада, оставиши увек наш, без обзира што је био чврсто и далеко од наше средине. Он је зато свуда остао „професор Увалић“. Таквом колеги, другу, пријатељу, нашем драгом Бати Увалићу, нека је хвала и слава.

Бор. Т. Благојевић

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

<i>Др Слободан Перовић:</i> Границе слободе уговарања — — — — —	489
<i>Др Обрад Станојевић:</i> Садржина и предмет облигационог односа —	519
<i>Др Душан Јаковљевић:</i> Покушај кривичног дела — — — — —	531
<i>Др Војин Димитријевић и др Миодраг Трајковић:</i> Нова конвенција за заштиту безбедности цивилног ваздухопловства — — — — —	551
<i>Звонимир Стенек:</i> Сличности и разлике у појму директора и других радника — — — — —	563
<i>Др Јован Славнић:</i> Пропуштање тачне пријаве околности за оцену тежине ризика — — — — —	579

ПРИЛОЗИ

<i>Мр Бранислава Јојић:</i> Неколико напомена о појму злоупотребе права	593
<i>Љиљана Круљ:</i> Институт заштите од физичких недостатака ствари у упоредном праву — — — — —	603

ПРИКАЗИ

<i>Др Драгаш Денковић:</i> Charles Debbasch, Science administrative — —	616
<i>Др Драгаш Денковић:</i> Административно Право, под редакцијом проф. А. Е. Лунева — — — — —	617
<i>Др Драгаш Денковић:</i> Anré Grisel, Droit administratif suisse — —	618
<i>Никола Висковић:</i> Luis Recaséns Siches, Tratado general de Filosofia del derecho — — — — —	619
<i>Весна М. Јанковић:</i> Anna P. Schreiber, The Inter-American comission on Human Rights — — — — —	629
<i>Луција Спиновић—Јовановић:</i> Др Бојан Забел, Пословна тајна — —	634

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

<i>Срђан Шаркић:</i> Пољопривреда робовласничког Рима у Колумелином делу De re rustica — — — — —	639
---	-----

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

<i>Др Обрад Станојевић:</i> Годишњица клуба „Forum romanum“ — —	645
<i>Милић Урошевић:</i> Важније одлаке факултетских органа — — —	646

БЕЛЕШКЕ

<i>Др Радослав Стојановић:</i> XV интерфакултетска конференција прав- них факултета — — — — —	652
--	-----

IN MEMORIAM

<i>Др Радомир Лукић: Боро дел Векио (Giorgio del Vecchio)</i>	— — —	656
<i>Др Мирко Мирковић: Академик Фердо Чулиновић</i>	— — — —	656
<i>Др Иван Максимовић: Др Радивој Увалић</i>	— — — —	657
<i>Др Борислав Т. Благојевић: Др Радивој Увалић</i>	— — — —	661

СОДЕРЖАНИЕ

СТАТЬИ

<i>Др Слободан Перовић: Границы свободы заключения сделок</i>	— —	489
<i>Др Обрад Станојевић: Содержание и предмет обязательства</i>	— — —	519
<i>Др Душан Јаковљевић: Покушение на уголовное преступление</i>	— —	531
<i>Др Војин Димитријевић и др Миодраг Трајковић: Новая конвенция об охране безопасности гражданской авиации</i>	— — — —	551
<i>Звонимир Стенек: Общности и различия в понятии „директор” и других работников трудовой организации</i>	— — — —	563
<i>Др Јован Славнић: Умолчание обстоятельств, имеющих значение для определения размера риска</i>	— — — — — — — —	579

СООБЩЕНИЯ

<i>Мр Бранислава Јојић: Несколько слов о понятии злоупотребления правом</i>	— — — — — — — —	593
<i>Лиљана Круљ: Институт охраны от физических недостатков вещей в сравнительном праве</i>	— — — — — — — —	603

РЕЦЕНЗИИ

<i>Др Драгаши Денковић: Charles Debbasch, Science administrative</i>	— —	616
<i>Др Драгаши Денковић: Административное право, под редакцией проф. А. Е. Лунева</i>	— — — — — — — —	617
<i>Др Драгаши Денковић: Anré Grisel, Droit administratif suisse</i>	— —	618
<i>Никола Висковић: Luis Recaséns Siches, Tratado general de Filosofia del derecho</i>	— — — — — — — —	619
<i>Весна М. Јанковић: Anna P. Schreiber, The Inter-American Commission on Human Rights</i>	— — — — — — — —	629
<i>Луција Спировић—Јовановић: Др Бојан Забел, Деловая тайна</i>	— —	634

