АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34 АПФ



6
БЕОГРАД, 1984.

Најстарији југословенски живи часопис из области права „Архив за правне и друштвене науке" од свог покретања 1906. године до другог светског рата био је орган Правног факултета у Београду. У том периоду његови уредници били су: Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906—1911), Коста Кумануди (1911—1912), Чедомиљ Митровић и Коста Кумануди (1912—1914), Чедомиљ Митровић (1920—1933), Михаило Илић (1933—1940) и Борђе Тасић (1940). После ослобођења „Архив" је наставио да излази као орган Савеза удружења правника Југославије, а његово место на Правном факултету у Београду попунили су „Анали", настављајући тако један континуитет започет 1906. године

ДОСАДАШЊИ ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИЦИ „Анала": др Михаило Константиновић (1953—1960), др Милан Бартош, заменик др Борислав Т. Благојевић (1960—1966), др Војислав Бакић (1966—1978), др Војислав Симовић (1978—1982).

УРЕЂИВАЧКИ ОДБОР:

Главни и одговорни уредник: др Обрен Станковић. Заменик главног и одговорног уредника: др Зоран Видаковић. Чланови: др Владимир Јовановић, др Љубиша Лазаревић, др Стеван Врачар, др Обрад Станојевић, др Миленко Креча, др Дејан Поповић (секретар Уређивачког одбора), др Стеван Лилић и мр Драгор Хибер.

Лектор: мр Радмила Шуљагић

Технички уредник и коректор: Вукосава Манојловић

Штампа: Штампарија ПТТ Београд, Таковска 2

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ГОДИНА XXXII

1984.

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

др Сима Аврамовић, Српски превод „Хексабиблоса" Петра Витковића — — — — — — — — — — — — — — — 677
Anders Agell, Ванбрачна заједница у Шведској — — — — — 447
Marie-Françoise Bechtel, Облици организовања управе — — — 407
др Борислав Т. Благојевић, Несагласности уставних одредби о нормативној надлежности за регулисање облигационих односа — 13
др Вучина Васовић, Држава и социјалистичка демократија — — 21
др Стеван Врачар, Полазишта филозофскоправног синтетизма Томе Живановића — — — — — — — — — — — — 617
др Зоран Видаковић, Круцијални проблеми политичке теорије социјалистичког самоуправљања — — — — — — — — 31
Žan Deripe, Правна природа закупчевог права и разликовање стварних права и права потраживања — — — — — — 814
Mark Đidara, Организација министарстава у Француској — — — 775
др Златија Букић-Вељовић, Нови устав НР Кине — значајан корак у развоју социјалистичке уставности — — — — — — 39
Станислав Ерлих, Нека теоретска размишљања о федерацијама и федерализму — — — — — — — — — — — — 48
др Була Ериш, О рецепцији права — — — — — — — — 655
др Вјекослав Жнидаршић, Рађање науке уставног права — — 58
др Александар Ивић, Методолошка питања изучавања друштвене својине у Југославији — — — — — — — — — — — 63
др Павле Јовановић, Четири напомене о појму интереса — — — 69
др Миодраг Јовичић, Утицај појединих уставних система на развој уставности у свету — — — — — — — — — — — — 77
др Љубица Кандић, Положај извршне власти у Србији према уставним пројектима и уставима у XIX веку — — — — 762
Питер Е. Квинт, Подела власти у америчком уставном праву — перспективе и скорашње тенденције — — — — — — 86
Шигеру Кидо, Члан 9. јапанског Устава — — — — — — — 94
др Димитрије Кулић, Револуција и федеративни поредак — — 101
др Стеван Лилић, Координирање рада органа управе у Југославији — методи руковођења и самоуправљање — — — — — — 417
Салвадор Мариа Лосада, Страх и право у Латинској Америци — 107
др Радомир Лукић, Прилог расправи о кризи нашег друштва — 114
др Славко Лукић, Идеје уставности у дјелима професора Јована Борђевића — — — — — — — — — — — — — — 120
Елизабет Ман Боргезе, Друштвени подухват човечанства — — 129
др Милан Матић, Нове концепције о људским слободама, правима и одговорностима — — — — — — — — — — — — 134
др Гашо Мијановић, Релативизирање хијерархије правних аката у уставном систему СФРЈ — — — — — — — — — — 145
др Момир Милојевић, Недискриминација и заштита мањина у међународном праву — — — — — — — — — — — — 792
др Александар Михајловски, Кривично дело и дисциплински деликт — — — — — — — — — — — — — — — 430
мр Зорица Мршевић, Договорено признање у англосаксонском кривичном поступку — — — — — — — — — — — — 692
др Павле Николић, Парламент и представљање федералних јединица — — — — — — — — — — — — — — — 153
др Павле Николић, Уставни положај Савезног извршног већа — 392

Фред Ворнер Нил, Један амерички поглед на америчко-југословенске односе — — — — — — — — — — — — — — — 164
др Радован Павићевић, Самоуправљање и држава — — — — 170
др Најдан Пашић, Проблеми уставно-судске заштите устава — 179
др Боривоје Познић, Општи услови уговора и надлежност арбитраже — — — — — — — — — — — — — — — — 670
др Радослав Ратковић, Начелни програмски и уставни ставови о држави у систему социјалистичког самоуправљања — — — 187
Сјао Вејјун, Најновији развитак система народних конгреса у Народној Републици Кини — — — — — — — — — — 194
др Загорка Симић-Јекић, Критички осврт на трипартицију Томе Живановића — — — — — — — — — — — — — 743
др Јован Славнић, Нешто о субјектима и статусу субјекта привредног права — — — — — — — — — — — — — — 460
др Војислав Становчић, Права и слободе као Елеменат уставности и социјализма — — — — — — — — — — — — — 200
Жан Тилар, Односи између владе и администрације у Француској (историјски осврт) — — — — — — — — — — — 663
др Здравко Томац, Нове концепције и идеје о локалној самоуправи — — — — — — — — — — — — — — — — 214
др Стојан Т. Томић, Политичке институције и самоуправљање — 226
др Хамдија Бемерлић, Проблем забране поновног избора, кумулације и инкомпатибилитета у нашем систему — — — — — 239
др Александар Фира, Уставно-правни оквири остваривања улоге Социјалистичке Републике Србије и социјалистичких аутономних покрајина Војводине и Косова у односима у федерализму 357
Винстон М. Фиск, Уставност и управна власт у САД: једна скица 249
Francis Hamon, Влада и администрација у Француској и Југославији — — — — — — — — — — — — — — — — 380
др Борђи Ј. Цаца, О слободама и правима човека и грађанина у Југославији — — — — — — — — — — — — — — 258
др Јоан Четерки, Научни и демократски карактер законодавног поступка у Румунији — — — — — — — — — — — 265
др Вида Чок, Мировна већа — — — — — — — — — — — 474
др Милан Шаховић, Савремене тенденције у развоју међународне заштите права човека — — — — — — — — — — — 273
др Светомир Шкарић, Појам, порекло и развој уставног права — 278

ДИСКУСИЈА

мр Мато Арловић, Маргиналије о методолошко-теоријском изучавању друштвеног власништва на правним факултетима и његовом нормативно-правном изразу — — — — — — — — 524
др Борислав Т. Благојевић, Нека питања у вези остваривања функције друштвене својине — — — — — — — — — — — 560
др Асен Групче, Имовинско-правни аспект друштвене својине — 556
др Драгица Ведам-Лукић, Правноснажност и двострука исплата дуга по члану 212. Закона о облигационим односима — — — 829
др Зоран Видаковић, Елементи Марксове теорије релевантни за концепт друштвене својине — — — — — — — — — — 503
др Александар Ивић, Теоријско-методолошки проблеми изучавања друштвене својине у Југославији — — — — — — — — 493

др Владимир Јовановић, Друштвена својина и промет права — 565
др Мирољуб Лабус, Неки инструменти остваривања друштвене својине — — — — — — — — — — — — — — — 553
др Радомир Д. Лукић, О организованости друштвене својине и смислу њеног назива — — — — — — — — — — — — 569
др Иван Максимовић, Осврт на однос економије и права у вези са репродукцијом друштвене својине у постуставном законодавству — — — — — — — — — — — — — — — 510
др Боривоје Познић, Осуда на будуће камате — — — — — — 841
др Верољуб Рајовић, Заштита самоуправних права и друштвене својине — — — — — — — — — — — — — — — 574
др Весна Ракић-Водинелић, Тумачење уговора-правно или чињенично питање? — — — — — — — — — — — — — — 859
др Боривој Старовић, Алтернативне и факултативне облигације и њихово остваривање у парничном и извршном поступку — 844
др Гордана Станковић, Супарничарство и Закон о облигационим односима — — — — — — — — — — — — — — — 850
др Светислав Таборошић, О односу логичког и историјског садржаја у појму друштвена својина — — — — — — — — 534
др Алојзије Финжгар, Проблем друштвене својине као гране права и наставног предмета — — — — — — — — — — — 571
др Владимир Хорват, Неки методолошко-теоријски аспекти изучавања друштвеног власништва на правним факултетима — 514
др Драгутин Шошкић, Методолошко-теоријски концепт друштвене својине и његово остваривање у пракси — — — — — 548

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Соња Ивошевић, Међусобни односи органа управе различитих друштвено-политичких заједница — — — — — — — — 579

ПРИЛОЗИ

др Милутин Р. Буричић, Већа стараца код Албанаца на Косову 708

БЕЛЕШКЕ

мр Радмила Васић и мр Драган Митровић, Четврти конгрес политиколога Југославије — — — — — — — — — — — — 593
др Марина Јањић-Комар, Саветовање „Сарадња суда и органа старатељства у примени нових породичних закона" — — — — 869
др Момир Б. Милојевић, Заседање Комитета за примену људских права — — — — — — — — — — — — — — — 586
др Весна Ракић-Водинелић, мр Драгор Хибер и мр Михајло Дика, Дискусија о саопштењима поднесеним на IV састанку наставника и сарадника на предмету Грађанско процесно право, на тему: Одредбе од процесног значаја у Закону о облигационим односима — — — — — — — — — — — — — 864

ЗАКОНОДАВСТВО

Владан Јончић, Нешто о комитетима за ОНО и ДСЗ и цивилној заштити у новом Закону о општенародној одбрани и друштвеној самозаштити — — — — — — — — — — — — — 874

ПРИКАЗИ

др Марија Радовановић, Облигационо право II — *др Тодор Ачански* — — — — — — — — — — — — — — 727
др Жељко Хорватић, Елементарна Криминологија — *мр Борђе Игњатовић* — — — — — — — — — — — — — 884
Н. Ф. Касьян, Консенсус в современных международных отношениях — *Светислав С. Јовић* — — — — — — — — — 731
др Слободан Миленковић, La reglementation internationale sur l'interdiction de polluer les eaux du Danube — *др Миленко Креча* 604
Hans-Joachim Bartels, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung — *др Драгољуб М. Поповић* — — — — 737
Марко Јачов, Венеција и Срби у Далмацији у XVIII веку — *др Драгољуб М Поповић* — — — — — — — — — — — 882
Reinhart Peter, Die Befragung des Beschuldigten im Strafprozess — *др Загорка Симић-Јекић* — — — — — — — — — 595
Упоредни политички систем — *мр Дубравка Стајић* — — — — 607
Најдан Пашић, Интереси и политички процес: Конфликт и консенсус у политичком одлучивању — *мр Дубравка Стајић* — 734
Лидија Баста, Политика у границама права — *Дубравка Стајић* 879
др Радослав Стојановић, Сила и моћ у међународним односима — *др Златко Исаковић* — — — — — — — — — — — 600
Гај, Институције — *др Драгомир Стојчевић* — — — — — — 597

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

Александра Јовановић, Отворен научни семинар Катедре за друштвено-економске науке — — — — — — — — — — — 892
др Мирко Мирковић, Двадесет година од смрти проф. др Алберта Вајса — — — — — — — — — — — — — 888

IN MEMORIAM

др Обрен Благојевић, др Јован Ловчевић — — — — — — — 895
др Иван Максимовић, др Јован Ловчевић — — — — — — — 894
др Мирослав Петровић, др Јован Ловчевић — — — — — — — 899
Јасминка Хасанбеговић, Хаим Перелман — — — — — — — 900

Библиографија — — — — — — — — — — — — — — — 286

АНАЛИ
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XXXII новембар—децембар Број 6

UDK 34 YU — ISSN 003 — 2565

Изворни чланци

UDK — 343

др Загорка Симић—Јекић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ТРИПАРТИЦИЈУ ТОМЕ ЖИВАНОВИЋА

Поједини институти кривичног права могу бити, као и институти у другим областима права, преиспитани са различитим циљевима: да се утврди њихова даља друштвена оправданост у смислу континуиране личне или друштвене потребе за њима (што може резултирати ставом о потреби њиховог непромењеног или промењеног облика), да се испита њихово дејство у пракси (са закључком о њиховој доследној примени или повременом кршењу) и др. Међутим, када је реч о научним појмовима, мотивација за њихово преиспитивање је другачије природе. Она припада науци и потреби њеног развоја. Са научног аспекта, дакле, поново испитивање једног система који представља заокружену научну обраду неке гране права, требало би да дâ одговор на питање у којој мери он одражава суштину те гране права и да ли својим основним појмовима „покрива" све појединачне, по врсти различите институте (на пример, сва кривична дела). У том светлу сагледана, кривичноправна трипартиција Томе Живановића има извесних празнина и теоријских несавршености јер су ван ње остали неки, иако малобројни, ипак важни институти и појмови. При томе, остаје неизбрисива заслуга Томе Живановића што је формулисањем трипартиције допринео учвршћењу уверења о правилности објективног појма кривичног дела, супротно објективно-субјективној концепцији која је, до тада, суверено владала. Међутим, овако одређена трипартиција (кривично дело, учинилац и санкција) преуска је да обухвати све оне разноврсне појединачне институте који у једном научном систему морају бити препознатљиви, тј. садржани у његовим најопштијим појмовима. Другим речима, научни систем, као потпуна теоријска обрада једне гране права, мора бити тако конструисан да његови најопштији појмови пружају могућност за препознавање свих његових појединачних института. Уколико неки од ових института остају ван тога система, он самим тим није довољно појмовно „широк", а то значи да

указује на потребу његове нове формулације и допуне. На пример, покушај да се било које кривично дело (крађа, убиство, превара, разбојништво итд.) сврста и пронађе своје место у оквиру трипартиције, довешће до закључка да ниједно од њих не остаје ван тога система јер општи појам — кривично дело, обухвата све њих. То је у складу и са свим оним институтима који ближе одређују поједине стадијуме извршења кривичног дела (припремне радње), време и место извршења дела или елиминишу његово постојање (нужна одбрана, крајња нужда и др.). Све су то „пратећи" институти основног појма трипартитног система који се назива кривичним делом. Кривична санкција, као општи појам трипартиције, такође, обухвата све њене врсте — казне, мере безбедности, васпитне мере, условну осуду и судску опомену (чл. 5. КЗ СФРЈ). Међутим, када је реч о кривцу, као трећем основном појму, онда се у трипартитном систему под њим подразумева само активни субјект, тј. учинилац кривичног дела, а не и његов пасивни субјект, односно оштећени. Излагање о овом субјекту, отуда, излази из трипартитног система као неки споредни, а не основни институт кривичног права као гране законодавства. Због тога, њему и није посвећена одговарајућа пажња коју овакви институти заслужују у својој научној обради. Треба рећи да је иста концепција трипартиције доследно примењена и у системима кривичног права других аутора, у периоду после Томе Живановића све до данашњих дана. Ипак, да би се разумела суштина овог критичког осврта, као и његова научна порука, неопходно је изложити садржај трипартиције као идеје, њен значај и консеквенце у кривичном праву.

1. ПОЈАВА И ЗНАЧАЈ ТРИПАРТИЦИЈЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Идеју о трипартитном систему кривичног права Тома Живановић је први пут изложио далеке 1909. године у своме раду *De l'élement subjectif („moral") dans la notion de délit* који је објављен у „Швајцарској ревији за кривично право". Ова идеја разрађена је даље у књизи *Основни проблеми кривичног права,* 1910. године. Као што сам аутор каже, трипартиција је примљена од тог времена и у новим кривичним законицима и пројектима европским и ваневропским(1). Суштина ове идеје састоји се у истицању три основна појма кривичног права — кривично дело, кривац и санкција. Издвајање кривца као самосталног појма кривичног права тражило је и посебно оправдање. Аутор га налази у томе, што посматрање учиниоца кривичног дела као самосталног правног бића, доприноси успешнијој борби против криминалитета јер омогућава потпуније сагледавање, односно проучавање учиниоца као посебног појма кривичног права. С друге стране, и сама правичност захтева да се кривац издвоји из кривичног дела као свог производа у спољњем свету, не би ли се привукла пажња законодавца и судија на његово психолошко стање које је извор греха према правном поретку, ма како схватили ово стање(2). Генетички посматрајући, овај преображај, установљење кривца као самосталног правног бића с виношћу и објективним личним условима кривичне одговорности као атрибутивним елементима, требало је да от-

(1) Т. Живановић, 1, *Систем расправа о систему кривичног права и примени у другим правним и ванправним наукама,* Београд, 1966, стр. 1.
(2) Т. Живановић, 2, *Основни проблеми кривичног права,* Београд, 1910, стр. 214.

клони разне заблуде, контрадикције и апсурде који су, у традиционалној вековној кривичноправној доктрини, настали особито због *акцесорне* природе саучешћа. Уочење ових заблуда, контрадикција и апсурда, било је баш *повод постанку трипартитне* идеје(3). Резултат, пак, трипартитног преображаја кривичног права је давање положаја кривцу у *систему* кривичног права, и то положаја самосталног *правног бића*, паралелног кривичном делу и кривичној санкцији, уместо да се он изгуби у свом производу, кривичном делу(4).

Ситуације које су мотивисале Тому Живановића да владајућој бипартитној теорији супротстави своју трипартицију (коју је формирао тако што је осамосталио, поред кривичног дела и санкције, кривца као трећи основни појам кривичног права) биле су, као што је већ речено, појава саучесништва и криминалитет душевно болесних лица. Наиме, кривична одговорност саучесника и душевно болесног лица није могла да се успостави у бипартитној теорији јер се, за постојање кривичног дела, тражило испуњење и објективног (радња извршења) и субјективног елемента (урачунљивост и виност). Одсуство овог другог елемента искључује одговорност и саучесника и душевно болесног лица. Не износећи овде све аргументе Томе Живановића за његову трипартицију, јер се она и не оспорава у овоме раду чији је циљ допуна трипартиције појмом оштећеног, навешћемо само да је при томе формулисано и објективно схватање кривичног дела. Оно је настало због тога што чисто објективни појам кривичног дела проистиче нужно из духа права и из стања науке кривичног права у XX веку. При томе се, према овом објективном схватању, не тврди да је за кривичну одговорност довољно само постојање кривичног дела, што би била „ствар тако противна праву да се сама собом побија" (као што вели Манзини)(5), већ да за примену казне мора постојати још и кривац(6).

Код сваке нове идеје, па и трипартиције, потребно је указати на њен однос према дотадашњим схватањима о истом питању (основним појмовима кривичног права), јер то одређује њен значај у науци, као што је неопходно, после одређеног времена, пратити реакције на њу подразумевајући под тим како њену подршку, тако и евентуалне модификације.

а) Теорија кривичног права до појаве трипартиције

У оквиру овог наслова биће извршено поређење дотадашње бипартитне и нове трипартитне теорије кривичног права. Бипартитна теорија сматрала је да постоје два основна појма у кривичном праву: кривично дело и казна. Према овој теорији појам кривичног дела обухватао је у себи и кривца. Код приказа бипартиције нема никаквог оправдања наводити њене представнике, када се зна да је она била не само владајућа, него и једина теорија до појаве трипартитног система Томе Живановића. Између кривичара — бипартиста могуће је правити разлику само у погледу тога какав су они став заузели после јављања трипартиције. Неки

(3) Т. Живановић, 1, *op. cit.* стр. 191.
(4) *Ibid.*
(5) Т. Живановић, 1, *op. cit.* стр. 150.
(6) *Ibid.*

од њих су је одмах прихватили (нпр. италијански аутор Алимена, 1910. године(7), неки знатно касније (нпр. немачки теоретичар Мезгер, 1938. године)(8), а многи су формулисали и нове варијанте ове теорије (о чему ће касније бити речи).

Тренутак напуштања трипартиције у појединим земљама био је различит, а зависио је од спремности теоретичара, као и законодавца да прихвате трипартицију. Тако је, на пример, у Италији бипартиција била заступљена у кривичном праву све до 1916. године, а прихватиле су је присталице сва четири правца — класичног, социолошког, антрополошког и позитивног(9). У француској теорији бипартицију срећемо до 1911. године проф. Дегуа (Degois), а у законодавству до 1934. године када је израђен *Пројект француског кривичног законика* у коме је прихваћена трипартиција(10). Међутим, треба нагласити да је француски *Кривични законик* од 1910. године (са свим изменама и допунама) био израђен, као и сви каснији и старији кривични законици, без свести о бипартицији и трипартицији па га је, отуда, и доктрина до 1911. године обрађивала бипартитно(11). У Пољској је већ 1910. године проф. Рапапор (Rappaport) усвојио трипартизам, а пољски *Кривични законик* од 1932. године је, такође, трипартитно заснован(12).

Све наведене године значиле су крај бипартиције у научним делима и кривичним законицима појединих земаља(13).

б) Теорија кривичног права после појаве трипартиције

Када је реч о ономе што се дешавало после трипартиције, запажена је појава нових варијанти трипартитне идеје. Ове варијанте почеле су се јављати тек од 1928. године и то у француској, немачкој, совјетској, италијанској и енглеској литератури. О њима се изјаснио и сам Тома Живановић. Разуме се да овом приликом није могуће изложити све те варијанте; међутим, целина излагања захтева да се укаже макар на најважније од њих. Пре свега, може се изнети општа оцена да се измене у тим варијантама односе на оквир трипартиције јер оне, за разлику од интегралне трипартиције Томе Живановића која код кривца обједињује *све* његове стварне састојке, наиме *извршиоца* дела, *виност* и објективне *личне* услове кривичне одговорности(14), не уносе сва својства кривчева у његов појам, већ *нека* убацују у *кривично дело*(15).

1б) Прва варијанта трипартиције која, у ствари, обухвата само једно мишљење, јавила се у италијанској теорији Фери (Ferri) и односи

(7) Alimena у својој књизи *Principii di Diritto penale* из 1910. године говори о кривцу као основном појму кривичног права, поред дела и казне, због чега може бити назван првим италијанским трипартистом, Т. Живановић, 1, *op. cit.* 149—150.

(8) Mezger је прихватио трипартицију тек 1938. године у својој књизи *Deutsches Strafrecht, ein Grundriss*, иако је у првом издању од 1931. године заступао бипартицију; цит. према Т. Живановићу, *op. cit.* 1, стр. 184—185.

(9) Т. Живановић, 1, *ibid.* стр. 148.

(10) Т. Живановић, 1, *ibid.* стр. 129, 134—136.

(11) Т. Живановић, 1, *ibid.* стр. 145.

(12) Т. Живановић, 1, *ibid.* стр. 204.

(13) За остале земље вид. опширније у наведеном делу Т. Живановића *Систем расправа о систему кривичног права*, стр. 129—245.

(14) Т. Живановић, 1, *ibid.* стр. 2.

(15) *Ibid.*

се на ред излагања три основна кривичноправна појма у систему трипартиције — кривац, кривично дело и санкција. Као што је познато у Живановићевој трипартицији налазимо обрнути ред излагања основних појмова од наведеног — кривично дело, кривац, санкција. Поменута варијанта трипартиције изражена је 1928. године и она није широко прихваћена (једино је налазимо још код Флоријана (Florian), у четвртом издању његовог дела из 1934. године)(16). Разумљиво је да је Тома Живановић оспоравао правилност овакве трипартиције, иако треба рећи да она не доноси неку битнију модификацију његовог система. Може се, чак рећи, на основу анализе посебног дела кривичног закона, да је редослед основних појмова у наведеној варијанти трипартиције правилнији. Наиме, хипотетична формулација коју налазимо у свим (без изузетка) нормама које одређују поједина кривична дела, започиње субјектом да би, преко радње кривичног дела, дошла до санкције. На пример, КЗ прописује: *„Ко изда* чек без покрића или *ко стави у промет* чек за који зна да нема покрића, *казниће се* затвором до три године" (чл. 172. КЗ СФРЈ) или *„ко* противправно *одузме* туђе моторно возило у намери да га употреби за вожњу, *казниће се* затвором од три месеца до пет година" (чл. 174. КЗ Србије) и др.(16а). Према томе, рекли бисмо да има више основа за редослед основних кривичноправних појмова онако како су га сачинили италијански аутори Фери и Флоријан (кривац, дело, санкција). Тим пре, што Тома Живановић није дао ниједан аргуменат у прилог редоследа тих појмова у сопственој трипартицији. Осим тога, питање редоследа основних појмова, по нашем мишљењу, није суштинско питање неког научног система, па ни кривичноправног. Схватање наведених италијанских аутора, чини нам се, и не може представљати неку посебну варијанту трипартиције, иако ју је Тома Живановић означио као такву. Ово важи и за сва она тумачења која код трипартитног система не мењају одлике његових основних појмова. На крају, сматрамо да питање редоследа одређује законодавац (бар у кривичном праву је то јасно). Наведену тезу потврђује и редослед основних појмова кривичног права у бипартитном систему — кривично дело и санкција, а она је изведена на основу законске формулације појединих кривичних дела која је, за све њих, имала исти облик (нпр. крађа се кажњава..., убиство се кажњава... итд.). Једина околност која би, можда, могла да унесе неко оправдање за редослед основних појмова у трипартицији Томе Живановића односи се на то да се у стварности чешће сазнаје прво за кривично дело, а затим за његовог учиниоца. Међутим, на околностима које нису правне не може се заснивати редослед правних института и појмова.

2б) Друга група нових варијанти трипартиције обухвата њих једанаест по броју, а оне се, према својим ставовима могу, ипак поделити у зависности од тога која лична својства приписују кривцу, а која од њих повезују са кривичним делом. По том питању издвајају се три схватања за која одмах треба рећи да су неприхватљива и да се аргументи њиховог оспоравања, које је навео Тома Живановић, у потпуности могу подржати. На овоме месту биће указано на њих само у главним цртама.

(16) *Ibid.*

(16а) Такође, чл. 153. КЗ Босне и Херцеговине, чл. 170. КЗ Словеније, чл. 136. КЗ Хрватске, чл 159. КЗ Црне Горе, чл. 136. КЗ Војводине, чл. 143. КЗ Косова и чл. 164. КЗ Македоније.

Пре тога, биће истакнута једна њихова општа одлика одступања од трипартиције Томе Живановића коју је он, управо због ових варијанти, назвао *интегралном*. Та карактеристика састоји се у томе што ове варијанте трипартиције не уносе *сва* својства *кривчева* у његов појам, већ нека убацују у *кривично дело*(17). Оваква тумачења трипартиције налазимо у немачкој теорији кривичног права (тридесетих година овога века) која, управо због тога, говори о „извршиоцу" Тетер (Täter), а не о кривцу(18). Наведене варијанте, дакле, разбијају интегритет личних својстава кривца и сврставају их или у појам кривичног дела, или кривца самог. На тај начин долази до вештачких творевина које не одговарају ни концепцији законодавца (у земљама у којима су поникле), ни захтевима науке (изграђивање општих појмова који у своме логичком и емпиријском обиму обухватају све ниже, субординиране (подређене) појмове(19). Другим речима, ако је издвојен појам кривца, онда све његове одлике и својства морају бити изложени у оквиру њега, а не неког другог, по врсти различитог појма (кривичног дела у конкретном случају).

— Према првој варијанти трипартиције ове врсте, појам кривца обухвата само његово својство да је извршилац (одн. саучесник) кривичног дела, док је виност (тј. субјективно или психолошко својство кривчево), као и објективни, одн. непсихички, али *лични* услови кривичне одговорности (као одсуство одређеног сродства код неких кривичних дела или стање крајње нужде) унета у *кривично дело* уместо у *кривца*(20).

— У другој варијанти трипартиције *виност* (умишљај и нехат) унети су у *кривично дело*, а *подобност за урачунљивост* (дакле, претпоставка виности) у кривца. Тиме је у појам кривца унето бар једно његово психолошко својство, поред његовог својства извршиоца, као код претходне варијанте. Појму кривичног дела додају се, према овој варијанти трипартиције, често и *објективни* (непсихички) *лични услови* кривичне одговорности(21).

— Код треће варијанте трипартиције (коју срећемо код Х. Шауфа (H. Schauf) педесетих година овога века) имамо обрнуту ситуацију од претходне; ту се *подобност за урачунљивост* уноси у *кривично дело*, а *виност* у *кривца*(22).

Све ове варијанте Тома Живановић је назвао крњим или неинтегралним трипартицијама, а њихове ауторе неинтегралним трипартистима замерајући им нелогичност и произвољност код комбиновања и разврставања личних својстава кривца и личних услова његове кривичне одговорности(23). Ипак, треба рећи да су овакви приговори, који су у сваком случају оправдани, настали само због неинтегралног појма кривца, а не и осталих основних појмова трипартитног система (кривичног дела и санкције). Према томе, уколико се говори о крњој трипартицији, онда се ова карактеристика може односити само на појам кривца и његову неправилно одређену садржину. На овоме месту треба подсетити да је

(17) Т. Живановић, 1, *op. cit. стр.* 2—3.
(18) *Ibid.*
(19) Т. Живановић, 3, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд 1939, стр. 718.
(20) Т. Живановић, 1, *op. cit.* стр. 3.
(21) *Ibid.*
(22) *ibid.* стр. 3.
(23) *ibid* стр. 3, 162. и др.

садржина (компрехензија или интензија) појма, скуп његових обележја (ознака, особености, елемената, квалитета) и да је свако обележје за себе појам или представа(24). Супротно кривцу, појам кривичног дела по свим изложеним варијантама обухвата више него што би требало; он није крњ, него је неправилно проширен. Отуда, појам кривца, како је одређен у наведеним варијантама трипартиције, није испунио основни захтев науке у погледу садржине и обима правних појмова. Као последица тога, и трипартиција коју заступају наведене варијанте не може бити прихваћена. Истина, она садржи сва три основна кривичноправна појма — кривично дело, кривца и санкцију и у том (формалном) смислу она јесте интегрална, али у распореду саставних елемената она има недостатака о којима је било речи. Због тога, можемо рећи да су ове варијанте трипартиције интегралне само у формалном, али не и у садржинском смислу; другим речима, оне су формалноправно интегралне, али су садржински неинтегралне.

Мало је позната чињеница да је Тома Живановић, поред изложене критике, покушао да открије и субјективне узроке за прикривање, одн. ненавођење правог аутора трипартиције од стране свих представника наведених варијанти (а што су урадили и неки интегрални трипартисти). Њихову теорију, због тог прикривања, Живановић назива „маском трипартиције" изражавајући при томе и претпоставку да би дела свих интегралних трипартиста била израђена *сасвим* другачије, као дела њихових претходника бипартиста, да се трипартиција није појавила 1909. године(25). Међутим, треба рећи да за борбу против преузимања туђих идеја (оно што су учинили поменути трипартисти(26) са трипартицијом југословенског аутора Томе Живановића) постоје друга средства која су на располагању самом аутору — судска заштита због плагијата, тј. оспоравање ауторства или указивање на то и другим теоретичарима, као што је опомена коју је 1937. године дао проф. Радбрух (Radbruch) у своме делу *Tat und Schuld* или изјава белгијског проф. Гинзбурга (Gunzburg) из 1933. године (27). За овакву борбу потпуно су неефикасне претпоставке о другачијем исходу нечијег теоријског система јер су те претпоставке лишене могућности накнадног проверавања и потврде. Њих треба тумачити само као израз револта због јавно непризнатог ауторства сваког протагонисте неке нове идеје у науци, па отуда и Томе Живановића.

2. РАЗМАТРАЊЕ ТРИПАРТИЦИЈЕ У ЈУГОСЛОВЕНСКОЈ ТЕОРИЈИ КРИВИЧНОГ ПРАВА И ФИЛОЗОФИЈИ ПРАВА

У југословенској теорији кривичног права скоро нико није детаљније, а још мање полемички расправљао о трипартицији Томе Живановића (наглашавајући при томе да се полемика, научна, може окончати и потврдом, односно подржавањем одређених теоријских ставова, а не

(24) Т. Живановић, 3, *op. cit.* стр. 716—718.
(25) Т. Живановић, 1, *op. cit.* стр. 4.
(26) Прећуткивање трипартиције учинио је, пре свега, интегрални трипартиста немачки писац Канторовиц *(Kantorowitz)* и француски аутори Буза *(Bouzat)* (1963) и Стефани—Лавасер *(Stefani—Lavasseur)* (1957. и 1964. године), Т. Живановић, 1, op. cit. стр. 4.
(27) Т. Живановић, 1, *op. cit.* стр. 4.

само њиховим оспоравањем). Оваква констатација дата је уопште за дела Томе Живановића, а не само за она из области кривичног права. У том погледу истакнута је „недовољност одговарајућих стручно-научних текстова, с уобичајеном различитошћу нивоа, карактера и намене, који су посвећени животном делу овога нашега великана, његовом научном опусу у целини и појединим његовим списима"(28). Извесна излагања о трипартицији налазимо само у уџбеницима кривичног права, о чему ће касније бити говора.

Међутим, у радовима штампаним пре другог светског рата посвећена је већа пажња делу Томе Живановића, иако ни у њима нема полемике, него само излагања суштине његових идеја како у области кривичног права(29), тако и правне филозофије(30). У тим радовима посебно је наглашена оригиналност трипартитног система, супротно неким ауторима Фери, Ланца и Штос (Ferri, Lanza i Stoss) који су Живановићу то оспоравали(31). Но, предмет нашег разматрања није одјек који је имало дело Томе Живановића код свих теоретичара после његове појаве у науци уопште, него само оцена његовог дела коју налазимо у савременој југословенској теорији кривичног права и правној филозофији. Ово је могуће учинити због тога што се интерес за проучавање дела Т. Живановића поново јавио после његове смрти 1971. године (иако се, изузетно, о правној филозофији овога аутора писало и пре — нпр. Лукић, 1965. године), па је, отуда у више написа указано на његове научне иновације у свим теоријским областима којима се бавио (правној филозофији, кривичном праву, етици и историји права). Понегде је дата и критика извесних нових ставова Томе Живановића, као и његовог општег методолошког приступа (на пример, произвољно спајање хегелијанизма с марксизмом)(32).

