

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XXVII

септембар—децембар

Број 5—6

Анали Правног факултета у Београду, објавили су у броју 3—4 за 1979. годину реферате поднете на Саветовању о „Праву својине и другим стварним правима на непокретностима“.

Нажалост, том приликом нису објављени уводни реферат „Стицање својине“, редовног професора Правног факултета у Београду др Обрена Станковића, као ни Дискусија (проф. др Н. Балоба, Ж. Ивковића, М. Босиљчић, др З. Ивошевића, В. Михајловића, др В. Поповић и А. Карамарковић) коју су за штампу приредили асистенти Правног факултета: мр Весна Ракић, М. Васић и В. Водичелић.

Уз молбу ауторима и читаоцима нашег Часописа да уваже ову грешку, Редакција је слободна да у овом двоброју, пре осталих радова, објави и ове радове.

СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ

1. У овом реферату биће речи о оним питањима из области стицања својине која нису обухваћена посебним рефератима.

Деривативно и оригинарно стицање

2. Посматрајући све оно што су поједини писци рекли, може се запозити да се наводе три карактеристике критеријума разликовања на дериватно и оригинарно стицање, (или ако се хоће, три критеријума), при чему неки писци захтевају све те карактеристике кумулативно а други само неке од њих.

3. По првој, деривативно стицање је оно код кога стицалац изводи своје право из права свог претходника, где, другим речима, право претходника прелази на следбеника, тако да постоји сукцесија (која може бити сингуларна и универзална); код оригинарног стицања право својине

се не изводи из права претходника већ се заснива ново право, било да се право својине заснива на ствари на којој уопште не постоји право својине, било пак на ствари која већ припада некоме, али на основу посебних (изворних) правних чињеница. То је формула коју сусрећемо код свих писаца који говоре о овој подели.

4. По другој карактеристици, која је у тесној вези с првом и у ствари је прецизира у одређеном правцу, а коју сусрећемо код приличног броја писаца, код оригинарног стицања „између права претходног и новог власника прекинут је правни континуитет“ (Андрија Гамс, Основи стварног права, Београд, 1966, стр. 248, и. 557) а код деривативног, пак, „претходни власник преноси својину какву има, са свим евентуалним теретима и ограничењима“ (Гамс, стр. 249, и. 559). Ту нови власник „своју својину доводи у зависност од квалитета ранијег сопственика (М. Бартош, Табаци стварног права, стр. 206), право својине прелази на стицаоца „са свим својим конкретним правним статусом (са ограничењима, теретима, увјетима, *bona fides* итд.)“ (Чедо Рајичић, Стварно право, умножено као рукопис, Загреб, 1956, стр. 130). Код деривативног стицања важи принцип да нико не може пренети на другога више права него што сам има (Мартин Ведриш, Основи имовинског права, Загреб, 1971, стр. 150; Ејуп Статовић, Власничкоправни односи на непокретностима у САП Косово, Приштина, 1977, стр. 205, и. 334).

5. Према трећој карактеристици, на којој инсистира извештај број писаца, код деривативног стицања (за разлику од оригиналног) постоје два момента: правни основ (*iustus titulus*) и начин стицања (*modus acquirendi*). Неки писци, при томе, имају врло уско схватање правног основа и ограничавају га на правни посао (Ведриш, *op. cit.*; Д. Стојановић, Стварно право, Београд, 1977, стр. 132; Димитар Поп Георгиев, Основи на имотното право, Скопје, 1977, стр. 128—129) док други ту убрајају у законско наслеђивање, судске одлуке, административни акт, наређење закона (Војислав Спаић, Стварно право, треће издање, Сарајево, 1962, стр. 253—254). Начин стицања је различит и зависи од врсте ствари: за непокретности то је упис у земљишне књиге односно пренос тапије а за покретности предаја ствари (тамо где, код покретних ствари, нема предаје није реч о деривативном стицању; зато је, по Гамсу, стицање на основу административног акта оригинарно стицање).

6. Што се тиче квалификације појединих начина стицања, неспорно је да случајеви заснивања права својине на ничијим и на новим стварима (које по први пут настају као самостални објекти) представљају оригинарно стицање (окупација, прерада, меша), а да је, с друге стране, стицање на основу правног посла са власником деривативно. У погледу неких других случајева постоје владајућа становишта, која су, ипак, од стране појединих писаца оспоравана. Тако, одржај је, по владајућем становишту случај оригиналног стицања, али постоји и мишљење (Живојин Перић, Стварно право, друго издање, Београд, 1922, стр. 88) да је то деривативно стицање, док је по владајућем становишту стицање од невластника (*à pop domino*) оригинарно, али постоји и мишљење (Војислав Спаић, наведено дело, стр. 255) да је то деривативно стицање. Трећу групу сачињавају случајеви који су сасвим спорни, тако да их неки квалификују као дери-

вативно, други као оригинарно стицање (стицање на основу судске одлуке и административног акта — национализација, конфискација, експропријација), или се сматра да нису ни једно ни друго (наслеђивање). Што се саме поделе тиче, она по неким обухвата све случајеве стицања, по другима не (тако да има начина стицања који нису ни деривативни ни оригинарни). Ове велике неуједначености у погледу квалификације појединих случајева су недовољне одређености самог критеријума разликовања на деривативно и оригинарно стицање.

7. По нашем мишљењу, владајућа формула према којој је деривативно стицање оно код кога стицалац своје право изводи из права свог претходника а оригинарно оно код кога стицалац своје право не изводи из права претходника одражава стварно постојећу разлику између два начина стицања својине, али је не показују до краја и са свом потребном јасноћом кад су у питању ствари које већ имају власника (у погледу којих се у ствари једино и поставља проблем дефинисања деривативног стицања и његовог разграничења од оригиналног). Јер, кад су у питању ствари које су већ објект нечијег права својине, без обзира да ли је у питању деривативно или оригинарно стицање, увек се врши смена власника; стицање од стране новог власника увек има за последицу губитак права својине претходног власника, и то се догађа истовремено, тако да не постоји никакав правни вакум. Суштина деривативног стицања је у томе што је право својине одређеног лица на датој ствари нужан услов, нужна претпоставка да би, у склопу других правних чињеница, једно друго лице постало власник те ствари, да би својина од једног лица прешла на друго (тако да нема стицања ако се покаже да то лице није било власник). Другим речима, деривативно стицање је стицање на основу правних чињеница међу којима као битна фигурира и та да је одређено лице власник ствари у питању (претходник), из чега следи да је деривативно стицање појмљиво само кад су у питању ствари које већ имају власника; оригинарно стицање, пак, је стицање на основу окупa правних чињеница међу којима не фигурира и та да је одређено лице власник ствари у питању, без обзира да ли ствар има власника или нема (из чега следи да је стицање на стварима које немају власника увек оригинарно или да оригинарно може бити и стицање на стварима које имају власника).

8. Тако, купац покретне ствари коме је ствар и предата постаће власник (на основу правног посла и предаје) само ако је продавац био власник; ако продавац није био власник, купац неће постати власник на основу правног посла и предаје већ ће то моћи на основу других правних чињеница (које се траже код стицања а *non domino* односно одржајем), посебно што се тиче савесности, која је без значаја код куповине од власника (и „несавесни“ купац тј. онај који је мислио да продавац није власник, стећи ће својину уколико је продавац био власник и ствар му је предата). Исто тако, поклонопримац ће постати власник само ако је поклонодавац био власник, и то без обзира на своју савесност; у противном, ако поклонодавац није био власник, поклонопримац може постати власник тек ако постоје одређене правне чињенице, међу којима је и његова савесност (одржај). И код универзалне сукцесије (било да је у питању тестаментално било законско наслеђивање, редовно законско или нужно за-

конско) наследник постаје власник само оних ствари које су припадале декујусу у тренутку његове смрти, док на стварима које нису припадале декујусу не стиче својину под условима који се траже за универзалну сукцесију, већ на основу других правних чињеница, уколико постоје (одржај). Воља претходног власника, како се види, није битна за деривативно стицање, већ је битна објективна околност (у склопу других чињеница) да је одређено лице заиста власник. Греше, према томе, они писци који наслеђивању поричу карактер деривативног стицања, до чега је иначе дошло због тога што ти писци као кумулативну карактеристику деривативног стицања захтевају и постојање тзв. модуса (упис у земљишне књиге односно предаја покретних ствари), који се код наслеђивања не тражи, а који, како ћемо видети, није увек потребан ни код стицања на основу правног посла са власником (с друге, пак, стране и код неких случајева оригинарног стицања модус је у ствари неопходан). Што се тиче стицања на основу одлуке државног органа, и ту је у неким случајевима стицање својине условљено захтевом да је одређено лице власник: нпр. код конфискације је битно да је конфискат власник ствари која се конфескује, јер је сврха конфискације неодвојива од његове личности, док је код експропријације битна промена својине на одређеној непокретности у корист одређеног субјекта, без обзира ко је њен власник, и зато је то оригинарно стицање.

9. Раширеча тврдња да се код оригинарног стицања стиче право својине које је по квалитету независно од права претходног власника а код деривативног право својине које је по својим квалитетима једнако са правом претходника, дакле са свим теретима и ограничењима, нити се може прихватити са теоријске тачке гледишта нити је у складу са решењима прихваћеним у упоредном праву.

10. Да ли ће за новог власника важити терети и ограничења који су важили за претходног власника, то је питање чије решење не може зависити од квалификације једног начина стицања као оригинарног или деривативног јер се не виде разлози којима би то правдало. Зашто би код одржаја и стицања својине од невластника нови власник у том погледу био а priori фаворизован у односу на оног ко је право својине стекао од власника? Овде је реч о сукобу интереса одређених субјеката (новог власника с једне стране и лица у чију корист постоје терети и ограничења с друге стране) и прихватајиво решење мора се учинити зависним од одређених етичких, економских и друштвених чинилаца (да ли је стицалац савестан или не, да ли је за ствар платио или није; као и других друштвених момената, да ли на пример сврха стицања искључује опстанак права трећих, као што је случај код експропријације). Ако је прихваћено да се право својине може стећи од невластника или одржајем, што разуме се повлачи губитак права својине претходног власника, онда се по оном познатом правилу да је у већем садржано и мање, мора прихватити да се под аналогним условима односно на сходан начин може изгубити и неко мање право (службеност на пример) или ограничење које у нечију корист постоји, без обзира којим се начином стиче само право својине. Ако је дакле право својине прибављено правним послом од претходног власника (што је један дериватан начин) а на ствари су постојала права у корист

трећих, њихова судбина треба да зависи од тога да ли је стицалац за њих знао односно морао знати и да ли је до права својине дошао теретно или добродично, а решење мора бити исто и за случај да се право својине стиче од невластника или одржајем (дакле оригинарним путем).

11. Овакав теоријски приступ доследно је спроведен у немачком праву. По параграфу 936 Немачког грађанског законика, ако је отуђена ствар била оптерећена правом у корист трећег, ово право се гаси са стицањем својине, уколико је стицалац био савестан, а то правило важи како за стицање од власника тако и за стицање од невластника (од којих је један деривативан а други оригинаран начин). Исто правило је у параграфу 945. прихваћено за одржај: нови власник стиче својину оптерећену правима трећих ако је несавестан (ако је за та права знао односно морао знати), а ако је у погледу њих био савестан, тј. није знао нити за њихово постојање морао знати (ни у моменту стицања државине ни касније), права трећих се гасе. — Разуме се, било би неприхватљиво да се један одређен начин стицања (одржај, стицање од невластника, стицање од власника) час квалификује као деривативан час као оригинаран, у зависности од тога да ли је право новог власника слободно од ограничења и модалитета који су важили за претходног власника.

12. Иако је то тематски ван оквира овог рада, који се односи на имаоце права својине, приметимо следеће: пошто право претходника (чије је постојање услов за стицање права следбеника) може по садржини бити другачије од права следбеника, јасно је да деривативно стицање постоји и у такозваним међусекторским односима, тј. у односима између субјекта друштвеног и приватног сектора, са свим консеквенцама које из тога проистичу (пored осталог и у погледу одговорности у случају евикације).

13. Ограничење права претходног власника може се састојати и у постојању услова, па се поставља питање да ли овај услов важи и за следбенике, ако је преносилац права под одложним условом отуђио право док се још није знало да ли ће се услов остварити или неће; да ли другим речима акти располагања које је преносилац предузео у међувремену, тј. пре отварања одложног услова остају у важности или губе важност. Законикима појединих земаља који о овоме имају одредбе прописано је да у погледу ових аката важе правила прописана у корист трећих који стичу право од оног ко није био њихов титулар, што значи та је стицање права од стране трећих дефинитивно упркос општем правилу да акти располагања које је преносилац предузео пре остварења одложног услова губе важност ако се услов касније оствари (параграф 158. ст. 3. Немачког грађанског законика, параграф 228. Мађарског грађанског законика, чл. 92. ст. 2. Пољског грађанског законика). То прецизирање је свакако и корисно и пожељно али мислимо да се исто решење мора прихватити за све системе који уопште познају стицање а поп domino. Правила о стицању а поп domino важе за свако стицање од оног ко није имаоца права, укључујући, разуме се, овде и бившег имаоца права, па утолико пре, или барем исто толико морају да важе и за стицање од садашњег титулара који је право пренео под одложним условом.

14. Што се тиче схватања да је нужна одлика деривативног стицања (за разлику од оригинарног) истовремено постојање титулуса и мо-

дуса, његову нетачност је лако доказати. *С једне стране, о титулусу и модусу у изнетом смислу може се говорити и код оригинарног стицања, барем кад су у питању неки случајеви: стицања на основу правног посла са невласником, где је предаје непоходна; стицање одржајем, где државина нужно претпоставља предају ствари, а код редовног одржаја је неопходан правни основ који државину чини својинском (Аустријски грађански законик у параграфу 380. чак прописује да су титулус и модус неопходни за свако стицање, било оно деривативно било оригинарно: „Без основа и правнога начина прибављања не може се задобити никаква својина“).* *С друге стране, ни све случајеве деривативног стицања не одликује постојање титулуса и модуса. То се пре свега односи на наслеђивање, коме се не може спорити карактер деривативног стицања, пошто је постојање својине декујуса на одређеној ствари услов да по основу надлеђивања ствар пређе у својину наследника. Затим, кад је у питању стицање на основу правног посла са власником (коме нико није спорио карактер деривативног стицања, нити му се тај карактер може спорити, јер би иначе био ликвидиран сам појам деривативног стицања), ту модус није увек потребан: у нашем систему дозвољена је и такозвана фиктивна предаја, а то су случајеви у којима својину преноси сам уговор, а у неким земљама *правило* је да се на покретним стварима својина преноси самим уговором. То је по терминологији наших писаца „француски систем деривативног стицања“, који никада и ни од кога није добио квалификацију „оригинарног стицања на основу правног посла са власником а без предаје ствари“. У противном, јединствен систем деривативног стицања био би разбијен па би неки случајеви због својих особености били преквалификовани у оригинарне, иако имају битне заједничке особине са преосталим случајевима деривативног стицања. *Постојање титулуса и модуса је дакле одлика неких случајева деривативног стицања својине а не свих; оно није нужно појмовно обележје деривативног стицања као таквог.**

15. Најзад, оригинарно стицање се не може дефинисати као „непосредно“ стицање, које се „оснива на самом закону“ (како га дефинише М. Бартош, Табаци стварног права, стр. 206). Са те тачке гледишта сви су начини стицања (и деривативни и оригинарни) равноправни и „пред законом једнаки“: увек се стицање догађа на основу неке правне чињенице (скупа чињеница) која је правна баш зато што јој тај квалитет даје закон; са гледишта закона нема поделе на посредне и непосредне начине стицања, већ су сви начини стицања и непосредни и посредни, и то у истом смислу: непосредни у односу на правну чињеницу (скуп чињеница), посредни у односу на закон, који тој чињеници даје квалитет правне чињенице. Зато би из чл. 45. Нацрта закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима СР Србије од 1978. године требало изоставити стицање „на основу закона“, (а из чл. 18. Нацрта савезног Закона о основним својинскоправним односима стицања „по сили закона“) и уместо тога поименице навести случајеве које закон предвиђа, ако се хоће и једна општа одредба о томе.

Грађење на туђем земљишту

16. Нацрт републичког Закона о праву својине и другим правима не садржи правило за случај када су *савесне обе стране*, и градилац и власник земљишта. Према предратним правним правилима овде је *à priori* фаворизован власник земљишта по Србијанском грађанском законик у (278) и Аустријском грађанском законик у (418) зграда постаје саставни део земљишта и припада власнику земљишта, који за њу дугује накнаду, а по Општем имовинском законик у за Црну Гору (чл. 37) „власник земље има право да бира: хоће ли ту своју влаштину себи задржати и градиоцу накнадити трошак, или ће да му уступи и земљу и здање, чим му градилац намири вриједност земље“. Без обзира на вредност зграде и друге околности, савесни градилац је потпуно потиснут у други план.

17. Мислимо да у нашем данашњем друштву ову ситуацију треба уредити сасвим другачије, пошто нема оправданих разлога да се власник земљишта *à priori* ставља у знатно повољнији положај. Прво, између ималаца различитих имовинских вредности не може се правити разлика у корист једног а на штету другог, у зависности од натуралне вредности добара у питању (земљиште, зграда односно уложена материјална и новчана средства); данас земљиште нема онај економски значај који је имало раније, па ће подигнута зграда често имати већу вредност (утолико пре што је овде реч о земљишту ван градских реона). Друго, са чисто етичког становишта не сме се испустити из вида да су савесне обе стране, дакле и градилац. Треће, у питању је једна конкретна ствар (зграда), која има врло одређену употребну вредност, и која треба да служи или градиоцу или власнику земљишта; те потребе заинтересованих субјеката нису никаква апстракција већ врло конкретна реалност, која се може сагледати и оценити. На један општи начин не може се рећи да су потребе власника земљишта имепротивније те да зграда са те тачке гледишта посматрано пре треба да припадне њему. Напротив, у већини случајева биће обрнуто; градиочева потреба за зградом посведочена је самом грађњом; а зграда је прављена баш према тим његовим потребама, његовој мери и укусу.

18. Водећи рачуна о свим овим моментима, мислимо да би се могла поставити следећа правила:

ако су обе стране савесне а зграда вреди знатно више од земљишта, зграда заједно са земљиштем припада градиоцу, који за земљиште дугује накнаду по тржишним ценама; али ако је вредност земљишта знатно већа, суд ће на захтев власника земљишта и зграду и земљиште досудити њему (што значи да уколико власник земљишта такав захтев не постави, и зграда и земљиште припадају градиоцу);

ако су обе стране савесне а вредност зграде и земљишта приближно једнаке, суд ће зграду и земљиште досудити једној или другој страни, водећи рачуна о оправданим потребама а нарочито о стамбеним приликама и градиоца и власника земљишта.

19. Могућа је, иако у пракси врло ретка; ситуација да су *несавесне обе стране*. У нашим предратним правним правилима у овом погледу

постоји празнина, а празнина постоји и у нашим послератним законским пројектима из ове области.

20. Мислимо да се овде не би могла по аналогiji применити правила која важе за случај кад су обе стране савесне, и то из више разлога. Прво, то не би било друштвено целисходно, јер би широм отворило врата бесправној грађи (пошто остварење циља коме тежи несавесни градилац, тј. својина на згради, зависи искључиво од њега: довољно је да подигне зграду која вреди више од земљишта). Друго, са чисто етичког становишта несавесност градиоца се мора оценити као тежи морални и друштвени прекршај, пошто је он створио ситуацију у којој се друга страна понашала несавесно; да није било градиочеве несавесности, изостала би и несавесност власника земљишта. Не треба испустити из вида да ово није иста ситуација као кад је градилац савестан, у ком случају опомена од стране власника земљишта мења градиочеву представу о правном стању ствари између њих па зато може имати и за последицу благовремену обуставу градње. Опомена зацело не може имати такво дејство у односу на онога ко од самог почетка зна да ради нешто што му није дозвољено. Свега тога је власник земљишта свестан, па је зато његова несавесност неупоредиво невинија.

21. Водећи рачуна о овом моменту мислимо да у случају када су несавесне обе стране власнику земљишта треба дати право избора: да зграду задржи и градиоцу накнади вредност материјала и рада по тржишним ценама или да и зграду и земљиште препусти градиоцу, који му је у том случају дужан накнадити штету и платити накнаду за земљиште по тржишним ценама (ако овај избор не учини у законском року, зграда и земљиште припадају градиоцу).

22. Најзад, накнада за земљиште (кад ово припада градиоцу), односно за утрошени рад и материјал (кад зграда припада власнику земљишта), као и накнада причињене штете одмеравала би се према ценама у време плаћања накнаде односно у време одлучивања о тужбеном захтеву (ако дође до спора). јер се тек тако имовине странака доводе у оно стање коме се тражи предложеним правилима и јер је то, што се тиче накнаде штете, у складу са правилима прихваћеним у Закону о облигационим односима.

Сејање на туђем земљишту

23. По нашим предатним правним правилима, у случају сејања на туђем земљишту, плод припада власнику њиве и то без обзира на савесност сејача; његова савесност односно несавесност од утицаја је само на решење питања накнаде за семе и рад (281. Србијанског грађанског законика). У неким страним законикима сејач под одређеним условима има право на део рода. Тако, по чл. 1173. ст. 2. Етиопског грађанског законика од 1960. сејач који није знао да није власник нити да је овлашћен да земљиште засеје има право на четвртину рода, ако се власник земљишта није успротивио сејању.

24. Сејање на туђем земљишту слично је са грађењем на туђем земљишту што се у оба случаја покретне ствари једног лица и његов рад

спајају са непокретношћу другог лица, али је особеност овог случаја у томе што непокретност увек вреди више и то несразмерно више, и што је веза туђих покретних ствари са непокретношћу само привремена (по правилу једногодишње културе). Водећи рачуна о релевантним моментима, мислимо да би се могла поставити следећа правила:

Кад ко својим семеном засеје туђе земљиште без сагласности власника а знао је или морао знати да на то нема право, род припада власнику земљишта, који није дужан дати накнаду за уложена средства и рад.

У случају из претходног става власник земљишта има право и на накнаду штете по општим правилима.

Ако је сејач био савестан, савесни власник земљишта такође присваја сав род, али дугује накнаду за сврсисходно уложена средства и рад, највише до висине прихода које је имао од земљишта.

Ако је сејач био савестан а власник земљишта га није на време опоменуо а могао је, род се дели као да између њих постоји закупни однос.

Сађење на туђем земљишту

25. Особености сађења на туђем земљишту су у томе што се ствара трајнија веза једне покретне ствари (садница) са туђом непокретношћу (у томе је сличност са грабењем на туђем земљишту а разлика у односу на сејање на туђем земљишту) а с друге стране вредност земљишта је увек вишеструко већа од вредности уложеног рада (у томе је сличност са сејањем а разлика у односу на грабење на туђем земљишту). Водећи рачуна о особеностима овог случаја мислимо да би у будућем закону требало усвојити следећа правила:

Чл. 1.

Кад неко својим садницама засади туђе земљиште а на то није имао право, саднице постају саставни део земљишта и припадају његовом власнику.

Остали односи између сadioца и власника земљишта расправљају се према њиховој савесности, по правилима која следе.

Чл. 2.

Ако је садилац савестан (није знао нити је могао знати да је земљиште туђе и да нема право да сади) а власник земљишта несавестан (приметио је сађење па сadioца није опоменуо), власник земљишта дугује накнаду према вредности сврсисходно уложених средстава, али највише до висине користи које има услед сађења.

У случају из претходног става, власник земљишта нема право да захтева уклањање садница и довођење земљишта у првобитно стање о трошку сadioца, чак и ако му саднице сметају.

Чл. 3.

Ако су обе стране савесне, важи правило постављено у ст. 1. претходног члана.

Ако власник земљишта има право да захтева уклањање садница које му сметају, али да их сам уклони, и за то није дужан дати никакву накнаду.

Чл. 4.

Ако су обе стране савесне, поступиће се као у претходном члану.

26. Иначе, страни грађански законици обично имају посебна правила о сабењу на туђем земљишту, али решења нису увек у свему иста. По Србијанском грађанском законик у (чл. 281) саднице постају саставни део земљишта „ако су већ жиле пустиле“ и од тог момента припадају власнику земљишта, који савесном садиоцу дугује накнаду у висини вредности садница и рада а несавесном не дугује ништа. — Општи имовински законик за Црну Гору (чл. 39.) предвиђа да савесни власник земљишта има право да бира: „или, плативши вриједност дрвећа задржати сад, или искати да садилац уклони дрвеће са земље те да је очисти и уреди као што је прије била“. Како се види (а то потврђује и следећа реченица истог члана), савесни власник земљишта има право да захтева уклањање садница и довођење земљишта у првобитно стање било да је садилац несавестан било да је савестан (с тим што по последњој реченици става 3. „ако је садилац радио у злој мисли, власник земље може тражити и потпуну накнаду штете“). Ако је власник земљишта несавестан, он нема право да захтева уклањање дрвећа; „шта више, он треба да плати вриједност посађеног дрвећа, којим тада може располагати по вољи“ (чл. 39. ст. 4.). — Француски грађански законик прави разлику (као и код грађења на туђем земљишту) према томе да ли је садилац савестан или не и постављена правила важе било да је власник земљишта савестан било да је несавестан. Ако је садилац несавестан, власник земљишта (у чију се савесност односно несавесност не улази) има право да бира: да се о трошку садиоца саднице уклоне и земљиште доведе у првобитно стање, при чему садилац нема право ни на какву накнаду а са своје стране дугује накнаду причињене штете; или да саднице задрже с тим да плати накнаду и то или према повећаној вредности земљишта услед сабења, или у висини трошкова материјала и радне снаге (и то према ценама у време плаћања накнаде), водећи рачуна о стању у коме се засађено дрвеће налази. Ако је садилац савестан (ни овде се не улази у питање савесности односно несавесности власника земљишта), не може се захтевати уклањање садница, а власник земљишта, коме сада саднице припадају као саставни део земљишта, дугује накнаду према горе изложеном правилу (чл. 555. Ц.с.) — По Швајцарском грађанском законик у (чл. 678. у вези чл. 671—673) власник земљишта има право да захтева уклањање садница под условом да се тиме не проузрокује „претерана штета“, без обзира на савесност садиоца. Ако се саднице не уклањају, оне као саставни део земљишта припадају власнику земљишта, који савесном садиоцу дугује „правичну накнаду за материјал“, а ако је садилац несаве-

стан, накнада се може досудити у износу који не прелази најнижу вредност коју саднице имају за власника земљишта. — Према Етиопском грађанском законик у (чл. 1175) ако је дрвеће засађено противно јасно израженој вољи власника земљишта, овај има право да захтева уклањање дрвећа и довођење земљишта у раније стање, или да дрвеће задржи без обавезе плаћања било какве накнаде. Ако је сађење вршено са дозволом власника земљишта, садилац и власник земљишта постају сувласници засађене парцеле, с тим што власник земљишта у свако време може раскинути ову сувласничку заједницу и претворити је у искључиву својину за себе, плаћајући садиоцу накнаду. Ова накнада равна је половини вредности прихода који би дрвеће вероватно дало у периоду од десет година, ако је у питању дрвеће чија се редовна експлоатација састоји у прибирању плодова (прихода); ако је у питању дрвеће чија се редовна експлоатација не састоји у прибирању плодова, накнада је равна половини вредности дрвећа коју би оно вероватно имало кроз десет година, рачунајући тај рок од дана када је власник земљишта изјавио да сусвојину претвара у искључиву својину за себе (чл. 1176—1177).

Сједињење (спајање и меша)

27. Сједињење је остварење физичке целине од покретних ствари разних власника, без њиховог споразума, а може имати облик спајања или меша. *Спајање* постоји кад елементи из којих је настала нова ствар нису изгубили своју индивидуалност тако да се могу распознавати, а при томе то могу бити делови који имају различите функционалне улоге у оквиру целине или су то делови једне количине. *Меша* постоји кад сједињени делови губе индивидуалност тако да се не могу распознавати у оквиру нове целине.

28. Са гледишта објективног права, односно са гледишта решења питања својине на сједињеним деловима без значаја је да ли се ради о спајању или меша (тј. без значаја је да ли се делови из којих је настала нова ствар могу распознавати или су изгубили своју индивидуалност). Битан је други моменат: да ли је физичка веза између сједињених делова таква да је могућ повраћај у пређашње стање или то није случај. Ако се сједињени делови могу раздвојити без оштећења односно знатнијих трошкова, свакоме се враћа његов део (односно одговарајуће количине), о трошку криве стране ако таква постоји. То је правило у упоредном праву општеприхваћено.

29. Ако се делови из којих је настала нова ствар не могу вратити у раније стање без оштећења односно знатнијих трошкова, поставља се питање чија је нова ствар. Решења усвојена у упоредном праву овде су различита. По Аустријском грађанском законик у (чл. 415) и Србијанском грађанском законик у (чл. 270—274) власници сједињених ствари постају сувласници нове ствари, сразмерно вредности њихових првобитних ствари. Оваква сувласничка заједница може бити разврћнута вољом сувласника, а ако се не постигне споразум, примењују се посебна правила, за чију су примену релевантна два критеријума: критеријум савесности и крите-

ријум вредности. Критеријум савесности је примаран и он се примењује ако је једна страна савесна а друга несавесна. У том случају савесна страна има право избора између две могућности: а) да нову ствар задржи за себе а несавесној страни накнади вредност њене првобитне ствари; б) да нову ствар препусти другој страни у искључиву својину и да се задовољи накнадом за своју првобитну ствар. Ако су обе стране савесне, примењује се критеријум вредности: страна чија је првобитна ствар веће вредности има право из избора између једне од две наведене могућности.

30. Добра страна овог решења је у томе што се води рачуна о савесности, што је, опет, више у складу са идејом правичности, а с друге стране, тако се и ефикасније превентивно делује. Али ово решење има и својих недостатака: ако су обе стране савесне, власник првобитне ствари која је веће вредности може одлучити да нова ствар припадне у искључиву својину друге стране (такође савесне), којој у принципу то економски мање одговара, јер је у ствари у питању врста принудног откуп, који је економски утолико неповољнији уколико је већа вредност која се мора откупити (да је ствар остала оној првој страни, њу би то економски мање погодило, јер је мања вредност коју мора откупити). Ови недостаци нарочито драстично долазе до изражаја ако је једна од ствари незнатне вредности а њеном власнику, против његове воље, припада у својину цела нова ствар. Утолико више, што је, по правилу, употребна вредност нове ствари ближа оној страни чија је првобитна вредност већа, а поготову ако је она несразмерно већа или у односу на улогу друге ствари има положај главне ствари. Разлози економске целисходности захтевају да овде нова ствар припадне власнику главне ствари чак и када је несавестан.

31. Водели рачуна о свим овим моментима, предложили бисмо да се у нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима унесу следећа правила:

Када се покретне ствари разних власника тако споје или помешају да је без већих оштећења односно већих трошкова могућ повраћај у пребашње стање, свакоме се враћа његов део односно одговарајућа количина, о трошку криве стране.

Ако је повраћај у раније стање немогућ или је могућ тек уз знатнија оштећења или несразмерне трошкове, власници сједињених ствари постају сувласници нове ствари, сразмерно вредности њихових делова у моменту сједињења.

Ако је једна страна савесна а друга несавесна, савесна страна има право избора: да ствар задржи за себе као искључиви власник а да другој страни накнади вредност њене ствари, или да ствар препусти другој страни а да за себе тражи накнаду вредности за своју ствар и накнаду штете, ако томе има места.

Ако је једна од сједињених ствари незнатне вредности у односу на другу или је у односу на њу споредна, нова ствар припада у искључиву својину власнику оне друге ствари, без обзира на савесност односно

несавесност једне и друге стране. Овим се не дира у права која проистичу из неоснованог обогаћења и проузроковања штете.

Ако су на ранијој ствари постојала нека права трећих лица а власник те ствари је постао власник или сувласник нове ствари, ова права прелазе на нову ствар.

При том, ако је власник раније ствари постао сувласник нове ствари, права трећих односе се на његов сувласнички део, а ако је постао искључиви власник целе ствари, права трећих односе се на идеалан део сразмерно вредности раније ствари.

Ако се права трећих гасе, њихови имаоци могу употребити тужбу из неоснованог обогаћења.

Прерада (спецификација)

32. Постоји кад неко од туђег материјала направи нову ствар а између прерађивача (творца нове ствари) и власника материјала (прерађене ствари) не постоји уговорни однос. У нашим предатним прописима постојала су различита правила за решење питања својине на новој ствари.

33. По Аустријском грађанском законик у (чл. 415) ако се прерађена ствар може вратити у првобитно стање, она остаје у својини дотадашњег власника и на његов захтев му се враћа. Повраћај у пређашње стање врши се на трошак прерађивача, који је поред тога дужан да по општим правилима о грађанској одговорности накнади проузроковану штету. Ако се ствар не може вратити у првобитно стање, прерађивач и сопственик материјала (првобитне ствари) постају сувласници нове ствари и то у сразмери вредности материјала и рада односно трошкова прераде. Оваква сувласничка заједница може бити развгнута вољом сувласника, а ако се не постигне споразум, примењују се посебна правила, и то на основу два критеријума: савесност и вредности. Примаран је критеријум савесности и он се примењује ако је једна страна савесна а друга несавесна. Ако је прерађивач био несавестан, тј. ако је знао односно морао знати да употребљава туђи материјал и да на то нема право, онда власник материјала као „невина страна” има право избора једне од две могућности; а) да нову ствар задржи за себе а да прерађивачу накнади вредност уложеног рада по најнижој цени коју вештаци буду одредили; б) да нову ствар препусти прерађивачу у својину а да за себе тражи накнаду за утрошени материјал (првобитну ствар) по највећој тржишној вредности. У оба случаја има право на накнаду штете по општим правилима о грађанској одговорности. Ако је прерађивач савестан а власник материјала несавестан, право избора између наведених могућности припада прерађивачу. Ако су обе стране савесне, право избора припада ономе чија је вредност већа (дакле прерађивачу ако више вреди рад, а власнику материјала ако више вреди материјал). Критеријуми су дакле исти као и код сједињења и у погледу њихових добрих и лоших страна важи оно што је тамо речено, уз истицање једног момента који је овде релеван-

тан: закон не води рачуна о томе да је код прераде, за разлику од сједињења, употребна вредност нове ствари ближа прерађивачу него власнику материјала, јер се од истог материјала често могу правити ствари разних врста, а прерађивач је направио тачно одређену ствар, и то према својим потребама, својој мери и укусу; у начелу, дакле, нова ствар ће својом употребном вредношћу више одговарати потребама и приликама прерађивача него власника материјала, па у склопу других чињеница треба водити рачуна и о тој околности, јер је и у друштвеном интересу да ствари припадају онима којима су најкорисније.

34. Правила садржана у Општем имовинском законик у за Црну Гору су другачија: независно од савесности односно несавесности странака, власник материјала односно првобитне ствари има право избора: да нову ствар задржи за себе (с тим што накнаду дугује само савесном прерађивачу а не и несавесном и то „само уколико је ствар тиме постала за власника вреднија“), или да нову ствар препусти прерађивачу, који му је у том случају дужан накнадити вредност материјала (чл. 68). Тек „ако радња много више ваља него граба“ или је прерађивач користио и свој материјал, нова ствар припада прерађивачу, а он дугује накнаду за употребљени туђи материјал (чл. 69). Општи имовински законик, дакле, а priori фаворизује власника материјала, и у томе је, с обзиром на оно што смо мало пре рекли о заинтересованости једне и друге стране за употребну вредност нове ствари, његов озбиљан недостатак.

35. Водећи рачуна о релевантним моментима за решење питања својине на новој ствари, на коју је указано у критици наших предратних правних правила, предложили бисмо да у Нацрт убу следећа правила:

Чл. 1.

Кад неко од туђег материјала направи нову ствар, власник употребљеног материјала има право да захтева повраћај у пребашње стање, ако се тиме не причињава знатнија штета односно не проузрокује знатнији трошкови.

Чл. 2.

Ако повраћај у пребашње стање није могућ, прерађивач и власник материјала стичу сусвојину на новој ствари, сразмерно вредности рада и материјала.

Чл. 3.

Ако је једна страна савесна а друга несавесна, савесна страна има право да бира: да нову ствар задржи у искључиву својину а другој страни накнади вредност њеног рада односно материјала, или да нову ствар препусти несавесној страни, с тим да јој ова накнади вредност њеног рада односно материјала.

Чл. 4.

Ако је прерађивач несавестан а рад вреди знатно више од материјала, нова ствар припада прерађивачу, који дугује накнаду штете по општим правилима.

Чл. 5.

Ако су обе стране савесне, нова ствар припада прерађивачу, који је дужан накнадити вредност материјала.

Али ако је вредност рада незнатна, суд може нову ствар досудити власнику материјала на његов захтев.

Захтев из претходног става може бити постављен у року од шест месеци од сазнања за прераду а најкасније у року од године дана од извршене прераде.

Чл. 6

Права трећих која су постојала на прерађеном материјалу прелазе на нову ствар ако власник материјала постаје и власник или сувласник нове ствари.

36. У упоредном праву, иначе, не постоји сагласност о томе које су све околности одлучујуће за решење питања својине на новој ствари. Према једном решењу, које бисмо могли назвати *субјективно-објективним*, на известан начин води се рачуна и о савесности странака, било да се тај критеријум комбинује са критеријумом вредности рада и материјала, било са својством прерађивача односно власника материјала. Тако, по чл. 726. Швајцарског грађанског законика нова ствар припада прерађивачу ако рад више вреди од материјала и под условом да је, у принципу, прерађивач савестан. Ако је прерађивач био несавестан, суд може нову ствар досудити власнику материјала чак и ако рад више вреди. Тако је и по чл. 1182. Етиопског грађанског законика. По чл. 1061—1063. Грчког грађанског законика нова ствар припада прерађивачу ако је вредност рада „очигледно“ већа од вредности материјала и ако је прерађивач, по правилу, савестан. Ако је прерађивач несавестан, суд „може“ ствар досудити власнику материјала. По чл. 192. Пољског грађанског законика прерађивач постаје власник нове ствари ако је био савестан и ако је вредност уложеног рада већа од вредности материјала. „У случају када је прерада ствари извршена несавесно или је вредност материјала већа од вредности уложеног рада, изграђена ствар постаје својина власника материјала“ (чл. 192. ст. 2; у закону постаје празнина за случај кад је прерађивач савестан а рад и материјал једнако вреде). По чл. 31. Цивилног законика Немачке Демократске Републике од 1975. нова ствар припада власнику материјала (чак и кад је прерађивач савестан а вредност рада већа од вредности материјала). Тек ако вредност рада „битно превазилази“ вредност материјала, и ако је прерађивач био савестан,

ствар припада њему (с тим што он другој страни мора накнадити вредност материјала). Ако је прерађивач поступао несавесно (знао је или је морао знати да неовлашћено употребљава туђи материјал односно прерађује туђу ствар) власник материјала може да бира или својину на новој ствари или накнаду за свој материјал. Он нема право да захтева својину на новој ствари „ако је вредност прерађене ствари у односу на вредност нове ствари битно мања” (без обзира, дакле, што је прерађивач несавестан).

37. Друго решење је *чисто објективно* јер се о савесности не води рачуна. Води се рачуна о својству прерађивача (творца нове ствари) односно власника материјала (и то је примарни критеријум) и, као секундарном критеријуму, о вредности рада и материјала. При томе, према једној варијанти овог решења *a priori* је *фаворизован власник материјала*. Тако, по Француском законикау, основно правило гласи да власник материјала постаје власник нове ствари, уз обавезу да надокнади вредност рада и то према ценама у време плаћања накнаде. Тек ако је вредност рада толико већа да се вредност материјала може сматрати споредном, нова ствар припада прерађивачу, који дугује накнаду за материјал (такође према ценама у време плаћања накнаде; чл. 571). И по Општем имовинском законикау за Црну Гору фаворизован је, као што смо видели, власник материјала и то на један начин који њему више одговара: он може да бира између својине на новој ствари и накнаде за свој материјал ако својину препусти прерађивачу. По другој варијанти овог решења *a priori* је *фаворизован прерађивач*. Тако, по чл. 950. Немачког грађанског законика, ствар припада прерађивачу, осим ако је вредност рада „знатно” мања.

Још неки случајеви

38. Члан 46. Нацрта садржи предлог правилника која регулишу питање момента стицаја својине на новоизграђеној згради: „Грађанин стиче право својине на згради завршетком изградње зграде на основу одобрења надлежног органа. — Зграда се сматра изграђеном кад се изврши технички пријем и добије решење за употребу зграде”. — Мислимо да овај члан треба брисати, јер је формалногички неодржив: градилац, који је иначе власник грађевинског материјала од кога се зграда прави, и који је власник завршене зграде, мора бити и власник зграде у изградњи; у овом погледу не може постојати никакав правни вакум, као што не постоји ни материјални.

39. Нацрт не садржи предлог правила о стицању својине лаганим наносом (*alluvio*) и о отргнутом комаду земљишта (*avulsio*), што свакако представља правну празнину.

Др Никола Балог

НЕКЕ МИСЛИ О КОНЦЕПЦИЈИ ЗАКОНА

Хтео бих, прво да дискутујемо о једној теми која још није сасвим обрађена. Молио бих вас, другови, као што то бива у заједничком раду да мислимо заједнички, да имамо једну логику.

Зато бих пошао од концепције Закона који је пред вама. У члану 281. савезног Устава каже се да федерација уређује основне односе у праву међу права својине. Основни елементи права својине се налазе у овом Закону, а јавна је тајна да преднацрт савезног Закона садржи мање-више исте основе, исту грађу какву садржи и овај Закон. Хоћемо ли имати два закона који се понављају? Ја мислим да је то лоше. Изгледа ми да би било добро да се утиче на федерацију да смањи обим регулисања, да не би дошло до тога да управо најспецифичнији односи у праву својине нађу своје место у Закону федерације. Међутим, ипак ће федерација у великој мери регулисати грађиво које је регулисано и овим Законом, а о негативностима понављања не треба да говорим.

Даље, да ли концепција Закона може бити таква да се он бави само стварним правима, и то на непокретностима, да ли је то оно што одликује самоуправно социјалистичко друштво, да ли је то онај нови пробој у једну необрађену област, или је само понављање, дограђивање деветнаестог века када су били донети сви ти велики кодекси. Ни нови кодекси двадесетог века не би требало да се одликују овим, а утолико мање би закон социјалистичких земаља требало да само, мање-више оплођује и усавршавају већ познате норме о праву својине, сусвојине и службености. Да ли је то тај нови пробој, та нова идеја која треба да буде присутна у самоступном друштву при конципирању једног новог закона? Мени изгледа да не, и морам да кажем да је то веома лоше. Мислим да бисмо морали да имамо један сасвим нови начин приступања овој ствари. Оно што пише у Закону је добро — недостаци су у томе што Закон није обухватио и нешто што је требало да обухвати.

Устав Југославије и Устав Републике кажу да се зајемчује слобода личног рада средствима у својини грађана. Закон говори о обављању професионалне делатности, о обављању мање-више свих делатности које одговарају личном раду, с тим да се законом могу забранити одређене делатности. Устав је ту зајамчио слободу делатности које одговарају личном раду, предвидевши да може да се одреди забрана обављања неких делатности. Приступило је томе веома позитивно, иако у појединим одредбама има атоналног, а има и у другим прописима атоналног, не сасвим сагласно том основном позитивном приступу личном раду.

Да ли овај Закон треба да буде закон о стварном праву, или треба да обради делатност грађана личним радом, да да главне норме у тој области? Нисам за то да постоји једна експлоататорска и једна позитивна приватна својина, али ипак, при таквом стању ствари какво имамо данас у удруженом раду који има највећу могућу слободу, да ли је делатност личним радом средствима у својини грађана предмет регулисања, какав је однос грађана — власника тих средстава у заједници, да ли та заједница

да само ортаклук, или је то посебан вид удруживања рада и средстава грађана који се повезују са удруженим радом? Шта је са уговорном организацијом удруженог рада? Хоћемо ли већ једном прићи потпуној слободи у удруженом раду, да ту пробијемо страшно сиромаштво личног рада, хоћемо ли једном логиком да обухватимо цео лични рад средствима у својини грађана, допунски рад и резултат допунског рада? Потребно је да обухватимо ову област једним законом, од почетка до краја, да ослободимо лични рад стега које негативно утичу и на развој удруженог рада у целини и на права радника у удруженом раду. Као што је то случај са удруженим радом, треба да имамо јединствен закон. Зар се не намеће и овде потреба да се све то споји у једно — не, дакле, да бришемо оно што овде стоји и што је паметно и лепо написано, што има своју дикцију и еластичност — али треба говорити о личном раду средствима у својини грађана, о тој слободи, о тим могућностима, о удруживању, кооперацији са друштвеним сектором, итд. Читава једна област је, дакле, остала нерегулисана. Знам да ће се она регулисати другим посебним законима, али овде ипак треба да дамо једну општу визију, један поглед који отвара проблем са те стране.

Ја сам против предложеног назива Закона и мислим да би требало да се зове „Закон о правима грађана прибављеним средствима у њиховој својини“ или нешто слично. То је оно што је нови пробој. Иначе, појединачним нормама, мање или више паметним, ми пробој код нас нећемо направити, а прићи једном логиком целој овој области би било изванредно и активирало би веома велики број људи који данас нису активни. (То је, на пример, случај са занатством које је назадовало.) Зато вас позивам да о овоме размислите и заузмете одређен став.

Жика Ивковић

СУСВОЈИНА

Хтео бих да саопштим наше виђење у вези Закона, а које се односи на сусвојину на стану. Беобанка, као својеврсна асоцијација удруженог рада сваке године финансира изградњу десетак хиљада станова, који се граде за потребе удруженог рада, радних људи и других субјеката. У том огромном послу финансирања стамбене изградње, пракса Беобанке је богата примерима удруживања средстава радних организација ради заједничке изградње станова за потребе радника који су удужили свој рад. Удруживање средстава од стране основних организација удруженог рада и других субјеката регулисано је чланом 50. Закона о својини на деловима зграда, којим је изричито прописано да и на посебном делу зграде може постојати својина. Због тога се удруживање средстава за стамбену изградњу од стране основних организација и других субјеката, када имају оправданог интереса за то, одвија без икаквог застоја.

Међутим, и поред великог интересовања основних организација удруженог рада, још увек не постоје законски прописи који би дали могућност удруживања личних средстава радника са средствима радних орга-

изација, које би удруживање донело знатно брже решавање стамбених питања, како у Београду, тако и у другим подручјима СР Србије. У недостатку прописа којима би се регулисало удруживање личних средстава ради стицања сусвојине, удруживање средстава се ипак одвијало у виду ретплате на станарско право, или пак, у одрицању радних људи од уложених средстава у корист радних организација које додељују стан на трајно коришћење.

Очигледно је, међутим, било да је овакав начин удруживања средстава веома неповољан за радне људе и они су преко својих делегата у Беобанци захтевали покретање иницијативе за доношење законских прописа којима би се регулисала сусвојина, лична или друштвена, сразмерно редности уложених средстава. Под овим притиском, Беобанка је дала воју иницијативу преко градске Скупштине за доношење таквог Закона. Пред нама је његов Нацрт, који, с обзиром на велико интересовање у привреди, законодавац требало да усвоји по хитном поступку, јер би то било у интересу радних људи и интересу привреде.

Алиција Босиљчић

ОСНОВНИ СВОЈИНСКО-ПРАВНИ ОДНОСИ И ЗАЈЕДНИЧКА СВОЈИНА

Неколико пута у току дискусије је било речи о односу између савезног и републичког Закона. Пошто сам члан радне групе за израду Закона о основним својинско-правним односима, хтела сам у виду саопштења да изнесем какве су биле дилеме приликом опредељења за оно што је садржавати савезни Закон.

С обзиром на то да основни својинско-правни односи спадају у надлежност федерације, поставља се питање који су то односи. Несумњиво је да се ту ради о својини. Због тога, заснивање, садржина, заштита и престанак права својине спадају у регулативу савезног Закона. При томе је водило рачуна да се сачува једна одређена граница, да се не пређе онс што би требало да иде у надлежност република.

У радној групи није било двоумљења о томе да поједине облике својине савезни Закон треба само генерално да назначи, док ће се остале препустити републикама. У том смислу се одредбе о сусвојини, заједничкој својини и етажној својини излажу само генерално са по пар одредби, а све остало је препуштено републикама. У савезном Закону, поред тога постоје извесне одредбе које су унете у последњем тренутку, па речи које је данас рекао професор Балог ту донекле налазе потврду. Наиме направљена је разлика у оквиру права својине између личне својине и радно-приватне својине, као и својине друштвених организација, удружења грађана и других грађанскоправних лица. Када се разговарало о овом Закону, постављено је питање граница права својине, тј. да ли граница права својине спадају у основне својинско-правне односе, па радна група није могла да се определи, већ је затражила мишљење Савезног савета за питања друштвеног уређења. Тада је одговорено да квалитативне елементе треба да садржи савезни Закон, док квантитативно одређивање грани

ца треба да садрже закони република, с тим што је остављено да се појединачна питања која су од значаја за целу Југославију, регулишу договором између република и покрајина.

У републичком Закону постоји одредба о којој се доста разговарало: да ли стамбени максимум треба смањити. Принцип договора од 1975. године, није прихваћен од свих република — мишљења су подељена. СР Словенија и СР Хрватска сматрају да овај максимум не треба смањивати. Републике сматрају да та питања треба јединствено регулисати.

Поред овога, радна група је заузела став да баш у функцији ограничења права својине треба регулисати службеност, залог и државину, али у једној одређеној размени. Данас нам је дискусант Ивошевић указао на то да још једном треба преиспитати до које мере те одредбе треба да уђу у савезни Закон и то је сасвим оправдано, али ипак напомињем да је о овом вођено рачуна при конципирању оваквог текста Закона.

Поред тога, хтела сам да укажем на један институт о коме ни јуче ни данас нисмо чули ништа, а који се помиње и у Нацрту републичког и у Нацрту савезног Закона. Ради се о заједничкој својини. Видимо да је заједничка својина регулисана као посебан облик права својине, где већи број лица има неопредељено право, неодребене делове на једној ствари. У савезном Закону дата је само једна одредба, с тим што је остало препуштено републикама и видимо да у овом републичком Закону има једна одредба које регулишу појам, располагање, управљање, деобу и заштиту ове својине. Мислим да је једно овакво решење сасвим исправно и да оно одговара, како упоредном законодавству, тако и нашој пракси и законодавству које у појединим законским текстовима садржи одредбе о заједничкој својини. Ми знамо, а нарочито то знају практичари, да је у Основном закону о браку постојала одредба по којој је имовина коју су брачни другови стекли радом у току брака, заједничка имовина, и да се она дели сразмерно доприносу брачних другова. Иста одредба постоји и данас у републичком Закону. Поред тога, и у Закону о наслеђивању имамо наследничку заједницу у којој, такође, наследници до деобе, до доношења решења, остају у тој заједници, а ту се, исто, ради о заједничкој својини. Стога ја могу само да поздравим оваква решења у савезном и републичком Закону, где је као посебан институт успостављена заједничка својина.