РАБОТЫ СТУДЕНТОВ

<i>Срђан Шаркић: Сельское хозяйство рабовладельческого Рима в труде De re rustica</i>	— — — — — — — — — —	639
---	---------------------	-----

ФАКУЛЬТЕТСКАЯ ХРОНИКА

<i>Др Обрад Станојевић: Годовщина клуба „Forum romanum”</i>	— —	645
<i>Милић Урошевић: Важнейшие решения факультетских органов</i>	— —	646

ЗАМЕТКИ

<i>Др Радослав Стојановић: XV међфакултетска конференција юридичких факултета</i>	— — — — —	652
---	-----------	-----

IN MEMORIAM

<i>Др Радомир Лукић: Giorgio del Vecchio</i>	— — — — —	656
<i>Др Мирко Мирковић: Академик Фердо Чулиновић</i>	— — — — —	656
<i>Др Иван Максимовић: Др Радивој Увалић</i>	— — — — —	657
<i>Др Борислав Т. Благојевић: Др Радивој Увалић</i>	— — — — —	661

CONTENTS

ARTICLES

<i>Dr Slobodan Perović: Limits of Freedom of Contracting</i>	— — — — —	489
<i>Dr Obrad Stanojević: Content and Object of Obligation</i>	— — — — —	519
<i>Dr Dušan Jakovljević: Attempt of Criminal Act</i>	— — — — —	531
<i>Dr Vojin Dimitrijević i Dr Miodrag Trajković: The New Convention for Civil Aviation Safety</i>	— — — — —	551
<i>Zvonimir Stenek: Similarities and Differences of the Definition of the Concept of Director</i>	— — — — —	563
<i>Dr Jovan Slavnić: Failure to Report Circumstances for Assessing Weight of Risk</i>	— — — — —	579

CONTRIBUTIONS

<i>Mr Branislava Jojić: Some Remarks on the Concept of Abuse of Right</i>	— — — — —	593
<i>Ljiljana Krulj: The Institute of Protecting Physical Defects of Things in Comparative Law</i>	— — — — —	603

REVIEWS

<i>Dr Dragaš Denković: Charles Debbasch, Science administrative (Administrative Science)</i>	— — — — —	616
<i>Dr Dragaš Denković: Административное Право, под редакцией проф. А. Е. Лунева (Administrative Law, edited by Prof. A. E. Lunev)</i>	— — — — —	617
<i>Dr Dragaš Denković: André Grisel, Droit administratif suisse (Swiss Administrative Law)</i>	— — — — —	618
<i>Nikola Visković, Luis Recaséns Siches, Tratado general de Filosofía del derecho (A General Treatise of the Philosophy of Law)</i>	— — — — —	619
<i>Vesna M. Janković: Anna P. Schreiber, The Inter-American Commission on Human Rights</i>	— — — — —	629
<i>Lucija Spirović-Jovanović: Dr Bojan Zabel, Poslovna tajna (Business Secret)</i>	— — — — —	634

STUDENTS'S PAPERS

<i>Srđan Šarkić: Agriculture of Serfdom Rome in Columela's Book »De re rustica«</i>	— — — — —	639
---	-----------	-----

FACULTY CHRONICLE

<i>Dr Obrad Stanojević: Anniversary of club »Forvum romanum«</i>	— —	645
<i>Milić Urošević: Some Important Decisions of Faculty Organs</i>	— —	646

NOTES

<i>Dr Radoslav Stojanović: XVIth Inter-faculty Conference of the Faculties of Law</i>	— — — — —	652
---	-----------	-----

IN MEMORIAM

<i>Dr Radomir Lukić: Giorgio del Vecchio</i>	— — — — —	656
<i>Dr Mirko Mirković: Academician Ferdo Čulinović</i>	— — — — —	565
<i>Dr Ivan Maksimović: Dr Radivoj Uvalić</i>	— — — — —	657
<i>Dr Borislav T. Blagojević: Dr Radivoj Uvalić</i>	— — — — —	661