а) У оквиру филозофије права срећемо опширнија разматрања идеја које је Живановић заступао у овој области, нарочито оних које се тичу синтетичке правне филозофије као науке, оригиналног схватања теорије сазнања, самосталног открића двеју врста наука — науке о предметима и науке о наукама(33), одређивање везе између филозофије и правне науке (поготово везе између разних дисциплина унутар науке), новог методолошког инструментаријума правних наука (синтетичке генерализације)(34) и низа других сложених питања. Радови из ове области истичу, сасвим оправдано, заслугу Томе Живановића за формирање једног потпуног система правне филозофије(35), за одређивање њеног предмета, садржине и метода(36), с тим што ова двоврсна филозофија (филозофија права и филозофија правних наука) представља новину у систематици филозофских дисциплина не толико по својој идеји (забележеној

(28) С. Врачар, *Оцена три главне филозофскоправне књиге Томе Живановића*, „Зборник за теорију права", изд. Српске академије наука и уметности, Београд, 1982, свеска II, стр. 217.
(29) Б. Петровић, *Рад проф. др Т. Живановића на науци кривичног права и осталим научним дисциплинама*, „Правосуђе", 1938, бр. 6—7, стр. 456—462, 525—530.
(30) Б. Тасић, Тома Живановић: *Систем синтетичке правне филозофије I*, „Архив за правне и друштвене науке", 1921, стр. 398—406.
(31) Б. Петровић, *op. cit.* стр. 526.
(32) М. Поповић, *О правној филозофији Томе Живановића*, зборник „О филозофији права", изд. Српске академије наука и уметности, књ. 2, Београд, 1978, стр. 609.
(33) Р. Лукић, *Тома Живановић као правни филозоф*, „Филозофија", 1965, бр. 2, стр. 222—229.
(34) С. Врачар, *op. cit. стр. 222—223.*
(35) Р. Лукић, *op. cit.* стр. 219.
(36) С. Врачар, *op. cit.* стр. 227.

већ у Вунта) колико по замашности и доследности којом је примењена у правној филозофији(37). Вршена су, такође, поређења са ставовима других теоретичара (нпр. да објекти Живановићеве филозофије права нису правни појмови који су заједнички свим специјалним правним наукама, као у Меркела, а нису ни правни појмови који су заједнички свим законодавцима, као у Остина(38). На тај начин, Живановић је дао огроман допринос афирмацији правне филозофије, њеном даљем и пунијем потврђивању, утемељењу и развијању(39). Поред тога, истицане су и друге одлике научних радова Томе Живановића, а не само оригиналност његових идеја и дубина мисли. „Свака његова поставка, па чак и сваки став о било ком споредњијем питању, плод је темељног домишљања и промишљања, без икаквих трагова провизорног и импресионистичког приступа и реаговања(40). Такође он показује изузетну снагу за сложене духовне конструкције, неумољиву логичност и доследност, као и смисао за непогрешиву логичку конструкцију на темељу основних мисаоних претпоставки(41). Међутим, треба рећи да је у неким од наведених правнофилозофских радова наговештено и неслагање са конкретним схватањима Томе Живановића (нпр. да ли термин филозофија треба употребити за две највише науке — филозофију о свету и филозофију о сазнању света, добијене генерализирајућом апстракцијом садржине нижих наука и др.)(42). У другим радовима из ове области изречене су, чак, и критике извесних општих правнофилозофских поставки Томе Живановића. У том смислу се истиче да је његова општефилозофска, позитивистичка усмереност дошла у сукоб са специјалнофилозофском, филозофија са филозофијом права(43). Истовремено је учињена анализа покушаја самог аутора да ту недоследност превазиђе, допуном своје опште филозофије метафизиком(44). Указано је, такође, на недовољну употребу социолошког метода у Живановићевој филозофији права, на недостатак елемената праксе у његовој емпиријско-синтетичкој теорији сазнања, чињеницу да његова правна филозофија није активистичка, тј. није усмерена на измену света(45) и др. Неким од изречених примедаба можемо се и супротставити (ту, у првом реду, мислимо на упућену замерку о претеривању Томе Живановића код формулисања деликта и прекршиоца права као основних правних појмова)(46) итд. Међутим, овом приликом није могућа детаљнија расправа о томе, јер је непосредни циљ рада другачије одређен. Требало би само нагласити да су критичка размишљања о делу Томе Живановића већ започета у нашој правној науци(47). Таквој критици припада оцена о плуралистичком схватању криминологије од стране Томе Живановића која се данас тешко може бранити(48), као

(37) Д. Бабић, *Два питања из филозофије права Томе Живановића*, „Зборник за теорију права", изд. Српске академије наука и уметности, свеска II, Београд, 1982, стр. 172—173.
(38) М. Поповић, *op. cit.* стр. 594.
(39) С. Врачар, *op. cit.* стр. 228.
(40) *Ibid.*
(41) Р. Лукић, *op. cit.* стр. 219, 221. и 223.
(42) *Ibid.*
(43) Д. Бабић, *op. cit.* стр. 173.
(44) *Ibid.*
(45) М. Поповић, *op. cit.* стр. 607, 609. и 610.
(46) М. Поповић, *op. cit.* стр. 607.
(47) С. Врачар, *op. cit.* стр. 229.
(48) М. Милутиновић, *Богато научно стваралаштво Томе Живановића*, Споменица посвећена преминулом академику Томи Живановићу, Српска академија наука и уметности, посебна издања, књ. CDLXV, „Споменица", књ. 62, стр. 31.

и анализа о неодрживости теорије стечених права (због замерки које јој је упутила правна наука и због одређених објективних услова њеног пада), а коју је Тома Живановић изричито заступао(49). Наш рад мотивисан је, такође, потребом изношења сопственог мишљења о његовој трипартицији коју, у начелу, прихватамо. Оно што његовој теорији приговарамо тиче се обима одређених појмом у оквиру ње. Наиме, трипартиција је једнострана јер „покрива" само једног субјекта кривичног дела (кривца), без обзира што је у том делу интегрална, тј. обухвата сва његова лична својства.

У погледу трипартиције, као новог система кривичног права, правнофилозофска разматрања се задржавају, што је и разумљиво, само на констатацији да је она најпознатија идеја Томе Живановића(50) и да је путем ње он створио епоху у области ове науке(51). Изложена је, такође, и суштина трипартитног система, тј. издвајање кривца као основног правног појма поред кривичног дела и кривичне санкције(52).

б) Што се тиче савремених уџбеника кривичног права, у њима срећемо излагања о трипартицији само код питања система ове науке и одређивања појма кривичног дела. На основу тих излагања закључујемо да је код њихових аутора трипартиција напуштена јер се они изјашњавају против ње. У том смислу, могу се издвојити тврдње да се „у савременим системима не супротстављају оштро кривично дело и кривац, што је случај у чистом трипартитном систему, нити се кривац укључује у појам кривичног дела, као што је случај у класичном бипартитном систему, већ се учинилац и кривично дело у систему обрађују у њиховом јединству, полазећи од чињенице да без учиниоца не може бити ни кривичног дела"; затим, да „објективно схватање радње, чији је најизразитији заступник Тома Живановић, не сматрамо прихватљивим у оквиру објективно-субјективног схватања кривичног дела које смо изложили као најправилније" и др.(53). Међутим, сваком познаваоцу суштине трипартитне теорије мора бити јасно да је трипартиција у наведеним делима, у ствари, прихваћена јер то потврђују наслови у оквиру тих система — кривично дело, кривична одговорност и кривична санкција. О овоме се изјаснио и сам Тома Живановић, оцењујући свако научно дело из области кривичног права и кривичног процесног права са становишта трипартитног система. Управо је за дело Срзентића и Стајића, које смо навели, нагласио да материју кривичног права излаже према трипартитном систему и указао на противречности у које су аутори запали заступајући објективно-субјективно схватање кривичног дела, јер су у његов појам унели и виност. Ови аутори су, наиме, елеменат виности (умишљај и нехат) обрадили код кривичне одговорности (што је суштина праве трипартиције) и, отуда, испољили недоследност између онога што су најавили општом дефиницијом кривичног дела и обраде тих елемената(54). Повезивањем различитих појмова трипартиције у за-

(49) С. Перовић, *Ретроактивност закона и других општих аката*, Београд, „Светозар Марковић", 1984, стр. 102. и 126.

(50) Р. Лукић, *op. cit.* стр. 219.

(51) Б. Петровић, *op. cit.* стр. 458.

(52)С. Врачар, *op. cit.* стр. 225.

(53) Срзентић—Стајић, *Кривично право ФНРЈ*, 3. изд., 1961. год., стр. 25. и 135. Цитирано је ово издање из два разлога: прво, што је идентичан став у погледу трипартиције задржан и у свим каснијим издањима (нпр. 8. изд. из 1978. године и 12. изд. из 1984. године, стр. 25) и друго, због тога што се осврт Томе Живановића односи на то издање.

једнички наслов (онако како је урадио и законодавац), наведени аутори нису елиминисали трипартицију све док појам кривичне одговорности егзистира као самосталан и равноправан појам кривичног права. Оправдање које су навели за одступање од трипартиције (иако то одступање, као што смо навели, има само вербални карактер) аутори налазе у томе што на њега упућују три момента: принципијелна страна овог питања (јединство објективних и субјективних елемената); веза научне обраде са системом позитивних прописа и педагошки моменти (55). Међутим, ниједан од ова три момента није од значаја за изградњу *научног* система који обрађује кривично право или било коју грану права, а најмање на њега могу да утичу педагошки моменти. У том смислу се изјаснио и сам Тома Живановић(56). Насупрот оваквог вредновања трипартиције од стране кривичара, у правнофилозофским радовима, као што смо видели, одато је пуно признање за оригиналност идеја Томе Живановића. Истина, за правне филозофе се не може са сигурношћу рећи да ли су код тог оцењивања имали у виду вредност учења Томе Живановића и за обраду савременог кривичног законодавства, или су се ограничили само на истицање његових предности у односу на претходни бипартитни систем. То, међутим, није ни најбитније. Далеко је важније питање стварне вредности, односно корисности или „неупотребљивости" трипартиције за изградњу савременог научног система кривичног права. Да не останемо само на нивоу претпоставки у погледу одговора на ово питање постарао се сам Тома Живановић који је 1966. године објавио *Систем расправа о систему кривичног права и примени у другим правним и ванправним наукама* у којем је са истим жаром образложио своју интегралну трипартицију, као и далеке 1909. године када је први пут саопштио ову идеју. Међутим, треба рећи да трипартиција више није само нова идеја, већ идеја која је прихваћена и у законодавству (не само југословенском, него и многих страних земаља), па се као објективни аргумент њеног оправдања може навести и ова чињеница. То произлази са оних страница наведене књиге на којима аутор даје импозантан списак теоретичара који прихватају, односно законодавстава који су засновани на трипартицији(57). Упркос тога, неки савремени теоретичари кривичног права иду тако далеко да тврде да у систему бипартиције учинилац кривичног дела не само што не губи нимало од свог места и улоге у кривичном праву, него да се то изричито истиче(58). Исти аутори, такође, схватају (као и неки други, уосталом)(59), кривично дело као објективно-субјективни појам, а у његовој анализи одвајају објективне од субјективних елемената(60). Међутим, исто то је чинио и Тома Живановић. Ни он није одвојио кривично дело од кривца, нити је сматрао да постоји кривично дело без учиниоца у реалности, у криминолошком смислу. Он их је осамосталио једино у научној обради, дакле, у области у којој је то не само могуће, него и потребно. Поједини теоретичари кривичног права, чак, истичу да нашем праву као социјалистичком, трипар-

(55) Т. Живановић, 1, *op. cit.* стр. 201—202.

(56) *Ibid.*

(57) Т. Живановић, 1, *op. cit.* стр. 195—234.

(58) Б. Чејовић, *Кривично право*, општи део, Београд, 1979, стр. 47.

(59) А. Михајловски, *Субјект кривичног дела*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 1—2 1983, стр. 3. и 15.

(60) Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 47.

тиција више одговара због самог положаја човека у нашем друштву(61). Томе у прилог иде и Кривични закон који разлучује и одваја кривично дело и кривца, одн. његову кривичну одговорност у насловима појединих поглавља *(Опште одредбе о кривичном делу и кривичној одговорности*, Гл. II КЗ СФРЈ) или појединих одредаба *(Кривично дело*, чл. 8. и *Кривична одговорност*, чл. 11. КЗ СФРЈ). Навешћемо и друге ставове према којима кривцу није дато одговарајуће место у кривичном закону у моменту када је уз претпоставку невиности под сумњом да је потенцијални кривац, иако је човек заузео високо место у нашем социјалистичком друштву(62). Међутим, овде је у питању несхватање суштине кривца, тј. онога што га, уз основану сумњу да је извршио кривично дело одваја од осталих људи, а то је кривична одговорност која је и дефинисана у поменутом члану 11. КЗ СФРЈ. Истина је и то да су у свим системима научне обраде кривичног права издвојене целине посвећене кривичном делу, кривичној одговорности и санкцији(63) (иако се у једном општијем наслову, идентично наслову главе II КЗ Југославије, наводе кривично *дело и кривична одговорност* заједно)(64). Међутим, циљ овог рада јесте разматрање саме трипартиције Томе Живановића, а не полемика о садашњим кривичноправним системима који су, без обзира што њихови аутори тврде супротно, ипак изграђени као трипартитни системи с том разликом што се, уместо кривца, наводи кривична одговорност.

Уз то, Живановићу се приписује нешто што он својом трипартицијом не заступа. Наиме, својим објективним схватањем кривичног дела и осамостаљивањем кривца он постиже само *појмовно* одвајање института, како то и сам истиче(65) (а *не механичко*, како тврди Димитријевић) у сврху научне обраде која се, у потпуном смислу и остварује путем јасних, општих и свеобухватних појмова. Трипартиција и трипартитни метод имају, у ствари, дијалектичко порекло(66).

С друге стране, за разлику од твораца система општег дела, аутори који су обрађивали посебни део кривичног права (Лазаревић, Атанацковић и Чејовић) ускладили су своја излагања у потпуности са основним појмовима трипартиције (кривично дело, учинилац (виност) и санкција)(67). Према томе, код ових аутора доследно је извршена анализа појединих кривичних дела, учинилаца тих дела, са свим особеностима њихове кривичне одговорности и предвиђених санкција.

3. НОВА ВАРИЈАНТА ТРИПАРТИЦИЈЕ ТОМЕ ЖИВАНОВИЋА

У претходним излагањима већ је отворен пут идеји да се формулише општи појам субјекта у кривичном праву тиме што би он обухватио не само кривца, него и оштећеног. Ова идеја изражава потребу да

(61) М. Радовановић, *Кривично право СФРЈ*, општи део, 5. изд., Београд, 1976. стр. 30.
(62) Д. Димитријевић, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 2 1977, стр. 232—233.
(63) Нпр. Н. Срзентић, А. Стајић и Љ. Лазаревић, *Кривично право*, општи део, 12. изд., 1984, стр. 125, 207. и 307; Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 81, 291. и 361.
(64) Н. Срзентић, А. Стајић и Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 123 (део трећи); Чејовић Б., *op. cit.* стр. 79. (други део) и М. Радовановић, *op. cit.* стр. 55 (део први).
(65) Т. Живановић, 1, *op. cit.* стр. 203 (поводом Димитријевићевог дела *Основи кривичног права*, општи део, увод, 1953. г).
(66) Т. Живановић, 1, *op. cit.* стр. 165, 191. и др.
(67) Љ. Лазаревић, *Кривично право*, посебни део, Београд, Савремена адм., 1981; Д. Атанацковић, *Кривично право*, посебни део, Ш., Београд, Привредна штампа, 1981; Б. Чејовић, *Кривично право*, посебни део, Горњи Милановац, Привредна књига, 1978. године.

се оштећени, у првом реду, уврсти у систем општег дела кривичног права, а затим и у његов посебни део код обраде појединих кривичних дела. У овом одељку изнећемо разлоге за нашу идеју, а мотивација за њу проистиче, треба одмах на почетку рећи, из самих кривичноправних норми, с једне стране, и захтева науке да њени појмови имају одлике општости и потпуне обимности.

а) Оштећени као пасивни субјект кривичног дела у кривичноправним нормама

Пре свега, треба нагласити чињеницу да је оштећени обухваћен кривичноправном нормом изричито или прећутно и то, било да је реч о физичком или правном лицу. Према томе, без оштећеног нема ни кривичног дела. „Практично, код сваког преступа постоји неко ко је повређен, оштећен или угрожен"(68).

1а) Директно предвиђање оштећеног, као физичког лица, има различите формулације. Тако, општи део Кривичног закона СФРЈ садржи посебан институт — *заштита оштећеног* (чл. 86), док се у посебном делу овог закона, као и републичких и покрајинских кривичних закона, у низу одредаба уопштено наводи *друго лице* (код кривичних дела: противправно лишење слободе — чл. 189. ст. 1. КЗ СФРЈ; злостављање у вршењу службе — чл. 191. КЗ СФРЈ; повреда права на подношење правног средства — чл. 196. КЗ СФРЈ; омогућавање уживања опојних дрога — чл. 246. КЗ СФРЈ; убиство(69), убиство детета при порођају(70), навођење на самоубиство(71), тешка телесна повреда(72), увреда(73) итд. Код одређених кривичних дела наводи се, као пасивни субјект, *неко лице* (на пример, код кривичног дела противзаконите наплате и исплате(74) итд.

Такође се, када је реч о физичким лицима као оштећенима, у закону понекад сужава њихов круг, при чему је као критеријум за њихово издвајање узет у обзир *одређени узраст*, одн. *године старости* (на пример, малолетник који је навршио 14 година, тј. није навршио 14 година — код кривичног дела навођења на самоубиство и помагања у самоубиству)(75). У неким случајевима законодавац је указао на *одређени однос* између учиниоца кривичног дела и оштећеног (напр. однос подређености или узајамности код кривичног дела навођења на самоубиство(76).

Поред тога, налазимо и *конкретно одређени круг* субјеката (на пример, „окривљени, сведок, вештак или друго лице" код кривичног дела изнуђивања исказа — чл. 190. КЗ СФРЈ). Као и у претходном случају,

(68) З. Шепаровић, *Оштећени у кривичном праву*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 4 стр. 548.
(69) Чл. 47. КЗ Србије, чл. 36. КЗ Босне и Херцеговине, чл. 39. КЗ Црне Горе, чл. 28. КЗ Војводине и др.
(70) Чл. 48. КЗС, чл. 39. КЗБиХ, чл. 37. КЗХ (чедоморство), чл. 41. КЗЦГ, чл. 31. КЗВ и др.
(71) Чл 51. КЗС, чл. 40. КЗБиХ, чл. 39. КЗХ, чл. 43. КЗЦГ, чл. 32. КЗВ и др.
(72) Чл. 53. КЗС, чл. 42. КЗБиХ, чл. 41. КЗХ, чл. 45. КЗЦГ, чл. 34. КЗВ итд.
(74) Чл. 93. КЗ СФРЈ и чл. 246. КЗС, чл. 237. КЗБиХ, чл. 226. КЗХ, чл. 243. КЗЦГ, чл. 206. КЗВ итд.
(75) Чл. 51. ст. 2. и 3. КЗС, чл. 40. ст. 2. и 3. КЗБиХ, чл. 39. ст. 2. и 3. КЗХ итд.
(76) Чл. 51. ст. 4. КЗС, чл. 43. ст. 4. КЗЦГ, чл. 32. ст. 4. КЗВ и др.

тако и овде својство оштећеног може стећи само одређено лице (у претходном случају само лице одређеног пола и одређеног узраста, а у овом другом случају лица која привремено имају неку функцију — окривљени, сведок или вештак). Затим, купци и корисници услуга код кривичног дела неовлашћене употребе туђе фирме (чл. 165. КЗ СФРЈ) спадају, такође, у круг оштећених субјеката који се могу идентификовати касније, после извршеног дела.

2а) Индиректно предвиђање оштећеног налазимо у случајевима где се помиње *туђа ствар* (кривично дело крађе)(77) или неовлашћеног откривања *тајне* у вршењу свог позива(78).

3а) Правно лице као оштећени субјект јавља се, такође, у различитом виду: на пример, као *организација удруженог рада* која врши привредну делатност или друго правно лице (код кривичног дела проузроковања стечаја(79), као и *домаћа организација удруженог рада* (код кривичног дела нелојалне конкуренције у пословима спољнотрговинског промета — чл. 164. КЗ СФРЈ) и др.

Уопштавајући ово излагање, можемо закључити да свака одредба посебног дела кривичног права имплицира и оштећеног, само што га је некад лако препознати, а некад је потребна детаљнија анализа. Осим тога, оштећени се јавља, као што смо већ истакли, и у неким одредбама општег дела КЗ СФРЈ (заштита оштећеног) и у општим одредбама републичких и покрајинских кривичних закона (нпр. обавеза малолетника да се лично извини оштећеном лицу, што му суд може одредити приликом изрицања неке од васпитних мера појачаног надзора, чл. 24. ст. 1. тач. 1. КЗ Србије)(80).

Наведена чињеница, да се оштећени помиње у толико одредаба кривичног закона и да се он посматра као вољни (у неким случајевима) или невољни учесник у извршењу кривичног дела или у једној његовој фази (код наступања последице на неком личном или имовинском добру оштећеног), даје довољно основа да се оштећеном нађе одговарајуће место у систему кривичног права, тј. да се подведе под неки његов основни појам. Постојећа трипартиција, са формулацијом својих основних појмова — кривично дело, кривац и кривична санкција, не омогућује то (код других система, одн. варијанти трипартиције још је мање могућно остварити наведену идеју). Међутим, ако би се извршило уопштавање свих субјеката који се појављују код кривичног дела (кривац (саучесник) и оштећени) кроз заједнички назив — *субјект кривичног дела* — оштећени би нашао своје место у систему трипартиције и то оно које му, по логици ствари, и улози припада. Трипартиција Томе Живановића тиме ништа не би изгубила; она би само постала потпунија, а тиме би се значајно приближила идеалу научног сазнања и система права — стварању скупа појмова који су међусобно повезани, али који, истовремено, имају своју самосталност и садржину. Оно што је најважније, елементи тог садржаја били би строго одвојени, али свеобухватни јер би се

(77) Чл. 165. КЗС, чл. 147. КЗБиХ, чл. 130. КЗХ, чл. 152. КЗЦГ, чл. 127. КЗВ и др.
(78) Чл. 73. КЗС, чл. 59. КЗБиХ, чл. 56. КЗХ, чл. 62. КЗЦГ, чл. 45. КЗВ итд.
(79) Чл. 137 КЗС, чл. 119. КЗБиХ, чл. 104. КЗХ, чл. 125. КЗЦГ, чл. 99. КЗВ и др.
(80) Исту обавезу прописује и *Кривични закон Словеније* (чл. 15), *Војводине* (чл. 15) и *Косова* (чл. 17), док *Кривични закон Црне Горе* предвиђа накнаду штете, као посебну обавезу која се може изрећи малолетнику уз појачан надзор над њим.

под њих могли подвести сви појмови ниже врсте. Међутим, и поред овакве очигледне и неспорне нормативне ситуације, у теорији кривичног права други субјект кривичног дела — оштећени, није потпуно научно обрађен.

б) Оштећени као пасивни субјект кривичног дела у научним системима кривичног права

Као што је већ речено, у теорији кривичног права недостаје издвајање оштећеног као посебног кривичноправног субјекта који налази своје место у оквиру општих појмова ове правне науке. Чињеница да се изграђивање појма оштећеног јавља у сложенијем виду код кривичних дела угрожавања (на пример, кривично дело угрожавања јавног саобраћаја — чл. 195. КЗ Србије и др.) или кривичних дела којима се наноси штета одређеним друштвеним односима у оквиру социјалистичког самоуправног друштва (напр. кривична дела против основа социјалистичког самоуправног друштвеног уређења и безбедности СФРЈ из главе XV КЗ СФРЈ, или помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела — чл. 204. КЗС, којим се угрожавају и ометају правосудни органи, као и код других кривичних дела), не може да представља препреку изграђивању појма оштећеног и његовом подвођењу под општи појам кривичноправног субјекта. Овакав приступ, који се огледа у томе да се код издвајања основних појмова једне правне науке пође од друштвених односа и њихових носилаца, представља захтев марксистичке науке и примену дијалектичког марксистичког метода у оквиру ње. Изостављањем оштећеног не би се могла објаснити ни његова појава у кривичном поступку. Истина, тешкоће за утврђивање пасивног субјекта кривичног дела постоје чак и за случајеве где је он предвиђен у законском тексту (напр. код кривичног дела краће). Међутим, одређени путоказ за издвајање појма оштећеног (било да је реч о угрожавању или повреди физичког лица, одн. угрожавању и „повреди" (штети) правног лица) пружа „гледиште по коме пасивног субјекта треба утврдити по објекту кривичноправне заштите"(81), а то су, према нашем кривичном законодавству *човек* и *друге основне вредности* социјалистичког самоуправног друштва (чл. 2. КЗ СФРЈ) односно, као оштећени јављају се личности и самоуправно друштво.

Издвајање овако изграђених појмова — кривичноправни *субјект* (учинилац, одн. кривац и оштећени), кривично *дело* и кривична *санкција* (казна, васпитна мера, мера безбедности, условна осуда и судска опомена — чл. 5. КЗ СФРЈ), не угрожава трипартицију, већ је доводи до вишег нивоа уопштавања у оквиру кога није запостављен ниједан кривичноправни институт.

У теорији кривичног права срећемо, по правилу, излагање о оштећеном само као пасивном субјекту насупрот активном субјекту кривичног дела(82). Код неких аутора кривичног права се о оштећеном, тј. па-

(81) Ј. Таховић, 1, *Кривично право*, општи део, Београд, 1961, стр. 90.

(82)Ј. Таховић, 2, *Коментар кривичног законика*, Београд, 1957, стр. 54; М. Радовановић, *op. cit.* стр. 153; Ј. Таховић, 1, *op. cit.* стр. 30.

сивном субјекту кривичног дела, говори под насловом „последица кривичног дела". Тако се у радовима тих аутора наводи да последица кривичног дела увек погађа одређени субјекат права или интереса(83). Међутим, о овом субјекту се не може говорити код последице јер је он самосталан субјект, а не елеменат кривичног дела. Пасивни субјект улази у круг кривичноправног односа, као и кривац, и то поводом кривичног дела као једне фактичке чињенице и једног облика неправа. Он тиме постаје и правни субјект, са одређеним захтевом за накнадом штете чији је рудимент дат већ у кривичном праву. Кривични процес представља само вођење поступка за остварење тог материјалног захтева, као што се, уосталом, води поступак и за изрицање санкције учиниоцу кривичног дела, односно кривцу. Супституција пасивног субјекта кривичног дела могућа је кроз процесну установу оштећеног (са различитим улогама, функцијама) само у оним случајевима када је он (тј. пасивни субјект кривичног дела) елиминисан извршењем тога дела(84).

Треба нагласити да се ово излагање односи на место пасивног субјекта у систему науке кривичног права, с обзиром на редослед појмова у поменутим делима. Наиме, систематика основних појмова у уџбеницима кривичног права који су раније наведени (кривично дело, кривична одговорност и кривична санкција) не ослобађа простор за уношење у појам субјекта и пасивног субјекта кривичног дела који је, чак и код Живановића, потпуно изостављен (што је и наш основни приговор његовој трипартицији). У савременим научним системима о оштећеном, тј. пасивном субјекту кривичног дела говори се, као што смо видели, под насловом *Последица кривичног дела.* Уношењем и овог субјекта у трипартитни систем, за шта има оправдања, трипартиција би постала потпуни и заокружени систем појмова који би „покривао" све институте кривичног права као гране законодавства. Отуда се увршћење оштећеног у појам субјекта (пасивног поред активног) кривичног дела не противи основној идеји трипартиције, односно персонализму као њеној суштини, већ је само реч о новој и потпунијој садржини њених основних појмова.

Поред наведеног, у ствари нерешеног основног питања у погледу пасивног субјекта кривичног дела, о њему се, у оквиру општег дела кривичноправне науке, расправља код више института — код нужне одбране и пристанка повређеног(85), а у оквиру посебног дела кривичног права код неких кривичних дела. Тој врсти припадају излагања која се односе на пристанак пацијента за предузимање захвата са повишеним ризиком, обавезе код условне осуде за кривично дело неплаћања алиментације и оштећење заштитних уређаја и других предмета и на кривично дело кршење породичних обавеза(86), затим, излагања о пристанку жртве код убиства из милосрђа; тумачење „већег броја лица" код кривичног дела омогућавања уживања опојних дрога, стања угрожености пасивног субјекта код кривичног дела непружања помоћи повређеном лицу(87), тумачење злостављања потчињеног или млађег, стварања

(83) Н. Срзентић, А. Стајић и Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 140.
(84) вид. ближе З. Симић—Јекић, *Кривично процесно право СФРЈ*, Београд, 1983, стр. 71—104.
(85) Н. Срзентић, А. Стајић, и Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 168—173, 179—180.
(86) Д. Атанацковић, *op. cit.* стр. 300, 318, 351. и др.
(87) Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 162, 226, 285. и др.

одређеног утиска код купаца, одн. корисника услуга као пасивних субјеката код кривичног дела неовлашћене употребе туђе фирме(88); најзад, то је разликовање обичне тешке телесне повреде од особито тешке телесне повреде, указивање на одсуство одређених последица код оштећених када је реч о бићу неких кривичних дела (нпр. насиље из непријатељских побуда према СФРЈ)(89) и др.

Поменута разматрања су неопходна, али она, ипак, не могу заменити општа излагања о пасивном субјекту кривичног дела која би обухватила све његове појавне облике (физичко и правно лице), дејство на кривичну одговорност учиниоца у случајевима када је он изазван понашањем оштећеног (стварање препасти или страха), као и врсту сатисфакције коју му држава омогућује. Суштина његовог захтева је грађанскоправне природе и може се остварити (под одређеним условима) у кривичном поступку, али он потиче из кривичноправног односа, тј. настаје због извршеног кривичног дела. То је само једна врста сатисфакције, као што је, на пример, извињење оштећеном пред судом друга врста његовог задовољења. Све то представља предмет општег учења о пасивном субјекту кривичног дела.

На крају овог поглавља треба указати на Роскоов (Rosco) *кривични законик Италије* из 1930. године(90), који потврђује правилност повезивања активног и пасивног субјекта кривичног дела. Глава IV овог закона има наслов *Кривац и лице повређено у кривичном делу.* На тај начин законодавац је, мора се рећи, отишао испред теорије, јер је у наслову објединио оба субјекта кривичног дела (активног и пасивног). Иако се синтеза ових лица (учесника кривичног дела) може остварити само кроз заједнички назив — субјект кривичног дела (што је у ствари задатак теорије, а не закона), наведени пример из области кривичног права први пут истиче идеју за коју се, у оквиру трипартитног система, и ми залажемо. Интересантно је, при томе, да нико од теоретичара није увиђао њену оправданост, нити се изјашњавао о њој. Тома Живановић је, такође, коментарисао само појам кривца и његово издвајање као самосталног (особеног) кривичноправног појма, дакле промену коју је он остварио у поређењу са бипартицијом.

4. ЗАКЉУЧАК

Као консеквенца свега претходно реченог, произлази тврдња да је оштећени кривичноправни појам и да се он не може посматрати само као основни појам виктимологије (науке о жртви кривичног дела) која се развила у раздобљу после 1945. године и која, као ванправна наука, може проучавати једино ванправне одлике и понашање оштећеног, а никако његове правне карактеристике (као што су, на пример, процесна овлашћења оштећеног и његов значај код одређених кривичних дела). Ова тврдња постоји и поред изражене тежње виктимолога да прошире стварни оквир науке која проучава пасивни субјекат кривичног дела,

(88) Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 79, 110. итд.
(89) М. Радовановић и М. Борђевић, *Кривично право*, посебни део, Београд, 1975, стр. 17, 88—89. и др.
(90) Т. Живановић, 1, *op. cit.* стр. 205.

одн. његову жртву. Примера ради, типологија жртава на војне или пристајуће, затим, на жртве покушаног злочина, нехатне жртве и друге, узима у обзир кривичноправне елементе (покушај кривичног дела, нехат итд.). Исто се може рећи и за разматрање правног положаја жртве (код нужне одбране, непристојног или грубог понашања оштећеног и др.)(91). Такође се придаје виктимолошки, а не кривичноправни значај и посебном основу за ослобођење од казне на основу члана 45. КЗ СФРЈ(92). Све су то, у ствари, кривичноправне ситуације које погађају или у којима се налази оштећени пре, у току или после извршења кривичног дела и, отуда, оне не могу бити предмет проучавања виктимологије. До оваквог стања дошло је управо због тога што је појава оштећеног у кривичноправној науци потпуно, иако неоправдано, запостављена.

На крају, треба рећи да се и оваквој трипартицији, у коју би био укључен оштећени, може ставити приговор — да се њен трећи појам, тј. санкција надовезује само на један субјекат, односно кривца. Међутим, пасивном субјекту кривичног дела (оштећеном) припада право обештећења (досуда имовинскоправног захтева на основу чл. 86. КЗ СФРЈ). Дакле, када се узму у обзир и норме општег дела Кривичног закона, а што је неопходно за његов потпуни теоријски систем и оквир, тада се нужно намеће и обештећење, као облик реаговања због извршеног кривичног дела (поред кривичне санкције и одузимања имовинске користи који се изричу учиниоцу). Теорији кривичног права тек предстоји напор оваквог обједињавања и проналажења одговарајућег теоријског израза. Уосталом, такву амбивалентност срећемо и у судским одлукама које поред санкције извршиоцу кривичног дела (нпр. казне затвора) намећу и обавезу накнаде штете оштећеном. На основу трипартиције Томе Живановића тако нешто не би било могуће.

dr Zagorka Simić-Jekić,
Associate professor of the Belgrade Law School

SUMMARY

A CRITICAL REVIEW OF THE THREE — PARTITE CONCEPTION OF TOMA ŽIVANOVIĆ

In this article, the author reviews the three-partite conception of Toma Živanović from one aspect only: the aspect of whether it »covers« all the most important elements of criminal law comprising it (the criminal offence, the offender, and the sanction). Aa a result, the author comes to the conclusion that the passive factor has been left out. Before setting forth her own conception of this system, which includes the passive factor i.e. the victim (in addition to the criminal offence, and the sanction), eliminating the above mentioned omission, the author explains the meaning of the integral three-partite conception of Toma Živanović. She underlines the motivation inducing the creation of this theory. She goes on to mention the variations of this theory, as well as their critical assessment. Objections (criticism) to these variations could be made: a) in respect of the in-

(91) З. Шепаровић, *op. cit.* стр. 551—552.
(92) *Ibid.*

correct sequence of the basic elements; b) in respect of their omitting of all the characteristics of the offender. A separate part is devoted to the opinions and assessments of the works of Toma Živanović in the legal philosophy. The author mentions analysis of text-books of criminal law in regard to the determination of whether the three-partite theory has been accepted or rejected as a basis for the systematics of the part of the theory of criminal law dealing with general principles — the definition of the concept of the criminal offence — or for discussion in the part of the theory of criminal law dealing with separate issues. The author also analyses, from the aspect of the three-partite theory, the systematics of that part of the theory of criminal law in Yugoslavia dealing with general principles.