Др Зоран Ивошевић

ОДНОС САВЕЗНОГ И РЕПУБЛИЧКОГ ЗАКОНА О ПРАВУ СВОЈИНЕ

Изложићу нека своја гледања о односу савезног и републичког закона и о садржини републичког закона. Говорећи о односима федерације и република одн. покрајина, морамо поћи од тога да радни људи, народи и народности остварују своја суверена права у републици одн. покрајини, а да само онда ако је то у њиховом заједничком интересу та права остварују у федерацији, у релацијама које су утврђене савезним уставом. Ако

од тога поћемо и задржимо се на члану 284 ст. 1. тач. 4. савезног устава, који каже да федерација уређује основне својинско-правне односе, онда ми се чини да је јасно колико је широк простор у коме федерација може уређивати својинско-правне односе и друге стварно-правне односе. Исто-времено можемо закључити да је правило, да у републици одн. покрајини буду уређивана ова питања, а да је изузетак, да та питања буду уређена у федерацији, разуме се под условом да је то у заједничком интересу утврђено савезним уставом. Будући да се сваки изузетак мора уско тумачити, јасно је да федерација не би могла да уређује друге стварно-правне односе изузев својинско-правних односа. Постоје, додуше, мишљења да се под речима „основни својинско-правни односи“ подразумевају и други стварно-правни односи, али ја мислим да то није тако. Устав чини јасну разлику између својинско-правних односа и стварно-правних односа. Уосталом, другачије не би смо могли ни замислити. Студент друге године сигурно би пао на испиту, ако не би знао да начини ту разлику. Према томе, ван сумње је да федерација може уређивати само својинско-правне односе. Другим речима, својину, а не и залог, не и службеност, по најмање државину, јер државина и није право, већ фактичка власт.

Ако поћемо од тога и погледамо предлог за доношење Закона о основним својинско-правним односима, видећемо да је федерација, по свему судећи, прекорачила своја овлашћења, јер она регулише не само својину, него и залог, службеност, па и државину. Једна глава је посвећена својини, друга службености, трећа залози и четврта државини.

Чини ми се да савезни закон то не би могао регулисати на тај начин. Искуство, а и систем права налажу да се, када је реч о својинском односу и осталим стварно-правним односима, увек полази од једне целовитости. Сигурно је да постоји функционална веза између својине и осталих стварних права, и зато се залажем за то да савезни закон регулише и остала стварна права, али само у функцији својине. Другим речима, само као ограничавајући фактор својине. Никако, међутим, да службеност, залога или државина буду третирани исто као и својина, да сваком од тих права буде посвећена посебна глава, него да их регулише само у функцији ограничавања права својине. Исказано језиком практичара, сматрам да се о службености, о залози, у савезном закону може говорити само са становишта листа Ц у земљишним књигама, али не и са становишта листа А. Када је реч о државини, савезни закон би могао да регулише државину само утолико уколико је државина уједно и коришћење, као један од атрибута одн. овлашћења својине.

Што се тиче садржине републичког закона, прво нешто о називу закона. Сматрам да је он одређен Уставом СР Србије. У његовом чл. 299. ст. 1. тач. 3. стоји да република уређује својинско-правне односе и остале стварно правне односе. То је пренето у назив закона.

Важније је питање садржине закона. У вези тога поставило се питање да ли да покретне ствари буду обухваћене садржином закона. Изненађује ме што се у тексту закона не налазе одредбе о покретним стварима. Постоје, додуше, и супротна мишљења (она су се чула и у Скупштини СР Србије), да материја покретних ствари не треба да се регулише овим законом, јер ће федерација уредити све односе поводом покретних ствари,

То је, можда, умесно код облигационоправних односа, али код стварио-правних односа сигурно није. И код облигационоправних односа морамо, међутим, правити разлику између покретних и непокретних ствари, утолико што савезни закон говори о роби, а роба може бити и непокретна ствар, а не само покретна. Републички закон би свакако требало да обухвати и стварна права на покретним стварима. Федерација би можда могла уређивати само режим оних покретних ствари, које могу истовремено бити и основна средства. Неке рестрикције у том смислу постоје и у Закону о облигационим односима; код прекомерног оштећења тај се режим разликује. Иначе, све остало треба да буде у искључивој надлежности републике.

Даље, што се тиче садржине закона, сматрам да би закон требало да води рачуна и о ономе о чему је говорио проф. Балог. Штавише, да врло много о томе води рачуна, али једном логиком стварних права. Постоји наиме Закон о удруженом раду, многи републички закони из те области, па зато нас чини ми се, овде не треба да интересује толико удруживање рада и средстава, колико судбина својине, оног права својине грађана на стварима које су удружене. Проф. Балог је поменуо уговорне организације удруженог рада. Ја ћу поменути и радне заједнице, и удруживање земљорадника у земљорадничким организацијама удруженог рада, задружним организацијама удруженог рада, и удруживање у задруге грађана и осталих грађанскоправних лица, јер је на нама да у тим облицима удруживања, у повезивању личног рада са друштвеним радом, истражујемо судбину својине. Треба да пратимо својину у тим облицима, јер сигурно је да се та својина мора разликовати бар у погледу ограничења од оне својине која није удружена, али се мора разликовати и у погледу коришћења и располагања. Неизбежно је да ту дође до извесних ограничења својине, и у том смислу све оно о чему је проф. Балог говорио заслужује заиста велику пажњу.

Чини ми се, такође, да републички закон треба да уреди и неке стварноправне односе поводом облигационих права. Једногодишњи закуп је све присутнији, поготово у области стамбеног права када је реч о приватним станодавцима. Исто тако рекао бих да је потребно да се подробније разради и питање ортаклука, поготово у заједничкој градњи, јер таквих случајева има много. Уосталом и један важећи закон о стамбеним задругама говори о томе. Мислим да би те одредбе, али побољшане, требало да буду преузете и у овај закон.

Велибор Михајловић

судија Округног суда у Неготину

СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ИЗГРАДЊОМ ОБЈЕКТА НА ТУЋЕМ ЗЕМЉИШТУ И ДРУГИ ОБЛИЦИ ВЕШТАЧКОГ ПРИРАШТАЈА

Нацрт Закона предвиђа да се право својине на непокретности може стећи и изградњом (чл. 45). Потребно је допунити тај члан тако што би се после речи „изградња“ додало „изградњом објекта на туђем земљишту“.

Тим чланом, те члановима 47 и 48, регулисано је питање изградње зграде материјалом једног лица, а на земљишту другог лица, или, како се у правној науци каже, вештачким прираштајем. С обзиром да се ради о објектима који представљају трајније вредности, не само за градиоца, него и за друштвену заједницу, а изградња објекта на туђем земљишту није реткост у пракси, ово питање би требало да буде детаљније регулисано. Тако, изостала је одредба о градњи на туђем земљишту материјалом, као и одредба о томе о каквим се објектима ради, а извесно је да ограде, водови не представљају такве објекте, и да градња сваког објекта не може да доведе до стицања својине на туђем земљишту (изградња колибе и сл.). Закон мора да води рачуна о вредности објекта у односу на вредност земљишта.

Што се тиче савесности, када власник земљишта поднесе тужбу, савесност градиоца престаје. Али, потребна је посебна одредба за случај када објекат није завршен а вредност изведених радова је знатна, упоређена с вредношћу коју би објекат имао да је завршен. Тада не би требало дозвољавати уклањање објекта.

Предлажем да се одреди да опомена власника земљишта градиоцу да не изводи радове на градњи објекта мора да буде у писменој форми. У случају да градилац настави с градњом, власник земљишта морао би да покрене спор и тражи меру обезбеђења рушењем започетог објекта из темеља и уклањање материјала. Ако се тако не одреди, не постоји економска оправданост да, када власник земљишта не спречава изградњу и зграда буде технички примљена, власник ипак може да постигне уклањање зграде.

Потребно је да опомена буде у писменој форми. С једне стране, у том случају лакше је доказати постојање опомене, а с друге, и правна сигурност, с обзиром на значај материје, изискује писмену форму.

У погледу изградње на земљишту у друштвеној својини, треба предвидети да савестан градилац и градилац који није опоменут стиче право трајног коришћења земљишта испод зграде и за нормалну употребу зграде. Тако би се решило, не само питање бесправне изградње, него и питање заузимања земљишта у друштвеној својини, где би могле да се активирају инспекције и органи којима је то земљиште поверено на управљање.

Код изградње на туђем земљишту, осим класичних примера, постоје и случајеви када се ради о нарушењу међа изградњом дела објекта на туђем земљишту. Требало би да се предвиди да се и то питање уреди на аналогни начин.

Требало би предвидети одредбе и за друге случајеве вештачког прираштаја, пре свега за саћење на туђем земљишту, што у пракси није реткост. Када је земљиште бесправно заузето или на силу узето, накнада би се кретала у висини чистог прихода, а у другим случајевима би се накнада одређивала у висини закупнине, при чему је нормално да је закупнина нешто нижа од чистог прихода.

Вештачки прираштај је могућ и надзиђавањем. Ту материју регулисали су Закон о експропријацији из 1957. године и Закон о надзиђавању зграде НР Србије из 1958. године. Према последњем закону, предвиђено је првенство права надзиђавања у корист приватног власника или носиоца

права коришћења када је зграда у друштвеној својини. Надзиђавач је био дужан да власнику да накнаду за надзиђавање, као и да му накнади штету проузроковану надзиђавањем. Питање надзиђавања делимично је обухваћено одредбама Нацрта које се односе на етажну својину, мада не у потпуности, јер су грађанскоправни односи ипак другачији када се ради о надзиђавању.

Одредбу чл. 56 која се односи на одржај треба допунити тако да иза речи „трајање одржаја“ треба додати да „несавесност држаоца треба да докаже лице које није држалац“. То је важно с обзиром на обориву претпоставку да је држалац у ствари истовремено и власник.

У низу чланова Нацрт говори о накнадама. Питање накнаде треба да уреди Нацрт, јер је судска пракса неуједначена.

У чл. 92. Нацрт предвиђа обавезу власника послужног добра да да накнаду у случају премештаја стварне службености. Питање је о којој је накнади реч. Предлаже се да се та накнада односи једино на инвестициона улагања од стране власника повласног добра. Јер, ранија улагања остала би неискоришћена од стране власника повласног добра, услед насталог премештања службености.

Није оправдано што Нацрт (чл. 100, 101) захтева упис у јавне књиге када се службеност стиче на основу судске одлуке, а не захтева када се службеност установљава на основу одлуке државног органа.

Предвиђени рок од 5 година за престанак службености исувише је дуг. Предлаже се рок од 3 године, како то предвиђају и правна правила грађанских законика.

У пракси је спорно да ли су остварени услови за престанак службености услед невршења у случају када власник послужног добра озбиљном претњом забрани власнику повласног добра да врши службеност и он је не врши за време док се међу њима води судски спор. Зато одредбу чл. 105 треба допунити тако да службеност престаје уколико власник повласног добра није био спречаван да врши исту.

Одредба чл. 108 односи се на престанак стварне службености због промењених прилика (отварања јавног пута и сл.). Ни овде није регулисано питање накнаде. Предлаже се допуна тога члана тиме да се службеност може укинути уколико због промењених прилика стварна службеност није више потребна.

Одредба чл. 129. тиче се престанка права плодоуживања. Предвиђено је да то право престаје и преласком непокретности у друштвену својину. Но, у случају да је исплаћена накнада, било по основу експропријације, арондације и сл. треба предвидети обавезу власника непокретности или пак корисника експропријације да се та накнада положи код банке на посебан рачун, где би предмет плодоуживања била камата на износ уплаћене накнаде. Овакав предлог да се поткрепити и одредбом из чл. 132, која се односи на непокретност која је била осигурана, у ком случају се плодоуживање продужава на исплаћеној суми осигурања. Сходно треба предвидети и за престанак хипотеке.

И у одредби из чл. 153, која се односи на законске, нужне службености, помиње се плаћање накнаде, а да питање накнаде није обрађено. Судска пракса је неуједначена, али се најчешће накнада креће у висини

десетогодишњег чистог приноса. Како ове службености могу бити сезонског карактера (ради прикупљања плодова и обраде имања), ради јасноће, изрека пресуде би морала да одреди период времена када власник повласног добра може да користи послужно добро. У пракси је спорна и ситуација када власник повласног добра, у чију корист је установљена сезонска службеност, изгради на свом добру објекте, тако да настаје потреба да се установи стална службеност. За такав случај мора бити меродаван критеријум савесности власника повласног добра у погледу градње таквих објеката.

Материју нужних пролаза треба, ради циловитости, регулисати са осталим службеностима, а не у оквиру суседског права.

Члан 171 регулише прече право куповине у корист сувласника. Када се ради о грађевинским објектима, то је на месту. Но, када је реч о пољопривредном земљишту, првенство би требало да имају радне организације у области пољопривреде а не сувласник, како би се увећао земљишни посед радних организација.

Одредбе о праву заједничке својине морале би да се допуне утолико што би се службености установљавале на терет делова заједничке имовине.

Закон о праву својине и другим стварним правима на непокретностима требало би да преузме и одредбе из важећег Закона о промету непокретности СР Србије, те одредбе из Закона о шумама које се односе на промет непокретности. Утолико пре што су међусобно у колизији одредбе Нацрта и одредбе тих закона што се тиче стицања права на непокретностима. Предлаже се преузимање и одредби из савезног Закона о искоришћавању пољопривредног земљишта и одредбе из чл. 12. Закона о шумама, чиме би се решило питање својинских односа на оном земљишту које власник није обрађивао ни плаћао обавезе према друштвеној заједници 10 и више година, а то земљиште је, без уговора са власником, за то време користило друштвено правно лице. Уколико за то време власник није поднео својинску тужбу нити тужбу за накнаду за коришћење тог земљишта, земљиште прелази у друштвену својину. Такву одредбу преузео је Закон о шумама СР Србије од 30. априла 1974, али не и Закон о коришћењу пољопривредног земљишта СР Србије из 1974. године.

Др Вера Поповић

научни саветник Института за примену науке у пољопривреди

АГРАРНИ МАКСИМУМ ЗЕМЉОРАДНИЧКОГ ДОМАЋИНСТВА

Поштовани другови и другарице, захваљујем вам се на пажњи да саслушате једно саопштење о научно истраживачком пројекту на коме се ради већ две године, а које ћу ја изложити са превасходно економског становишта и указати на оне проблеме са којима се сусрећемо због тога што многа питања из овог домена нису рашчишћена.

Реч је о пројекту који се бави проблемом производње хране, а који, као што вам је познато, постаје све више светски проблем. Ситуација коју

смо затекли у Србији није ни мало охрабрујућа. У равничарским, долињским подручјима која захватају приближно четири и по милиона хектара обрадиве земљишне површине срећу се напуштена земљишта, старачка домаћинства, раслојавање и веома често одласци у иностранство. Навешћу вам пример нишког и јужно-моравског региона, у којима се земљиште користи за пољопривредну производњу испод 40%, иако су то земљишта која се по својим квалитетима убрајају у земљишта првог реда. Отуда се поставља питање, није ли крајње време да почнемо говорити о земљишном минимуму, обзиром да се често налазимо у ситуацији да методом удруживања, којом се служимо у овом пројекту, обухватамо земљишта од само једног ара различитих власника. Они на та земљишта плаћају порез по основици катастарског прихода па се самим тим сматрају пољопривредним земљиштем. Молим вас да имате ово у виду јер су последице по пољопривредну производњу огромне.

Сада желим да говорим о проблему земљишног максимума са гледишта нацрта Закона о удруживању земљорадника, који је пред доношењем у Социјалистичкој Републици Србији, а који, по моме мишљењу, није нашао адекватну потврду у нацрту Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима СР Србије. Наиме, дошли смо до закључка да се земљиште третира као средство рада, да финансира у трошковима пословања, у дохотку, у расподели дохотка и у остатку чистог дохотка, па чак и у фондовима. Ми, дакле, нацртом Закона о удруживању земљорадника доводимо земљораднике у равноправан положај са радницима ОУР-а за кооперацију или радницима земљорадничких задруга. Поставља се питање у ком смислу ми сада лимитирамо то средство рада. Данас се изванредно много дискутује о томе да ли је и површина земљишта од 300 хектара условно ограничавајући фактор развоја пољопривредне производње, односно да више ни 300 хектара нису оптимум на основу кога се формира цена трошкова производње у економској заједници. Ако узмемо наше услове и побемо од чињенице да је 2 ара или чак и један ар маргинална величина која улази у основ за производњу и удруживање код нас данас, онда мислим да би ово питање требало размотрити са гледишта економике производње, пре свега. Иначе, ми имамо савршено прецизиране односе када је реч о средствима рада у својини грађана и личној својини, па се не сматра ни мало необичним да један занатлија оствари годишњи доходак и до 300 и 400 милиона старих динара, што се, сасвим очигледно, са десет хектара ни у ком случају не може остварити. Ја вам само скрећем пажњу на ове релације, које су условне и не сматрам да су таква поређења изводљива у конкретном случају, али су имплицативна и наводе на размишљање.

Примена пројекта који сам поменула и на коме радјмо у Србији, изузетно је отежана. Имамо десет локалитета, углавном у долињским и равничарским пољопривредним регионима и свега два у брдско-планинском подручју. Проблеме представљају нерешени имовинско-правни односи, земљишне књиге и катастри не представљају адекватно правно стање на непокретностима. Питање искоришћења земљишта треба данас да регулише скупштина општине или регионални задружни савези у договору са регионалном пољопривредном службом. Ми истовремено оснивамо и

републичку службу за унапређење пољопривреде, али је неизводљиво било шта суштински изменити без таквих регулатора који би доводили у питање право својине и ограничавали је тамо где, рецимо, земљорадник не прихвата никакве мере или нема ко да ради на земљи. Није боља ситуација ни са удруживањем. Нема, наиме, никаквих административних санкција уколико је закључен споразум са земљорадником и потписан уговор о удруживању, а он тај уговор не извршава. Коначно, заслужује пажњу и питање примене комасације. Ми имамо у плану да извршимо комасацију на подручју СР Србије до 1985. године на милион хектара. У просеку успевамо да, уз помоћ друштвено-политичких институција, урадимо годишње свега 100 хектара. Поступак око спровођења комасације, а нарочито арондације, веома је дуг, преопширан и често непотребан, да ми се чини да је време да се по хитном поступку донесу одређене регулативе за спровођење комасације. Комасација није сама по себи циљ већ је предуслов за удруживање, за организовању пољопривредну производњу и такав статус мора имати и у нашим правним текстовима.

Желим на крају, да поменем једну дилему економиста која се односи на могућности бонификације носилаца пољопривредне производње. Мислим да би такве бонификације требало дозволити у погледу земљишта које је напуштено или није рашчишћено или га се земљорадник једноставно одриче, а у корист земљорадничких задруга. Одговарајући регулативи у погледу дохотка и других доприноса, који би пратили бонификацију, водили би управо нашем основном циљу, унапређењу пољопривредне производње.

Лепосава Карамарковић

заменик јавног правобраниоца СР Србије

ПРИМЕДБЕ И ПРЕДЛОЗИ

Ја ћу овој нашој дискусији, коју је изазвао поступак доношења Закона о својинским односима у СР Србији, да прићем претежно као практичар. Обзиром да сам дуго година разрешавала односе који су захтевали примену једног закона који није постојао, са великим сам задовољством дочекала ову дискусију, ову расправу, овај поступак доношења закона, сматрајући да ми практичари требало би да дамо свој допринос коначном тексту и учинимо да он у пракси не доводи до великих дилема.

Тренутно смо у ситуацији када упоредо теку поступак за доношење савезног Закона о основним својинскоправним односима, републичког Закона о својинским односима СР Србије и републичког Закона о промету непокретности, такође СР Србије. Сложености ситуације доприноси и постојање низа секторских закона који регулишу у одређеном делу ову материју. Не сматрам да треба да прејудуцирамо решење које ће бити прихваћено, али се зато можемо осврнути на неке моменте. Очигледно је, по мојој оцени, да није поступак чврст консензус између република и Федерација у смислу чврстог разграничења нормативне надлежности у овој

области. То је очигледно из чињенице да су текстови предлога савезног Закона и радне верзије републичког Закона у многим својим деловима регулисали однос на истоветан начин а неке одредбе су чак и у малој колизији. Сигурно је да ће се такав договор постићи и да ће се ситуација изменити, али за сада решење није довољно јасно. Наиме, одредба члана 281. Устава СФРЈ ставља у надлежност Федерације регулисање основних својинскоправних односа. Нигде није речено који су то основни односи а који су односи остављени републикама да их уређују, како би оне пред собом имале јасну ситуацију. У сваком случају, сматрам, да савезни Закон неће бити начелан и општи, већ ће непосредно регулисати основни својински однос; а оно што није регулисано савезним Законом биће регулисано републичким. Оба ова закона требало би да представљају јединствен, целиovit и комплементаран текст. Осим тога, тренутно у СР Србији имамо за изворе права и Закон о промету непокретности, Закон о искоришћавању пољопривредног земљишта, Закон о шумама, Закон о закупу пословних зграда и просторија, Закон о експропријацији, Закон о стамбеним односима, који сви у одређеним својим одредбама регулишу секторски ову материју. Зато ми се чини да без велике потребе нови закони, који се тек сада доносе, не би требало да преузимају део онога што је већ регулисано секторским законима. На пример, Закон о промету непокретности детаљно је регулисао право куповине и мислим да оно ту треба и да остане, обзиром да је ово право више на терену облигација, уговорног права, него што би улазило у материју стицања а тиме и у Закон о својинским односима. Хтела бих тиме да кажем да би требало растеретити републички Закон од свих оних одредби које су своје место нашле у секторским законима и који већ постоје и имају своју стабилну примену. Другим речима, републички Закон долази да својим регулативом попуни постојећу правну празнину али не и да захвата материју која је већ регулисана посебним законима. Мислим, исто тако, да би било сасвим добро да се Закон служи и решењима из богате судске праксе после рата, решењима упоредног законодавства, наравно ово све под условом да их прилагоди потребама нашег друштвено-економског и самоуправног уређења и система.

Сада бих рекла о неким мојим појединачним запажањима. Предложено је да се постојећи максимум непокретности смањи. Ја сматрам да је ово једно озбиљно и системско питање, које би у овој ситуацији захтевало сложену и систематску анализу изазвану заиста озбиљном и оправданим потребом. Обзиром да такву анализу нисам видела, нисам сагледала ни потребу за изменом једног стања са којим се дуго година рачунало. Наиме, постојећи максимуми непокретности установљени су пре доста година Законом о национализацији, та су решења уграђена у наш уставни систем и то у време када је лични стандард грађана и њихова економска моћ била на знатно нижем нивоу. Измена таквих решења у овом моменту је питање које може значајно да утиче на правну сигурност грађана и мислим да му треба прићи са оваквог аспекта.

Радна верзија Нацрта садржи у одредбама о државини једно решење по коме државина прелази на наследнике у моменту смрти оставиоца а стиче се предајом ствари. Ако би овако остало мислим, да би у пракси

то могло да изазове јако много дилема. Пре свега, државина није право, није нешто што се самостално може наслеђивати. Она је пре један правно заштићен интерес, правно заштићена позиција која самостално не може да се нормира на овај начин. Чини ми се да се овде пре свега мислило на то да смрћу оставиоца наследници стичу право на државинску заштиту на предметима заоставштине а то није неко самостално право, условно речено, него нешто што им даје могућност државинске заштите у моменту који не мора да се поклапа са фактичким стицањем државине на предметима заоставштине. Ако јер тако, мој би предлог био да се ова одредба измени и да гласи: Наследници стичу право на државинску заштиту у моменту смрти оставиоца на предметима заоставштине.

Код питања стицања својине и службености имам једну начелну примедбу и један предлог. Стиче се утисак, према Нацрту, да би упис у земљишне књиге требало да постоји као модус код стицања својине односно код стицања службености, само онда када је правни основ стицања правни посао. Мислим да би то довело до једне озбиљне несигурности и да зато не треба правити разлику да ли је основ правни посао или неки други основ стицања. Другим речима, ако се ради о стицању стварних права на непокретностима свуда треба истовремено да постоји и основ и начин стицања.

Друга једна примедба чини ми се да је још озбиљнија. Када се говори о основама стицања својине и службености довољно је да се задржимо на два основа стицања, на правном послу и на закону. Непотребно је уводити као основ стицања својине на непокретности код зграда грађење или наслеђивање као посебан основ или одржај. Сви ови појединачни основи стицања, који су сада добили своје место као посебни основи, конзумирани су у два општа основа стицања својине, у правном послу и у закону. Шта значи стицање својине наслеђивањем? Ако је наслеђивање законско онда је основ стицања закон, а ако је тестаментално онда је основ стицања правни посао, јер је тестамент једнострани правни посао. Што се тиче одржаја, није разјашњено да ли се одржајем стиче својина самим актом испуњавања законских услова, што би опет било стицање на основу закона; или се одржајем стиче својина судском одлуком, односно уписом у земљишне књиге. Ово је веома важно питање да у пракси не би било дилема када је које право стечено, јер од момента стицања тог права зависи и обим и врста заштите која нам стоји на расположењу.

Сада бих се посебно задржала на ништавости уговора. Закон о промету непокретности садржавао је одредбу о томе на који ће се начин одузети непокретност од лица које стекне преко законског максимума. Ако је основ стицања било наслеђивање, стицалац је имао могућност опције за једну непокретност док би за другу добио накнаду према правилима Закона о експропријацији. Када је основ стицања био правни посао, правни посао је важио али је стечена непокретност била одузимања преко максимума и без права на накнаду. Пројекат Закона о промету непокретности СР Србије садржи одредбу да је ништав правни посао којим се стиче својина на непокретности преко максимума. У образложењу се каже да је ово врло значајан гест којим се постиже већа мера заштите и већа правна сигурност. Међутим, мени се чини да је само привидно тако. Пре

свега, у присуству овакве одредбе о ништавости правног посла сигурно је да одузимању треба да претходи поступак поништења таквог посла, да би се формално постојећи правни основ уклонио и да би се створили услови да се одузме стечена непокретност. То је један проблем, који значи да се мора ићи на тужбу за поништај правног посла. Друго, ништа се не говори о правним последицама таквог поништења. Ја закључујем да смо, стога, упућени на одредбе Закона о облигационим односима који даје читаву лепену последица ништавог правног посла; између осталог и одузимање у корист државе, поред постојећих класичних институција *Nemo auditur* и реституције. Питање је, да ли оваква ништавост нужно води одузимању? И да ли би судови код изрицања реституције увек нашли да треба одузети у корист државе? Осим тога, питање је каква би правна и фактичка позиција била код носиоца који је савестан. Престао би да постоји правни основ његовог стицања, поништио би се правни посао и остало би отворено питање да ли би он требало да врати оно што је примио или би могао задржати и по ком основу. Истичемо ово због тога што, понављам, ова одредба, којом се изричито каже да се ништи правни посао, само на први поглед изгледа добра. У суштини она захтева допуну у смислу прецизирања последица ништавости правног посла којим се стиче непокретност преко законског максимума.

Има, свакако, још детаља о којима би се очекивало да говоримо ми практичари, и који наводе на размишљање, но за ову прилику мислим да је довољно.

ОБЈЕКТИВНИ ИДЕНТИТЕТ ПРЕСУДЕ И ОПТУЖБЕ У ЗАКОНУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ОД 1976. ГОДИНЕ

1. — Питање објективног идентитета пресуде и оптужбе расправља се, у већем или мањем обиму, у бројним радовима наших теоретичара и стручњака. Познато је да су по овом питању заузета углавном два становишта: по првој, ужој концепцији, суд је при доношењу пресуде везан за чињенични опис кривичног дела како је то назначено у оптужби (оптужници и оптужном предлогу), а по другој, широј концепцији суд је везан за догађај који је предмет оптужбе, а чињенични опис тог догађаја може да мења према резултату главног претреса и то како на штету, тако и у корист оптуженог.⁽¹⁾ Мишљења теоретичара су подељена, па заступници првог становишта износе као основне аргументе спровођење принципа оптужбе, а с тим у вези и принципа одељености кривичнопроцесних функција, а поборници другог схватања истичу у први план принцип истине као основни и најважнији принцип кривичног процесног права који захтева да оптужени буде осуђен за кривично дело које је стварно и учинио.

Уже схватање тј. концепција строге везаности пресуде за оптужбу омогућава постављање правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе. Основно правило садржи поставку да је суд при доношењу пресуде везан за дело како је оно, у погледу одлучних (правно релевантних) чињеница које сачињавају битна обележја одређеног кривичног дела, описано у оптужници. Суд не може оптуженог осудити за друкчије, а тим мање ни за друго кривично дело, што значи да не може мењати чињенични опис дела изван граница правне квалификације којој одговара чињенични опис из оптужнице. Међутим, заступници ове концепције држе се тог основног правила само кад је у питању друкчије дело које је за оптуженог теже од оног садр-

⁽¹⁾ Законик о кривичном поступку с објашњењима и напоменама, Београд, 1953, стр. 268 — 269.

Младен Грубиша, Питање објективног идентитета пресуде и оптужбе, Наша законност, бр. 9 — 10, 1960. г., стр. 452 — 453.

жаног у оптужници, а изузетно допуштају одступање у корист оптуженог, тако да га суд може осудити за друкчије кривично дело ако је ово лакше од оног садржаног у оптужници. Сматра се да је ова концепција у корист оптуженог оправдана и целисходна, јер се ради о досуђивању мањег од оног што се оптужбом тражи, а мање је већ садржано у већем. Истиче се да овакво одступање одговара захтеву процесне економије, а није противно принципу оптужбе, нити интересима одбране оптуженог.⁽²⁾

2. — Наше кривично процесно законодавство, почев од I кодификације из 1948. године, па до новог Закона о кривичном поступку од 1976. године; усваја уже схватање тј, концепцију строге везаности пресуде за оптужбу. Приликом припремања доста честих измена ЗКП било је предлога да се у закону прихвати шира концепција по којој би суд био везан за догађај који је предмет оптужбе, а могао би да мења чињенични опис дела према чињеничном стању које се изменило на главном претресу, под условом да је догађај у суштини остао исти.⁽³⁾ Законодавац није прихватио овакве предлоге, али ипак није остао доследан у свом становишту строге везаности пресуде за оптужбу. Законом о изменама и допунама ЗКП од 1959. године измењена је глава XXVI која се односи на поступак према малолетницима и питање објективног идентитета пресуде и оптужбе решено је на сасвим други начин. Веће за малолетнике је овлашћено да донесе одлуку на основу чињеничног стања које је измењено на главном претресу. Одступање од принципа оптужбе (поступак се може водити и без захтева јавног тужиоца уопште), у складу је са другим, бројним особеностима кривичног поступка према малолетницима, али се ипак може поставити питање да ли овакво решење питања објективног идентитета пресуде и оптужбе представља за малолетнике извесну опасност да његова одбрана буде неприпремљена⁽⁴⁾.

У току припрема за доношење новог Закона о кривичном поступку од 1976. године било је у рефератима и дискусијама предлога да се преиспита законско решење питања објективног идентитета пресуде и оптужбе, али се закључило да је интенција законодавца да се том приликом не иде на генералну ревизију кривичне процедуре, већ само на усаглашавање ЗКП са новим уставним одредбама и неке најнеопходније измене и допуне. Међутим, изменама и допунама Закона од 1976. године није извршено само усаглашавање са Уставом СФРЈ од 1974. године, већ су учињене значајне, чак и суштинске измене и допуне у правцу јачања законитости и подизања квалитета рада органа кривичног поступка; побољшања положаја учесника у поступку; поједностављења поступка и његове веће ефикасности итд. Ипак нови Закон о кривичном поступку не мења принципе на којима се заснива наш кривични поступак, па је и решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе остављено за предстојећу комплексну ревизију кривичног процесног законодавства.

(2) Младен Грубица, Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе, Наша законитост, бр. 11 — 12, 1960, стр. 604 — 606.

(3) Нацрт ЗКП од 1953. г. предвиђао је такво решење уз обавезу суда да оптуженом пружи могућност за одбрану (чл. 322 и 323).

(4) Тихомир Васиљевић, Коментар Закона о кривичном поступку, Београд, 1977, стр. 555.

Закон о кривичном поступку од 1976. године задржава у потпуности ранију формулацију законске одредбе (чл. 317) која регулише однос пресуде према оптужби, па према томе и ранију концепцију строге везаности суда за оптужбу.

Судска пракса је у почетку примене Закона о кривичном поступку од 1948. године била врло неуједначена, с обзиром да је законска одредба која се односила на питање објективног идентитета пресуде и оптужбе била нејасна и непрецизна. После доношења Законика о кривичном поступку од 1953. године у пракси је било ужих и ширих тумачења законске одредбе која је усвојила концепцију строге везаности пресуде за оптужбу. Дозвољавало се извесно одступање од ове концепције, ако је измена чињеничног стања на главном претресу била у корист оптуженог. И даље, током година, судска пракса се оријентисала у правцу ширег тумачења закона, тако да је углавном заузела став да нема прекорачења оптужбе кад суд заснива пресуду на чињеничном стању измењеном на главном претресу, ако је оно повољније за оптуженог, под условом да се ради само о друкчијем, а не о другом, новом кривичном делу.

3. — Повод за нека размишљања у вези објективног идентитета пресуде и оптужбе у овом раду представља нова одредба ЗКП (чл. 355) којом се јавном тужиоцу пружа још једна могућност за покретање новог кривичног поступка, ако је чињенично стање измењено на главном претресу. Ради убрзања кривичног поступка и повећања његове ефикасности законодавац је дао овлашћење јавном тужиоцу да, у случају ослобађајуће пресуде због недостатака доказа, може одмах по објављивању пресуде или у року од осам дана изјавити да се одриче права на жалбу и поднети нову оптужницу за друго кривично дело, на чије постојање указују докази изведени на главном претресу. Услов за подизање овакве оптужнице је да ново кривично дело није теже од ранијег тј. оно мора бити исте тежине или лакше. За подношење нове оптужнице по одредби чл. 355. ЗКП треба да буду испуњени сви законски услови, па се и овде, у сваком конкретном случају, мора поставити, поред осталог, и питање да ли изведени докази указују на друго, ново кривично дело или се ради о друкчијем тј. у суштини истом кривичном делу. Реч је о питању идентитета кривичних дела, а то је једно од најспорнијих теоретских питања у области кривичног и кривичног процесног права.

4. — Питање идентитета дела јавља се као спорно не само код односа пресуде према оптужби, већ и код неких других института кривичног процесног права, као нпр. код забране *reformatio in peius* и приговора пресуђене ствари. Стога се овим питањем баве многи теоретичари и може се рећи да су јединствени само у једном ставу да небитне чињенице које не сачињавају обележја кривичног дела не утичу на идентитет дела.

Идентитет дела постоји када чињенично стање у свом релевантном саставу представља исто кривично дело. За постојање идентитета нису од значаја све оне измене и допуне у опису чињеничног стања које не доводе до образовања новог тј. другог кривичног дела.⁽⁵⁾ Не може се

(5) Драгољуб Димитријевић, Кривично процесно право, Београд, 1976, стр. 87.

сматрати да је реч о другом делу чим настане квантитативна или квалитативна промена само неког од обележја кривичног дела, макар та промена проузроковала друкчију правну квалификацију.⁽⁶⁾

Теоретичари се разилазе по питању критеријума за оцену постојања идентитета дела, као и по питању које чињенице треба сматрати битним и која стања суштинским. Већина теоретичара узима као мерило истоветност или различитост догађаја из прошлости. Дело је исто ако је исти историјски догађај (чињенично стање) и остаје исто и ако се јаве неке разлике у конкретном бићу дела у погледу времена, места, средства и сл., уколико те околности не представљају конститутивне елементе кривичног дела. И поред тих разлика догађај који је предмет оптужбе остаје исти у својим битним деловима, јер је суд везан суштинском догађаја, а не његовим појединостима. Стога се у теорији прави разлика између друкчијег кривичног дела и другог кривичног дела.⁽⁷⁾

У погледу појма „друкчије дело“, уколико се уопште усваја та разлика, постоји сагласност да је друкчије дело у суштини исто оно дело које је предмет оптужбе само се због модификација (измене неког од његових обележја) појављује у измењеном виду. Много је теже одредити појам „другог дела“, јер се решење не може наћи узимајући као мерило истоветност или различитост историјског догађаја. Постоји мишљење да се увек ради о другом делу, кад пресуда обухвати други догађај из прошлости у односу на догађај из оптужбе. Међутим, може се радити о другом делу и онда кад се пресуда односи на исти догађај, али између описа дела у пресуди и оног садржаног у оптужби постоји знатна разлика.⁽⁸⁾ Стога се употребљавају и неки други критеријуми, па се, на пример, сматра да се друго, ново кривично дело мора разликовати од оног ранијег из оптужбе по неком конститутивном елементу који дела чини генусно различитим⁽⁹⁾. Чини се такође покушај да се питање идентитета дела реши с аспекта правноснажно пресуђене ствари ослобађућом пресудом.⁽¹⁰⁾ Овакво решење се, међутим, не би могло прихватити, јер се управо иде обрнутим путем. Идентитет дела је претпоставка за примену приговора пресуђене ствари, па прво треба утврдити да ли се ради о истом или другом делу, а не обратно.

5. — Постојање односно непостојање идентитета између кривичног дела из оптужнице и оног из пресуде значајно је за даље поступање у тој кривичној ствари. За исто кривично дело не може се поново судити, јер постоји могућност истицања приговора пресуђене ствари. После ослобађајуће пресуде јавни тужилац може поднети нову оптужницу односно

⁽⁶⁾ Младен Грубиша, Два правна схватања — два напада на један важан принцип нашег кривичног поступка, принцип забране *reformatio in peius*, Наша законитост, бр. 3 — 4, 1958., стр. 112 — 113.

⁽⁷⁾ Тихомир Васиљевић, Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд, 1970, стр. 662 и 411.

⁽⁸⁾ Младен Грубиша, Цит. дело у примедби (?), Наша законитост, бр. 11 — 12, 1960, стр. 604 и 616.

⁽⁹⁾ Бранко Петрић, Идентитет пресуде и оптужбе, Наша законитост, бр. 9 — 10, 1957, стр. 346.

⁽¹⁰⁾ М. Грубиша, цит. дело у примедби (?), стр. 616 — 618.

покренути нови поступак само ако се ради о другом кривичном делу тј. само ако између дела за које је изречено ослобођење и дела обухваћеног новим захтевом за гоњење не постоји идентитет. Исто правило важи и за поступање јавног тужиоца на основу чл. 355. Закона о кривичном поступку од 1976. године, под условом да то друго кривично дело није теже од кривичног дела из раније оптужнице.

Апсолутни идентитет између чињеничног описа дела у оптужници и дела утврђеног на главном претресу, може се рећи, скоро и не постоји. Међутим, у већини случајева измењено чињенично стање на главном претресу не указује на постање новог, другог кривичног дела, већ само на друкчије дело тј. ради се о квалитативним или квантитативним променама само неког обележја истог кривичног дела.

Према ширем тумачењу концепције строге везаности пресуде за оптужбу суд може изузетно осудити оптуженог за друкчије дело ако је оно лакше од дела које је описано у оптужници. Сматра се да овакво решење није на штету интереса странака: за оптуженог је повољније да буде осуђен за лакше кривично дело него да после ослобађајуће пресуде буде оптужен за наводно ново кривично дело; за тужиоца је боље да му се досуди један део захтева и да евентуално уложи жалбу против осуђујуће пресуде, него да новом оптужбом покреће читав поступак.⁽¹¹⁾ Стога у оним случајевима кад није у целини доказано чињенично стање садржано у оптужници, треба уместо ослобађајуће пресуде ићи на пресуђење ужег описа дела још у првостепеном поступку. Истиче се да уколико се не би пресудило мање, већ би била донесена ослобађајућа пресуда, код поновног утужења за умањени опис дела постоји могућност истицања приговора пресуђене ствари, што би значило неоправдано избегавање суда.⁽¹²⁾ Према томе, после правноснажне ослобађајуће пресуде због недостатка доказа, нови поступак може да буде покренут само ако се ради о другом, новом кривичном делу, док би поновно суђење у редовном поступку за друкчије кривично дело било противно начелу *ne bis in idem*, јер се у ствари ради о истом, само друкчијем кривичном делу.

6. — Шире тумачење концепције строге везаности пресуде за оптужбу не би се могло прихватити са формално-правног становишта. Сматра се да и одступање у корист оптуженог представља повреду објективног идентитета, како је регулисан одредбом чл. 346. Закона о кривичном поступку, јер се пресуда заснива на измењеном чињеничном стању, без обзира да ли је оно повољније или неповољније за оптуженог. Ради се, у ствари, о одступању од принципа оптужбе, јер се суду даје овлашћење да доноси одлуку не придржавајући се чињеничног описа кривичног дела садржаног у оптужници, како то захтева поменута законска одредба. Оваквом решењу могу се ставити и други приговори. Наиме, може се поставити питање да ли досуђивање мањег од онога што се оптужбом тражи, може довести од битне повреде одредаба кривичног поступка, зато што пресудом није потпуно решен предмет оптужбе

⁽¹¹⁾ Тихомир Васиљевић, дело цит. у примедби

⁽¹²⁾ Драгољуб Димитријевић, дело цит. у примедби ⁽⁹⁾, стр. 171.

(чл. 346. ст. 1. тач. 7. ЗКП). Поред тога, иако се ради о лакшем кривичном делу, овакво решење може да штети интересима одбране, јер је окривљени припремао одбрану у вези дела за које је оптужен, па се може догодити да буде недовољно припремљен за одбрану у погледу тог другачијег кривичног дела.

Што се тиче приговора који се односи на одступање од принципа оптужбе, може се рећи да у савременом кривичном поступку ни други принципи нису доследно спроведени, јер савремени поступак представља мешавину оптужних (акузаторских) и истражних (инквизиторских) елемената, преузетих из ранијих историјских система. Наш кривични поступак, који припада савременом социјалистичком кривичном процесном праву, је оптужно-расправни, што значи да је заснован на принципима оптужбе и равноправног расправљања странака о кривичној ствари. Реч је о мешовитом кривичном поступку са претежно оптужним елементима чија је суштина у одељености и осамостаљености кривичнопроцесних функција.

Почетак и трајање кривичног поступка зависе од иницијативе овлашћеног тужиоца и то је један од главних оптужних елемената, како у истрази, тако и на главном претресу. Поред тога, тужилац одређује предмет судског одлучивања. Решење истражног судије о спровођењу истраге садржајно је везано за захтев овлашћеног тужиоца, а између пресуде и оптужбе мора да постоји однос субјективног и објективног идентитета. Међутим, истрага и главни претрес, поред оптужних, имају и веома изражене истражне елементе. Спровођење истраге је у стварној надлежности истражног судије који по сопственој иницијативи врши потребне истражне радње. У главном кривичном поступку активност суда долази до изражаја нарочито у погледу иницијативе за прибављање и извођење доказа. У фази припремања главног претреса председник већа може и без предлога странака наредити прибављање нових доказа за главни претрес, а на претресу веће може одлучити да се изведу докази који нису предложени или од којих су странке и оштећени одустали.

У скраћеном поступку могу се појавити посебни истражни елементи на главном претресу, јер се претрес, под одређеним законским условима, може одржати у одсутности и овлашћеног тужиоца и окривљеног, тако да се у једном кривичнопроцесном субјекту могу сјединити све три главне функције кривичног поступка.

У поступку према малолетницима постоје сувише наглашени истражни елементи. Пре свега, у одређеним случајевима кривични поступак почиње решењем суда и против воље јавног тужиоца, који у овом поступку може да поступа и по принципу опортунитета. Такође и у случају одустанка јавног тужиоца од даљег гоњења, поступак ће се наставити решењем већа за малолетнике, с тим што веће не може малолетнику изрећи казну, него само васпитну меру. Већ је раније наведено да је законодавац у поступку према малолетницима одступио од строге везаности пресуде за оптужбу, што се такође оправдава специфичностима овог поступка, његовом сврхом и посебним санкцијама. Наглашава се, међутим, да у овом случају веће за малолетнике мора пазити да не

повреди окривљениково право одбране, одређујући казну или васпитну меру за дело за које није имао прилике да се брани.⁽¹³⁾

Изложени краћи приказ оптужних и истражних елемената у структури нашег кривичног поступка показује да закон и не тражи доследно спровођење оптужног принципа. Савремени, мешовити кривични поступак је теоретски све мање чист, тако да принципи немају апсолутни карактер, већ законодавац у одређеној процесној ситуацији, дајући предност једном принципу, допушта мања или већа одступања од других принципа, имајући у виду остварење сврхе кривичног поступка у целини.

У случају ширег тумачења законске одредбе о везаности пресуде за оптужбу не ради се о битнијем одступању од принципа оптужбе, јер суд остаје у границама оптужбе, само њен предмет уже захвата односно досуђује тужиоцу исти захтев, али у мањем обиму.⁽¹⁴⁾

Примедба да одступање у корист оптуженог односно пресуђење за мањи, ужи опис кривичног дела садржаног у оптужби, може да представља битну повреду одредаба кривичног поступка тј. да пресудом није потпуно решен предмет оптужбе, нужно нас враћа на већ изложено разматрање о идентитету дела и појмовима друкчијег и другог кривичног дела. Оптужба није решена ако суд није донео одлуку о битним, правно релевантним чињеницама које се односе на елементе бића кривичног дела, а може одступити од оптужбе у погледу небитних чињеница. Такође може изменити неке квалификаторне околности које доводе до друкчијег кривичног дела, али не може мењати оне конститутивне елементе због којих ће дело прећи у друго кривично дело. Према томе, при досуђивању мањег од онога што се оптужбом тражи, суд се мора придржавати оквира оптужбе и може вршити само оне модификације које дело чине друкчијим, али у суштини истим.

Најозбиљнији приговор који се ставља ширем тумачењу одредбе чл. 346. ЗКП односи се на питање обезбеђења права оптуженог на одбрану. Ово основно право окривљеног је једино потпуно загарантовано доследним спровођењем концепције строге везаности пресуде за оптужбу. Међутим, могло би се приметити да право оптуженог на одбрану може бити угрожено и када тужилац мења оптужбу на главном претресу. Закон предвиђа испитивање оптуженог у вези са наводима у измењеној оптужби и том приликом оптужени може да изнесе своју одбрану (чл. 316. ст. 3. и 4. ЗКП) Оптужени и његов бранилац имају право да траже одлагање главног претреса ради припремања одбране, али суд није дужан да одложи претрес у случају сваке измене оптужнице, већ то зависи првенствено од садржине и обима измена, као и од оцене објективних потреба за припремање одбране или нове оптужнице. Одбијање предлога да се главни претрес одложи ради припремања одбране може представљати битну повреду одредаба кривичног поступка из чл. 364. ст. 2, што је фактичко питање.⁽¹⁵⁾

⁽¹³⁾ Vladimir Bayer, Југославенско кривично процесно право, књига прва, Загреб, 1977, стр. 193.

⁽¹⁴⁾ Младен Грубиша, дело цит. у примедби (?), Наша законитост, бр. 11 — 12, 1960, стр. 605.

⁽¹⁵⁾ Бранко Петрић, Закон о кривичном поступку, објашњен судском праксом, 1977, стр. 242.

У случају одступања од строге везаности пресуде за оптужбу у корист оптуженог, по правилу, право на одбрану не би требало да буде угрожено, јер се оптужени већ припремао за одбрану у погледу тежег кривичног дела, а суди му се за лакше и то само друкчије, а не друго кривично дело. Међутим, може се ипак догодити да буде мање припремљен, јер његова одбрана није усмеравана и припремана у вези чињеница које су садржане у ужем опису кривичног дела.

7. — Овлашћени тужилац има неколико законских могућности за даље поступање у случају измене чињеничног стања на главном претресу.

Пре свега, тужилац може изменити оптужницу већ у току главног претреса, ако нађе да постоје услови из одредбе чл. 337. ЗКП. Ако би тужилац искористио ову могућност, питање објективног идентитета оптужбе и пресуде, како је постављено у закону, не би било спорно, јер се пресуда може односити и на дело које је предмет оптужбе измењене на главном претресу. Запажа се, међутим, да тужилац у већини случајева не користи ову могућност из бојазни да баш измена оптужнице не доведе до ослобађајуће пресуде, јер још не зна став суда према одређеним доказима у односу на чињенично стање које се изменило на главном претресу. ⁽¹⁶⁾

Посебне тешкоће постоје у скраћеном поступку, с обзиром да овлашћени тужилац не мора присуствовати главном претресу, па ако се измени чињенично стање, не може доћи до измене оптужбе у току главног претреса.

Треба нагласити да се код измене оптужнице на главном претресу увек ради само о друкчијем кривичном делу, јер постојање другог дела захтева покретање новог поступка. У том случају тужилац може одустати од оптужбе и, после правноснажности пресуде којом се оптужба одбија, подићи нову оптужницу за друго кривично дело.

Уколико тужилац не прилагодн оптужницу измењеном чињеничном стању, суд, придржавајући се строго закона, треба да донесе ослобађајућу пресуду, јер није доказано да је оптужени учинио дело за које се оптужује (чл. 350. ст. 3. ЗКП). Већ је наведено да је судска пракса углавном заузела став да ослобађајућу пресуду треба изрећи само ако је кривично дело теже од онога описаног у оптужници, док се за лакше кривично дело може донети осуђујућа пресуда. Сматра се, међутим, да суд може у корист оптуженог одступити од оптужбе само у границама до којих дело за које се осуђује остаје друкчије у односу на оно из оптужнице и не пређе у друго дело. Суд не може одступити од оптужбе на штету оптуженог ни онда кад би то довело само до друкчијег дела. ⁽¹⁷⁾ Ако би суд донео осуђујућу пресуду на основу чињеничног стања измењеног на главном претресу на штету оптуженог, онда је то прекорачење оптужбе које представља битну апсолутну повреду одредаба кривичног поступка из чл. 364. ст. 1. тач. 9. коју суд испитује по службеној дужности поводом било чије жалбе. У том случају дошло би до укидања прво-

⁽¹⁶⁾ Т. Васиљевић, цит. дело у примедби ⁽¹⁾, стр. 380.

⁽¹⁷⁾ М. Грубиша, цит. дело у примедби ⁽²⁾, стр. 613.

ступене пресуде и упућивања предмета на нови претрес пред првостепеним судом.

Против ослобађајуће пресуде првостепеног суда јавни тужилац може да изјави жалбу, и уколико та жалба буде усвојена, долази до укидања првостепене пресуде и поновног суђења пред истим судом. Међутим, ако жалбени суд потврди ослобађајућу пресуду и она постане правноснажна, јавни тужилац има могућност да подигне нову оптужницу само ако се ради о другом, новом кривичном делу. Уколико је у питању само друкчије кривично дело, које је у суштини исто оно дело које је предмет оптужбе, јавни тужилац не може покренути нови поступак, јер се у том случају може ставити приговор већ пресуђене ствари, с обзиром на принцип *ne bis in idem*. Стога је важно да и диспозитив ослобађајуће пресуде садржи детаљан чињенични опис кривичног дела ради његове идентификације у случају улагања приговора пресуђене ствари.⁽¹⁸⁾ Тако се може догодити да оптужени избегне кривичну санкцију или да не буде осуђен за дело које је стварно и учинио, што је једна од негативних последица строге везаности пресуде за оптужницу. Тек путем ванредних правних лекова — захтева за понављање кривичног поступка и захтева за заштиту законитости може после правноснажне осуђујуће или ослобађајуће пресуде да дође до поновног суђења за исто односно друкчије кривично дело.

Према Закону о кривичном поступку од 1976. године јавни тужилац добија још једну могућност за поступање после правноснажне ослобађајуће пресуде, која је донета због недостатка доказа, а у питању је друго кривично дело. По ранијим законским прописима јавни тужилац је могао да покрене нов кривични поступак односно да подигне нову оптужницу ако је чињенично стање на главном претресу показало да постоји друго кривично дело. Овај нови поступак има свој редовни ток и, по правилу, пролази кроз све одговарајуће фазе, укључујући судску контролу оптужнице и поновно извођење свих доказа, што доводи до знатног успоравања поступка. Према новој одредби чл. 355. ЗКП јавном тужиоцу се олакшава подношење нове оптужнице за друго кривично дело које није теже од кривичног дела из раније оптужнице, али ако се ради о тежем кривичном делу или нису испуњени други законски услови из чл. 355. ЗКП, јавни тужилац мора да поднесе оптужницу по редовној процедури.