SOMMAIRE

ARTICLES

<i>Dr Slobodan Perović: Les limites de la liberté contractuelle</i>	— — —	489
<i>Dr Obrad Stanojević: Contenu et objet des obligations</i>	— — — —	519
<i>Dr Dušan Jakovljević: Tentative d'infraction</i>	— — — —	531
<i>Dr Vojin Dimitrijević i dr Miodrag Trajković: La nouvelle convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile</i>	— — — — —	551
<i>Dr Zvonimir Stenek: Les ressemblances et les différences de la notion du directeur et des autres ouvriers d'une organisation de travail</i>	— — — — —	563
<i>Dr Jovan Slavnić: Omission de faire la déclaration exacte des circonstances pour l'estimation de la gravité des risques</i>	— — — — —	579

VARIÉTÉS

<i>Mr Branislava Jojić: Quelques observations sur la notion de l'abus de droit</i>	— — — — —	593
<i>Ljiljana Krulj: Institution de la protection des défauts physiques des choses dans le droit comparé</i>	— — — — —	603

COMTES—RENDUS DES LIVRES

<i>Dr Dragaš Denković: Charles Debbasch, Science administrative</i>	— —	616
<i>Dr Dragaš Denković: Административное право, под редакцией проф. А. Е. Лунева</i>	— — — — —	617
<i>Dr Dragaš Denković: Anré Grisel, Droit administratif suisse</i>	— — —	618
<i>Nikola Visković: Luis Recasens, Tratado general de Filosofia del derecho</i>	— — —	619
<i>Vesna M. Janković: Anna P. Schreiber, The Inter-American on Human Rights</i>	— — — — —	629
<i>Lucija Spirović—Jovanović: Dr Bojan Zabel, Le secret d'affaire</i>	— —	634

TRAVAUX DES ÉTUDIANTS

<i>Srđan Šarkić: L'agriculture de Rome du temps d'esclavage dans l'oeuvre de Columelle De re rustica</i>	— — — — — — — — —	639
--	-------------------	-----

CHRONIQUE DE LA FACULTE

<i>Dr Obrad Stanojević: Anniversaire du club „Forvum romanum”</i>	— —	645
<i>Milić Urošević: Décisions plus importantes des organes des facultés</i>	—	646

NOTES

<i>Dr Radoslav Stojanović: XV conférence des tous les facultés de droit dans notre pays</i>	— — — — — — — — — — — — —	652
---	---------------------------	-----

IN MEMORIAM

<i>Dr Radomir Lukić: Georges Del Vecchio (Giorgio del Vecchio)</i>	— — —	656
<i>Dr Mirko Mirković: L'académicien Ferdo Čulinović</i>	— — — — —	656
<i>Dr Ivan Maksimović: Dr Radivoj Uvalić</i>	— — — — — — —	657
<i>Dr Borislav T. Blagojević: Dr Radivoj Uvalić</i>	— — — — — — —	661

**ИЗДАЊЕ ЦЕНТРА ЗА ДОКУМЕНТАЦИЈУ И ПУБЛИКАЦИЈЕ
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА**

ДР МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ
ОБЛИГАЦИЈЕ И УГОВОРИ

ЦЕНА 40.—

ДР ВОЈИН ДИМИТРИЈЕВИЋ
**ПРАВО УТОЧИШТА НА ТЕРИТОРИЈИ СТРАНЕ
ДРЖАВЕ (ТЕРИТОРИЈАЛНИ АЗИЛ)**

ЦЕНА 40.—

ДР ДУШАН ЈАКОВАЉЕВИЋ
**КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ СЛОБОДА И ПРАВА
ГРАЂАНА У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ
КРИВИЧНОМ ПРАВУ**

ЦЕНА 35.—

**НАРУЧБЕ ПРИМА ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ Београд, Булевар
револуције 67, рачун 608-740/2-917-5**

Уредништво АНАЛА моли своје сараднике да рукописе достављају откупљене 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 двомесечно.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду” у 1971. за целу годину износи:

1. За правна лица	Н. дин.	60.—
2. За један примерак	” ”	12.—
3. За појединце	” ”	40.—
4. За један примерак	” ”	8.—
5. За студенте (редовне и ванредне)	” ”	20.—
6. За један примерак	” ”	4.—

Претплата за иностранство износи н. д. 90,00 (USA \$ 6).

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број 608-740/2-917-5

Уредништво и администрација АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
БЕОГРАД — Булевар револуције 67, тел. 341-501