Justification for her idea of a more complete formulation of the three-partite conception (factor of criminal offence, instead of only the offender), the author seeks in the provisions of the criminal law, as well as the demands of legal science that all its main concepts should have the form of generality and completeness.

dr Zagorka Simić-Jekić,
professeur de la Faculté de droit de Belgrade

RÉSUMÉ

LE RETOUR CRITIQUE SUR LA TRIPARTITION DE PROFESSEUR TOMA ŽIVANOVIĆ

La tripartition de Toma Živanović est examiné dans cet article seulement d'un point de vue: est-ce qu'elle »couvre« tous les instituts les plus importants de droit pénal par ces notions essentielles (l'acte criminel, le coupable et la sanction) et comme le résultat de cette analyse, l'auteur conclut que le sujet passif d'acte criminel a resté en dehors de ce systéme de la tripartition. Avant d'exposer sa variante de la tripartition qui fait disparaître le défaut nommé par l'inclusion de la personne endommagée (auprès d'acte criminel et la sanction), l'auteur présente la tripartition intégrale de Toma Živanović. L'auteur fait remarquer aussi les situations qui ont motivé le commencement de la théorie du tripartition. Il examine les variantes différentes du tripartition et ses critiques à cause d'ordre irrégulier des notions essentielles ou de n'introduire pas tous les caractéristiques du personne endommagée dans sa notion. L'intention particulière a sacré aux attitudes et aux appréciations de la philosophie juridique sur l'oeuvre de Toma Živanović et particulièrement sur la tripartition. Les manuels de droit pénal sont aussi examinés en vue d'établir l'acceptation ou le refus de la tripartition comme le fond pour la systématisation de ses oeuvres, la définition de la notion d'acte criminel, ou pour l'exposé du partie sur les actes criminels particuliers du droit pénal. La systématisation de la partie commune de loi penale yougoslave. Le motif pour l'idée d'une formulation plus complète d'une notion du systéme tripartite (le sujet d'acte criminel au lieu de la pesonne endommagée) l'auteur trouve dans la loi pénale et dans l'exigeance du science que tous ses notions essentielles doivent être générales et entières.

UDK — 321(091)+342.4 (497.11)

др љубица Кандић,
редовни професор Правног факултета у Београду

ПОЛОЖАЈ ИЗВРШНЕ ВЛАСТИ У СРБИЈИ ПРЕМА УСТАВНИМ ПРОЈЕКТИМА И УСТАВИМА У XIX ВЕКУ(*)

Србија је у XIX веку имала другачији политички и државно-правни развитак у односу на развијене европске земље. Процес изградње буржоаске власти у европским државама одвијао се много раније, и у другој половини XIX века углавном је био завршен. У Србији се међутим, борба за уставни поредак и буржоаски политички систем водила у малој и неразвијеној држави која је била под турском влашћу (изузев кратког периода од 1804—1813) све до 80-тих година XIX века тј. до 1878. када је стекла независност.

Битка за уставни поредак у Србији одвијала се у специфичним условима борбе за независност и национално ослобођење од турске феудалне државе, али и против утицаја и мешања великих сила заинтересованих за Србију и њено унутрашње уређење.

У самој Србији борбу за уставни поредак водиле су поједине политичке групе, касније политичке партије, или слојеви, залажући се за модерне или конзервативне концепте политичког уређења. Но заједничко је за све њих да су борбу за уставни поредак углавном свели на организацију државне власти и на односе између врховних органа, посебно на односе између кнеза и Совјета.

Може се без претеривања рећи, да тада у Европи није било ни мање земље од Србије, ни веће политичке борбе за уставно уређење. С обзиром на поменуте околности и специфичан развој државне власти у Србији током XIX века, а и због чињенице да се влада као орган власти уводи касније, чини нам се да је историјски оправданије изложити генезу извршне власти, да би се касније објасниле претпоставке за појаву и функционисање извршних органа власти.

У организацији и функционисању власти у Србији у XIX веку постоји неколико периода. Први период обухвата државу у време првог устанка од 1804. до 1813; други период од 1815. до 1830, када Србија поново признаје турску врховну власт, али се истовремено бори за аутономију у склопу турске државе; трећи период од 1830. до 1878. обухвата време развоја српске аутономије и четврти период од 1878. до 1918. је време развоја независне српске државе.

(*) Реферат на II француско-југословенском Научном скупу Влада и управа у Француској и Југославији, у организацији Француског института за Управне науке, Париз и Правног факултета Универзитета у Београду (Париз, јуни 1983).

АПФ, 6/1984 — др Љубица Кандић, Положај извршне власти у Србији према уставним пројектима и Уставима у XIX веку (стр. 762—774)

I

У време првог устанка, борба за изградњу државне власти тече паралелно са борбом за независност против турске државе и против утицаја великих сила заинтересованих за Србију и њено унутрашње уређење. Интерес великих сила за Србију тесно је повезан са политиком коју су оне водиле према Балкану.

Србија у периоду од 1804. до 1813. неразвијена је буржоаска држава са остацима феудалних друштвених односа, особеном друштвеном структуром и особеним апаратом државне власти. Да би се схватио механизам државне власти у Србији потребно је објаснити настанак те власти и неке основне принципе њеног функционисања.

Одмах после револуције основана су два врховна органа власти: врховни вожд (1804) и Совјет (1805). Паралелно са њиховим функционисањем изграђивани су пројекти уставног уређења који су одређивали њихов положај. У Србији се борба за власт водила између врховног вожда и опозиције која је Совјет истицала као орган који би се супротстављао вожду. Не улазећи у узроке политичких сукоба који су битни за одређивање положаја врховних органа власти и политичке мотиве аутора уставних предлога у одређивању положаја поменутих органа, чињеница је, да се оба органа помињу у свим пројектима уставног уређења, с тим што се у некима даје већи значај вожду, а у другим Совјету; но битно је да се у свим пројектима и уставним актима вожд и Совјет третирају и као извршни органи власти.

Пројекти и акти уставног уређења потицали су или од руских дипломатских представника или од образованих Срба из Војводине, која је тада била у склопу Аустријске царевине.

У руским пројектима уставног уређења (било их је три)(1), Совјет и вожд су врховни органи власти. Оба органа имала су законодавну и извршну функцију власти. Совјету као органу власти дат је већи значај у систему власти, а његов основни задатак је ограничавање вождове врховне власти. Србија се у руским пројектима третирала као руска провинција у којој би се примењивали руски закони, а организација Совјета са наследним и бираним совјетницима подсећала је на архаичну установу типа сталешке скупштине. Руски пројекти нису прихваћени као основа уставног уређења Србије, јер нису одговарали унутрашњим друштвеним односима, а ни времену у којем се стварала и изграђивала српска држава.

Другу групу пројеката и уставних аката представљају српски предлози уставног уређења (било их је три, 1805, 1808. и 1811.)(2). У овим пројектима и у уставним актима врховни органи власти су: кнез и Совјет. У њима је предвиђена надлежност, организација и међусобни однос поменутих органа. Први пројекат из 1805. даје предност Совјету као органу власти, а друга два акта истичу вожда као значајнијег органа власти, што је разумљиво, јер су прављени по његовом налогу. Нарочито

(1) Паулучијева конвенција из 1807. г. и два пројекта руског представника Родофиникина из 1807. и 1808. године.
Валтазар Богишић, *Разбор сочињенија Н. П. Попова, Росија и Сербија*, 1872. 181—184.

(2) Грујићев пројект уставног уређења из 1805. године и пројекти из 1808. и 1811.; Нил Попов, *Србија и Русија*, Београд, 1878, 38.

су интересантни за проблем који разматрамо пројекат из 1805. (није примењиван) и уставни акт из 1811. По првом пројекту Совјет је био састављен од дванаест представника административно територијалних јединица (нахија) и шест ресорних попечитеља — министара. У овом пројекту се први пут појављује идеја о влади са ресорним министрима. По овом пројекту, у оквиру своје надлежности, поред извршне функције власти Совјет би обављао и остале функције власти. Уставни акт из 1811. године у извесној мери представља континуитет концепта власти предвиђен пројектом из 1805. И даље су вожд и Совјет једини врховни органи власти. Организација Совјета нешто је другачија. Сада су то два тела — попечитељство или влада од шест ресорних министара и велики народни суд. Организациона промена Совјета произишла је делом из потребе да се Совјет потчини вожду, а делом из нараслих послова, из домена извршне власти, које би сада посебно тело у оквиру Совјета обављало.

Поменути пројекти и уставни акти које су састављали војвођански срби, такође нису предвидели један целовит модеран буржоаски систем власти (који се не би могао применити у Србији и да је предвиђен) али њихове идеје о чврсто организованој држави са наглашеном улогом монарха биле су далеко прихватљивије за Србију од руских пројеката, јер је то била претпоставка за успешнију и организованију борбу против турске државе и против сепаратистичких тенденција српских старешина — Карађорђевих противника.

На крају, може се истаћи да, имајући у виду све околности под којима се изграђивала власт у Србији од 1804—1813, принцип поделе власти није постојао и да су извршну функцију власти имали кнез и Совјет поред других функција власти.

Србија је 1813. изгубила статус независне државе и од тада па до Берлинског конгреса уставни поредак се изграђивао кроз упорну политичку борбу за национално ослобођење. У тој борби велике европске државе, посебно Русија и Аустрија нису остале по страни, већ су утицале више или мање на унутрашње политичке односе у Србији. Ти утицаји имали су одраз и на односе Србије и Турске.

II

У периоду од 1815. до 1830. прекида се континуитет самосталне власти из првог устанка. Уводе се двојни органи власти — српски и турски, али је присутан процес осамостаљивања српских органа. Кнез као орган власти и даље остаје (промењена је личност кнеза, Милош Обреновић је дошао на власт). Совјет је обновљен 1825, али је у потпуности потчињен кнезу Није могао донети ниједну одлуку без кнежеве сагласности. Међутим, Совјет је и даље био политички извршни орган власти. У исто време Србија је водила преговоре са Турском за добијање аутономије и статус вазалне државе. У тим преговорима са Турском поново је Русија, односно руски представник имао утицаја у креирању власти у Србији. Руске концепције о Совјету као органу власти нису битно измењене и под њиховим утицајем унете су одредбе о Совјету у Хатишерифу од 1830. године (Хатишерифом је Србија добила статус вазалне државе)

које су биле претпоставка за касније сукобе између српских владара и опозиције, која се преко Совјета супротстављала јакој кнежевој власти. Од Хатишерифа 1830. отворено је ново раздобље за унутрашњи развој Србије.

III

Период од 1830. до 1878. представља једну целину само по државноправном статусу који је Србија имала, али у погледу унутрашњег уређења то су три фазе. Прва од 1830. до 1842; друга од 1842. до 1858. и трећа од 1858. до 1878.

а) У првој фази од 1830. до 1842. наставља се изградња власти на бази Хатишерифа од 1830. Веома су изражена настојања кнежеве опозиције да преко устава ограниче кнежеву власт; основ за такву активност имали су у Хатишерифу у којем је поред кнеза предвиђен и Совјет. Хатишериф није одредио надлежност Совјета, али му је дао већи значај у поређењу са кнезом.

И даље су присутна настојања неких европских држава да преко својих представника обликују уставно уређење и систем власти у Србији. За непуних пет година до доношења Сретењског устава 1835. сачињено је неколико уставних нацрта(3) који су интересантни као сведочанство једног времена у којем се тражило адекватно уставно уређење за једну земљу у којој уставна традиција није постојала и која је имала специфичне друштвено-економске односе. Скоро у свим нацртима поред кнеза и Совјета који би имали законодавну и извршну функцију власти, предвиђени су скупштина и влада са ресорним министрима.

Завршну фазу живе уставноправне активности представља доношење устава од 1835. који је познат као Сретењски устав(4). Овај устав по форми и неким принципима подсећа на модерне буржоаске уставе (принцип поделе власти, политичка права и слободе грађана, принцип народног представништва, неограничено право приватне својине идр.). Називан је „француско-швајцарском конституцијом". И у овом уставу највећи број одредаба регулише положај кнеза и Совјета који се сада назива Државни совјет. Државни совјет састављен је од шест министара и неодређеног броја совјетника. Министарство није самостални орган власти, већ део Совјета. Кнез може постављати министре само из редова Совјета, министре може сменити, али су они остајали чланови Совјета. Влада или попечитељство је оперативни део Совјета. Министри као чланови Совјета имају исти статус као и остали совјетници. Совјет је по уставу законодавни и извршни орган власти. У домену извршне власти добио је значајније место од кнеза. Вршио је контролу рада свих органа власти осим кнеза. Сретењски устав није примењиван и укинут је исте године.

До доношења новог устава 1838. било је више уставних пројеката чији су аутори изражавали ставове кнеза или опозиције (који су себе

(3) У збирци Мите Петровића налазе се два необјављена уставна нацрта из 1831. године. Први нацрт носи наслов *План конштитуције србске*, а други *Устав*.
Архив СР Србије, збирка Мите Петровића бр. 2112/1831. год. Такође се у Фонду Илије Гарашанина налази један нацрт који има сличности са Сретењским уставом, али има и значајних разлика, како у погледу редоследа материје, тако и у погледу места и улоге појединих врховних органа власти.
(4) Архив СРС, *Сретењски устав*, Раритет 10.

називали уставобранитељима). Није изостало ни сада мешање дипломатских представника на обликовање власти у Србији(5) (на захтев кнеза Милоша Обреновића, енглески конзул Хоџес и француски представник Боа-ле Конт сачинили су предлоге уставног уређења). Нарочито је била изражена активност дипломатских представника из Русије(6) који су настојали да се уставно уређење обликује на бази Хатишерифа од 1830. године. Тражили су стриктно поштовање одредаба које су одређивале положај Совјета. Руски представници су подржавали опозицију према кнезу и њихова настојања да Совјет не само ограничи кнежеву власт, већ да у постојећем систему власти добије најистакнутије место. Устав од 1838, познат као Турски устав предвидео је као органе власти: кнеза, Совјет и владу. Кнежева власт је знатно ограничена. Он је и даље имао право да поставља совјетнике, владу и чиновнике, да издаје наредбе и упутства чиновницима за њихов рад, да извршава законе. Совјет је по уставу законодавни орган власти, ту власт делио је са кнезом. Из домена извршне власти имао је значајне компетенције. Одређивао је плате чиновницима и уводио нова звања; одређивао надлежност ресорних министара и решавао сукобе надлежности између њих; контролисао рад ресорних министара, мада су министри у оквиру својих ресора формално самостални. Совјет је састављен од седамнаест чланова (по један представник из округа). Значај Совјета као органа државне власти не види се толико по основу надлежности, колико по чињеници да су совјетници непокретни (могу се сменити само по пресуди и одлуци Турске) и од кнеза независни, јер све одлуке које доносе остали органи власти морају бити верификовани од Совјета. Он је према томе по уставу и даље највиши политичко-извршни и законодавни орган власти. Фактички он је добио олигархијску власт.

Устав је предвидео владу или „централно правленије" од три министра која поставља кнез. Она није део Совјета већ посебно тело, али се њена делатност као што је већ речено контролише од стране Совјета. Кнез може отпустити министре, али они тада остају у Совјету. Влада по уставу нема већи значај као орган власти. Она је и поред чињенице што кнез поставља и распушта владу, подређена Совјету у целкупној њеној активности.

Уставом од 1838. (као што је већ запажено у југословенској историографији) отвара се једно ново раздобље модернијег уређења државне власти у Србији. Повећава се чиновнички апарат државне власти, регулише се правни статус чиновника. Начело уставности, законитости, подела власти и други политички принципи који су и раније истицани, постепено се уграђују у механизам власти српске државе.

Незадовољан такозваним Турским уставом и законом о устројству Совјета из 1839. године који је дао Совјету још већи значај, кнез Милош је абдицирао а борбу против уставобранитеља — кнежевих противника у кратком периоду прве владе, водио је Михајло Обреновић (син кнеза Милоша). Кнез Михајло је настојао да смањи улогу Совјета, што више потчини и централизује државну управу, што је објективно водило ја-

(5) Јаша Продановић, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, Београд, 1936, 68; Споменик СКА XXIV, Бгд. 1894.
(6) Нил Попов, Београд, 1878., 298—299.

чању његове бирократске и апсолутистичке владавине. Кнез Михајло се залагао за увођење административног судства, што је одговарало његовој тежњи да помоћу административног судства отклони судску контролу над радом државних чиновника и да се ова контрола не само дисциплинска већ и судска одвоји од редовног судства и пренесе у надлежност посебних административних судова који би били формирани при сваком министарству(7).

б) Од 1842—1858. настаје фаза уставобранитељске владавине. Дошло је до промене династије (на престо долази Александар Карађорђевић) али не и до престанка борбе око власти између кнеза и Совјета. Структура власти предвиђена уставом од 1838. и законом о устројству Совјета 1839. остала је и у овом периоду непромењена, што очигледно није одговарало ни новом кнезу, јер фактички није постојала могућност већег утицаја на политички живот у Србији. Отуда су разумљива његова настојања да промени Устав од 1838, и Совјет потчини својој власти.

По налогу кнеза Александра Карађорђевића састављена су два интересантна предлога уставног уређења — Матије Бана(8) и Фрање Заха(9) који је требало да буду основа за нови Устав. Оба предлога предвиђају чврсто организовану уставну монархију са доминантном улогом наследника кнеза. Поменути предлози уводе неке нове органе власти, или мењају положај постојећих органа. Интересантне су одредбе које се односе на положај владе. По предлогу М. Бана кнез је постављао и отпуштао министре; по Заховом предлогу, кнез би првом министру поверавао мандат за састав владе, а он би листу министара подносио кнезу на одобрење. Кнез је могао прихватити или одбацити листу, а први министар је такође могао вратити кнезу мандат за састав владе. Захов предлог предвиђа и решења уколико дође до министарске кризе, тј. ако дође до несложе међу министрима, они би подносили колективну оставку и кнез би именовао нову владу. Уколико би криза настала услед неспоразума између кнеза и министра и Совјета и министра, онда би кнез имао право да отпушта такве министре и поставља нове.

Поменути уставни предлози (иако нису реализовани јер није дошло до промене Устава) имају доста велики значај за историју уставног развоја Србије не само као покушај да се изађе из политичке кризе и конфликтне ситуације у којој се Србија нашла у том периоду, већ као документи уставног уређења који на савременији начин разрешавају противуречности политичких односа и сукоба у Србији.

Уставобранитељски период представља време даљег јачања чиновничке бирократије чији је положај одређен не само уставним одредбама него и другим законским прописима. Настојање кнеза и Совјета да добију подршку чиновничке бирократије у борби коју су међусобно водили, објашњава се и чињеницом да је буржоазија као класа недовољно развијена, па је бирократија потпримила обележја класе по свом прав-

(7) Слободан Јовановић, *Друга влада Милоша и Михајла Обреновића*, Београд, 1938, 236.

(8)Нацрт Матија Бана потиче из 1846. године. Нема карактер формалног уставног нацрта, већ садржи његова размишљања о будућем уређењу Србије. Овај текст носи наслов *О устројству владе и земаљске управе*, „Архив историјског института Србије", Збирка Матије Бана.

(9) Нацрт Фрање Заха такође не представља формални уставни нацрт. То су у ствари предлози који допуњују устав од 1838. Архив СР Србије, Фонд Илије Гарашанина. Док. 225.

ном, друштвеном и економском статусу. Додамо ли и чињеницу да гро чиновника потиче из српских крајева који су се налазили под Аустријом, са изграђеним менталитетом и друштвеним статусом, онда није тешко објаснити улогу чиновничке бирократије не само у овом периоду него и у каснијем развоју српске државе.

в) У фази од 1858 до 1878 државно-правни статус Србије није се променио. Династија Обреновића поново долази на српски престо. Милош Обреновић влада свега две године а Мијаило непуних осам година. Затим долази Милан Обреновић, који остаје српски кнез и после Берлинског конгреса.

У овом временском размаку могу се уочити две целине — до доношења Устава 1869. и после Устава.

Од 1858 до 1869. и даље важи такозвани Турски устав, али су изражена настојања кнеза Милоша и Михајла Обреновића и либералне политичке струје која их је подржавала, а била против уставобранитеља, да законским прописима смање улогу Совјета као органа власти.

Већ 1861. године донет је закон о устројству Државног совјета који се од тада назива Државни савет. По овом закону Савет и даље има законодавну и извршну функцију власти. У домену законодавства у великој мери је потчињен кнезу. Ниједан закон који донесе овај Савет не може ступити на снагу без кнежевог одобрења. Савет је изгубио право да контролише рад других органа власти и чиновника. Саветнике и даље поставља кнез, не може их отпустити, (уколико их суд не осуди на губитак службе) али их може и пре испуњења услова за пензију пензионисати. Саветници се по овом закону третирају као редовни чиновници.

Положај владе коју је предвидео устав од 1838. такође је измењен Законом од 1862. Повећан је број министарстава од три на седам. Влада дејствује као колективно тело. Министри су подређени кнезу, он их поставља и смењује. Они нису могли учествовати у раду Савета, (по уставу од 1838. могли су заседати у Совјету, а по закону у устројству Совјета из 1839, били су чланови Совјета и кнез је морао узимати министре из Совјета. Такође су били обавезни да поднесу извештај Совјету о свом раду). На основу поменутих уставних закона Савет је од олигархијског тела постао помоћни кнежев орган а влада, која и по уставу од 1838. није имала значајније место, сада фактички постаје Кнежева канцеларија. Као што је већ речено, Савет ни по овом закону није престао да буде и извршни орган власти, иако му је знатно ограничена власт.

Законским прописима измењен је и положај чиновника. Многе привилегије које су имали по Уставу 1838. они губе. Постојала је могућност отпуштања из службе и превременог пензионисања тј. „да влада може чиновника у пензију поставити сваки пут, кад нађе да интереси државне службе то захтевају." Предвиђене су и разне дисциплинске мере против чиновника. Промена положаја статуса чиновника уклапа се у концепт власти о стварању једне чврсто организоване монархије са доминантном улогом кнеза.

У времену од 1869—1878 положај и место извршних органа власти предвиђен је већ уставом 1869(10). Кнез по уставу из 1869. има и зако-

(10) Јаша Продановић, *op. cit.* 185—203.

надавну функцију коју дели са скупштином. Посебна глава устава посвећена је влади или министарском савету. Министре поставља и отпушта кнез. Председника министарског савета именује кнез, а министри су за свој рад одговорни кнезу и скупштини. Није постојала политичка одговорност министара, већ само кривична и грађанска. Скупштина може оптужити министре у случају издаје, повреде устава, примања мита, и кад оштете државу из користољубља. Захтев за оптужбу подноси најмање двадесет посланика. а да би могла да се води расправа у скупштини, оптужбу мора подржати две трећине посланика. Када скупштина после расправе одлучи да има места покретању поступка, онда се процедура води пред Државним судом. Годину дана касније тј. 1870. донет је посебан закон о министарској одговорности. Овим законом сужена је министарска одговорност у односу на устав. Предвиђено је да се у скупштини министар може ослободити оптужбе већином гласова. Право да оптужи министре има скупштина у првом заседању после учињеног дела. Уколико скупштина пропусти да то учини, могућност поновног разматрања није постојала. Државни суд је могао министру изрећи казну лишења звања и констатовати његову неспособност да даље остане у државној служби.

Као што је већ речено уставом није предвиђена политичка одговорност владе пред скупштином, али је постојала према кнезу, јер је кнез постављао и смењивао владу. Са правом се може констатовати, да уколико је одговорност владе мања или уопште не постоји пред скупштином, утолико је већа пред кнезом.

Положај Државног савета је такође одређен уставом. Савет је изгубио законодавну власт а у домену извршне власти не одлучује ни о једном значајнијем питању. Савет је подређен влади, а саветници имају исти статус као и остали државни чиновници. У уставу су таксативно одређене делатности Савета. Нпр. он даје влади мишљење о предметима које му влада шаље. На позив владе израђује законске и административне пројекте, решава сукобе између административне власти, решава о неким питањима пореске и кредитне политике и др.

Оцењујући значај уставних одредаба за питање о којем расправљамо, треба посебно истаћи да овај устав предвиђа савременији концепт власти у Србији. Први пут влада као орган државне власти добија значајније место. Она још увек није организационо постављена као тип модерне владе, у великој мери је подређена кнезу, али је сада доста прецизно одређена делатност владе, као и њен однос према кнезу, Савету и скупштини. Што се тиче положаја Савета, са правом се сматра да је овим уставом ударен темељ административно-судској власти Савета.

IV

У периоду од 1878. до 1918. такође се могу уочити две фазе. Фаза од 1878. до 1903. и она од 1903. до 1918.

а) У првој фази од стицања независности, до државног преврата 1903. наставља се владавина династије Обреновића која још увек представља значајан фактор у политичком животу земље. Капиталистички развој Србије знатно је интензивнији, а чињеница да је Србија постала

независна држава, омогућила јој је несметане политичке и економске везе са европским државама. Остварене су претпоставке и за бржи индустријски развој Србије. Динамични развој Србије тесно је повезан са изразитијим класним раслојавањем али и отпором широких друштвених слојева појачаној експлоатацији, као и захтевима за демократизацију политичког живота. Управо у ово време, активност политичких партија постаје интензивнија, а њихова улога у политичком животу Србије све већа. Борба за политичку доминацију коју су водиле политичке партије, истовремено је значила и претпоставку да се преко власти у једној бирократско централистичкој држави каква је била Србија, створе услови за богаћење партијских врхова, па није случајно да је управо тада долазило до честих промена влада.

Започети процес модернизације, а донекле и демократизације власти настављен је и даље, па су многе одредбе устава од 1869. промењене и пре доношења устава од 1888(11) који се сматра једним од демократских устава у историји Србије.

Овим уставом Србија постаје уставна парламентарна монархија. Парламентаризам у Србији по неким основним карактеристикама у функционисању власти, сличан је са парламентарним системом у другим европским државама, иако постоје и неке значајније разлике. По уставу од 1888. извршну власт имају краљ и министарски Савет.

Краљ поставља све државне чиновнике и врши надзор над управом, има и законодавну функцију власти коју дели са скупштином.

Министарски савет састављен је од ресорних министара и председника (који не мора имати ресорно министарство). По правилу, мандат за састав владе добија лидер политичке странке која има већину у скупштини. Министри могу бити посланици у скупштини, али и не морају. Предвиђена је политичка одговорност министара за службена дела. Они су одговорни и краљу и скупштини. Кривична одговорност министара је као и по Уставу од 1869. године с тим што право оптужбе није застаревало у року од четири године. Краљ осуђеном министру није могао казну опростити нити смањити без одлуке народне скупштине. Битна промена у погледу избора министара у министарски савет је у томе, што то нису личности које су биране на основу припадности чиновничкој бирократији већ политичке личности које су се истакле у политичкој борби у својој партији (донекле је тај принцип био заступљен и по Уставу из 1869).

Парламентарна влада по овом уставу има значајно место у систему власти. Смањен је утицај кнеза за владу, мада он још увек није мали.

Положај владе од 1888. до 1901. донекле је промењен с обзиром да је било неколико државних удара које је извршио млади, амбициозни, али неспособни српски владар — Александар Обреновић, који је уједно био и последњи владар из династије Обреновића. За време његове владавине долази до велике кризе у политичком животу тадашње Србије која није везана само за личност српског владара, него и за оштре социјалне и политичке сукобе и борбе између политичких партија које

(11) *Ibid*, 306—336.

су се смењивале више пута на власти у овом кратком периоду. Александар Обреновић је државним ударом 1894. поново вратио устав од 1869. који је остао на снази до 1901, када је донет нови устав, познат у историји као октроисани устав.

Извршна власт по Уставу из 1901. и даље припада влади и монарху. Веома је наглашена улога монарха као органа државне власти, што је разумљиво јер по уставу влада више нема карактер парламентарне владе. Краљ поставља и разрешава министре као и све државне чиновнике. У његово име сва државна надлештва врше власти. Министри не могу бити бирани за посланике у скупштини (скупштина по овом уставу први пут у историји Србије постала је дводомна — сенат и скупштина). Уколико посланици постану министри, они губе посланички мандат. Министри могу присуствовати седницама оба дома, могу бити саслушани у скупштини, али не могу гласати. Кривична одговорност посланика предвиђена је и овим уставом.

Положај владе по овом уставу треба оцењивати у контексту осталих уставних одредаба, посебно оних које одређују однос владара и скупштине, али ипак се може закључити да је влада изгубила самосталност коју је имала по претходном уставу. Она је била подређена владару који је и даље остао арбитар у сукобима између политичких партија. Партије које су формирале владу нису настојале, а вероватно нису ни могле, да се преко чврстих влада супротставе јакој бирократској власти српских монарха.

б) Период од 1903 — 1918. представља последњу етапу у развоју српске државе. Уједињењем 1918. као што је познато Србија се укључује у нову југословенску државу Краљевину СХС. Ово је истовремено период веома бурног и динамичног развоја српске државе када настају значајне промене у економском, државно-правном и политичком животу земље. На спољно-политичком плану Србија је укључена у три рата. Царински рат са Аустријом, балкански ратови и први светски рат. Дубоко је погађа и економска криза услед анексије Босне и Херцеговине. Истовремено долази до значајних промена у политичком животу земље. Државним ударом 1903. убијен је Александар Обреновић и збачена династија Обреновића. На српски престо долази краљ Петар Карађорђевић. Донет је нови Устав 1903. који поново уводи парламентарни систем политичке и економске владавине. Извршна власт је и даље у рукама монарха и владе, али је устав ограничио власт монарха. С обзиром да Устав 1903. представља незнатно измењени устав од 1888, то у нормативном регулисању система власти није било значајнијих промена. Међутим, стварни положај појединих органа одређен је чињеницом појачане улоге партија у политичком животу Србије (повећан је број политичких партија). Уместо три колико их је било седамдесетих година XIX века, сада има шест партија, међу њима и социјалдемократска партија. Парламентарна скупштина у којој су учествовале политичке партије, постаје поприште сукоба између њих. Значајно је напоменути да монарх није учествовао у политичком животу земље у већој мери, иако је такву могућност устав предвиђао. И по овом уставу, као и по уставу од 1888. знатно је смањена улога Савета, посебно је сужена његова надлежност. Сада је он углавном решавао административне спорове. И даље су ми-

нистре обавезивале одлуке Савета које је доносио по жалбама против министарских решења у предметима административног спора и предметима за које министри по закону нису били надлежни.

На крају, дајући оцену положаја извршних органа власти у Србији у периоду од једног века истичемо неколико карактеристика.

1. Процес изградње државне власти у Србији тесно је повезан са политичком борбом за уставно уређење.

2. У борби за уставно уређење утицај европских сила је значајан. Тај утицај се испољавао или преко преношења неких идеја и принципа који се често нису могли применити у Србији, или преко поднетих уставних пројеката.

3. У првој половини XIX века или боље речено, до седамдесетих година XIX века, принцип поделе власти у Србији није примењиван, иако су га скоро сви српски устави и уставни нацрт истицали као основни принцип у функционисању власти. С обзиром на ову околност, није извршено потпуно разграничавање власти, нити у подели основних функција власти између врховних органа, нити у доследном разграничењу у домену једне функције власти. Отуда иако су сви поменути органи обављали законодавну и извршну функцију, каткада и судску, ипак се уочава континуитет у претежном обављању једне функције власти. На пример, у континуитету од једног века кнез, Совјет и влада имали су извршну функцију власти.

4. Степен извршне па и законодавне власти коју су имали владар и Совјет, зависила је од односа снага између српског владара и опозиције окупљене око Совјета. До шездесетих година XIX века скоро у свим поменутим периодима Совјет је био значајнији орган власти. Од шездесетих година, положај Совјета се мења, његов утицај се смањује, а јача улога владара као органа власти.

5. Седамдесетих година даље се помера однос између појединих органа власти. Скупштина постаје све значајнији законодавни орган па се доследније примењује и принцип поделе власти.

6. Влада као врховни орган власти предвиђена је скоро у свим уставним пројектима и уставима. Она је била или део Совјета, или самостални орган власти. Формално-правно владу је постављао и смењивао владар, све до увођења парламентарног система владавине у Србији, али је њено место до шездесетих година XIX века одређено положајем Совјета и обимом власти коју је Совјет имао. До устава 1888. влада је одговорна монарху за свој рад, а од овог устава (изузев кратког периода од неколико година, када је владао Александар Обреновић) она је одговорна парламенту.

dr Ljubica Kandić,
Professor of the Belgrade Law School

SUMMARY

THE POSITION OF EXECUTIVE AUTHORITY IN SERBIA ACCORDING TO THE CONSTITUTIONAL PROJECTS AND CONSTITUTIONS IN THE NINETEENTH CENTURY

In the first half of the nineteenth century, or more precisely, up to the seventh decade of that century, the principle of division of authority was not applied (implemented) in Serbia, although this principle was emphasised as the underlying principle of the functioning of authority in all of the Serbian constitutions and constitutional drafts, In regard to this fact, full division of authority was not completed, either in respect to the main functions of authority among the supreme organs or in respect to the consistent differentiation within one single function of authority. Therefore, even if all the supreme organs perform the legislative and executive function, occasionally judicial as well, there can still be observed a continuity in the prevalant performance of one function of authority. For example, the Duke (Knez), the Soviet and the government, for almost a century, all performed the executive function of authority.

The extent of executive authority, even legislative, performed by the ruler and the Soviet, depended on the balance of power between the two sides. Up to the sixth decade of the nineteenth century, the Soviet was the more significant organ of authority. From that time on, the position of the Soviet declined, while the position of the ruler, as an organ of authority, strengthened.

In the sicth decade of the nineteenth century, more precisely, from 1861, when the Constitution of the Soviet Act was passed, (from that time the Soviet was called the »Privy Council«), its legislative and executive function of authority were diminished. This process continued, so that according to the provisions of the Constitution of 1869, the Council lost its legislative function, while its executive function of authority was further diminished. In fact, this Constitution laid the foundation for the administrative and judicial functions of authority of the Council. The Council retained this position throughout the period discussed here.

Almost all of the constitutions and constitutional projects have provided that the government should be supreme organ of authority. It had either been a body within the Soviet, or an independent organ of authority.

In the period up to the Constitution of 1869, the position of the government changed according to the position of the Soviet. The government became subordinated to the ruler to such an extent, that it was regarded as the ruler's executive office.