Поступање по овој одредби Закона о кривичном поступку несумњиво поједностављује и убрзава решавање одређене кривичне ствари. Одривање јавног тужиоца од права на жалбу одмах после објављивања ослобађајуће пресуде или најкасније у року од осам дана, ослобађајућа пресуда постаје правноснажна, јер против ње није дозвољена жалба окривљеног. Суд спроводи једну врсту скраћеног поступка: главни претрес се поново отвара пред истим већем и поступак се наставља на основу нове оптужнице против које приговор није дозвољен. Претрес може бити одложен, на предлог оптуженог или по иницијативи суда, ради припремања одбране. Раније изведени докази не изводе се поново,

⁽¹⁸⁾ Т. Васиљевић, цит. дело у примедби (9), стр. 393.

осим у случајевима предвиђеним у чл. 305. ЗКП или ако веће за поједине доказе одлучи да се поново изведу.⁽¹⁹⁾

У вези ове одредбе посебно се истиче да је законодавац при њеном састављању водио рачуна о интересима оптуженог, с обзиром да је ово решење у суштини на његову штету. Окривљени је после ослобађајуће пресуде изложен опасности да у једној скраћеној процедури буде лишен одређених основних права. Стога је право на подизање нове оптужнице на основу чл. 355. ЗКП дато само јавном тужиоцу, како би се спречило прешироко коришћење оваквог скраћеног поступања и евентуалне злоупотребе. Поред тога, јавни тужилац може, у одређеном кривичном предмету, ово право искористити само једанпут, јер ако поново дође до ослобађајуће пресуде, одредба чл. 355. ЗКП не може се више применити. Даље, оптужени може тражити одлагање главног претреса ради припремања одбране. Најзад, и у интересу је оптуженог да се поступак непотребно не развлачи.⁽²⁰⁾ То су углавном добре стране ове нове законске одредбе, али остају нека спорна питања која указују на одређене недостатке, како у вези квалитета оваквог поступања, тако и у односу на нека основна права окривљеног.

Услов да кривично дело за које се подноси нова оптужница није теже од дела из раније оптужнице представља извесну гаранцију за оптуженог да се његов положај неће погоршати због подизања нове оптужнице по оваквом скраћеном поступку. Међутим, и поред могућности одлагања главног претреса, поставља се питање да ли је потпуно обезбеђено право оптуженог на одбрану, с обзиром да се ради о новом, другом кривичном делу за које није раније припремао своју одбрану. Исто тако, постојање другог дела може показати да нису довољни раније изведени докази, већ је потребно да се прибаве и изведу и неки нови докази. Јавни тужилац треба да оцени објективну ситуацију у конкретном предмету, с обзиром на обим и садржину измена и већ изведене доказе, па да се определи за редовни или скраћени поступак по чл. 355. ЗКП. Међутим, може с поставити питање да ли оцену постојања законских и других услова треба препустити само јавном тужиоцу или треба дати и судском већу право да пре поновног отварања главног претреса оцењује основаност нове оптужнице. У сваком случају, оправданост и правилност ове нове законске одредбе провериће се у судској пракси. При свему томе треба имати у виду да мере убрзавања поступка не смеју бити ни на штету квалитета процесних радњи, нити на штету основних права окривљеног и процесних гаранција одбране.

8. — Закон о кривичном поступку од 1976. године не мења раније законско решење питања објективног идентитета пресуде и оптужбе, а одредбом чл. 355. регулише само једно од бројних питања која се појављују у вези односа пресуде према оптужби тј. омогућује даље поступање после ослобађајуће пресуде по једноставнијој и бржој процедури. Стога

⁽¹⁹⁾ Детаљна анализа одредбе чл. 355. ЗКП дата је у раду: др Јован Павлица, *Оптужница после ослобађајуће пресуде*, Правни живот, 1977, бр. 6 — 7, стр. 21 — 34.

⁽²⁰⁾ Др Божидар Краус, *Основне карактеристике новог кривичног процесног законодавства са становишта примене у пракси*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1977, бр. 2, стр. 131.

се не може прихватити мишљење да ова законска одредба представља неадекватан покушај решавања питања идентитета пресуде и оптужбе.⁽²¹⁾

Многобројна спорна питања у вези објективног идентитета пресуде и оптужбе не могу се решити ни у оквиру шире концепције, нити на основу уже тј. строге везаности пресуде за оптужбу. Оба схватања имају одребене добре стране, али и одребене слабости. Шири концепција представља битно одступање од принципа оптужбе, а што је још важније, озбиљно угрожава право оптуженог на одбрану, али зато омогућује да оптужени буде осуђен за дело које је утврђено на главном претресу, односно за дело које је стварно и учинио. Концепција строге везаности пресуде за оптужбу обезбеђује оптуженом пуно право на одбрану, али штети интересима друштва као целине, јер негативно утиче на ефикасност и брзину кривичног поступка.

Правиљно и целисходно решење питања објективног идентитета пресуде и оптужбе треба да отклони крајности у постојећим теоријским схватањима и да, што је могуће више, измири сукоб између два стално присутна интереса у кривичном поступку, захтева друштва за ефикасношћу кривичне процедуре и интереса окривљеног да оствари своје право на одбрану. У том смислу могло би се прихватити шире тумачење законске одредбе чл. 346. ЗКП, које представља изузетно одступање од строге везаности пресуде за оптужбу, а по коме би суд могао да иде ван чињеничног описа дела у оптужници само када је то у корист оптуженог, али не и на његову штету.

Судска пракса, која је углавном прихватила овакво шире тумачење, свој став не може правдати са становишта слова закона, јер одредба чл. 346. ЗКП не допушта никаква одступања од строге везаности пресуде за оптужбу. Међутим, усвојено решење приближава постојећа супротна схватања и бар у извесној мери ублажава поменути сукоб двају интереса у кривичном поступку.

Све ово указује на потребу преиспитивања постојећег и доношења бољег законског решења питања објективног идентитета пресуде и оптужбе, што ће се вероватно учинити приликом будуће комплексне реформе Закона о кривичном поступку.

др Милица Стефановић-Златић

⁽²¹⁾ Бранко Петрић, Законик о кривичном поступку, објашњен судском праксом, 1977, стр. 259.

SUMMARY

OBJECTIVE IDENTITY OF SENTENCE AND CHARGE IN THE LAW OF CRIMINAL PROCEDURE OF 1976.

The Law on Criminal procedure of 1976 does not amend the solution to the question of objective (real) identity of the indictment and verdict which was adopted in the Law on Criminal procedure of 1953. The Law remains firm on the conception of strict dependence of the verdict on the indictment, where the court is obliged to look for the detailed description of the criminal act contained in the indictment (initial, or amended or extended at the main hearing). After acquittal due to insufficient evidence in regard to the criminal act cited in the indictment, the public prosecutor may start new criminal proceedings for any other criminal act which may have emerged during the main hearing. The new Law on Criminal procedure provides that, besides the regular proceedings, there should also be made available a sort of brief proceedings, in a case where the introduced evidence points to the existence of another criminal act not exceeding the severity of the criminal act from the earlier indictment.

In the theory of the criminal procedure law, besides the conception of strict dependence of the verdict on the indictment, there is also the point of view that the court is confined only to the event making the subject matter of the indictment, regardless of its description. Apart from that, there is a wider interpretation of the legal provisions, which mainly adopts the solutions of court practice, according to which the court may consider aspects of the case other than those cited in the indictment, if they are in favour of the defendant, but not if they are damaging for him. This point of view is considered acceptable because it eliminates extremes and brings closer differing views pertaining to the question of objective identity of the indictment and verdict, lessening to a certain extent the sharp edge of the conflict between the two interests, the demands of society for an efficient criminal procedure as a whole and the interest of the defendant for a full utilisation of his rights.

ЈУГОСЛАВИЈА И СПРОВОЂЕЊЕ У ЖИВОТ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА О ПРАВИМА ЧОВЕКА

Током последњих неколико векова права човека често су коришћена као повод за остваривање политичких циљева. У XVIII и XIX веку познати су примери хуманитарних интервенција помоћу којих су велике силе изигравале начело неинтервенције и под плаштом заштите људских права наметале сопствене интересе другим државама. Оваква пракса није престала ни после другог светског рата. Снажније државе наставиле су с уплитањем у унутрашње послове слабијих под изговором заштите права човека. Веровало се, међутим, да је наведено стање само један од одблесака хладног рата и односа који су у то време постојали. Каснија збивања показала су сву нестварност таквог расуђивања: права човека и даље се сматрају делом политичких односа чланица међународне заједнице, пре свега односа блоковски одређених држава. Поступци се покрећу и кад не постоји повреда права човека, или је она безначајна, а забораву се препуштају и тешка нарушавања начела човечности. Најчешћи неспоразуми у овој области избијају између западних и источноевропских социјалистичких земаља. Главну улогу у тој хуманитарној офанзиви имају Сједињене Америчке Државе. Под паролом унапређења достојанства и благостања свих људи света, ова земља често упућује примедбе пријатељским режимима, а њени функционери се повремено и самокритички осврћу на проблеме у вези са заштитом права човека у сопственој земљи⁽¹⁾. Очито је, међутим, да је оштрица критика усмерена према источноевропским социјалистичким земљама и Совјетском Савезу, посебно. Докази су пронађени у поступању са дисидентима, забрани путовања на Запад, спречавању исељавања, ограничавању продаје западних листова и публикација.

Суочене са хуманитарном офанзивом, источноевропске социјалистичке земље у почетку су се ограничиле на одбрану од напада и доказивање нецелисходности оваквог понашања. Касније су прихватиле изазов и схватајући критике као оживљавање хладног рата и настављање

⁽¹⁾ В. изјаву шефа делегације Сједињених Америчких Држава за припрему београдске Конференције о европској безбедности и сарадњи — Политика од 6. јуна 1977. и интервју Ендрју Јанга француском листу „Матен“ у коме је изјавио да и у Америци има „на стотине, ако не хиљаде политичких затвореника“ — Политика од 15. јула 1978. године.

антисовјетске и антикомунистичке пропаганде, одговорице противдоказима. Указале су на незапосленост у Сједињеним Америчким Државама, дискриминацију према раси и полу, коришћење најсавременијих техничких средстава за ухочење грађана у Сједињеним Америчким Државама, Великој Британији и другим западним земљама, забрану запошљавања напредно настројених лица у Савезној Републици Немачкој.⁽²⁾ Кампања САД оцењена је као лицемерна и томе у прилог наведено је одбијање ове земље да ратификује до сада најважније универзалне акте о међународној заштити права човека — Пакт о грађанским и политичким и Пакт о економским, социјалним и културним правима.⁽³⁾ Поменуто је, такође, повлађивање „зверстава бивших фашистичких рејима у Шпанији, Португалу и Грчкој” и одсуство залагања за заштиту жртава масовног терора у Чилеу и другим земљама.⁽⁴⁾

Расправе се, међутим, нису свеле само на повремено вршење притисака покретањем овог осетљивог питања. Настављене су и на појединим међународним скуповима. Свесно заоштравање идеолошког сукоба око људских права достигло је, чини се, врхунац на конференцијама о европској безбедности и сарадњи одржаним у Хелсинкију и Београду.

На првој од њих расправе су биле дуге и жестоке о чему сведочи податак да су за редиговање начела о неповредивости граница биле потребне четрдесет и три седнице, док је начелу о правима човека било посвећено чак педесет Седница⁽⁵⁾. Но различити прилази разрешењу овога питања нису, ипак, спречили учеснице конференције у Хелсинкију да у Декларацију о начелима којима се државе учеснице руководе у својим међусобним односима⁽⁶⁾ унесу начело VII „Поштовање људских права и основних слобода, укључујући слободу мисли, савести, вероисповести и убеђења” којим се по први пут у акту о кодификацији општих начела међународних односа уређује и начело поштовања права човека и основних слобода и на тај начин даје још један доказ у прилог интернационализације ове области.⁽⁷⁾

Сличних спорова није била лишена ни конференција у Београду. И на овом састанку западне земље покушале су да своја схватања наметну осталим учесницима, док су источноевропске социјалистичке државе упорно настојале да се зидом властите надлежности ограде од оптужби. Конференција у Београду одвијала се због тога у атмосфери оптужби и противоптужби, изношења сопствених гледишта и критике туђих. Сједињене Америчке Државе су сматрале да Совјетски Савез и њему привржене земље желе да умање обавезе из Завршног акта прихваћеног у

(2) Подробно о томе — В. М. Чхиквадзе: Права човека и идеологическаја борба, Советское государство и право 1977, № 4, стр. 100 — 108; С. В. Черниченко: Междунaродно-правовие аспекти социалистическој концепцији прав человека, Право ведение 1979, № 5, стр. 11 ид.

(3) Напомињући да САД још увек нису ратификовале пактове о правима човека, совјетска агенција ТАСС наводи да су САД тиме „још једном показале колико су лицемерне претензије Вашингтона да игра улогу заштитника грађанских слобода” — Политика од 4. марта 1977.

(4) В. М. Чхиквадзе: *op. cit.*, стр. 107, 108.

(5) Љ. Аћимовић: Проблеми безбедности и сарадње у Европи, Београд 1978, стр. 295.

(6) За текст Декларације в. Спољнополитичка документација 1975, бр. 2, стр. 113 ид.

(7) Подробно о расправама на формулисању VII начела Декларације — Љ. Аћимовић: *op. cit.*, стр. 293 ид.

Хелсинкију⁽⁸⁾; ове су, пак, покушавале да остварење права човека повежу са осталим начелима хелсиншког документа и на тај начин спрече ширу расправу о овој области. Неспоразуми су проистицали како из размислажења у вези са схватањем суштине саме конференције тако и несагласности око темељног приступа решавању положаја појединца у унутрашњем и међународном праву. Сједињене Америчке Државе полазиле су од гледишта према коме права човека и основне слободе морају представљати главну тему београдског састанка — захтеви појединца, сматрале су, на њему треба да нађу места као и интереси држава.⁽⁹⁾ Совјетски Савез и друге источноевропске социјалистичке земље истицали су, пак, да конференција у Београду „није конференција о људским правима“⁽¹⁰⁾ што значи да сарадња у хуманитарној области мора бити повезана са осталим начелима, јачањем поверења међу државама и процесом попуштања затегнутости.⁽¹¹⁾

Други основ за неспоразуме обухватао је већ више година постојеће недоумице о надлежности за заштиту права човека. Поучене ранијим искуствима кад су права човека служила као изговор за уплитање у унутрашње послове, извесне државе упорно су се супротстављале међународној надлежности у односима држава и становника који живе на њиховој територији. Друге су, пак, из хуманитарних, али и политичких побуда покушавале да оспоре потпуну власт државе над становницима правдајући овакав став многим разлозима — од опасности грубог кршења права човека за мир и безбедност у свету до напретка у области права човека, особито после другог светског рата у коме је периоду низ докумената потврдио међународну надлежност у овој осетљивој области међудржавних односа. Придржавајући се до сада више пута истинаних схватања о правима човека као делу искључиве надлежности држава,⁽¹²⁾ Совјетски Савез, коме су се придружиле остале источноевропске социјалистичке земље, и на конференцији у Београду иступао је са истим ставовима. Јуриј Воронцов је у неколико наврата указивао да у хуманитарном подручју треба „стриктно поштовати суверенитет, принцип немешања, законе и прописе сваке земље“,⁽¹³⁾ а исто гледиште нашло је места и у завршној изјави совјетског представника.⁽¹⁴⁾ Западне државе су се, међутим, упорно супротстављале оваквим схватањима и доказивале оправданост међународне оцене понашања држава. Представник Швајцарске је у току расправа изјавио: „Из ових дугих говора

⁽⁸⁾ В. други извештај председника Картера Конгресу САД о примени споразума из Хелсинкија — Политика 10 јуни 1977. године.

⁽⁹⁾ За текст изјаве представника Сједињених Америчких Држава на конференцији у Београду в. *Archiv des Völkerrechts* 1978, Heft 1, S. 52.

⁽¹⁰⁾ Политика од 16. фебруара 1978. године.

⁽¹¹⁾ За текст изјаве представника Совјетског Савеза на конференцији у Београду в. *Archiv des Völkerrechts* 1978, Heft 1, S. 58. Исти ставови могу се наћи и у следећим радовима — Е. Ербан: Права човека и современност, Советское государство и право 1979, № 1, стр. 28; И. П. Блишченко, И. К. Паневкин: О планах создания поста верховного комиссара по правах человека в системе ООН; Советское государство и право 1979, № 4, стр. 96.

⁽¹²⁾ Од новијих радова наводимо — В. А. Карташкин: Совещание по безопасности сотрудничества в Европе и права человека, Советское государство и право 1976, № 4, стр. 95; Исти писац: Региональные соглашения по правам человека, Советское государство и право 1977, № 7, стр. 127, 131. Подробно о томе С. Миленковић: Унутрашња надлежност држава и међународна заштита људских права, Београд 1974, стр. 21 ил.

⁽¹³⁾ Политика од 8. октобра 1977. године.

⁽¹⁴⁾ *Archiv des Völkerrechts* 1978, Heft 1, S. 58.

закључујемо да је прихваћено становиште да дискусија о људским правима не значи мешање у унутрашње ствари других".⁽¹⁵⁾ У завршној изјави представник Сједињених Америчких Држава исто гледиште оснаживао је одредбама Повеље Уједињених нација, Свеопште Декларације о правима човека, међународним конвенцијама и самим Завршним актом усвојеним у Хелсинкију.⁽¹⁶⁾ Жестина расправа достигла је такве раз- мере да је совјетски представник Воронцов, коме су се придружиле делегације Чехословачке и Мађарске запретио напуштањем конференције уколико америчка делегација настави са мешањем у унутрашње послове Совјетског Савеза под изговором заштите права човека.⁽¹⁷⁾

Са окончањем конференције у Београду нису престале и расправе о правима човека. Офанзива Сједињених Америчких Држава настављена је и после тога. Овакав развој требало је очекивати пошто ће, према свему судећи, људска права представљати област дуготрајног политичког и идеолошког надметања с последицама које ће изазвати трајније немире у совјетско-америчким односима. У завршној изјави на београдском сас- танку представник САД је то и наговестио⁽¹⁸⁾, а каснији догађаји су ове наговештаје потврдили.⁽¹⁹⁾

Постојећи односи земаља са различитим друштвено-економским системима доводе понекад у сумњу објективност оптужби и оживљавају мисао о правима човека као средству за компромитовање режима поје- диних земаља, али и за остварење дугорочнијих интереса — компроми- товање социјализма у коме се, према схватању тих кругова, због тежње ка ауторитаризму у други план стављају и права човека.

Ако се све ово има у виду није онда чудно што се у расправама понекад помиње и Југославија као држава у којој се правима човека не посвећује довољна пажња. Циљ је јасан — увући нашу земљу у блоковска сукобљавања и доказати да се правима човека и основним слободама не посвећује довољна пажња у свим социјалистичким зем- љама, па ни у југословенском самоуправном систему.

Но и ако у социјалистичким државама има недостатака у овој области, а познато је да их није лишено готово ниједно друштво (осо- бито капиталистичко као историјски тип друштва заснованог на екс-

⁽¹⁵⁾ Политика од 12. новембра 1977. године.

⁽¹⁶⁾ Archiv des Völkerrechts 1978, Heft 1, S. 52.

⁽¹⁷⁾ Le Monde 2. novembre 1977; Политика од 10. новембра 1977.

⁽¹⁸⁾ Archiv des Völkerrechts 1978, Heft 1, S. 54. У интервјуу НИН-у, председник САД Картер zaloжио се такође за настављање расправа о правима човека: „Ми намера- вамо да инсистирамо на томе да Совјетски Савез одговори својој обавези о поштовању људских права, реализацији хелсиншког процеса и придржавању самог Завршног акта из Хелсинкија. Совјетско одбијање да се прихвати свестрани завршни документ ни у ком погледу не умањује успех овог састанка у спровођењу исцрпне анализе оног што је пости- гнуто у примени хелсиншког акта, посебно у области људских права. Оно што је остварено не може се игнорисати, па био Совјетски Савез спреман или не да прихвати да то буде признато и у формалном документу” — НИН бр. 1418 од 12. марта 1978. године.

⁽¹⁹⁾ Један од догађаја о коме је писала сва светска штампа је и такозвана „афера због балерине” — америчке власти три дана су задржавале совјетски путнички авион на аеродрому „Кенеди” како би се совјетској балерини Јудмили Власовој омогућило да вољу изрази у „неприсилном окружењу”. Обадве стране су се том приликом међусобно оптуживале због кршења људских права: САД су пребацивале Совјетском Савезу због принуде над Власовом да отпутује из САД, док је Совјетски Савез истицао да се спречавањем поле- тања „Иллушина” не само не поштују воља Власове него да због тога страдају путници авиона међу којима је тринаесторо деце — Политика од 28. августа 1979. и Вечерње ново- сти од 28. августа 1979. године.

плоатацијским односима производње), најмање би се примедби, ипак, могло упутити Југославији. Њен Устав у коме се по први пут у једном социјалистичком уставу изражавају премисе и начела на којима се заснивају одредбе о индивидуалној слободи и праву⁽²⁰⁾ и глава III другог дела овог акта у којој је наведен педесет и један члан о слободама, правима, и дужностима човека грађанина, а пре свега самоуправна демократија социјализма којом се обезбеђује слобода човека да „у највећој могућој мери он сам — у условима и односима узајамне зависности, међусобне демократске одговорности, солидарности и равноправности са другим људима — управља својим интересима”,⁽²¹⁾ речито сведоче против оваквих замерки. Не треба, међутим, заборавити да су достигнућа на унутрашњем плану у уској вези са збивањима у међународној заједници и правилима међународног права међу којима начело *pacta sunt servanda* битно утиче на унутрашње законодавство и понашање сваке државе која је прихватила извесан међународни уговор о правима човека. Кад то кажемо имамо у виду обележја међународног права као правне дисциплине засноване на усклађивању интереса међународних субјеката, као гране права у којој влада начело суверене једнакости држава из кога произлази могућност државе да прихвати, али и одбије прихватање права и обавеза на међународном плану. Наравно, ова слобода није апсолутна. Ограничена је како конкретним околностима тако и садржином колективних уговора за које не важи начело *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*,⁽²²⁾ према мишљењима извесних писаца и нормама *ius cogens* садржаним у појединим међународним уговорима о правима човека.⁽²³⁾ Опште је правило, међутим, да уговори о правима човека имају дејство *inter partes* што значи да је за преузимање у њима садржајних права и обавеза потребна ратификација или неки други начин коначног обавезивања (потписивање, одобравање, прихватање, приступање). Сведоци смо због тога веома ограничене примене појединих уговора о правима човека, уношења колонијалних клаузула у њихове текстове и резерви којима се стране уговорнице ограђују од дејства неких одредби из уговора. Иако се последњих година стање битно побољшава о чему сведочи ступање на снагу Конвенције о укидању свих облика расне дискриминације, Конвенције о уклањању и кажњавању злочина апартхејда, Конвенције о незастаривању ратних злочина и злочина против човечности, између осталог и пактови о правима човека, државе, ипак, и данас са великом опрезношћу преузимају обавезе на пољу међународне заштите људских права. Подаци наведени у документу Уједињених нација посвећеном међународним инструмен-

(20) Ј. Борђевић: Социјализам и људске слободе, Борба, Актуелна политичка библио-лека, Београд 1978, стр. 12.

(21) Е. Кардељ: Правци развоја политичког система социјалистичког самоуправљања, Београд 1978, стр. 132.

(22) Реч је о уговорима који представљају кодификацију већ пре тога постојећих обичајних правних правила. Ови уговори обавезују све чланице међународне заједнице што је потврђено и на суђењу главним ратним злочинцима Европске Осовине одржаном у Нирибергу — Нирибершка пресуда, Београд 1948, стр. 122.

(23) М. Марковић: *Problemes of implementation of Human Rights*, Југословенска ревија за међународно право 1968, бр. 1 — 2, стр. 91.

тима о правима човека⁽²⁴⁾ то јасно потврђују. Међу државама које ретко прихватају обавезе из међународних уговора о правима човека налазе се и оне из чијих се званичних изјава то не би могло закључити. Сједињене Америчке Државе, на пример, поносе се демократским традицијама и људским вредностима дубоко укоревљеним у њиховом искуству,⁽²⁵⁾ а до 1. јануара 1978. године ратификовале су само пет од укупно деветнаест уговора о правима човека наведених у поменутом документу. Међу њима не налази се, рецимо, Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације коју је ратификовало сто држава, а ни Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Сличан је случај и са Швајцарском. Ратификовала је само шест уговора међу којима се такође не налазе поменуте конвенције, и поред тога што је другу од њих ратификовало више од осамдесет држава. Треба, међутим, навести да постоји десетак држава које нису ратификовале ниједан уговор о правима човека.

Светао пример у овој области представља Југославија. Од свих држава у свету, она је до сада ратификовала највећи број међународних уговора о правима човека. Једино се она обавезала на извршавање седамнаест од укупно деветнаест конвенција наведених у документу о коме је већ било речи. Набрајамо их оним редоследом којим су у њему наведени: Међународни Пакт о економским, социјалним и културним правима; Међународни Пакт о грађанским и политичким правима; Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида; Конвенција о незастаривању ратних злочина и злочина против човечности; Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације; Конвенција о положају избеглица; Протокол о положају избеглица; Конвенција о положају лица без држављанства; Конвенција о политичким правима жена; Конвенција о држављанству удате жене; Конвенција о престанку на брак, минималним годинама за брак и регистровање бракова; Конвенција о праву на исправку; Протокол о измени конвенције о ропству; Конвенција о ропству (1953); Допунска Конвенција о укидању ропства, трговине робљем и институција и праксе сличне ропству; Конвенција о сузбијању трговине људским бићима и искоришћавању проституције других; Међународна конвенција о укидању и кажњавању злочина апартхејда.

Југославија се, дакле, једино није обавезала на извршавање Факултативног Протокола уз Пакт о грађанским и политичким правима у коме се признаје право појединаца на обраћање независном међународном органу — Комитету за права човека, и Конвенцију о смањењу случајева апатридије. Тај податак не треба да изненађује. И остале земље устезале су се да их ратификују о чему сведоче следећи подаци: да би десет држава ратификовало Факултативни протокол, колико је потребно за његово ступање на снагу, било је потребно десет година, а до сада поменути акт обавезује укупно шеснаест држава. За ступање на снагу

⁽²⁴⁾ *Droits de l'homme, Instruments internationaux (Signatures, ratifications, adhésions, etc.)*, 1er janvier 1978, Nations Unies, New York 1978.

⁽²⁵⁾ В. интервју председника Сједињених Америчких Држава Картера — НИН, бр. 1418 од 12. марта 1978. године.

Конвенције о смањењу случајева апатридије било је, пак, потребно четрнаест година, а до сада је ову конвенцију ратификовало свега девет држава.

Утврђивање броја ратификованих уговора о правима човека не осветљава, међутим, у потпуности став држава према међународном уређењу права човека. Неке Земље су ратификацију вршиле тек после више година од усвајања текста уговора и то тек после снажних притисака светског јавног мњења, а друге су се резервама ограђивале од једне или више одредби из уговора, понекад и оних одредби од значаја за предмет и циљ уговора. Пракса показује да то чине и у ситуацијама кад у уговору о правима човека не постоји одредба о стављању резерви. Најпознатији је свакако случај резерви на Конвенцију о геноциду после којих је Генерална скупштина затражила саветодавно мишљење Међународног суда правде.⁽²⁶⁾

Југославији се, међутим, ни овога пута ништа не може замерити. Она се налази међу земљама које нису дуго окледале са ратификацијом уговора о правима човека. Извесни уговори ратификовани су већ после годину дана, најчешће две или три године. Истина, има и примера већег протеча рока, но они су ретки: ратификација Пакта о економским, социјалним и културним правима, Пакта о грађанским и политичким правима и Конвенције о положају апатрида извршена је после готово пет година. Једини случај већег протеча времена представља Конвенција о избеглицама; ратификација овог акта извршена је после осам година.

О кратком року између усвајања текста уговора и његове ратификације сведочи и податак да је више од две трећине међународних уговора о правима човека Југославија ратификовала пре њиховог објективног ступања на снагу. Илустрације ради наводимо тачне датуме усвајања уговора, њиховог ступања на снагу и датуме кад је те уговоре потписала и ратификовала Југославија: Пакт о економским, социјалним и културним правима усвојен у Генералној скупштини УН 16. децембра 1966. године, ступио на снагу 3. јануара 1976; Југославија га је потписала 8. августа 1967, а ратификовала 2. јуна 1971; Пакт о грађанским и политичким правима усвојен у Генералној скупштини УН 16. децембра 1966., ступио на снагу 23. марта 1976; Југославија га је потписала 8. августа 1967., а ратификовала 2. јуна 1971; Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида усвојену 9. децембра 1948, ступила на снагу 12. јануара 1951; Југославија је овај акт потписала 11. децембра 1948., а ратификовала 29. августа 1950; Конвенција о незаустаревању ратних злочина и злочина против човечности, усвојена 26. новембра 1968., ступила на снагу 11. новембра 1970; Југославија је ову Конвенцију потписала 16. децембра 1968, а ратификовала 9. јуна 1970; Конвенција о укидању свих облика расне дискриминације, усвојена

⁽²⁶⁾ Réserves à la Convention sur le génocide, Avis consultatif, Cour Internationale de Justice, Recueil 1951, p. 15 id. — Подробно о томе Р. М. Eisemann, V. Cousirat-Coustere, P. Hur: Petit manuel de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, Paris 1971, p. 178 id.; Б. Јовановић: Питање резерви уз мултилатералне конвенције пред Уједињеним нацијама, Архив за правне и друштвене науке 1951, бр. 3, стр. 449 ил.; K. Hollway: Les réserves dans les traités internationaux, Paris 1958, p. 175 id.

21. децембра 1965., ступила на снагу 4. јануара 1969; Југославија је поменути акт потписала 15. априла 1966., а ратификовала 2. октобра 1967.; Конвенција о положају избеглица, усвојена 28. јула 1951., ступила на снагу 22. априла 1954; Југославија је ову Конвенцију потписала 28. јула 1951., а ратификовала 15. децембра 1959.; Протокол о положају избеглица, усвојен 31. јануара 1967., ступио на снагу 4. октобра 1967; Југославија му је приступила 15. јануара 1968.; Конвенција о положају апатрида, усвојена 28. септембра 1954., ступила на снагу 6. јуна 1960; Југославија јој је приступила 9. априла 1959.; Конвенција о политичким правима жена, отворена за потписивање 31. марта 1953., ступила на снагу 7. јула 1954; Југославија је ову Конвенцију потписала 31. марта 1953., а ратификовала је 23. јуна 1954.; Конвенција о држављанству удате жене, усвојена 20. фебруара 1957., ступила на снагу 11. августа 1958.; Југославија је овај акт потписала 27. марта 1957., а ратификовала га 13. марта 1959.; Конвенција о пристанку на брак, минималним годинама за брак и регистравање бракова, потписана 10. децембра 1962., ступила на снагу 9. децембра 1964; Југославија је ову Конвенцију потписала 10. децембра 1962, а ратификовала је 19. јуна 1964.; Конвенција о праву на исправку, отворена за потписивање 31. марта 1953, ступила на снагу 24. августа 1962; Југославија јој је приступила 31. јануара 1956.; Протокол о измени конвенције о ропству, потписан 25. септембра 1926., потврђен у Генералној скупштини УН 23. октобра 1953., ступио на снагу 7. децембра 1953; Југославија га је потписала под резервом прихватања 11. фебруара 1954., а прихватила га 21. марта 1955.; Конвенција о ропству, потписана 25. септембра 1926, измењена протоколом усвојеним 7. децембра 1953, ступила на снагу 7. јула 1955. када су амандмани садржани у додатку Протокола усвојеног 7. децембра 1953. године ступили на снагу. Југославија је Протокол од 7. децембра 1953. године прихватила 21. марта 1955. Југославија је, иначе, Конвенцију ратификовала још 28. септембра 1929. године; Допунска Конвенција о укидању ропства, трговине робљем и институција и праксе сличне ропству, усвојена 7. септембра 1956., ступила на снагу 30. априла 1957; Југославија је ову Конвенцију потписала 7. септембра 1956., а ратификовала је 20. маја 1958.; Конвенција о сузбијању трговине људским бићима и искоришћавању проституције других, отворена за потписивање 21. марта 1950., ступила на снагу 25. јула 1951; Југославија је овај акт потписала 6. фебруара 1951., а ратификовала га 26. априла 1951.; Конвенција о укидању и кажњавању злочина апартејда, усвојена 30. новембра 1973., ступила на снагу 18. јула 1976; Југославија је ову Конвенцију потписала 17. децембра 1974., а ратификовала је 1. јула 1975.⁽²⁷⁾

Из изнетог може се закључити да је Југославија само у пет случајева приступила уговорима после њиховог објективног ступања на снагу. У свим осталим случајевима ратификацију је вршила пре започињања дејства ових аката.

⁽²⁷⁾ Подаци наведени према *Traité multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de dépositaire, Etat au 31 décembre 1977, des signatures, ratifications, adhésions, etc., Nations Unies, New York 1978, doc.ST/LEG/SER.D/11.*

Што се тиче резерви, Југославија је увек показивала пуно разумевање за уговором предвиђене одредбе. Она до сада ни на један уговор, правима човека није ставила резерву. Посебну изјаву дала је само јоводом Конвенције о положају избеглица проширујући њоме дејство конвенције и на догађаје који су се одиграли не само у Европи него и другде.⁽²⁸⁾ Једном је такође ставила примедбу резервама Гватемале у југледу чланова I, II и III Конвенције о политичким правима жена истаивши да резерве Гватемале нису у складу са чланом 1 Повеље УН и циљевима Конвенције.⁽²⁹⁾

Поред формалноправног преузимања обавеза из међународних уговора о правима човека, однос Југославије према правима човека треба посматрати и у светлости поступка за спровођење у живот уговорних одредаби: сам чин формалноправног обавезивања само је први корак ка стварном обезбеђењу уговором регулисаних права. Кад то кажемо имамо у виду начело *res sunt servanda* које је, како у ранијим периодима развоја међународне заједнице, тако и данас норма позитивног међународног права од чијег дејства никада није била изузета заштита људских права и основних слобода.⁽³⁰⁾ Но, као што уговор, по правилу, не обавезује треће државе, исто тако нема много користи ни од уговора који су ратификовани, али за чије извршење не постоје неопходни услови у држави уговорници. Позната је пракса чланица Међународне организације рада које су прихватале конвенције ове специјализоване агенције, а онда се показивало да је реч о „латонским ратификацијама” пошто уговорница није располагала могућностима за извршење предмета ових аката. Од односа унутрашњег и међународног права, прихватања дуалистичке или монистичке теорије, примата унутрашњег или међународног права зависи, дакле, стварно обезбеђење уговором регулисаних права човека и основних слобода. За неизвршење међународних уговора о правима човека покреће се истина поступак као и за неизвршење било кога другог међународног уговора,⁽³¹⁾ али при томе у великој већини случајева одлучујућу улогу има аутономија воље странака: поступак може бити покренут једино уз обострану сагласност страна у спору. Сличан је случај и кад је механизам за спровођење у живот уговора о правима човека саставни део самога уговора: најважније међународне мере садржане су или у факултативним клаузулама (члан 41 Пакта о грађанским и политичким правима, члан 14 Конвенције о укидању свих облика расне дискриминације) или посебним међународноправним инструментима (Факултативни Протокол уз Пакт о грађанским и политичким правима). Прихватање могућности саопштења у којима држава уговорница тврди да друга држава уговорница не испуњава своје обавезе из уговора или саопштења појединаца у којима тврде да су жртве кршења извесних права, зависи, дакле, од добре

⁽²⁸⁾ Ibid., p. 120.

⁽²⁹⁾ Ibid., p. 451.

⁽³⁰⁾ С. Аврамов: Међународно јавно право, Београд 1978, стр. 311.

⁽³¹⁾ Н. Golsong: Implementation of international protection of Human Rights. Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye 1963, t. 110, p.

воље саме државе.⁽³²⁾ Но, и кад су испуњени сви формалноправни услови за покретање поступка, то не значи да ће он стварно бити покренут: у већини случајева оцена понашања других уговорница под снажним је утицајем политичких околности тако да ће се ретко десити да саопштење буде поднето против пријатељске државе. Постоји, дакле, очигледан раскорак између онога што треба да буде и онога што јесте, формалноправних обавеза и стварне заштите права човека. Однос унутрашњег и међународног права и метод интернационализације унутрашњег права игра при томе веома важну улогу. Могуће је, као што смо истакли, да држава прихвати уговор о правима човека, а затим не извршава његове одредбе позивајући се на дуалистичку доктрину о односу државног и међународног права. С друге стране и прихватање монистичке теорије још увек не даје потпуну извесност у погледу извршења обавеза садржаних у уговору: у сукобу унутрашњег и међународног прописа судија ће примењивати први од њих уколико га на то обавезује законодавство земље чији је службеник. Због тога тек примат међународног права у односу на унутрашње, у оквиру монистичке теорије представља обавезу државе да усклади своје законодавство с предметом међународног уговора. То усклађивање се може извршити на два начина: применом метода трансформације и метода self-executing акта.⁽³³⁾ У складу с првим од њих, држава је дужна да усвоји прописе за извршење одредби међународног уговора или да ове прописе измени ако су у супротности са суштином преузетих обавеза. Уколико неко од материјалних права садржаних у уговору није признато у праву државе која је уговором обавезана, њена је дужност да усвоји нове прописе или да у већ постојеће унесе измене, односно да их укине.

Још веће ограничење и, с међународноправне тачке гледишта, још напреднији начин интернационализације унутрашњег права врши се применом метода self-executing аката. За спровођење у живот међународних уговора у овом другом случају није потребно усвајање нових унутрашњих прописа, укидање постојећих или њихова измена: органи државе уговорнице непосредно примењују међународни уговор. Овом методом још се више истиче надређеност међународног права унутрашњем, али се у исто време захтева прецизност уговорних одредби како би оне могле бити применљиве у унутрашњем праву без додатног напора законодавца. Одредбе уговора о правима човека не би, дакле, смеле бити формулисане уопштено, без неопходне прецизности којом се интерним судовима омогућава њихова непосредна примена. Другим речима, одредбе

(32) Више о томе С. Миленковић: Унутрашња надлежност држава и међународна заштита људских права, стр. 93 ид.; Исти писац: Услови за прихватање саопштења држава и појединаца у Комитету за права човека, Југословенска ревија за међународно право 1973, бр. 1 — 3, стр. 97 ид.

(33) Подробије о методу трансформације и self-executing актима у области спровођења у живот међународних уговора о правима човека — А. Verdross: La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans la hiérarchie des normes juridiques, у књизи Les droits de l'homme en droit interne et en droit international, Bruxelles 1968, p. 87 ид.; W. J. Ganshof van der Meersch: La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public?, у истој књизи, p. 186 ид.; P. Modinos: Conclusions et perspectives d'avenir, у истој књизи, p. 550 ид.; M. Sorensen: Obligations d'un état partie a un traité sur le plan de son droit interne, у истој књизи, p. 37 ид.

уговора морају бити језички довољно прецизно одређене, али у исто време и сам уговор по своме садржају мора бити потпун тако да се може примењивати без допуна националног законодавца.⁽³⁴⁾

Који је од ових начина прихваћен у Уставу СФРЈ? Метод самозвршних аката у коме се у случају југославенским судовима налаже обавеза непосредне примене међународних уговора или метод трансформације којим се унутрашњем законодавству посвећује већа пажња, али се, у исто време, омогућава и већа еластичност приликом извршења обавеза из међународних уговора? Да бисмо одговорили на ово питање анализираћемо одредбе Устава СФРЈ усвојеног 1974. године покушавајући да у њима пронађемо доказе у прилог једног и другог становишта. Повезивањем различитих одредби овога акта и њиховим тумачењем долазимо до закључка о прихватању монистичке доктрине у оквиру које се признаје примат међународног над унутрашњим правом.⁽³⁵⁾ Поменућа тврдња произлази не само из смисла VII Одељка Уводног дела Устава него и из изричитих чланова овог акта. У VII Одељку читамо: „У својим међународним односима Социјалистичка Федеративна Република Југославија се придржава начела Победе Уједињених нација, испуњава своје међународне обавезе и активно учествује у делатности међународних организација којима припада“. На примат међународног права упућује и став истог одељка у коме се Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији налаже „поштовање општеприхваћених норми међународног права“.

Сличан закључак може се извући и из чланова Устава у вези са ратификацијом међународних уговора.⁽³⁶⁾ Из њих проистиче јединство међународне и унутрашње политике пошто се овај начин коначног обавезивања уговором поверава Скупштини СФРЈ и Савезном извршном већу.⁽³⁷⁾

Изричите одредбе о примату међународног над унутрашњим правом налазимо у члану 210 Устава. У другоме ставу овога члана читамо: „Судови непосредно примењују међународне уговоре који су објављени“. Посматран у контексту постојећих начина интернационализације унутрашњег права, овај став упућује на закључак у складу с којим су и уговори о правима човека self-executing што значи да и њих судови морају непосредно примењивати. Вредност овога закључка суштински не мења пракса на основу које се ратификовани међународни уговори објављују у Службеном листу СФРЈ у виду закона или подзаконских аката.

*

* *

Уколико имамо у виду све што је до сада речено, чини се да је само један закључак оправдан — СФР Југославија и на плану спровођења у живот међународних уговора о правима човека доказује приврженост демократским тековинама и начелима на којима почива савре-

⁽³⁴⁾ Подробније о томе С. Миленковић: Унутрашња надлежност држава и међународна заштита људских права, стр. 139 id.

⁽³⁵⁾ У истом смислу Б. Јанковић: Међународно јавно право, Београд 1978, стр. 12.

⁽³⁶⁾ В. тачку 8 члана 285 и тачку 8 члана 347 Устава СФРЈ.

⁽³⁷⁾ У истом смислу С. Аврамов: op. cit., стр. 29.

мено југословенско друштво. Она је, као што је истакнуто, од свих држава у свету ратификовала највећи број ових аката и при томе се ни од једне њихове одредбе није оградила стављањем резерви. Уз то је у Уставу предвидела обавезу судова да непосредно примењује све објављене уговоре и на тај начин потврдила жељу за поштовањем класичног начела *sunt servanda* у вези са свим међународним уговорима, између осталог и уговорима о правима човека. Кад овоме додамо унутрашње прописе, и заштиту права човека и основних слобода у Југославији посматрамо кроз дијалектичко јединство унутрашњег и међународног вида ове заштите, добијамо потпунију представу о ставовима појединих кругова у иностранству и критикама које нам упућују. Тек тада, у ствари, јасније схватамо политичку обојеност њихових иступања и покушаје да политичке ставове претпоставе стварном стању заштите права човека и основних слобода.

др Слободан Миленковић

SUMMARY

YUGOSLAVIA AND THE IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL AGREEMENTS ON HUMAN RIGHTS

In this paper the author considers the activities of Yugoslavia in the field of implementation of international agreements on human rights. He firstly gives a general outline of the contemporary situation in the field of protection of human rights in the world as a whole, making special emphasis on the discussion of the bloc-aligned countries in this respect, especially the remarks and comments made by the United States of America to the address of the socialist countries and the USSR in particular, both in bilateral contacts and during the Conference on European Security and Cooperation, first in Helsinki, then in Belgrade.

The next part of the paper is devoted to the achievements of socialist democracy based on self-government in the field of esteem of human rights, and more elaborately to the views of Yugoslavia concerning the carrying out of obligations laid down in international agreements on human rights. The author goes on to stress that of all the countries of the world Yugoslavia has ratified most of the agreements mentioned in the paper and that the act of ratification took place before these agreements actually became effective. It is also worthy of mention that Yugoslavia has never placed any reserve on the text of these agreements. However, since the implementation of provisions is considered not only within the aspect of the formal and legal obligations contained in the agreements but also within the aspect of its practical application in every-day life, the author gives some attention to the methods of internationalisation of national laws. By analysing the provisions of the Constitution of the S.F.R.Y. of 1974, he arrives at a conclusion concerning the application of the monistic theory on the relation between national and international law, with the superiority of the latter. Furthermore, paragraph 2 of Article 210 of the Constitution reading: „Courts are obliged to directly apply the provisions of international agreements which have been published” ..., leads him to discuss the application of the method of self-executing acts in the process of bringing the national law into accord with international obligations.

In view of the foregoing, the author concludes his paper by stating that the remarks or comments made to Yugoslavia by certain circles abroad from time to time in connection with the esteem of human rights are politically biased and unfounded, and geared to attempt to make political standpoints a preference to the actual state of affairs in the field of protection of human rights and the elementary freedoms in Yugoslavia.

ЕПИКЛЕРА, КАДЕСТАИ И ЕПИБАЛОНТИ — СПОРНЕ УСТАНОВЕ РАНОГРЧКОГ ГОРТИНСКОГ ПРАВА

I

Један правни историчар је рекао да наслеђивање чини две трећине старих права; мада овакво квантифицирање друштвених појава носи бројне слабости, ипак ова тврдња у суштини садржи доста истине. У привредно неразвијеним раним друштвима основни начин за стицање веће имовинске вредности више је био везан за породицу и наслеђивање, а мање за личну предузимљивост, те отуд и велики интерес који стари правни системи показују за наследно право.

Расположиви извори из грчког права као да потврђују ово запажање. Сачувани говори атинских оратора сведоче да су се у Атини право и судови највише бавили питањима наслеђивања; јер, наследно право грчког полиса било је сложено, а у њему су се многобројни стари обичаји преплитали са новим установама. Стога је оно још у антици рађало извесне дилеме, неки институти су били недовољно прецизни,⁽¹⁾ а наследноправни спорови су представљали посланицу старе комедиографије (Аристофан, Плаут). Тако се у рано-грчком наследном праву и данас јављају спорне установе и појмови.

У тражењу одговора на нека од тих спорних питања (карактер института ћерке-наследнице, проблем сродничких и породичних односа у раном грчком праву, специфичност законског наслеђивања у четвртном наследном реду гортинског права) од велике је помоћи једини аутентични епиграфски извор из целокупног грчког права, законик дорског полиса Гортине са Крита, из V века пре н.е.⁽²⁾ Мада и он више од две

(1) Аристотел, Устав атенски, IX, Загреб 1948 (превод Н. Мајнарић), тврди да су нарочито Солонови закони о наслеђивању и о ћеркама наследницама били нејасни и изазивали недоумице.

(2) Гортински законик је пронађен 1884. године у близини критског села Agloi Deка, петнаест километара од Фестоса, где се и данас налази *in situ*. У кружни зид на који се ослањао мали римски театар Одеон, уграђени су камени блокови са уклесаним старим грчким текстом; они су припадали некој ранијој гортинској јавној згради из раногрчког периода — храму или, још вероватније, судници. Велики гортински натпис је дуг скоро 9 метара, висок више од 1,5 метра, са близу 17.000 словних знакова. Састоји се од 12 стуба — колумни текста, од којих свака са 53 — 56 редова, тако да овај „грчки Закон XII таблица“ представља најбоље сачуван, оригинални и најкомплетнији епиграфски правни текст из ране Грчке. На његову старост и датирање у V век пре н.е. указује стил писања — бустрофедон, тј. „као када се во окреће“ при орању, упор. Pausanias, Graeciae descriptio, V, 17, 6 recogn. F. Spiro, Lipsiae 1903. О епиграфским карактеристикама овог извора, в. ближе Woodhead, A. G., The Study of Greek Inscriptions, Cambridge 1959, 28; Meiggs, R.—Lewis, D., A Selection of Greek Historical Inscriptions, Oxford 1969, 95.

трећине простора посвећује наследном праву,⁽³⁾ ипак су многи појмови ове гране права остали нејасни.

Грчком праву уопште, па и његовом основном извору — Гортинском законнику, литература није посветила довољну пажњу. О „грчкој краљици натписа“, како епиграфичари називају овај законик, правни историчари су надахнуто писали само у време његовог проналаaska па до I светског рата, а затим настаје осека интересовања, која траје до наших дана. Изузетак чини рад од пре десетак година из пера енглеског епиграфичара и историчара Willettsa, који само делимично прибегава и историјскоправној анализи⁽⁴⁾ Код нас се тек недавно појавио први обимнији рад и превод тог кодекса на наш језик.⁽⁵⁾

II

На значај овог извора за општу правну историју указује већ и нормативна анализа неких одредби, која открива постојање специфичних института у гортинском праву.

„А ћерка-наследница је она, која нема оца ни брата од истог оца“ — дефинише Гортински законик. (ГЗ VIII 40 — 42)⁽⁶⁾.

„Нека се ћерка-наследница уда за брата (свога) оца, онога који је најстарији. А ако постоји више ћерки-наследница и очеве браће, нека се удају за следећег најстаријег. А ако не постоје очеве браћа, већ синови браће, нека се уда за (сина) од најстаријег (очевог брата). А ако постоји више ћерки-наследница и синова (очеве) браће, нека се друге удају за (сина) од следећег најстаријег.“ (ГЗ VII 15 — 27).

У случају да де сциус нема синова ни њихових мушких потомака, у Гортини и широм ране Грчке се рађа институт *ћерке* — *наследнице*. Њега срећемо и у вероватно најстаријем грчком — Харондасовом законодавству,⁽⁷⁾ затим у Митилени и Фокиди,⁽⁸⁾ код Халкиџана у Андродамантовим законима,⁽⁹⁾ у дорској Тери,⁽¹⁰⁾ итд. Њерка-наследница се може наћи и у Атини, под именом „epikleros“, те се овај институт грчког права често назива и *епиклерат*.

Већ сâм назив нешто говори и о садржини института: „epikleros“ означава „ону која иде уз наследство“, „ону коју узимају са наследством“. Стога изгледа да наш термин *ћерка-наследница* (као ни нем. Erbtochter) није сасвим адекватан и да карактер овог института боље изражава

(3) Од дванаест стубаца текста, само се у прва два не спомињу институти који тирају проблем сукцесије mortis causa.

(4) Willetts, R., The Law Code of Gortyn, Berlin 1967.

(5) Аврамовић, С., Рано грчко право и Гортински законик, магистарски рад, Београд 1977 (дактилографисано). У прилогу овог рада аутор даје текст и свој превод Гортинског законика.

(6) Превод делова Гортинског законика (ГЗ) износимо према Аврамовић, С., цит. дело.

(7) Diodorus Siculus, Diodori Bibliotheca Historica, XII, 18, ed. D. Dindorf, Lipsiae 1886.

(8) Аристотел, Политика, 1304 а, Београд 1960 (превод Љ. Црепајац).

(9) Аристотел, Политика, 1274 б.

(10) Corpus Inscriptionum Graecarum, II, № 2448, ed. A. Böckh, Berlin 1828—1877.

енглески назив *designated daughter*, као и француски *fille designée*.⁽¹¹⁾ Можда је још прикладнији јужнословенски, већ заборављени термин *благарица*.

При том имамо у виду три битне особености овог института: ограничење брачне аутономије воље епиклере-благарице, карактер њених имовинскоправних овлашћења, као и везу ове установе са старим религијским схватањима.

Платон у „Законима” тачно утврђује редослед рођака који у Атини имају право да се ожене епиклером, независно од њене жеље.⁽¹²⁾ Сличан ред установаљава и гортински законодавац, називајући тог рођака „*epiballon*”, тј. „онај на кога пада” право, али и обавеза да се њоме ожени. На првом месту то су њени стричеви, по старештву; ако је де *suuius* имао више ћерки-епиклера и више браће, најстарија ћерка се у том случају морала удати за најстаријег стрица, млађа за млађег, итд. Уколико де *suuius* није имао живе браће, епиклера се удавала за свог брата од стрица, али према старосном редоследу стричева.⁽¹³⁾ Тек ако нема ниједног од ових рођака — епибалоната, епиклера се може „по својој жељи (удати) за онога из филе ко је затражи.”⁽¹⁴⁾ Но, уколико је нико из филе не затражи, њени рођаци на свечан начин објављују свим члановима филе да она треба да се уда; ако је и тада, у року од 30 дана нико не ожени, она је слободна да се уда „за другог за кога може” и ван филе.⁽¹⁵⁾ Овакво „програмирање” брака епиклере морало је имати значајну друштвену функцију. Она је уочљива из нормативне анализе других одредаби Законика које су, додуше, разбацане, али се могу укомпоновати у мозаик који даје довољно јасну слику.

Епибалонт који не жели да се ожени епиклером губи права према имовини и друге санкције нема; ако, пак, она не жели да се уда за епибалонта, законодавац само захтева да му преда део имовине и допушта јој да се уда „по својој жељи”.⁽¹⁶⁾ Када су епибалонт и епиклера још млади и не могу закључити брак, Гортински законик се више брине за

⁽¹¹⁾ Ово потврђује и етимологија гортинског („*patroikos*”) и спартанског назива („*patrouchos*”). Она је везана за термин који означава оца „*pater*” и глагол „*echein*” — поседовати, те је означавао „ону која брине о очевини”, која као да наслеђује само обавезе у погледу породичне имовине, а не стиче и одговарајућа права. Упор. Guarducci, M., *Inscriptiones Graecae opera et consilio Friderici Halbherr collectae*, I–IV, Roma 1935–1950, IV, 162.

⁽¹²⁾ Платон, *Закони*, 924 Е, Београд 1971 (превод А. Вилхар).

⁽¹³⁾ ГЗ VII 15 — 24. Није извесно да ли се она могла удати за свог брата од стрица и када је стриц жив. Верујемо, бар што се тиче Гортине, да је могло долазити до вољног супституисања старијих младожења млађим. Ово стога што Кодекс као да садржи механизам помоћу кога се могла постићи замена епибалоната. Он нормира ситуацију када епибалон одбија женидбу: ако и после интервенције суда остане при тој одлуци, губи сва права према имовини, а епиклера се удаје за следећег од „оних који имају право” да се ожене њоме (ГЗ VII 40 — 50). Оваквој замени се вероватно прибегавало када је требало избећи велики старосни несклад између будућих супружника; јер, основни циљ овог института је да омогући рабање мушког потомка који ће преузети породични култ и имовину. У Атини је, чак ради обезбеђења тог резултата, муж епиклере имао обавезу да најмање три пута месечно „буде са епиклером”, в. Плутарх, Солон, XX.

⁽¹⁴⁾ ГЗ VII 50 — 52 и VIII 8 — 12. Фила (у раном Риму триба) је облик племенског живота који је дуго играо значајну улогу у правним односима у Гортини, као ослонац младог аристократског државног апарата. Сличну улогу фила има и у државном животу других раногрчких полиса, упор. Ehrenberg, B., *The Greek State*, Лондон 1974, 11.

⁽¹⁵⁾ ГЗ VIII 13 — 20.

⁽¹⁶⁾ ГЗ VII 40 — 49 и VII 52 — VIII 8.

судбину имовине, него за њен одгој и васпитање.⁽¹⁷⁾ Имовински ефекти ове установе су, изгледа, примарни. Колико интересантно толико је и илустративно нормирање ситуације када удата жена постај епиклера. Законодавцу је важно како питање опстанка њеног брака, тако и питање имовинских односа: ако у браку она има деце, брак се не мора развести и она може задржати сву имовину, осим ако сама не жели развод; но, ако у браку нема деце, она се мора развести и са целокупном имовином удати за рођака који има право да се њоме ожени.⁽¹⁸⁾ Очигледно је овај институт у Гортичи био усмерен на заштиту имовинских интереса мушких сродника и аристократских породица. Томе се циљу жртвују и брачна аутономија воље жене и принцип егзогамије.

Другу значајну специфичност епиклерата представља карактер имовинскоправних овлашћења благарице. Она је у упоредном праву пре свега служила као веза помоћу које се породична имовина преноси са деда на унука, док према имовини није имала својинскоправна овлашћења.⁽¹⁹⁾ У Гортини је, додуше, сама или преко рођака, могла испуњавати обавезе које је отац за живота био преузео:

„Ако неко ко је дужан остави за собом ћерку-наследницу, нека (она) или сама или (преко) очевих или (преко) мајчиних рођака заложити или прода до висине дуга, и чека буду пуноважни и куповина и залагање.” (ГЗ IX 1 — 7).

Но, у свим другим случајевима било јој је забрањено да оптерећује или отуђује породичну имовину. Она није била наследник који стиче својинска овлашћења, већ само лице које има обавезу да се стара о извршењу обавеза де сциуса и да, жртвујући личну срећу, обезбеди преношење имовине на мушког потомка. Тако и ова карактеристика института епиклере упућује на закључак да је *raison d'être* те установе имовинске приорде и да је њена функција усмерена на очување економске моћи аристократских породица у рукама њихових мушких чланова.

Међутим, упоредно право нас учи да институт благарице има још једну димензију. У старом Јапану, Кини, у древном индијском и јерменском праву, па и код Келта и Германа је уочено да су у његовом настајању значајну улогу одиграли религијски мотиви, патријархални захтев за продужење породичног култа, као и став о вечности породичне заједнице.⁽²⁰⁾ Јер, мада ћерка може послужити за очување имовине у породици, она не може продужити породичну религију. Стога и стари Римљани говоре: *filia familiae suae finis*. У Атини се дуго задржава идеја да оцу који нема синова, ћерка може обезбедити потомка који

⁽¹⁷⁾ ГЗ VIII 42 — 46: „Нека имовином управљају браћа њеног оца, а она нека добије половину прихода, док не достигне брачни узраст.” Сличне су и одредбе ГЗ VII 29 — 35, VIII 47 — 50 и XII 9 — 17.

⁽¹⁸⁾ ГЗ VIII 20 — 30. У Атини је, међутим, епиклера у том случају била обавезна да се разведе од свог мужа (без обзира да ли има деце или не), а и епибалонт се морао развести, ако је био у браку, да би се њоме оженио. V. Isaïos, *De Pyrrhi hereditate*, § 64, Blass, F., *Die Attische Beredsamkeit*, II, Leipzig, 1892. Упор. Beauchet, L., *Histoire du droit prive de la republique athenienne*, Paris 1897, I, 438.

⁽¹⁹⁾ Упор. De Kulanz, F., *Античка држава*, Београд 1956, 55.

⁽²⁰⁾ De Kulanz, F., цит. дело, 54.

би преузео свету дужност. Чим се унук роди, он ће се сматрати сином свог деда (а не сином свог физичког оца), и учествоваће у религијским обредима док је дед жив. Након дедове смрти, чуваће породични култ и водити бригу о гробу свога деде — оца и о наслеђеној имовини, без обзира да ли су му мајка и физички отац још у животу.⁽²¹⁾ Распрострањеност ове појаве у античком свету потврђују и Ману закони: у старој Индији отац без синова свечано удаје своју ћерку, чији ће се син, када га буде родила, сматрати његовим сином.⁽²²⁾ Ово дете је наслеђивало свог деда као да му је отац, слично атинском праву. Чим постане пунолетан, унук преузима култ предака и имовину. И у Гортини је религијске дужности преузимао мушки потомак, који „према боговима и према људима испуњава све обавезе”,⁽²³⁾ па био то рођени син, усвојеник или унук од сина или кћери; ћерка може само омогућити рабање мушког наследника.

Епиклерат, дакле, у раном грчком и у упоредном праву, не само да штити имовинске интересе мушких сродника, већ обезбеђује и продужење породичног култа. Религијски карактер ове установе изгледа неспоран. Поготово се чини да је он био одлучујући при настанку овог института: у условима где се сматрало највећом несрећом умрети без наследника (грч. „*arais*”) који би продужио култ предака и када су религијска схватања доминирала породичним животом,⁽²⁴⁾ епиклерат је морао имати пресудну улогу. Но, временом се све више афирмише и имовинска компонента овог института, која у његовом даљем развоју постаје примарна.

Наведене особине епиклерата (инцестозно жртвовање брачне аутономије воље жене патријархалним имовинским захтевима, ограниченост имовинских овлашћења епиклере, присуство религијских схватања) упућују на закључак да је ова установа везана за племенску прошлост у којој су такве религијске представе доминирале, али када су већ били присутни и наведени имовински захтеви.⁽²⁵⁾ Упоредно право указује да је облик породичног живота у коме су оба ова елемента кумулативно заступљена била велика партијархална породица, која је „чинила прелазни ступањ између матријархалне породице, која је произишла из групног брака, и инокосне породице модерног света.”⁽²⁶⁾ Осим тога, ако је веровати становишту да се у патријархалној породици типа римског *consortium* најближим агнатским сродником (*agnatus proximus*) сма-

(21) Isalos, De Cironis hereditate, § 15 — 16.

(22) Ману закони, IX, 127, *Lois de Manou* (превод на француски А. Loiseleur—Deslongchamps), Paris 1909.

(23) ГЗ Х 42 — 44. Ова одредба говори о усвојенику, који је по правилу мушког пола, в. Ближе Аврамовић, С., цит. дело, 159.

(24) Нарочито је такво схватање сачувано у старом римском праву, в. Стојчевић, Д., Римско приватно право, Београд 1975, 153.

(25) Слично становиште заузима и Gernet, L., *L'épiclérat*, REG 1921/34, 373. Он сматра да се епиклерат јавља у оном моменту у историјском развоју породице када се појавило наслеђивање и када је уведена подела имовине, али док је још, с друге стране, био жив „традиционални породични дух”.

(26) Енгелс, Ф., Порекло породице, приватне својине и државе, Београд 1967, 62.

трао брат,⁽²⁷⁾ онда није тешко пронаћи у институту епиклерата елементе агнатских схватања.

Из тих разлога се чини вероватним да установа епиклерата настаје у условима агнатске партијархалне породице. Она се, свакако, задржава и касније, надживљавајући за извесно време патријархалну породицу, пре свега захваљујући својој имовинској компоненти и ефектима, који јој тада дају виталност (нпр. у Атини). Постојање епиклерата у појединим срединама могло би сведочити да су патријархалне породице постојале у ближој прошлости, или да још увек постоје (у мањој или већој мери) упоредо са новим породичним облицима. У том смислу аргументе пружа и јужнословенско право: са потискивањем и заборављањем партијархалних породичних задруга, заборавили смо и институт и назив „благарица”.⁽²⁸⁾

III

Извесне дилеме постоје и о првобитним сродничким односима и облицима породице у раној Грчкој. Многи аутори сматрају да је у архаичном периоду најстарија сродничка групација у раној Грчкој била фратрија и изражавају сумњу у постојање *genos* (генса), додајући да је фратрија обављала многе функције које је имао генс у другим крајевима.⁽²⁹⁾ Осим тога, многи истичу развијеност индивидуалних моногамних породица од најстаријих времена (још од хомерског доба), занемарујући постојање патријархалних породица: ретки су аутори који у Грчкој уоче и трагове породичних задруга.⁽³⁰⁾

Ове дилеме није расветлио у потпуности ни Гортински законик: чак би се на први поглед рекло да проблем још више компликује постављањем неких нових питања. Наиме, законодавац за означавање сродника употребљава два загонетна назива: „*kadestai*” и „*epiballontes*”. Сматрамо да анализа ових појмова може оријентисати доношење неких ширих закључака.

Но, највећи број писаца о Гортинском законик у запоставља проблем разликовања ова два термина: углавном оба једноставно преводе као „робаци”, не покушавајући да истражују специфичности те две категорије робака. Нарочито се често на овај соломонски начин преводи назив „*kadestai*”, при чему се избегава изјашњавање о коме се крћу

(27) Стојчевић, Д., цит. дело, 63.

(28) Westrup, C. W., Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family, Copenhagen—London 1934 (II), 1939 (III), 1944 (I), II, 107.

(29) V. Ehrenberg, B., цит. дело, 9; Gaudemet, J., Institutions de l'Antiquité, Paris 1967, 143; исти, Les communautés familiales, Paris 1963, 41. Фратрија — братство (грч. хетајрија) се заиста знатно чешће среће у изворима и има значајну улогу у правним системима неких полиса. У Гортини је, на пример, политички живот био организован управо преко њих, а посебно обележје друштвеним односима на Криту даје свакодневно заједничко обједовање слободних мушкарца, организовано по фратријама. То су тј. „андрије” (у Спарти „синтије” односно „фидитије”).

(30) Нпр. Gaudemet, J., Les communautés familiales, 38.

сродника може радити.⁽³¹⁾ Није потребно посебно истицати да због таквог манира лако долази до преношења модерних схватања о когнатском сродству на архаичну средину, што свакако није прихватљиво.

Међу ретким истраживачима овог проблема истичу се само Gernet и Willetts.⁽³²⁾ Да би читаоц лакше могао вредновати њихову анализу, наводимо свих пет одреби Гортинског законика у којима се јавља назив „kadestai” (термин „epiballontes” среће знатно чешће, в. ниже)

„Ако неко покуша да приволи на обљубу слободну (неудату жену) која је под надзором *рођака*, платиће сто статера, ако потврди сведок.” (ГЗ II 16 — 20)

„Нека (онај ко је ухватио прељубника — прим. С. А.) објави у присуству тројице сведока *рођацима* ухваћеног да може бити откупљен у року од пет дана; а господару роба у присуству два сведока. А ако не буде откупљен, нека остане у (власти) оних који су га ухватили, који могу (са њим) чинити шта желе.” (ГЗ II 29 — 36)

„Ако роди дете жена која је разведена, нека га донесу мужу у кућу у присуству тројице сведока. А ако га (муж) не прими, нека мајка има право да дете или гаји или изложи; а предност у заклетви нека имају *рођаци* и сведоци, (ако је спорно) да ли су га донели”. (ГЗ III 47 — 52)

„А ако епибалонт, када постане пуноправан, (ћерку-наследницу) која је у узрасту за брак и хоће да се уда, не жели да ожени, нека га туже *рођаци* ћерке наследнице, а судија нека пресуди да је ожени у року од два месеца. А ако је не узме како је прописано, (нека се ћерка-наследница) задржавајући сву имовину, (уда) за следећег епибалонта, ако постоји.” (ГЗ VII 40 — 49)

„А ако се из филе нико не жале њоме ожени, нека *рођаци* ћерке-наследнице објаве по фили: „Да ли нико из филе не жели (да се њоме ожени)?” (ГЗ VIII 13 — 17)

На први поглед изгледа да су одредбе у којима се спомињу „kadestai” — „рођаци” потпуно разнородне, као и да је међу њима тешко установити било какву везу.

Анализирајући само прву наведену одредбу, Gernet закључује да се ту вероватно ради о силовању ћерке-наследнице која је под надзором *рођака* — kadestai, а да су ти рођаци „чланови једне широке породичне групе”. Пошто ћерка-наследница ex definitione нема оца ни браће, а очева браћа и њихови синови су epiballontes, он прецизира да би kadestai могли бити ујаци (oncles maternels).⁽³³⁾ Willettsova разматрања су обухватнија: полазећи од четврте и пете наведене одредбе, он такође сматра да су мајчина браћа рођаци који се брину о удаји ћерке-наследнице.⁽³⁴⁾ Ослањајући се на Thompsonov класификаторни систем, он пред-

⁽³¹⁾ Ни у најобимнијим радовима о Гортинском законик у овом питању није посвећена пажња, нпр. Dareste, R., La loi de Gortyne, Revue internationale des droits de l'antiquité, 1886/X; Guarducci, M., цит. дело; Kohler, „Ziebarth, E., Das Stadtrecht von Gortyn, und seine Beziehungen zum gemeingriechischen Rechte, Göttingen 1912.

⁽³²⁾ Gernet, L., Droit et société dans la Grèce ancienne, Sirey 1955, 52; Willetts, R., цит. дело, 18.

⁽³³⁾ Gernet, L., цит. дело, 53.

⁽³⁴⁾ Willetts, R., цит. дело, 18.

поставља да се у Гортини задржава старо правило племенске егзогамије, те да због тога и постоје две категорије сродника, односно групе које су се некад међусобно жениле и удавале — *kadestai* и *epiballontes* (упор. Морганов класификаторни систем и породицу пуналау јужноаустралијског црначког племена на Маунт Гамбиер, подељеног на Кроки и Кумите).⁽³⁵⁾

Ограниченост Гарнетове анализе произлази из чињенице да проучава само једну одредбу, не доводећи је у везу са осталим; ослањањем само на њу, не могу се доносити сигурни и прецизни закључци. Ово утолико пре што није сасвим извесно да та одредба говори баш о силовању ћерке-наследнице, већ можда о силовању сваке слободне неударе жене. Осим тога, у класичној атинској литератури термин „*kadestai*” не означава крвне сроднике, већ „род по женидби”, односно тазбинско сродство.⁽³⁶⁾ Но, с обзиром да се ради о архаичном времену, ова етимолошка основа из класичног периода мора се узети са резервом. Стога би из ове одредбе са сигурношћу једино смели закључити да је над женским неударим лицима бдео шири круг људи, а не само најближи крвни сродници.

Willetts-ova анализа је темељнија, али он гради хипотезу на хипотези. Без праве основе он пореди стање у већ развијеној критској средини са односима међу аустралијским Црнцима који су још увек на ступњу дивљаштва када их у XIX веку посећује енглески мисионар Лоример Физон. Willetts уочава да се свих пет наведених одредаби односе на женидбена права или њихово повређивање, те одатле доноси неизвесан закључак о постојању две егзогаме групе сродника који су се међусобно женили и удавали.⁽³⁷⁾ Ова хипотеза пада пред анализом појма „*epiballontes*”, јер и етимолошка основа и коришћење тог назива у различитом контексту јасно говоре да је то само технички термин који означава „оне који имају право” на нешто, те да никако није назив за једну хомогену групу људи или рођака (в. ниже). Ипак, Willetts правилно увиђа да се ове одредбе углавном односе на женидбене везе, помоћу којих се, наравно, врши проширење, сужавање или се спречава гашење појединих породичних заједница.

Уочено је, дакле, да *kadestai* обављају надзор над слободном женом (или ћерком-наследницом), чију честитост ваља чувати ради добре удаје. Такође, *kadestai* се старају да ћерка-наследница не остане неударата. Та брига је, вероватно, била изражена пре свега да не би дошло до гашења породице (ако ћерка не оствари своју репродуктивну функцију и омогући религијску и имовинску сукцесију по мушкој линији), као и да породица не би остала без мушке радне снаге. Посебно пада у очи одредба о праву *kadestai* да откупе делинквента, на исти начин као и господар роба (додуше уз присуство мањег броја сведока). Из тог поисто-

⁽³⁵⁾ Thomson, G., *Studies in Ancient Greek Society*, London 1954. У ствари, Thomson се ослања на Енгелсово схватање о еволуцији породице, а Willetts на Енгелсову концепцију пуналау породице, в. Енгелс, Ф., цит. дело, 46.

⁽³⁶⁾ В. Горски, О.—Мајнарић, Н., *Грчко-хрватско-српски рјечник*, Загреб 1960, 313.

⁽³⁷⁾ Исту идеју заступа и у раду Willetts, R., *The right of epiballontes*, *Eirene* 1966/V, 11.

већивања које спроводи законодавац произлази да су *kadestai* били заинтересовани за свог робака делинквента на сличан начин као господар за роба: они су га откупљивали, јер је чинио радну снагу породичне заједнице. Кадестаи су, очигледно, заинтересовани да заједница имовине и рада не остане без једног члана и његове радне снаге. Најзад, сличан је и смисао одредбе по којој кадестаи играју значајну улогу при презентирању детета разведене жене њеном мужу и пријему детета у породицу. И овде се ради о питању проширења или сужавања броја чланова шире породичне групе, односно радне снаге заједнице.

Из наведених одредби, очигледно, не можемо са извесношћу утврдити да су „кадестаи” мајчина браћа. Такође изгледа неумесно претеновати да се на бази крвнородничких критеријума може овде одредити који су робаци кадестаи. Извесно је само да се ова категорија спомиње увек када се ради о питању одржавања, проширења или сужавања броја чланова, односно радне снаге шире породичне заједнице. То је, чини се, једина заједничка особина свих пет норми. С обзиром на неспорну чињеницу да је за конзервативну критску средину карактеристично дуготрајно задржавање многобројних племенски обичаја и установа,⁽³³⁾ могуће је да су „кадестаи” чланови шире породичне заједнице која још увек постоји или је доскора постојала односно да су пре категорија агнатског него когнатског сродства. Зато се баш они брину за одржавање радне снаге постојеће или некадање заједнице живота, имовине и рада.

IV

Трећи спорни појам је категорија „*epiballontes*”. Епибалонти нарочито привлаче пажњу као наследници у четвртном наследном реду гортинског права. У погледу прва три законска наследна реда у Гортини, текст Кодекса је довољно јасан:

„Када умре мушкарац или жена, ако има деце или дечије деце или њихове деце, нека они добију имовину. А ако нема никог од њих, већ браћа умрлог или деца браће или њихова деца, нека они добију имовину. А ако нема никог од њих, већ сестре умрлог или деца сестара или њихова деца, нека они добију имовину.” (ГЗ V 9 — 22)

Први законски наследни ред, дакле, чине десценденти по принципу репрезентације, укључујући адоптиране синове и ћерке благарице (у недостатку синова), као и у другим деловима ране Грчке.⁽³⁴⁾ У другом законском наследном реду су браћа *de suiusa* са својим потомцима, као и у Спарти, Локру и Солоновом законодавству,⁽⁴⁰⁾ док трећи закон-

⁽³³⁾ На овом месту не можемо се задржавати на дескрипцији и анализи многобројних остатака племенских института у Гортини, в. ближе Аврамовић, С., цит. дело, 206. Ипак, довољно је илустративно већ само постојање установе епиклерата, андрија, итд.

⁽³⁴⁾ Упор. Плутарх, Агис, V, Плутархови изабрани животописи знаменитих Грка и Римљана, I—II, Загреб 1891—1892 (превод С. Сани); Isaios, VI, 28; Demosthène, Contre Leocrates, 384, Discours juridiques, Paris 1895 (превод на француски С. Poyard).

⁽⁴⁰⁾ ГЗ V 13 — 17. За остале делове Грчке извори су Плутарх, Агесилај, IV; Dareste, R.—Haussoulier, T.—Reinach, T., Recueil des inscriptions juridiques grecques, I—II, Paris 1891 — 1904, I, 182; Demosthène, Contre Macartatos, 383; Isaios, De Hagnias hereditate, § 1.

ски наследни ред представљају сестре *de cuiusa* и њихови потомци.⁽⁴¹⁾ „А ако нема никог од њих, епибалонти који имају право на имовину, нека је се приме”,⁽⁴²⁾ чинећи четврти законски наследни ред.

а) Ко су *epiballontes*? Овај термин се у Законнику јавља чак 28 пута, а да се при том ни на једном месту не прецизира њихов састав. Једини закључак који би се из тога са сигурношћу могао извести је да се ради о кругу људи који је Гортињанима морао бити добро познат, вероватно из старог обичајног права. Због тога законодавац није имао потребе да ближе одређује епибалонте.⁽⁴³⁾

Етимологија не може много помоћи при покушају одређивања круга људи које обухвата термин: јер „*epiballontes*” су „они којима (нешто) припада”, па и „они на који (нешто) пада”.⁽⁴⁴⁾ Етимологија у овом случају може бити од користи утолико што неодређеност овог термина у грчком језику упућује на закључак да се у Кодексу на разним местима он је употребљавао у различитом значењу; наиме, коришћен је увек када је требало означити „оне који имају право (на нешто)” односно неко овлашћење. Изгледа да није било ни потребно наводити ко у конкретном случају чини епибалонте: као да је то свима добро познато.

Овај се термин најчешће у Гортинском законнику употребљава када треба означити „оне који имају право” да се ожене ћерком наследником.⁽⁴⁵⁾ Употребљава се и за „оне који имају право” да сведоче.⁽⁴⁶⁾ Најзад, термин се користи и када треба означити „оне који имају право” на наслеђе. Међутим, очигледно је да ни тада он не обухвата исти круг људи:

„А ако умре усвојени не остављајући брачну децу, нека поново усвојичевим епибалонтима припадне имовина”,⁽⁴⁷⁾ где је јасно да је термин „епибалонти” синоним за све наследнике, а никако не само за наследнике четвртог законског наследног реда. Осим тога, епибалонтима се називају и сви наследници (укључујући, наравно, пре свега оне из првог наследног реда) који имају право да оспоравају поклон који је *inter vivos* учинио *de cuius*, чија је вредност већа од сто статера;⁽⁴⁸⁾ сви они, такође, преузимају обавезе *de cuiusa*.⁽⁴⁹⁾ Слично томе, ако жена нема слободне деце, већ само децу — робове, имовину после њене смрти

⁽⁴¹⁾ ГЗ V 17 — 22. За Атину в. *Isaios, De Hagnias hereditate*, § 2.

⁽⁴²⁾ ГЗ V 22 — 25.

⁽⁴³⁾ У старим кодексима се обично препушта надлежност старом обичајном праву када су у питању институти који су дубоко уврежени у свест људи и нису спорни, док законик нормира углавном нове установе. Тако, се код већег броја кодекса не нормирају најважнији и најчешћи односи (нпр. обично убиство код Хамурабија или у Асирском законнику).

⁽⁴⁴⁾ Глагол „*epiballo*”, у значењу које се среће у Гортинском законнику, преводи се на енглески језик са „*belong to*”, „*through upon*”, *The Oxford Classical Dictionary*, II ed., Oxford 1975.

⁽⁴⁵⁾ ГЗ VII 28 — 29, 30, 34 — 35, 36, 41, 49 — 50, 53, 54, 55, као и ГЗ VIII 9, 28, 35, 39, 47 — 48. В. горе одредбе о епиклеру.

⁽⁴⁶⁾ ГЗ IX 34.

⁽⁴⁷⁾ ГЗ XI 6 — 10. Очигледно је да су овде епибалонти усвојичева браћа и њихови потомци (други наследни ред), па сестре и њихови потомци (трећи наследни ред), нгд. Исти је случај и са ГЗ X 47.

⁽⁴⁸⁾ ГЗ X 18.

⁽⁴⁹⁾ ГЗ XI 33.

добиајау њени епибалонти.⁽⁵⁰⁾ Коначно, најилустративнија је употреба овог термина у ГЗ V 28 — 34:

„А ако неки од епибалоната желе да се подели имовина, а други не, судија нека пресуди да они који желе поделу управљају свом имовином док се не подели.”

Скоро сви аутори се слажу да право на поделу наслеђене имовине Кодекс вероватно пружа не само епибалонтима, члановима четвртог наследног реда, већ епибалонтима — свим наследницима (деци, браћи и сестрама *de cuius* и њиховим потомцима).⁽⁵¹⁾ Термин „*epiballontes*” — епибалонти, дакле, употребљен је не само да би означио чланове четвртог наследног реда у ужем смислу, него и, само неколико редака касније, у ширем смислу, обухватајући све наследнике *de cuius*.⁽⁵²⁾

Рекло би се, отуда, да је израз „*epiballontes*” само *terminus technicus*, који Законик употребљава када жели означити круг људи који имају неко субјективно право, „право на нешто”, а који је свима познат било из самог Кодекса или из обичајног права. Због тога се чини да се не може тражити његово универзално значење, нити се може фиксирати један одређени круг рођака које он означава.

б) Проблем одређивања епибалоната у четвртом наследном реду, једно је од малог броја питања коме је литература посветила одговарајућу пажњу. Па ипак, још увек је остало отворено. *De Sanctis* сматра да у четврти наследни ред улазе сви други удаљенији сродници по оцу, али и да гортинско право игнорише когнате.⁽⁵³⁾ *Lipsius* мисли да су у „*epiballontes*” укључени не само сродници, него и сви чланови филе,⁽⁵⁴⁾ док *Guarducci*, на основу аналогije са Законом XII таблица, сматра да се ради о гентилима.⁽⁵⁵⁾ Колобова тврди да су у питању даљи рођаци оца, но, истовремено, могу бити и рођаци мајке; „*epiballontes*” по њеном мишљењу, обухватају групе сродника било са очеве, било са мајчине стране, било истовремено и са очеве и са мајчине стране.⁽⁵⁶⁾ Казаманова, на основу упоређења са атинским правом, пише да четврти наследни ред у Гортини представљају стричеви (и браћа од стричева) и тетке (и браћа од тетака) по очевој линији, а затим ујаци (и браћа од ујака) и тетке (и браћа од тетака) по мајчиној линији.⁽⁵⁷⁾ Најзад, *Willetts* сматра да се у четвртом наследном реду јављају рођаци који нису чланови оикоса, али припадају истом роду односно да су епибалонти сродници било ког

⁽⁵⁰⁾ ГЗ VII 9 — 10. Назив епибалонти се евидентно и овде употребљава у простом значењу „наследници”, без обзира из ког су наследног реда.

⁽⁵¹⁾ То мишљење потврђује и одредба ГЗ IV 31 — 43, која говори о подели имовине међу наследницима из првог законског реда. Ипак, Колобова, М., Војкеј на Крите, *Вестник древней истории*, 1957/2, 34 мисли да се могућност поделе односи само на епибалонте из четвртог наследног реда.

⁽⁵²⁾ На све наследнике овај термин се односи у ГЗ V 28 — 34, а само на чланове четвртог наследног реда у ГЗ V 22 — 25 и 25 — 28.

⁽⁵³⁾ *De Sanctis*, V., *Storia dei Greci*, Florentiae 1939, 507.

⁽⁵⁴⁾ *Lipsius*, H., *цит. дело*, 396. Овај закључак он доноси на основу тога што чланови филе имају право да се жене епиклером.

⁽⁵⁵⁾ *Guarducci*, M., *цит. дело*, 160. Таква аналогija оцењена је од неких писаца као прилично произвољна у филолошком и у упоредноправном смислу, в. Колобова, К. М., *цит. дело*, 32; *Lotze*, D., *Zu den wolkees von Gortyn*, Klio, 1982/40, 37.

⁽⁵⁶⁾ Колобова, К. М., *цит. дело*, 33.

⁽⁵⁷⁾ Казаманова, Л. Н., Некотарие вопросы социально-экономического строя критских полисов, *Вестник древней истории*, 1957/3, 49.

степенa сродства.⁽⁵⁸⁾ Ниједна од наведених хипотеза не успева да на задовољавајући начин реши питање критеријума и механизма поделе имовине међу епибалонтима.

Текст Кодекса још више проблем компликује, јер даје могућност двојаке интерпретације, у зависности од распореда интерпункцијских знакова, који у оригиналном тексту нису коришћени.⁽⁵⁹⁾ Стога сматрамо да су три полазне премисе релевантне за решавање овог пролбема: карактер привредних и друштвених односа, присуство племенских остатака и филолошка могућност везивања „epiballontes” са „tas woikias”.

У Гортини је дуго привредни живот био заснован на натуралним основама: на експлоатацији клера (имања, некад распоређиваног коцком), који је додељиван аристократским породицама заједно са робовима (војкејима) и земљом коју самостално обрађују, уз натуралну обавезу војкеја према породици власника.⁽⁶⁰⁾ Због тога је дуго у Гортини био присутан и захтев да се породица, нарочито аристократска, не угаси. Поред религијске потребе за продужењем породичног култа, била је изражена и потреба да се задржи право на коришћење клера, које је везано за само постојање породице. Како је до гашења моногаме индивидуалне породице лакше долазило, у аристократским круговима ране Грчке шира породица се дуже задржава, што је осведочено и код Хомера.⁽⁶¹⁾

С друге стране уочено је да се у критској конзервативној средини дуго задржавају реликти старих обичаја и односа, поготово у породичном животу. Од ране младости деца су живела у групама вршњака одвојени од своје породице, слично спартанским агелама (буквално: стадима),⁽⁶²⁾ сви младићи који излазе из агела били су дужни да се ожене у исто време, саопштава Ефор.⁽⁶³⁾ Најзад, пунолетни пуноправни грађани свакодневно су заједно обедовали организовани по хетајријама (фратријама).⁽⁶⁴⁾ Тај обичај је јасна реминесценција на време када је племенска јединица на Криту (као генс у другим крајевима) имала на само политичке, него и економске функције, као заједница имовине, производње и потрошње. Упоредна правна историја показује да та широка племенска јединица најпре губи економску функцију, преносећи је на

⁽⁵⁸⁾ Willetts, R., цит. дело, 12. Његов став се заснива на проблематичном поређењу са једним фрагментом из Јеванђеља Св. Луке (15, 12) и са једним местом из Херодотове „Историје” (IV, 115) где је употребљен термин „epiballein”. Но, тај термин се код Херодота среће и на другим местима са другачијим значењем.

⁽⁵⁹⁾ ГЗ V 25 — 27. Прво тумачење је широко прихваћено: зарез се ставља одмах иза речи „epiballontes”, па се сматра да они чине четврти наследни ред, а пети „tas woikias oitines k' ionti o klaros”, тј. „они који чине клер војкије” (Dareste, Bücheler—Zitelmann, Bueck, Kolobova, Willetts). Друго тумачење је ређе: померајући зарез, сматрају ти аутори, четврти наследни ред су „epiballontes tas woikias”, а пети „oitines k' ionti o klaros”, те Guarducci ове прве изједначава са гентилима. В. Ближе, Аврамовић, С., цит. дело, 176.

⁽⁶⁰⁾ Клер — „kleros” је родовска земља која је, тврде етимолози, у почетку додељивана коцком породицама. На Криту је тај колективно-племенски вид присвајања материјалних основ колективних обела — андрија. Клер је стога представљао привредну целину коју чине земље и робови (војкеји) који је обрађују. В. Аврамовић, С., цит. дело, 123.

⁽⁶¹⁾ Несторови синови живе заједно са женама у кући свога оца, феачки краљ Алкиној заједно са својим синовима, а Пријам чак са својих 50 синова, в. Хомер, Одисеја, III 387, VI 61; Илијада, VI 243, XXVI 331.

⁽⁶²⁾ Платон, Закони, 666.

⁽⁶³⁾ Strabo, X, 4, 20, Strabonis Geographica, I—III, recogn. A. Meineke, Lipsiae 1913 — 1921.

⁽⁶⁴⁾ На Криту су ти колективни обеди називани андрије (јер су жене биле из њих искључене), а у Спарти сиситије или фидитије, в. Strabo, X, 14, 18.

уже агнатске групације, породичне заједнице.⁽⁶⁵⁾ У њима се сродницима сматрају они са којима се заједно живи и ради; они су ближи робаци од крвних сродника који су изван заједнице. Наравно, породичну заједницу најчешће чине блиски когнатски сродници, али се у њој могу наћи и даљи когнати, па и лица која уопште нису у крвном сродству, ако заједно живе и привређују, што је основни критеријум за агнатско сродство.

Најзад, филолошка могућност читања „epiballontes tas woikias” дозвољава да се то место преведе „епибалонти (тј. они који имају право на наслеђе) из куће”.⁽⁶⁶⁾ Guarducci такође користи ту филолошку могућност, али не увиђа да појам „woikia” баш сужава круг људи, а не проширује га чак до гентила, те је Колобова и Лотзе оправдано критикују. Ако се води рачуна о присуству колективистичких и агнатских схватања у Гортини и привредном значају патријархалних робова војкеја („woikeus”), онда се чини да „woikia” може означавати у Гортини, још увек, и патријархалну породицу типа римског конзорцијума, „кућу” у старом јужнословенском значењу породичне задруге.

Имајући у виду истакнуте моменте, постоји могућност да су *епибалонти*, као чланови четвртог законског наследног реда, даљи робаци, било са очеве или мајчине стране, који су за живота де *суиса* живели са њим у истој „кући”, односно у заједници живота, имовине и рада. Они су позивани на наслеђивање имовине и очување породице после деце, браће и сестара де *суиса* и њихових потомака. То је круг људи који би пре доношења Законика „наслеђивали” по старом обичајном праву, које је очигледно још увек познато. Агнатске обичајне норме патријархалне породице су са развојем приватне својине и цепањем великих породица, уступиле у великој мери новим, когнатским схватањима о блискости сродства, али нису могле сасвим нестати. Ова појава ни раном Риму није непозната.⁽⁶⁷⁾ Когнатска схватања, као једна од новина које доноси Законик, долазе до изражаја у прва три законска наследна реда, док се у четвртном задржавају стари резони и схватања.

Оваква концепција решава и проблем поделе наслеђене имовине међу епибалонтима (то питање алтернативне теорије не успевају да реше на задовољавајући начин). Наиме, сматрамо да је неразвијеном гортинском друштву страни изграђивање прецизног механизма за такву поделу. Даљи робаци, који су заједно живели и привређивали са де *суисом*, вероватно су настављали живот и култ породице, њене имовинскоправне односе и коришћење клера без деобе, у заједници, с обзи-

⁽⁶⁵⁾ Слични процеси су карактеристични за рани Рим, в. Стојчевић, Д., *Gens, consortium, familia*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1966/1, 267.

⁽⁶⁶⁾ Термин „woikia” је у тесној етимолошкој вези са „woikeus” — војкеј, што је гортински назив за зависног становника-роба. Код Хомера „oikeus” је роб који улази у породицу „oikia” (Одисеја XVI 1—4; XVII 531; 755). Такав је и раноримски етимолошки и садржински однос појмова „familia” и „famulus”. Аристотел пише да „oikia” представља велику породицу која се састоји из два дела, од робова и слободних (Политика 1255 б). Стога је вероватно да „oikia” односно дорски „woikia” има и значење велике патријархалне породице.

⁽⁶⁷⁾ У римском наследном праву периода Републике могу се наћи одблесци агнатских схватања. Чланове другог наследног реда Римљани називају „legitimi” — „законски наследници”, тј. они који су по старом закону били наследници. Свима је и у то време било познато да су упитању браћа де *суиса*, они са којима је он живео у заједници док је његов *pater familias* био жив. В. Стојчевић, Д., Римско приватно право, 149. Чини се да је логика термина епибалонти у нечему слична са римским „legitimi”.

ром да су као чланови заједнице и сами већ користили ту имовину. Да су они „наслеђивали“ на специфичан начин у четвртог наследном реду, као да потврђује и сам текст Кодекса. Док за прва три наследна реда формула којом се установљава право на наслеђе гласи „нека добију имовину“, у четвртог, за епибалонте, законодавац ту формулу мења у „нека је се приме“,⁽⁶⁸⁾ што свакако није учињено само ради лепоте стила, већ због што се у правном основу позивања на наслеђе нешто мења. Могуће је да ту долази до изражаја манифестација старог схватања да они који заједно живе и раде и сами имају извесна овлашћења према имовини, те је на нешто другачији начин „наслеђују“ од чланова прва три законска наследна реда, највероватније настављајући и даље живот у заједници.

V

У тражењу одговора на нека спорна питања из историје раног грчког гортинског права (установе епиклере, кадестан, епибалонтес), дошли смо до закључка да ови појмови добијају целовито објашњење ако се посматрају у функцији реликата старих племенских обичаја агнатских схватања и постојања патријархалне породице.

Мада већина аутора у раној Грчкој породичну задругу и не примећују (осим код Хомера), неки извори доказују њену егзистенцију, додуше најчешће у виду остатака старих схватања о заједници живота, имовине и рада. Међутим, гортинско право даје могућност да се закључи да су у време доношења Закона, у конзервативној аристократској средини, још увек постојале породичне задруге, а не само њихови реликти. Материјални основ њиховог дугог задржавања у аристократским круговима био је везан за специфичан вид родовско-породичне експлоатације клерова, а присуство колективистичког духа у породичном животу морало је такође утицати надуготрајније задржавање заједнице живота, имовине и рада.

Из сличних разлога се дешавало да и у Спарти браћа често настављају да живе заједно на неподељеном имању после смрти оца, тврди Полибије.⁽⁶⁹⁾ Но, нагли продор приватне својине и робноновчаних односа у грчким полисима, рано је условио брз распад патријархалних породица и непосредан прелазак на индивидуалну когнатску породицу, што разликује еволуцију гортинске и раногрчке породице од римске.⁽⁷⁰⁾ То је допринело да се, поготово у развијенијим срединама, брже напусте агнатска сродничка схватања. Па ипак, чак и у најразвијенијим полисима, каква је Атина у V и IV веку пре н.е., дешава се да велика породица постоји: Демостен о томе несумњиво сведочи, јер говори о посто-

⁽⁶⁸⁾ За прве три групе наследника употребљена је синтагма „tautos eken ta kremata“, в. ГЗ V 12 — 13, 16 — 17, 21 — 22, а за епибалонте „tautos anallethtai“, в. ГЗ V 22 — 25. Упор. лат. „famillam habento“.

⁽⁶⁹⁾ Polybius, XII b, Polybil Historiae, I—IV, ed. D. Dindorf, retract. Th. Bütnner-Wobst. Lipsiae 1893 — 1905.

⁽⁷⁰⁾ Динамика општег друштвеног развоја у Грчкој, довела је до појаве све израженијег индивидуализма у привредном животу. Услови економског живота нужно су захтевали еманципацију одраслих синова, који би се могли посветити трговини и другим облицима привређивања, заснивајући своје самостално домаћинство и породицу. Спорији развој производних снага и односа довео је у Рим до пепања породичних задруга, али на агнатске фамилије синова, које нису биле независне, већ под снажном влашћу pater familiasa. Упор. Westrup, C. W., цит. дело, II, 21.

јању посебне тужбе за развргнуће те заједнице, *dike eis dateton haire-sin*.⁽⁷¹⁾ У заосталијим и конзервативним крајевима, пак, процес, продирања приватне својине је спорији, те је вероватно да се и патријархалне породице задржавају дуже. Чињеница да у Гортини још нема ни такве тужбе, већ да Законик тек уводи рудиментарно процесно средство које олакшава развргнуће, поткрепује став да је ту патријархална породица још увек жива, мада је већ и преживела.⁽⁷²⁾

Тај облик породичног живота, дакле, не само да је у раној Грчкој постојао (наравно, у неразвијеним, конзервативним срединама у већој мери), нег су се агнатска схватања о средству која су за њега карактеристична задржала у виду реликата и касније (нпр. установа епиклере), када су велике патријархалне породице постепено уступиле место индивидуалним когнатским породицама.

mr. Сима Аврамовић

SUMMARY OF THE PAPER „EPICLER”, „CADESTA”, AND „EPIBALONT” — CONTROVERSIAL INSTITUTIONS OF THE EARLY GREEK GORTYN LAW”

The Early Greek hereditary law contains many institutions of law which are both ambiguous and unclear, but which could partially shed light on the Crete Gortyn Law Code.

The institution of the daughter-heiress, „epcleros”, points to the fact that it was widespread for the daughter to be a conditional heiress of her father where there were no sons, but with the obligation to be wed to her uncle or cousin, or if there were not any, to a member of her „fila”. The Gortyn Law provides for the sacrifice of marital autonomy of will and the principle of egzogamy of the property interests of the aristocratic families, the religious character of that institution and its connection with the „agnate patriarchic family” — joint family.

The concept of „cadestai” always emerges within the context of maintaining, enlarging or reducing the number of members, that is, the working force of the wider family community. Contrary to the points of view of Gernet and Willett, „cadestai” are not the mother’s brothers and do not have to be blood relatives, since it is a question of a category of agnate relationship.

The efmological analysis of the „epibalontes” reveals that it is a case of mere terminus techicus in Gortyn Law. „Epbalontes”, as the members of the fourth hereditary line in the Gortyn Law Code, were the agnate relatives of the „de cuius”, who lived with him in the same house during his lifetime, constituting the so-called community of life, property and work (labour).

Although most of the authors in Early Greece do not recognise the extended family clan, it had at least left traces in Gortyn Law. That form of the community of life, property and work (labour) existed in Greek Law, where the agnate relationship conceptions lingered in the form of relics and later, when the patriarchic family withdrew to make room for the individual cognate family.

⁽⁷¹⁾ Démosthène, Contre Léochares, 384; Four Phormion, 377. В. и Beauchet, L., цит. дело, III, 63.

⁽⁷²⁾ ГЗ V 28 — 34. И у раном Риму, мада Закон XII таблица уводи могућност развргнућа конзорцијума тужбом *actio familiae erciscundae*, он је постојао још извесно време упоредо са преовлађујућом агнатском фамилијом. Чак се сретао и у каснијим вековима Републике, Gellius, I, 9, 12, A. Gellii Nocturn Atticarum libri XX, ed. C. Hosius, Lipsiae 1903.

ПРИЈЕВОЗ СТВАРИ У КОНТЕЈНЕРИМА У УНУТРАШЊОЈ ПЛОВИДБИ

1. Опћенито

У односу на остале гране саобраћаја, пријевоз контејнера у унутрашњој пловидби најслабије је развијен. То је зато јер бродови унутрашње пловидбе својим техничко-конструктивним карактеристикама у већини случајева нису прилагођени пријевозу генералног терета, а посебно не пријевозу контејнера и других облика једнообразних јединица терета. Надаље, примјена неких облика пријевоза контејнера, као нпр. „roll on — roll off“, система, готово није примјењив у унутрашњој пловидби због непостојаног водостаја ријека. Ти и многи други разлози, посебице они економске нарави придонијели су томе да је улога ријечних пристаништа у контејнерском промету релативно скромна. Тај промет одвија се првенствено преко морских лука, а пријевоз контејнера до и од луке одвија се претежно цестом или жељезницом, а не у унутрашњој пловидби. Досадашњи развој контејнеризације показује да одредишна и полазна мјеста контејнерске робе нису лоцирана на унутрашњим пловним путевима.⁽¹⁾ Тек појавом LASH, BACAT и сличних система стварају се материјалне претпоставке за специјализирани пријевоз контејнера у унутрашњој пловидби.⁽²⁾

2. Примјена права

а) Опћенито

За разлику од других грана саобраћаја, право унутрашње пловидбе није унифицирано. До данас је израђено више нацрта међународних

(1) V. P. P. Vreede: Combined Transport — inland Navigation, реферат на „International Congress: Combined Transport and its Insurance Aspects“, Antwerpen 1975, објављен у European Transport Law, br. 8/1975; F. Suykens — H. Coppieters: The new cargo handling techniques an the Seaport, European Transport Law, br. 3/1968, стр. 643.

(2) Пријевоз терета у унутрашњој пловидби обавља се претежно тегленицама (маонама). Све тегленице можемо подијелити на 5 група: тегленице за пријевоз на палуби (deck barges), отворене тегленице за пријевоз отпалака и сл. (open hopper barges), затворене тегленице за пријевоз сухог терета (covered dry cargo barges), затворене тегленице за пријевоз сухог терета (covered dry cargo barges), тегленице за пријевоз текућег терета of Shipping Cargo via the Inland Waterways Transportation System, реферат на годишњој конференцији IUMI, Montreux 1977.). (liquid cargo/tank/barges), Lash и Seabee тегленице. (Према: J. E. Gren: Characteristics

конвенција, али ти покушаји још нису дали одговарајући резултат.⁽³⁾ Камен спотицања представља питање одговорности бродара за наутичку грешку заповједника и посаде брода. Процес унификације данас се одвија у крилу Економске комисије Уједињених народа за Европу.⁽⁴⁾

Развој права унутрашње пловидбе у националним оквирима показује различите тенденције. У том погледу све правне системе можемо углавном подијелити на оне који се у креирању права унутрашње пловидбе ослањају на начела поморског права и на оне који и на односе из унутрашње пловидбе примјењују начела копненог саобраћајног права. Кодифицирање права унутрашње пловидбе такођер није свугдје извршено на исти начин.⁽⁵⁾

У нашем правном систему унутрашња пловидба регулирана је Законом о поморској и унутрашњој пловидби. Закон јединствено нормира и поморску и унутрашњу пловидбу, с тим да прихвата различита рјешења само тамо гдје је то било неопходно потребно због природне разлике између двије пловидбе и разлика у унификацијским инструментима односно њиховим нацртима. На тај начин наш законодавац прихвата савремено рјешење које тежи изједначењу права поморске и унутрашње пловидбе.

Осим законских врела права, посебан значај за регулирање односа странака у унутрашњој пловидби имају опћи увјети пријевоза, од којих неки имају шире значење.⁽⁶⁾

Чињеница да право унутрашње пловидбе није унифицирано, стимулира слободу уговарања, тако да су односи странака у унутрашњој пловидби углавном регулирани уговорним одредбама. Ту праксу карактеризира широко примењивана слобода уговарања клаузула неодговорности возара.⁽⁷⁾

Унутрашњи ријечни пловни путеви у природној су вези с морем. То има за послједицу да бродови унутрашње пловидбе напуштају унутрашње пловне путеве и залазе у море и, обратно, да поморски бродови

⁽³⁾ Нацрт конвенција о уговору о пријевозу робе у унутрашњој пловидби, 1959. (Draft Convention on the contract for the carriage of goods by inland waterway, CMN, Женева, вељаца 1959.);

Нацрт конвенције о уговору о пријевозу робе у унутрашњој пловидби, 1973. (Draft Convention on the contract for the carriage of goods by inland waterway, CMN, 1973, тзв. „Strasbourg Rules“). Текст В. у „Transport“, Rotterdam 1974, стр. 1058.

⁽⁴⁾ О развоју права унутрашње пловидбе и о раду на унификацији опширније: Владислав Брајковић: Кодификација поморског права с обзиром на унутрашњу пловидбу, Зборник за поморско право, Књига 4, Загреб 1957; Међународно трговачко право, Загреб 1951; Ријечно пловидбено право, Поморска енциклопедија, Св. 7, стр. 685; P. Smeesters: Preavis au sujet de l'opportunité d'unifier les règles touchant la responsabilité du transporteur de marchandises en navigation fluviale et des possibilités qui semblent exister en ce domaine, European Transport Law, бр. 1/1968; W. Müller: Über die Notwendigkeit und Möglichkeiten einer internationalen Vereinheitlichung der Regeln über die Beschränkung der Haftung des Eigentümers eines Binnenschiffes, ibidem; S. Royer: Summary report of the International Congress on the Law of Inland Navigation Rotterdam 1967.

⁽⁵⁾ Најважнији релевантни прописи упоредноправних система за унутрашњу пловидбу јесу: француски Грађански законик (чл. 107 и 103); белгијски Закон о ријечној пловидби, 1936; низоземски Трговачки законик, њемачки Закон о унутрашњој пловидби, 1898 (BSCIG); швицарски Закон о поморској пловидби, 1953; италијански Законик о пловидби, 1942; наш Закон о поморској и унутрашњој пловидби, 1977 (у наставку текста и: „ЗПВП“).

⁽⁶⁾ Опћи увјети пријевоза рајнских бродарстава (Verlade und transportbedingungen), објављени у Упоредно поморско право и поморска купопродаја, бр. 58 и 59/1973; Опћи пријевозни увјети за заједнички саобраћај Дунав — море, ibidem, бр. 43 и 44/1969.

⁽⁷⁾ В. Р. Р. Vreede: cit.

залазе у унутрашње пловне путове. С тим у вези јавља се проблем примјене права. Закон о поморској и унутрашњој пловидби тај проблем ријешао је тако да се одредбе закона које се односе на унутрашњу пловидбу примјењују и на подручју поморске пловидбе, до којег редовно плове бродови унутрашње пловидбе ако извршење уговора који се извршава у унутрашњој пловидби на подручју поморске пловидбе само започиње или се завршава (чл. 440). У погледу одговорности бродара основно је начело тог закона да се одредбе које се односе на одговорност бродара унутрашње пловидбе примјењују на штете које настану на подручју унутрашње пловидбе. У случају сумње је ли штета настала на подручју поморске или унутрашње пловидбе, претпоставља се, док бродар не докаже супротно, да су настали на подручју оне пловидбе чија је примјена прописа неповољнија за бродара. Бродар за закашњење одговара према прописима оне пловидбе на чијем се подручју налази лука односно пристаниште у којему, на темељу уговора, мора предати терет (чл. 551).