Finally, in the seventh decade of the nineteenth century, the position of the government changed again; the government, together with the ruler, became the executive organ of authority, according to the provisions of the Constitution and legal regulations (laws). According to the provisions of the Constitution of 1869, and later the Ministerial Responsibilities and Liabilities Act, the government was liable to criminal and civil action in regard to the ruler and the Assembly. Political responsibility, or liability, was provided by the Constitution of 1888. From this date on, parliamentary government was established in Serbia. They often succeeded one another in power, for struggle among the political parties was striking.

dr Ljubica Kandić,
professeur titulaire à la Faculté de droit de Belgrade

RÉSUMÉ

LA POSITION DU POUVOIR EXÉCUTIF DU SERBIE D'APRÈS LES PROJECTS CONSTITUTIONNELS ET LES CONSTITUTIONS EN XIX SIÈCLE

1. Le principe de la répartition du pouvoir, dans la prenière partie du XIX siècie, c'est à dire dans les années soixante—dix du XIX siècle, en Serbie, n'était pas appliqué, bien que tous les constitutions Serbes et les projects constitutionnels l'ont étalé comme le principe fondamental du fonctionnement du pouvoir. A cause de cette condition, la délimitation des pouvoirs n'était pas accomplie entièrement, en ce qui concerne la division des fonctions élémentaires du pouvoir entre les organes suprêmes, ou bien dans le domaine d'une fonction du pouvoir. De là, pourtant que tous ces organes mentionnés ont exercés la fonction législative et exécutoire, parfois judiciaire, tout de même on peut apercevoir la continuité d'exécution dominante d'une fonction du pouvoir. Par exemple, le prince, le Soviet et le gouvernement avaient en continuité d'un siècle la fonction exécutoire du pouvoir.

2. Le degré du pouvoir exécutif et législatif du souverain ou du Soviet dépendait de la corrélation entre la puissance du souverain serbe et de l'opposition consentrée entour du Sovet. Jusqu'au les années soixante du XIX siècle presqu'en toutes les périodes mentionnées le Soviet était plus important. Dès années soixante le statut du Soviet a changé, son influence a diminué et le rôle du souverain, comme l'organe du pouvoir, a agrandi.

3. Dans les années soixante, c'est à dire, à partir du Loi de l'organisation du Soviet du 1861. (dès lors le Soviet s'appelle »le Conseil d'Etat«), le Soviet avait le pouvoir exécutif et législatif restreint. Ce proces a continué et d'après la Constitution du 1869, Le Conseil a perdu son pouvoir legislatif et son pouvoir exécutif a encore été diminué. Cette constitution a introduit le pouvoir administratif — législatif du Conseil.

4. Le gouvernement, comme l'organe du pouvoir suprême, était prevu presqu'en tous les projets constitutionnels et toutes les constitutions. Il était ou bien la part du Soviet, ou l'organe du pouvoir autonome.

Dès ies années soixante jusqu'au a Constitution du 1869, avec le changement du statut du Soviet, c'est à dire du Conseil, le statut du gouvernement a changé aussi. Le gouvernement était soumis au pouvoir du prince jusqu'au point qu'on l'appelait la chancellerie du prince.

Dès les années soixante — dix du XIX siècle, le statut du gouvernement a changé, le gouvernement et le prince ont devenu l'organe du pouvoir exécutif et son statut était réglé par la constitution et les autres lois. D'après la Constitution du 1869. et du Loi de la responsabilité ministérielle, le gouvernement avait la responsabilité pénale et civile auprès du prince et de l'assemblée et d'après la Constitution du 1888 il avait même la responsabilité politique. Dès la Constitution du 1888, avec des interruptions, en Serbie existaient les gouvernement parlamentaires. Les gouvernements ont souvent été changés, puisqu'il existait une lutte permanente entre les parties politiques.

UDK — 354(44)

Марк Бидара (Marc Gjidara),
предавач на Универзитету Париз II

ОРГАНИЗАЦИЈА МИНИСТАРСТАВА У ФРАНЦУСКОЈ(*)

Концепција и артикулација организовања министарстава нису у довољној мери обухватиле административну страну питања. Дуго је преовладавао само уставни концепт.

Министар је пре свега лице у коме се спајају политичка и административна функција. Вршећи своје функције министар остварује везу између служби, владе и парламента. Министар се налази на месту сусретања политичких програма, јавног мнења и на месту доношења свих најважнијих одлука. Из овога следи да министар заступа интересе и националне заједнице и политичке већине(1).

Устав регулише статус министра, али именовање министра зависи и од политичке ситуације (члан 20. Устава). Министри су у принципу једнаки. Именује их, на предлог Председника владе, председник републике и одређује обим њихових функција (члан 8.). Министри су одговорни председнику владе. По Уставу од 1958. године, министар мора при ступању у владу дати оставку на функцију у парламенту(2). Иако Устав недовољно прецизно регулише функције министра(3), данас је очигледно да министри, Председник владе и Председник републике представљају административну силу, управљајући целом територијом и свим службама.

Организација владе и администрације не спада у законодавну надлежност (члан 34.). Егзекутива у Француској је потпуно независна у свом организовању и у утврђивању надлежности(4). Са променама у политици може доћи до некада непријатних смењивања службеника и промена у структури егзекутиве. Садашњи Шеф Државе оценио је ове про-

---

(*) Реферат на II француско-југословенском научном скупу *Влада и управа у француској и Југославији*, у организацији Француског института за управне науке, Париз и Правног факултета Универзитета у Београду (Париз, јуни 1983).

(1) G. Belorgey, *Влада и администрација у Фрицуској*, A. Colin, Paris 1967. *p.* 87.

(2) Друго је организационо питање компатибилитета са локалним мандатом.

(3) Искуства Савета и Свеопштег сабора само су остаци прошлости, из времена Монархије и Револуције (по Уставу од 1794. године). Робеспиер (Robespierre) је пред Уставотворном Скупштином рекао: „Најопасније би било створити нову министарску власт" (9. април 1791.). Директоријум је поново увео министарства, али је Устав од 1795. прецизирао да „не образују више Савет".

(4) Закон о финансијама од 13. априла 1900. је поверио Парламенту ову надлежност. Закон од 24. новембра 1945. и декрет од 22. јануара 1959. предвиђају да се листа министара и њихових овлашћења утврђује на основу претходног мишљења Државног Савета у Министарском Савету. Постојала је тенденција да се свеобухватно регулише структура владе основним законом, који би допунио Уставна правила. Р. Драго, Расправа о науци управљања, 1971, Правна расправа, страна 111.

мене као неопходне и позвао је чланове владе да се „повинују", инсистирајући на приоритету *Народа* над *Државом* и првенству народних представника над функционерима(5).

Трајни или пролазни, историјски, социјални, економски и политички услови објашњавају са организационог аспекта неке промене (у области туризма, организовања слободног времена, заштите породице и старих лица, солидарности), укидања (у области просвете и мора), неке промене у именовању (у области спољних послова, комуникација, унутрашњих послова и децентрализације), промене надлежности (у области шумарства, истраживања, кооперације, европских послова, животне средине). На број и постојаност министарстава утицао је и развој технологије(6).

Већ дужи период институционални оквири на министарском нивоу показују двоструки, али контрадикторни развој. Једна тенденција је ка променама и повећаној специјализацији, у функцији нових потреба и неопходног прилагођавања структура пословима, а друга је тенденција ка упрошћавању, прегруписавању послова и органа у циљу увођења реда и јасноће. У изучавању организације често се користе биологистички термини: као што се говори о „деоби" *(scissiparité)*, (израз је употребио председник Шено *(Chenot)*, тако се може говорити и о „фагоцитози" — апсорбцији *(phagocytose)*.

Структура и принципи организације су у исто време узрок и одраз начина поступања, облика односа, механизама доношења одлука, кооперације или супротстављања. Истраживање организације и еволуције министарстава логично доводи до проучавања утицаја политике на структуре. У Француској се ово спроводи, на пример, када се жели обновити или успоставити у датом моменту утицај Председника владе на владу, или подстаћи министре да загосподаре својим „министарствима". Неоспорно је да се садржај, начин и капацитет владиних акција међусобно уклапају и утичу једне на друге и тако се до одређене границе мешају политика и управљање.

У даљем тексту анализираће се: овлашћења министра, координација рада служби, ефективно стање и дужности.

---

(5) Идеју је развио Шеф државе за време традиционалне церемоније полагања заклетве у Elysee-u, Le Monde, 6. јануар 1983.

(6) У влади Ж. Ширака (J. Chirac), оформљеној маја 1974, било је 15 министара (не рачунајући Председника Владе, а затим 14 по оставци Ж. Ж. Серван—Шрајбера (J. J. Servan—Schreiber) у јуну, министра за реформе, због неслагања о војним нуклеарним експериментима), 7 Државних секретара, касније 8 (државни секретар за положај жене), 4 Државних ссекретара везаних за Председника владе и 10 везаних за министра. У влади Р. Бара (R. Barre) од новембра 1976. било је 17 министара и 18 државних секретара. Састав прве три владе садашњег седмогодишњег председничког мандата је следећи:

	Прва влада Мороа (Mauroy)	Друга влада Мороа	Трећа влада Мороа
Државни министри	5	5	—
Министри које одређује Председник Владе	2	3	2
Министри и они који се одређују поред министра	23	26	21*
Државни секретари уз Председника Владе	3	2	3
Државни секретари уз министра	9	7	16
Укупно не рачунајући Председника Владе	42	43	46

+1 Државни секретар је представник владе и 6 делегираних министара

I ОВЛАШЋЕЊА МИНИСТРА

Министар одржава непосредне односе са Државом у оквиру владе и са јавним службама у свом ресору. Власт владе у целини и сваког појединог министра је различита, па се и њихова прописана овлашћења разликују по садржају и устројству. При проучавању овлашћења министра мора се узети у обзир да активност владе обухвата и администрацију(7), али да се владина активност не своди искључиво на администрацију.

А. Министар у влади

1) Начела

Овлашћења министру дају „могућност деловања" и представљају „садржину" његове функције. Устав међутим, не регулише овлашћења министра. Устав дефинише појам владе(8) и ставља је под ауторитет Председника владе (члан 21.). Није предвиђена никаква подела овлашћења између Председника владе и министара. Председник владе располаже свим службеницима и свим административним службама, сем у случају Уставних овлашћења Председника републике у редовним случајевима (члан 13.) и у изузетним околностима (члан 16.), или у случају овлашћења предвиђених у основним законима (закон од 28. новембра 1958, о овлашћењима у области именовања). Иако право разликује области којима управља Председник републике и оне којима управља влада, а пракса поставља проблем стварног шефа владе, две ствари су јасне што се тиче министара и њихових овлашћења. Са једне стране, Председник републике је носилац државне власти и „не постоји други индивидуални ауторитет ни министарски, ни цивилни ни војни"(9). Са друге стране, Председник владе има овлашћења извршења закона и регулативе (члан 21).

2) Сарадња и споразумевање министара у влади, солидарност

Министри прдстављају владу у јавности. Они су солидарни у свом деловању, мада при томе могу изражавати своје индивидуално мишљење. Министри имају овлашћења и када влада врши своју пуну надлежност и када обавља текуће послове. Као члан владе министар износи и заступа потребе свог одељења пред Председником републике, Председником владе, парламентом и колегама. Пошто су министри солидарно одговорни за политику владе, сваки министар води рачуна о последицама које производе мере других чланова његовог одељења. Министри морају

(7) Не сматрају се „административни" односи између владе и Парламента и међународни односи.

(8) Влада по правилу има првенство у власти и управљању народом, под контролом Парламента (члан 20).

(9) Изјава Генерала Де Гола (De Gaulle), анализирао је Ж. Маео (J. Massot) у делу „Председник Републике у Француској", Француска докуметација, Paris 1977. страна 44. Видети исто његову студију „Председник Владе у Француској" N. E. D, Француска документација, Paris 1979. страна 61. Устав од 1946. је изричито предвидео само Председника Савета као Шефа владе и администрације, што у стварности није било тако. Заједнички програм левих партија (1972.) прокламовао је институционалну равнотежу у корист Председника Владе.

прихватити неопходност постојања шефа, па треба да пронађу праву меру својих изјава и ћутања, послушности и иницијативе.

Министар у свом деловању расветљава владин политички избор, вршећи „синодалну" функцију на основу које са пуним правом учествује у раду Министарског савета(10), где се утврђује политика државе и где се може изјаснити и о питањима ван своје уске надлежности. У том својству, министар учествује у вршењу овлашћења владе (на пример, овлашћења при стварању закона, остваривању прописа из чланова 38 и 47, именовању, увођењу опсадног стања, остваривању одговорности из члана 49, уставној ревизији, законодавном референдуму). У следећој тачки се разматра питање да ли је ово учествовање формално или ефективно.

3) Овлашћења министра и „председнички систем"

Министарски савет је био инструмент јачања председничког система. Израз „управљање" у Уставу се везује за Председника владе, а некада за Председника републике. За Председника републике су везани најважнији акти управљања. Министар, између осталог, мора водити рачуна о класичним овлашћењима монарха која припадају Шефу државе(11). Исто тако, Председник републике својом арбитражом омогућава „правилно функционисање јавне власти и континуитет Државе" (члан 5.). Тај принцип континуитета је у основи администрације, па је Председник републике центар стварне иницијативе свих владиних акција(12). Поверљиве и јавне директиве које Председник републике упућује Председнику владе су обавезне. Директиве Председника републике министрима су ређе и спорне, јер се мора узети у обзир и ауторитет Председника владе. Осим обичне арбитраже, Председник републике може да се усредсреди на актуелне проблеме (монетарне, буџетске, просветне, социјалне, привредне, европске и друге проблеме). Сви Председници републике су дали свој печат некој конкретној области (културе, урбанизма, стандарда, просторног уређења, индустрије). У најбољем случају, ове интервенције могу користити министру, јер их добија директно, тако да може стећи или сачувати „политички положај". Некада, међутим, ове интервенције доводе до мешања стручних саветника или отправника послова Председника републике у рад министра, а нарочито у „посебним доменима".

4) Овлашћења министра и прерогативи председника владе

У оквиру који поставља Председник републике, Председник владе решава преко министара конкретне проблеме. Председник владе „располаже администрацијом" (члан 20.) у смислу да може утицати на свако-

(10) Изгледа да се у Уставу разликује „члан Владе" (члан 8. став 2, члан 23. став 1, члан 31. став 1, члан 68. став 2) од „министра" (члан 19, члан 21. став 2, члан 22. и члан 82. став 1). У Министарском Савету учествују чланови владе, али не увек и државни секретари. Аутономни државни секретари некад се подводе под појам министра. У садашњој Влади, делегирани министри и државни секретари, учествују само „у пословима из њихове надлежности и са дозволом Председника Републике", што произлази из принципа колегијалности.

(11) У области судства, дипломатије, законодавства, регулативе и администрације, cf. J. Massot „Председник. . . . ," *op. cit.* страна 141.

(12) Генерал Де Гол је говорио о таквој арбитражи „у средишту одлучивања . . . . ван политичких додира". На конференцији за штампу, 9.IX 1968. рекао је „Шеф државе одговара за . . . . стабилност институција, за континуитет обављања јавних послова".

дневну делатност и интервенисати при решавању свих проблема, који се јављају при деловању једног министарства. У обављању арбитраже и координације Председник владе може сматрати или да министар има посебну улогу или да га треба подвргнути конкретној и строгој контроли и интервенисати у битним ситуацијама. Интервенције су обично јавне и имају политичку важност али Председник владе може препустити арбитражу министрима. Право именовања, слично ономе Председника републике, може бити поверено министрима у циљу поједностављења и деконцентрације послова. Члан 21. омогућава Председнику владе да делегира нека овлашћења. Делегирање се врши декретом Председника републике који премапотписује Председник владе. Ово делегирање (непрецизан термин) је привремено (у случају изостанка) или стално(13).

5) Смисао „колегијалности" и хијерархизација послова

Одлуке Савета обавезују министре. Владина политика је јединствена и министри је солидарно подржавају и имају „право и дужност да изразе своје мишљење о свим проблемима"(14). Ефективно учествовање министара није једнако. Учествовање је формално у случајевима када министар треба да се изјасни одмах, и то о нечему што је ван његове надлежности. Ова пракса није ни стална ни забрањена, а зависи од личности Председника владе и министара који ће умети или неће, да јасно одреде границе интервенција. У случају да министар прекорачи границу толеранције или своје неслагање изнесе у невреме, једини излаз може бити његова оставка(15). Министар није везан за своје одељење. Период преговарања, припрема, консултација, који претходи доношењу одлуке може се квалификовати као колегијалан. Доношење одлуке, међутим, није колегијално, већ је доноси Председник републике „узимајући у обзир" сва мишљења: и зато се каже да је одлуку „донео Савет".

Све ово не искључује могућност индивидуалног утицаја министра на Шефа егзекутиве, али независно од тога што је министар члан владе. Неки министри имају посебну и важну улогу и могу остварити свој утицај, а нарочито у случају када влада нема круто одређену политику. Стицај околности некада може довести владу до потчињености Министру финансија који има потпун увид у делатност владе захваљујући контролорима финансија и праву премапотписа за све акте који имају и финансијске ефекте. Министарство за социјалне проблеме је дуго било „подређено". Међутим, ова ситуација се изменила(16). Могуће је да министар својим деловањем утиче на друге министре и структуре, како би себи обезбедио помоћ.

---

(13) Сектор поверен ткз. „делегираним" министрима који добијају овлашћења на основу декрета о номинацији.

(14) B. Chenot, Бити министар, Plon 1967, страна 66.

(15) Цитирају се само старији и јасни случајеви повлачења Ж. Ж. Серван — Шрајбера (J. J. Servan - Scheiber) у јуну 1974. и П. Сидроа (P. Sudreau) у 1962. (супротно ранијој употреби референдума).

(16) Трећа влада Мороа (Mauroy) је образовала 3 сфере приоритетних овлашћења према важности проблема и према личностима заинтересованих. Прва је сфера непосредне интервенције Председника владе, друга сфера је домен буџета, финансија, привреде, потрошње, а трећа уређује социјална питања, здравство, радне односе, становништво, репатријацију.

Б. На челу министарског одељења: индивидуална овлашћења министра

1) Принцип аутономије и његови основи

Шеф државе ограничава аутономију министра на политичком плану, а Председник владе је ограничава на административном плану, чак и што се тиче управљања унутар одељења. Ипак је министар тај који лично представља државу у свом одељењу и директно управља службама.

Логички и хронолошки, прерогативи министра произлазе из декрета Председника владе о номинацији и из састава владе, а затим и из декрета о овлашћењима министра. Декрети Председника републике донети на основу мишљења Државног савета, утврђују овлашћења и положај носилаца министарских функција. Подела административних послова је практичан израз поделе рада. Министарство, као облик централне администрације, је државни орган, а није му признато својство правног лица (CE 27. јануар 1960. Roche, страна 60). Министар има посебна овлашћења и ужива аутономију коју захтева јединство управљања, службеника и поверења. Министар има неоспоран ауторитет у свом одељењу и једини заступа предлоге служби пред владом.

2) Учествовање у законодавству и постојаност министарске власти

Као шеф администрације, министар се бави свакодневним и дуторочним проблемима. Министар не би требало да се преоптерети свакодневним питањима. Одговоран је за вођење политике у свом министарству и остварује и тумачи политику владе. Министар управља службама, подстиче њихов рад, прилагођава их, ствара нове, координира њихов рад, укључује их у рад централне администрације, контролише их, како би се избегла нерационалност и арбитрерност. Министар и његови сарадници располажу духовним, техничким и финансијским средствима које користе за одређене циљеве.

Осим Председника владе који има пуно регулативно овлашћење, остали министри не могу издавати општа и стална правила, изузев у случају изричите и ограничене хабилитације (законске или нормативне). Министри учествују у регулативном (редовном и директном) овлашћењу Председника владе. Иако немају опште регулативно овлашћење, министри имају индиректно или ограничено овлашћење(18). Постојала је тенденција да се сматра да циркулари или директиве стварају правна правила, међутим, јуриспруденција не признаје то својство циркуларима, а директивама га признаје само под одређеним условима(19).

Министар има хијерархијску власт над службеницима. На основу ње, министар издаје наредбе, одређује службене положаје (додељује места, врши промене, одређује степене у хијерархији, утврђује правила

(17) Прецизан и скорашњи пример разграничења, J. O. од 22.IV 1983. и декрети који прецизирају овлашћења министара које делегира Министар за социјална питања и националне солидарности и Министар рада и овлашћења државног секретара.
(18) O. Wiener, Истраживања о регулативним овлашћењима министра, L.G.D.J, 1970.
(19) J. Boulouis, О једној новој категорији законских аката, Eisenmann-Cujas, 1975, страна 191.

напредовања у служби, утврђује потребе служби), има дисциплинска овлашћења према подређенима, има овлашћење упућивања и преиначавања. Министар и без изричитог овлашћења има овлашћења у области интерне организације. Министар као шеф служби има прећутно овлашћење да доноси правила доброг функционисања која се могу односити и на грађане (СЕ, 7. фебруар 1936. Жамар (Jamart). Ово право му омогућава да успостави организацију служби (СЕ, 1. април 1949, Шавно (Chaveneau), или да укине службу (СЕ, 27. јануар 1961, Ваније (Vannier), или одреди положај нижих службеника, ако се ради о њиховим платама или праву на штрајк, у оквиру закона и општих правних принципа (СЕ, 24. април 1964. Национални синдикат лекара казнених установа). Министри у принципу немају право постављања службеника, али им се оно често делегира, а ако га врше Председник републике и Председник владе, министар има право предлагања и премапотписа.

Министар не може наметнути обавезе грађанима. Вршећи своју ауторитарну власт, министар гарантује и обезбеђује грађанима (СЕ, 1. март 1946, Лорио (Loriot) добро управљање, пракса је, међутим, у многоме различита(20). Правилима о деконцентрацији пренет је већи део овлашћења у области одлучивања на локалне функционере или на ниже функционере. Делегирање овлашћења омогућава министру да се растерети послова. Делегирање мора бити изричито дозвољено, објављено и не сме бити потпуно. Може се делегирати право стављања потписа (акт одобравају одговарајућа лица) и овлашћења (што подразумева преношење функције и немогућност евокације оног коме је делегирано). Делегирање овлашћења у корист хабилитованог службеника врши се одлуком министра (службеници су набројани у декрету од 23. јануара 1947.). Право премапотписа се не може пренети.

Министар може предузети значајне мере захваљујући свом праву премапотписа у односу на делатност владе у његовом одељењу ако се ради о пројекту закона или декретима. Ово овлашћење Председника владе већ дуго се признаје, мада се различито формулише, па се може и различито тумачити(21). Премапотпис правно представља сагласност, а обавезан је када се одлуке Председника владе извршавају уз сарадњу министара. Председник владе има посебна овлашћења. Због неслагања међу министарствима траже се бројни премапотписи, тако да и секундарне мере добијају правну снагу.

Премапотпис је раније имао вредност простог потврђивања. У почетку парламентаризма правом премапотписа делила се одговорност Шефа државе, а касније премапотпис је резултат поделе министарстава и средство њихове координације. Недостаци премапотписа се анализирају као мане у форми (СЕ, 13. јули 1957, Привредна комора Орлеана (Orlé-

(20) У вези са правом евокације Председника владе према делегираним министрима; или у вези са аутономним државним секретарима (који су компликовали класификације) или у вези са државним секретарима који имају право одлучивања само ако га министар делегира.

(21) Закон од 31. VIII 1871. прописује да сваки акт Председника Републике мора премапотписати министар. У Уставу од 1946. (члан 47, став 4) премапотписује само „заинтересовани" министар. Право премапотписа не обухвата аутономне државне секретаре (С.Е. 24. јун 1954, Национални синдикат инжењера аеронавигације). Устав од 1958. (чланови 19 и 22) право премапотписа даје само министрима. По мишљењу Државног Савета од 11. јуна 1974. ово право обухвата и аутономне државне секретаре. Државни секретари се сматрају за „министре" што се тиче премапотписа (С.Е. 21. јануар 1977, Перон Мањан (Perron Magnan) и други).

ans-a), страна 474, 21. фебруар 1958, Национална федерација рудара, страна 122). За вршење регулативног овлашћења није потребно ни „одобрење" ни „удруживање". Декрет неће премапотписати министар који треба само „да води рачуна" о декрету (CE, 5. октобар 1966, Комитет функционера француске радиотелевизије, страна 515). Право премапотписа немају ни „заинтересовани" министри (Устав од 1946), ни „одговорни" министри, већ они „задужени за извршење декрета" (Устав од 1958.). Државни савет је прецизирао ову одредбу (CE, 27. април 1962, Сикар (Sicard), страна 279, 25. јануар 1963, Лемаркије (Lemarsquier), страна 48). Данас право премапотписа има министар који предузима мере за извршење одлука, онај чије се одељење супротставља одлуци или чије службе интервенишу при њеном извршавању. Министар финансија је у посебном положају, јер је заинтересован за све одлуке које имају финансијске реперкусије. И други министри имају важну улогу, на пример при доношењу техничких одлука (у области образовања, кооперације итд.), а треба имати у виду и потребе Спољних послова. Међу министрима који више него остали користе право премапотписа треба поменути министра унутрашњих послова, министра правде и министра одбране.

Постоје и друга средства правне заштите, овлашћења која дозвољавају, на пример, закључивање уговора у име државе и заступање државе пред судом(22). Овлашћења министра у парничним стварима, омогућавају му, мада је то у супротности са принципом јединствености државне власти, да оспорава пред судом одлуке другог министра (CE, 10. март 1923, Министар финансија, 2. новембар 1934, Министар унутрашњих послова). Постоје и посебне одредбе о овом праву (закон од 30. јануара 1923, члан 6). Ово је добра илустрација поштовања индивидуалности министарства као центра одређених интереса. Министар може истаћи приговор незаконитости неког акта, ако га није премапотписао. Државни савет упућује министру све жалбе које се односе на спорове из његове надлежности. Остварење идеје специјализације у парничним стварима покреће нови проблем — проблем једнакости.

Министри равноправно врше своје функције, водећи при томе рачуна о међународним и унутрашњим, економским, политичким и финансијским уговорима. Питање је да ли министар располаже средствима намењеним службама и буџетским кредитима. Министар води рачуна о трошковима и потписује налоге за исплату. Као главни наредбодавци, министри су једнаки. Једино финансијска питања стављају Министра финансија у повољнији положај. Неки министри су „под утицајем" и у посебном положају:

— Министар правде, јер је Шеф државе гарант његове независности (члан 64). Министар правде именује чланове Вишег судског савета. Председник владе представља у овом случају место кратког споја;

— Министар спољних послова је у посебном положају у односу на Председника републике (с обзиром на овлашћења Председника републике: давање акредитива, преговарања и потписивања уговора);

(22) Посебан је случај државних дугова и потраживања када само судски заступник Трезора може представљати државу пред административним судом.

— Министар одбране је под ауторитетом Председника владе (који је одговоран за одбрану, члан 21), има директан приступ Председнику републике (који је војни командант и гарант независности, члан 5 и 15) и добија њихове директиве. Влада, међутим, располаже оружаним снагама (члан 20).

Министар је „на челу" међуминистарских пројеката када се они првенствено тичу његовог одељења. Министар не може утицати на одлуке другог, па поједина министарства врше мањи или већи међуминистарски утицај.

В. Вршење овлашћења и међуминистарска координација

Специјализација треба да одговара стварним потребама. Врши се под притиском појединаца, група или јавности. Она је резултат и усавршавања управљања. Лоше стране специјализације министарстава отклањају се њиховом координацијом. Координацијом се отклањају прекорачења надлежности, област „ничије земље" између министарстава, појава и менталитет изолационизма или империјализма, омогућава се њихова духовна и функционална повезаност.

Координација може бити емпиријска (лични односи, размена нота, доношење одлука) или формална (премапотпис министра и директиве Председника владе имају улогу у координацији). Координацију олакшавају и јединство и покретљивост службеника, као и мешовити саветодавни органи, који представљају неколико министарстава. Основни механизми координације у рукама су Председника републике или Председника владе и они врше прегруписавање свих или неких министара, узимајући у обзир или не, њихове директне сараднике и високе функционере(23). Може се установити стални орган са прописаном надлежношћу, овлашћењима и правилима функционисања (Међуминистарски савет или Комитет); или уже тело (Комитет или Савет) који нема стални састав и које заседа по потреби. Када том ужем телу председава Председник републике оно се назива Савет, а Комитет, ако председава Председник владе или неки од министара или државни секретар Председника владе. Генерални секретаријат владе игра веома важну улогу у координацији, а нарочито када задатке на међуминистарском нивоу „предлаже" Председник владе. Ови задаци се распоређују различитим телима (делегираним министрима или државним секретарима, високим комесарима, дирекцијама, јавним установама).

Састав овог „система" око Председника владе је променљив, а сектори које покрива су различити (привреде, планификације, информатике, уређења). Међу службама од општег интереса у основи су међуминистарске оне које се баве „особљем" и „информатиком". Појава супер-министарстава координатора представља претњу спицијализацији и једнакости министара. Координација може имати и „непожељне последице". Смањивање броја министарстава и проширење њихових послова могу довести до тога да се питање координације поставља у оквиру једног министарства. Мора се водити рачуна о самољубљу и супарништву између мини-

(23) О овоме Ф. де Бек (F. de Baecque) и Ж. Л. Кемон (J. L. Quemonne) „Администрација и политика за време Пете Републике, Државна фондација за политичке науке, 1982, страна 139.

старстава. Долази до поделе међу особљем, до нове специјализације. Доказано је да је у присуству аутономних (јавних установа) или зависних (делегација, мисија) координационих тела отежано заједничко деловање хоризонталних и вертикалних структура(24). Употреба финансијских средстава и особља је проблематична. Доношење заједничких одлука, консултативни поступци могу успорити акцију и ослабити одговорност.

Проблем координације не поставља се само на међуминистарском нивоу, већ и на ванминистарском плану. Могућност деловања министра зависи од односа са службама, њиховог квантитативног и квалитативног уређења и особља.

II УНУТРАШЊА ОРГАНИЗАЦИЈА МИНИСТАРСТВА

А. Улога и принцип артикулације

На унутрашњу организацију се неизбежно одражава вертикални или хоризонтални положај министарства и његова улога у међуминистарским односима. Општа морфологија министарстава је слична, мада се организација прописана у декретима, разликује од одељења до одељења(25). Организација се временом може мењати и у оквиру истог министарства. Промене у организацији могу довести до извесне нестабилности министарства (као код министарства просвете), а у неким случајевима је све до недавних промена била окамењена (на пример, спољни послови). У организацији превладава емпиризам и поред делимичних промена и нових иницијатива. Тенденција је да се хијерархијска структура сматра за најфункционалнију, прилагођену мисијама, погодну за усклађивање служби и најадекватнију различитим околностима (историјским, политичким техничким, објективним). Не постоји, међутим, чаробна формула, ни савршено и систематско решење за савладавање тенденција ка гигантизму, комплексности, променљивости. Једино решење је да се императиви дохотка и трошкова ускладе са општим политичким решењима, мада се при томе може доћи до арбитрерности уместо да се она отклони.

Закони развитка и редукције организације министарстава нису установљени. Тачно је да сталност служби доводи до њихове крутости, технократизма и великог утицаја. Министар мора и може да врши одлучујућу улогу, јер једини одлучује и политички је одговоран. Уколико министар неодлучно поступа, „везаће се" за службе које су у редовном случају задужене за припрему послова, давање форме одлукама, њихово уређивање, указивање на тешкоће или на „негативне" последице (под условом да се овај израз прецизира).

Б. Структуре и њихова систематизација

Ако се кабинет остави по страни, структуре су следеће:

1) Генерални секретар

Министарство Председника владе („Министарство Матињон (Matignon")) има у свом саставу генералног секретара владе. Друга мини-

(24) R. Drago *op. cit.* страна 96.

(25) Некада је у питању законодавно овлашћење, а нарочито када се ради о правилима закона о финансијама или неким „основним принципима" из члана 37.

старства га немају или га немају стално. Његово овлашћење усаглашавања одлука врше делегирани министри. Природа функција државног секретара тешко се дефинише, па је установљена њихова типологија(26). Када државни секретар нема само почасну функцију, он може бити задужен за:

— општу администрацију (на пример у спољним пословима) и при томе врши административне функције министра, а министар одређује политику одељења. Ова концепција није остварена у Француској;

— хоризонталну координацију (као на пример у министарству просвете 1963). У тој области Генералне дирекције нису доследне;

— специјализацију и при томе издвајају једну или више служби у оквиру Министарства за везу (нарочито у војсци);

2) Генерални директори, директори, шефови служби, помоћни директори под-директори

Председник владе и министри имају одговарајуће структуре на располагању, у зависности од положаја у хијерархији и функционалне специфичности. Структуре имају ограничену финансијску и административну аутономију, мада неки органи под окриљем министра имају својство правног лица.

Број дирекција је промењив(27), више — мање су најутицајније и најмоћније у одељењу, као што су и у влади (на пример, Дирекција трезора, Дирекција за међународне економске односе).

Генералне дирекције обухватају подручне службе и уже структуре (дирекцију, службу, под-дирекцију, канцеларију). Имају велики и хоризонтални и вертикални утицај и широка овлашћења. Обично је потподела на дирекције које врше послове министарства, дирекције за послове надзора и дирекције за послове „унутрашње организације" (управљање особљем, материјалним и финансијским средствима, документацијом, односима са јавношћу, пословима предвиђања, процесним стварима итд.). Ова хоризонтална подела служби постоји и поред покушаја међуминистарских груписања (у области документације, заједничког снабдевања). При избору алтернативе поделе „вертикално — хоризонталне" не води се довољно рачуна о „локалним" потребама и тешко се прихвата оријентација ка децентрализацији (чак и само њена чисто географска димензија).

Службе се састоје од више канцеларија или под-дирекција и оне обављају функције које не припадају директору. Шефови служби су по хијерархији изнад помоћних директора и под-директора.

У сваком министарству има 6 до 10 директора (мање од 5 и више од 20 су екстремни случајеви). Директорима некада помажу службеници посланства. Директори уређују под-дирекције. Посао директора не разликује се много од посла помоћног директора, али је звање директора угледније.

Министар може делегирати право потписа директорима и под-директорима. Неки чланови кабинета уживају то исто право, па велики број носилаца овог права представља тешкоћу.

(26) Видети „Суперструктуре централне администрације" I.F.S.A. свеска број 8, Paris, 1973, Cujas, а нарочито истраживања П. де Форжа (P. De Forges), страна 109 и Ф. де Бека (F. de Baecque) „Централна администрација Француске", Арман Колен (A. Colin), Paris, 1973, страна 168.

3) Канцеларије и други органи везани за министра

Под-дирекција је подељена на канцеларије (2 до 4). Канцеларије чине функционери који у принципу немају лична овлашћења, већ припремају одлуке и представљају стални елемент министарства.

Стални или привремени консултативни органи постоје у свим министарствима. Неки органи раде за поједина министарства (Виши савет за министарство транспорта, министарство просвете, министарство правде итд, Генерални савет за министарство грађевина). Неки органи су заједнички за сва министарства (Државни савет Главна контрола). Консултативни органи могу представљати сметњу, ако наметну свој технички поступак и доведу до концентрације (сметња у смислу да умањују одговорности, успоравају рад, праве сувишна понављања, не узимају у обзир практичну страну проблема).

Инспекцијска тела сачињавају функционери који раде за рачун министра, контролишу службе, врше периодичне инспекције или посебне интервенције. Њих не чине сви службеници који носе назив „инспектор". Уз Инспекцију рада треба поменути Инспекцију финансија која је најутицајнија због своје контролне функције и функције обавештавања Кабинета, мада јој је данас утицај мањи него раније.

На крају треба поменути Јавне установе предвиђене институционалним правилима, везане за различита одељења.

В. Службеници и њихове категорије

1) Категорије

На челу хијерархије су генерални директори и директори, не рачунајући генералног секретара. Директоре именује декретом Министарски савет (члан 13. Устава). На овим „високим положајима" су функционери, мада не увек. Директори се бирају на основу стручности и политичког опредељења, „зависе од" владе, а министар може по својим мерилима бирати директне сараднике(27). Иако могу добровољно дати оставку, директори не морају обавезно остати на свом положају при промени министра. Директори аутоматски губе само делегирано право потписа. У ствари, просечна дужина обављања функција је иста: министра 2,9 година, а директора 3,4. Деликатан је проблем „узрока именовања" директора од кога се министар ограђује.

Службе шефа служби, под-директора, помоћника директора, иако нису „високе службе" додељују се функционерима централне администрације са завршеном E.N.A. (Државна управна школа — Ecole nationale d'administration — прим. прев.) За ове службе важи правило о периодичној променљивости службеника. Одступања су могућа у одређеним границама, због стручности и врше се декретом Државног савета. Пошто су министарска тела укинута (декретом од 26. новембра 1964), министри

(27) Декрет од 21.III 1959. (члан 1) као додатак Општег статута. О овоме цитирано дело Ф. де Бека, В. Силвера (V. Silver), „Режим рада дирекције централне администрације", Судска пракса административног права, 1965, страна 132.

заједно бирају тела. Мишљење прво даје министар јавних функција, а затим одлуку заједно доносе Председник владе и заинтересовани министар.

Нижи службеници који омогућавају рад министарстава, су: функционери централне администрације, аташеи централне администрације, секретари администрације и административни секретари централне администрације. Функционери централне администрације образују међуминистарско тело и омогућавају да се о неком административном проблему донесе заједничко мишљење(28), све су бројнији у министарским кабинетима и нису више везани само за централну администрацију. Аташеи образују тела министарства са међуминистарским статусом и врше своје функције у свакој централној администрацији (или изједначено са њима).

Поред функционера опште администрације, свако министарство према својој специјалности запошљава стручњаке (инжењере, лекаре, инспекторе итд).

2) Средства

Ф. де Бек (F. de Baecque) је у својој студији (цитирана у фусноти) о „суперструктурама централне администрације", дао следеће податке за 1971. годину о броју: директора — 459, шефова служби — 73, помоћника директора и под-директора — 278.

Подаци о другим средствима и њиховој подели међу министарствима и по категоријама дуго су били непотпуни и несређени. Класификације нису биле хомогене. Анализе су се заснивале на арбитрерним подацима. На пример, неки су службенике подручних служби укључивали у класификацију, а други нису. Категоризације не одговарају увек стварном стању (главни благајници трезора нису обухваћени, мада би с обзиром на пораст њихових реалних плата требало да буду). Несагласност у средствима постоји међу министарствима, али и у оквиру истог министарства, између централних и подручних служби. Важност администрације, ипак, не зависи од средстава којима располаже.

Данас, буџетски извештаји, годишњи извештаји о јавној функцији, дају податке о нумеричком порасту, секторским билансима, спроведеној политици, великим предметима, законским или регулативним мерама(29). За један век (1850—1960) број функционера се учетворучио, са наглим порастом после сваког рата. Пет традиционалних министарстава и даље запошљава већину службеника(30). Нове функције не изискују већа

(28) Декрет од 30.VI 1972 (J. O. од 4.VII 1972) дефинише њихову улогу (члан 1) и одређује да су под ауторитетом генералних директора и директора „задужени да врше административне послове, да извршавају опште владине директиве, да припремају пројекте закона, владине одлуке и прописе. Дају неопходне инструкције за њихово извршење, могу омогућавати координацију послова и обједињавати истраживање тих послова".

(29) Ове односе је учврстио декрет од 1976, али одскоро су обогаћени и њихова концепција је дилимично промењена. О проблемима композиције, географског порекла видети А. Планте (A. Plantey) „Расправа о јавној функцији", трећи волумен, 1983, L.G.D.J, Е. Ејуб (E. Ayoub), „Јавна функција" Masson и Cie; Управљање јавном функцијом и Административне реформе, Годишњи извештај који издаје Француска документација.

(30) 92% за; финансије, просвета, јавни послови, унутрашњи послови ПТТ, цивили одбране. А. Сови (A. Sauvy), Управа и бирократија, P.U.F. Кол (Coll). Шта знам? 712, п 25. Степен пораста се убрзао од 1938 до 1956 (+1,5% годишње) и нарочито од 1956 до 1962 (+2,2% годишње). Аутор, међутим, сматра (страна 28) да пораст не прати ритам развоја државних интервенција, већ неки други.

средства. Нека министарства су смањивала средства (културе, индустрије, пољопривреде) и од 1977. постоји опште константно смањивање броја буџетских места (2040000 грађанских службеника у децембру 1976. и + 4% за 4 следеће године). У периоду 1952—70. пораст буџетских средстава је био велики, али различит према одељењима. Најбројнија одељења су имала највећи проценат раста (националног образовања + 185%, ПТТ +47,7%). Број службеника у армији је смањен и што се тиче цивила (— 25%) и што се тиче војника (— 43%). Већ дуже време већина државних службеника је концентрисана у неколико министарстава. У случају Министарства просвете и ПТТ-а квалитативно и квантитативно побољшање кадрова је најхитније.

Првог јануара 1980. било је 1786000 службеника, а 2579000 лица са државном платом (што је 12% запослених). У 1981. години влада је имала за циљ да за 18 месеци отвори 125000 места. Закон о финансијама од јула 1981. предвидео је ангажовање скоро 55000 службеника, од којих 45000 државних службеника и 9000 службеника у болницама и здравственим и социјалним установама. План буџета за 1982. додељује 72% од 61000 предвиђених места Министарству просвете, ПТТ-у, Државној полицији, Социјалном министарству. У 1982. години оцењено је да се 45% Државног буџета троши за обављање Јавних функција.

На основу последњег годишњег извештаја о Јавним функцијама израђена је следећа табела:

Подела државних службеника

Средства и категорије по министарствима; Јавне установе су искључене

Министарство	*Укупно* службеника, неслу-жбеника, радника			*ван* лествице		*у процентима*			
						А	Б	Ц	Д
	1.1.80.	1.1.81.	1.1.82.	1.1.81.		1.1.82.			
Образовања са универзитетом, омладином и спортом	949754	949466	981323	7687	42%	42,2%	7%		8,4%
ПТТ	440623	448628	458813	372	8,4—	28,8—	61,4—		1,4—
привреде, финансија	186630	184575	189614	879	18,6—	24,2—	52,4—		4,8—
одбране	142068	141921	142202	1506	12,1—	25,6—	53,9—		8,4—
				1371					
				војних лица					
унутрашњих послова	135306	135774	138859	727	5,7—	16,7—	73,7—		3,9—
урбанизма стамбено итд	95636	94784	95095	438	10,0—	12,4—	74,7—		2,9—
правде	38048	40327	43410	1575	19,5—	21,9—	54,8		3,8—
спољних послова и	24778	25086	25726	343	51,5—	29,4—	17,4		1,7—
међународне сарадње	11164	12064	12059	72	75,0—	19,9—	5,1		—
пољопривреде	27145	28888	30565	413	49,7—	23,7—	22,0—		4,6—

солидарности, рада, здравства	26826	25996	26866	200	18,7	33,7—	35,4—	12,5—
транспорта	14345	15918	14684	116	18,7—	63,7—	15,6	2,0—
служба председника владе	2627	2683	2576	96	28,0—	12,6—	46,8—	12,6—

Од 1981. пораст броја функционера је постао политички проблем. Питање је шта се дешава са структурама при промени политичких потреба и ставова. Не одговарају све структуре потребама тренутка, мада се не морају искључити. Оно што је овде тема размишљања, иначе је област административних реформи. Данас реформа обухвата и промену организације министарстава. Као доказ може послужити недавно установљење у оквиру Министарства правде шесте дирекције под називом „општа администрација за снабдевање" на место раније „службе" под истим називом. Ово представља враћање на ситуацију из 1964. После 12 година, иако може изгледати као „назадовање", ова промена одговара новим потребама и поставља се као питање прилагођавања структура задацима. У овој области треба узети у обзир постојање поља државне интервенције и захтеве многих одговорних службеника за већом заштитом, али и за већом слободом деловања. Треба имати у виду и: кратки спој у институционалним структурама због неодговарајућих „одлучилаца", неподударање уставног и административног аспекта, теорије и праксе. При спровођењу значајних акција треба избегавати хипертрофију и организациону или интелектуалну спорост. Између динамизма и блокирања могуће је наћи праву меру, што показују и промене у неким традиционалним секторима администрације (спољни послови).

Када се врше структуралне промене, основни проблеми брзо излазе на видело (у области образовања, социјалних служби, привреде). Резултат промена могу бити само непотребни поремећаји или повећање комплексности. Следећи метод, могу се емпиријски комбиновати централизација (сужавањем подела) и децентрализација (повећањем броја подела). Акценат се може стављати на логику или на функционалност, али такав начин не отклања арбитрерност. Свако претходно размишљање мора рачунати на незнатну могућност промена у секторској бирократији. Организациона морфологија је релативно сиромашна и треба јој променити облике и тиме се поставља проблем координације. Некада, напротив, „претерана координација убија координацију" (Р Драго, op. cit. страна 102). У сваком случају, убудуће не би требало запоставити модерна средства, као што је информатика. Информатика руши ограде између тела, олакшава хоризонталну комуникацију, развија међуминистарске диспозитиве, доводи у предност службе унутрашње организације, врши прерасподелу послова, може помоћи централизацији и аутономији (А. Планте *Истраживање државе,* CNRS, 1975, страна 88). При расправљању о структурама треба избегавати теоријске погледе и генерализације, апсолутизам принципа. Мора се признати провизоран карактер подела и треба избегавати њихову нестабилност. Овакво круто мишљење потврђује очигледна чињеница да организације иако траже промене не прихватају увек добро реформе.

(Превела са француског Зорица Стевановић)

Marc Gjidara,
Lecturer at the Paris II University

THE ORGANISATION OF MINISTRIES IN FRANCE

In this article, the author analyses the authority of the ministers and the organisation of the ministries, by looking at the position of the ministers in the government, their activities as chiefs of their relevant departments, and the coordination among them. He does this by taking into account the point of view that the position of the ministers is, at the same time, political and administrative.

The President of the Republic is the real generating force of the government's initiative, so that his views (program) determine the activities of the ministers in the government. He rarely issues directives to the relevant ministers themselves, but rather does this through the agency of the Prime Minister; it goes without saying, however, that the activities of the ministers are in alignment with the political program of the President.

The Prime Minister supervises the dayly activities of the ministries. He issues orders to the ministers, and his interventions are usually public.

The position of the minister at the head of his relevant department is politically framed by the prerogatives of the Head of State, and administratively by the authority of the Prime Minister.

The minister manages over the activities of his relevant department. The organisation of the ministry is not regulated by law, and therefore can be changed as the case may be. The principle of hierarchy is strongly stressed, and so are the prerogatives of the minister.

The most important authority of the minister regards his legislative initiative (within the competence of his department), and his right of countersignature of the proposals made by the President and the Prime Minister (in matters within the competence of his department). In dealing with one another, the ministers are equal in rights, and jointly support the political program of the government. Their cooperation is formalised by their joint countersignature.

In the matter of appointment to the ministerial function, two principles are applied: the principle of political merit, and the principle of professional or expert skills.

Research has revealed that the number of officials and administrative employees is constantly increasing, and therefore, the cost of their maintainance. The author is of the opinion that this has already become a political problem.

In conclusion, the author is in favour of the modernisation of the administration; he is also for combining centralisation with decentralisation; he feels that horizontal communication should be improved; finally, he is in favour of the introduction of modern technical means into their work.

Marc Gjidara,
maitre assistent à l'Université de Paris II

RÉSUMÉ

L'ORGANISATION DES MINISTÈRES EN FRANCE

L'auteur analyse les compétences ministérielles et l'organisation des ministères en concernant que la fonction des ministères est en même temps politique et administrative et il examine parallèlement la position politique et administrative et il examine parallèlement la position du ministre dans le Gouvernement, ses actions comme le chef du ressort et la coordination interministérielle.

Le Président de la République est le vrai iniciateur des actions gouvernementals et ses attitudes déterminent les actions des ministre dans le Gouvernement. Il donne des instructions directes au ministre très rarement, mais il le fait par le Premier Ministre, mais les actions politiques du ministre sont déterminés par la politique du Président de la République.

Le Premier Ministre influence les actions quotidiens du ministère. Il donnne des instructions aux ministres qui sont d'habitude publique.

La position du ministre qui est à la tête du ressort, est restreinte sur le plan politique par les prérogatives du Chef d'Etat et sur le plan administratif par les prérogatives du Premier Ministre.

Le ministre dirige son ressort. L'organisation des ministères n'est pas réglé par loi et elle se change beaucoup. En pratique le principe du hierarchie est exprimé auprès des prérogatives importantes du ministre.

Les prérogatives les plus importantes du ministre sont liées à sa possibilité d'initiative législative (du domaine du ressort) et le droit de contreseing sur les propositions du Président de la République et du Premier Ministre dans le domaine du ressort. Les ministres entre eux ont les droit égaux et ils soutiennent la politique du gouvernement, leur collaboration est formalisée par le contreseign collectif.

Dans l'élection des fonctionnaires on utilise le principe politique et qualificatif. Les analyses montrent que le nombre des fonnctionnaires et des employés agrandi permanemment et avec lui les dépens d'entretien d'organisation. L'auteur se dévoue pour la modérnisation d'administration, par la combinaison du centralisation et decentralisation, pour le soulagement de la communication horizontale et l'introduction des moyens modernes dans son travail.

UDK — 341.234

др Момир Милојевић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

НЕДИСКРИМИНАЦИЈА И ЗАШТИТА МАЊИНА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

I ЗАШТИТА МАЊИНА КАО ОБЛИК ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

Човек и његова судбина су одувек били у средишту пажње науке. У основи тог интересовања је била тежња да се људска права и слободе подигну на виши степен од достигнутог. По себи се разуме да се о овим правима и слободама може говорити само ако припадају свим људским бићима без обзира на њихово порекло или нека друштвено безначајна обележја. Та идеја о једнакости у достојанству и правима је чврсто уткана не само у схватања већ и у све познате националне и међународне документе у овој области. Отуда и настанак и развој заштите мањина(1) показује да њен значај превазилази заштиту интереса појединаца или група и добија опште размере. У том погледу она следи ток развоја међународне заштите људских права која је почела од заштите најосновнијих људских вредности (на пр. забране ропства и трговине робљем) да би после другог светског рата постала један од основних „услова стабилности и благостања који су нужни за одржање мирних и пријатељских односа међу нацијама", како каже члан 55. Повеље Уједињених нација. У том развоју од међународне заштите појединих група ка општој заштити најосновнијих људских права, заштита мањина представља етапу у којој поред наведених елемената заштите посебних права све више долазе до изражаја елементи опште заштите људских права. То већ показује развој после првог светског рата.

II МЕЂУНАРОДНА ЗАШТИТА МАЊИНА

Иако се у више наврата истицало да поредак створен после првог светског рата треба да почива, поред осталог, на ширем поштовању људских права, то није остварено. Не само да се међународна заштита тих права исцрпљивала у заштити мањина, него ни она није била општа. Она је била предвиђена у париском нацрту Пакта Друштва народа, али је изостављена из његовог коначног текста иако се амерички председник

(1) О томе је много писано, нарочито између два светска рата. Код нас су то питање најпотпуније обрадили И. Пржић, *Заштита мањина*, Београд 1933; — М. Марковић, *Заштита мањина у склопу међународне заштите људских права*, Београд 1956; — E. Petrič, *Mednarodnopravno varstvo narodnih manjšin*, Maribor 1977; — Б. Вукас, *Етничке мањине и међународни односи*, Загреб 1978.

Вудро Вилсон *(Woodrow Wilson)* залагао да она остане.Творци Друштва народа су јасно истакли да нису имали намеру да створе општи систем заштите већ изузетак, као средство за решавање проблема који би могли да настану због постојања мањина „у неким земљама или ако је било веровати да би због посебних прилика ови проблеми могли да изазову посебне тешкоће"(2). Стога је обавеза заштите мањина наметнута само неким државама: побеђеним државама уговорима о миру(3), а новим и проширеним државама посебним уговорима закљученим на основу уговора о миру(4).

Значај тих уговора није у броју држава које су их прихватиле, већ у њиховој садржини. У том погледу запажају се три врсте одредаба:

1. Уговори на првом месту садрже одредбе којима се предвиђају права на живот и слободу, као и слободу вероисповести за све грађане без разлике(5).

2. Затим следе права призната држављанима држава које су преузеле такве обавезе: једнакост пред законом и једнакост у уживању грађанских и политичких права(6).

3. Трећу групу чине права и слободе признате мањинама, које су двојаке. С једне стране реч је о општој заштити мањина у свим државама које су преузеле те обавезе. Мањинама је признато право да, под једнаким условима као и остали грађани, о свом трошку подижу, управљају и надгледају добротворне, верске и социјалне установе, школе и друге васпитне заводе, као и право да се слободно служе својим језиком и да слободно исповедају своју веру(7). С друге стране поједини уговори су садржавали посебне одредбе о неким мањинским правима, која су била заснована на начелима недискриминације(8) или реципроцитета(9).

Иако су само одредбе треће групе биле под заштитом Друштва народа(10) поједини писци истичу значај одредаба прве групе јер се оне односе на сва људска бића, укључујући странце(11). Чини нам се да би то требало да важи и за одредбе друге групе јер предвиђају једнакост држављана држава уговорница (оних које су прихватиле такве обавезе) у уживању неких основних права без дискриминације. Ово утолико пре ако се тврди да су већ уговори из XIX века(12) говорили о заштити ма-

(2) *La Société des Nations et la protection des minorités de race, de langue et de religion*, Genève 1927, pp. 16—17.

(3) Изузев Немачкој која је такву обавезу према Пољској прихватила двостраним уговором о Горњој Шлезији (1922), и то само на 15 година па је та обавеза истекла 1937 (мада је Пољска отказала још 1934).

(4) Касније су такве обавезе морале једнострано да прихвате државе које су поднеле молбе за пријем у Друштво народа.

(5) Члан 63. Уговора с Аустријом, члан 50. Уговора с Бугарском, члан 55. Уговора с Мађарском, члан 38. Лозанског уговора с Турском, члан 3. уговора с Државом СХС, Пољском, Чехословачком, Румунијом и Грчком.

(6) Члан 66. Уговора с Аустријом, члан 53. Уговора с Бугарском, члан 58. Уговора с Мађарском, члан 39. Уговора с Турском, члан 7. Уговора с Државом СХС, Пољском, Чехословачком и Грчком, члан 8. Уговора с Румунијом.

(7) Нпр. члан 8. Уговора с Државом СХС.

(8) Нпр. чали 10, ст. 3. Уговора с Државом СХС, члан 14, ст. 2. Уговора с Грчком.

(9) Нпр. члан 38, ст. 4. Лозанског уговора (1923) с Турском.

(10) Члан 11. Уговора с Државом СХС, члан 12. уговора с Пољском и Румунијом, члан 14. Уговора с Чехословачком, члан 16. Уговора с Грчком.

(11) P. Fauchille, *Traité de droit international public*, t. I, deuxième partie, Paris 1925, pp. 758—759; — М. Марковић, *Људска права и заштита мањина*, „Југословенска ревија за међународно право", 3/1958, бр. 3, стр. 443.

(12) Као што је Берлински (1878).

њина у смислу недискриминације, што је обележје опште заштите људских права(13).

На тој основи је развијано схватање да су и државе које нису преузеле изричите обавезе биле дужне да штите основна права и слободе на основу општег међународног права. По овом схватању уговори не стварају никакве нове норме већ служе само за конкретизацију постојећих општих норми. Као такве ове норме се намећу целој међународној заједници, а не само појединим државама(14). Ма колико ово било у складу с тежњом ка хуманизацији односа међу људима како, у националним тако и у међународним размерама, тешко га је прихватити на основу поменутих уговора. Ако се има у виду општи став према овом питању пре би се могло рећи да они доказују супротно, да се желела наметнути обавеза само неким тачно одређеним државама(15). Ван овог система остале су многе државе с бројним мањинама (пре свих Италија). Захтев држава које су прихватиле обавезу заштите мањина да она постане општа (1922) наишао је на одбијање сталних чланова Савета Друштва народа. То се поновило и на XI и XV заседању Скупштине Друштва народа (1930, односно 1934). На XV заседању Скупштине Пољска је, 20. септембра 1934, затражила да се закључи општа конвенција о заштити мањина. Подржали су је Југославија, Холандија, Швајцарска, Турска и Ирак, али је предлог повучен када су му се супротставиле Француска, Велика Британија, Италија и Белгија. Из тога произилази да је престанком уговора нестала и заштита мањина која није произлазила из општег међународног права(16). Није нимало случајно што се заштита Друштва народа односила само на права мањина. Непостојање такве заштите у погледу општих људских права и слобода може се схватити као уступак државама незадовољним због једностране, само њима наметнуте заштите мањина. Очигледно је да се већа пажња поклањала заштити мањина која тада још није била општеприхваћена у међународном праву. Она је наилазила на оштру критику не само држава(17) него и појединих писаца који су истицали да је цео систем заснован не на једнакости, већ на неједнакости, јер су мањине и њихови припадници уживали већа права (и то међународно заштићена) него већина

(13) М. Марковић, *Људска права и заштита мањина*, стр. 442—443.

(14) J. L. Kunz, *The present status of international law of the protection of minorities*, „American Journal of International Law", 1954. No 2. p. 285.

(15) R. Monaco, *Minorités nationales et protection internationale des droits de l'homme*, „René Cassin amicorum discipulorumque liber I, Problèmes de protection internationale des droits de l'homme", Paris 1969, p. 177; — Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. II, Paris 1974, p. 750.

(16) R. Monaco, *op. cit.*, p. 177.

(17) Шеф делегације Државе СХС на Конференцији мира у Паризу Никола Пашић, у писму председнику Конференције Клемансоу, од 5. новембра 1919, изразио је незадовољство због неједнакости која се уводи тиме што све државе не преузимају обавезе у погледу заштите мањина. Други вид неједнакости видео је у различитом процесноправном положају грађана јер се међународна гарантија односила само на припаднике мањина а не и на остале грађане чија су права у уговору такође наведена. Сматрао је да се тиме умањује осећање дужности мањина према држави у којој живи. Зато је тражио да се у уговору нагласи да се не стварају никакве повластице у корист мањина у односу на остале грађане и њихове дужности према држави. У свом одговору од 12. новембра 1919, које је сматрано за аутентично тумачење уговора, Клемансо је потврдио жељу да се не дају никакве повластице припадницима мањина. Међутим, ништа у уговорима није измењено а Клемансо није ни одговорио на главну примедбу која се тицала неравноправности држава.

становника који нису били заштићени од самовоље власти(18). Остало је отворено питање међународне заштите општих људских права која би имала свој правни основ у обичајном праву. Било би врло важно доказати њено постојање, јер се тврдило да посебне одредбе о заштити мањина нису потребне у погледу држава чије је законодавство довољна гарантија за поштовање опште норме(19), што би могло да подразумева да се заштита мањина изводи из већ постојеће заштите људских права и као појмовно ужа од ње намеће само државама које не познају заштиту људских права, при чему се мислило на заштиту коју гарантује унутрашње законодавство. Ову тезу је нарочито заступала италијанска дипломатија да би оправдала своје одбијање да прихвати међународне обавезе и истовремено давање појединих права мањинама унутрашњим правним актима, нарочито аустријској у Јужном Тиролу. Тај став као да је прећутно била прихватила и Југославија тражећи, у току преговора за закључење политичког уговора, да Италија да таква права и југословенским мањинама. Међутим, приликом потписивања уговора (у Београду, 25. марта 1937) Бано је предао Стојадиновићу писмо у којем се само обећава побољшање положаја припадника југословенских мањина у Италији(20). Италија наставља ову праксу и после другог светског рата. Унутрашњим прописима одређује статут мањина (нпр. аустријске у Јужном Тиролу Уставним законом од 5. јануара 1972. који, међутим, Аустрија сматра за извршавање споразума Грубер—Де Гаспери), а Осимски уговор од 10. новембра 1975. (чл. 8) као да је потврђује и у односу на Југославију(21).

Међутим, досадање познавање историје заштите људских права показује да та заштита није проистицала из обичајног права већ је предвиђана изричитим правилима, извојеваним после великих борби, без обзира да ли је реч о унутрашњем или међународном праву. Стога у овој области уговори нису имали значај кодификације већ постепеног развоја међународног права. То су показала искуства пре и за време другог светског рата, што ни у колико не мора да утиче на будући развој. Што се више удаљујемо од тога времена све више можемо с правом да говоримо о неком минималном стандарду људских права и слобода као општечовечанским вредностима заснованим како на међународним, тако

(18) Нпр. A. N. Mandelstam, *La protection internationale des droits de l'homme*, „Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye", 1931, t. 38, pp. 129—130; — Ch. Rousseau, *Protection des minorités et reconnaissance internationale des droits de l'homme*, „Revue du droit public", 1930, No 3, pp. 405—425; — *Droits de l'homme et droit des gens*, „René Cassin amicorum discipulorumque liber IV, Méthodologie des droits de l'homme", Paris 1972, p. 318; — *Droit international public*, p. 759; — J. L. Kunz, *op. cit.*, pp. 282 ss. Код нас М. Новаковић, *Основи међународнога јавнога права*, књ. I, Београд 1936, стр. 74.

(19) С. Бирковић, *Положај човека у међународном праву*, „Архив за *правне и друштвене науке*, бр. 6/1928, стр. 473—474. На Конференцији мира у Букурешту (1913) Црна Гора, Србија и Румунија нису преузеле уговорне обавезе у погледу заштите мањина на припојеним подручјима, како су тражиле САД, већ су само изразиле спремност да становници припојених области уживају грађанске и верске слободе као сви становници. Том приликом су делегати Грчке и Румуније истицали да је излишно уношење заштите мањина у уговор јер је то начело већ „опште признато". Конференција се задовољила тиме да се америчка нота и изражена гледишта унесу у записник. И. Пржић, *op. cit. str.* 75—76; — М. Радојковић, *Заштита мањина у међународном праву*, „Међународна политика", бр. 453/1969, стр. 26.

(20) Ц. Хоптнер, *Југославија у кризи 1934—1941*, Ријека 1972, стр. 108—109.

(21) Опширније Б. Вукас, *Solution définitive de la „Question de Trieste" par la conclusion des accords entre l'Italie et la Yougoslavie à Osimo (Ancona), le 10 novembre 1975*, „Annuaire français du droit international", 1976, пп. 81—85.

и на националним правним актима, пре свега уставима(22). Тако долазимо до новог формалног извора права у овој области — општих правних начела која признају просвећени народи.

Ово добија посебан значај ако се постави питање важности међународних обавеза о заштити мањина после нестанка Друштва народа. Као што је познато Уједињене нације се појављују само као делимични сукцесор Друштва народа, а у студији о овом проблему, израђеној на захтев Економског и социјалног савета, Генерални секретар УН је стао на становиште да оне више не важе у новим околностима у којима је нестао систем Друштва народа у целини(23). Очигледно је да се судбина обавеза посматра у светлости постојања механизма контроле над њиховим спровођењем у живот. Слично поступају и неки писци, без обзира на то да ли прихватају овај став или не. Иако се тврди да је правна снага уговора о заштити мањина „данас у најмању руку веома сумњива, ако не и непостојећа", додаје се да је Свеопшта декларација о људским правима (1948) по својој природи „далеко универзалнија насупрот ограниченом регионалном својству поменутих уговора"(24). То схватање не прихватају други писци(25). Заједничко им је да одвајају суштину уговорних обавеза од механизма контроле. Ако је укинут механизам који је гарантовао примену, сами уговори нису формално укинути па и даље делимично правно обвезују државе уговорнице(26). Ово одвајање је могуће зато што су уговори о заштити мањина садржали само начелну одредбу о надзору Друштва народа над њиховим испуњавањем(27) а Друштво је такву обавезу касније прихватало у сваком поједином случају посебним резолуцијама Савета. Отуда се може закључивати да су нестанком Друштва народа престале да важе одлуке његових органа као и уговорне одредбе које су се тицале надзора Друштва народа над њиховим поштовањем, али не и све остале одредбе о правима мањина. Оне су остале и даље у важности иако у нешто слабијем облику, као на пример, општа начела настала како из уговорног и обичајног међународног права тако и из унутрашњих правила држава. Тешко би се могло прихватити да су сва та правила прешла у обичајно право(28). Као таква ова правила превазилазе круг уговорница и обавезују све чланове међународне заједнице. На тај начин се стварају и нови међународни обичаји и општа правна начела која признају просвећени народи. Има мишљења да ова правила већ представљају *jus cogens* и делују према свима а не само према онима који прихвате поједине уговоре(29), али је сигурно да ће признавање нових права и слобода бити и даље путем уговора.

(22) Неке од њих наводи F. Capotorti, *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques* (E/CN. 4/Sub. 2/384/Rev. 1), Nations Unies, New York 1979, p. 58.

(23) *Etude sur la validité juridiques des engagements relatifs aux minorités* (E/CN.4/367 et Add. 1), shap. XIV.

(24) М. Марковић, *Уједињене нације и проблем заштите мањина у оквиру људских права*, „Razprave in gradivo", шт. 1/1960, стр. 96.

(25) За нека гледишта вид. П. Манговски, *Обим права и садржај заштите мањина у систему Уједињених нација*, „Razprave in gradivo", 13—14/1981, стр. 108—109.

(26) М. Бартош, *Међународно јавно право*, књ. I, Београд 1954, стр. 334, 434.

(27) Вид. бел. 10.

(28) Д. Вукас, *Етничке мањине и међународни односи*, стр. 79.

(29) Нпр. M. Marković, *Implementation of human rights and the domestic jurisdiction of States*, „Nobel Symposium 7, International Protection of Human Rights", Uppsala 1968, pp. 51—52; — *Problem of the Implementation of Human Rights*, „Jugoslovenska revija za međunarodno pravo", 1968, Nos 1—2, 91; — D. Türk, *Осврт на међународноправно регулисање заштите мањина у Уједињеним нацијама*, „Југословенска ревија за међународно право", бр. 1—2/1976, стр. 69—70; — П. Манговски, *op. cit.* стр. 109—110. Вид. у бел. 14.

III ЗАШТИТА СВИХ ЉУДСКИХ БИЋА БЕЗ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Садашњи општи систем међународне заштите основних људских права и слобода стваран после другог светског рата има такође уговорну основу(30). Нечувени злочини, како над сопственим тако и над другим народима, несумњиво су одлучујуће утицали на промену у приступу проблему у целини. Док је раније нагласак био на заштити појединих права (а после првог светског рата на заштити мањина, уз давање извесних права свим грађанима, али без правне заштите која је била предвиђена за мањине) дотле је после другог светског рата нагласак на општој заштити људских права у чијем склопу треба да добије своје место заштита појединих права као и заштита мањина(31). Преовладало је схватање да је систем људских права и слобода гарантија права и слобода свих, па и мањина. Зато се у теорији тврди да Уједињене нације нису изричито укинуле ранији систем заштите мањина да оне не би биле лишене сваке међународне заштите(32), већ да је он укључен у много шири општи систем заштите људских права То се види из многобројних докумената који се у потпуности или делимично односе на људска права. У најважнијем од њих, Повељи Уједињених нација, која се с правом сматра уставом савремене међународне заједнице, на више места (на пр. у члановима 1, 13, 55, 56, 62, 76) се говори о свеопштем поштовању људских права без дискриминације због расе, пола, језика или вере, преузимајући, дакле, нека најосновнија обележја мањина, али их примењујући на све и не захтевајући постојање таквих група као услов за примену. То се исто понавља у низу докумената из области људских права у којима забрана дискриминације заузима видно место(33). Неки писци сматрају да је овакво решење изазвало кризу. Дошло је до мешања једног система релативно чврстих правила и једног знатно ширег али и лабавијег система. То је корак напред у заштити људских права али корак назад у заштити мањина. Рикардо Монако *(Riccardo Monaco)* сматра да није реч о истовременом прихватању оба система већ о прелазу с једног система на други. Природно је да је новији систем технички простији јер се налази на почетку свог развоја па се не може одмах судити да ли ће успешно заменити претходни систем, тј. заштиту мањина(34).

До истог се закључка може доћи прегледом уговора о миру закључених после другог светског рата. Док се после првог светског рата говорило о заштити мањина сада се, у складу с поменутим новим приступом, у уговорима о миру говори о заштити људских права(35). Њима

(30) О недостацима тог метода регулисања опширније М. Милојевић, *Нова етапа међународне заштите људских права*, „Зборник Правног факутета у Загребу", бр. 1/1977, стр. 9—10, 12—13.

(31) М. Марковић, *Заштита мањина у склопу међународне заштите људских права*, стр. 26.

(32) Чудно је да овај став заступа R. Monaco, *op. cit., p. 176*, који иначе тврди да је престанком уговора нестала међународна заштита мањина. Вид. бел. 16.

(33) Опширније М. Милојевић, *Људска права и расна дискриминација*, „Анали Правног факултета у Београду", бр. 1—2/1971, стр. 95—96.

(34) R. Monaco, *op. cit., pp.* 176—177.

(35) R. Monaco, *op. cit., pp.* 177—178; — Ch. Rousseau, *Droit international public, pp.* 758—759.

се побеђене земље обавезују да обезбеде уживање људских права и основних слобода без дискриминације, подразумевајући слободу изражавања мишљења, слободу штампе и публикација, слободу вере, слободу мишљења и окупљања(36). Унеколико се издвајају Уговор о миру с Италијом и Државни уговор о васпостављању независне и демократске Аустрије. У првом се предвиђа да и државе које су добиле део територије(37) обезбеде на њима уживање истих права за сва лица која се на њима налазе, што подсећа на решење усвојено после првог светског рата али примењено овога пута и на победничке државе(38). Други садржи посебне одредбе о заштити југословенских мањина (чл. 7)(39).

Околност да најважнији међународни документи не говоре више о мањинама подстакла је велику распру приликом израде Свеопште декларације и међународних пактова о људским правима.