б) Пријемна права у LASH систему

Проблем примјене прописа особито је актуалан код LASH, BASAT и сличних система. Наиме, у њиховој примјени пријевоз се обавља дијелом у поморској пловидби — LASH бродом, а дијелом у унутрашњој пловидби — lash тегленицама.⁽⁸⁾ Као основно поставља се питање: које право ће се примijenити на такав пријевоз, поморско или право унутрашње пловидбе?

Пријевоз тегленица LASH бродом има све значајке пријевоза ствари морем, па нема сумње да се на такав пријевоз имају примijenити поморско-правна врела. Међутим, из чињенице да се LASH тегленице одвајају од матичног брода и тада самостално обављају пловидбу или се тегле другим бродом, унутрашњим пловним путевима, јављају се ова правна питања: а) које право ће се примijenити на пријевоз LASH тегленица у унутрашњој пловидби, б) је ли LASH тегленица правно брод или је она припадност поморског брода, в) је ли LASH тегленица брод унутрашње пловидбе?

Пријевоз LASH тегленицама у унутрашњој пловидби или претходи поморском пријевозу, или том пријевозу слиједи. У типичној ситуацији уговор који је склопио бродар односи се на читав пријевоз. Из тога произлази као једино логично рјешење да се на читав пријевоз примijenе јединствене правне норме. Претеже стајалиште према којем на читав пријевоз треба примijenити поморско-правне норме.⁽⁹⁾ Међутим,

⁽⁸⁾ Опширније Б. Којић: Системи Lash у интермодалном поморско-ријечном промету, Поморски зборник, Књига 12/1974.

⁽⁹⁾ В. И. Грабовач: Неки правни проблеми пријевоза терета у специјализираним бродовима контејнерима и у „lash“ и „Seabee“ бродовима, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, IX/1972, стр. 34; S. Ferrarini: Aspetti giuridici del trasporto a mezzo navi portachiatte, II diritto marittimo, II/1971, стр. 176; E. du Pontavice: Le droit et les navires port-barges, Le droit maritime français, бр. 264/1970, стр. 717; S. Carbone: Trasporto su navi porta chiatte e convenzione di Bruxelles sulla polizza di carico, II diritto Marittimo, II-II/1972, стр. 229.

ако се прихвати стајалиште да пријевоз у LASH и сличним системима под одређеним претпоставкама представља мјешовити пријевоз, на такав пријевоз треба примијенити посебна врела права за мјешовити пријевоз.

Једно од спорних питања јест и оно правног статуса LASH тегленице. Lash тегленица може имати првани статус брода. Може бити брод поморске или брод унутрашње пловидбе.⁽¹⁰⁾ У том случају тегленица се уписује у одговарајући уписник бродова. LASH тегленица може бити и припадност LASH брода, јер у том погледу испуњава све увјете.⁽¹¹⁾

У поморско-правној пракси расправљано је и питање какав статус има LASH тегленица у односима странака из пријевозног посла. У предмету „The Acadia Forest” првостепни суд (Дистриктуални суд Источног дистрикта Луизиане) заузео је стајалиште да LASH тегленица правно не представља брод у смислу Хашких правила (чл. 1, под д).⁽¹²⁾ Међутим, Апелациони суд САД (5. окружје) у истом предмету заузео је супротно стајалиште тј. да LASH тегленица представља брод у смислу цит. одредбе Хашких правила, уноточ томе што се на дијелу укупне пријевозне релације превози матичним бродом.⁽¹³⁾

Поморско-правна судска пракса имала је прилику одговорити и на питање: је ли LASH тегленица „брод ријечне пловидбе” („river craft”). Истина, спор није потјецао из пријевозног посла, али заслужује нашу пажњу. У спору *W.T.B.V. v. Catamaran*, који се водио пред *Queen s Bench Division*, спорно је било питање је ли LASH (BACAT) тегленица „river craft” у смислу *Humber Conservancy Act*, 1907. То питање било је релевантно за оцјену основаности тужбеног захтјева који се односно на плаћање прописаних пристojби. Пресудом од 14. липња 1976; цит. суд је заузео стајалиште да је у конкретном случају LASH тегленица представљала „river craft”. Према *Humber Actu*, за одговор на спорно питање битно је да брод из ријеке не прелази у море. Према мишљењу цит. суда, BACAT тегленице никад не напуштају ријеку самостално пловећи. Оне су палубни терет, причвршћене су за матични брод и његов су интегрални дио. Из ријеке у море прелази једино матични брод.⁽¹⁴⁾

У унутрашњој пловидби се LASH тегленице најчешће тегле. Тај посао у правилу обављају бродови унутрашње пловидбе. Однос између бродова поморског брода и бродара тегљача може бити: уговор о тегљењу или уговор о пријевозу ствари тегљењем. Тај однос регулиран је прописима који вриједе за унутрашњу пловидбу.⁽¹⁵⁾

3. Одговорност бродара

Опћа начела одговорности бродара унутрашње пловидбе што се тичу правног темеља, висине и опсега одговорности, исто као и код других грана саобраћаја, примјењују се и на пријевоз контејнера. Тех-

⁽¹⁰⁾ Појам брода поморске и унутрашње пловидбе В. чл. 6 Закона о поморској и унутрашњој пловидби.

⁽¹¹⁾ В. чл. 192 Закона о поморској и унутрашњој пловидби.

⁽¹²⁾ *Lloyd's Law Reports*, 1974/2, стр. 563.

⁽¹³⁾ Пресуда је објављена у *European Transport Law*, бр. 5/1977, стр. 722.

⁽¹⁴⁾ *Lloyd's Law Reports* (1976) 2, стр. 410.

⁽¹⁵⁾ В. чл. 640 до 648 ЗПУП.

ничко-конструктивне карактеристике контејнера и начин њихова привредног искориштавања својим специфичностима налажу одговарајућу примјену начела одговорности, али се у том погледу право унутрашње пловидбе не издваја од права осталих грана саобраћаја.

У нашем правном систему бродар поморске и унутрашње пловидбе одговара према јединственим опћим начелима одговорности. Специфичности материјалне основе и другачији увјети пријевоза у унутрашњој пловидби налагали су увођење изузетака од тог опћег начела. С обзиром на то изостаје потреба за детаљнијим освртом, али је потребно указати на специфична рјешења одговорности бродара унутрашње пловидбе. Основне разлике између одговорности бродара поморске и унутрашње пловидбе, према Закону о поморској и унутрашњој пловидби, огледају се у томе да

а) бродар унутрашње пловидбе за стање брода одговара за вријеме читавог путовања; ⁽¹⁶⁾

б) бродар унутрашње пловидбе одговара и за наутичку дјелатност заповједника и посаде брода; ⁽¹⁷⁾

в) бродар унутрашње пловидбе одговара за штете на терету узроковане пожаром без изузетака; ⁽¹⁸⁾

г) право унутрашње пловидбе карактеризира постојање случајева „посебних опасности“. За разлику од института „изузетих случајева“ својствених поморском праву, у примјени института „посебних опасности“ бродар је радн ексклузије дужан доказати постојање једног од случајева посебних опасности и учинити вјеројатним постојање каузалне везе између тог случаја и штете. ⁽¹⁹⁾ Уноточ томе, корисник пријевоза задржава право доказивати да штета није настала из разлога на које се бродар позива; ⁽²⁰⁾

а) бродар унутрашње пловидбе одговара за штету за закашњење у предаји терета највише до висине возарине која се односи на терет предан са закашњењем; ⁽²¹⁾

б) бродар унутрашње пловидбе одговара неограничено и за квалифицирану кривњу особа с којима се у свом пословању служи. ⁽²²⁾

4. Закључак

Међународни карактер унутрашње пловидбе указује на опортуност њезина међународно-правног регулирања путем посебне међународне конвенције. Примјена контејнера у унутрашњој пловидби ту потребу

⁽¹⁶⁾ В. чл. 458, ст. 2 ЗПУП.

⁽¹⁷⁾ В. чл. 554, ст. 2 ЗПУП.

Према цит. тзв. „Strasbourg Rules“, 1973, бродар је ослобођен одговорности за штету проузроковану наутичком грешком заповједника или особа у служби брода. То начело се не примјењује када је бродар уједно и заповједник брода или особа у служби брода, а штета је проузрокована његовом квалифицираном кривњом. Грешке у тегљењу сматрају се грешкама у пловидби (чл. 13).

⁽¹⁸⁾ В. чл. 555 ЗПУП.

⁽¹⁹⁾ В. чл. 557, ст. 1 ЗПУП.

⁽²⁰⁾ В. чл. 557, ст. 2 ЗПУП.

⁽²¹⁾ В. чл. 567, ст. 2 ЗПУП.

⁽²²⁾ В. чл. 570, ст. 2 ЗПУП.

још више наглашава. Пријевоз контејнера у унутрашњој пловидби пре-тежно се обавља само као дио укупне пријевозне релације у мјешовитом пријевозу. Та околност мора се одразити и на будући развој права унутрашње пловидбе. Из тог разлога, по нашем мишљењу, у будућем раду на изградњи унификацијског инструмента треба водити рачуна:

- а) о потреби за изједначењем права појединих грана саобраћаја и
- б) о резултатима процеса унификације права мјешовитог пријевоза.

др Драго Павић

О МЕТОДУ САКУПЉАЊА АЛБАНСКИХ ПРАВНИХ ОБИЧАЈА

Исконски племенски правни обичаји код Албанаца у нас сачувани су у готово непромењеном облику, а још нису из народа прикупљени и научно обрађени. То је веома сложен и тежак посао којим се бавим готово двадесет година. За то време упознао сам извесне недостатке у методу досадашњих истраживања и стекао методолошка искуства у сабирању и обради обичаја. Овде је реч о методолошким искуствима, која се тичу: старине обичаја, технике истраживања, оријентације код истраживања (терминологија, формализам, освета, заштита — посебно жене, братственичко-фисовска солидарност и њен утицај на правне обичаје) и проблема коришћења упоредног метода.

1. *Старина обичаја*

Правни обичаји код Албанаца су веома стари. Али већина досадашњих истраживача их је осавремењивала. То је чињено, у првом реду, на начин што се претпостављало постојање законика који би требало да је био донет од каквог албанског феудалног властелина у средњем веку. Тако су се Валтазар Богишић, Штјефен Дјечов, Рад. Космајац и Сурја Пуповци бавили питањем постојања законика Леке Дукабинија. Подгорички окружни капетан Јован Лазовић послао је Валтазару Богишићу параграфски оформљено саопштење Сокољ Баца „Канун Леке Дукабинија”. (1) Рад. Космајац је објавио своје саопштење, такође у форми законског текста, са називом „Лека-канун” (2) Штјефан Дјечов, католички свештеник, објавио је на албанском језику у параграфској форми непостојећи албански средњевековни законик са називом „Канун Леке Дукабинија” (3), што је својевремено изазвало велико родољубиво одушевење. Сурја Пуповци је углавном на темељу тих параграфираних кануна написао своју студију „Грађанскоправни односи у Законику (!) Леке Дукабинија”. (4) На тај начин су извори и литература стварали уверење да обичајно право у Албанаца потиче из каквог кануна или законика који је тобоже прописао Лека Дукабини, средњевековни феудални властелин.

Да никакав законик који би био општеприхваћен није могао донети Лека Дукабини ни било који други средњевековни албански властелин и да такав пропис не би могао опстати ни бити примењен у племенском друштву — расправљено је на другом месту (5). Овде ваља нагласити да су покушаји везивања племенског обичајног права у Албанаца за феу-

(1) Др Бранислав Недељковић, Канун Леке Дукабинија — Арбанашко обичајно право. Из рукописне заоставштине Валтазара Богишића, Анали Правног факултета у Београд, октобар—децембар 1956, стр. 462 — 474.

(2) Рад Космајац, Лека Канун, Годишњица Николе Чупића XXI, Београд 1901, стр. 215 — 216.

(3) А. Shtjefen Konst. Gjescov, Kanuni i Lekë Dukagjinit, Shkoder 1933, стр. 1—144.

(4) Др Сурја Пуповци, Грађанскоправни односи у Законику Леке Дукабинија, Приштина 1968, стр. 1—317.

(5) М. Бурчић, Да ли је постојао закон Леке Дукабини, „Адвокатура” Београд, април—јун, 1976, стр. 54 — 56.

далну властелу и параграфска кодификаторска рестаурација тобожњег феудалног законика оставили негативне последице.

Прво, везивањем обичајног права у Албанаца за феудално доба води осавремењивању племенских обичаја. Феудално друштво претставља у историјском погледу доста касну творевину којој су се супротстављали албански брђани у племенским заједницама, чији се обичаји могу везивати за доба племенске војне демократије која, прво код Илира а затим код Албанаца, постоји много пре феудалног доба и чува старе обичаје. То се види и из тога што се код Албанаца срећу правни обичаји који су постојали код Словена пре доношења феудалног средњовековног законодавства, код Римљана у најраније доба, вероватно још када су трибуси доносили *leges regiae*, код Јелина у доба Солона и пелашких митова, код Јевреја пре доношења Мојсијевог законика. Упознавање изблиза, данас, тако старих правних обичаја може имати изванредан значај за правну историју. Ако се претпостави да су такви обичаји постојали и код других народа на датом степену развика, пре писаних закона, може се доћи до спознаје каква је племенска правна основа претходила старим законодавствима и шта су стари законодавци могли да користе, шта да толеришу, шта да модификују или забрањују од тога исконског права. А таква претпоставка није без основа. Освета и крвна освета биле су сличне код свих старих народа, посебно Средоземља. Самим тим код њих треба да су биле сличне, ако не за дуго време идентичне, и установе *bese* (*fides* код Римљана, *vjера* код Словена), чувара вјере (алб. *dorzon*, слов. *држан*, римски *praes*), *dore* код Албанаца (*рука* код Словена, *manus* код Римљана, *heir* код Јелина) итд. То су била времена важења сакралног права, када се, због природе обавеза, залагао живот за обавезу заштите живота и времена када су на племенским скупштинама доношене најважније одлуке и забране, без учешћа државе.

Друго. Сама чињеница (доказана постојањем самосталног и од државе независног механизма правних обичаја у племенском друштву Албанаца) да племенско друштво располаже правом које постоји пре појаве и интервенције државе, може да допринесе разрешавању једног ширег правног спора: шта је старије — држава или право. Пример албанских племена показује како је и какво је право могло да постоји у племенском друштву без учешћа и интервенције државе и њене апаратуре (судства, војске, полиције). На другој страни не би се могло ни замислити постојање државе без икаквог права. Држава је познија, класна (код Албанаца феудална) творевина. Право које је доносила држава (робовласничка или феудална) наметнуто је племенским заједницама многих других народа. Оно је разбијало племенско друштво Грка, Римљана, Словена. Једино се албанско племенско друштво у бродским крајевима кроз читаву своју прошлост успешно одупирало феудалном праву које је покушавала да наметне више инострана него домаћа феудална властела.

Треће. Параграфско излагање правних обичаја отежава њихово разумевање. Могу се прочитати сви напред цитирани извори, а да се

обичаји Албанаца не упознају. Параграфирање их је учинило неразумљивим и за образованог читаоца. Више се постиже дескриптивним саопштавањем обичајних правних устанаова. Дескрипција допушта да се обичаји повежу са животом, психологијом, амбијентом, навикама и моралом људи племенског друштва. Параграфски се могу износити само заповести законодавца, док дескрипција дозвољава осврт на прилике, објашњења, анализу, изношење примера, научну обраду. Како се може и претпоставити реконструкција каквог старог законика када нема никаквог писаног текста и када се зна да у племенском друштву многи обичаји настају поновљеним нагодбама и прецедентима, да многе обичаје могу стварати племенске скупштине, скупштине села, већа старца?

Четврто. Досадањим параграфским обликовањима обичајног права Албанаца (да би се представили као законски споменици) претходно је метод посматрања појединачних обичаја, додуже доста површно. Сокол Баца, (Богишићев извештач), Дјечов, Ради Космајац посматрали су обичајни живот народа. На основу својих посматрања заоденули су своје закључке у параграфску форму. Такав поступак био би ризичан и за експерту високо образованих правника, експерту која би била вична законодавном раду. Стезање и спрезање народног живота и његових духовних творевина у савремене правне калупе не може бити адекватно. Стара је истина да се старо вино не сме сипати у нове мехове јер ће се вино покварити. Нити племенски обичаји одговарају калупима савремених параграфа, ни савремени параграфи смислу и садржини обичајног права. На страну то што у племенском друштву нема ко ни да нареди ни да забрани, на пример, уздржавање од освете или плаћање крвнине. У племенском друштву без државне апаратуре сваки параграф би био мртво слово на папиру. Али споразумима братстава и племена, нагодбама и бесом могу се разрешити најтежи спорови и сачувати најосетљивији компромиси.

Пето. Да би се од народа прикупили сви правни обичаји ради њихове параграфске кодификације било би потребно претходно направити широку и најдетаљнију основу истраживања. А да би се таква основа саставила потребно је претходно познавање обичаја. Једно без другог не иде. За стварање основе потребна је дескрипција. Ако би постојала дескрипција, какву сврху би имала „параграфска кодификација“ обичаја који никада нису били дати у облику параграфа?

Најзад, параграфски се не могу изложити обичаји који су везани за религију или празноверја а имају правни значај. А у празноверицама и религијским обичајима Албанаца постоје многи елементи народног, племенског права. Помоћу религијских обичаја се некад појачава правни ефекат одређених радњи (на пример, код заклетве са саклетвеницима) ⁽⁶⁾, а некад се самостално ствара чист правни ефекат (на пример, када љутат — вампир — треба да изврши фиктивну освету да би се избегла крвна освета) ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ М. Бурчић, Арбанашка заклетва — Беса, Посебан отисак из књиге „Зборник за народни живот и обичаје Јужних Словена“, књ. 46, Загреб 1975, стр. 5—144.

⁽⁷⁾ М. Бурчић, „Вампири“ и ванбрачно очинство, Анали Правног факултета у Београду, јули—август 1977, стр. 573 — 577.

Уз стара веровања илирског света, у Албанаца се чувају још симболи предхришћанских религија (култ камена, хлеба, ватре и сл.). Изучавање тих појава има прворазредан значај за гранично подручје религије и права. Оно помаже да се схвати шта су од тог култа и са којом сврхом усвојиле савремене религије у својим културним радњама. Код Албанаца су сачуване и многе празноверице са чисто правним значењем. Ако се претпостави да су те празноверице у дубокој прошлости биле раширене у старом Средоземљу лакше је схватити смисао неких догми савремених религија. Зато дескриптивна анализа правних обичаја може имати одређени значај и за историју религија.

При томе ваља увек имати у виду да стари обичаји које срећемо код Албанаца не морају бити искључиво албански, већ су могли бити заједнички многим народима на датом ступњу историјског развитака. Благодарем историјским приликама, Северни Албанци су их сачували до наших дана. Зато, ако смо сагласни да Албанци воде порекло од Илира који су током свог постојања живели у трибусима, онда њихове обичаје не треба осавремењивати, јер ни Илири ни североарбанашки брђани нису живели по параграфима већ духом старе племенске културе, која се прожимала са културом старог Средоземља. Из тих разлога осавремењивање обичаја никоме не користи нити коме штети њихова старина. Напротив.

2. Техника истраживања

За неке досадање радове из области обичајног права Албанаца не зна се како су настали. Не види се на темељу какве грађе је настао напис Рад. Космајца „Лека-Канун“. Не знају се извори ни Дјечовљеве збирке „Канун Леке Дукаћинија“. Отуда тим и таквим изворима, као и литератури која је настала претежно на њима, недостаје неопходни научни елеменат — интересубјективна проверљивост. Па и више од тога. Често се не зна шта је у тој грађи истинито, а шта је производ маште њених аутора: Утврђено је, на пример, да је Дјечов као свештеник сам прилагођавао племенске обичаје црквеним интересима (тестамент у корист цркве) и да је својом „кодификацијом“ формално, можда и нехотично, подметнуо јавности фалсификат уместо непостојећег законика Леке Дукаћинија, а понекад и своје жеље дизао на степен правних норми таквог законика.

Но, иако не наводе изворе својих кануна, и Дјечов и Космајца су на неки начин долазили до спознаје коју су нам оставили. То су највероватније била посматрања или искази нама непознатих извештаца, чија имена нису навођена. Зато се њихова грађа и прихвата уз велику опрезност, као што увек опрезно треба прилазити грађи добијеној само посматрањем. Уосталом, метод посматрања какав је практиковао Сретен Вукосављевић може бити прикладан за истраживање материјалних појава. За проучавање духовних појава, а обичајно право је духовна појава, тај метод није довољан нити задовољава захтеве интересубјек-

тивне проверљивости, и треба га комбиновати са интервјуима, анкетом и упитницима. Посматрање може да покаже правац којим треба усмерити анкету и упитнике.

Богишићев „Канун Леке Дукабина” добијен је од једног јединог информациоца Сокол Баца. Он није могао познавати све правне обичаје, а и да их је познавао није их могао изложити одговорима на један упитник. Сваки упитник је непотпун, па следствено и сваки одговор на такав упитник. Своје одговоре није илаустровао примерима. Богишић није непосредно интервјуисао Сокол Баца. Он је био далеко од њега, тако да му није могао постављати потпитања и захтевати потпуније разјашњавање обичаја. То ће рећи да Богишићев метод прикупљања грађе упитником а посредством других лица не може увек да да потпуне резултате.

Полазна грешка свих наведених истраживача је у томе што су хтели да одједном сазнају све обичаје, цео „канун”. Они нису имали стрпљења да темељито проучавају и излажу обичаје појединачно. А да би се правни обичаји сабрали потребно је истраживати и проучавати обичајно-правне установе једну по једну. Тек после појединачних проучавања могуће је уочити целину и доћи до синтезе.

То значи да из постојећих извора и литературе још не можемо стећи потпуну слику албанских обичаја. Но, они се још могу прикупити у народу. Сабирање обичаја у народу не може се са успехом водити издалека, посредством трећих лица са унапред састављеним упитником. Унапред састављени упитници имају ту лошу страну што у себи садрже један од претпостављених одговора. Образованом истраживачу упитник је ретко кад потребан. Он треба да је спреман да разуме одговор какав није очекивао и да на темељу њега настави разговор. Интервју не сме да буде посредан. Из искуства ми је познато да су лица којима сам давао упитнике да ми саберу грађу (учитељи, професори, књиговође, милиционари* и сл.) доносила шаролике одговоре који су одговарали час обичајима, час шеријатском а час позитивном праву. То се може избећи само ако између истраживача и извештаца постоји однос непосредности у разговору кроз који се могу постављати најразличитија питања и добијати најпотпунији одговори из обичајног права.

За сваку обичајно-правну установу треба интервјуисати не једног већ више извештаца. Од више људи сабере се више грађе. Више исказа је могуће упоређивати, међусобно проверавати, налазити разлике и уочавати варијанте. Већи број извештаца памти примере који се могу, и у фази истраживања и у фази излагања, упоређивати са исказима. Испитивање више извештаца може да тече еволутивно, тако да се разговор са следећим настави тамо где је завршен са претходним. У интервалу истраживач има времена да протудира грађу до које је дошао и размисли шта је остало необјашњено од установе коју истражује. Такав рад изискује дужи време, образованог истраживача, потпуно слободног од националних или верских предрасуда. Истраживач треба добро да познаје правну историју, старо и савремено право, чак и религију, тако да разуме информациоца.

Ако извршилац уочи да га истраживач не разуме и ако се они развију у мишљењима, известилац ће се повући и настојати да одговори осавременењено — по шеријату или по позитивном праву, мислећи да се то од њега очекује. Али пошто се известилац увери да га истраживач разуме, настојаће да му изложи обичајно-правну установу не само исказом већ и илустративним примером. Иначе, за сваку установу треба продужити интервју док је истраживач не разуме боље од свих известилаца. Тада се на спорна питања може саставити упитник ради добијања одговора од најквалификованијих известилаца.

Претходни разговори о датом обичају могу се водити са било којим господаром куће. Али најквалификованији известиоци су сеоски судије и господари јаким и угледним кућа у којима се суди по обичајима и где постоје специјале просторије (зборнице, алб. *oda*) у којима се по традицији разговара о обичајима и суди. Више грађе се прикупи од старијих известилаца који знају примере из времена турског. Разлике се најприкладније објашњавају разговором о примеру добијеном од неког известиоца.

Посебан проблем може да искрене код записивања. Већина известилаца са неповерењем гледа на белешку. Нико не жели да себе доводи у вези са тубим случајем. Известиоци не желе заваду са лицима о којима су саопштавали. Мање се боје кад саопштавају примере својих братственика и племеника, јер између њих постоји братственичко-племенска солидарност. Пре белешке треба успоставити што приснији однос са известиоцима и објаснити им да је белешка потребна за научни рад којим нико неће бити увређен. На крају треба узети податке о известиоцу (име, презиме, занимање, старост, адресу, евентуалну улогу у племенској средини) и забележити датум па одмах сачинити документ. Тако се долази до сигурне и обимне, интерсубјективно проверљиве грађе.

3. Оријентација при истраживању

Оријентација при истраживању треба да буде усмерена ка што темељитијем откривању старине обичаја као духовних појава. При томе је нужно водити рачуна о сталној узајамној вези између терминологије, формализма, освете, заштите — посебно жене и братственичко-племенске солидарности.

1) *Терминологија*. При анкетирању известиоци употребљавају народну терминологију. Ти народни називи за обичајно-правне установе потичу од давнина и треба покушати да се нађе њихово етимолошко порекло и првобитни смисао. Ако се нађе корен речи, онда се према историји речи могу схватити и њени правни садржаји. Чак се могу попуњити и недостатци непосредних правних факата.⁽⁸⁾ Врло често је смисао тих израза близак, ако не идентичан смислу старих грчко римских правних уснова. На пример, *plak* је етимолошки сличан старом грчком *palai* (старац, арбитар), *peng* римском *pignus* (залог), *dora* грчком

(8) Д. Т. Мијушковић, Историја права као наука, „Бранич“, Београд 1888, стр. 591.

heir (рука) итд. Утврђивање етимолошког смисла олакшава истраживачу да се унесе у времена и прилике у којима је могла да настане и да се одржи дата правна установа. О терминологији се мора водити рачуна и приликом сачињавања научног обавештења. Савремени правни израз води осавремењивању обичаја. Како савремени израз може да осавремени смисао може се видети из многих досадашњих студија.

2) *Формализам*. Посебну пажњу ваља обратити на формализам. Многи правни послови праћени су одређеним формализмом. Формализам има правни значај. Тако, на пример, уз купопродају некретнина следеју честитања купцу. Домаћин куће који је честитао купцу самим тим се одрекао сваког потраживања на предмету куповине. Пријемом честитања купац се заштитио од евикције. Ако му неки домаћин куће није честитао сматра се да има претензије на ствар. Или, узмимо други пример. После умира какве теже заваде штетник приређује гозбу свим учесницима у нагодби. Гозбом коју приређује у част оштећеног ствара са њиме однос солидарности. Јер, хлеб није само храна већ и симбол солидарности. Рука се ставља на раме дужнику. Давање фишека некоме да убије човека представља посредно извршилаштво, за које по обичајима не одговара непосредни извршилац. Ко пође да тражи дозволу за слободу кретања (бесу) од оштећеног самим тим је признао своју кривицу. Разбијање прозора на туђој кући је упозорење на моралне недостатке фамилије власника зграде. Ако се пронесе глас да су се у селу појавили вампири — то је упозорење вереницима да што пре откупљују и воде своје веренице. Помињање туђег имена је јемство и заштита. Боравак у нечијем друштву је поседовање заштите. Бројач новца је чувар бесе између повериоца и дужника. Одређивање времена за пријем саучешћа је истовремено утврђивање трајања мораторијума који одлаже наплату потраживања од куће у којој се десио смртни случај. Другим речима, наизглед безначајна формалност (гест, реч, дело) може имати правни смисао који се не сме зашмарити. Таква формалност је унапред прорачуната на стварање правног ефекта, на закључење формалног посла или обезбеђење неформалног или незаштићеног. Формални уговори су они који су заштићени бесом, неформални су без заштите. Албанац избегава да залази у формалне послове када за то нема интереса. Неформални послови га не обавезују. Формализам је често конститутивни елемент уговора заштићених пактом о заштити.

3. *Освета*. Сваки обичај албанског племенског друштва треба проценивати кроз његов однос према освети. Већина правних обичаја има за сврху сузбијање крвне освете. Али постоји и бескрвна освета. Ако неко преотме или преуда туђу вереницу, обичај је у Ругови да се, пре евентуалне крвне освете, покуша освета преотимањем девојке коју је верио кривац (отмица за отмицу). Страх од освете је основни регулатор обичајно-правног понашања. Без страха од освете кривац се не би интересовао за мирене са оштећеним. Према човеку који је другоме затворио пут често се мора извршити освета тиме што ће му се, на пример, затворити јаз за наводњавање да би пристао на обичајно судовање. Штетник помери туђу међу у своју корист и одбија да је успостави

све док му оштећени сусед не изврши освету, косећи му ливаду или убирајући плодове са њиве. Ако не би било страха од крвне освете освете не би било ни мирења крвних дугова. Читаво обичајно право, чак и нека народна веровања су у тесној вези са осветом. Уток, кућни приговор, дозвола за слободу кретања, посредовања, крвнина, крвни депозити⁽⁹⁾, соџбина⁽¹⁰⁾, прогонство кривца из сталног места боравка, умири, обичајно судовање, беса и њени чувари⁽¹¹⁾ имају непосредну везу са крвном или бескрвном осветом. Чак се и психологија племенског друштва може мерити страхом од освете. Каже се да је кривац који очекује над собом крвну освету страшив као зец, док је поверилац крвног дуга надмено храбар и препотентан чак и када му је штета учињена случајем.

4. *Заштита*. Страх од освете захтева чврсту заштиту. Племенско друштво нема државног инструментарија заштите (суд, затвор, полиција, војска). Оно је само стварало средства заштите. Градећи високи зид око своје куће и дворишта, господар куће сматра да своју фамилију штити од лица изван куће. Одбијајући да некретнину прода иноплеменуку, братственичка скупштина настоји да заштити братство од додира са иноплемеником и на тај начин сачува село од заваде и освете. Идлични мирни пролаз кроз косовска села је средство заштите, последица васпитања чији је циљ да пролазник не скреће на себе пажњу женског света, јер би у противном могла да уследи свађа а за њом освета. Ксенофобија је средство заштите од иноплеменика. Сваки чврсти правни посао је заштићен бесом. Беса почива на сакралном праву. Заштитник се жртвује за чување бесе. О тој заштити сам исцрпно писао на другом месту.⁽¹²⁾

Племенско патријархално друштво држи до посебне заштите жене. Није обичај распитивати се за жене нити о њима водити обичне разговоре. Увреда је питати мужа за здравље жене. Кажњен је приступ у простор резервисан за кретање жена. Женска особа је под двоструком заштитом — рода и дома. Без отпуста није слободна да се уда ни после мужевљевог смрти. Девојке случајно верене за више момака од којих ниједан неће да је препусти другом су заветоване девојке-тобелије (вирцине) које се могу одевати као мушкарци, носити оружје као амазонке. Бити под заштитом жене значи имати вишеструку заштиту. То је најјача беса.⁽¹³⁾ Увреде жена су неопростиве. Човек који није кадар да заштити своју жену сматра се ништа човеком. Преступи над женама су најчешћи поводи убиствима и осветама. Бескрвна освета ту би била нечасна. Зато је освета за повреду части жене најчешће крвна.

5. *Братственичка солидарност*. Братственичко-фисовска солидарност је важан чинилац о коме ваља водити рачуна при истраживању обичаја.

(9) М. Буричић, Депозит крвнине — један од најстаријих депозита, „Одвјетник“ Загреб, свибан—липањ 1977, стр. 199 и даље.

(10) М. Буричић, Сок и соџбина у албанским обичајима, „Одвјетник“ Загреб, сепан—колловоз 1977, стр. 286.

(11) М. Буричић, Лично јемство у правним обичајима Арбанаса у Северној Метохији — Дорзонја, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету у Београду октобра 1973 године, стр. 1—503 (рукопис).

(12) Ibid.

(13) М. Буричић, Беса жене и дјетета, „Одвјетник“ Загреб, рујан 1977, стр. 399 и даље.

Пред истраживачем често искроне разлика у примени обичајног права на два истоврсна случаја. У једном случају је обичај строжији а у другом блажи. Тада се у књижевности радо пише о тзв. „еволуцији Законика Леке Дукаџинија“, као да један законик може еволуирати слично биолошким феноменима. Међутим, то је само фраза. Разлике у строгиости обичаја могу се објаснити племенском припадношћу странака у спору. За једнобратсвенике и једноплеменике обичаји су далеко блажи и хуманији него када се тиче спорова међу иноплеменицима. Укућани су под командом једног господара куће, „на једном хлебу и огњишту“ тако да један другом не могу ништа да дугују, сем солидарне заштите. Рођаци, братственици и племенници, солидарни у нападу и одбрани, друкчије се међусобно односе него према иноплеменицима. У случају крвне или какве друге заваде лакше се мире. Због прељуба над женама међусобно се не убијају већ се обавезују да један другом плате трошкове друге женидбе. Убијати рођака значи убијати своју крв, а то је чак и религијски грех. Рођака треба волети као себе. Спорове међу рођацима расправља братственичка скупштина, док спорове међу иноплеменицима разрешава мешовито веће старца (алб. плаћнија) Тежња обичајног права је да се једноплеменници међу собом не убијају, већ да су солидарни у наступу према иноплеменицима. Фис је крајњи наследник свога припадника.⁽¹⁴⁾ Све је то последица братственичко племенских реликата некадање организације друштва које је оставило своје духовне творевине. Зато је за иноплеменика велики успех ако успеју да у споровима буду третирани као једноплеменници. А то понекад успевају уз вештачко оробавање (кумство, побратимство) и женидбене везе.

4. Коришћење упоредног метода

И код евентуалног коришћења упоредног метода ваља се чувати оасвремењивања, чега, нажалост, често има. Радо се мешају обичаји са шеријатом, законодавством црногорске државе, посебно Богишићевим Општим имовинским законом итд. При томе се не врши хронолошка анализа из које би се видело шта је чему претходило, што би било нужно за научну јасноћу.

Код упоређивања мисао се може кретати од законодавства суседних народа, преко феудалних закона, до далеке прошлости Рима и Јелина. По мом мишљењу ни са једним од њих не треба поистовећивати правне обичаје у Албанаца. Једно су права која су доносиле владајуће класе да заштите своје интересе, а друго обичаји племенског друштва. Зато је најбоље ако се у овој фази истраживања албански обичаји саопште у што чистијем облику, одвојено. Јер, они су потпуније и свежије сачувани од обичаја суседних народа. Тек пошто би се обичаји у Албанаца целовито изложили, могло би се упоређивати шта је од сличних обичаја сачувано и у ком облику код других народа, шта је од таквих обичаја узимало или сузбијало робовласничко грчко-римско, шта толе-

(14) М. Буричић, Огњиште и наслеђивање, „Одјетник“ Загреб 1978, стр. 146 — 154

рисало или модификовало право немањичке државе, турско право или црногорско законодавство. Ако би се одмах пришло упоређивању могло би опет доћи до хронолошке збрке. Племенско право у Албанаца може имати доста заједничког са правом римских трибуса из времена пре доношења Закона од XII таблица и са обичајима црногорских племена пре доношења државних закона. Али римско право није сачувало обичаје својих трибуса, а црногорски закони из доба династије Петровића нису записали обичаје племенског друштва. Под утицајем цркве и државе, обичаји црногорских племена рано су изгубили од оне исконске свежине и целовитости која је још сачувана код Албанаца. Зато је боље и за научно истраживање корисније саживети се са психологијом и односима у племенском друштву и проучавати обичаје какви су још код Албанаца сачувани, са сазнањем да потичу из дубоке прошлости, да су надживели немањичку и турску управу и сачували се до данас.

Као посебан проблем би се могао поставити однос између правних обичаја у Албанаца и најстаријих римских правних установа. Моја досадања истраживања показују да је таква веза могућа ⁽¹⁵⁾ Занимљиве би биле и расправе о пореклу албанских обичаја и њиховом утицају на римско право и религијски култ.

Још је широк круг обичаја који код Албанаца нису потпуно и објективно истражени. Овде је тешко набројити шта је све остало непроучено. Обзиром на оскудност објективних студија у Албанаца овај напис би могао помоћи и при избору тема за будућа истраживања.

др Милутин Буричић

⁽¹⁵⁾ М. Буричић, Арбанашка заклетва, *op. cit.*; Лично јемство ... *op. cit.*

УСМЕНИ ТЕСТАМЕНТ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

Усмени тестамент пролазио је, у својој генези од римског до савременог права, кроз веома бурне преображаје, који су га носили од редовне форме у искључиво изузетну, из јавног облика у приватни и поново враћали у јавни, да би понекад и неповратно ишчезао из појединих правних система.

Разлоге овоме „немиру“, за који се никако не може рећи да је својствен наследном праву, треба тражити у двојном захтеву коме тестамент мора одговорити. С једне стране, он мора бити такав да завешталац своју слободу тестирања може реализовати увек, а нарочито када му је то најпотребније. С друге стране, облик те реализације мора бити у складу са начелом правне сигурности. Усмени тестамент с лакоћом може одговорити правом захтеву. Међутим, удовољити при томе и правној сигурности, што је, као што ћемо видети, од подједнаке важности са првим захтевом, није ни мало лако.

1. Улога тестаменталне форме

Једна од основних особина тестаменталне форме чије је стриктно поштовање остало непромењено од римског права па до данас, јесте његова строга форма. Но, како се савремено право у принципу ослободило компликованих и строгих форми древних права, може се поставити питање није ли и ова традиционална строгост у погледу облика завештања претерана, или је чак, непотребни остатак старог.

а) Тестаментална располагања се односе на најближе завештаоачеве сроднике и могу задирати у њихове виталне интересе (н.пр. располагање у корист лица ван породице, или чак ексхередација најужих сродника). Поред тога садржина тестаменталне форме може имати непроцењиву вредност (признање очинства, изјаву о усвојењу и др.). Због тога постаје императив да завешталац својој изјави последње воље приступи озбиљно и промишљено, а не да она буде плод његовог „тренутног“ расположења. У том погледу прецизни захтеви форме имају велики значај.

б) Потпуно и тачно остварење захтева форме омогућује да се са великом дозом сигурности може утврдити да је оставилац заиста изјавио последњу вољу и каква је њена садржина, односно добијамо веродостојан доказ који поставља извесност како у погледу постојања тако и у погледу садржине тестаменталне форме. Ово последње нарочито је значајно у случајевима када је завештаоачева изјава обимна и разноврсна.

в) Строги захтеви форме, ако не отклањају, сигурно је да знатно умањују могућност злоупотреба тестаменталне форме помоћу утицаја на завештаоачеву вољу. Принуда, превара, претња и заблуда теже се реализују и лакше откривају уколико је форма тестаменталне форме строга и сложена (зато се може рећи да је судски тестамент скоро имуна мана воље). Поред тога, тестамент, у односу на правне послове *inter vivos*, треба да има још један заштитни слој више, пошто се од „крунског сведока“ не може тражити никакво разјашњење.

Закључак који се *primo facies* намеће је да форма тестаментa, због своје заштитне функције, треба да је што тежа и сложенија. Међутим, да одговор не би био јностран потребно је укратко осврнути се на један други принцип, принцип слободе тестирања.

2. Слобода тестирања

Правило да странке у својим грађанскоправним односима сопственом вољом стварају, мењају и гасе своје правне односе последица је постојања диспозитивних норми карактеристичних за грађанско право, гледано шире, ова слобода израз је правнофилософског начела аутономије воље које је у епоси либерализма прошлог века достигло своју апотезу. Теорија аутономије воље и ширење слободе коју је носила нашла су место у свим областима грађанског права: у стварном праву — нарочито кроз принцип широке слободе власника у погледу његових својинских овлашћења у уговорном праву — начело слободе уговарања, у статусном — слобода личности итд. У наследном праву ова теорија добија одраз у виду начела слободе тестирања, заокружујући тиме једну целину, нови, знатно обимнији, круг грађанскоправне слободе.

Слобода тестирања значи да завешталац, за случај своје смрти, може својом имовином, у принципу, слободно располагати. Ова слобода уско је повезана са слободом власника у располагању објектима његовог права својине, са којим у суштини и стоји у једном вишем јединству.

Поред тога, слобода тестирања има и своје посебно, практично, оправдање у савременом друштву, због чега је она поред осталог, опште прихваћена чињеница у уговорном праву. Ова слобода један је од значајних подстицаја за рад и штедњу а тиме и увећање масе добара, како са индивидуалног тако и са друштвеног гледишта. Појединац је мотивисан и зато што може располагати својом имовином и *mortis causa*, остављајући је својим потомцима и другим лицима, на начин и у обиму како он сматра да је добро и правично, испољавајући при томе своју природну тежњу за што бољим материјалним обезбеђењем својих потомака, и евентуално других лица, све у складу са специфичностима сваког конкретног случаја, које законски наследни ред нема, нити може имати у виду.

Да би слобода тестирања била у пракси остварљива, нарочито у случајевима када је то оставиоцу најпотребније логика ствари намеће одговор да облик у коме се може она реализовати мора бити једноставан и сваком приступачан, односно да буде што „неформалнији“.

3. Слобода тестирања и строга форма тестаментa, ма колико супротстављени, чине једно неопходно јединство и нужно се допуњују. У савременом друштву, због дубоких промена које се у њему одигравају и које често не иду у прилог фиксирању начела правне сигурности („атомизирање“ друштва, сталне миграције, одумирање старих сродничких веза, нестанак страха од религијске санкције итд.), тај склад између слободе тестирања и правне сигурности има изузетан значај.

Из овога је видљиво да строгост тестаменталне форме није непотребни реликт старог, нити антагонизам слободи тестирања, већ прворазредна потреба сваког савременог правног система, императив који штити слободу тестирања у њеном пуном значају. Међутим, пронаћи праву меру за сваки конкретни правни систем која ће бити у стању да заштити слободу тестирања, али да при томе не постане сметња за њену реализацију, није ни мало лако. Зато је и однос према усменом тестаменту, код кога се ова питања постављају у најоштријој форми, у савременим правима веома различит.

I Усмени тестамент у нашем праву

1) Постављање проблема

Југословенско право је у погледу броја тестаменталних форми једно од најбогатијих у савременом упоредном праву. Савезни Закон о наслеђивању од 1955. године прихвата седам облика завештања: ологографски, алогографски, судски, дипломатско-конзуларни, тестамент на броду, војнички и усмени тестамент. Преношењем нормативне надлежности у области наследног права на републике и покрајине⁽¹⁾ дошло је до формирања неколико наследноправних система, који се међусобно у погледу различитих питања, мање или више разликују. И ако се може генерално рећи да су нови закони остали верни СЗОН-у, како у погледу броја тестаменталних форми тако и у погледу захтева форме за њихову пуноважност, може се поставити питање места и улоге усменог тестаamenta у нашем позитивном праву.

Савезни Закон о наслеђивању, у ставу 1 члана 78. предвиђа да „Завешталац може изјавити своју последњу вољу усмено пред два сведока само ако услед изузетних прилика није у могућности да „направи писмени тестамент“. Овакву исту одредбу садрже и ново донети републички и покрајински Закони о наслеђивању.⁽²⁾ Пошто су нови закони о наслеђивању у потпуности преузели наведену одредбу СЗОН-а, значи да је усмени тестамент и даље задржао свој статус оформљен 1955. године: 1) нередовна, односно изузетна форма и 2) приватна форма последње наредбе воље.

(1) Уставним амандманима од 1971. године републике и покрајине постају надлежне за доношење материјалноправних, а Уставом од 1974. године и за доношење процесноправних, прописа у материји Наследног права. У периоду 1973 — 1976. године све републике и покрајине донеле су своје закоје о наслеђивању, осим СР Хрватске где и даље примењује савезни Закон о наслеђивању.

(2) В. чл. 76 ЗН СР Босне и Херцеговине, чл. 76. ЗН СР Македоније, чл. 73 ЗН СР Србије, чл. 65 ЗН СР Косова, чл. 74 ЗН СР Војводине, чл. 73 ЗН СР Црне Горе и члан 72 ЗН СР Словеније. Ваља напоменути да су и остали чланови нових Закона о наслеђивању у вези са усм. тестаментом једнаки са одговарајућим одредбама њиховог заједничког изворника-савезног Закона о наслеђивању.

2) Појам изузетних прилика

Лице које има *testamenti factio aktiva* може у свакој прилици реализовати своју слободу тестирања употребивши неки од редовних облика тестаментa. Међутим, уколико се завешталац нађе у „изузетним приликама“ када се не може служити редовним формама па ни бродским ни војничким тестаментом као ванредним, једина могућност за остављање пуноважне последње воље остаје усмени тестамент. Поставља се питање које су то „изузетне прилике“ које спречавају завештаоца да сачини тестамент у једној од шест писмених форми?

а) Изузетне прилике могу бити такве природе да погађају једну већу или мању групу људи у вези једног неотклоњивог и општепознатог догађаја који их је задесио и битно погоршао њихов животни положај. такви су случајеви: рат, снажни земљотрес, велики пожари и поплаве, рударске несреће, железничке несреће, хаварије бродова или ваздухоплова, и све друге тешке природне или друге катастрофе. За све њих је карактеристично да погађају по правилу већи број људи, да се лако могу утврдити, односно проверити и да самим својим постојањем говоре у прилог тези да се завешталац *in concreto* налазио у „изузетним приликама“ које његов усмени тестамент чине правоваљаним. Због тога, овакве „изузетне прилике“ можемо назвати објективним, односно објективном компонентом „изузетних прилика“ (ово, наравно, не значи да је суд у присуству ове компоненте, ослобођен дужности утврђивања стварне немогућности употребе писмене форме). Објективна компонента „изузетних прилика“ није се као проблем постављала ни у судској пракси.⁽³⁾

б) Међутим, поставља се питање у којој мери болест, повреде или неки други догађаји и прилике у којима се нашао завешталац и који погађају искључиво његову личност, утичу на пуноважност усменог тестаментa.

Наше право, односно права, не даје неки прецизнији показатељ, чак ни *exempli causa*, који би помогао суду при испитивању те субјективне компоненте. Мислимо да је то главни разлог одређених лутања и недоумица наше судске праксе у погледу примене одредби о усменом тестаменту. Изнећемо неколико карактеристичних примера.

У једном случају⁽⁴⁾ првостепени суд прихвати оставитељкин усмени тестамент који је изјавила пред адвокатом и његовим приправником, као сведоцима, оставивши сачињавање писменог тестаментa за касније. У поступцима пред вишим судовима овај „усмени тестамент“ је одбачен, али је случај остао као пример да и једноставан предмет може довести до дугих и скувих спорова.

У пракси се знатно чешће постављало питање да ли болест завештаоца, и у којим околностима, представља довољан разлог за употребу изузетне форме тестирања. Пракса нижих судова постепено је ширила

⁽³⁾ В. Решење Врховног суда НР Хрватске ГЗЗ 106/56. лика у смислу чл. 78 Закона о наслеђивању, Гласник адвокатске коморе у АПВ, Нови Сад,

⁽⁴⁾ В. Константиновић, Н.: Пуноважност усменог тестаментa услед изузетних при- 1958, бр. 12, стр. 8 — 10.

појам „изузетних прилика“ прихватајући болест завештаоца као чињеницу која је сама по себи довољна за употребу усменог тестаментa. Ово је дало повода неким врховним судовима да, мислимо сасвим оправдано, прекину овакву праксу.⁽⁵⁾ Код субјективне компоненте појма „изузетних прилика“ од одлучујућег је значаја испитати природу и карактер ове (нпр. болести), време њеног трајања⁽⁶⁾, чињеницу да ли је наступила нагло, и све ово сагледати у односу на могућност сачињавања редовних облика завештања, посебно судског, односно писменог тестаментa уопште.⁽⁷⁾

Сматрамо да када је у питању болест завештаоца, као у пракси најчешћи елемент субјективне компоненте, мора бити присутан и фактор изненадности („изненадна тешка болест“) који, наравно, имплицира и изненадно погоршање раније болести. Јер, управо тај чинилац доводи завештаоца у једну, објективно проверљиву, ситуацију када он није у стању да сачини писмени тестамент. Истичемо да у конкретном случају треба увек, и темељно, проверити могућност сачињавања судског тестаментa, пошто је то једина форма завештања доступна сваком лицу које поседује општу способност за прављење тестаментa (нпр. неписмени, лица са одређеним телесним манама, тешки непокретни болесници и сл.).

Међутим, 1963. године Врховни суд Југославије, одступајући од своје раније праксе,⁽⁸⁾ екстензивно тумачи „изузетне прилике“. У том преседану, прихваћен је оставитељски усмени тестамент пошто је поменути Суд оценио да је тестаторка лежала болесна осам година, била физички исцрпљена и неписмена. Врховни суд Србије, као другостепени, сматрао је да сама чињеница што је оставитељка лежала осам година указује да та болест за њу више и није била изузетна прилика и да је имала довољно времена и могућности да позове судију ради састављања судског тестаментa. Врховни суд Југославије, по ревизији, одбацује овакво становиште Врховног суда Србије и, позивајући се на то да је „оставитељка осетила да јој се ближи крај живота“, прихвата наведени усмени тестамент.⁽⁹⁾

Мислимо да када је у питању изузетна форма тестирања овако широком тумачењу нема места. Код овог облика завештања, да би се омогућила реализација слободе тестирања и у најтежим ситуацијама, заштитна улога сведена је на минимум, као и сама форма. Због тога је неопходно рестриктивно тумачење и, у сваком конкретном случају, детаљно истраживање објективног и субјективног елемента, на које, и поред широке формулације, указује и сам Закон, односно закони („...услед изузетних прилика није у могућности...“).

Међутим, може се поставити питање да ли заблуда о изузетним приликама, значи случај у коме је присутна само субјективна компо-

⁽⁵⁾ В. решење Врховног суда НР Македоније, Гзз 14/57 и одлуку Врховног суда СР Србије Гж 3927/65.

⁽⁶⁾ Наравно, време трајања болести није само по себи одлучујуће. У том смислу в. пресуду Врховног суда СР Србије Гж 105/64.

⁽⁷⁾ У том смислу в. одлуку Врховног суда СР Хрватске цитирану код Константиновић, Н.: ор. cit., стр. 11, и пресуду Округног суда у Панчеву Гж 956/68.

⁽⁸⁾ В. Решење Врховног суда Југославије, Рев. 1413/63.

⁽⁹⁾ В. Пресуду Врховног суда Југославије, Рев. 2208/64.

нента, може довести до пуноважности усменог тестаментa? Рекло би се нови изазов за несавсна лица и још једна замка за начело правне сигурности. Ипак, према нашим позитивним прописима, овакав усмени тестамент могао би бити пуноважан. Међутим могућност настанка и нарочито опстанка оваког усменог тестаментa је практично занемарљива, пошто лице на коме лежи *onus probandi* ⁽¹⁹⁾ мора доказати да је завешталац био у таквим околностима и таквом субјективном стању, да је с обзиром на одређени, објективно проверљиви, догађај, у конкретној ситуацији, заиста могао сматрати да се налази у „изузетним приликама“. У таквој хипотези тестатор се стварно и нашао у „изузетним приликама“ које би, према важећим нормама, омогућиле пуноважност оваког усменог тестаментa, наравно све под претпоставком да је постојала немогућност коришћења било које писмене форме завештања.