Полазећи од општег политичког приступа проблему људских права и слобода, и руковођени жељом да поставе основе општем систему њихове међународне заштите, творци Свеопште декларације о људским правима нису прихватили да у њу буде укључена одредба о мањинама иако је било таквих предлога (на пр. Југославије, Данске и СССР). По некима разлог за неуношење одредбе о заштити мањина у Декларацију није само у томе већ и у страху да заштита мањина, заснована на самоопредељењу, не подстакне екстремистичке и сепаратистичке покрете(40). У време када се тежило стабилизовању стања створеног после рата још су била жива сећања на судетску кризу. Зато се сматрало да ће припадници мањина бити најбоље заштићени начелом недискриминације (чл. 2. Свеопште декларације). Овакав приступ утицао је и на редакторе Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (1950), у чијем се члану 14. говори о недискриминацији, али се ипак помињу и националне мањине. Међутим, има гледишта да су права мањина укључена не само у члан 2. већ и у чланове 3, 7, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 26. и 27. Декларације који искључују дискриминацију. Једино су остала необухваћена посебна права мањина као што су право на оснивање културних, васпитних и друштвених установа (али не потпуно), затим право на употребу матерњег језика и јавних фондова и буџетских средстава за просветне и друге установе мањина(41). Треба истаћи да том приликом ово питање ипак није мимоиђено.

Истовремено са Свеопштом декларацијом о људским правима Генерална скупштина УН је усвојила резолуцију под насловом: *Судбина мањина*(42). У њој се истиче да Уједињене нације нису могле остати равнодушне према судбини мањина, али да је било немогуће усвојити једнообразна решења за ово сложено и осетљиво питање које има своје особености у свакој појединој држави(43). То становиште је потврђено

(36) Члан 15. Уговора с Италијом, члан 2. уговора с Бугарском и Мађарском, члан 3. Уговора с Румунијом, члан 6. Уговора с Финском, члан 6. Државног уговора с Аустријом.
(37) То су Француска (чл. 2, 6), Југосавија (чл. 3, 11) и Грчка (чл. 14).
(38) Вид. бел. 5.
(39) E. Schwelb, *The Austrian State Treaty and human rights*, „International and Comparative Law Quarterly", 1956; — М. Митић, *Обавезе Републике Аустрије из члана 7. Државног уговора*, „Међународни проблеми", бр. 3—4/1976, стр. 85—110.
(40) R. Monaco, *op. cit., p.* 178.
(41) М. Марковић, *Људска права и заштита мањина*, стр. 447.
(42) Резолуција бр. 217 С (III), од 10. децембра 1948.
(43) Ово објашњење прихвата и F. Capotorti, *op. cit.*, p. 28.

каснијим резолуцијама у којима је Генерална скупштина изјављивала да борба против дискриминације и заштита мањина представљају најзначајније видове делатности Уједињених нација(44), а Економски и социјални савет је чак препоручио да се у све уговоре, одлуке међународних организација и друге акте о стварању нових држава и о повлачењу граница између држава обрати посебна пажња проблему нових мањина које би се стварале на тај начин(45). Ово је мало зачуђујуће јер подсећа на приступ после првог светског рата, утолико пре што је питање у свом општем виду остало на дневном реду Уједињених нација, посебно Комисије за људска права и Поткомисије за спречавање дискриминације и заштиту мањина. С друге стране, државе данас нису спремне да прихвате став о стварању нових мањина.

То потврђују расправе приликом израде уговора из области људских права, посебно пактова о људским правима. Југославија, Данска и СССР су обновили своје предлоге да се предвиде посебне одредбе о мањинама. Мишљења су била подељена. Док су се једни залагали да се у оквиру људских права обезбеди посебна заштита мањина дотле су други били против. Међу њима су нарочито гласни били представници имиграционих држава. Они су истицали да код њих не постоји проблем мањина па би уношење посебне одредбе о томе значило дискриминацију међу грађанима. То би исто тако подстицало стварање затворених група, што би шкодило јединству држава. Очигледан је био страх од стварања нових мањина, чему се одлучно противе имиграционе државе.

Ову расправу је нарочито подстакао неспретан совјетски предлог у Комисији за људска права да се, у оквиру права на самоопредељење, предвиди посебан члан којим би се мањинама гарантовала употреба језика, поседовање школа, библиотека, музеја и сличних установа(46). Зато је било умесно реаговање југословенског представника који је указао на разлику између самоопредељења и културних права(47), на шта се често своде права мањина. У ствари најисправнији је био став британског делегата који је сматрао да заштити мањина треба да буде посвећен посебан члан(48), јер самоопредељење припада свима а не само мањинама, мада је у конкретном случају могао бити посреди други разлог.

Као што обично бива, решење је нађено у компромису. Предвиђена је недискриминација као опште начело у поштовању и уживању права и слобода признатих на основу пактова(49). Поред тога у Међународни пакт о грађанским и политичким правима унет је посебан члан 27. који гласи:

> „У државама где постоје етничке, верске или језичке мањине, лица која припадају тим мањинама не могу бити лишена права да имају, у заједници с другим члановима своје групе, свој сопствени културни живот, да исповедају своју сопствену веру и обављају верске дужности, или да употребљавају свој сопствени језик"(50).

(44) Резолуција Генералне скупштине бр. 532 B (VI), од 4. фебруара 1952.
(45) Резолуција 502 F (XVI), од 3. августа 1953.
(46) E/CN. 4/350.
(47) E/CN.4/SR.256. То не значи порицање да се заштита мањина правно и историјски појавила као вид права на самоопредељење, о чему ће бити речи касније.
(48) E/CN.4/SR.256, p. 13.
(49) Члан 2, ст. 1. Пакта о грађанским и политичким правима, члан 2, ст. 2. Пакта о економским, социјалним и културним правима.
(50) Нав. према преводу објављеном у „Југословенској ревији за међународно право", бр. 1—3/1967, стр. 244. За настанак и оцену вид. D. Türk, *op. cit.*, стр. 68—69, 73; — Б. Вукас, *Етничке мањине и међународни односи*, стр. 87—91.

Те идеје налазимо и у Завршном акту Конференције о безбедности и сарадњи у Европи (1975) у коме се мањине помињу три пута: у Декларацији начела којима државе треба да се руководе у међусобним односима и у одељцима о сарадњи у областима културе и образовања.

Несумњиво је најважније што се права мањина помињу у Декларацији начела, у склопу начела поштовања људских права и основних слобода где спадају по својој природи. Један став тог начела гласи:

„Државе учеснице на чијој територији постоје националне мањине поштоваће право лица која припадају овим мањинама на једнакост пред законом, пружиће им пуну могућност за стварно уживање људских права и основних слобода и штитиће, на тај начин, њихове законите интересе у тој области"(51).

У одељку о сарадњи и размени у области културе додат је став под насловом: *Националне мањине или регионалне културе* у којем се каже:

„Државе учеснице, признајући допринос који националне мањине или регионалне културе могу дати њиховој међусобној сарадњи у разним областима културе, намеравају да, када такве мањине или културе постоје на њиховој територији, олакшавају давање овог доприноса, узимајући у обзир законите интересе њихових припадника"(52).

Истоветан текст је унет на крају одељка о сарадњи и размени у области образовања(53).

Без улажења у појединости може се запазити велика сличност с Пактом о грађанским и политичким правима. С једне стране се преплићу елементи недискриминације и заштите мањина, а с друге се та заштита ограничава на државе у којима постоје мањине(54). Међутим, не сме се потцењивати чињеница да се и у овако скученим одредбама говори о доприносу мањина међународној сарадњи у областима културе и образовања. То још више важи за укључење права мањина у начела којих се државе морају придржавати, при чему она постају саставни део не само људских права него и елемент безбедности и сарадње у Европи(55). То је логично јер је већ Повеља УН признала људска права као елемент мира и безбедности, па то важи и за права мањина као њихов саставни део.

То је потврдила и Конференција европских комунистичких и радничких партија, одржана у Берлину 29. и 30. јуна 1976. Завршни документ Конференције захтева, поред осталог, спровођење у живот „од стране свих држава ставова Завршног акта Конференције у Хелсинкију који се односе на националне мањине"(56). Навели смо овај став јер су га прихватиле партије које су врло утицајне или су чак на власти у појединим државама које иначе неједнако признају права мањина.

---

(51) *Конференција о безбедности и сарадњи, Завршни документ*, Хелсинки 1975, стр. 20.
(52) *Ibid*, стр. 62.
(53) *Ibid*, стр. 67.
(54) За критику вид. M. Vilfan, *Co-operation in the Field of Culture and Education*, „Jugoslovenska revija za međunarodno pravo", Nos 1—2/1977, p. 139; — E. Petrič, *The Helsinki Conference and the National Minorities*, „Jugoslovenska revija za međunarodno pravo", Nos 1—2/1977, pp. 146—159.
(55) Đ. Ninčić, *Les implications générales juridiques et historiques de la Déclaration d'Helsinki*, „Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye", 1977, t. 154, pp. 86—87.
(56) „Политика", од 3. јула 1976, стр. 5. О обавезности овог документа опширније М Милојевић, *Нова етапа међународне заштите људских права*, стр. 16.

О мањинама се нешто више говори у Конвенцији о борби против дискриминације у просвети, усвојеној у оквиру Унеска (1960). У члану 2, т. б) се каже да се не сматра дискриминацијом

„стварање или задржавање, због вере или језика, одвојених система или установа за образовање по избору родитеља или законских старалаца ученика, ако је укључење у те системе или похађање тих установа добровољно и ако је образовање у складу с нормама које могу да буду прописане или одобрене од надлежних власти, посебно за образовање истог степена"(57).

На мањине се изричито односи члан 5, ст. 1, т. ц) по којем су државе сагласне

„да треба признати припадницима националних мањина право да обављају сопствене просветне делатности, подразумевајући управљање школама и, према просветној политици сваке државе, да употребљавају или изучавају свој језик, али под условом: (и) да ово право не буде коришћено на начин који спречава мањине да разумеју културу и језик целе заједнице и да учествују у њеним делатностима, и да не доводи у питање национални суверенитет; (ии) да ниво наставе у тим школама не буде нижи од општег нивоа прописаног или одобреног од надлежних власти; и (ииии) да похађање тих школа буде добровољно"(58).

Овим актима треба додати Декларацију о расама и расним предрасудама коју је усвојила Општа конференција Унеска на свом XX заседању (1978) чији члан 9. говори о „друштвено и економски запостављеним групама". Заслугом Југославије у два посебна става су издвојени мањине и радници мигранти као различите људске групе којима је потребна различита заштита.

У регионалним оквирима Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода (1950) предвиђа у члану 14:

„Уживање права и слобода признатих овом конвенцијом треба да буде осигурано без икакве разлике засноване нарочито на полу, раси, боји, језику, вери, политичком или сваком другом мишљењу, националном или друштвеном пореклу, припадности националној мањини, имовном стању, рођењу или сваком другом положају"(59).

Одмах се запажа да се ова одредба знатно разликује од одредбе члана 27. Пакта о грађанским и политичким правима. Док се у Пакту припадницима мањина гарантују нека за њих најзначајнија права која се тичу културног живота, језика и вере, дотле се Европском конвенцијом гарантује већи број права и слобода. Томе треба додати разлике у погледу механизма надзора над њиховим спровођењем.

Одредбама свих до сада наведених докумената могу се ставити многе замерке. Пре свега њихова недореченост омогућава државама да избегавају стриктно извршавање обавеза. Но то је компромис који је неопходан све док се уговорним путем регулишу права човека. Приликом њиховог усвајања је преовладало схватање да проблем мањина није општи, чак ни европски, али се допушта заштита мањина где је то потребно. Зато је са захтевом о заштити мањина на Конференцији о безбедности и сарадњи у Европи Југославија била прилично усамљена.

(57) Нав. према преводу објављеном у „Југословенској ревији за међународно право", бр. 3/1971, стр. 466.
(58) *Ibid*, стр. 467.
(59) Нав. према преводу објављеном у „Југословенској ревији за међународно право", бр. 2—3/1972, стр. 415.

Само захваљујући великој упорности и начину доношења одлука успело се да националне мањине добију место у Завршном акту Конференције мада разлози против уношења овакве одредбе нису убедљиви. Постојање норми о извесним односима не значи да оне треба да се примењују када и где није потребно, али непостојање такве потребе у једној средини не може да буде разлог против постојања норми које би се примењивале где је то потребно(60). Зато и члан 27. Пакта о грађанским и политичким правима и сличне одредбе треба тумачити у том смислу, а не као право државе да одређује да ли постоје мањине па је наглашавање „у земљама где постоје" сувишно јер се подразумева.

И саме Уједињене нације су свесне ових недостатака. Зато је одмах по усвајању пактова Поткомисија за спречавање дискриминације и заштиту мањина одлучила да приступи изради студије о примени начела из члана 27. Пакта о грађанским и политичким правима, с посебним освртом на положај мањина у вишенационалним заједницама(61). Иницијатива Поткомитета је прихваћена, а за израду студије је задужен члан Поткомитета, професор Франческо Капоторти *(Francesco Capotorti)*. На основу више извештаја и примедаба држава израдио је студију(62) у којој је, између осталог, предложио да се изради једна декларација која би садржала начела и средства за испуњавање обавеза држава из члана 27. Пакта о грађанским и политичким правима(63). Поткомисија је прихватила тај предлог и препоручила(64) Комисији за људска права да размотри ово питање а ова је, фебруара 1978, у том циљу образовала радну групу. Радна група је прихватила идеју о изради декларације а југословенска делегација је поднела нацрт(65) који је касније ревидиран(66) после примедаба држава(67).

У вези с тим треба напоменути да акција Југославије није случајна. Њени делегати су у више махова предлагали да се усвоје прецизнија правила о заштити мањина, имајући посебно у виду положај наших мањина у неким суседним земљама(68). По себи се разуме да је њихов посао олакшан пошто су надлежни органи Уједињених нација прихватили предлог да се приступи изради декларације о правима мањина(69).

IV НЕДИСКРИМИНАЦИЈА И ЗАШТИТА МАЊИНА

У току расправа око уношења посебних одредаба о заштити мањина у документе који се односе на сва људска бића без икаквог разликовања, поставило се питање односа недискриминације и заштите мањина. Противници заштите мањина тврде да заштита свих људи без дискриминације обухвата и заштиту мањина, док поборници заштите ма-

(60) М. Марковић, *Људска права и заштита мањина*, стр. 447.
(61) E/CN.4/Sub.2/L.564, *p.* 3, par. 2.
(62) Вид. бел. 22.
(63) E/CN.4/Sub.2/384/Rev. 1, *p.* 102, par. 617.
(64) Резолуцијом 5(XXX), од 31. августа 1977.
(65) E/CN.4/L.1637/Rev. 1.
(66) E/CN.4/Sub.2/L.734, од 2. јула 1980.
(67) На позиве генералног секретара УН (1978—1979) одговорило је 25 држава.
(68) Вид. нпр. говоре Милоша Минића на XXXI и XXXII заседању Генералне скупштине. *General Assembly, Official Records, Thirty-first Session, Plenary Meetings,* 7th Meeting, par. 302; — *Thirty-second Session,* 14th Meeting, par. 121—122.
(69) Опширније Б. Вукас, *Однос члана 27. Међународног нацрта о грађанским и политичким правима и Декларације о правима мањина*, „Razprave in gradivo", št. 13—14/1981. стр. 45—51.

њина тврде да је недискриминација недовољна да заштити права која припадају мањинама. Први истичу да недискриминација обезбеђује једнакост а да заштита мањина води неједнакости. Други тврде обрнуто. На ово питање се може одговорити само анализом ових установа а никако њиховим упрошћеним поистовећивањем с једнакошћу или неједнакошћу.

Одредбе о заштити свих људских бића без дискриминације су несумњиво плод демократског развоја друштва и имају за циљ да обезбеде уживање одређених основних људских права и слобода једнако за све, без обзира на припадност било којој посебно наведеној групи. Према Меморандуму Генералног секретара УН о главним облицима и узроцима дискриминације, циљ борбе против дискриминације је да се спречи сваки акт који би имао за последицу неједнакост(70). Очигледно је да се ради о изједначавању свих у уживању неких основних права и слобода који припадају свима, без обзира да ли припадају већинским или мањинским групама или се пак разликују од њих. У овом случају се штите сви појединци, без обзира на обележја и припадност било каквим групама, па и мањинама(71). Притом се свима гарантују иста права без икакве спецификације (као што би, нпр., било право на сопствене школе и културне установе). Из тога се закључује да је на плану опште кодификације одбачена идеја о међународној заштити мањина. Током читавог рада на нацрту Пакта о грађанским и политичким правима провејавала је тежња да се не понови „доста несрећно искуство са заштитом мањина"(72).

Само правило о недискриминацији може различито да се тумачи — уже и шире. У ужем смислу односи се на права и слободе садржане у једном акту и служи за њихово тумачење и примену. У ширем смислу то је самостално правило. У том случају свака дискриминација представља повреду акта у којем је предвиђена недискриминација. Члин 14. Европске конвенције о правима човека је формулисао недискриминацију у ужем значењу али питање није коначно решено ни у пракси Европске комисије за људска права која није имала доследан став(73). Међутим, и ако се прихвати уже тумачење појма „недискриминација" може се закључити да је заштита припадника мањина тесно везана за заштиту која им припада као људским бићима(74). То потврђује и члан 27. Пакта о грађанским и политичким правима који припадницима мањина признаје нека права која су призната и већини становника: право исповедања вере, право на изражавање, на сопствени културни живот и образовање(75). Треба приметити да примена члана 27. Пакта није условљена применом било ког другог члана који се односи на људска права и слободе(76). Стога се може рећи да припадници мањина налазе непосредну

(70) *Formes et causes principales de la discrimination. Mémorandum préparé par le Secrétaire général* (E/CN.4/Sub.2/40/Rev. 1), 22 août 1949, p. 3.

(71) У том смислу и M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles 1976, p. 3; — F. Capotorti, *op. cit.*, p. 58.

(72) R. Monaco, *op. cit., p.* 181.

(73) За праксу вид. M. — A. Eissen, *L',,autonomie" de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commision*, „Mélanges offerts à Polys Modinos", Paris 1968, *pp.* 122—145.

(74) R. Monaco, *op. cit., pp.* 179—180.

(75) *Ibid.* стр. 181—182.

(76) *Ibid.* стр. 182.

или посредну заштиту у правилу о недискриминацији садржаном у многим конвенцијама, поготово ако су предвиђени системи надзора који треба да обезбеде њихово поштовање(77).

Ово се практично постиже доношењем две врсте прописа. С једне стране реч је о прописима који садрже опште начело недискриминације у примењивању усвојених одредаба. Другу врсту чине прописи који треба да обезбеде недискриминацију. Како се недискриминаторско понашање прописује као правило, ови посебни прописи се доносе да би се спречило супротно понашање, предвиђајући чак и санкције за случај да се крше прописи о недискриминацији, односно практикује дискриминација. Овакве забрањујуће или репресивне норме прате оне норме којима се у општем интересу прописује недискриминација у уживању веома значајних права и слобода(78). Веома често су обе врсте норми садржане у истом акту.

Сасвим је други случај са заштитом мањина којима се, поред наведених, признају још нека права која су само њима потребна уколико желе да опстану или да би се постигла једнакост. У томе многи виде посебност јер се појединим групама и њиховим припадницима признају права која се не признају другима. Међутим, неједнакост је само привидна јер се у овом случају ради о правима која други (тј. припадници већине) већ уживају, нпр. о праву на употребу језика, на неговање сопствене културе и обичаја, исповедање вере и сл. Зато у овом случају имамо посебну врсту правних норми. Они се, с једне стране, односе на посебне случајеве, а с друге стране су овлашћујуће. Њима се признају извесна права која, за разлику од претходног случаја (недискриминације), имају свој смисао у вршењу. Реч је о нормама које овлашћују на вршење неког права и које захтевају, како се каже у поменутом Меморандуму Генералног секретара УН, позитивне радње. По себи се разуме да реч „захтевају" значи да од самих заинтересованих зависи да ли ће их користити(79), што мора да подразумева како право на неприпадање или неизјашњавање, тако и право на невршење.

Тако долазимо до познатог тврђења да се мањинама признају посебна или допунска права, што поричу они који се залажу за заштиту мањина. Ови други истичу да се тек заштитом мањина постиже равноправност или једнакост између већине и мањине. Очигледно је зазирање од наведених израза који могу да доведу до закључка да мањине имају више права него већина становника, што свакако није популарно(80). Међутим, није ствар у изразима и њих се не треба бојати ако се тачно утврди смисао и домашај заштите мањина.

Ако је једнакост идеал којем се тежи, није тешко закључити да проглашавање недискриминације много значи у том правцу, али оно само није довољно. Потребно је створити услове за постизање једнакости, а они не постоје ако се исте могућности дају стварно неједнакима. Добро је познато да се и поред проглашавања равноправности грађана даје посебна заштита извесним категоријама(81) да би им се омогућило

(77) *Ibid.*
(78) Опширније M. Bossuyt, *op. cit.*
(79) *Formes et causes principales de la discrimination*, p. 3. Зато се у наведеним документима наглашава добровољност.
(80) Тако се закључивало између два светска рата. Вид. бел. 18.
(81) Нпр. деци, женама, старим и немоћним лицима, инвалидима, сиромашнима итд

да користе права која се признају свима без разлике. С мањинама је нешто слично, што показује неколико примера. Проглашавање равноправности и недискриминације је чист формализам ако, нпр., право употребе језика значи употребу службеног а не језика којим говоре групе или појединци, или ако би се употреба тог језика дозволила у приватном општењу (што се не може забранити). Исто тако право на образовање ће бити заиста једнако само ако се омогући свима да га стичу на свом језику. То исто значи и за развијање културе (своје а не културе неког другог народа или неке друге групе), што имају у виду међународни акти које смо навели. Тако посматрано допунска заштита није супротна једнакости већ је, напротив, неопходна да би се мањине изједначиле с већином, како је то констатовао и Стални суд међународне правде(82). Стога не треба избегавати изразе као допунска или посебна заштита ако се не нађу бољи. Суштина је у тиме да и заштита мањина полази од исте идеје једнакости и њој тежи као и недискриминација. С друге стране припадници мањина могу стварно да користе права која им се признају само у срединама у којима се признају људска права свима без дискриминације(83). Отуда се и права припадника мањина из члана 27. Пакта о грађанским и политичким правима могу остваривати само у мери у којој се остварују сва права која Пакт садржи(84). Пракса је показала да у недемократским државама ни права мањина нису била поштована и поред међународних обавеза. То, с друге стране, значи да заштита мањина постаје део општег међународног права које важи за све чланове међународне заједнице, за разлику од заштите мањина после првог светског рата која никада није прелазила оквире партикуларног међународног права. Стога је веома значајно што се она појављује као део система који стварају Уједињене нације(85).

Из реченога би се могло закључити да су недискриминација и заштита мањина суштински различите, или да је разлика само у методима правног регулисања. Били бисмо више склони овом другом гледишту. Но, без обзира које прихватили јасно је да се оне међусобно не искључују. Напротив, оне су нужно допуњују јер је свака од њих узета понаособ недовољна да обезбеди стварно уживање права и слобода у вишенационалним заједницама, а таквих је све више у данашњем свету. Сматра се да никаква међународноправна заштита човека не би могла у целини да замени заштиту мањина као посебних група(86), али би свакако поштовање посебних интереса појединаца, у оквиру свеопште заштите људских права, могло донекле да умањи значај заштите мањина, али не би могло у целости да је замени(87), посебно ако је припадницима једне мањине стало да је очувају као такву. Уосталом, историјски развој заштите мањина показује, нарочито после првог светског рата, да је и она била делимично заснована на начелу недискриминације, па

(82) *Ecoles minoritaires en Albanie, avis consultatif*, 1935, C.P.J.I., *Série A/B, No 64*, p. 19.
(83) У том смислу и F. Capotorti, *op. cit., p.* 57.
(84) R. Monaco, *op. cit., p.* 182.
(85) *Ibid.* стр. 183.
(86) *Enciklopedija Leksikografskog zavoda*, sv. 5, Zagreb 1961, str. 45. То би се могло закључити и из Капотортијеве студије. Он наводи уставе неких земаља који предвиђају недискриминацију у уживању људских права, не улазећи у то да ли пружају или не заштиту мањинама. *F. Capotorti, op. cit., p.* 58.
(87) В. Иблер, *Рјечник међународног јавног права*, Загреб 1972, стр. 336.

се и уговори о заштити мањина, у којима се први пут помиње реч „дискриминација", наводе као пример делимичне забране дискриминације имајући у виду посебан положај мањине у одређеној земљи(88). На основу тога се закључује да је начело недискриминације „једно од основних начела заштите мањина које је развило међународно право већ пре оснивања Уједињених нација"(89).

Проблем је очигледно политички, а не правни. Главни разлог противника заштите мањина је страх од злоупотреба које могу да доведу до дезинтеграције једног друштва, па чак и да угрозе његов опстанак. Тај је страх постојао од почетка стварања система Друштва народа, поготово што се заштита мањина изводила из права на самоопредељење(90) чија крајња последица може да буде отцепљење. Циљ заштите мањина (очување мањине) показује да она заиста произлази из начела самоопредељења(91), односно његовог посебног вида који долази до изражаја када из разних разлога то начело не може да буде у потпуности примењено приликом разграничења држава. Отуда није изненађујуће што се проблем заштите мањина историјски појављивао управо приликом израде нових граница, најчешће после ратова. Зато и после другог светског рата Економски и социјални савет УН скреће пажњу на ово питање(92) имајући у виду процес деколонизације. Уместо права на отцепљење, које би довело у питање границе, мањинама је признавано право да, како каже један писац, „негују своју цивилизацију, вршећи све грађанске дужности према држави у којој живе"(93).

Уговори о заштити мањина после првог светског рата нису садржали обавезу лојалности мањина, иако би испуњавање свих грађанских дужности требало да се подразумева јер су дужности корелат права(94) за која се истиче да треба да буду једнака за све. Међутим, чињеница је да се припадници мањина налазе разапети између држава у којима живе и држава у којима живи већина њима сличних („матичне" државе), нарочито ако те државе следе различиту па међусобно и непријатељску политику. Отуда су мањине посматране с подозрењем, називане „људски динамит" и сл., што је отежавало положај не само мањини него и већини. На жалост, позната је улога неких мањина у комадању држава иако је Скупштина Друштва народа, на свом III заседању, у резолуцији од 21. септембра 1922, истакла дужност лојалности мањина према државама у којима живе. Ово утолико пре данас изгледа значајније, јер неслућени технички напредак намеће потребу веће него икад мобилизације читаве друштвене (државне) заједнице за одговор изазовима времена у којем живимо. Да би се томе одговорило, потребно је унутрашње друштвено-политичко јединство не само већинског становништва него и мањина. Зато уживање основних права мањина не сме да служи било каквом подвајању, а понајмање одвајању од државе у којој мањина живи.

(88) Нпр. M. Bossuyt, *op. cit.*, p. 3.
(89) D. Türk, *нав. дело*, стр. 64.
(90) J. L. Kunz, *op. cit.*, pp. 282 ss.
(91) Право на самоопредељење је само једно од људских права која тада нису била развијена.
(92) Вид. бел. 45.
(93) C. Bouglé, *Le principe des nationalités et les minorités nationales*, 1929, *p.* 87.
(94) Ch. Rousseau, *Droit international public*, *p.* 746; — Вид. такође Ch. De Visscher, *Unité d'Etat et revandications minoritaires*, „Revue de droit international et de législation comparé", No. 2/1930, *pp.* 326—360.

Напротив, идеја о стварној равноправности и недискриминацији има свој смисао само у заједничком живљењу, интеграцији у државној заједници(95). Постојање мањина не сме да буде елемент слабости већ снаге једног друштва. Стога положај мањина највише зависи од политичких прилика, а много мање од правних правила која могу да буду и немоћна. Али када се ово питање посматра с правног становишта мора се рећи да није без значаја садржина правних правила. Отуда се и однос недискриминације и заштите мањина може сагледати само испитивањем њихове садржине.

Имајући у виду оно што смо рекли о недискриминацији можемо да закључимо да то начело не вреди само по себи већ према томе на колико се права и слобода односи, без обзира да ли је реч о унутрашњем или међународном праву. Већ на први поглед је видљиво да она највише значи у документу који садржи највећи број права и слобода и најподробније их одређује, а најмање када упућује на примену правила државе чије становнике сматрамо обесправљеним. Од тога зависи у којој мери припадници мањина могу да се користе таквим изједначавањем с већином(96). Због тога се сматра да би требало забранити примену унутрашњег права када би она водила дискриминацији(97).

Из тих се разлога припадницима мањина и поборницима њихове заштите чини најсигурнији пут изричитог признавања одређених права без обзира на положај осталих, па и већине. На овом месту морамо да поновимо стару мисао, да је велика заблуда веровати у иоле повољан положај мањина у државама у којима ни већина нема нарочити стандард права, или у којима не постоје материјални услови за стварно коришћење признатих права, у првом реду економских а затим и социјалних и културних. Ове околности могу у извесној мери да онемогуће пуно остваривање признатих права, чак и када друштвено-политички систем пружа за то повољне услове. Тек укупност тих услова омогућава пуно остваривање свих права мањина. Политика и пракса Југославије су нам најближи пример за то.

Опште је познато да је југословенски политички и правни систем одувек истицао начело равноправности свих грађана, без обзира на националну припадност, расу, језик или вероисповест и настојао да се ово начело што доследније примењују у пракси. У вишенационалној заједници другачије није могуће. У заједници равноправних нација нема „националне" државе у класичном смислу која би штитила било коју нацију. Самоуправни систем има у виду раднике и самоуправљаче без обзира на националну припадност, стварајући могућности за њихово остваривање као целовитих људских личности. Наравно да то није сметња за неговање и развијање националних осећања и националне културе али

(95) Није нимало случајно што је у Европску конвенцију а касније и у Пакт о грађанским и политичким правима унет само један члан који помиње мањине. R. Monaco, *op. cit., p.* 181.

(96) То је типично дејство одредаба о изједначењу с домаћим („национални поступак").

(97) М. Јездић, *Начело забране дискримнације према раси и међународно приватно право*, „Југословенска ревија на међународно право", бр. 1—3/1966, стр. 59, 60, 62.

не као облика затварања у себе већ духовног богаћења(98). На остваривање ових начела у пракси пресудно може да утиче привредни чинилац. Неједнак степен развијености република, покрајина, региона или општина, осетно погађа све који у њима живе, али различит национални састав становништва доводи до објективно неједнаког положаја припадника појединих народа или народности. Стога у први план избија питање развоја. У вези с тим се појављује недоумица да ли свима пружати исте могућности, како би се могле тумачити међународне обавезе, или више помагати мање развијене, како налаже осећање правичности. Разумљиво је да се развијенији залажу за једнакост, а мање развијени траже извесне олакшице. То се огледа и у решавању питања која интересују сваког човека, као што су становање, запошљавање, образовање (нарочито због неједнаких могућности избора, уписа, стипендирања), здравствена заштита, задовољавање културних потреба. Проблем још више отежава начин финансирања одговарајућих делатности који доводи до територијалног затварања, чиме се онемогућава одржавање природних веза, укључујући кретање. Различити облици личног финансијског доприноса (школарина, партиципација у здравственој заштити) или привремене мере ограничавања путовања у иностранство (депозит) више погађају, с једне стране, оне који су заинтересовани, а с друге стране, оне сиромашније. Повећање социјалних разлика може да погорша односе између појединих народа у зависности од степена у коме се, објективно, могу наћи као повлашћени или погођени. Обрнуто, подизање општег стандарда за све ствара осећање веће сигурности и повољну политичку климу за заједничко деловање у општем интересу и подједнаку одговорност за друштвени развој.

V ЈУГОСЛОВЕНСКИ НАЦРТ ДЕКЛАРАЦИЈЕ О ПРАВИМА МАЊИНА

Отуда решење овог проблема зависи пре свега од решавања економских и социјалних проблема у свакој земљи. Међутим, не треба потценити ни политички чинилац. Несумњиво је значајно у којој се мери већина и мањина могу ослободити политичког притиска дуго таложеног међусобног неповерења. Томе свакако доприносе усвојени акти као и напори читаве међународне заједнице. Нема сумње да би у том погледу био значајан један општи документ о заштити мањина. Зато не сумњамо да ће као такав југословенски нацрт Декларације о правима националних, етничких, језичких и верских мањина(99) добити одговарајућу подршку. То не значи да ће он бити лако прихваћен и да неће претрпети измене(100). Смисао и суштина међународног договарања је у напору

(98) О томе опширније V. Givotitch, *Les minorités nationales en Yougoslavie*, „Annuaire de l'Association Yougoslave de Droit International", 1931, pp. 114—137; — J. Андрашић, *Школе народности у јудикатури уставних судова*, „Југословенска ревија за међународно право", бр. 1—3/1974, стр. 389—395; — Lj. Stojković — M. Martić, *National Minorities in Yugoslavia*, Beograd 1952; — J. Борђевић, *Положај и заштита мањина у уставном и политичком систему Југославије*, „Razprave in gradivo", št. 13—14/1981, стр. 163—169; — Ж. Сурчулија, *Друштвени положај народности у Југославији у светлу југословенског предлога Декларације о правима лица која припадају националним, етничким, верским и језичким мањинама*, „Razprave in gradivo", št. 13—14/1981, стр. 171—179.

(99) Впд. бел. 66.

(100) О раду на изради декларације опширније B. Vukas, *Projet de déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales, éthniques, religieuses et linguistiques*, „Annuaire français de droit international", 1979, pp. 281—294.

да се дође до најбољег решења. То значи да ће највеће изгледе за усвајање имати предлози који у највећој мери одражавају достигнућа и схватања савремене међународне заједнице у овој области.

Имајући то у виду изгледа да би једна декларација о заштити мањина морала да се односи на све мањине, укључујући расне, за шта су заинтересоване многе земље, нарочито из Азије и Африке. Ово под условом да се не постигне и изричито наведе сагласност да појам „етничких" мањина обухвата и расне и националне мањине. У недостатку општег појма једино преостаје да се помену све мањине(101).

По себи се разуме да се мањине морају посматрати и као саставни део становништва држава у којима живе и као њихов конститутивни елемент, чак и када државе то не признају. Захваљујући све већој покретљивости људи постојеће мањине се увећавају не само природним прираштајем већ и у мери у којој државе дају досељеницима своје држављанство а никако се не би смеле смањивати, до чега доводи политика денационализације. Досељавањем и стицањем држављанства државе пребивалишта могу да се стварају и нове мањине(102). Стога се заштита мањина мора посматрати као део општег система међународне заштите људских права и међународних односа уопште. Зато би уводни део декларације требало да истакне не само схватање да заштита и унапређивање права мањина и њихових припадника доприноси политичкој и друштвеној стабилности држава у којима они живе(103), већ и да културно стваралаштво мањине представља саставни део опште културе држава у којима мањине живе и обогаћивање културног фонда већинских народа(104). Политички и правни основ за то схватање налазимо како у Уставу Унеска тако и у одредбама Завршног акта Конференције о безбедности и сарадњи у Европи.

Према томе, декларација би требало да јасно изрази схватање о недискриминацији, односно о једнакости у уживању људских права и основних слобода без обзира на припадност већини или мањини. На тој недискриминаторској основи сви треба да имају нарочито право на образовање, запошљавање и учешће у политичком, привредном, друштвеном и културном животу. Све школе и јавне службе морају да буду доступне свима под једнаким условима.