3) Сведоци усменог тестаментa

Присуство сведока је битан елемент за пуноважност усменог тестаментa. Уједно, то је и област у оквиру које се може поставити низ значајних питања од којих зависи пуноважност усменог тестаментa.

а) *Testes rogati*

Сведоци усменог тестаментa не морају бити посебно позвани ради учешћа у састављању овог тестаментa, већ то могу бити и лица која су се случајно затекла на месту „изузетних прилика“. Строги захтев римског, и неких савремених права, да сведоци морају бити *testes rogati*, није прихваћен у нас, пошто се његово оправдање може тражити само код усменог тестаментa као редовне форме. У изузетним околностима завешталац не може да бира ни време ни место, па ни сведоке свога тестаментa.

б) Узраст, личне особине и квалитети сведока усменог тестаментa

Сведоци усменог тестаментa морају имати карактер тестаменталних сведока. Закон, односно закони, захтевају да сведоци буду пунолетни, што мислимо, не искључује могућност да се и еманциповани малолетници појаве у тој улози. Ови сведоци морају поседовати и пословну способност, али се због негативне законске формулације поставља питање да ли и делимично пословно способно лице може бити сведок усменог тестаментa? Пошто закони нису били експлицитни мислимо да у таквој ситуацији суд треба да, на основу свих елемената конкретног случаја, одлучи о подобности делимично пословно способних лица да буду сведоци усменог тестаментa.

За разлику од сведока код других облика завештања, сведоци усменог тестаментa не морају бити писмени (не морају знати ни читати ни

⁽¹⁹⁾ То би у оваквом случају требало да буде лице које се позива на усмени тестамент.

писати). Међутим, они морају имати очувано чуло слуха и разумети језик на коме тестатор изјављује своју последњу вољу. Поред тога, сматрамо да сведок мора имати и чуло вида, како би са сигурношћу могао потврдити завештаочев идентитет сем у случајевима када се овај може и на други начин несумњиво утврдити. Нема лица, као и лица са другим недостацима, могу бити сведоци ове врсте тестаментa уколико су у стању да пренесу завештаочеву последњу вољу.

Наша позитивна права не траже неке посебне квалитете на страни тестаменталних сведока, као што је то захтевало предратно право и као што то прописују нека страна права (нпр. да није осуђиван за лажни исказ или друга нечасна дела).

в) Сроднички однос и брачна веза

Сви потомци и преци оставиоца, без обзира на степен сродства, као и колатерали до четвртог степена закључно, грађански сродници и то: усвојеници завештаоца и сви њихови потомци, као и завештаочев усвојилац, не могу бити сведоци усменог тестаментa. Брачни друг оставиоца и брачни другови свих горе наведених лица, такође не могу бити сведоци усменог тестаментa.

Изгледа да су овако строга ограничење оправдана само код усменог тестаментa као редовне форме завештања. О нашем праву, мислимо, да је оваква рестрикција искупише строга, с обзиром да већ постоји забрана остављања било какве користи како сведоцима, тако и свим њиховим потомцима (крвним и грађанским), свим прецима (укључујући и усвојеноца), колатералима до четвртог степена сродства закључно (у СР Словенији до трећег) и брачним друговима свих ових лица. Уколико се завешталац заиста нашао у „изузетним приликама“ он није у могућности да бира сведоке пред којима ће изјавити своју последњу вољу, а поред тога, ни могућност да се оставилац нађе у изузетним приликама баш у кругу породице, није занемарљива.

г) Број сведока

Наша права захтевају присуство најмање два сведока да би завештаочева усмена наредба последње воље била пуноважна. Нека друга права, као што ћемо касније видети, траже присуство три сведока. Изгледа да је, када је у питању усмени приватни тестамент, ово друго решење прихватљивије, јер не само да пружа веће гаранције начелу правне сигурности, него и спречава ништавост усменог тестаментa у случају неслагања изјаве сведока. Оваква ништавост може погодити и у суштини пуноважни тестамент и тако онемогућити остваривање завештаочево последње воље у одсуству сваке његове кривице. Међутим, у случају неслагања изјава сведока усменог тестаментa, у присуству повећаног броја ових сведока, као тачна може се узети изјава већине. Ово је утолико од већег значаја уколико је изјава последње воље обимнија и сложенија.

А) Истовремено присуство сведока

Наша права, као и већина права других држава, захтева истовремено присуство сведока усменог тестаментa. Овакав став сасвим је оправдан, поред осталог и зато што се сама завештаочева изјава, после дужег или краћег времена, може разликовати; разлика може бити и незнатна, али је сведоци могу сасвим другачије схватити. Међутим, у сасвим изузетним ситуацијама (земљотрес, потапање брода, рударске и сличне несреће) када је истовремено присуство сведока било практично неостварљиво, требало би прихватити и усмени тестамент који је завешталац изјавио у релативно кратком временском размаку сведоцима свога тестаментa.⁽¹⁾ Флексибилност нормe којом се служе наша права иде у прилог овом ставу.

Б) Дужност сведока

У већини правних система који дозвољавају усмени тестамент сведоцима се налаже да „одмах“, „без одлагања“, „што пре“ и сл. доставе надлежном органу писмено о завештачевој последњој вољи, или ову понову пред тим органом.

Наше право (права) такође предвиђа ову обавезу, тежећи, сасвим оправдано, очувању аутентичности завештаоачеве изјаве у што је могуће већој мери. Међутим, иако закони налажу сведоцима да „без одлагања“ саставе писмено о тестаторовој вољи или ову „што пре“ понове пред судом, уз навођење места, времена и прилика у којима је изјава учињена, може се догодити да они овој својој дужности не удоволе и да се за постојање и садржину усменог тестаментa дозна чак после неколико година. Несавесност сведока, наравно, неће имати за последицу ништавост тестаментa, али може довести до обавеза ових да накнаде евентуалну насталу штету која је могла погодити како фиктивне тако и „праве“ наследнике.

в) Подударност изјава

Пошто је у нашим правима довољно присуство два сведока, значи да њихов исказ, у погледу свих битних питања, мора бити у суштини подударан. Уколико је, међутим, завештаоачевом казивању присуствовало више сведока њихово неподударно сведочење неће довести до ништавости тестаментa, као што ће то бити случај када је присутно само два сведока. У овом другом случају, уколико нема озбиљних разлога који говоре против, треба прихватити као завештаоачев тестамент подударну изјаву већине сведока.

4) Рок пуноважности

Наша права допуштају употребу олакшане, привилеговане форме, пошто „изузетне прилике“ онемогућавају коришћење редовне, сложеније

(1) В. Благојевић, В.: Наследно право у Југославији, Београд, II изд., стр. 277 — 278.

и уједно знатно сигурније, форме тестирања. Међутим, када прилике престану бити изузетне, односно када завешталац буде у могућности да сачини тестамент у редовном облику, престају и разлози који су инспирисали законодавца да одступи од правила. Због тога сва права ограничавају важење усменог тестамента одређеним протеком времена (од 14 дана до шест месеци). У нашем праву тај рок износи 30 дана и почиње тећи моментом престанка дејства „изузетних прилика“. Уколико би за време дејства „изузетних прилика“ наступиле друге такве прилике, треба узети да рок тече изнова.

5) Што се тиче питања опозивања, чувања, проглашења и доказивања усменог тестамента, може се рећи да није било озбиљних спорова и проблема нити у теорији нити у пракси и да ту важе, у принципу, иста правила као за остале облике завештања. Због ограничености простора у неке специфичности код ових питања нећемо улазити.

II Усмени тестамент у упоредном праву

Упоредноправна анализа показује да постоје три основна става о усменом тестаменту у савременом законодавству: 1. усмени тестамент као редовни облик завештања; 2. усмени тестамент као изузетна форма последње наредбе воље и 3. усмени тестамент као правно не дозвољени начин изражавања слободе тестирања.

1. Усмени тестамент као редовна форма завештања постоји у аустријском Грађанском законнику, који се примењује и у Лихтенштајну, као и у обичајно-правним нормама које се и данас примењују у неким земљама у развоју.

а) Усмени тестамент у аустријском праву је традиционално редовна форма последње наредбе воље. То је у суштини римски *testamentum nuncupativum*, очуван и нешто измењен у средњовековном праву које је важило на територији Аустрије пре доношења Грађанског законика. Према АГЗ за пуноважност усменог редовног тестамента потребно је истовремено присуство три сведока који могу потврдити да је последња воља изјављена озбиљно, уз одсуство преваре и заблуде, као и да потврде идентите оставиоца. Тестатор своју вољу изјављује у слободној форми (нису потребне свечане речи или некакав посебни редослед). Изјаве сведока о садржини тестамента морају бити сагласне о њеним битним елементима, јер ће у противном завештање бити ништаво.⁽¹²⁾

б) У неким Афричким земљама поред прописа који по правилу представљају рецепцију прописа бивших колонијалних сила које су некада владале на том подручју, у употреби је и древно, обичајно наследно право. Тако је и у најмногољуднијој земљи овог континента, Нигерији где и данас, у неким њеним областима, влада обичај да старији људи дају одређена упутства „извршиоцу тестамента“ (бабасинку) у

⁽¹²⁾ В. Параграфе 585 и 586 АГЗ. Иначе, овај Законик предвиђа могућност употребе усменог тестамента и као изузетне форме, о чему ће касније бити речи.

погледу расподеле њихове имовине за случај смрти. При томе завешталац својом последњом вољом само делимично коригује расподелу заоставштине коју су предвидела стара обичајна правила, или пак омогућава и својој ванбрачној деци да добију део наслеђа. Имајући у виду значај и снагу древних обичаја и културни ниво, посебно стање писмености у таквом друштву, усмени тестамент је социјална нужност. Због тога су писмени тестаменти ретки чак и у неким градовима ове земље. ⁽¹³⁾

Слично је и у Гани, где поред енглеског Закона о тестаментима (The Wreles Act) од 1837. и шеријатског права, и даље важи, као трећи извор позитивног права, обичајно право. Овим трећим извором користи се највећи део сеоског становништва. Облик у коме они изјављују своју последњу вољу назива се „Samansiw”. То је усмена наредба последње воље којом завешталац пред већим бројем сведока одређује расподелу своје имовине за случај смрти. За разлику од европског права код Samansiw-а је потребно да буде „што је могуће више бенефицијара као сведока изјаве”. ⁽¹⁴⁾

2. У већини савремених правних система усмени тестамент се појављује као изузетна форма тестирања, дозвољена само у посебним ситуацијама, са ограниченим временским трајањем и уз блаже захтеве у погледу форме, због чега се ови тестаменти често називају и привилегованим. Међутим, облици у којима се појављује и услови за његову пуноважност дају нам повода да разликујемо три групе држава.

а) У прву групу долазе државе које једном широком формулацијом одређују околности под којима се може правити усмени тестамент. То су ДР Немачка, Пољска, Мађарска и Етиопија.

Ови правни системи постављају један правни стандард, „изузетне прилике”, и тиме дају широка овлашћења судској пракси да у сваком конкретном случају оцењује постојање или одсуство овога услова, односно пуноважности тестаментa. Правно-технички облик којим се у закону одређује изузетна ситуација која омогућује употребу ове форме именом је различит, али у суштини је исти: „посебно стање нужде” ⁽¹⁵⁾, „изузетне околности”, ⁽¹⁶⁾ „ситуација опасна по живот” ⁽¹⁷⁾, „предосећање скоре смрти”. ⁽¹⁸⁾

Заједничко за ову групу права је и то да се за пуноважно располагање усменим тестаментом тражи да су ове изузетне околности биле таквог интензитета да се завештање у редовној форми није могло извршити. Сва поменута права траже присуство два сведока осим пољског, које захтева три.

⁽¹³⁾ B. Lloyd, P. C.: Studies in the Laws of Succession in Nigeria, London, 1965, стр. 155.

⁽¹⁴⁾ B. Ollennu, N. A.: The Law of testate and Intestate Succession in Ghana, London, 1966, стр. 284.

⁽¹⁵⁾ В. Параграф 383 Грађанског законика Немачке Д. Р. од 1975

⁽¹⁶⁾ В. Члан 952 Грађанског законика НР Пољске од 1964. г.

⁽¹⁷⁾ В. параграф 634 Грађанског законика Мађарске Н. Р. од 1959. који иако донекле конкретизује изузетне околности, ипак оставља судовима широке могућности за тумачење.

⁽¹⁸⁾ В. Члан 892 Грађанског законика Етиопије од 1960. год.

б) Друга група држава одређује ближе карактеристике „изузетних прилика“ поопштравајући услове за пуноважност усменог тестаментa. То су Аустрија, Швајцарска и СР Немачка.

У аустријском Грађанском законикy предвиђено је да се усмени тестамент, као привилегована форма, може сачинити на путовању бродом и у местима где влада куга и друге сличне заразне болести.⁽¹⁹⁾ Швајцарско право, и ако сиромашно у погледу броја тестаменталних форми, поред олографског и нотаријалног, као редовних, допушта и усмени тестамент и то као изузетну форму завештања. Овај облик тестирања може се пуноважно искористити само у случајевима када се због низа изузетних околности које спречавају завештаоце да употреби редовне форме последње наредбе воље и то у случајевима када је суочен са непосредном смртном опасношћу, прекидом комуникација, епидемијом или ратом.⁽²⁰⁾

Право СР Немачке такође дозвољава мали број тестаменталних форми. Поред олографског и тестаментa пред нотаром као редовних форми, ово право познаје и изузетни тестамент. Захтеви у погледу форме за овај последњи тестамент у нужди, су веома строги. Да би изузетни тестамент био пуноважан потребно је одсуство могућности сачињавања редовног тестаментa и постојање смртне опасности која прети завештаоцу. Поред два сведока који морају бити присутни завештаоцевој изјави, неопходно је и присуство председника општине, што овај тестамент сврстава у јавне облике. У случају да се завешталац налази у тако блиској смртној опасности да је вероватно да се испуњење услова у погледу присуства председника општине не може остварити испуњени су услови за тестамент пред три сведока.⁽²¹⁾ Међутим, за пуноважност овог облика потребно је да се завештаочева изјава забележи и пред њим прочита, при чему је тестатор одобрава и потписује заједно са сведоцима. Тако овај изузетни тестамент престаје да буде усмени и постаје нека врста алографског тестаментa.

в) Трећа група држава усваја усмени тестамент само у виду војног или тзв. војничког тестаментa. Међутим, и у оквиру ове групе постоје одређене разлике у погледу услова за пуноважност овога облика завештања.

Енглеско право је у погледу броја тестаменталних форми веома шкрто. Од редовних форми дозвољен је једино тзв. „Енглески тестамент“ који у ствари представља неку врсту алографског тестаментa.⁽²²⁾ Изузетна, привилегована форма представља драстично одступање од редовне, али је зато строго ограничена. Повлашћеном формом могу се служити искључиво лица у активној војној служби која се директно односи на рат који је у току или који прети да одпочне. Раније су се овом формом могли користити само војници и морнари, односно припадници копне-

(19) В. Параграф 597 АГЗ.

(20) В. члан 506 Швајцарског ГЗ од 1907. године.

(21) В. параграфе 2249 и 2250 немачког ГЗ од 1896. године.

(22) Тестаментом наслеђивање регулисано је The Wills Act-ом од 1837. год. касније проширено судском праксом (cases).

них и поморских снага. Касније је судска пракса, путем аналогije, проширила ову могућност и на припаднике ратног ваздухопловства, болничарке и дактилографкиње. Ова лица у ратним приликама могу изјавити пуноважан тестамент у било којој форми (нпр. писмено без сведока, усмено и тд.). Једини услов који мора бити при томе испуњен, је да се постојање и садржина тестаamenta могу утврдити сигурним доказима, што је неким ауторима дало повода да овакве тестаменте назову неформалним. ⁽²³⁾

Совјетско право од редовних форми прихвата једино нотаријални тестамент. Од посебних врста познаје једино тестамент на броду који је у свему исти са редовним обликом, с тим што улогу нотара преузима капетан брода. То су до 1942. г. биле једине форме у којима се могла изјавити последња воља. Те године, у циљу омогућавања реализације слободе тестирања и војним лицима у тешким приликама када је употреба редовне форме немогућа, уводи се изузетни, привилеговани облик завештања. Примена овога тестаamenta касније је временски продужена и он се може употребити и данас. ⁽²⁴⁾ Да би се ова форма могла пуноважно искористити потребно је да је завешталац војно лице и да своју вољу изјави пред командантом војне формације којој припада или, уколико је у болници, пред директором болнице. О његовој изјави сачињава се писмено које затим потписује завешталац и присутно службено лице оверава. Међутим, уколико тестатор услед тешке болести не може да се потпише, то ће учинити неко друго лице које ужива грађанска права. Као што се види, у овој последњој хипотези, изузетни тестамент совјетског права постаје нека врста усменог тестаamenta.

Грчко право ⁽²⁵⁾ предвиђа могућност коришћења изузетног, усменог завештања само у облику војног тестаamenta. Војна лица, у случајевима епидемије, блокаде, експедиције или заробљавања, могу изјавити своју последњу вољу у присуству два сведока. О томе се сачињава писмено које потписује тестатор и сведоци. Међутим, у колико завешталац изјави да није у стању да се потпише, за пуноважност овог тестаamenta довољна је и изјава сведока о томе, тако да изузетни војнички тестамент постаје и усмени. ⁽²⁶⁾

3. У трећој групи држава усмени тестамент није дозвољен ни у једном виду. Тако је у Француској, Белгији, Луксембургу, Монаку, Луизијани (у САД) и Квебеку (у Канади), у којима се у ствари примењује француски Code Civil. Италијанско и чехословачко право такође не познају усмени тестамент као правно дозвољени облик изражавања слободе тестирања.

⁽²³⁾ B. Parry, D. H.: The Law of Succession, London, 1972., стр. 23—24.

⁽²⁴⁾ Etude sur la forme du testament dans le droit comparé préparée par l'Institut de droit comparé de Belgrade, Belgrade, 1961, стр. 196.

⁽²⁵⁾ Ово право, од редовних форми, познаје олографски и тестамент пред нотаром, а од посебних, поред војничког тестаamenta, прихвата тестамент на броду и тестамент у карантину.

⁽²⁶⁾ В. чланове 1753 и 1754 грчког Грађанског законика од 1950. године. тину, али за њих тражи писмени облик.

Закључак

Усмени тестамент је у наследним правима у Југославији регулисан на једнак начин, јер су нови закони о наслеђивању преузели одредбе о усменом тестаменту савезног Закона о наслеђивању из 1955. године (који и данас живи као позитивно право примењујући се у СР Хрватској пошто ова република још није донела свој закон).

1) Мислимо да друштвена реалност и даље опрвадава постојање усменог тестаmenta у нашем праву. Међутим, сматрамо да је код стварања нових закона о наслеђивању требало свестраније анализирати одредбу члана 78. савезног Закона о наслеђивању и њену примену у пракси. Широко постављени појам „изузетних прилика“, који наше право (права) ставља у ред најлибералнијих упоредноправних система у погледу услова за пуноважност усменог тестаmenta, главни је недостатак одређи о овој изузетној форми завештања. Овај став потврђује се и одређеном несигурношћу и недоследношћу судске праксе, чак и Врховног суда Југославије.

Савремени друштвени услови (нпр. изолованост у великим градовима, константне миграције у којима се губе блиске везе у „фамилији“, пораст просечне вредности заоставштина, смањење круга законских наследника итд.), често представљају изазов за несавесна лица и погодан „миље“ за злоупотребу усменог тестаmenta. Зато већина упоредноправних система, како капиталистичких тако и социјалистичких земаља, предвиђа врло строге услове за пуноважност усменог тестаmenta, који често иду и до практичне, а не тако ретко и до формалне, забране ове форме тестирања.⁽²⁷⁾ Заштита начела правне сигурности у сваком савременом праву представља праворазредни императив.

2) Сматрамо да у нашем наследном праву (правима) постоји извесна празнина између судског и усменог тестаmenta, као јединих могућности за реализовање слободе тестирања одређеног круга лица. Ради се, наиме, о оним радним људима и грађанима који, због недовољног образовања или телесних мана, не могу да се послуже ни једном другом формом, осим судским или усменим тестаментом. Знатан део ових лица живи у удаљеним селима где је комуникација са судом отежана. Уз то, треба додати, да су то најчешће старији, људи, па се проблем одласка у суд још више компликује. Због тога ова лица често прибегавају усменом тестаменту које је, пак, најчешће ништав услед недовољне интензивности „изузетних прилика“. С друге стране, могућности за злоупотребу ове форме завештања у таквим ситуацијама још су веће.

3) Сматрамо да се ови проблеми који се постављају у нашем тестаменталном праву (правима) могу решити увођењем нове форме завештања, односно изменом усменог тестаmenta.

⁽²⁷⁾ Понекад изгледа да је неко право веома благонаклоно према усменом тестаменту. Међутим, оно на посредан начин битно сужава примену усменог тестаmenta и чини га „безопасним“ тиме што прописује садржину и максималну вредност имовинског располагања овом формом завештања. В. чл. 892 и даље етиопског Грађанског законика.

У изузетним околностима, када је угрожен завештаочев живот, а коришћење писмене форме тестаментa није могућно или је, у конкретним приликама, знатно отежано, завешталац би своју последњу вољу могао исказати пред председником Савета месне заједнице и два сведока. Као што се види овај тестамент био би јавни облик усменог тестаментa. То би омогућило, с једне стране, довољну ширину за реализацију слободе тестирања за све радне људе и грађане, када им је она најпотребнија, а, с друге стране, учврстило начело правне сигурности у овој осетљивој материји.

Међутим, у колико би смртна опасност била толико блиска да је немогућно сачекати долазак председника Месне заједнице, треба дозволити могућност сачињавања усменог приватног тестаментa, али пред три сведока.

Ове измене, ⁽²⁸⁾ као и измене у погледу омогућавања да се и сродници завештаоца могу појавити у улози сведока усменог тестаментa (наравно уз општу забрану да се сведоцима, њиховим сродницима до одређеног степена и брачним друговима свих ових лица, остави било каква корист на основу тог тестаментa (омогућиле би да се превазиђу одређени недостатци, нарочито у погледу помањкања правне сигурности, које собом носи садашњи усмени тестамент, као и да се попуни одређена празнина у нашем тестаменталном праву, које и поред обиља форми ипак не пружа једнаке могућности ни довољне гаранције за реализацију слободе тестирања свим радним људима и грађанима.

мр Оливер Антић

⁽²⁸⁾ Због ограничености простора дате су само најважније контуре потребних измена усменог тестаментa, уз навођење основних разлога, али је вођено рачуна о систему којим је инспирисан Закон (закони) о наслеђивању, тако да га ове не би нарупиле.

ПСИХОЛОШКО-ПРОПАГАНДНА АГРЕСИЈА — НОВИ ОБЛИК АГРЕСИЈЕ У МЕЂУНАРОДНИМ ОДНОСИМА

У послератном периоду међународни односи доживљавају буран развој како у погледу настајања нових поља, метода и институционалних оквира међусобне билатералне или мултилатералне сарадње и споразумевања држава и других субјеката ових односа тако и у погледу креирања и практичне примене метода, поступака, техника и средстава за „решавање“ сукоба и конфликтних ситуација употребом силе, односно принуде у ужем и ширем значењу те речи. Реч је, чини се у првом реду, о све ширем и ефикаснијем коришћењу и примени такозване стратегије посредног наступања, односно прилажења, чији је један од конститутивних елемената свакако и психолошко-пропагандна делатност. Ову делатност је могуће само у теоријске сврхе посматрати изоловано од осталих елемената такозваног специјалног рата, као отелотворење стратегије посредног наступања. (*) Наиме, како се оправдано наводи, психолошка пропагандна дејства, која се иначе сматрају и самосталном делатношћу у оквиру специјалног рата, истовремено представљају и саставни део осталих његових основних облика, односно неконвенционалних и противгерилских дејстава. (**)

Коришћење психолошко-пропагандних дејстава у контексту стратегије посредног наступања омогућено је истовременим стицањем двају основних фактора у савременој међународној заједници: савремене научне, техничке и технолошке револуције и промене савремених услова за вођење рата у овој заједници. Први фактор је пружио материјална средства и теоријску основу за усавршавање, односно увећавање ефикасности међународне пропагандне делатности, а други чини детерминирајуће друштвене услове за практичну употребу овако усавршене пропагандне делатности, односно психолошко-пропагандних дејстава. Да би се извели закључци о томе да ли је психолошко-пропагандна агресија — теоријски и практично посматрано — реална савремена појава, као и да ли се поједини облици и случајеви употребе пропаганде у савременој послератној међународној заједници могу оквалификовати као психолошко-пропагандна агресија, чини се неопходним ближе размотрити оба ова фактора.

1. Савремена научна, техничка и технолошка револуција

У домену развоја како природних и друштвених наука тако и технолошких и техничких достигнућа која су релевантна за усавршавање пропагандне делатности у међународним односима, најзначајније текови-

(*) Под специјалним ратом у југословенској теорији подразумева се „организована, кординирана и непрекидна активност субверзивног карактера на идеолошком, пропагандно-психолошком, дипломатско-политичком, обавештајном, економском и војном плану уперена против других суверених народа и држава“. (М. Дробац — Д. Миљанић и група аутора: „Основи општенародне одбране СФРЈ I“, „Народна армија“, Београд, 1975., стр. 145.

(**) Према истом делу, стр. 162.

не представљају усавршавање постојећих и проналажење и широка примена нових масовних информативних медија, као и напредак који је учињен на пољима појединих друштвених наука, као што су психологија, социјална психологија, социологија и друге. У XX веку знатно је усавршена штампарска и фотографска техника и технологија; а појавили су се и нови *информативни медији*, као што су — хронолошким редом — радио, филм и телевизија. Ова информативна средства су, захваљујући одговарајућим карактеристикама које имају, као и масовној употреби, пропагандистима пружила дотад неслућене могућности, а психолошко-пропагандној делатности огромну потенцијалну и ефективну снагу, односно ефикасност. Следећи кораци на овом пољу били су смањење димензије и тежине како радио и телевизијских пријемника и отпремника тако и фото и кино опреме, а затим лансирање и телекомуникационих сателита у орбите око Земље. Усавршавањем средстава за бележење звука (магнетофон и грамофон, који такође увећавају могућности манипулације звуком који се бележи) и слике (слика у бојама, синемаскоп и и ТОДАО системи итд.) повећан је квалитет звука и слике који се преносе и чувају. Чини се да је само појава такозваних транзисторских радио пријемника изазвала праву револуцију на пољу информисања, па и дезинформисања светске јавности коришћењем пропагандних техника. (*) При томе, чини се да телевизија и филм — сваки на свој начин — имају бројне предности у пропагандном погледу у односу на радио. Реч је, у основи, о томе да телевизија и филм публици пружају не само тон, него и слику, што ствара код људи већи осећај непосредности, а тиме и већу уверљивост у односу на радио. У најновије време указала се и могућност да се на филму, уз тон и слику, користе и тактилни ефекти, као што је то случај, на пример, у филму „Земљотрес“.

На тај начин, радио, филм, телевизија, фотографија као и новине и остали продукти издавачке делатности — уз стални квантитативни пораст информативних садржаја на које савремени човек свакодневно наилази и које прима — постали су нераздвојиви и неопходни део животних потреба савременог човека. Међутим, „жеб“ човека за сазнањима, за стицањем што објективније и садржајније слике света који га окружује, понекад га баца у мрежу коју је исплео вешт пропагандист, који, затим, по правилу, не пропушта прилику која му се указала, него, напротив, свим снагама тежи да је до максимума искористи за постицање својих циљева. Увећавање „жеби“ за сазнањима и информацијама савременог човека условљено је сталним техничким и садржинским усавршавањем постојећих и рабањем нових информативних медија, а та (неутољива) „жеб“ се (бар привремено) задовољава управо њиховим све садржајнијим и обимнијим деловањем. Пропагандисти су на време схватили могућности које добијају укључивањем пропаганде у овај зачарани круг, па су — истовремено стално усавршавајући постојеће и употребљавајући нове пропагандне технике — пропагандне поруке почели све чешће креирати у облицима радио и телевизијских вести и емисија уопште,

(*) У том смислу види В. Димитријевић и Р. Стојановић: „Основи теорије међународних односа“, Службени лист СФРЈ, Београд, 1977., стр. 269.

краткометражних и дугметражних филмова и журнала, гласила па и научних дела, романа, приповетки итд.

Заправо, савремена међународна пропаганда представља резултат комплексног уклапања тековина како природних наука (материјализованих у виду поменутих медија) тако и друштвених. Тековине развоја *друштвених наука* користе се у психолошко-пропагандном деловању у првом реду у сврху усавршавања постојећих и оформљених нових пропагандних техника и на начин деловања на човека као пропагандног објекта и социјалну групу коју чине људи. Захваљујући бурном развоју психологије, социјалне психологије и психијатрије током XIX и XX века дошло се до закључка да се може далеко ефикасније пропагандно деловати на подсвесне и ирационалне елементе људске личности, него на свест и разум. (*) Зато се, на пример, оправдано истиче да „у процесу формирања емоција, модерна психијатрија игра двосмислену улогу. С једне стране, њен највећи представник Фројд продро је кроз фикцију о ирационалном, сврсисходном карактеру људског духа и прокрчио пут који води у провалију људских страсти. С друге стране, обогаћена тим истим Фројдовим сазнањима, модерна психијатрија учинила је себе оруђем општих тежњи у манипулисању са личношћу.“ (**) Но, није реч само о (зло)употребљавању патолошких психичких стања и процеса у човековој личности, него и о искоришћавању његових нормалних, мање или више изражених, особина и склоности: човекове потребе за емоционалним растерећем од емоционалних притисака којима је оптерећен, склоности ка психолошким рационализацијама, компензацијама и трансферу емоција, човекових мотива, предрасуда, ставова и система вредности, степена тренутне сугестибилности, као и социјалне климе у групи у којој човек живи и ради, тзв. психологије масе итд. (***) Ове карактеристике човекове личности и психолошки механизми који су у њу уграђени срачунато се користе у савременом међународном пропагандном деловању путем одговарајућих метода, односно техника: апела, и то како оних који се односе на позитивне тако и оних који се односе на негативне човекове вредности, односно мотиве (апели на корист и на штету); гласина, које представљају „тобоже истините информације које се усмерено шире, а чију истинитост није могуће непосредно проверити“ (*); технике „свршеног чина“, чија — како се чини — повећана ефикасност у односу на вербалну пропаганду проистиче из психолошке законитости да „кад је нешто учињено, или кад се догађај већ збио, то мијења ставове и оних који су раније били против тог дјела или акције, односно врло се брзо, утјуби у главу“ ранијих противника (**); „испирање мозга“, којим се постиже да „индивидуум комплетно напусти све своје дотадашње ставове увјерења, вредности итд., да измени чак и своје карактерне особине, те да „прихвати“ оне ставове и особине које пропагандист жели“ (***) ; по-

(*) Упореди са ставовима В. Димитријевића и Р. Стојановића, наведено дело, стр. 27. и М. Звонаревића: „Социјална психологија“, Школска књига, Загреб, 1967., стр. 711. и даље.

(**) Е. Фром: *Бекство од слободе*, Нолит, Београд, 1969., стр. 220.

(***) Упореди са ставовима М. Звонаревића, наведено дело, стр. 703—706 и 711—712.

(**) М. Звонаревић, наведено дело, стр. 725.

(**) Исто, стр. 719.

(***) Исто, стр. 720.

нављање пропагандне поруке; субверзивне пропагандне технике итд. Овај списак пропагандних техника није коначан, баш као што се не може направити ни коначни списак конкретних пропагандних циљева у међународним односима.

У пропагандом деловању посебно се користи чињеница да савремени човек није ни физички у стању да непосредно провери информације које свакодневно прикупља и обрађује хиљаде новинара и других стручњака у целом свету, а које се односе и на догађаје удаљене од њега и више десетина хиљада километара. Уз помоћ пропагандних садржаја који су снабдевени посебним елементима којима се обезбеђује изузетно висок степен уверљивости поруке, пропагандни објект се спречава да дође до истините и комплексне слике о одређеном догађају не само објективно (да непосредно провери истинитост садржаја поруке), него и субјективно (да посумња у истинитост садржаја поруке). У овом случају, дакле, не делује се на ирационалну и подсвесну сферу личности човека, него управо на рационалну и разумску, али се ту проналазе „душљине“ и „празнине“ у његовом образовању и информисаности, које се користе да би се извршио снажан утицај на његову психу, а тиме и на његово понашање. При томе, пошто „читава будућа делатност пропагандиста бива угрожена уколико једном буде ухваћен у лажи, пропагатори лажи највише воле оне тврдње чија се истинитост тешко може проверити, користећи се при том познатом околношћу да је теже доказати негативне од позитивних чињеница. Када савремена реакционарна пропаганда тврди да постоји „комунистичка завера“ за освајање света и да су сви интелектуалци некомунисти који показују леве симпатије или бар сумњају у наведену тврдњу, у ствари, плаћеници Москве, Пекинга или локалне комунистичке партије (чији су тајни чланови), онда их је тешко ухватити у лажи јер је тешко доказивати да се тајни састанци комунистичких лидера нису одржали (то што се не могу пружити докази да су стварно одржани према пропагандисти управо доказује „перфидност“ комуниста и њихову спремност да чувају тајну!).*)

Савремена психологија дошла је до чињенично чврсто утврђеног става да „реакција на неку (пропаганду) поруку — без обзира да ли је она истинита или лажна — не зависи само од њезина садржаја, тј. од мање или веће пропагандне супротности онога тко ју је саставио, него и од опће психосоцијалне ситуације прималаца, а прије свега, од њихових већ постојећих ставова, уверења, система вреднота итд.“ (**). Зато се пропагандна порука у што већој мери прилагођава у оном делу свог садржаја који је намењен објекту пропагандног деловања (али не и у оном њеном делу који обухвата мотиве и циљеве пропагандисте који је упућује) ставовима, уверењима и вредностима објекта, као и укупној социјалној клими у социјалној групи којој објект припада. Тако је запажено да се исте организације непријатељске политичке емиграције обраћају оним грађанима Југославије који не показују склоност за прихватањем

(*) В. Димитријевић: „Међународна пропаганда“, Радио Сарајево — трећи програм, Радио Сарајево, Сарајево, бр. 16/1977., стр. 112.

(**) М. Звонаревић, наведено дело, стр. 713—714.

циљева ових организација са паролама о „потреби усавршавања система самоуправљања“, „неопходности стварања демократске организоване опозиције комуниста у циљу успостављања друштвене равнотеже“ и сличним, док се својим провереним савезницима и истомишљеницима обраћају отворено, износећи своје антисоцијалистичке и националистичке циљеве у њиховом правом светлу.

При томе, покушава се деловати и на тај начин да се уверења, ставови и вредности објекта постепено мењају и прилагођавају, односно подређују жељама и потребама пропагандисте. Ово се покушава постићи путем такозване индоктринарне пропаганде, као методу којим се врши замена већ постојећих идејних опредељења код објекта пропагандног деловања неким другим идејним опредељењима. За индокринарну пропаганду карактеристично је да објект не осећа у пуној мери њену агресивност и то зато што се ова делатност врши у таквим облицима и на такве начине од којих, најчешће, и сам објект има одређених „користи“, „привилегија“, „погодности“ и сл. Реч је о делатностима као што су бесплатни или симболично плаћени курсеви страних језика које организују државе при својим представништвима у иностранству, стипендирање страних студената, библиотеке и дискотеке које садрже брижљиво одабрана издања и дела, посебне филмске пројекције, предавања, изложбе, организовање студийских и сличних путовања, конгреса, научних скупова, летњих школа, семинара, коктела, пријема, ручкова вечера, као и поједини елементи осталих редовитих информативних и сличних активности државних или недржавних институција, спорта, моде, економске пропаганде итд. (*) Поједини од наведених облика индоктринарне пропаганде могу, рецимо, послужити за стварање одређених националних стереотипа, да би се ти исти стереотипи, затим, користили, на пример, за изазивање националних раздора и сукоба унутар једног субјекта међународних односа или између више субјеката ових односа. На тај начин, деловањем у првом реду на подсвесне и ирационалне сфере људске личности, као и на оне сфере човекове свести и разума које представљају „тамне мрље“ у његовом образовању и информисаности, пропагандист је у стању да објект не само наведе или убеди да се понаша на одређени начин, него да га доведе у такву ситуацију да објект субјективно нема другог излаза до да се понаша онако како то пропагандист жели, а да, при том, и није свестан таквог свог положаја, што се, како се чини, може оквалификовати као принуда схваћена у ширем смислу те речи.

2. *Промене услова за вођење рата у савременој међународној заједници*

Развој производних снага у оквирима међународне заједнице резултирао је савременом техничком и технолошком револуцијом, чији један део представља и појава атомског и другог оружја за масовно уништавање. Појава оваквих оружја је, пак, у контексту постојећих међу-

(*) Види детаљније о неким од наведених облика индоктринарне пропаганде уперене против Југославије М. Ореч и В. Мићовић: „Југославија и инострана пропаганда“, Танјуг, Београд, 1971., стр. 61—84.

народних односа, проузроковала промену стратегијских и других услова за вођење рата, односно рабање и све већу примену стратегије посредног наступања. Наиме, чини се да је вођење рата оружјем за масовно уништавање у многоме изгубило и своје формално логично оправдање од када су две супер силе постале способне да овим оружјем бар једампут истовремено униште једна другу, односно од када оне могу с релативно великом вероватноћом рачунати да би у првом удару евентуалног атомског рата између њих нападној страни остало неуништено довољно оружја да би се њиме бар једампут могла уништити она друга страна. Дакле, с једне стране, у условима могуће употребе оружја за масовно уништавање, као и формалне и неформалне подељености света на „интересне сфере“, „свере утицаја“ и сл. супер сила, ратовање у коме се користе сви расположиви потенцијали зараћених страна изгубило је чак и свој логички смисао и сврху, јер би она сила која би у таквом рату победила исто што и она која би изгубила — све. С друге стране, атомске и друго слично оружје не представља само средство за физичко уништавање противника, него и елемент садржине пропагандних порука у савременим међународним односима: као претња за противника који такво оружје нема да може бити уништено ако се не повинује вољи субјекта међународних односа који то оружје има; а у односу на другу силу која исто тако поседује оружје за масовно уништавање као претња да ће, у најгорем случају, обе заједно и истовремено бити уништене. При томе, рачуна се у првом реду на чињеницу да човек страх од такве апстрактне опасности теже подноси него стварну конкретну опасност од смрти. Чак и када би се могло претпоставити да је могуће вођење још једног светског рата и без употребе оружја за масовно уништавање од стране земаља које таква оружја поседују, његовим потенцијалом зачетницима јасно је да ни такви светски ратови нису у савременим условима погодни за остварење глобалних империјалистичких и хегемонистичких циљева. Тако последња два светска рата (а нарочито други) нису њиховим протагонистима донела ништо добро: њима је само убрзана појава социјализма, односно његово прерастање у светски процес, а убрзано је и одвијање процеса ослобађања бројних земаља од колонијалне доминације и настанак претера нестврстаних. (*)

Истовремено, савремена међународна пропаганда коју карактерише високи степен ефикасности у постизању планираних циљева (који се може, као што је показано, окарактерисати и као принудност у ширем смислу значења те речи (чини се погодним средством за постизање и оних циљева у међународним односима, чији се заједнички именитељ може квалификовати као доминација, без ризика самоуништења у једном рату који би се водио атомским и сличним оружјем или ризика омогућавања даљег убрзавања тока историје у светским размерама насупрот интересима држава које воде хегемонистичку, односно империјалистичку политику. Недавно је цело човечанство било сведок рабања једног новог оружја за масовно унитвање, које има ту „предност“ да

(*) Види у том смислу за други светски рат Е. Кардељ: „Историјски корени нестврставања“, Издавачки центар „Комунист“, Београд, 1975., стр. 9—18.

уништава „само“ људе, а не и предмете мртве природе. Податак о настанку неутронске бомбе, који би не тако давно био чуван као најстроже поверљив, објављен је с великим публицитетом из више разлога. Реч је, прво, о тежњи за повећањем престижа САД и, друго, о подстицају даље трке у наоружавању. Јасно је СССР ће овај изазов морати да прихвати ако жели да задржи материјалну и моралну равнотежу у односима са САД, а то ће „платити“ умањеном способношћу да врши свој политички и економски утицај у свету. Наравно, затим се на Западу врше пропагандна поребења постојећег животног стандарда грађана двају супер сила и извлачи закључак о социјализму као „друштву сиромаштва“, и зато „демагошкој пароли нове класе“ итд.

И конвенционални војни поступци и средства у савременој међународној пропагандној делатности користе се у функцији постизања пропагандних циљева. Тако, на пример, маневри којима се иначе одржава стално висок ниво борбене готовости такозваних првих високо мобилних ешалона модерних армија могу се користити и као облик вршења психолошког притиска на одребену земљу, на тај начин што се одржавају у политички осетљивом тренутку или тако што се не зна да ли је у конкретном случају реч о правим маневрима, непосредним припремама за напад или вршењу притиска итд.; учестали гранични инциденти, односно појединачни акти насиља могу се користити како би се становништву одребене земље улила несигурност и стрепња од рата који може избити сваког часа; вршење диверзија или саботажа — чији је пропагандни ефект увећан уколико се ради о актима субверзије — има такође за циљ да створи страх, панику и хаос у земљи у којој се врше, а тиме и неповерење њеног становништва у руководство земље јер „није способно да одржи ред и мер у земљи“ и сл. Са сличним циљевима такође се могу ефикасно употребити и економска средства и поступци, као што су економска изолација („царински рат“), дискриминаторски однос према роби која потиче из одребене земље, забрана извоза или увоза у одребену земљу, дампиншке цене и слична средства и поступци који у земљи против које се предузимају треба да изазову велики скок цена, незапосленост, немаштину, глад, а тиме и незадовољство народа, па и нереди, „спонтано“ изведене државне ударе итд. На врло илустративни материјал наилази се у периоду најјачег агресивног притиска земаља чланица Инфорбиреоа на Југославију почев од 1948. године, као и у периоду који је претходио свргавању председника С. Аљендеа и парламентарне демократије уопште у Чилеу, с тим што су у првом случају коришћена војна, политичка и економска средства, док су у другом случају из иностранства коришћена, како се чини, углавном економска и политичка средства.

У овом контексту треба нагласити и значај идеолошких разлика, супротности и противречности које постоје у савременом свету, а које посебно говоре у прилог тези о могућности врло ефикасне употребе пропаганде у међународним односима. Идеологија чини свакодневну садржину пропагандних порука, мада то на први поглед није јасно уочљиво. Наиме, пропагандисти по правилу не користе идеолошке ставове и постулате у њиховом „чистом“ виду, него их „разбијају“ у низове ем-

пиријских животних чињеница, рачунајући при том на могућност да оне за човека с неизграђеном класном свешћу имају већу специфичну тежину од начела и објективних законитости друштвеног развоја и прогреса. Као илустрација може послужити пропагандна кампања која се води са Запада око заштите људских права и слобода. Устајући у заштиту појединих „дисидената“, починилаца политичких кривичних дела, политичких и идеолошких отпадака социјалистичких друштава и стављајући их на пиједестал „мученика“, „бораца за прогрес и слободу“, „жртава тоталитарних комунистичких режима“ и сл., поједини западни политичари желе у ствари да афирмишу принципе и начела буржоаске парламентарне демократије и система капиталистичких друштвених односа уопште и наметну их пропагандним путем социјалистичким земаљама. Они при том заборављају чињеницу да су „револуције увек биле оптуживане за неслободу, иако су оне и настајале управо због тога да би укинуле неслободу. А контрареволуције су се увек хвалиле „слободарством“, иако оне само насиљем могу да се наметну и да се одрже. И француски и други европски контрареволуционари су у борби за своје назадне циљеве пребацивали француској револуцији терор и одсуство слободе. А управо је та револуција — заједно са другим буржоаско-демократским револуцијама у Европи и Америци — створила услове, па чак и облике оној демократији којом се данас поносе грађански политичари западне Европе.“ (*)

3. Психолошко-пропагандна агресија

За стратегију посредног наступања коју карактерише примена принуде у ширем смислу, оправдано се истиче да је то „можда сада једина стратегија која се може користити откада опасност од атомског оружја паралише директну стратегију.“ (**) Пропаганда која се користи као један од поступака за постизање циљева који стоје пред овим обликом савремене војне стратегије развила се на приказани начин у својеврсно средство да се њоме — самостално или у садејству са осталим поступцима за вођење специјалног рата — може извршити агресија у међународним односима. (***) Елемент посредности у овој агресији присутан је утолико што се пропагандом принудом не делује непосредно на доносиоце спољнополитичких или унутрашњеполитичких одлука, него се, по правилу, делује путем пропагандних порука на одређене групе или слојеве унутар друштвене структуре субјекта међународних односа против кога се врши пропаганда агресија како би се они принудили на одређено понашање којим би утицали на доносиоце најважнијих одлука у друштву. Дакле, први задатак пропагандисте је да одреди социјалну групу (па чак и појединце) која има што веће могућности вршења утицаја на процес и субјекте доношења одређене одлуке, а која је, при

(*) Е. Кардељ: „Правди развоја политичког система социјалистичког самоуправљања“, Издавачки центар „Комунист“, Београд, 1971., стр. 56.

(**) Бофр: „Увод у стратегију“, ВИЗ, Београд, 1968., стр. 46.

(***) „Данас је могуће говорити и о агресији путем пропаганде, на пример, ратно-хулачке пропаганде или пропаганде која има за циљ изазивање нереда у једној земљи.“ — С. Аврамов: „Међународно јавно право“, Савремена администрација, Београд, 1976., стр. 340.

том, подобни објект за вршење пропагандног утицаја. Зато се социјална група на коју се делује путем пропаганде може назвати и *нападни пропагандни објект*, „публика“, „мета“ или слично, а субјект међународних односа према коме је, у крајњој линији, ово пропагандно дејство усмерено *посредни пропагандни објект*. Тако, на пример, израелска пропаганда још увек радо и често користи већ архаичну паролу екстремних арапских политичара о „бацању Израела у море“ како би искористила емоционалну везаност Јевреја у САД за „јеврејску земљу“ и на тај начин их присилила да изврше снажан притисак путем „гласачке машине“, дела крупног капитала који је у њиховим рукама и свог лобија на америчку државну администрацију и Конгрес и обезбеде што већу и безусловну војну, финансијску, политичку, дипломатску и другу помоћ Израелу од стране САД. Наравно, треба нагласити и то да разлог за ангажовање САД у сукобу на Блиском истоку не лежи само у ставу јеврејског становништва у САД, али чини се да у појединим ситуацијама управо ставови и понашање Јевреја представљају онај тег који је неопходан да би језичак на политичким теразијама прешао на страну Израела.

Дакле, може се закључити да савремена пропаганда може послужити као једно од средстава којима се може продужити хегемонистичка, империјалистичка и уопште свака политика која има за циљ принудно успостављање односа неједнакости између субјеката међународних односа, односно успостављање доминације. Заправо, постојање великог степена међузависности у односима међу државама у савременом свету и то у оним облицима који још увек поспешују употребу силе, односно принуде чини објективну основу за настајање свих сукоба у међународним односима, па и оних вођених психолошко-пропагандним средствима. (*) Међународна заједница још није изградила ни ефикасан систем колективне безбедности који би деловао против било ког агресора који се у вршењу агресије служи оружаном силом, а већ су се појавили и нови облици агресије међу којима, како се чини, психолошко-пропагандна агресија данас има највећи значај. Ипак, чини се да се поједини пропагандни поступци који су везани за физичку силу могу подвести и под дефиницију агресије коју је Генерална скупштина УН усвојила 1947. године. Реч је о употреби мањих насилних аката, употреби било каквог оружја од стране једне земље против територије друге, блокади, као и упућивању оружаных банди, група, нередовних снага или најамника ради извршења аката оружаног напада итд. Посебно треба указати на то да, према овој дефиницији, Савет безбедности може и поједине акте који нису њоме предвиђени као акти агресије оквалификовати као агресију, па према томе и акте психолошко-пропагандне агресије. Међутим, чини се исто тако да би се у овом случају Савет безбедности нашао пред још већим препрекама за своје ефикасно одлучивање и деловање, него што су оне које се често јављају у случајевима оружане агресије.

Може се закључити да појам пропаганде посматран у овом светлу мења или губи неке своје конститутивне елементе, а да, при том, стиче, наместо ових, неке нове карактеристике. Наиме, већ је уобичајено да се у

(*) Упореди са ставом у наведеном делу В. Димитријевића и Р. Стојановића, стр. 75.

георији под појмом пропаганде подразумева делатност којом се може утицати на човекове ставове, односно којом се он може убедити у истинитост неког става или оправданост неког поступка и на тај начин ширити одређена идеологија, учење, мишљење и сл..(*) Овакво схватање појма пропагандне делатности подразумева, као што се види, да се објекту на који се делује путем пропагандне поруке оставља, иако сужен, изврстан простор за слободно одлучивање и заузимање става о питању на које се та порука односи, док савремена међународна пропагандна делатност у својим најефикаснијим облицима нема ово обележје. Оваква пропаганда, с друге стране, има ту особину да — деловањем у првом реду на човекову подсвест и ирационалност, као и високим степеном убедљивости садржаја пропагандне поруке — може да представља детерминирајући елемент човекове мотивације за одређено понашање (чињење или нечињење) што значи да му не оставља нимало слободног простора за свесно расуђивање у доношењу одлуке о садржини и начину његовог понашања.

На тај начин, човек постаје у неку руку несвесно оруђе у туђим рукама и то, посматрано с друге стране, зато што, принципијелно узев, просечан савремени човек садржи у својој личности посматраној у целини још увек довољно елемената отуђености од друштвених односа и појава да би то спретен пропагандист на приказани начин могао успешно искористити за постизање својих циљева. Реч је колико о човековој отуђености у економском смислу (од његовог рада, производа тог рада итд.) толико и о његовој сазнајној отуђености од света којим је окружен (недовољном или чак и погрешном информисаншћу и образованошћу човека). Зато се и чини да разотуђење човека у оба наведена смисла представља основни услов за његову одбрану од принудног психолошко-пропагандног деловања на његову личност, а тим путем и на његово понашање. Како се истиче, оваква пропаганда „не би имала никаквих изгледа да нема људских слабости, као што су политичка апатија, необавештеност, робовање предрасудама, непросвећеност итд. Отуда су најбоља средства у борби против такве пропаганде широко образовање, обавештавање и политичко уздизање“.(*) Зато се организовано и стручно контрапропагандно деловање против психолошко-пропагандних акција из иностранства чини нужним, посебно у нашем друштву које се налази на геополитичкој, идеолошкој и спољнополитичкој ветрометини, све док процес разотуђења у наведеном смислу не достигне ону тачку у развоју на којој ће сваки појединац бити способан у свакој ситуацији да прозре праве мотиве и циљеве пропагандног субјекта који му је упутно пропагандну поруку. „Не треба се ... заваравати да је за успех пропаганде ... довољно да је њен садржај напредан и да се служи истином. Пропаганда и тада остаје вештина, која се, додуше, не служи описаним триковима али изискује извесна знања јер се и за најнапредније идеје и за истину треба умети борити.“(*)

Златко Исаковић

(*) У том смислу види нпр. дефиниције пропаганде у „Политичкој енциклопедији, Савремена администрација, Београд, 1975., стр. 848; и М. Ореч и В. Мићовић, наведено дело, стр. 7—8.

(*) В. Димитријевић и Р. Стојановић, наведено дело, стр. 275.

ОСТВАРИВАЊЕ И ЗАШТИТА ПРАВА ГРАЂАНСКИХ ЛИЦА НА СЛУЖБИ У ЈУГОСЛОВЕНСКОЈ НАРОДНОЈ АРМИЈИ ПО ОСНОВУ СЛУЖБЕ У ЈНА

Грађанска лица на служби у Југословенској народној армији (у даљем тексту: ЈНА) чине једну од категорија сталних кадрова ЈНА (чл. 9. Закона о служби у оружаним снагама).

Лице које је примљено на службу у ЈНА у својству грађанског лица стиче права и преузима обавезе по основу службе даном почетка рада.

Остваривање права и обавеза грађанских лица на служби у ЈНА

Права и обавезе по основу службе у ЈНА грађанска лица остварују у војној јединици, односно установи у којој су на служби.

О остваривању права и обавеза грађанских лица одлучују (решавају), у управном поступку, надлежне старешине које су овлашћене да доносе решења о односима у служби грађанских лица на служби у ЈНА, а под условима одређеним Законом о управним споровима, и Врховни војни суд.⁽¹⁾

У вези са остваривањем права грађанских лица треба напоменути да је одредбама чл. 55. Закона о служби у оружаним снагама, у оквиру посебних дужности војних старешина, поред осталог, прописана и дужност да припадници војне јединице, односно установе којом руководе, обезбеде остваривање права која им по закону припадају. Необезбеђење остваривања права припадницима војне јединице, односно установе, која им по закону припадају, а то значи и грађанским лицима на служби у ЈНА, према чл. 161. ст. 1. тач. 9. истог закона, представља повреду војне дисциплине, што повлачи дисциплинску одговорност војних старешина.

Заштита права грађанских лица на служби у ЈНА

Под заштитом права грађанских лица по основу службе у ЈНА подразумевају се законске могућности које грађанском лицу стоје на располагању у случајевима кад сматра да је решењем првостепеног или другостепеног војног органа, којим је одлучено о његовим правима и обавезама, повређено неко његово право.

Надлежни старешина је дужан да спроведе поступак по захтеву грађанског лица за остваривање права по основу службе у ЈНА, а то значи и по захтеву за заштиту права из радног односа.

Законом о служби у оружаним снагама регулисано је да се на захтев и друге поднеске у поступку за остваривање права по основу

⁽¹⁾ Види чл. 492. Закона о служби у оружаним снагама и чл. 64. Закона о управним споровима.

службе у оружаним снагама примењује савезни закон којим се уређује општи управни поступак. (2)

Према чл. 10. Закона о општем управном поступку, једно од основних начела управног поступка, поред осталих, јесте и двостепеност тог поступка. То значи да се и у управном поступку у оквиру војне јединице, односно установе обезбеђује двостепеност у расправљању и одлучивању о захтеву (и другом поднеску) грађанског лица. Према томе, овај поступак одговара поступку који се у основној организацији удруженог рада спроводи по захтеву радника за заштиту његових права пред самоуправним органима (чл. 220. Закона о удруженом раду).

Првостепени војни орган је дужан да донесе решење и достави га грађанском лицу најкасније у року од 30 дана од дана предаје уредног поднеска. (3) И по Закону о удруженом раду (чл. 222), надлежни орган у основној организацији дужан је да по захтеву радника донесе одлуку у року од 30 дана од дана подношења захтева.

Жалбу против решења првостепеног војног органа донетог по захтеву грађанског лица за остваривање или заштиту права из радног односа, грађанско лице може поднети у року од 15 дана од дана уручења тог решења. Међутим, захтев за заштиту права радника може поднети у року од 30 дана од дана кад му је уручена одлука којом је повређено његово право (чл. 221. Закона о удруженом раду).

Законом о служби у оружаним снагама (чл. 437) посебно је уређена заштита права учесника пријављених по огласу, односно конкурс за пријем на службу у ЈНА у својству грађанског лица. Према овим законским одредбама, кандидат за попуну радног места који сматра да је повређен прописани поступак, а повреда је могла битно утицати на одлуку о избору кандидата, или да примљени кандидат не испуњава предвиђене (објављене) услове, може поднети жалбу у року од 8 дана од дана достављања обавештења о извршеном избору кандидата. Ако надлежни старешина, поводом жалбе, установи да је повређен прописани поступак за попуну радног места, а повреда тог поступка је могла битно да утиче на одлуку о избору кандидата, поништиће поступак и одлуку о избору кандидата, а ако установи да изабрани кандидат не испуњава утврђене услове, поништиће само одлуку о његовом избору. Одлуку по жалби кандидата надлежни старешина је дужан да донесе у року од 30 дана од дана истека рока за подношење жалбе.

Судска заштита права грађанских лица

Законом о служби у оружаним снагама предвиђено је да грађанско лице, ако сматра да му је коначним актом којим је одлучено о ње-

(2) Види чл. 60. Закона о служби у оружаним снагама.

(3) Према чл. 218. Закона о општем управном поступку, рок за доношење решења може износити два месеца само ако природа ствари о којој се решава захтева спровођење посебног испитног поступка. Међутим, утврђивање права и обавеза грађанских лица поводом службе у ЈНА, с обзиром на то да су они Законом о служби у оружаним снагама детаљно регулисана, незахтева спровођење посебног испитног поступка, већ се они могу ценити на основу евиденције и других података који се о грађанском лицу воде у јединици, односно установи у којој је на служби.

говим правима и дужностима из односа у служби повређено право, може, ради остваривања тог права, покренути управни спор пред Врховним војним судом у року од 30 дана од дана уручења коначног акта.⁽⁴⁾ Право на покретање управног спора против одлуке надлежног старешине до-несене по жалби, има и кандидат за попуну радног места.

Према томе, право грађанског лица на покретање управног спора Закон о служби у оружаним снагама условљава постојањем коначног управног акта којим је одлучено о његовом праву или обавези из радног односа. То значи да судској заштити права из радног односа грађанских лица на служби у ЈНА мора да претходи покретање и спровођење поступка у оквиру војне јединице, односно установе.

Условљавање покретања управног спора постојањем коначног управног акта у складу је са условом одређеним Законом у удруженом раду за заштиту права радника пред судом удруженог рада. Наиме, према чл. 224. ст. 2. овог закона, заштиту права пред судом удруженог рада не може тражити радник који претходно није тражио заштиту пред надлежним органима у основној организацији, осим ако остварује новчано потраживање.

С обзиром на то да грађанско лице на служби у ЈНА заштиту права из радног односа може тражити путем управног спора код Врховног војног суда, а радник заштиту својих права пред судом удруженог рада, може се поставити питање да ли се грађанском лицу путем управног спора обезбеђује потпуна и ефикасна заштита његових права, односно да ли се пред судом удруженог рада раднику пружа шири заштита његових права од оне која се грађанском лицу обезбеђује у управном спору.

Законом о управним споровима (чл. 1) управни спор је предвиђен као спор о законитости управног акта, а само у изузетно и тачно одређеним случајевима и допуштен спор пуне јурисдикције. У складу са оваквим опредељењем Закона о управним споровима, Врховни војни суд и у случају кад је управни спор покренут против акта другостепеног војног органа којим је одлучено о праву или обавези грађанског лица из радног односа, по правилу, цени само законитост тог акта.

Сагласно Уставу СФРЈ (чл. 226), као један од видова подршћивања класичне судске функције, судови удруженог рада обезбеђују остваривање уставности и законитости у разрешавању бројних спорних односа који се заснивају на удруженом раду, средствима у друштвеној својини и самоуправном положају радних људи. Они одлучују на основу Устава, закона и самоуправних општих аката. То значи да суд удруженог рада и у поступку по захтеву радника за заштиту његових права, по правилу, испитује законитост одлуке надлежног органа у основној организацији о правима и обавезама радника из удруженог рада, а не и њену целисходност. На пример, ако је радник распоређен на одређено

(4) Види чл. 494. Закона о служби у оружаним снагама.

радно место за које испуњава прописане услове, суд удруженог рада не може испитивати околност да ли је тај радник могао бити распоређен на друго одговарајуће радно место које је у систему личног дохотка више вредновано, јер то није ствар законитости, већ целисходности одлуке, а то спада у сферу самоуправних права радника основне организације.

Правоснажну пресуду (одлуку) Врховног војног суда донету у поступку за заштиту права из радног односа грађанских лица, уколико Суд утврди да решење другостепеног војног органа није у сагласности са законом и исто поништи, извршава другостепени војни орган чије је решење поништено. Наиме, у случају поништења решења другостепеног органа, сагласно Закону о општем управном поступку (чл. 63), предмет се враћа у стање у коме се налазио пре него што је поништено решење било донето. На место поништеног решења надлежни другостепени војни орган дужан је да донесе ново решење без одлагања, а најкасније у року од 30 дана од достављања пресуде. При доношењу решења надлежни војни орган је везан правним схватањем Врховног војног суда, као и примедбом Суда у погледу поступка.

Законом о удруженом раду⁽⁶⁾ предвиђено је да правоснажну судску одлуку донесену у поступку за заштиту права радника извршава пословодни орган или овлашћени радник у основној организацији у року од 15 дана од дана достављања судске одлуке, ако у судској одлуци није одређен други рок.

Улога синдиката грађанских лица на служби у ЈНА у заштити права из радног односа грађанских лица

Законом о служби у оружаним снагама (чл. 485) предвиђено је да синдикална организација грађанских лица има право да у кадровски савет војне јединице, односно установе одреди свог представника кад савет разматра питања која се односе на грађанска лица на служби у ЈНА. И кад надлежни старешина одлучује о обиму права грађанских лица, синдикална организација има право да предложи једног члана у комисију која се образује за давање мишљења пре доношења решења.

Синдикалној организацији грађанских лица је, Законом о служби у оружаним снагама (чл. 486), дато право да грађанско лице, на његов захтев или уз његов пристанак, заступа у остваривању његових права из радног односа. Поред тога, и у решавању осталих питања која се односе на грађанска лица користи се иницијатива синдиката.

Према томе, кад је реч о улози синдиката грађанских лица на служби у ЈНА у заштити права из радног односа грађанских лица, можемо рећи да су Законом о служби у оружаним снагама синдикалној ор-

ганизацији дате исте могућности у заступању грађанског лица које Закон о удруженом раду пружа синдикату у заштити права радника у основној организацији удруженог рада. ⁽⁸⁾

мр Никола Биуковић

⁽⁸⁾ Види чл. 223. Закона о удруженом раду.

**КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО
ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА
(Судска пракса)**

Ставови републичких и покрајинских врховних суда, као и Савезног суда, који се односе на понављање кривичног поступка груписани су по редоследу који одговара законском току регулација овог института. На тај начин, може се лакше пратити његова примена у пракси, а истовремено уочити ситуације код којих је, због одређених правних празнина, судска пракса изградила посебна правила поступања.

У првом реду, издвојени су ставови који се тичу неправог и правог понављања кривичног поступка, а затим су код случајева неправог понављања изложени: 1. а) елемент правноснажности претходних пресуда и б) изрицање једне казне за дела у стицању. При томе су издвојени случајеви код којих је изражен став: 1б) да суд не може узети у обзир већ издржане казне; 2б) да суд не може ценити правилност појединачних казни и 3б) да суд не може узети у обзир околности које су се појавиле после правноснажности неких од претходних пресуда. 2. Што се тиче самог поступка неправог понављања, указано је на праксу неких суда у погледу: а) несаслушања противне странке; б) неприбављања комплетних списа од суда чије се пресуде преиначују и в) достављања нове пресуде судовима чије су пресуде преиначене.

Код правог понављања кривичног поступка издвојени су: 1. понављање поступка који је окончан решењем о примени мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи; 2. разлози за право понављање; а) чињенице које не могу довести до ослобођења осуђеног или његове осуде по блажем закону; б) докази који немају карактер нових доказа у смислу чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП и в) продужено кривично дело; 3. доказивање чињеница због којих се тражи понављање кривичног поступка — а) непосредно доказивање лажног исказа сведока; б) непосредно доказивање лажног исказа вештака и в) дужност прибављања нових доказа. 4. Издвојени су, такође, субјекти који могу, одн. не могу да поднесу захтев за понављање кривичног поступка — а) могућност оштећеног као тужиоца да поднесе захтев за понављање кривичног поступка и б) немогућност оца осуђеног да поднесе захтев за понављање поступка за живота осуђеног 5. У пракси се, као спорно,

појавило и питање рока за подношење захтева за понављање кривичног поступка на штету осуђеног: а) рок у случају када је претходни поступак окончан пресудом и б) рок у случају када је претходни поступак окончан решењем.

6. У погледу самог поступка по захтеву за понављање, ставови врховних судова односе се на: а) питање надлежности суда који одлучује о захтеву за понављање кривичног поступка; б) извиђање чињеница, одн. доказа који се наводе у захтеву за понављање поступка — 1б) без присуства окривљеног, одн. 2б) без присуства браниоца; в) оцену доказа наведених у захтеву за понављање кривичног поступка; г) доношење одлуке о дозволи понављања и д) само понављање кривичног поступка — 1д) правила која важе за нови поступак и 2д) пресуда у новом поступку. Поред тога, указано је и на: 7. утицај застарелости на понављање кривичног поступка, као и 8. случај понављања поступка поводом захтева за заштиту законитости.

А. Ставови врховних судова који се односе на понављање кривичног поступка.

І НЕПРАВО ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

1. Случајеви неправог понављања кривичног поступка

а) Елементи правноснажности претходних пресуда

По чл. 401. ст. 1. т. 1. ЗКП (чл. 369. ст. 1. т. 1)⁽¹⁾ правноснажна пресуда може се преиначити и без понављања кривичног поступка ако је у две или више пресуда против истог осуђеног правноснажно изречено више казни, а нису примењене одредбе о одмеравању једне казне за дела у стицају. Међутим, кад је у конкретном случају првостепени суд поступио и у односу на једну пресуду која још није постала правноснажна, јер није било одлучено о жалби коју је оптужени против те пресуде изјавио, тада није било законских услова за преиначење пресуда у смислу цитираног законског прописа, па је онда првостепени суд у својој новој пресуди и одлуци о казни прекорачио овлашћење које суд има по закону и остварио повреду кривичног закона из чл. 365. ст. 5. ЗКП (чл. 335. т. 5).

(ВСХ, Кж 823/69-3 од 12. VI 1969., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1969. годину, Загреб 1970, стр. 80).

б) Изрицање јединствене казне за дела у стицају.

1б) Потреба да казна по ранијој правноснажној пресуди није издржана.

За преиначење две или више пресуда у смислу чл. 401. ст. 1. т. 1. ЗКП, којима је против истог осуђеног правноснажно изречено више казни — претпоставка је да постоји законска могућност за изрицање јединствене казне за кривична дела из пресуда. Изрицање јединствене

⁽¹⁾ Код свих судских одлука које су донете пре Закона о кривичном поступку од 1976. год. наведене су и одредбе овог закона, као и чланови претходног закона (у загради), како би се сачувала њихова аутентичност.

казне је, пак, могућно само у случају ако казне изречене тим пресудама нису издржане. То произилази из одредбе чл. 48. КЗ СФРЈ, јер сасвим је разумљиво да у случају ако је казна изречена ранијом пресудом издржана, да онда нема ни основа ни потребе изрицати јединствену казну којом би била обухваћена и та ранија изречена а већ издржана казна.

(ВСС, Кзз. 57/77 од 24. XI 1977. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Београд 1978, бр. 3, стр. 11).

Код изрицања јединствене казне за дела у стицају суд не оцењује правилност појединачних казни изречених правноснажним пресудама.

Кад се ради о поступку преиначавања правноснажних пресуда и без понављања кривичног поступка у смислу чл. 401. (369) ЗКП, суд мора узети као утврђене казне за које је осуђени већ правноснажно осуђен појединим пресудама, те не може дирати у те казне, већ изрећи једну казну применом одредаба о одмеравању једне казне за дела у стицају. Притом не може у том поступку оцењивати правилност појединачних казни изречених правноснажним пресудама.

(ВСХ, Кж 671/71-3 од 13. V 1971., Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске у години 1971. I, Загреб 1971, стр. 111).

3б) Код изрицања јединствене казне за дела у стицају суд не узима у обзир околности настале после правноснажности пресуда.

Код неправог понављања кривичног поступка и спајања казни из правноснажних пресуда изрицањем једне казне за дела у стицају у смислу чл. 401. (369) ЗКП, не узимају се у обзир околности од значаја за казну у смислу чл. 41. ст. 1. КЗ СФРЈ (чл. 38. КЗ) које су настале после правноснажности пресуда, него се нова казна изриче само на основу оних околности које су у редовном кривичном поступку биле узете и цењене код одмеравања казни. Ово зато што се код изрицања казне у смислу чл. 401. ЗКП само примењују одредбе о стицају. Нове пак околности могу послужити као основ за примену неког другог ванредног правног средства (ванредно ублажавање казне).

(ВСС, Кж. I. 118/75 од 7. II 1975. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 1976, бр. 1, стр. 14).

2. Поступак неправог понављања кривичног поступка

а) Несаслушавање противне странке

Код преиначавања правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка у смислу чл. 401. (369) ЗКП запажено је да судови не примењују одредбу чл. 401. ст. 5. (чл. 369. ст. 4.) ЗКП, тј. кад приме предлог јавног тужиоца да не саслушавају противну странку. Посебно је то случај кад се осуђени налази на издржавању казне, а предлог за преиначење пресуде поднесе јавни тужилац. У будућем раду такав пропуст ваља отклонити и увек саслушати и противну странку о предлогу за преиначење пресуде.

Објашњење радне групе за проучавање проблематике новелираног ЗКП формирана у Врховном суду Хрватске, Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1969. годину, Загреб 1970, стр. 80). ⁽¹⁾

б) Неприбављање комплетних списа од судова чије се пресуде преиначују

Запажено је да судови врше преиначење правноснажних пресуда а да претходно не прибаве комплетне списе свих тих суђења, него се задовоље увидом у препис пресуда. На тај начин често долази до повреда закона, јер судови немају увида у све податке списка, па долази до неправилних изрека о урачунавању у нову казну времена проведеног у притвору и на издржавању казне, а нису ретки случајеви да истовремено два суда у погледу једне те исте раније пресуде примењују пропис чл. 401. (369) ЗКП, па долази до повреде закона, која се тада исправила искључиво захтевом за заштиту законитости. Зато је потребно у сваком случају прибавити све списе у којима су изречене правноснажне пресуде које се морају преиначити у смислу чл. 401. ЗКП и изрећи једна казна за сва дела.

(Објашњење радне групе..., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1969. годину, Загреб 1970, стр. 80).

в) Достављање нове пресуде судовима чије су правноснажне пресуде преиначене

Приликом враћања списка првостепеном суду ваља у те списе приложити и нову пресуду, да би у случају нових поступака други суд имао увид да је већ дошло до примене прописа чл. 401. (369) ЗКП и да је ранија првостепена пресуда преиначена.

(Објашњење радне групе..., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1969. годину, Загреб 1970, стр. 80).

II ПРАВО ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

1. Понављање кривичног поступка који је окончан решењем о изрицању мере безбедности

И онда кад је према учиниоцу на темељу чл. 63. КЗ СФРЈ и чл. 494. ЗКП (чл. 61. КЗ и чл. 455. ЗКП) изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи (раније упућивана у завод за друштвено болесна лица или други завод за чување и лечење) — могуће је одлучивати о захтеву за понављање кривичног поступка у смислу одредаба чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП (чл. 372. ст. 1. т. 4), кад се утврди да та особа уопште није учинила кривично дело у односу на које је вођен кривични поступак и изречена мера безбедности, будући да је у кривичном поступку могуће ту меру безбедности изрећи само ако је утврђено на основу проведених доказа да је окривљени учинио одре-

¹⁾ У раду се наводи неколико објашњења Радне групе за проучавање проблематике новелираног ЗКП јер и она, као и судске одлуке, садрже став врховног суда у погледу одређених института.

Бено кривично дело, те да је у време извршења тог дела био неурачуњлив (чл. 494. ст. 3. ЗКП).

(ВСХ, Кж 670/71- Зод 24. VI 1971., Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске у години 1971. I, Загреб 1971, стр. 111).

2. Разлози за понављање кривичног поступка

а) Околности које не могу довести до ослобођења осуђених или њихове осуде по блажем закону, чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП .

1а) Захтеви двојице саучесника за понављање кривичног поступка одбачени су. Осуђени су у својим захтевима покушали да већи део кривице пребаце један на другог, а што је било истицано и у расправном поступку и било оцењено у пресуди првостепеног суда. И када би се у поступку за понављање кривичног поступка утврдило да је код појединог осуђеног постојао већи или мањи интензитет у заједничком деловању те околности у смислу чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП (чл. 372. ст. 1. т. 4) не би могле проузроковати ослобођење осуђених или њихову осуду по блажем закону.

(ВСХ, Кж 148/69 од 15. VI 1969., Преглед праксе Врховног суда Хрватске у 1969. години, Загреб 1970, стр. 81).

2а) Решењем окружног суда одбачен је захтев осуђеног за понављање кривичног поступка довршеног правоснажном пресудом истог суда којом је подносилац захтева оглашен кривим и осуђен за тешко кривично дело против опште сигурности из чл. 273. ст. 2. у вези са чл. 271. ст. 1. КЗ.

Против овог решења изјавио је жалбу осуђени инсистирајући на извођењу нових доказа о лошем здравственом стању погинуле за живота, услед чега је дошао до њене убрзане смрти после удеса. У доказ тога жалилац је предложио судско-медицинско вештачење, сматрајући да би оно довело до новог чињеничног стања које би било од утицаја на његову кривичну одговорност.

Врховни суд је ову жалбу као неосновану одбио.

Из образложења:

„Закон не прави разлику да ли је лице које је кривицом возача страдало у саобраћајном удесу било пре своје смрти здраво или болесно, младо, средовечно или старо, те и да ли би, да није било удеса, живело краће или дуже. Законом заштећено добро јесу животи људи, без обзира на њихова лична својства. Сходно томе, уколико би и стајала околност да је унесређена бициклисткиња за живота боловала од такве болести која је имала или могла имати утицаја на брже наступање смртног исхода после повреде задобијених у саобраћајној несрећи, та околност не би имала утицаја на постојање кривичне одговорности проузроковача удеса. Ово с обзиром на то да је несумњиво доказано да је смрт настрадале бициклисткиње била насилна и да је повреде задобила од удара возила којим је управљао осуђени.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж II 576/75 од 16. X 1975., Збирка судских одлука, 1977, књ. 2, св. 2, стр. 45).

б) Докази који немају карактер нових доказа у смислу чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП.

16) Захтев за понављање кривичног поступка, који се заснива на налазу стручњака ангажованог од стране одбране, ван кривичног поступка, одбациће се као процесно неодогађајући уколико се захтев не заснива на новој чињеници или доказу који, у налазу вештака датом током кривичног поступка, није обухваћен.

Налаз и мишљење стручњака ангажованог од стране одбране, који се заснива на идентичном чињеничном материјалу, али даје противречно или измењено мишљење ранијем налазу, где се, дакле, ради о различитом тумачењу истих чињеница (трагова), о различитој примени правила струке, не може се сматрати новим доказом, то ће суд поступити у смислу члана 407. ст. 1. (чл. 375. ст. 1.) ЗКП.

(Став седнице Кривичног одељења Врховног суда Војводине од 23. XI 1976. год., Гласник Адвокатске коморе Војводине, 1977, бр. 3, стр. 37).

26) Налаз и мишљење лекара који је после три године по догађају у грађанској парници на основу исте медицинске документације која је била подлога у кривичном поступку за доношење осуђујуће пресуде, изјавио да та документација не даје сигуран основ за закључак да се у наведеном случају радило о потресу мозга као тешкој телесној повреди, не представљају нови доказ који би у смислу чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП (чл. 372. ст. 1. т. 4) био подесан да се на основу њега допусти понављање кривичног поступка. Ово због тога што су наведене повреде на основу исте документације биле предмет оцењивања првостепеног и другостепеног суда и потрес мозга био оцењен као тешка телесна повреда и доследно томе судови у кривичном поступку правилно квалификовали кривично дело као кривично дело из чл. 41. ст. 1. КЗ Хрватске (чл. 141. ст. 1. КЗ).⁽¹⁾ Стога налаз и мишљење новог вештака не представљају нове чињенице нити нови доказ који би, у вези с ранијим доказима, био подесан да проузрокује ослобођење осуђеног или осуду по блажем закону.

(ВСХ, Кж 1494/68-3 од 28. XI 1968., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1968. годину, Загреб 1969, стр. 95).

36) Не може се сматрати новим доказом подобним за понављање кривичног поступка налаз и мишљење вештака за саобраћај који се заснива на проучавању списка, без дела записника о увиђању, фото-снимка са скицом лица места и пресуде, а који није учествовао у раније окончаном кривичном поступку.

(Пресуда ВС Војводине, Кж 1162/75 од 28. X 1975., Гласник Адвокатске коморе Војводине, 1977, бр. 4).

в) Продужено кривично дело, чл. 404. ст. 1. т. 6. ЗКП

1в) Накнадно откривање радње осуђеног лица, које са радњама за које правноснажно осуђено чине продужено кривично дело, не могу бити предмет нове оптужбе, већ под условима из члана 404. ст. 1. т. 6. могу бити основ за понављање кривичног поступка.

(Општински суд у Ђуприји, К-бр. 227/77 од 12. I 1978. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 1978, бр. 8—9, стр. 12 и Решење

⁽¹⁾ Усаглашавање са одредбама нових кривичних закона извршено је у зависности од тога који је републички, одн. покрајински врховни суд донео одлуку која се излаже.

Врховног суда Босне и Херцеговине Кж 1151/74 од 15. XI 1974., Збирка судских одлука, 1976, књ. 1, св. 3, стр. 65).

2в) Кад је оптужени проглашен кривим због кривичног дела недопуштене трговине из чл. 113. КЗ Хрватске (чл. 226. КЗ) извршеног у времену од 1960. до конца 1962. правомоћном пресудом од 11. листопада 1963., а која је постала правомоћна 16. сијечња 1964., тада тај исти оптужени не може бити без понављања кривичног поступка у смислу члана 404. ст. 1. т. 6. ЗКП (чл. 380. ст. 1. т, 6) проглашен кривим за ново кривично дело недопуштене трговине из исте продужене делатности извршене у 1963. години.

(ВСХ, Кж 1742/66 од 28. XII 1966., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1966., Загреб 1967, стр. 35).

3. Доказивање чињеница на основу којих се тражи понављање кривичног поступка

а) Неподесно доказивање лажног исказа сведока

1а) Други докази на основу којих се доказује да је исказ сведока лажан долази у обзир у смислу чл. 404. ст. 2. ЗКП (чл. 372. ст. 2) само онда ако је сведок умро или ако постоје околности које искључују кривично гоњење. У сваком другом случају наводни лажни исказ сведока као подлога за понављање кривичног поступка треба доказати правноснажном пресудом.

Стога чињеница да је против сведока покренут кривични поступак због кривичног дела из чл 186. КЗ Хрватске (чл. 283. КЗ), али да није довршен јер се тај сведок налази привремено у иностранству — не представља случај из чл. 404. ст. 2. ЗКП.

(ВСХ, Кж 577/69-3 од 21. V 1969., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1969. годину, Загреб 1970, стр. 80 — 81).

2а) На подлози писмене изјаве сведока о томе да је дао лажан исказ у ранијем поступку не може се дозволити понављање кривичног поступка, ако се против таквог сведока може спровести поступак за кривично дело давања лажног исказа из чл. 283. Кривичног законика и исходити правоснажна пресуда.

(Пресуда Врховног суда Југославије Кз 65/67 од 6. IX 1967. године, Збирка судских одлука 1967, књ. XII, св. 3, стр. 65).

б) Неподесно доказивање лажног исказа вештака

Уколико осуђени у свом захтеву за понављање кривичног поступка доводи у сумњу правилност поступања вештака који су вршили дактилоскопско вештачење, односно истинитост њихових налаза и мишљења, онда се будући да би такво поступање вештака представљало кривично дело, такве чињенице морају по чл. 404. ст. 2. ЗКП (чл. 372. ст. 2) у вези ст. 1. доказивати правоснажном пресудом којом су наведена лица проглашена кривим за односно кривично дело (осим ако су она умрла или ако постоје околности које искључују кривично гоњење, што овде није случај). Будући да осуђени није поднео такву пресуду којом би доказао наведене чињенице, то није остварен разлог из чл. 404. ст. 1. т. 1. и 2. ЗКП за понављање кривичног поступка.

(ВСХ, Кж 1735/68-3 од 19. XII 1968., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1968. годину, Загреб 1969, стр. 94).

в) Дужност прибављања нових доказа

Суд није овлашћен да осуђеном прибавља нове доказе, јер у смислу чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП (чл. 372. ст. 1. т. 4) нове чињенице и нове доказе који су подесни да проузрокују ослобођење лица које је било осуђено или његову осуду по блажем или строжем кривичном закону итд., да би се тражило понављање поступка, треба да изнесе односно поднесе осуђени, одн. лице које ставља захтев за понављање кривичног поступка. (ВСХ, Кж 1469/68-3 од 19. XI 1968., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1968. годину, Загреб 1969, стр. 95).

4. Субјекти који су овлашћени, одн. нису овлашћени да поднесу захтев за понављање привичног поступка

а) Могућност оштећеног као тужиоца да поднесе захтев за понављање кривичног поступка

Кад је по захтеву оштећеног као тужиоца вођен кривични поступак против истог окривљеног лица због истог кривичног дела, па у извињају⁽¹⁾ решењем суда правоснажно обустављен, онда, у случају да је оштећени поднео пријаву и предложио да се против окривљеног настави кривични поступак, суд не може поступак обуставити на основу чл. 171. ст. 1. т. 3. ЗКП (чл. 146. ст. 1. т. 4) истичући приговор пресуђене ствари, без обзира на погрешно схватање оштећеног као тужиоца да се ради о новој пријави и без обзира што је он свој поднесак назвао кривичном пријавом уместо захтевом за понављање кривичног поступка у смислу чл. 405. ст. 1. ЗКП (чл. 379. ст. 1). Уместо доношења решења о обустављању новог поступка, суд је дужан да оцени да ли се докази, које је оштећени као тужилац навео, могу третирати као нови докази и да ли су се према томе стекли услови за поновно покретање кривичног поступка.

(ВСХ, Кж. 1772/66 од 18. XI 1966., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1966. годину, Загреб 1967, стр. 70).

б) Немогућност оца осуђеног да поднесе захтев за понављање кривичног поступка за живота осуђеног

Отац осуђеног, док осуђени живи и налази се на издржавању казне, није овлашћен да поднесе захтев за понављање кривичног поступка у корист осуђеног, нити то може учинити преко адвоката кога би сам овластио да у име осуђеног поднесе захтев. После довршеног кривичног поступка пуномоћник кога узме отац осуђеног може се сматрати само његовим — очевим пуноћником, а никако не и браниоцем осуђеног којег би за њега узео отац по чл. 67. ст. 3. ЗКП (чл. 66. ст. 3). Лица наведена у чл. 67. ст. 3. ЗКП могу за окривљеног узети браниоца само до окончања редовног кривичног поступка, а никако не и за подношење ванредног правног лека, у овом случају захтева за понављање кривичног поступка. У противном би се у ствари изиграла одредба чл. 405. ст. 1. ЗКП (чл. 373. ст. 1), по којој лица наведена у чл. 360. ст. 2. ЗКП (чл. 330.

(¹) Иако се по ЗКП више не води извињај случај је приказан јер аналогна ситуација настаје и у случају када је обустављена истрага.

ст. 2) нису иначе овлашћена да за живота осуђеног у његову корист подносе захтев за понављање кривичног поступка. Такав захтев ваља по чл. 407. ст. 1. ЗКП (чл. 375. ст. 1) одбацити, као захтев кога је поднело неовлашћено лице.

(BCX, Кж 1513/68-3 од 28. XI 1968., Преглед праксе Врховног суда Хрватске, 1968. година, Загреб 1969, стр. 48).

5. Рок за подношење захтева за понављање кривичног поступка на штету осуђеног

а) Рок од шест месеци за понављање кривичног поступка који је окончан пресудом

Рок од 6 месеци за подношење захтева за понављање кривичног поступка на штету лица против којег се водио кривични поступак, — односи се само на оне случајеве у којима је ранија одлука била донета у облику правоснажне осуђујуће или ослобађајуће пресуде. Ово зато што се пропис чл. 405. ст. 2. ЗКП (чл. 373. ст. 2), којим се предвиђа таква забрана, — категорички односи само на ранију пресуду, због чега се тај рок — као изричито предвиђени изузетак, — и не може односити на оне случајеве у којима ранија одлука није донета у виду осуђујуће или ослобађајуће пресуде.

(Став седнице Кривичног одељења ВСС од 17. III 1976. године, Врховни суд Србије, Билтен судске праксе, 1976, бр. 8—9, стр. 5).

б) Рок дужи од шест месеци за понављање кривичног поступка који је окончан решењем

Понављање кривичног поступка на штету окривљеног, који није довршен пресудом, дозвољено је и после протека рока од 6 месеци од сазнања за нове чињенице или нове доказе.

(ВС Србије, Кж. II. 258/75 од 13. V 1975. године, ВСС, Билтен судске праксе, 1976, бр. 1, стр. 14).

6. Поступак по захтеву за понављање кривичног поступка

а) Надлежност суда

Према пропису чл. 406. (чл. 374) ЗКП о захтеву за понављање кривичног поступка одлучује суд који је у ранијем поступку судио у првом степену. У општинском суду о захтеву одлучује веће из чл. 23. ст. 6. ЗКП (чл. 18. ст. 3), а кад у општинском суду такво веће није могло бити формирано, одлуку ће у смислу чл. 555. ст. 3. (чл. 513. ст. 3) ЗКП донети судија појединац тог општинског суда.

(BCX, Кж 396/69-3 од 2. IV 1969., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1969. годину, Загреб 1970, стр. 81).

б) Извиђање чињеница, одн. доказа наведених у захтеву за понављање кривичног поступка

1б) Извиђање чињеница без присуства окривљеног

— У поступку за понављање кривичног поступка у смислу чл. 407. ст. 2. ЗКП (чл. 375. ст. 2) није учињена повреда закона нити повређено право осуђеног, када он није био обавештен о саслушању сведока предложених у поступку понављања кривичног поступка и кад није присуствовао њиховом саслушању. Ова саслушања проведена су у оквиру извида из чл. 407, ст. 2 (чл. 375. ст. 2), а ти извиди немају карактер истражних радњи

којима могу под одређеним условима присуствовати странке, чл. 225. у вези чл. 168. ЗКП (чл. 210. у вези чл. 156).

(ВСХ, Кж 1510/68-4 од 15. I 1969., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1969. годину, Загреб 1970, стр. 81).

2б) Извиђање чињеница без присуства браниоца осуђеног

Околност да је суд, — поступајући по захтеву осуђеног за понављање кривичног поступка — извиђање чињеница и доказа вршио без присуства браниоца осуђеног — не представља битну повреду одредаба кривичног поступка из чл. 364. ст. 2 (чл. 334. ст. 2) ЗКП, јер суд тада врши извиђање ради провере навода из захтева, а у оквиру тих извиђања није ни био дужан да обезбеђује присуство браниоца.

(Врховни суд Србије, Кж II. 680/76 од 16. XII 1976. године, ВСС, Билтен судске праксе, 1977, бр. 8—9, стр. 4).

в) Оцена доказа наведених у захтеву за понављање кривичног поступка

1в) И ванрасправно веће суда, које решава о предлогу за понављање кривичног поступка, овлашћено је да оцењује да ли су понуђени докази, кад се упореде са онима који су већ изведени у поступку који је правоснажно довршен такве природе да би, уколико се они утврде као истинити, могли довести до ослобађајуће пресуде или до осуде лица које је било ослобођено од оптужбе. То оцењивање је по своме карактеру друкчије од онога које обавља расправно веће на темељу оценом одређених изведених доказа утврђује постојање или непостојање неке чињенице. (ВСХ, Кж 817/66 од 24. V 1966., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1966. годину, Загреб 1967, стр. 70—71).

2в) Приликом одлучивања о захтеву за понављање кривичног поступка ванрасправно веће може одлучивати само да ли су поднесени докази, с обзиром на њихов садржај и доказну снагу, такви да могу да доведу у сумњу правилност чињеничног стања утврђеног у ранијем поступку односно веродостојност доказа изведених у том поступку, те захтев може одбити само када нађе да очигледно нису подесни за то, али никако не може улазити у коначну оцену веродостојности тих доказа.

(Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1966. годину, Загреб 1967, стр. 71).

д) Дозвола понављања кривичног поступка

(Жалба на решење о дозволи понављања кривичног поступка)

Жалба на решење суда којим је дозвољено понављање правоснажно довршеног кривичног поступка, — дозвољена је сходно члану 394. ст. 1 (чл. 362. ст. 1) Закона о кривичном поступку, пошто ниједном одредбом овог закона није изричито одређено да таква жалба није дозвољена. На дозвољеност жалбе указује и одредба чл. 408. ст. 5 (чл. 376. ст. 5) ЗКП која претпоставља претходну правоснажност решења којим се дозвољава понављање кривичног поступка.

(Правно схватање усвојено на седници Кривичног одељења Врховног суда Србије од 17. III 1976. године, Билтен судске праксе, 1976, бр. 4. стр. 2).

г) Понављање кривичног поступка

1г) правила која важе за нови поступак

Другостепени суд испитује пресуду суда првог степена само у оном делу у којем се побија жалбом, с тим да увек мора по службеној дужности испитати да ли постоје повреде закона наведене у чл. 376. ст. 1. т. 1. и 2. ЗКП (чл. 346. ст. 1. т. 1. и 2).

Ово процесно правило очигледно важи не само у редовном поступку већ и у случају кад првостепени суд у поступку за понављање кривичног поступка доноси пресуду против које је изјављена жалба, чл. 409. ст. 3. ЗКП (чл. 377. ст. 3), а што следи из одредбе чл. 409. ст. 1. ЗКП (чл. 377. ст. 1), према којој за поступак који се води на основу решења којим је дозвољено понављање кривичног поступка, важе исте одредбе као и за први поступак.

Кад је у конкретном случају јавни тужилац изјавио жалбу против првостепене пресуде донесене у поступку понављања и то само због одлуке о казни, сматрајући да је изречена казна преблага, другостепени суд је био овлашћен да оцењујући основаност жалбе јавног тужиоца, испитује првостепену пресуду само у оквиру изјављене жалбе...

(Врховни суд Југославије, Кж 27/70 од 29. V 1971. у односу на пресуду Врховног суда Хрватске, Кж 78569 од 2. IX 1969., Преглед судске праксе ВС Хрватске у години 1971, I, Загреб 1971, стр. 108).

2г) Пресуда у новом поступку

(Обавезан елеменат нове пресуде)

Након допуштеног понављања кривичног поступка у корист осуђеног из разлога из чл. 404. ст. 1. т. 4. (чл. 380. ст. 1. т. 4) ЗКП првостепени суд изрекао је нову пресуду:

а) којом је пропустио да у смислу одредбе чл. 409. ст. 3. (чл. 385. ст. 3) ЗКП одлучи о ранијој пресуди у смислу њеног „...стављања ван снаге или остављања пресуде на снази“,

б) којом је неправилно осуђеног поново прогласио кривим за чињеничко и правно исто дело односно кривично дело као и у претходној пресуди у односу на коју је било допуштено понављање кривичног поступка због разлога из чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП,

в) којом је незаконито осуђеном одмеравао казну и то због истог кривичног дела као и у ранијој пресуди, чл. 41. ст. 2. КЗ Хрватске (чл. 141. ст. 2. КЗ) и то преиначивши казну у корист осуђеног.

(ВСХ, Кж 3260/63, Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1964. годину, Загреб 1964, стр. 41).

7) Утицај застарелости на понављање кривичног поступка

Кад је у односу на једно лице наступила застарелост гоњења за то кривично дело, онда није допуштено понављање кривичног поступка на штету ослобођеног лица.

(ВСХ, Кж 833/66 од 2. VI 1966., Преглед праксе Врховног суда Хрватске за 1966. годину, Загреб 1967, стр. 71).

8) Понављање кривичног поступка поводом захтева за заштиту законитости

И у случају кад је захтев за заштиту законитости подигнут на штету окривљеног, суд који одлучује о захтеву овлашћен је да побијану одлуку укине и нареди да се одржи нов главни претрес због тога што постоји основана сумња да је чињенично стање у побијеној одлуци у погледу одлучних чињеница на штету окривљеног погрешно или непотпуно утврђено.

(Кзс-15/75 од 23. V 1975., Савезни суд, Билтен судске праксе, 1975, бр. 1, стр. 30).

Б. Анализа судске праксе

Да би се сагледала примена ванредног правног лека понављања кривичног поступка, а нарочито да би се запазила конгруенција праксе или њено одступање од правних норми које овај институт регулишу, потребно је извршити груписање изложених ставова врховних судова према другачијем критеријуму од оног који истиче његов законом нормирани редослед. Анализа изложених ставова захтева њихово груписање не према законском току по коме су они претходно распоређени, већ према њиховој сличности, одн. заједничким карактеристикама да представљају тумачење законских одредаба, затим тумачење извесних ситуација које нису законом регулисане (правне празнине) или представљају претечу извесних одредаба Закона о кривичном поступку од 1976. године. Поред тога, посебну групу чине ставови у којима је указано на погрешну примену законских одредаба од стране суда или на погрешно улагање овог правног лека од стране његових титулара.

1. Ставови који представљају тумачење законских одредаба

У теорији се тумачење правне норме која постоји обележава као „тумачење у ужем смислу“, а тумачење правне норме која не постоји, тј. правне празнине као „тумачење у ширем смислу“⁽¹⁾. Изложени ставови судске праксе настали су, такође, из потребе да се утврди прави смисао неке правне норме или да се отклони, одн. попуни правна празнина, па, отуда, и у оквиру њих можемо издвојити ставове који представљају пример првог, одн. другог облика тумачења.

Тумачење закона у ужем смислу налазимо и код неправог и код правог понављања кривичног поступка. Кад је реч о неправом понављању, овој категорији ставова припадају следећи: да казна по ранијој правоснажној пресуди није издражана (I, 1, 1, 16); да суд код изрицања јединствене казне за дела у стицању не оцењује правилност појединачних козни изречених правоснажним пресудама (I, 1, 26) и да код изрицања јединствене казне за дела у стицају суд не узима у обзир околности настале после правноснажности пресуда (I, 1, 36).

Код случајева правног понављања срећемо, такође, бројне ставове који представљају тумачење неких законских одредаба, а тичу се: околности које не могу довести до ослобођења осуђених или њихове осуде по блажем закону, чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП (II, 2, 1a и 2a); доказа који

(1) Лукић Р. и Кошутић Б., Увод у право, Београд 1975, стр. 322.

немају својство нових доказа у смислу чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП (II, 2, 16, 26 и 36); продуженог кривичног дела (II, 2, 1ц и 2ц); непосредног доказивања лажног исказа вештака (II, 3, б); дужности прибављања нових доказа (II, 3ц) и немогућности оштећеног као тужиоца да поднесе захтев за понављање кривичног поступка (II, 4, а).

Што се тиче самог поступка по захтеву понављања, тумачење законца запажамо код ставова који се односе на: извињање чињеница без присуства окривљеног и његовог браниоца (II, 6, 16 и 26); оцену доказа наведених у захтеву за понављање кривичног поступка (II, 6, 1ц и 2ц) и правила која важе за нови поступак (II, 6, 1е).

Упоредивања изложених ставова показују да се међу њима јављају значајне разлике иако они, у суштини, припадају истом облику тумачења права у ужем смислу речи. Наиме, у зависности од природе правне норме која се тумачи, одн. од степена њене одређености или општости, неки ставови врховних судова дају објашњење законских формулација и појмова (напр. истицање свих последица до којих доводи правоснажност претходних одлука код неправог понављања кривичног поступка), а други дају правну оцену одређених фактичких околности које могу или не могу бити основ за улагање захтева за понављање кривичног поступка. Значај и једног и другог облика тумачења је веома велики. Међутим, док је код првих случајева тумачење закона у извесном смислу дефинитивно јер не наговештава могућност нових спорних питања, код других случајева број спорних питања никада не може бити исцрпљен из једноставног разлога што се они баве тумачењем одређених фактичких околности које не могу бити правом у потпуности предвиђене, нити обухваћене. То је, истовремено, и разлог што се потреба за тумачењем првих случајева јављала сасвим ретко, док је код других случајева, бар неких од њих, пракса различито поступала што је доводило до неједнаке примене права. Оваква ситуација постојала је нарочито онда када се захтевало понављање кривичног поступка на основу чл. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП, тј. када се изнесу нове чињенице или се поднесу нови докази који су сами за себе или у вези са ранијим доказима подобни да проузрокују ослобођење лица које је било осуђено или његову осуду по блажем или строжем кривичном закону или осуду лица које је било ослобођено од оптужбе, одн. против кога је ван случајева из чл. 402. ЗКП оптужба одбијена. Тако поједини аналитичари судске праксе истичу да „поводом поднетих захтева за понављање кривичног поступка са приложеним налазом и мишљењем вансудских стручњака, судови поступају на различите начине: једни алимине такве захтеве одбацују (чл. 407. ст. 1. ЗКП); други алимине такве захтеве усвајају и дозвољавају понављање кривичног поступка (чл. 408. ст. 1); трећи „оцењују“ налаз и мишљење вансудских стручњака и на основу те „оцене“ одлучују поводом захтева (негативно или позитивно), а четврти спроводе неке извијаје (чл. 407. ст. 2)“⁽¹⁾.

По мишљењу истог аутора, ниједан од наведених начина поступања није ни правилан нити законит, већ решење треба тражити полазећи од основног и главног начела кривичног процесног права, од начела исти-

⁽¹⁾ Петрић, Б. 1, Мишљење стручњака и понављање кривичног поступка, Гласник Адвокатске коморе Војводине, 1977, бр. 3, стр. 11.

не.⁽²⁾ Тако, да би налаз и мишљење вансудских стручњака био подобан као нов доказ или чињеница за понављање кривичног поступка, мора да се заснива на некој новој чињеници или доказу који није био познат судским вештацима који за тај доказ нису знали, јер или није постојао или није био доступан или им, из било којих разлога, није био презентираан, тако да га нису узели уобзир и ценили колико је он уопште релевантан. То значи да различита интерпретација чињеница и доказа који су били познати судским вештацима објективно не представља ни нов доказ ни нову чињеницу која би оправдала понављање кривичног поступка.⁽³⁾ Други теоретичари изражавају исти став; наиме, да се „повнављање поступка може тражити на основу нових чињеница и доказа одређеног квалитета, али се понављање не може тражити на основу новог тумачења ранијих доказа“.⁽⁴⁾

Ставови судске праксе су истоветни са изложеним теоријским мишљењима у погледу оцене о постојању или непостојању нових чињеница и нових доказа који су подобни или нису подобни да доведу до понављања кривичног поступка. Међутим, значај судске праксе је и код овог питања велики јер се њеним примерима животних околности (као што је, пребацивање већег дела кривице једног осуђеног на другог) поткрепљују теоријска мишљења која овај разлог за понављање поступка оцењују само начелно.

У оквиру ове групе ставова судске праксе налазимо и друга значајна тумачења, као што су: неподесно доказивање лажног исказа сведока, дужност прибављања нових доказа, извиђање чињеница без присуства окривљеног и браниоца, оцењивање доказа и др.

2. Тумачење правних празнина

У кривичном процесном праву правне празнине нису тако бројне. Оваква ситуација наговештена је већ у чл. 1. и 2. ЗКП који прописује да „овај закон утврђује правила којима се осигурава да нико невин не буде осуђен, а да се кривцу изрекне привична санкција под условима које предвиђа кривични закон и на основу *законито спроведеног поступка*“ (чл. 1) и да кривичну санкцију може учиниоцу кривичног дела изрећи само надлежан суд у поступку који је покренут и спроведен по Закону о кривичном поступку (чл. 2). Смисао принципа законитости у границама кривичног процесног права је у томе што својим присуством даје *правни карактер* кривичном поступку и његовим институтима.⁽¹⁾ Међутим, правне празнине су, ипак, могуће и у овој грани права. На овоме месту неће бити указано на разлоге појаве правних празнина у кривичном процесном праву, нити ће се оне систематски изложити, него ће се издвојити само оне правне празнине које су карактеристичне за институти понављања кривичног поступка.

Потреба за тумачењем правних празнина код овог института појавила се како у погледу случајева код којих је допуштено понављање,

⁽²⁾ Ibid.

⁽³⁾ Петрић, Б. 1, *оп. cit.* стр. 12.

⁽⁴⁾ Васиљевић Т., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд, 1977, стр. 490.

⁽¹⁾ Димитријевић Д., *Кривично процесно право*, Београд, VI изд., стр. 44, 45.

тако и код самог тока понављања кривичног поступка. Међутим, ради оцене ових тумачења које је дала судска пракса и њиховог сврставања у одређене облике тумачења правних празнина, мора се поћи од општих теоријских ставова о томе да се попуњавање правних празнина постиже тумачењем у ширем смислу. При томе је од посебног значаја став да се „код тумачења у ширем смислу делимично врши и замена датог језичког значења другим, које није дато“, одн. да се „постојећа норма формулише на нов начин, тако да обухвата и оне случајеве који нису обухваћени њеним непосредним, изричним језичким значењем, иако је то значење у ствари такво да посредно обухвата и такве случајеве“. (1)

Први случај таквог широког тумачења правне празнине налазимо у пресуди Врховног суда Хрватске, Кж 670/71-3 од 24. VI 1971. године (II, 1) (2), у којој је заузет став да се може поновити и кривични поступак који је окончан решењем о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, иако чл. 404. ЗКП предвиђа само понављање кривичног поступка који је окончан правоснажном пресудом. Међутим, како се решење о примени мере безбедности, с обзиром на чл. 493—494 суштински појављује као мериторна одлука у вези са извршеним кривичним делом она се у погледу чл. 404. ЗКП мора изједначити са пресудом. (3) У овом случају је као облик тумачења правне празнине примењена *аналогија* која је, у ствари, логички нужна кад социолошка анализа покаже да у оба случаја (и ситуације регулисане правом и правне празнине) постоји истоветан интерес који се штити истом нормом. (4)

Код самог поступка по захтеву за понављање јављају се две правне празнине. Прва од њих тиче се рока за понављање кривичног поступка у случају да је он окончан решењем. Наиме, Закон о кривичном поступку прописује рок од 6 месеци за понављање на штету осуђеног само у случају да је поступак окончан правоснажном пресудом (чл. 405. ст. 2), док за понављање кривичног поступка који је окончан решењем нема посебне законске одредбе. У пресуди Врховног суда Србије Кж II 258/75 од 13 V 1975. године (II, 5, б) изражено је схватање да је ова врста понављања кривичног поступка (на штету осуђеног), када он није довршен пресудом дозвољена и после протека рока од 6 месеци од сазнања за нове чињенице и нове доказе.

У описаном примеру тумачење правне празнине остварено је путем *разлога супротности* (*argumentum a contrario*). Наиме, код овог тумачења се „утврђује да правна норма обухвата извесне случајеве, док случај који представља правну празнину није обухваћен њом. Пошто је норма предвиђена само за случајеве које обухвата, значи да се не може применити на остале случајеве које не обухвата. За ове друге случајеве треба применити норму која је супротна од ове“. (5)

(1) Лукић Р. и Кошутих Б., *op. cit.* стр. 389, 390.

(2) У теорији се као пример тумачења ове правне празнине наводи пресуда Врховног суда Србије из 1967. године, Кж 673/67; Васиљевић Т., *op. cit.* стр. 486.