Из слободе кретања и разних облика општења, признате овим грађанима, јасно произлази право припадника мањина на одржавање везе

---

(101) E. Petrič, *The Helsinki Conference and the National Minorities*, p. 155. Вид. такође I. Pržić, *La notion des minorités, contribution à l'étude juridique de la protection des minorités*, „Annuaire Yougoslave de Droit International", 1934, pp. 177—195; — J. W. Bruegel, *Some Observations on the Terminology Regarding National Minorities*, „Human Rights Journal", 1975, No 4, *pp.* 859—864; — F. Capotorti, *op. cit.*, pp. 5—16.

(102) Имиграционе земље се овоме противе, што се огледа и у њиховом ставу према појму мањине. Тако и Ц. Хамфри сматра да право на међународну заштиту имају само „историјске мањине" и да су Уједињене нације пропустиле да их заштите зато што не праве разлику између тих мањина и усељеника. J. Humphrey, *Светска револуција и људска права*, „Архив за правне и друштвене науке", бр. 4/1968, стр. 588. О томе није постигнута сагласност ни на семинару о заштити људских права и мањина у Охриду (1974). ST/TAO/HR/49, par. 29—36. Очигледно је мешање усељеника који су стекли држављанство нове државе и странаца који у њој привремено бораве. То је разликовање јасно у Делкларацији о расама и расним предрасудама (чл. 9), усвојеној у УНЕСКУ (1978).

(103) У том смислу и Меморандум Владе СФР Југославије у вези с Нацртом студије о мањинама специјалног известиоца Поткомисије за спречавање дискриминације и заштиту мањина (E/CN.4/Sub.2/L.595), стр. 12.

(104) *Ibid.* стр. 15.

са својим сународницима. То право треба посебно пажљиво регулисати у складу с опште прихваћеним начелима међународног права како би се и на овај начин допринело унапређивању свестране међународне сарадње и побољшању међународних односа уопште. Питање је врло сложено. С једне стране се мора водити рачуна о интересима безбедности држава, а с друге о привредним тешкоћама услед којих једне земље ограничавају излазак (да би се смањило изношење новца) а друге улазак странаца (да би се смањио притисак на запошљавање). Проблем је очигледно знатно шири, али има посебан утицај на права и слободе мањина, а за његово решавање потребни су повећани напори читаве међународне заједнице.

Државе појединачно могу да се потруде да максимално ублаже невоље које посебно погађају мањине. У том смислу би поједине мере ограничења требало да трају што краће. На чисто правном пољу мора се обезбедити једнако примењивање свих прописа како би друштвене обавезе сносили подјенако сви грађани. На тај начин се може бар умањити осећање посебне угрожености мањине. Стога би декларација требало да садржи и одредбу о забрани пропаганде или практиковања дискриминације и да и на тај начин допринесе заштити права мањина.

VI ЗАКЉУЧАК

Тиме ће садржина декларације одговарати савременим схватањима о положају мањина и позитивном међународном праву, што је иначе дошло до изражаја у уводном делу њеног нацрта. Не треба губити из вида да су заштита мањина и недискриминација настале у различитим друштвено-економским условима, али обе с истим циљем — постизањем равноправности. Заштита мањина је настала у доба стварања националних држава и зато је њен циљ очување извесних националних и других, за мањине значајних обележја. То је својеврсни вид отпора асимилацији. Недискриминација је резултат развоја привреде, међузависности и стварања светског тржишта на којем национална и друга припадност нема значаја. То тржиште не трпи националне и друге границе и зато се појављује као значајан чинилац интеграције друштва, чак у светским размерама. Разлика између заштите мањина и недискриминације је само у методима за постизање једнакости, при чему је сваки метод одговарао степену развоја друштва. Као такви играли су и данас играју важну улогу у животу друштва у мери у којој постоје услови који их одређују. Којим се путем креће друштво данас? То је несумњиво пут интеграције не само у привредном већ и у друштвеном погледу, што најбоље показује пример вишенационалних заједница насталих добровољним уједињавањем више народа. Питање је да ли су данас, у условима све веће покретљивости и мешања људи, уопште могуће „чисте" националне заједнице — државе.

Заштита мањина се данас налази између две опречне тежње: стварања националних држава и процеса интеграције. Као и увек тако и данас мањине следе општи ток кретања одређен законима друштвеног развитка. То је пут интеграције, али без асимилације. Како интеграција претпоставља плурализам језика и култура, може се рећи да она није могућа без недискриминације свих у сваком погледу па и у погледу припадања мањини. Тако долазимо до тога да нема истинске интегра-

ције без постојања и заштите мањина јер је могућа само слободна интеграција. Она је немогућа без слободних и равноправних мањина и њихових припадника. Отуда појмови овако схваћене интеграције и заштите мањина нису противречни(105), већ се дијалектички допуњују и условљавају. Зато је разумљиво што припадници мањина не желе да се затварају у гето у којем би били осуђени на нестанак и да се издвајају од већине. Они се не боре за *apartheid* већ зато да без дискриминације буду укључени у сва друштвена збивања, а не само за право да одлучују о питањима која их се непосредно тичу. То значи да као равноправни грађани имају иста права и дужности, обављају јавне делатности и имају исте одговорности, што је у складу са схватањем да без права мањина, тј. права на разликовање, нема демократије. То подразумева више ствари. Пре свега реч је о општем односу већине према мањини. Формалистичка „широкогрудност" већине према мањини може да буде не само лажна него чак и увредљиво омаловажавајућа, потцењивачка, и да код мањине изазове одговарајући отпор. А то је у очигледној супротности с начелом равноправности јер се мањини не признаје иста одговорност за опстанак и развој друштвене заједнице. У ужем значењу овај однос може да се огледа у начину доношења одлука. Ако је већинско одлучивање неопходно да би се обезбедила ефикасност и спречило ометање од стране мањине, што би значило њен вето, и одговара савременом схватању демократије, онда је исто тако у складу с демократијом да глас већине не сме да загуши глас мањине. Глас равноправних мора да има исте могућности да буде изражен и да допре до јавности. Не да би се стварала забуна већ да би свачији став био познат. У таквим условима положај мањине неће бити ни понижавајући, али ни аутоматски одлучујући. Једнака одговорност и једнако учешће у јавном животу подразумевају пуну доступност свих облика и степена образовања како то предвиђа Конвенција о борби против дискриминације у просвети и Завршни акт Конференције о безбедности и сарањи у Европи. Зато не треба да чуди ако припадници мањина похађају исте школе као припадници већине или уче њихове језике иако имају школске установе на свом језику. То је значајно не само због запошљавања већ уопште за живот у друштвеној средини у којој не желе да буду страно тело.

Ако је свет кренуо поменутим правцем не значи да национално питање, у чијем се склопу налази заштита мањина, постаје неважно. Оно само губи ранији значај ако интеграција доноси виши правни стандард за сва људска бића(106), како за поједине етничке, националне и друге групе тако и за саме појединце. У условима у којима ће слободно моћи да се испољавају обележја која припадници мањина желе да очувају, у условима пуне националне и личне слободе и једнакости, нестаће осећање потребе за посебним правним регулисањем положаја посебних група(107) а начело недискриминације добиће своју пуну примену. А то зависи од процеса демократизације друштва уопште. У таквим условима мањине неће бити предмет спорова између држава, већ мост који спаја народе и културе, извор духовног богаћења и најчвршћи основ пријатељства, мира, сарадње и безбедности у свету.

(105) У том смислу и F. Capotorti, *op. cit., p. 58.*
(106) М. Марковић, *Људска права и заштита мањина*, стр. 448—449.
(107) R. Monaco, *op. cit., p. 183.*

dr Momir Milojević,
Associated profesor at the Belgrade Law School

SUMMARY

NON — DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES IN INTERNATIONAL LAW

The international protection of human rights encompasses all human beings without any discrimination in which context the protection of minorities finds its place. The principle of non-dscrimination and the protection of minorities complement each other because each of them is insufficient for ensuring the effective realization of human rights in multinational societies. Historical development of the protection of minorities proves that this protection was partially based on the principle of non- discrimination, the word »discrimination« was for the first time used in the treaties concluded after First World War. For this reason the principle of non-discrimination is considered »one of the basic principles of the protection of minorities developed by international law before the creation of the United Nations«. Equal rights mean equal duties of all citizens toward the States in which they live. Consequently the minorities must be considered as an integral part of the population of these States and their constitutive element. In that way the protection of minorities is also a part of the system of international protection of human rights as wll as of the security of each State. On the other hand the most important international documents, such as the Charter of the United Nations the Constitution of UNESCO, international covenants on human rights and the Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe recognize the protection of human rights, including the protection of minorities, as an element of international peace and security. For the achievement of this purpose the efforts of all are necessary, i.e. of the majority and of the minority. That is impossible without their equality. It involves the right to be different, because without it there is no democracy. Therefore the existence of minorities expresses the force and not the weakness of the society. It reflects the universal interdependence of the contemporary world. In the democratic society minorities are not an object of disputes but the bridge linking peoples and cultures, a source of spiritual wealth and the most firm foundation of friendship, peace, cooperation and security in the world.

Momir Milojević,
professeur de la Fakulté de droit de Belgrade

RÉSUMÉ

LA NON — DISCRIMINATION ET LA PROTECTION DES MINORITÉS EN DROIT INTERNATIONAL

La protection internationale des droits de l'homme comprend tous les êtres humains sans aucune discrimination dans le cadre de laquelle la protection des minorités trouve sa place. Le principe de non — discrimination et la protection des minorités se complètent mutuellement car chacune d'elles est insuffisante pour assurer la jouissance effective des droits de l'homme dans les sociétés multinationales. Le développement historique de la protection des minorités prouve que cette protection était basée dans une partie sur le principe de non-discrimination, le mot »discrimination« étant pour la première fois utilisé dans les traités conclus après la Première guerre mondiale. Pour cette raison le principe de non-discrimination était considéré l'»un des principes fondamentaux de la protection des minorités développé par le droit international même avant la création des Nations Unies«. Les droits égaux comprennent les devoirs égaux de tous

les citoyens à l'égard des Etats dans lesquels ils vivent. Par conséquent, les minorités peuvent être considérées comme une part intégrale de la population de ces Etats et leur élément constitutif. De telle façon la protection des minorités fait partie aussi bien du système de la protection internationale des droits de l'homme que de la sécurité de chaque Etat. D'autre part, les documents internationaux les plus importants, tels que la Charte des Nations Unies, la Constitution de l'U.N.E.S.C.O., les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, reconnaissent la protection des minorités comme un élément de la paix et de la sécurité internationales. Pour atteindre ce but les efforts de tous sont nécessaires, c'est-à-dire de la majorité et de la minorité. C'est impossible sans leur égalité. Cela implique le droit d'être différent car sans cela il n'y a pas de démocratie. C'est pourquoi l'existence des minorités signifie la force et non la faiblesse d'une société. Elle reflète l'interdépendance universelle du monde contemporain. Dans la société démocratique les minorités ne sont pas l'objet de disputes mais le pont liant les peuples et les cultures, la source d'enrichissement spirituel et la base la plus solide de l'amitié, de la paix, de la coopération et de la sécurité dans le monde.

UDK — 347.24

Жан Дерипе (Jean Derruppé),
професор Универзитета у Бордоу I

ПРАВНА ПРИРОДА ЗАКУПЧЕВОГ ПРАВА И РАЗЛИКОВАЊЕ СТВАРНИХ ПРАВА И ПРАВА ПОТРАЖИВАЊА(*)

Дозволите ми најпре на изразим задовољство због предлога који ми је Правни факултет у Београду упутио да наслов овог предавања буде *Правна природа закупчевог права и разликовање стварних и облигационих права (права потраживања).* Тако је гласио назив моје докторске дисертације која је била брањена и објављена пре више од тридесет година(1).

На идеју о овој теми дошао сам под утицајем далекосежних промена које су се одиграле у области закупа непокретности почев од краја прошлог до средине овог века. Закупац је постепено добијао све шира и шира права и она су ускоро све више и више долазила у сукоб са правима закуподавца, што је у ствари значило да су долазила у сукоб са правом својине.

Већ тада се могло поставити питање да ли би и даље требало сматрати, (према дотада чврсто укорењеној традицији) да закупац има обично потраживање према законодавцу? Ово традиционално схватање потицало је из римског права и потпуно се било учврстило у старом француском праву. У новијој правној теорији у Француској као и у судској пракси оно је преовладавало без много супротстављања. Отуда се могло поставити питање није ли сада, услед насталих промена и појачања закупчевих права, ова традиција била доведена у сумњу? Да ли је после свега било могуће и даље сматрати да право сопственика остаје најтипичнији пример стварног права и да права закупца представљају само потраживања?

Поједини коментатори новијих прописа о статусу закупца осетили су извесну нелагодност приликом расправљања ових питања. Неки, од њих се нису колебали да напишу како се „закупчево право" запутило ка „стварноправности"(2).

Ето то је била замисао коју сам желео да ставим на пробу. На пробу нових законодавних решења, али и на пробу, економских и социјалних чињеница. Наиме, истраживања која сам обавио, довела су ме до закључка да давање нових овлашћења закупцу (под утицајем заштитног законодавства) само по себи не би било довољно да оправда напу-

(*) Предавање одржано на Правном факултету у Београду на дан 6. априла 1984. године за студенте II и III године.

(1) Jean Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, thèse, préface Jacques Maury,* Paris 1952;

(2) René Savatier, *La nature juridique et les caractères nouveaux du droit d'un bail rural,* Dalloz 1946. chronique, стр. 41;

штање класичног схватања о правној природи закупчевог права. Тачно је да су разлози на којима је ово схватање раније почивало дошли у сукоб са правном природом нових закупчевих права. Али није само то било у питању. Моје је чврсто уверење да је традиционално схватање било супротно економској стварности, а правна техника требало је да изрази ову стварност, да се не би изгубила у вештачким конструкцијама.

Напослетку, учинило ми се да разликовање стварних и облигационих права такође заслужује да буде преиспитано. После критичког испитивања схватања о овој основној подели права, дошао сам до закључка да ако се жели да та подела буде кохерентна, онда закупчево право треба уврстити у стварна права.

Нисам први дошао до ових закључака, али ни мени није пошло за руком, као што то није успело ни мојим доста ретким претходницима, на пример Troplong-u, да ова идеја преовлада. Традиција и навике које владају у правној техници остале су несавладане. Правна теорија наставила је да тврди, а судови да примењују схватање, да је право закупа обично право потраживања.

Ипак, у последњих тридесет година, закупчева овлашћења на непокретности непрстано јачају. Упоредо са тим може се уочити и појава нових имовинских вредности и нових добара, као и повећање значаја бестелесних ствари. Све је то утицало на покушаје да се изврши нова класификација субјективних права и да се предложи нова анализа односа између стварних и облигационих права.

Питање правне природе закупчевог права остаје и даље актуелно. Његова важност је у складу са проблемима које правна природа једног права уводи у игру. На једној страни, то питање има велики значај за свакодневни живот грађана. Задовољавање потребе за становањем и обављање делатности у пословним просторијама зависе од карактера овог права. На другој страни, то је једна од најзанимљивијих области чисте правне теорије; основне класификације у правном систему, па и сам појам субјективног права добијају своје обрисе у светлости ових питања.

У првом делу, биће изложена еволуција садржине закупчевих права; то ће нам показати релативност конкретних правних решења и њихово неопходно прилагођавање концепцији економских и друштвених односа.

Други део биће у већој мери посвећен доказивању изложених поставки. Циљ излагања биће да се установи постојаност у природи закупчевих права, и да се покаже да иза релативности тренутних решења постоји трајан основ концепта и технике који обезбеђују склад у правном систему.

Дакле, еволуција садржине и постојаност правне природе, то су два изгледа која у данашње време обележавају закупчева овлашћења.

I

Еволуција садржине закупчевих права

Француско законодавство о закупу непокретности обележено је приличном разноврсношћу правних режима. Али иза те разноврсности условљене наменом ствари која представља предмет закупа, наилазимо на одређену конвергенцију у токовима.

А. Разноврсност правних режима има у основи економске разлоге. Правни режими изражавају различите намене природне или уговорне закупљених ствари. Међу њима су најважнија ова три:

I Правни режим закупа пољопривредних земљишта и зграда

II Правни режим закупа пословних просторија

III Правни режим закупа станова.

1. Правни режим закупа у пољопривреди обухвата пољопривредна добра (куће и земљишта) које су у целости намењени пољопривредној производњи.

До његове појаве дошло је после другог светског рата. Ордонансом од 17. октобра 1945. године уређен је правни режим закупа и наполице. После 1955. године, прописи о закупу су унети у кодификацију права о пољопривреди (Code rural, чланови од 790 до 982) што је и формално допринело заокружавању ових прописа у једну независну целину.

Особеност пољопривредног закупа састоји се у томе што он поред тога што се односи на непокретности, представља закуп — искоришћавање. Закупљена непокретност је предмет тога искоришћавања. Због тога су овде више у питању економски и социјални услови тог искоришћавања, него сам статус закупца. Његова слобода или његова економска зависност, значај и сталност његових прихода су директно условљени његовим правима на непокретности. Несигурност његових права доводи до несигурности у његовом економском положају.

Читав правни режим закупа је дакле усмерен на то да закупцу обезбеди независност и стабилност. Оба циља су уско повезана, зато што улагања која захтева савремена пољопривреда подразумевају избор путева и ангажовање средстава на дуг рок. Из тога произлази значајно повећање закупчевих овлашћења. То повећање се испољава најпре у погледу овладавања стварју. Тако у уговору о наполици, који се у последње време све лакше може претворити у закуп, одлуке о искоришћавању земљишта доноси наполичар. Особито је значајно да без обзира на то какав је облик уговора закупац располаже све ширим правним и материјалним овлашћењима. У току трајања закупа закупац може унети земљиште као свој улог у земљорадничку задругу или у земљорадничко удружење. Он може извршити размену земљишних парцела, и може спојити или раздвојити суседне парцеле уклањајући подзидане ограде од камења или дрвећа. Закупац може изменити културу земљишта, може садити и градити на земљишту са извесношћу да ће добити накнаду за вишак вредности који преостане после истека закупа. Један нацрт закона о којем се сада расправља још више наглашава ову слободу закупчеве активности на оним тачкама на којима она још увек наилази на препреке и води рачуна о новим облицима обраде земљишта.

Закупчева овлашћења су повећана и тиме што је његов положај стабилан. Три мере доприносе овом резултату. То су: дужина трајања, право на обнављање закупа и право прече куповине.

Закуп у пољопривреди закључује се на најмање девет година. У овом року уговор се може раскинути само споразумно или одлуком суда због рђавог искоришћавања.

По истеку уговореног рока, закупац има право на обнављање уговора о закупу. Ово обнављање је аутоматско. Закуподавац се може су

протставити обнављању уговора само из озбиљних и оправданих разлога (рђаво искоришћавање земљишта) или ако намерава да сам искоришћава земљиште. Право на обнављање закупа није ограничено у времену, оно престаје тек када закупац стекне услове за пензију. Међутим, оно се може продужити на тај начин што закупац може уступити своје право закупа пунолетној деци, а у случају смрти може га пренети на супруга, претке или потомке који су учествовали у искоришћавању земљишта дуже од пет година.

Најзад, закупац има могућност да постане сопственик. Он има право прече куповине у случају ако се закупљено добро продаје. Ово право му омогућава да ступи на место евентуалног купца по цени коју у недостатку пријатељског споразума одређује суд.

На овај начин право својине је погођено у свом најбитнијем овлашћењу: *ius abutendi*, праву располагања. Зар у том случају не присуствујемо истинском рашчлањавању права својине?

2. Правни режим закупа пословних просторија, а то ће рећи зграда или просторија за обављање трговинске производне или занатске делатности, је још старијег датума него претходно законодавство, јер је уведен после првог светског рата, законом од 30. јуна 1926. године. Уредбом од 30. септембра 1953. године био је употпуњен новим правилима која су почивала на истој основи али уз знатно повољније модалитете за закупце.

Овај правни режим настао је такође ради заштите једне врсте коришћења и то у области трговинске, индустријске или занатске делатности која се одвија у закупљеним просторијама. Искуство нам показује да губитак локала може довести до губитка клијентеле, и упропастити напоре које је корисник улагао да би ту клијентелу привукао. Околности су овде ипак другачије. Јер ако се може рећи да непокретност служи коришћењу, она није објекат тога коришћења као што је то случај код пољопривредних закупа објекат тога коришћења. Одржавање тога коришћења, очување онога што је закупац уложио у делатност, не захтевају неку апсолутну стабилност. Исто коришћење може се наставити и у некој другој згради, а да ипак не доведе неизбежно до губитка клијентеле.

Може унеколико да изненади чињеница што правни режим не обухвата баш све пословне просторије. На пример, он се не односи на тзв. слободне професије. Објашњење се може наћи у томе што су они који се обраћају за услуге тзв. слободним професијама, мање везани за место обављања ових делатности, него што је то случај са клијентелом која се везује за одређене занатске или трговинске радње. Изгледа такође да се ова чињеница може објаснити и повезаношћу која често постоји у овој области између становања и обављања професије; та повезаност се испољава у делимичном поистовећивању пословних са стамбеним просторијама у правном режиму који важи за закупе станова.

У почетку је правни режим закупа пословних просторија имао за циљ да трговцима обезбеди стабилност у смештају. Овај циљ је постигнут путем права на обнављање закупа са неограниченим трајањем. Али у теоријском погледу, ово право се изражавало другачије него кад је реч о праву на обнављање пољопривредног закупа. Оно није обавезно него факултативно, у том смислу што сопственик увек може да одбије

обнављање закупа, тако што ће исплатити накнаду за штету коју трпи закупац и која се због тога назива накнада због исељавања. Међутим, начин на који се ова накнада обрачунава је такав (у начелу накнада је једнака вредности инвентара да у највећем броју случајева сопственик није у могућности да овакво обнављање одбије.

Ако је право на обнављање закупа било и остало угаони камен у овом правном режиму, њему су додане одредбе, нарочито после 1953. године, које наглашавају повећани утицај закупца на закупљене просторије.

Најпре, уговор о закупу се закључује најмање на 9 година. Ова новина је била неопходна зато што су закуподавци практиковали да пословне просторије издају у закуп на врло кратак рок како би путем закључивања нових уговора што чешће долазили до повећаних закупнина.

Затим, закупцу је призната већа слобода у погледу уступања закупа. Када закупац уступа инвентар он може уступити и закупљени локал и то без сагласности закуподавца.

Најзад, почев од 1965. године, закупац може изменити намену пословних просторија и то без сагласности закуподавца; он може развијати и споредне или допунске делатности поред оних делатности које су биле предвиђене уговором о закупу; он може обављати и сасвим различиту делатност уколико за то добије сагласност суда.

Закупац нема право прече куповине. Али он и нема потребу за тим, јер су његова овлашћења која се у говору често називају трговачка својина, могу супротставити доцнијим прибавиоцима непокретности.

3. Правни режим закупа станова је доста сложен.

Постоје још увек просторје на које се примењују само правила Грађанског законика, а та правила изражавају начело слободе уговарања.

На један знатан број станова примењују се правила из закона од 1. септембра 1948. године, којим је уведен први правни режим одступања од општих правила у овој области. Закон је донет у посебним околностима и намењен да заштити закупце у условима поремећене равнотеже на тржишту станова. Законом је дато право на задржавање у просторијама оним лицима која су у њему уистину задовољавала своје потребе за становањем. Сопственик је могао да преузме стан од закупца само из два разлога — да би се он сам уселио у стан, или да би извршио реконструкцију стана.

На претежну већину станова примењује се закон од 1982. године, за који је везано име садашњег министра урбанизма — Кијоов закон. Овај закон представља средиште нових општих правила у области закупа станбених просторија.

Све иновације и чак и сва правила која садржи овај закон, заснивају се на настојању да се успостави нова равнотежа између закуподавчевих права на једној страни и закупчевих права на другој страни и то како кад је реч о индивидуалним односима тако и кад је реч о колективним односима.

Могло би се опширно говорити о овом закону о коме су одржана бројна саветовања и који је већ изазвао обиље литературе(3). Ипак, нашу

(3) Вид. J. Hugot, D. Lepeltier, H. Thuillier, *Locataires et propriétaires*, Loi Quilliot commentée article par article, Paris 1983.

пажњу заслужује у првом реду организација колективних односа у становању (назив III дела закона). На ову организацију су утицали радно право и механизам колективних уговора. Законодавац има у виду преговоре између удружења сопственика станова на једној и закупаца станова на другој страни, како би се дошло до споразума који се односе на употребу и одржавање станова и на кретање закупнина.

Али да се не бих удаљавао од теме, ограничићу се само на увећавање закупчевих права.

Законски текст почиње свечаном декларацијом о праву на стан, које се обележава као једно од основних права. Коментатори су изразили извесно колебање у погледу домашаја овог права. Неки су у томе видели само неодређену и шупљу формулу која би требало да импресионира јавно мнење. У једном циркуларном писму министрима, председник владе је и лично говорио о одредби која нема нормативну садржину.

Он је изразио наду да ће се у будућности избегавати овакве начелне декларације које помињу филозофију једног закона, из бојазни да се не могу одмерити све последице. Касациони суд је већ пронашао једну од таквих последица: Закон се не би могао примењивати на викендице, јер се право на стан као основно (фундаментално) право не може односити и на њих; онај који већ има стан, не може уживати заштиту и у том смислу што би му се омогућило да стекне још један стан или да тај други стан сачува. Уза све то ипак се може рећи да ово право на стан указује на вољу Законодавца да се даље шире закупчева овлашћења. У настојању закона да се постигне равнотежа, право на стан се појављује као противтег наспрам права својине.

Конкретније, ова тежња се изражава особито у трајању закупа. Крхкост закупчевих права и његово економско потчињавање били су везани за краткорочне закупе, или за закупе за одређено време или са уговорним правом за закуподавца да једнострано раскине закуп у било ком тренутку. Заштита која се пружа закупцу обезбеђује се на два начина: прописивањем минималне дужине трајања и установљењем права на обнављање закупа (по самом закону). Уговор о закупу испољава тежњу ка трајности; он се може прекинути само из разлога који су предвиђени у закону и који узимају у обзир оправдане интересе закуподавца.

Почетни уговор закључује се најмање на 3 или 6 година већ према околностима. У сваком случају он се аутоматски обнавља по истеку овог рока на период од 3 године у корист закупца који лично користи стамбене просторије. Закуподавац може да одбије обнављање закупа само ако хоће да се сам усели у стан или када (и то под одређеним условима) хоће да прода зграду.

Али чак и у том случају закупац није беспомоћан. Он има на располагању право прече куповине.

Уз ово што је речено, иде и већа слобода закупца у погледу коришћења стана по сопственом нахођењу. Он може извршити преуређење стана да би побољшао услове становања. Многе уговорне клаузуле којима се је раније ограничавало слободније коришћење просторија (нпр. забрана држања животиња, забрана да се одржавају политички или синдикал-

ни састанци, обавеза да се евентуалном купцу омогући обилазак и преглед просторија у сваком тренутку) сада су забрањене.

На крају ове анализе може се рећи да иако су поједини правни режими закупа различити у техници регулисања, сви они заједно показују сличност у битним елементима.

Б. Сличности наведених правних режима испољавају се на два начина: у погледу трајања права и у погледу овладавања закупљеном стварју.

1. Савремено законодавство тежи да закупчево право учини више или мање трајним правом чиме се директно угрожава вечитост права својине.

Са различитим модалитетима, ова последица је видљива у свим наведеним правним режимима. Минимални рок трајања увек је повезан са правом на обнављање. Несумњиво је да ово право нема увек исту правну снагу. Али, у пракси, могућности којима располаже закуподавац да ово обнављање одбије су веома ограничене.

Тежња ка трајности наглашена је и тиме што је закупчево право преносиво. Закуп пословних просторија може се увек пренети са инвентаром. Остали закупи додуше нису преносиви без одобрења закуподавца, али у случају смрти прелазе на она лица која су живела са закупцем.

Издајући непокретност у закуп сопственик се одваја од коришћења ствари за неограничено време. Он се лишава једног дела својих права исто тако несумњиво као кад би продавао један део имовине. То иде до те мере да се закључење уговора о закупу више не посматра као акт обичног управљања. Законодавац је итекако водио рачуна о томе када је мењао извесне одредбе у Грађанском законику. Тако, на пример старалац, и законски управитељ више не могу сами закључити уговор о закупу у име малолетника. Исто тако муж не може закључити уговор о пољопривредном закупу или о закупу пословних просторија без сагласности супруге, ако су те непокретности у заједничкој својини.

2. Друга тачка приближавања јесте овладавање закупљеном ствари. Оно је нарочито видљиво кад је реч о закупу пољопривредног земљишта. Закупац може искоришћавати земљиште по сопственом нахођењу. Он може мењати плодоред на земљишту, спајати или раздвајати парцеле, извршити размену, градити и садити. Ако не може отуђити земљиште, он је зато господар коришћења.

Ово овладавање је исто тако снажно изражено код закупа зграда, било да је реч о пословним или стамбеним зградама. Некада је слобода уговарања омогућавала закуподавцу да наметне низ ограничења закупчевим овлашћењима. Закупцу је било забрањено да изврши било какве измене у просторијама или да врши преправке без закуподавчевог одобрења. Он је морао да стриктно поштује уговорену намену. Ако су просторије биле закупљене за трговину мушком одећом, он није могао да у њима продаје женску одећу. Одредбе којима се закупцу забрањивало да чини ово или оно без закуподавчевог одобрења, биле су веома бројне.

Сада је већина оваквих одредаба забрањена законом. Закупац може вршити преправке, он у одређеним оквирима може мењати и намену ствари. Његово право на употребу постаје целовито.

Треба ли на основу тога закључити да закупчево право мења своју правну природу? Да ли оно постаје један одсечак права својине? И да ли оно сада постаје стварно право?

Мени изгледа да није тако. Мењајући своју садржину закупчево право није променило правну природу. Али тиме ни издалека не желим да кажем да закупац нема стварно право. Напротив, моје је уверење да је закупац одувек имао право које је заслуживало да буде уврштено међу стварна права. Да бисмо то могли показати, морамо напустити поље законодавног развоја и отиснути се у област правне теорије, област квалификација и класификација које представљају суштину сваког правног система.

II

Постојаност правне природе закупчевог права

Тврдити да је правна природа закупчевог права постојана, не представља никакву оригиналност. Напротив, то само значи придружити се погледима свих оних који иначе мисле да је закупчево право, упркос свим променама до којих је дошло, остало у суштини облигационо право.

У ствари, ниједан од аргумената на којима је почивала класична теза није ишчезао. Модерно законодавство је задржало постојање закуподавчевих обавеза. Оно их је још више нагласило забрањујући одређене уговорне одредбе које су раније сужавале примену диспозитивних законских правила. Закуподавац је и данас дужан да омогући закупцу мирну употребу закупљене ствари. Он има обавезу гарантије у случају правних претензија трећих лица и у случају мана или недостатака ствари које онемогућавају нормалну употребу. Те закуподавчеве обавезе налазе се у основи оних теоријских објашњења која сматрају да закупац има облигационо право. Закупац нема стварно право, кажу поборници ових схватања, зато што он може да дође у додир са стварју само посредством закуподавчевих обавеза и то обавезе да се омогући коришћење ствари и обавезе гарантије да ће коришћење бити неузнемиравано и ефективно. Међутим, ако би ово схватање било тачно, оно би морало и да остане такво. Ако се сврставање закупчевог права међу облигациона права некада могло заснивати на карактеру закуподавчевих обавеза, онда би закупчево право и данас требло да има карактер права потраживања.

Отуда, да би се класнично схватање могло оспорити потребно је довести га у питање у његовој основи. Треба показати да природа закуподавчевих обавеза није довољна да искључи стварно правну природу закупчевих овлашћења. Ова аргуметација може се извести на два начина и то методом упоређивања и дедуктивним методом.

Поређење са другим правима која се без икаквих сумњи уврштују у стварна права, омогућава нам најпре да сагледамо да ли је разлика између ових права и закупчевог права оправдана или не. Испитивање елемената који су карактеристични за стварна и облигациона права, пружа нам, затим, дедуктивни противдоказ и његовом применом доћи ћемо до правне природе закупчевог права.

А. Упоређење уговора о закупу са уговором о продаји или са уговором о конституисању плодоуживања или употребе је особито илустративно. То су све уговори који се односе на ствар. Сви они омогућавају да се обухвате корисна својства ствари. И нико никада није оспоравао да прибавилац, плодоуживалац или употребилац стичу стварно право. Може ли се онда рећи да се закупчев правни положај у толикој мери разликује од наведених примера да би то оправдавало другачију правну природу закупчевог права.

Присталице класичног схватања говоре да закупац може доћи у додир са ствари само посредством закуподавца, а да насупрот томе купац, плодоуживалац или корисник имају непосредно право на ствари. У чему би се састојала ова разлика? Зашто се каже да закупац не може доћи у непосредан додир са ствари? И какве су то особености у закупчевом правном положају које не наилазимо у правном положају купца плодоуживаоца или корисника?

1) Кад је реч о начину прибављања права, не примећују се никакве разлике. Наиме, сви наведени уговори су консенсуални уговори и закључују се простом сагласношћу воља. Закупац стиче право на ствари у тренутку закључења уговора, баш као што у том истом тренутку купац стиче право својине, а плодоуживалац право плодоуживања. Може ли се рећи да закупац долази у ситуацију да врши своја овлашћења тек ако закуподавац испуни обавезу предаје? Али, то се исто може рећи и за продавца, на коме лежи обавеза предаје и без чијег испуњења купчево прибављање својине постаје илузорно. Њихове обавезе, дакле, нису правно различите: у оба случаја реч је о обавези чињења, која подлеже принудном извршењу. Једино остаје разлика у трајању. На закуподавчеву обавезу предаје наставља се и траје за цело време уговора о закупу обавеза одржавања закупљене ствари. Али то не мења његову правну природу. Разлика се састоји у томе што је у првом случају испуњење тренутно, а у другом случају учестано. Видљиво је дакле, да сопственик ствари није у другачијем положају у односу на плодоуживаоца. И он је дужан да врши ванредне оправке које омогућавају одржавање ствари на којој постоји право плодоуживања и његово опстајање.

Класично схватање, дакле, супротставља ове две ситуације на чисто вербалан начин. Закуподавац би, по том схватању, био дужан да омогући коришћење ствари, а сопственик само да трпи плодоуживање. Истину, кад је реч о садржини, разлике нема. Кад се мало више размисли, овакво супротстављање се појављује много пре као објашњење дато a posteriori, него као оправдање за другачију правну природу ових двају права.

2) Да ли се у области заштите већ прибављеног права може запазити нека осетнија разлика?