(3) Васиљевић Т., *op. cit.* стр. 486; Цвијовић О. и Поповић Д., *Закон о кривичном поступку са коментаром*, Београд 1977, стр. 309.

(4) Лукић Р. и Кошутих Б., *op. cit.* стр. 380.

(5) Лукић Р. и Кошутих Б., *op. cit.* стр. 376, 377.

Код приказаног случаја, као и код других код којих је примењен *argumentum a contrario*, вредност овог метода није одређена чисто логичким путем, већ само одговарајућим циљем тумачења.⁽²⁾

Друга правна празнина појавила се код питања да ли је против решења којим се дозвољава понављање кривичног поступка допуштена жалба или није допуштена. Међутим, у овом случају постојање правне празнине је само привидно јер је питање ове жалбе регулисано у чл. 394. ЗКП у оквиру жалбе на решење, као општег института. Поменућа одредба прописује да „против решења истражног судије и против других решења суда донесених у првом степену, странке и лица чија су права повређена могу изјавити жалбу увек кад у овом закону није изрично одређено да жалба није дозвољена“. Пошто за случајеве одбацивања, одбијања, као и прихватања захтева за понављање поступка жалба није ниједном одредбом искључена, примењује се наведени општи пропис. Према томе, ова „правна празнина“ покривена је општом правном нормом која регулише институт жалбе на решење, те и нема потребе за њим тумачењем. Супротно томе, посебно истицање жалбе у одредбама које регулишу понављање кривичног поступка било би сувишно.

Ставови теорије о допуштености жалбе на одлуку суда о захтеву за понављање кривичног поступка нису јединствени. У неким случајевима се признаје дозвољеност жалбе вишем суду против свих одлука поводом захтева за понављање кривичног поступка; наиме, против решења о одбијању, одбачају или задовољавању тог захтева.⁽¹⁾ Други аутори наводе могућност жалбе само у погледу решења о одбацивању захтева за понављање кривичног поступка⁽²⁾, док се код трећих наводиса амо допуштеност жалбе против решења о притвору⁽³⁾ који се одређује по предлогу јавног тужиоца у случају када решење о понављању кривичног поступка постане правоснажно, а дође до обуставе извршења казне (чл. 408. ст. 5. ЗКП).

Међутим, треба рећи да је судска пракса дала и једно допунско тумачење које не срећемо у теорији када се поставља питање о допуштености наведене жалбе. Тако је применом логичког тумачења судска пракса истакла да се и према спосебним одредбама Закона о кривичном поступку подразумева могућност жалбе на одлуку суда о прихватању захтева за понављање поступка јер се у чл. 408. ст. 5. наводи *правоснажност решења* којим се дозвољава ово понављање.

3. Ставови који парафризирају закон

Код ове групе ставова није долазило до тумачења закона, већ само до понављања његовог аутентичног текста. Наиме, у овим случајевима тумачење права није ни било потребно јер су законске одредбе потпуно јасне и одређене, али је у судској пракси и поред тога долазило до њихове погрешне примене или су се странке на њих погрешно позивале

(2) Лукић Р. и Кошутаћ Б., *op. cit.* стр. 378.

(1) Васиљевић Т., *op. cit.* стр. 496.

(3) Петрић Б. 2, Закон о кривичном поступку објашњен судском праксом, Београд 1977, VII изд., стр. 318.

(2) Димитријевић Д., *op. cit.*, стр. 315; Петрић Б. 2, *op. cit.*, стр. 319.

приликом подношења редовних, одн. ванредних правних лекова. Тако је, на пример, закон потпуно јасан када у чл. 405. ст. 1. наводи да захтев за понављање кривичног поступка могу поднети странке и бранилац, а *после смрти* осуђеног захтев у његову корист могу поднети јавни тужилац и лица наведена у чл. 360. ст. 2. ЗКП (брачни друг, сродник по крви у правој линији, усвојилац, усвојеник, брат, сестра и хранилац). Према томе, отац осуђеног као сродник по крви, па и његов пуномоћник, овлашћен је да поднесе захтев за понављање кривичног поступка само после смрти осуђеног, а не и за његова живота (II, 4, б).

Као примери оваквих ставова могу се навести још: случај када је код изрицања јединствене казне за дела у стицају узета у обзир и пресуда која још није постала правоснажна, чиме је остварена повреда одређе чл. 401. ст. 1. т. 1. ЗКП (I, 1, а); несаслушавање противне странке код неправог понављања кривичног поступка (I, 2, а), при чему је повређен чл. 401. ст. 5. ЗКП, као и пропуст суда да у новом поступку одлучи о ранијој пресуди било да је делимично или у целини стави ван снаге или да је остави на снази, када је повређен чл. 409. ст. 3 (II, 6, 2е). Сличне примере код којих се само наводи неспорна садржина законског текста налазимо и у погледу неких других института: надлежност суда, чл. 406. и 555. ст. 3. (II, 6, а); утицаја застарелости на понављање кривичног поступка где се има у виду чл. 405. ст. 3. ЗКП (II, 7), као и понављање кривичног поступка поводом захтева за заштиту законитости по чл. 423. ЗКП (II, 8).

4. Ставови који су претеча законских иновација

У нашем кривичном процесном праву, као и правном систему уопште, ретки су случајеви да је неки став суда или теорије претходно извесним законским поставкама. Такав изузетан пример налазимо у Објашњењу радне групе за проучавање проблематике новелираног ЗКП која је формирана у Врховном суду Хрватске. Ова група је још 1969. године дала препоруку да се код неправог понављања кривичног поступка приликом враћања списка првостепеном суду приложи и нова пресуда да би, у случају нових поступака, други суд имао у виду да је већ дошло до примене прописа чл. 401. (I, 2, ц), а што је усвојио тек Закон о кривичном поступку од 1976. године. Наиме, овај закон прописује у чл. 401. ст. 6. да ће се, у случају да су приликом изрицања једне казне за дела у стицају узете у обзир и пресуде других судова, оверени препис нове правоснажне пресуде доставити и тим судовима. Образложење које је дато за ову законску иновацију истоветно је са оним што је закључила поменута радна група. Истина, ово образложење се односи на одредбу о достављању овереног преписа правоснажне пресуде судовима чије су пресуде узете у обзир приликом одмеравања јединствене казне за дела у стицају (чл. 356. ст. 6. ЗКП), али је, исто тако, наглашено да такво образложење важи и за иновацију код неправог понављања кривичног поступка: „Одредба садржана у новом ставу има практичну сврху да се у случајевима кад суд изрекне једну казну применом чл. 48. КЗ остали су-

дови чије су пресуде у питању обавесте о томе да су казне које су изrekli обухваћене у новој пресуди. Пракса, наиме, указује да услед необавештености ових судова о изрицању јединствене казне од стране неког другог суда не ретко долази до повреде закона на тај начин што се казне које су већ укључене у јединствену казну поново узимају у обзир приликом новог суђења и поново обухватају у јединственој казни“.⁽¹⁾ Из оваквог образложења се види да је законодавац био мотивисан управо оним разлозима на које је указала судска пракса.

Изложени примери показују да се у пракси често јављала потреба за тумачењем закона било због уопштених или непрецизних правних норми, било због постојања правних празнина (*lacuna juris*). Услед тога су врховни судови у процесу примене права истовремено изграђивали и ставове који су представљали неопходну допуну законског текста. Реч је, у ствари, о креативној примени права која је за резултат имала не само решење конкретног случаја, већ и давање путоказа за правилну примену права. Са таквим својствима изложена судска пракса је од значаја не само за оне који примењују право, већ и за оне који проучавају институт понављања кривичног поступка у свом тоталитету — као скуп правних норми које га регулишу и њихову реализацију у пракси.

др Загорка Симић — Јекић

⁽¹⁾ Образложење Нацрта Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку, Београд 1975, стр. 67.

ПРИКАЗИ

D. D. Raphael: PROBLEMS OF POLITICAL PHILOSOPHY, (London 1977).

Циљ који је овим својим радом желео да постигне, аутор у предговору формулише као „увођење истраживача у проблем политичке филозофије (не историје) без претпоставке о претходном познавању филозофије” (VII). Полазећи од таквог схватања, аутор најпре указује на чињеницу да се појмови политичка теорија и политичка филозофија често замењују иако, према његовом мишљењу, међу овим појмовима постоји значајна разлика. Политичка теорија, којом се баве политиколози, утврђујући хипотезе проверљиве у пракси и које могу постати научни закони, представљае би теорију у научном смислу речи, док би политичка филозофија била грана филозофије у смислу примене филозофског мишљења на идеје о друштву и држави. С тим у вези аутор одбацује традиционалистичко схватање према којем политичка филозофија има нормативни и идеолошки карактер постављајући норме или идеолошке стандарде, посебно ако се схвати као идеологија, у смислу доктрине која није подржана рационалним аргументима. Према његовом мишљењу филозофија би била исто толико нормативна колико и теорија која тежи да даје објашњење, односно филозофски процес би био нормативан у том смислу што даје разлоге за прихватање или одбацивање предлога. За разлику од идеолошких судова о вредности, који нису подвргнути рационалном испитивању тестирањем конзистентности и подударности (accordance), те се стога могу назвати идеолошким, закључци политичке филозофије то не могу.

Што се тиче методологије друштвених наука, аутор сматра да она представља грану филозофије науке пошто су многе науке настале из филозофског истраживања. Чињеница, пак, што се филозофија науке или један њен део називају методологијом потврђује да се она не бави само разјашњавањем појмова: појам „методологија” значи студију метода. Отуда, према ауторовом мишљењу, израз методологија друштвених наука је сувише узан да би обухватио само филозофска питања у вези са друштвеним наукама, те би стога требало говорити о студији претпоставки и метода. С друге стране, методологија друштвених наука не сачињава део политичке филозофије, него припада ширем субјекту друштвене филозофије.

У одређивању односа између политичке (politics) и државе, аутор стоји на становишту да је појам политике шири од појма владања (government) у смислу институционалног оквира у којем се врши управљање у држави. У утврђивању пак области политичког (political) осврће се на схватања која покушавају да ово одреде било појмовима власти (power) било сукоба и усваја мишљење да су два појма кључна за разумевање политичке активности, али да се не могу користити као одређујући појмови при утврђивању разлике између политичких и других друштвених односа. Из тога разлога прихвата класично схватање, према којем је политичко оно што се односи на државу.

Прелазећи на одређивање појмова асоцијација (associations) и заједница (communities), аутор полази од Тениесовог (Tönnies) схватања појма Gemeinschaft-a као заједнице претходно створене спонтано (natural will) и Gesellschaft-a као заједнице касније створене на основу планирања и проучавања (rational will) он сам дефинише асоцијацију као „групу лица организованих ради остваривања одређених заједничких циљева или групе оваквих циљева” (33), док за заједницу сматра да не мора имати посебне циљеве нити бити промишљено организована (нпр. породица, нација и сл.). Што се тиче начина регулisaња односа у организованим друштвеним групама, ово се може према његовом мишљењу вршити на начине који се обично описују као демократија, монархија, диктатура, аристократија, олигархија, но сви ови начини не могу се зграничити искључиво на државу нити се демократски начин може сматрати најбољим за све врсте асоцијације и заједница. Са овим питањем аутор даље повезује Аристотелово тражење најбољег облика власти и марксистичко схватање сваке власти као класне. У погледу првог сматра да се према Аристотелу власт не мора вршити у интересу класе или групе, те је он стога и тражио најбољи облик власти која би се вршила у интересу целог друштва. У погледу пак марксистичке теорије, према којој припадници владајуће класе прихватају класни интерес видећи у томе најбољи пут да остваре и свој сопствени, сматра да поређење између државе и других организованих група показује да је психолошка претпоставка ове теорије погрешна. Лични интерес несумњиво игра велику улогу у политици, али не представља једини мотив за акцију — исто тако као и у заједницама мањим него што је држава.

Што се тиче саме државе, аутор сматра да је треба посматрати пре као асоцијацију него као заједницу, и то асоцијацију са највећим степеном организованости у односу на све друге облике асоцијација. Савремена држава је често национална држава, при чему би нација била „група са свим условима за заједнички живот и раст природних осећања лојалности и идентификације, али без ограничавања на специфичну групу циљева” (40). Као асоцијација посебне врсте држава би се разликовала од осталих асоцијација општом и принудном (compulsory) јурисдикцијом у оквиру својих граница, функцијама и методима којима ове функције врши, као и поседовањем суверенитета.

Примарна функција државе састојала би се у решавању односно спречавању сукоба, очувању поретка и обезбеђењу сигурности унутар

граница и од повреда од стране других држава. Ова функција би се могла назвати негативном за разлику од нове, позитивне, која би се састојала у унапређивању благостања и правде. По негативној функцији држава би се разликовала од других асоцијација јер она једина обезбеђује унутрашњу и спољну безбедност, али по позитивној не би пошто ову врше и многе друге асоцијације и заједнице. Овим се истовремено долази и до питања разликовања метода вршења државних функција. У том погледу може се рећи да је основни метод којим држава врши своје функције правни систем, тј. правило о понашању подржана принудном влашћу. Отуда би се и држава могла дефинисати као „асоција примарно одређена да одржава ред и безбедност, вршећи општу јурисдикцију у оквиру својих граница путем права подржаног силом и са признатим сувереним ауторитетом” (53). На приговоре неких аутора да појам правног суверенитета не важи у политици у којој би важио појам политичког суверенитета заснованог на сили а не на правном ауторитету, аутор одговара да овакав појам представља конфузију. Према његовом мишљењу сила је суштински елемент и у политици и у праву, али државни суверенитет се може схватити само као правни суверенитет јер представља атрибут ауторитета државног права, а не силе или власти које држава врши да би учинила ефикасним свој правни систем или своју политику.

У вези са овим питањем аутор прелази на објашњавање разлика између власти и ауторитета и полази од тога да имати ауторитет значи имати право да се нешто чини, и то у двоструком смислу: право на чињење (*right of action*) у ужем смислу које је идентично с правом на издавање наређења, и право на прихватање (*right of recipience*) обавезе вршене у складу са издатим наређењима. Примењено на државу то значи да онај ко врши суверени државни ауторитет има право да грађанима наређује и од њих прихвата спровођење ових наређења која су за њих обавезна. Основ ове политичке обавезе треба видети у праву, јер је оно чинилац који грађанима намеће легалну обавезу, но сам разлог за прихватање ове обавезе треба тражити изван њеног система. Аутор затим излаже решења која су у том погледу давали Платон, Хобс, Лок, Хегел, Грин (*Green*) и Босанке (*Bosanquet*), да би сам закључио да „обавеза произилази из претпостављене моралне обавезе остваривања циљева правде и општег добра, чему држава треба да послужи као средство” (110). Из овога би даље произилазило да држава може стварати политичку обавезу само ако је њено право усмерено на остваривање поменутих циљева, као и то да све што се утврди у оквиру права као целине у појединостима се има сматрати обавезним, али не и то да се сви грађани морају сложити око сваког закона. Сваком грађанину једино мора бити омогућено да се у демократском поступку доношења закона слободно изјасни и уколико на овај начин донети закони представљају вољу већине постају обавезни и за припаднике мањине. Другим речима, само учешће у демократском изборном поступку чланова представничких тела која ће доносити законе садржи обећање учесника у овом поступку да ће касније прихватити одлуку већине. На тај начин,

према ауторовом мишљењу, „теорија правде и општег добра, комбинована са теоријом пристанка, даје право објашњење основа политичке обавезе” (114).

Прелазећи на питање односа слободе и ауторитета, аутор дефинише слободу као „одсуство спречавања да се чини оно што се изабере, или што би се изабрало да се чини ако би се знало да се може чинити” (115). У демократском друштву у којем се полаже велики значај очувању максималне слободе као веома важно поставља се питање до које мере се може ићи у ограничавању слободе појединца од стране државе. У том погледу аутор сматра да, пошто правда, опште добро и слобода нису идентични, иако су тесно повезани, треба наћи равнотежу између интервенције државе у друштвени живот ради остваривања њене функције обезбеђења правде и општег добра и очувања слободе појединца. Међутим, према ауторовом мишљењу, поред слободе и једнакост представља оно по чему се разликују демократски од осталих политичких идеала. Суштинска идеја демократског владања је владање од стране народа, односно „демократија у савременом свету значи представничко владање, при чему се демократски елемент састоји у општим изборима и могућности смењивања (dismissal)” (147 — 8). Учешће свих одраслих грађана са једнаким правом гласа представља гаранцију за остварење начела једнакости, које се не састоји у учешћу свих грађана у владању, него у процесу избора владајућих.

Оба поменута демократска начела примењују се и у односима између држава. Суверена једнакост држава је правни појам који се добро може користити за решавање правних питања која се појављују у међународном праву, али његова употреба долази у питање када је политичка власт спремна на превазилажење правног статуса. Ипак, према ауторовом мишљењу, гласање у међународној организацији по начелу „Једна држава један глас” има утицаја на понашање држава чланица светске организације.

Прелазећи на разматрање последњег проблема, проблема правде, аутор најпре констатује да је у питању сложен појам јер спада и у право и морал. Оба ова вида повезана су са питањем друштвеног поретка и истовремено делују у својству конзервативног и реформаторског начела. Идеја правде је често, мада не увек, у општим цртама еквивалент за идеју праведности (fairness) или правичности (equity), која се опет, са своје стране, често супротставља једнакости (equality) — и извесном смислу централном елементу идеје правде. С тим у вези поставља се и питање једнаких права с обзиром да, према ауторовом мишљењу, то не може значити једнак третман у свим правцима и под свим околностима. У оквиру оваквог схватања он разматра проблем једнакости као право на једнако уважавање (consideration), давање једнаких могућности (opportunity) и једнако задовољавање основних потреба (basic needs). Прво схватање сматра незадовољавајућим, јер је сувише неодређено. Друго такође недовољним, због различитих способности појединаца. Зато прихвата треће решење проблема једнакости, тј. као задовољавање основних потреба путем јавних делатности. Конкретан пак

облик овога зависиће, према његовом мишљењу, у сваком поједином политички организованом друштву од његове економске ситуације, односно циљева који се желе остварити, но, у оваком случају „филозофска анализа нам не може одредити опште прихватљив стандард основних потреба“ (194).

Ако би се желела дати нека оцена овог рада могло би се рећи да он несумњиво представља успешан покушај да се основни проблеми политичке филозофије изложе на популаран начин, онако како је и у уводу наглашено, тј. без потребе да читалац располаже ширим познавањем филозофских проблема уопште. У складу с тим и ауторово излагање је јасно, релативно лако схватљиво, а стил дотеран.

Што се тиче ауторовог схватања разматраних проблема, може се рећи да он остаје у оквирима класичних буржоаских демократских схватања о улози политике, државе и права у друштву, стављајући државу у центар политичких збивања. Он, додуше, исправно схвата државу као најјачу друштвену силу, али нетачно, односно, једнострано сврху ове принуде не види у заштити класних интереса него обезбеђивању општег добра. Из тога разлога јасно је да не увиђа ни класну суштину права, што чини да обавезу грађана на покоравање праву тражи у моралној обавези изван права односно правног поретка. Међутим, у вези са целим овим проблемом могло би се такође рећи да је остао дужан детаљнијег одговора на питање поступања у случају да држава не врши своју функцију заштите општег добра, тј. који би субјекти били овлашћени да утврде постојање оваквог стања, ко би био носилац евентуалних промена у политичком систему односно државној структури и др. Но и поред свега овога мислимо да остаје напред изречена оцена, наиме да је у питању рад користан за упознавање савремених схватања неких од основних питања политичке филозофије.

Д. Продановић

А. Голдштајн, Ј. Барбић, М. Ведриш и Ж. Матић: ОБВЕЗНО ПРАВО, (уредн. А. Голдштајн), „Информатор“, Загреб 1979, стр. 423.

Југословенски Закон о облигационим односима ступио је на снагу 1. октобра 1978. године. Овај врло обиман закон (броји 1109 чланова) представља кодификацију великог дела грађанског права Југославије. Први његов део је посвећен основама облигационих односа (општи део), док су другим делом обухваћени поједини уговори у облигационом промету робе и услуга. Као разлог за обимност закона наводе се чињенице да се овим законом регулишу како облигациони односи у привреди тако и односи између појединаца. На обимност је утицала и законодавна техника тј. тежња да се избегне позивање на друге чланове, као и да се стручни изрази замене описивањем одговарајућег појма са жељом да се на тај начин Закон учини разумљивијим и приступачнијим онима којима је намењен.

Ако се узме у обзир да је ово први југословенски закон о облигационим односима, онда је разумљиво што је дочекан и у Југославији и у иностранству с великим интересовањем. Проф. А. Голдштајн са групом својих сарадника већ крајем 1978. године објављује први осврт на овај закон, а крајем 1979. године друго (измењено) издање које је предмет овог приказа.

1. А. Голдштајн, *Прологомена Закона о обвезним односима*, (п. 5 — 81)

У првом делу своје студије аутор говори о уговорном праву Југославије, док у другом анализира и даје критички осврт на основна начела Закона о облигационим односима.

Теоретска основа Закона о облигационим односима произилази из Основних начела, а посебно чл. 1. у коме се наводи да се њиме уређује општи део облигационог права и уговорни и други облигациони односи ради стварања услова за слободан промет робе и обављање услуга у условима социјалистичке робне производње и за остваривање и развој самоуправних друштвено-економских односа на јединственом југословенском тржишту. Овим је, подвлачи аутор, изражено да правила Закона почивају на робно-новчаним односима и да треба да послуже југословенској тржишној привреди. Аутор, међутим, сматра да је навођење само робе и услуга неадекватно, јер се нпр. чл. 455. односи на некретнине (требало би навести да се Закон односи и на промет *добара*, подвлачи проф. Голдштајн, „јер се ради о јединственом закону за грађанскоправне и привредноправне послове“).

Осврћући се на дејство које самоуправни споразум има на уговор (чл. 6. и 22) аутор анализира ст. 2. чл. 22. у коме се наводи да ће уговор остати на снази (аутор сматра да је уместо израза „остати на снази“ требало употребити израз да је уговор „ваљан“ или „пуноважан“) и поред тога што је закључен супротно статуту или другом општем акту правног лица „осим ако је за то друга страна знала или морала знати или ако је овим Законом другачије одређено“. У пракси се, подвлачи проф. Голд-

штајн, може поставити питање начина утврђивања знања друге стране (провером у јавним регистрима?).

Закон о облигационим односима на много места указује на трговачке обичаје. Ипак основни члан је чл. 21. у коме се (у ст. 2) наводи да ће се на облигационе односе применити узансе „ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтели”. Аутор је мишљења да формулација чл. 21. у ст. 1. уноси нејасноће истичући да су учесници у облигационим односима „дужни” да поступају „у складу са добрим пословним обичајима”. Обичаји су, подвлачи проф. Голдштајн, „диспозитивна правила, па не постоји дужност поступања по њима, јер се могу искључити”. Сем тога, аутор сматра да је у Закону учињена грешка јер су *добри пословни обичаји* на неколико места (чл. 21, 143) помешани са *добрим обичајима* (који се користе у смислу морала). Ове термилошке грешке могу да изазову забуну и проблеме „јер пословни обичаји никад нису били и не могу бити принудне природе”. С овим у вези указано је и на чл. 1107, нарочито ст. 2, у коме се наводи да се Опште узансе за промет робом неће примењивати после ступања на снагу Закона о облигационим односима „у питањима која су њиме регулисана”. У вези с овим чланом (за који аутор каже да је штета „што је тако важан извор привредног и уговорног права стављен у прелазне и завршне одредбе” (аутор подвлачи да је „тај члан у супротности са Основним начелима закона (чл. 21. и 18), као и с многобројним одредбама Закона које упућују на примену обичаја али је (овај члан) такође контрадикторан *in se*, јер су три става овог члана међу собом несугласна”. Кад би за примену обичаја био потребан изричит пристанак, као што се то наводи у чл. 1107. Закона о облигационим односима, „онда не само да би се наша пракса разликовала од досадашње и опште прихваћена, већ би се нашли пред непремостивим тешкоћама”. За чл. 9. и 14. наводи се да се њима понавља и прецизира оно што је већ предвиђено у Уставу СФРЈ (члан 255) и у Закону о удруженом раду (чл. 3, 21).

У погледу правне заштите потрошача аутор критикује терминологију чл. 8. која по њему није грађанскоправна већ подсећа на ону која се користи у управном праву. Говори се о „грађанима” и „дужностима” оних који нуде своју робу или услуге потрошачима: („основне и друге организације удруженог рада, задруге и радни људи који самостално обављају делатности личним радом”). Неадекватна терминологија у чл. 8. ипак мање смета од чињенице што ове одредбе „нису нашле у Закону конкретна решења како да се основна начела Закона у том погледу остварују”.

2. Ј. Барбић, *Закон о обвезним односима и положај организације удруженог рада у правном промету* (п. 87 — 241).

У погледу правног положаја организација удруженог рада (ОУР) треба истаћи да је за њих релевантан Закон о удруженом раду (којим су урђена статусна питања), као и Закон о облигационим односима, чије

се одредбе примењују у свим случајевима кад ОУР ступају у правне односе с другим ОУР, тј. у случају кад суделују у правном промету. Аутор је своја исцрпна излагања о овој важној проблематици поделио у 4 дела с тим што је први део посветио самоуправним општим актима ОУР и уговорима, други односу самоуправног споразума ОУР и уговора склопљен с трећим лицем, трећи део је посвећен разним врстама одговорности за преузете обвезе, док је у четвртом делу обрађено питање заступања ОУР.

Нема сумње да је од посебног интереса питање односа самоуправног општег акта ООУР и уговора. Ово питање одавно окупира пажњу великог дела југословенске правничке јавности, па су отуда разматрања проф. Барбића утолико занимљивија. Он с овим у вези цитира чл. 22. Закона о облигационим односима у коме с наводи да „друштвена правна лица и грађанска правна лица у заснивању облигационих односа поступају у складу са својим статутом и другим општим актима“. Закон даље одређује (чл. 54) да „правно лице може закључивати уговоре у правном промету у оквиру своје правне способности“. За одређивање правне способности релевантни су самоуправни споразуми о удруживању као и акт о оснивању ОУР. Аутор сматра да би у интересу правне сигурности било боље да о овоме постоје и одредбе у законским прописима.

Одговорност ОУР је једна од централних тема у прилогу проф. Барбића. Према југословенском праву, ова одговорност може бити солидарна, подељена и субсидијарна. Солидарна одговорност организације удруженог рада може да настане на основу самоуправног споразума и акта о оснивању, као и на основу закона (и то како Закона о удруженом раду, тако и Закона о облигационим односима). ОУР може, у одређеним случајевима које предвиђају законски прописи, да одговара супсидијерно. Пошто испуни своју обавезу у целости или делимично ОУР има право регреса према осталим дужницима.

Кад је реч о заступању ОУР, треба истаћи да је ово питање регулисано како Законом о удруженом раду тако и Законом о облигационим односима. Према чл. 85. Закона о облигационим односима „уговор који закључи заступник у име заступаног лица у границама својих овлашћења обавезује непосредно заступаног и другу уговорну страну“. Према овом Закону (чл. 845 „овлашћење за заступање заснива се на закону, статуту или другом самоуправном општем акту, акту надлежног органа или на изјави воље заступаног (пуномоћје)“. Од значаја је истаћи да према новим прописима директор ОУР није *ex lege* заступник ОУР (као што је то било до 1973). Нови прописи одређују да статутом или другим самоуправним општим актом може бити одређено да неко други (а не директор) заступа ОУР. Постоје, међутим, пуномоћници по запослењу и о њиховом положају се говори у Закону о облигационим односима (чл. 98).

У погледу овлашћења лица која заступају ОУР аутор анализира питање овлашћења лица одређених самоуправним општим актом, а нарочито случајеве кад су тим актима одређене границе овлашћења (овлашћење за обављање само одређених послова или за закључење само одређених уговора, на пример).

3. М. Ведриш, *Опћи дио грађанског права по Закону о обвезним односима* (п. 245 — 344).

С обзиром на чињеницу да се доношењем Закона о удруженом раду 1976. године у Југославији одустало од идеје да се донесе целовит Цивилни кодекс, појавио се проблем општег дела грађанског права. Према владајућем схватању општи део грађанског права треба да садржи скуп правила, начела и института који су заједнички за све делове грађанског права. Тако посматрано тај део не може да се „прилепи“ ни уз један закон, нити се може донети посебан закон у коме би се у целости регулисало оно што спада у општи део грађанског права. Један део тих начела садржан је у Закону о облигационим односима, мада по схватању аутора то није довољно, те следствено та ситуација може да изазове одређене проблеме у пракси.

Аутор критикује систематизацију како општег тако и посебног дела Закона о облигационим односима, сматрајући да није добра јер с тим у вези није било чврстих критеријума, мада истовремено подвлачи да није лако наћи критеријуме који би били потпуно адекватни односима који улазе у круг који је тим критеријумом одређен.

Закон о облигационим односима наводи (чл. 25) да се одредбе Закона које се односе на уговор примењују на све врсте уговора, сем ако за уговоре у привреди није изричито другачије одређено. У истом члану се даље предвиђа да ће „одредбе тог Закона“ које се односе на уговоре на одговарајући начин да се примене и на друге правне послове“. Аутор сматра да ове одредбе нису довољне да покрију односе који се у промету стварају (с тим у вези он указује на одређене односе који су остали ван домаћаја Закона).

Знатан део свог излагања аутор је посветио питању основе (causae), чију дефиницију Закон не даје, али наводи да „свака уговорна обвеза мора имати допуштену основу“. Закон о облигационим односима регулише и питање „предмета обвезе“ (чл. 46 — 50), као и форме правних послова (усмена, писмена, правни посао склопљен пред сведоцима, пред надлежним органом).

Аутор обрађује и питање заблуде (у погледу лица, околности), неспоразума и дејства које ове ситуације могу имати на правни посао. Југословенски Закон о облигационим односима познаје институт неважности уговора и с тим у вези регулише питање ништавости (апсолутне и релативне), као и последице које ништавост има на уговор (чл. 103 — 110). Рушљивост уговора је регулисана чл. 111 — 117. Аутор се посебно осврнуо на ситуацију рушљивости за случај кад уговори нису сагласни са самоуправним споразумом (чл. 118 — 120). Правило је да се уговор мора усагласити са самоуправним споразумом, односно уговор ће се сматрати рушљивим у оном делу у коме је супротан самоуправном споразуму.

4. Ж. Матић, *Обвезноправни односи с међународним, међурејубличким и међупокрајинским обиљежјем* (п. 349 — 390).

Закон о облигационим односима регулише питање меродавног права у случају сукоба рејубличких односно покрајинских закона (чл. 1099 — 1105). Ово питање је значајно због тога што су у Југославији рејублике и покрајине уставом овлашћене да многа питања уређују саме својим прописима, па се с тим у вези не може унапред знати меродавно право за случај кад један облигациони однос који има међународно обележје упућује на „југословенско“ право. Да би се овакви случајеви успешно решавали Закон о облигационим односима садржи правна правила интерлокалног права која дају одговоре о томе које ће право бити коначно меродавно. Од облигационих односа који имају интерлокално (међурејубличко- међупокрајинско) обележје може се споменути правна и пословна способност физичких односно правних лица; права и обвезе из уговора; облигационоправна дејства која се тичу некретнина; вануговорна одговорност за штету; облик правних радњи и др.

Према Закону о облигационим односима (чл. 1100) на права и обавезе у погледу непокретности примењује се право рејублике односно покрајине на чијој се територији непокретност налази. За обавезе из уговора важи принцип аутономије воље странака, с тим што ако странке не изаберу меродавно право (одређене рејублике или покрајине), као супсидијарно право примениће се право рејублике односно покрајине на чијој територији је уговор закључен (чл. 1101). На права и обавезе који настају проузроковањем штете ван уговора примењује се право рејублике односно покрајине на чијој територији је извршена штетна радња или су наступиле штетне последице (чл. 1102). У погледу застарелости важи право меродавно за садржину права и обавеза (чл. 1104).

Аутор се такође осврнуо и на изворе југословенског међународног приватног права. С тим у вези он указује пре свега на одређене међународне уговоре које Југославија закључила у којима се предвиђа право које се примењује на облигационоправне односе. Он такође анализира релевантне одредбе нацрта Закона о међународном приватном праву и поступку обрађајући притом посебну пажњу на аутономију воље уговорних страна.

На основу напред изнетог кратког осврта може се закључити колико је ова књига професора загребачког Правног факултета драгоцен извор информација за све оне који се баве овом граном права. Чињеница да је приступ сваког од четири аутора различит не умањује дату оцену јер различити приступи одражавају како материју која је предмет прилога, тако и личност аутора који је прилог писао. Заједничко свим ауторима је изванредно познавање „своје“ материје. То је један од разлога што се често компликована материја излаже течно и лако се прати и разуме. Књига обилује упоредноправним анализама без којих се данас — бар кад је реч о Југославији — не може замислити ни један озбиљнији рад у овој области. Због свега овога књига је студиозан и добро

документован приручник за област облигационог и привредног права па није необично што је наишла на велико интересовање југословенске правничке јавности.

Иако садржи низ врло критичких примедби на рачун „тек рође-
ног“ Закона о облигационим односима књига (можда баш због тога)
подстиче читаоца да са више знатижеље и личне процене посматра како
Закон у целини тако и поједине његове одредбе. Импонује академско
поштење аутора да отворено укажу на недостатке Закона, што на
жалост није пракса југословенских теоретичара који најчешће нове
прописе објашњавају а не процењују критички. То све, међутим, није
сметало проф. Голдштајну да на самом почетку књиге истакне да је доно-
шењем Закона „у правној историји Југославије отворено ново поглавље“,
са чим се слажемо, као и са већином примедби упућених Закону које
су изречене у овој занимљивој књизи.

Ј. Вилус

Др Војислав Симовић: ЗАКОНОДАВНА НАДЛЕЖНОСТ У РАЗВИТКУ ЈУГОСЛОВЕНСКЕ ФЕДЕРАЦИЈЕ, издање Центра за правна истраживања Института друштвених наука, Београд, 1978.

Федерализам представља увек актуелан и за теоријска и научна истраживања захвалан предмет интересовања. Обимна литература, домаћа и страна, која је до сада посвећена овој теми, као и њено стално присуство у редовима бројних аутора у области политичке и уставоправне науке, несумњиво потврђују претходну констатацију. При томе, наука је показала да је подједнако заинтересована за општеоријска питања, као и за поједине аспекте испољавања сложене природе федерализма.

Савремена политичка наука и уставно право садрже доста различите ставове о основним обележјима федерације. Историјска различитост примера федеративних заједница супротставља се на одређени начин изградњи јединствене „шеме“ федералне државе. Процеси „уједињавања“ односно „децентрализације“ историјски су условљени карактером друштвено-политичког система у коме се остварује, а то у теорији доводи до различитих приступа и, разумљиво, различитих одребења овог феномена. Сваки од могућих научних приступа, почев од класичног правно-теоријског, преко уставоинституционалног, до савременог политиколошког и социолошког, уграђује „своја“ основна обележја федерације у општи појам „федералног принципа“. Карактеристично је и то да се у теорији релативно мало указује на федерацију и федеративно уређење као процес уређивања односа у заједници у којој њени уједињени делови остварују своје интересе и циљеве.

Проучавање федерације у традиционалној државноправној и уставноправној теорији навело је низ аутора да природу федерализма одређују помоћу појма суверености. Данас је, међутим, сасвим јасно да проблем федерације као сложене државне заједнице, коју све више морамо да схватимо као „заједницу заједница“, далеко превазилази карактеристике суверености према традиционалном схватању овог начела.

Имајући у виду чињеницу да је федерација сложен феномен и да категорија суверености није довољна да објасни веома развијене и испреплетане процесе у њој, професор Војислав Симовић се определио за проучавање федерације преко расподеле надлежности као битног питања њене природе и положаја. У ствари, предмет студије на коју желимо да скренемо пажњу научне, а и шире јавности, је питање поделе законодавне надлежности између федерације и федералних јединица у југословенској федерацији.

Монографија „Законодавна надлежност у развиту југословенске федерације“ представља продубљену научну студију једног од фундаменталних питања федерализма и то како у његовом теоријском схватању, тако и у позитивно уставноправном испољавању. Сам избор ове теме из комплекса интересантних и разноврсних аспеката федералне државе и федерализма као принципа и облика њене организације, — показује да аутор изванредно добро познаје теорију и историјске облике примене начела федерализма. Определивши се за ово правно питање наше феде-

рације он је себи поставио далеко сложенији истраживачки циљ. Наиме, пошто је обрада основног питања студије неизбежно условљена сагледавањем и продубљеном анализом концепције, природе и облика испољавања нашег федерализма, то је и студија само наизглед конципирана као рад о једном сегменту нашег облика државне и друштвене организације. У ствари, полазећи од општег значаја расподеле нормативне (законодавне) надлежности за сваку федеративно уређену државну заједницу, као и од чињенице да је проблем односа између федерације и федералних јединица знатно шири него што то може да покаже уско схваћена расподела надлежности, — студија је прерасла оквири свога наслова. У томе је њена основна вредност.

Научни приступ, садржина, погледи аутора у односу на битна питања, као и композиција рада који је пред нама, указује на то да се ради о целовитој, заокруженој студији о суштинским питањима југословенског федерализма као система. Примена теоријског, упоредноправног, историјскоправног и позитивноправног метода разматрања основног питања, представља значајну одлику студије и једну од њених посебних вредности.

У складу са концепцијом и методолошком основом на којој је заснована, студија је подељена на осам глава. На крају је приложен списак одабране литературе, као и обиман резиме на енглеском језику.

Прва глава студије садржи уводне напомене о карактеру федерације и о општим теоријским питањима расподеле функција између федерације и федералних јединица. Концепција аутора о федерализму је модерна, теоријско-методолошки и компаративно рационално заснована за проучавање овог кључног питања сваке федерације. Под федерацијом он подразумева „процес“ путем кога се један број посебних политичко-територијалних заједница уједињује ради остваривања одређених заједничких интереса, циљева и функција. Битно је да проблем федерације као сложене државне заједнице све више морамо да схватимо као „заједницу заједница“ у којој уједињени делови задржавају своје специфичности и идентитет. Федерација доноси устав који у условима „сложене“, „федеративне уставности“ представља не само највиши, већ и „заједнички устав“. Заједнички интереси и функције подељени су тим уставом тако што су федералне јединице носиоци тзв. оригиналних функција, док је федерација носилац тзв. изведених функција. Техника расподеле функција је различита, а односи у федерацији треба да буду „координирани“, а не „субординирани“. Аутор истиче да је подела функција процес сталне децентрализације у корист других „заједница“, локалних и других колективитета, што значи да се не могу поставити границе расподеле надлежности. Он аргументовано негира могућност одређења федерације помоћу традиционално схваћеног појма суверености.

Глава друга студије посвећена је проблемима поделе нормативне надлежности у савременим федерацијама. Као што историја појединих федерација показује, проблем расподеле нормативних (законодавних) функција је динамичан, без обзира на то што су у теорији и у федералним уставима чињени покушаји да се одреди нека „гранична линија“

између тзв. „искључиве“ и „мешовите“ надлежности. Устави се углавном баве „искључивом“ надлежношћу, упућујући више или мање на „мешовиту“ надлежност. Овде се посебно анализирају наведене категорије надлежности, а пажњу аутора је привукла и „претпоставка надлежности“ као спецификум федералних устава.

Аутор инсистира на томе да правила федералног устава у односу на расподелу нормативних функција не могу бити чврста; већ да се морају прилагођавати променама у развоју друштва организованог на начелима федералне државе.

Трећа, четврта и пета глава студије пружају нам драгоцене, теоријски и научно свестрано осветљене, елементе генезе расподеле нормативне надлежности у појединим етапама уставног развоја југословенске федерације. Излагања о специфичностима сваке етапе, почев од оне започете одлукама другог заседања АВНОЈ-а, преко етапа остваривања Устава од 1946., Уставног закона од 1953., Устава од 1963. и уставних амандмана од 1971., — конципирана су тако што се најпре излаже уставна концепција о односима у федерацији, затим, права, дужности и надлежности федерације, при чему се тежиште ставља на односе између федерације и федералних јединица у области законодавства, а такође и извршавања савезних закона. Аутор систематски прати и анализира дејство промена у динамичном развоју друштвено-политичког система на концепцију федерализма и на односе који се остварују у домену расподеле нормативне надлежности. На бази ове анализе, он излаже и свестрано осветљава основне проблеме примене уставом предвиђених односа у пракси.

Глава шеста расправља о проблемима расподеле законодавне надлежности између федерације и република, односно аутономних покрајина према Уставу СФРЈ од 1974. године. Најпре се излажу елементи нове концепције Устава од федерацији и односима у њој, а посебно о расподели нормативне надлежности. Аутор темељно обрађује категорију „заједничких интереса“ који се остварују у федерацији, као и облике њиховог остваривања, указујући на чињеницу да се у условима самоуправљања, те, према томе, самоуправног федерализма, појављују и други „самоуправни субјекти“ као носиоци одређених „оригинерних“ права и дужности, и као учесници у остваривању функција федерације. У погледу расподеле нормативне надлежности Устав доноси новине. Најинтересантније је то што иако је предвиђена категорија јединствених савезних закона, суштина ауторова анализа показује да обим законодавне надлежности није исти у свим областима, већ постоји различито димензионисање материја које се уређују савезним законом. Ова анализа је посебно занимљива и она представља великим делом новину у уставноправној науци.

Седма глава студије има у извесном смислу теоријско-методолошки карактер, јер се у њој излажу методолошки проблеми разграничења права и дужности и расподеле законодавне надлежности између федерације и република, односно аутономних покрајина. Указујући на чињеницу да је федерација процес у коме њени субјекти остварују своје интересе и циљеве, који се, такође, преображавају током живота такве заједнице, —

аутор констатује да се методи расподеле надлежности морају прилагодити потребама федералне заједнице у датом моменту. Проучавајући упоредну праксу, теорију и историју федерализма, он је открио неколико основних метода прилагођавања федералног устава променама у федералној заједници и о њима детаљно излаже. Природно, највећа пажња у овом делу студије посвећена је питању расподеле нормативне надлежности у југословенској федерацији. Полазећи од темељних карактеристика нашег федерализма, аутор се посебно бави основним категоријама („функције“, „права и дужности“, „надлежност“ федерације) помоћу, којих устав изражава и димензионира нормативну функцију у систему федерализма. Основни циљ анализе је да се продере дубље у суштину појединах појмова којима се изражавају правни аспекти југословенске федерације засноване на самоуправљању и тиме потврди њена оригиналност у односе на друге.

Последња, осма глава садржи општи поглед аутора на проблеме изложене у студији, и она у извесном смислу има карактер закључака. Укратко су изнети научни резултати до којих се дошло у току свестраног (теоријског, историјскоправног, позитивноправног и компаративног) проучавања централног проблема студије. Иако по обиму није велика, ова глава је веома садржајна и читалац ће у њој при сваком поновном сусрету са студијом открити нешто ново и вредно.

На крају, ограничени простором и карактером нашег рада, мислимо да је довољно да уместо закључка, истакнемо следеће:

Студија професора Симовића већ самим насловом привлачи пажњу свих оних који се на било који начин баве проблемима федерализма. Основна њена вредност је у томе што је садржински и методолошки тако конципирана да се преко једног правног питања југословенске федерације успешно изрази нова, оригинална концепција те федерације као заједнице самоуправних субјеката који суштински трансформишу како федерацију, тако и њене чиниоце. Аутор је документовано и без априористичког става, на високом научном нивоу, показао како се развија федерализам у условима самоуправљања и активне демократије, и како у условима „разотуђења“ односа функције федерације и федералних јединица постају „разотуђене“ у том смислу што прерастају у „заједничке функције“ којима се изражавају заједнички интереси свих субјеката самоуправног друштва. Он је на исти начин показао да концепција о „заједничким функцијама“ не може да негира потребу димензионисања закона у погледу обима уређивања одговарајућих односа у пракси југословенског како савезног, тако и републичког, односно покрајинског законодавства. С обзиром на теоријски и научни домет студије, читаоцу се наметне утисак да је велика штета што аутор није имао могућности да изврши потпунију анализу овог димензионисања у законодавној пракси после Услава од 1974.

Професор Симовић, иначе познати научник у уставноправној и политичкој науци својом студијом пружио је нашој јавности не само ус-

пешну, целовиту и заокружену слику облика федерализма који се остварује у Југославији већ преко три и по деценије, (стављајући га притом компетентно и непристрасно у односе према традиционалним моделима овог облика друштвеног организовања), већ и значајан прилог даљој афирмацији пута којим југословенска федерација иде нарочито после уставних амандмана од 1971. године.

Студија по свим својим карактеристикама означава вредан допринос теорији и пракси самоуправног федерализма, а тиме и политичкој теорији федерализма уопште. Треба истаћи да ће она бити од велике користи не само научним радницима који се њеним предметом баве, већ и свима онима који се баве законодавном политиком и који учествују у законодавном процесу.

др Златија Букић-Вељовић

IN MEMORIAM

ДВЕ ГОДИНЕ ОД СМРТИ МАКСА РАЈНШТАЈНА

Деветог јула 1977. године, четири дана после свога седамдесет осмог рођендана, умро је од срчаног удара у Бадгастајну у Аустрији Макс Рајнштајн, истакнути правник компаратиста и правни социолог. Пред крај живота пензионисан је као професор Правног факултета у Чикагу, САД, на коме је, делимично и после пензионисања 1968. године, укупно предавао и радио 42 године. Стекао је разна формална признања поставши почасни доктор универзитета у Штокхолму, Базелу, Лувену и Бриселу, као и почасни професор у Фрајбургу. Изабран је за члана Немачког удружења за упоредно право, Међународне академије за упоредно право, Међународног универзитета у Луксембургу и Међународног факултета у Стразбургу, а одликован је немачким орденом за заслуге и француском академском палмом.

Двогодишњица његове смрти је прилика да се поново сетимо овог значајног човека који је, поред осталог, међу своје ученике на разним курсевима убрајао и један број Југословена, познавао југословенско право, посетио Југославију, желео опет да је посети и показивао интерес да се и даље упознаје са нашим правом и збивањима.

Рајнштајн је био амерички професор, али није престајао да буде и европски правник. Он ни једне године током својих последњих деценија није пропуштао да посети Европу и неке научно-наставне институције. На крају таквих летњих боравака имао је обичај да проведе по неколико недеља на одмору у Бадгастајну, где та је претпрошле године сустигао крај живота. Рајнштајнов интернационализам био је не само његово опредељење него и његова судбина. Своју домовину Немачку напустио је због свога јеврејског порекла 1933. године прешавши у Сједињене Америчке Државе. Али већ пре тога показао се као бриљантан млад човек, који је у Минхену добио диплому *summa cum laude*. Студирао је код Макса Вебера, а од 1922. године постаје асистент Ернста Рабела, па је објавио извештај број радова и пре одласка за Америку.

Био је одличан познавалац разних грана права, а нарочито се бавио облигационим, наследним и међународним приватним правом. Кроз његова правна изучавања и излагања права долазили су до изражаја његови компаративни, историјски и социолошки приступи. Али његов

живи дух, који је тежио широким сазнањима, изванредно се изражавао баш кроз упоредно право.

На његову иницијативу основан је на Правном факултету у Чикагу семинар америчког права за стране студенте и Рајнштајн је руководио радом тога семинара. Присуствовање семинарским часовима било је прави доживљај. Он је ту са изванредном јасноћом и одабраним речима приказивао последипломским студентима из разних земаља европског и других континената институте америчког права. При томе је он кроз своја излагања и кроз стално подстицање дискусије давао слушаоцима многа обавештења не само о америчком него и о другим правима, а његов метод излагања представљао је комбинацију и образложену илустрацију америчких и европских правних и наставних метода. Рад тога семинара служио је као узор другим правним факултетима у Сједињеним Америчким Државама за развој рада на упоредном и у општестраном праву. Семинар је током година похађало неколико југословенских дипломираних правника, од којих су неки ту стекли дипломе магистра упоредног права, а касније су докторирали у Југославији.

Библиографија радова Макса Рајнштајна обухвата око 350 ставки, међу којима побуђује посебан интерес есеј о Максy Веберу који је објављен као предговор Веберовом „Праву у привреди и друштву“, које је Рајнштајн (са Е. Шилсом) превео на енглески и издао пропраћајући га образложењима и примедбама. Треба поменути и две књиге које је, поред чланака, Рајнштајн објавио после пензионисања 1968. године. То су „Брачна стабилност, развод и право“ и „Право о заоставштинама“ (M. Rheinstein: Marriage Stability, Divorce and the Law, 1972; M. Rheinstein and M. Glendon: The Law of Decedents' Estates, 1971). За међународну енциклопедију упоредног права написао је поглавље „Породица и право“ итд.

Рајнштајн је био један од оних људи који су давали осетан допринос зближавању међу народима. Бавио се областима науке које нису биле непознате ни пре њега, али тада још рад на њима у неким земљама није био довољно развијен. Путујући, предавајући, разговарајући и пишући, Рајнштајн је допринео развоју упоредног права, правне социологије и неких области грађанског и међународног права. Повезивао је културе, подстицао појединце, ширио знања, развијао право и уграђивао камичке у велику зграду трајних тековина општељудске заједнице.

др Михајло Аћимовић

САДРЖАЈ

<i>Др Обрен Станковић: Стицање својине</i>	— — — — —	441
<i>Дискусија (о Праву својине и другим стварним правима на непокретностима)</i>	— — — — —	437

ЧЛАНЦИ

<i>Др Милица Стефановић-Златић: Објективни идентитет пресуде и оптужбе у Закону о кривичном поступку</i>	— — — — —	451
<i>Др Слободан Миленковић: Југославија и спровођење у живот међународних уговора о правима човека</i>	— — — — —	463
<i>Мр Сима Аврамовић: Epiklebra, Kadestai и Epibalonti — спорне установе раногрчког Гортинског права</i>	— — — — —	475

ПРИЛОЗИ

<i>Др Драго Павић: Пријевоз ствари у контејнерима у унутрашњој пловидби</i>	— — — — —	490
<i>Др Милутин Ђуричић: О методу сакупљања албанских правних обичаја</i>	— — — — —	496
<i>Мр Оливер Антић: Усмени тестамент у савременом праву</i>	— — —	506
<i>Мр Златко Исаковић: Психолошко-пропагандна агресија — нови облик агресије у међународним односима</i>	— — — — —	520
<i>Мр Никола Биуковић: Остваривање и заштита права грађанских лица на служби у Југословенској народној армији по основу службе у ЈНА</i>	— — — — —	530

СУДСКА ПРАКСА

<i>Др Загорка Симић-Јекић: Кривично процесно право (Понављање кривичног поступка)</i>	— — — — —	535
---	-----------	-----

ПРИКАЗИ

<i>Др Димитрије Продановић: D. D. Raphael, Problems of Political Philosophy</i>	— — — — —	553
<i>Др Јелена Вилус: А. Голдштајн, Ј. Барбић, М. Ведриш и З. Матић, Обвезно право</i>	— — — — —	558
<i>Др Златија Букић-Вељовић: Др Војислав Симовић, Законодавна надлежност у развоју Југословенске федерације</i>	— — —	564

IN MEMORIAM

<i>Др Михаило Аћимовић: Две године од смрти Макса Рајнштајна</i>	—	569
--	---	-----

Уредништво АНАЛА моли своје сараднике да рукописе достављају откупце на машини са прородом 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 1979. за целу годину износи:

1. За правна лица	Н. дин 150.—
2. За појединце	„ „ 100.—
За студенте (редовне и ванредне)	„ „ 40.—
4. За један примерак	„ „ 30.—

Претплата за иностранство износи н. д. 140.—

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број 60803-740-032-4356

Уредништво и администрација АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
БЕОГРАД — Булевар револуције 67, тел. 341-501