а) Дуго се сматрало да је управо тако кад је реч о државинској заштити. Према том схватању, закупац је имао обично притежање, а не државину и отуда није имао могућност да употребљава државинске тужбе као што је то могао да чини плодоуживалац. Међутим, овакво тумачење није се заснивало ни на једном законском тексту. Оно је почивало управо на схватању да закупац нема стварно право. Законо-

давац у Француској је изречно одбацио ово становиште. Закон од 9. јула 1975. године предвиђа да и сваки притежалац ужива државиноку заштиту. У овој тачки не постоји више никаква разлика између закупца и плодоуживаоца.

б) Супротстављивост права трећим лицима.

Према класичном схватању, закупац нема непосредно право на ствари и отуда је приморан да позове у помоћ закуподавца, када жели да обезбеди да трећа лица поштују његово право. Овакво тврђење је бесумње нетачно и због тога је потребно извршити извесно нијансирање.

Најпре, кад писмена исправа о уговору о закупу има сигуран датум закључења, закупчево право се може супротставити прибавиоцу непокретности као и закуподавчевим повериоцима који би хтели да заплене закупљену ствар. Уосталом, управо су ови законски текстови били основни аргументи оним правницима који су међу првима заступали становиште о стварно правној природи закупчевог права.

Затим, када је реч о фактичком узнемиравању закупац може да се брани сам. Он може поднети тужбу у сопствено име против оних трећих лица која фактички ометају вршење његовог права. У том погледу његов положај је истоветан са положајем сопственика или плодоуживаоца.

Разлика у њиховом положају постоји само кад је реч о правном узнемиравању. У Француском грађанском законику (члан 1727) предвиђено је да је закупац дужан да се обрати за заштиту закуподавцу у случају када треће лице тврди да има неко право на закупљеној ствари. Насупрот томе, плодоуживалац може да се брани самостално. И тако основна разлика између ова два права добија конкретан облик: плодоуживалац има стварно право зато што он своје право може супротставити трећима, закупац нема стварно право, зато што он своје право не може супротставити свим трећим лицима на непосредан начин.

На овакво излагање могу се ставити две примедбе. Прва се односи на стварни домашај разликовања. Наиме, и продавац као и закуподавац има обавезу гарантије. У случају евикције купац ће такође позвати продавца да га брани од правних претензија трећих лица. Што се тиче плодоуживаоца, он додуше нема овакву обавезу, али је у сваком случају дужан да сопственика послужне ствари обавести о узурпацијама трећих лица и ако то не учини дугује накнаду штете.

Друга напомена је далекосежнија. Да ли је могућност супростављања права трећем лицу уопште критеријум да се једно право одреди као стварно право? Може ли се класификација права на стварна и облигациона заснивати на степену супротстављивости права трећим лицима? Као што се може видети на крају крајева, долазимо до тога да треба преиспитати сам критеријум на којем почива разликовање између стварних и облигационих права.

Б. О овој основној класификацији имовинских права постоји читава литература и њено настајање још није пресахло. Расправа о овом питању била је особито значајна почетком XX века, када је и само разликовање ових двеју категорија било доведено у питање. Било је више покушаја да се појмови стварних и облигационих права сведу на једну категорију.

1. У деветнаестом веку сматрало се да класификација субјективних права на стварна и облигациона права има одређену или чак несумњиву вредност. Ова класификација ослањала се на римско право и испољавала се у лако уочљивој разлици у структури права и у правном режиму. Стварно право, говорило се, остварује се без посредника и у односу на сва лица. Право потраживања везује једно лице у односу на друго и може се супротставити само дужнику.

а) Са Планиоловим именом везана је тзв. персоналистичка теорија која и стварно право своди на обавезу. Полазну тачку представља тврђење да правни однос не може постојати између лица и ствари. Право је однос који може постојати само између лица (два или више). Увек постоји активни субјект, то ће рећи поверилац и пасивни субјект дужник. Кад је реч о стварном праву пасивни субјект је правна заједница у целини, јер се ово право може супротстављати свима. Стварно право је „универзална пасивна обавеза". Оно се састоји у таквом правном односу у којем се дужници конкретно појављују тек у тренутку када повреде своју обавезу.

Ово схватање је изазвало само радозналост међу правним теоретичарима. Њему се могу упутити ове две замерке. Прво, универзална пасивна обавеза не може се упоређивати са обавезом коју има одређени дужник. То је, у ствари, једно правило понашања, општа дужност која се намеће свима да поштују туђа права. У њој нема ничег што би било особено за стварно право и на њу наилазимо и кад је реч о односу повериоца према трећим лицима о чему сведочи одговорност трећег лица који је саучесник у повреди једне уговорне обавезе. С друге стране оваква обавеза може се замислити само кад је реч о овлашћењима „повериоца" која би се односила на ствар, право потраживања дефинише се обавезом коју има дужник док стварно право може то бити само у односу на ствар.

б) Други покушај унификације појавио се око 1960. године у радовима професора Жиносара (Ginossar)(4). До њега је дошло услед тога што се појам својине у модерном праву почео употребљавати сувише широко. Овај назив почео се примењивати у најразличитијим ситуацијама да би се нагласила ширина и снага овлашћења. Тако се говорило о књижевној својини, индустријској својини, трговачкој својини (кад је реч о закупу пословних просторија) својини искоришћавања (кад је реч о закупу пољопривредног земљишта).

Тако схваћена својина престала би да буде стварно право. Она би се односила на сва могућа добра па и на нематеријалне ствари те би тако обухватила сва субјективна права међу којима и облигациона. У крајњој линији, као што је то формулисао један од следбеника професора Жиносара, својина и није никакво право зато што су сва права предмет својине(5).

---

(4) Shalev Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, Paris 1960;* Видети критику овог дела: Jean Dabin, *Une nouvelle définition du droit réel,* Revue trimestrielle de droit civil, No 1/1962 *str.* 20.

(5) Frédéric Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif,* Thèse multigraphiée, Université de Lyon III, 1981;

У оквирима ове концепције може се утврдити бар једно лице које је одређено као субјект обавезе. Кад је реч о стварном праву субјект обавезе је сопственик. На тај начин и стварна и облигациона права имала би истоветну правну структуру. И у једном и у другом случају реч би била о облигационом односу између два лица, била би промењена само карактеристика обавезе: у облигационом односу обавеза би била везана за личност дужника, кад је реч о стварном праву обавеза би била реална, због тога што је везана за ствар као што је, на пример обавеза сопственика хипотековане непокретности. На тај начин била би решена енигма о облигацијама *propter rem* која и до данас није решена у правној теорији и ове обавезе би биле уврштене у стварно право.

Лако би се могло одговорити да у оваквом систему појам својине губи свако одређено значење. „Ако је све својине онда нема више уопште права својине; својина у свом особеном значењу ишчезава". У том случају право својине се поистовећује са припадањем, елементом који се сусреће у свим субјективним правима. И овде признање долази од већ поменутог следбеника који своју докторску дисертацију закључује тиме што каже да је својина у ствари субјективно право.

Међутим, то у исто време значи признање немоћи, јер овакво објашњење не може бити задовољавајуће. Сва субјективна права немају исту структуру и иста обележја. Отуда је могуће, чак је и неопходно да се међу њима прави разлика. Због тога није довољно да се субјективно право одреди само као однос обавеза између два или више лица, него је потребно и да се посматра са становишта субјекта права кроз садржину овлашћења која пружа.

2. И управо ту се по мом мишљењу налази прави критеријум за разликовање стварних и облигационих права. Грешка у класичном схватању је у томе, што је сувише наглашавано право следовања и право првенства као обележја стварних права. Јер то су уистину само облици у којима се испољава могућност супротстављања права трећим лицима: право следовања у односу на прибавиоце и право следовања у односу на остала трећа лица. Тај критеријум није довољно поуздан. Он има исте недостатке као и персоналистичка теза која разлику између ових права тражи у броју пасивних субјеката. Степен овог супротстављања зависи од низа околности поготово од разних мера публицитета, које нису резервисане само за стварна права.

Насупрот томе, унутрашња структура права пружа поуздан критеријум за класификацију, јер она произлази из саме стварности и огледа се у објекту права.

Стварно право је, дакле, оно право које омогућава своме титулару моћ да из одређене ствари извлачи користи које она пружа. То је непосредно право у том смислу што омогућава непосредно присвајање (без посредника) потенцијалних користи које представља ствар.

Насупрот томе, право потраживања представља моћ да се захтева нека престација од одређеног лица, његова корист долази до изражаја тек посредством дужника.

Из ове разлике у објекту (право на ствари, право у односу на једно лице) произлазе разлике у правним режимима, али те разлике нису у свим случајевима апсолутне. За повериоца је важно да буде заштићен у случају дужниковог неиспуњења: ако је немогуће присилити дужника

да испуни обавезу онако како она гласи, потребно је омогућити повериоцу да од дужника добије накнаду штете.

Кад је реч о стварном праву, оваква опасност не постоји. Због тога је и режим гарантија другачији. Симптоматично је и то да се за обезбеђење повериочевих права у односу на дужника прибегава стварним правима (заложно право).

Пре него што изведем закључак о правној природи закупчевог права, прецизираћу нешто. Неки аутори су хтели да стварна права сведу на она права која субјекту дају овлашћење материјалне употребе ствари. То је водило ка ставу да се својство стварних права одрекне оним акцесорним правима као што је хипотека, која не обухватају овлашћење материјалне употребе. Решење је очигледно у супротности са законским текстовима и отуда се не би могло прихватити. Истину, збир овлашћења која могу да садрже сва могућа стварна права, налази се обједињен у праву својине. Ово право обухвата једновремено и овлашћење на материјално коришћење као и овлашћење правног коришћења, што ће рећи овлашћење да се извлачи економска вредност ствари. Свако од ових овлашћења може бити издвојено из целине и представљати садржину неког, ужег стварног права. Сопственик који конституише право плодоуживања не може више имати овлашћење да сам материјално користи ствар, али он и даље задржава правно коришћење, посредством овлашћења да располаже голом својином. Обрнуто, хипотекарни поверилац нема права на материјално коришћење непокретности, али он стиче право на њену економску вредност, и отуда је његово право стварно право.

Време је да се вратимо на закупчево право. Из свега што је речено, произлази да је по мом мишљењу, закупац одувек имао стварно право. Он је одувек имао право да се користи закупљеном ствари и да извлачи користи из ње у границама закона или уговора. Али границе које постоје код закупчевог права постоје и кад је реч о свим осталим стварним правима, која настају на основу уговора. И само право својине може се вршити једино у оквирима законских ограничења, а она постају све бројнија и бројнија.

Забуна може настати услед тога што из уговора о закупу настају и обавезе на терет закуподавца. Уговор о закупу рађа у исто време и стварно право коришћења и потраживања према закуподавцу као што су: право да се захтева предаја закупљене ствари, право да се тражи да закуподавац гарантује правна и физичка својства ствари. Али, као што смо видели, ова ситуација не представља неку особеност закупа. Из уговора о продаји такође настају продавчева обавеза да се изврши предаја ствари купцу, као и обавеза гарантије. Прибавилац ствари има и својство повериоца у односу на продавца и право својине у односу на ствар.

У овом свежњу права које произлази из једног истог уговора, не мора се све квалификовати на јединствен начин. У ствари, ту се може поставити питање да ли хоћемо да оно што је битно добије превагу над оним што је споредно. Ако то хоћемо, онда је тешко порицати да је данас, ако то није било и одувек, битно обележје закупчевог права садржано у могућности да самостално и слободно извлачи користи из закупљене ствари. Закупчево право је дакле стварно право.

(Превео М. Орлић)

Jean Derruppé,
professor at the Bordeaux University I

SUMMARY

THE LEGAL NATURE OF RENTER'S RIGHTS AND THE DISTINGUISHING OF REAL RIGHTS FROM THE RIGHT TO CLAIM COMPENSATION

From the beginning of the twentieth century, there occurred marked changes in the field of renting (leasing) real property. The renter was given more and more rights, and wider rights, which became adverse to the rights of the owner. This is the reason why, today, it has become appropriate to ask the question: have renter's rights inspite of the mentioned changes retained the legal nature of the law of obligations, as asserted in the traditional legal theory.

In order to offer an answer to this question, the author firstly looks at the evolution of the substance of the renter's rights, determining a variety of legal regimes; behind this variety, there exists a similarity of development. Namely, there are basically three legal regimes in regard to the lease of real property in French law. They are: a) the legal regime regarding agricultural land and buildings; b) the legal regime regarding the leasing (rental) of business premises; c) the legal regime regarding the renting of housing premises (apartments, houses). Regardless of certain differences between the mentioned legal regimes, there are significant common features among them, especially in regard to the duration of the renter's rights, and his wider authority in regard to the real property rented/leased.

In the second part of the article, the author discusses the question of the legal nature of the renter's rights. He argues the very foundation of the traditional view, according to which the renter's rights are in fact obligation rights. The comparison of the renter's rights with the rest of the real rights reveals no essential difference between the two groups. This stands in the case of certain rights becoming effective, and also in the matter of their legal protection, finally, in the case of the possibility of confrontation of these rights with the rights of third parties.

The distinguishing of subjective rights from real rights, and obligation rights should be based on the internal structure of subjective rights, for this structure offers the really reliable criteria for classification. Real rights are those rights offering their holder the power to utilise the yields of his property. Conversely, the right to claim is the power to demand a certain praestatio (benefit) from a certain party. A significant feature of the renter's rights is manifested in the possibility of the renter independently and freely utilising the yields of the rented property. And that is a real right.

Jean Derruppé,
professeur à l'Université de Bordeaux I

RÉSUMÉ

LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DU PRENEUR A BAIL

Depuis le début du vingtième siècle les changements profonds sont intervenus dans le domaine du louage d'immeubles. Le preneur à bail a obtenu progressivement des droits nouveaux de plus en plus étendus. Ces droits sont venus concurrencer ceux du bailleur, c'est-à dire le droit de propriété. Dès lors, pouvait- on continuer à considérer que le locataire n'avait qu'un simple droit de créance envers le bailleur?

Pour répondre à cette question, l'auteur a d'abord étudié l'évolution du contenu des droits du preneur, et il a constaté qu'à l'heure actuelle la législation française sur les baux d'immeubles est caractérisée par une diversité considérable de statuts à savoir: le statut des baux ruraux, le statut des baux commerciaux et le statut des baux d'habitation. Après avoir minutieusement analysé les règles juridiques dans chacun de ces domaines, l'auteur arrive à la conclusion que si ces divers statuts sont techniquement différents il y a entre eux une convergence fondamentale. En premier lieu, la législation moderne accorde au droit du preneur à bail un caractère plus ou moins perpétuel qui enlève beaucoup de prérogatives au droit de propriété du bailleur. Le second point de convergence est l'emprise exercée par le preneur sur le bien loué.

La seconde partie est consacrée à l'analyse de la nature juridique du preneur à bail. L'auteur souligne que la comparaison du contrat de bail avec le contrat de vente ou contrat constitutif d'un droit d'usufruit ne fait apparaitre aucune différence en ce qui concerne l'acquisition du droit ni concernant la protection du droit acquis. Il est vrai que la divergence existe dans le domaine de l'opposabilité du droit envers les tiers (et encore, uniquement sous son aspect des troubles de droit).

Mais, est-ce que l'opposabilité doit être acceptée comme critère de distinction des droits réels et des droits de créance? L'auteur répond par la négative et pense que le critère de la classification des droits subjectifs vevrait être la structure interne du droit, car elle découle d'une réalité concrète: la différence de l'objet du droit.

Le droit au bail comprend à la fois un droit réel de jouiassance et des droits de créance envers le bailleur (droit à la délivrance, droit à la garantie). Mais il serait difficile de nier que l'aspect principal des droits du preneur est devenu, s'il ne l'a pas toujours été, cette faculté d'appréhender lui-même les utilités de la chose louée. C'est un droit réel.

Правни факултет у Београду био је домаћин IV састанка наставника и сарадника на предмету Грађанско процесно право, са југословенских правних факултета, који је одржан, од 23. до 25. новембра 1983. године, на тему „Одредбе од процесног значаја у Закону о облигационим односима".

Саопштења са овог састанка објављујемо оним редом којим су поднета.

Саопштење проф. Бориславa Благојевића „Однос начела Закона о облигационим односима и Закона о парничном поступку и задаци парничног поступка" објављено је у „Правном животу" бр. 3/1984, а саопштење проф. Боривоја Познића „Закључење арбитражног споразума прихватањем општих услова" у прошлом броју „Анала" (5/1984), док је саопштење проф. Лојзета Удета дато у усменом облику.

Приказ дискусије објављујемо у овом броју „Анала" у рубрици „Белешке".

Овај скуп био је посвећен проф. Боривоју Познићу, коме су, поводом његовог пензионисања, присутни изразили захвалност за допринос који је дао теорији и пракси југословенског грађанског процесног права.

др Драгица Ведам — Лукић,
асистент, хабилитовани доцент Правног факултета у Љубљани

ПРАВНОСНАЖНОСТ И ДВОСТРУКА ИСПЛАТА ДУГА ПО ЧЛАНУ 212. ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

1. Начело правичности не допушта да се неко обогати на туђ рачун. Ако дође до прелаза имовине или користи из подручја једне странке у подручје друге странке без правног основа (стицање без основа), правни поредак даје прикраћеној странки право на повраћај (члан 210. ЗОО).

Као посебан пример стицања без основа, Закон уређује питање двоструке исплате дуга. Ако је исти дуг био плаћен два пута, основано је било само прво плаћање дуга, док је друго било без правног основа, јер је дуг престао да постоји већ после првог плаћања. Закон даје странки право да може тражити враћање и у случају исплате дуга по основу извршне исправе: „Ко је исти дуг платио два пута, па макар једном и по основу извршне исправе, има право тражити враћање по општим правилима о стицању без основа" (члан 212. ЗОО). Поставља се питање — када је могућно применити ово правило. Извршна исправа је обично правноснажна судска одлука, односно акт који је у погледу дејства са њом изједначен, а процесно право не дозвољава вођење новог спора о предмету о којем је већ правноснажно пресуђено. Без сумње, мо-

гуђно је тражити враћање једног плаћања дуга када су оба плаћања била извршена после тренутка наступања правноснажности. У парничном поступку то је, по правилу, закључење главне расправе у првом степену, јер суд може да узима у обзир само оне чињенице које су постојале до тог тренутка и само у односу на те чињенице странкама је дата могућност расправљања ствари пред судом(1). Ако дужник добровољно испуни обавезу после главне расправе, а поверилац, упркос томе, захтева извршење, дужник може да поднесе приговор против решења о извршењу због престанка потраживања (члан 50, тач. 8 ЗИП)(2), чиме постиже стављање ван снаге решења о извршењу. У случају да је извршење већ спроведено, дужник може предлогом за противизвршење да захтева од повериоца да му врати оно што је овај извршењем добио (члан 59, ст. 1, тач. 3 ЗИП). То право дужник има и у случају када је у току извршног поступка сам измирио повериочево потраживање (члан 59, ст. 1, тач. 2 ЗИП). Предлог за противизвршење дужник може да поднесе у року од три месеца од дана када је сазнао разлог за подношење предлога или, најдоцније, у року од године дана од окончања извршног поступка (члан 59, ст. 2 ЗИП). Пре истека тог рока није дозвољена парница због стицања без основа, осим у случају када се тражи повраћај предмета у погледу којег су настале такве стварне или правне промене да повраћај више није могућ (члан 62. ЗИП).

Захтев за повраћај је, без сумње, основан и у случају када је извршење спроведено на основу веродостојне исправе — менице, фактуре или чека (члан 21. ЗИП). Иако је извршење спроведено на основу веродостојне исправе, то не значи да је о потраживању правноснажно одлучено, и стога је дозвољено да се у вези са њом поведе парница пред надлежним судом(3).

Друкчије је када је дужник први пут платио потраживање још пре почетка парничног поступка или у току његовог трајања, али пре краја главне расправе у првом степену. У таквом случају, дужник би морао ту чињеницу да истакне још у претходном поступку, а донету одлуку би могао да побија редовним или ванредним правним средствима. У вези с тим, поставља се питање да ли је могућно одредбу члана 212. Закона о облигационим односима схватити тако, да се њоме дужнику даје право да захтева враћање, без обзира на то када је дошло до двоструке исплате дуга, значи мимо правила о правноснажности и без претходно постигнутог стављања ван снаге извршне исправе.

2. Наша судска пракса сусрела се са питањем да ли дужник може да тражи враћање оног што је испунио по основу извршне исправе већ пре усвајања Закона о облигационим односима. Из објављених одлука видимо да је пракса дозвољавала кондициони захтев када се радило о неоснованом плаћању, с обзиром на тренутак на који се односи пра-

(1) Triva, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1984, стр. 513; Позић, *Грађанско процесно право*, Београд 1978, стр. 286; Juhart, *Civilno procesno pravo Jugoslavije*, Ljubljana 1961, str. 459; Ude, *Civilni pravdni postopek in samoupravni sodni postopek*, Ljubljana 1980, стр. 267.

(2) „Ако је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после извршности одлуке или пре тога, али у време кад дужник то није могао да истакне у поступку из ког потиче извршна исправа, односно ако је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после закљученог поравнања". Вид. Трива, стр. 530; Уде, стр. 279; Трива-Белајац-Дика, *Судско извршно право*, Загреб 1980, стр. 262.

(3) Трива-Белајац-Дика, *ibid.* . . ., стр. 137.

вноснажност. Савезни врховни суд је прихватио кондикциони захтев странке у односу на коју је било остварено извршење, иако по основу извршне исправе она није била дужна да плати дуг, јер правно, наследство није било доказано (СВС, Рев. 1212/59, ЗСО V/1. одл. бр. 31, с. 85). Суд је признао право на враћање и у случају када је дужник сам платио износ дуга још пре подношења предлога за извршење и после настанка извршне исправе, иако то није истицао у свом приговору у току извршног поступка (ВПС Београд, Пж 1790/74, „Зборник судске праксе" Београд, 17—18/1975, с. 1232).

У погледу питања — да ли странка може да захтева враћање због околности које су постојале још пре тренутка који се везује за правноснажност и да би зато било могућно њихово доказивање већ у поступку из којег проистиче извршна исправа, пракса је била неједнствена. На двоструку исплату дуга, изричито се односе две објављење одлуке. У првом случају, дужник је прво платио дуг добровољно, а затим, још једанпут у принудном извршењу. Првостепени суд је прихватио његов кондикциони захтев, али другостепени суд је одбио тужбу са образложењем да је у питању res iudicata. Врховни суд Југославије је другостепену одлуку укинуо. У образложењу своје одлуке, Врховни суд Југославије је навео да је, без сумње, то случај неоснованог обогаћења. По његовом мишљењу, приговор да постоји *res iudicata* није основан, јер тужбени основ оба захтева није истоветан: у првом спору, предмет спора је плаћање по основу уговора, а у другом се захтева исплата на темељу неоснованог обогаћења јер је основ на којем је дуг био плаћен накнадно отпао због друге исплате (ВСЈ, Гз 46/70, ЗСО 1971/2, одл. бр. 225, с. 125).

У другом случају је на основу сличног чињеничног стања, првостепени суд одбацио тужбени захтев због неоснованог обогаћења, са образложењем да ниједна од обе исплате није била без правног основа — прва та је имала у уговору, друга у правноснажној одлуци. Другостепени суд је ову одлуку укинуо. Донео је одлуку према којој је реч о обогаћењу без основа, јер је правно основана била само једна исплата. У овом случају, суд се није упуштао у разматрање питања правноснажности (ВПС Београд, Пж 2688/72, Информатор бр. 1980 од 28. 2. 1973, с.5). Сличан став је изражен и у одлуци Окружног суда у Бјеловару. Према мишљењу тог суда, дужник који тврди да је платио свој дуг повериоцу још пре него што је издат платни налог, а против којег није уложио приговор, не може да поднесе опозиционну тужбу због недопустивости извршења. Дужник се не може позивати на неосновано обогаћење повериоца, јер овај своја потраживања још није добио два пута плаћена. О обогаћењу без основа биће могућно говорити тек ако поверилац поново наплати потраживање по основу извршне исправе. Принудном наплатом отпашће основ прве исплате, иако је она имала свој основ у уговору (Окружни суд Бјеловар, Гж 308/74, „Преглед судске праксе", прилог „Наше законитости", бр. 6/1974, одл. бр. 113, с. 21).

Пракса је заузела другчије становиште у случајевима када је дужник захтевао враћање онога што је испунио на основу извршне исправе због неоснованог обогаћења из других разлога. Тако је Врховни привредни суд одлучио да је износ исплаћен на основу правноснажног

платног налога правноснажно решен и да се не може тражити враћање ни путем тужбе због неоснованог обогаћења ни путем уговора о поравнању. У овом случају, тужени није истакао приговор на платни налог и захтевао смањивање тужиочевог потраживања због неквалитетно обављених радова (ВГС, Сл 2789/68-3), „Информатор" бр. 2268 од 3. 12. 1975, с. 7). Становиште да се не сме захтевати враћање износа плаћеног у извршном поступку, на основу правноснажног платног налога, јер је у питању правноснажно пресуђена ствар, заузео је и Виши привредни суд Хрватске. Тај суд је потврдио решење првостепеног суда о одбацивању тужбе, али се из образложења, на жалост, не може видети зашто је дужник захтевао враћање износа, плаћеног у извршном поступку (ВПС Хрватске, Пж 527/78, „Привреда и право" 10/1978, с. 74).

После ступања на снагу Закона о облигационим односима, Врховни суд Хрватске је уважио тужбу дужника о неоснованом обогаћењу због двоструке исплате дуга. Објављен је једино став којим је преузет текст одредбе члана 212. ЗОО, тако да није могућно утврдити када је била извршена прва исплата дуга (ВСХ, Рев. 952/78, „Преглед судске праксе", прилог ‚Наше законитости", бр. 15/1979, одл. бр. 165, с. 40). Међутим, Врховни суд Словеније је одлучио да дужник који је исти дуг исплатио два пута, али сваки пут на основу друге извршне исправе, нема право да тражи враћање по члану 212. ЗОО. У таквом случају, дужник је платио дуг два пута двама различитим правним субјектима. Против њега је најпре поднела тужбу садашња тужена странка која није имала активну легитимацију, али је у спору ипак успела, јер је дужник повукао приговор на платни налог. Касније је против дужника поднео тужбу прави поверилац, и он је у спору успео. Дужник је због тога против првог правног субјекта поднео тужбу због неоснованог обогаћења. Првостепени суд је његов тужбени захтев одбио. Другостепени суд је потврдио првостепену одлуку, полазећи од тога да онај ко нешто плаћа на основу правноснажне судске одлуке не може тражити враћање плаћеног износа док постоји извршна исправа. Суд је у поступку ревизије одбио захтев тужиоца, јер је исплата била извршена на основу правноснажне извршне исправе и јер је ствар правноснажно пресуђена. Осим тога, по мишљењу суда надлежног у поступку ревизије, у том случају нису испуњени ни услови за примену члана 212. ЗОО. Према одредби тог члана, реч је о двострукој исплати према два правна основа, тако да један правни основ искључује други, будући да већ првом исплатом правни основ престаје да постоји. У конкретном случају, по мишљењу истог суда, исплате које је извршио тужилац не искључују се по критеријуму основа (ВС Словеније, ИПС 10/80, „Правник", 10—12/1981, с. 342).

3. У пракси иностраних правних поредака преовлађује становиште да се то што је било испуњено на основу правноснажне одлуке не може захтевати натраг због неоснованог обогаћења. За супротно становиште, у случају двоструке исплате дуга, залаже се коментатор у Klangu, године 1935. По његовом мишљењу, дужник који је своју обавезу испунио у току поступка и чак пре окончања главне расправе, а суд није то узео у обзир већ је усвојио тужбени захтев, тако да је обавезу морао да изврши још једанпут, на основу одлуке суда, може захтевати враћање првог испуњења обавезе. Аутор сматра да правноснажност није препрека за подизање тужбе због неоснованог обогаћења, јер правноснажна

постаје само изрека пресуде, а не и њени разлози(4). У Klangu из 1951. године, такво становиште је измењено. Новији коментар наглашава да се кондикциони захтев не може доказивати док постоји правноснажна одлука(5). Andrioli сматра да је, према италијанском праву, одлучан тренутак до којег је још могућно наводити нове чињенице, у поступку. Ако је дужник платио дуг пре тог тренутка, то не може доказивати тужбом за враћање или тужбом за противизвршење у извршном поступку, а ако је исплата била извршена касније, правноснажност не представља препреку(6). У немачкој теорији, Розенберг (Rosenberg) и Шваб (Schwab) наглашавају да правноснажност представља препреку и за доказивање контрадикторног захтева, а као пример наводе тужиочеву тужбу због неоснованог обогаћења(7). Ипак, и по њиховом мишљењу, тужилац упркос постојању правноснажне одлуке, може тужбом или приговором да доказује да се потраживање угасило после окончања главне расправе ради испуњења, отпуштања, наступања услова за престанак обавезе и сличних разлога(8). Према члану 460. француског Законика о грађанском поступку (CPC), пресуду је могућно побијати једино правним средствима која предвиђа закон(9). Правноснажност има вредност законите презумпције (члан 1350, тч. 3 *Code civil)*, и све док пресуда првостепеног суда није побијана, онај против кога је донета, не може да доказује захтев супротан тој пресуди(10).

4. Пре усвајања Закона о облигационим односима, у југословенској теорији је преовладавало становиште да дужник не може тражити враћање због двоструке исплате, ако тврди да је прву исплату извршио још пре тренутка наступања правноснажности судске одлуке. Јухарт изричито наглашава да дужник, који није приговорио на платни налог, не може да тражи враћање износа исплаћеног у извршењу, због неоснованог обогаћења, јер је тај захтев контрадикторан захтеву о којем је било правноснажно одлучено(11). До истог закључка можемо доћи и на основу становишта других процесуалиста о објективним и временским границама правноснажности(12). Посебно се тим питањем бавио Маркичевић, који је пронашао многобројне аргументе за становиште да тужба због обогаћења без основа није дозвољена(13). И Лукић, који заправо разматра проблем кондикције поводом извршења спроведеног против лица које није имало пасивну легитимацију (Одл. СВС, Рев. 1212/59, ЗСО В/1, одл. бр. 31, с. 85), истиче да би се у случају давања могућности дужнику да доказује исплату из времена пре него што је настала извршна исправа, морало говорити о покушају изигравања пра-

(4) Swoboda u Klangu 1935, IV, стр. 484.

(5) Wilburg u Klangu 1951, VI, стр. 465.

(6) Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli 1979, *str.* 997.

(7) Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, München 1974, *str.* 837.

(8) Rosenberg-Schwab, *ibid. str.* 839; Lent-Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München 1974, *str.* 203.

(9) *Nouveau Code de procédure civile*, 1975. И у теорији се наглашава да пресуда не може да буде предмет побијања тужбом за поништење: „Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements" (Vincent, *Procédure civile*, Paris 1973, *str.* 89).

(10) Одлука од 16.6.1937, цит. према Dalloz, *Code civil*, 1953, стр. 483.

(11) Juhart, *op. cit.* стр. 454.

(12) На пример: Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1957, *str.* 504—506; Triva, *Građansko procesno pravo* I, Zagreb 1972, *str.* 541 и 553.

(13) Маркичевић, *Правоснажно пресуђена ствар и неосновано богаћење*, „Гласник АКВ" 4/1962, стр. 7—14.

вносначности(14). Цигој је такође сматрао да је кондикција недопустива све док постоји правноснажна одлука. Такво решење захтевају правила процесног права које допушта измену материјално и формално правноснажне одлуке једино путем посебне одлуке, која је била усвојена по правилима процесног права(15).

Наведено питање је после ступања на снагу Закона о облигационим односима постало у теорији спорно. Процесуалисти и даље наглашавају да се оно што је досуђено правноснажном пресудом не може тражити натраг због стицања без основа(16), и да је та одредба члана 212. ЗОО ако је схватимо као овлашћење да се подведе под питање правилности правноснажне одлуке, у супротности са темељним начелима правног поретка(17). Аутори коментара Закона о облигационим односима сматрају да је Закон у члану 212. потврдио став који је заузео Врховни суд Југославије у одлуци Гз 46/70(18). Они истичу да двострука исплата дуга представља стицање без основа, иако је једна исплата била извршена на темељу уговора, а друга на темељу правноснажне одлуке. Највише пажње том питању посвећује Цигој, који налази да странка, ако је дуг исплатила по окончању парничног поступка, може то да доказује приговором у извршном поступку, а ако је дуг исплатила у току поступка, онда то може постићи путем редовних и ванредних правних средстава. Међутим, он сматра да би такав поступак могао да траје сувише дуго и да је зато Закон усвојио практично решење. Прихватио је фикцију да је дуг престао да постоји на темељу извршне исправе, а с тим је прва исплата остала без правног основа, иако је заправо та исплата угасила дуг. Због тога, понављање поступка није потребно. По његовом мишљењу, захтев за враћање користи без основа није истоветан са захтевом о којем је било правноснажно пресуђено, јер правноснажна одлука се темељи на правној исправи уговора, из којег потиче дуг(19).

5. Сматрам да прво треба решити питање идентичности тужбеног захтева из тужбе о обогаћењу без основа и захтева о којем је било већ правноснажно одлучено. О томе шта је тужбени захтев, односно предмет спора, има више теорија које, углавном можемо да сврстамо у две групе — цивилистичке и процесне. Цивилистичке теорије налазе тесну везу између тужбеног захтева и материјалноправног права. Тужбени захтев би требало да представља потврђивање материјлноправног права, односно конкретне правне последице. Према овим теоријама, више права односно више правних основа значи и више захтева. Према процесним теоријама, тужбени захтев је искључиво процесни појам. Он значи захтев да суд донесе одлуку одређене садржине. Процесна тео-

(14) Лукић, *Обогаћење без основа и захтев за повраћај принудно наплаћеног*, „Правни живот" 4/1966, стр. 54—58, нарочито стр. 57.

(15) Cigoj, *Obligacije* (Sistem splošnega obligacijskega prava v teoriji, sodstvu in prmierjalnem pravu), Ljubljana 1976, str. 664.

(16) Позниħ, *op. cit.* стр. 285 и 287.

(17) Трива, *op. cit.* стр. 492.

(18) Цигој у Благојевић-Круљ, *Коментар закона о облигационим односима*, Београд 1980, стр. 568; Перовић-Стојановић, *Коментар закона о облигационим односима*, I, Крагујевац 1980, стр. 650; Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, II, Занреб 1978, *str.* 964. Cigoj, *Neupravičena pridobitev*, „Zbornik znanstvenih razprav pravne fakultete v Ljubljani" 1981, *str.* 24—26; Vass, *Sticanje bez osnova*, „Гласник АКВ" 4/1979, *str.* 6—7.

(19) Cigoj, *Neupravičena...*, str. 25 и у Благојевић-Круљ, *op. cit.* стр. 568.

рија се јавља у две варијанте: као процесна еквивалентна теорија и чиста процесна теорија. Према чистој процесној теорији, предмет спора је утврђен једино тужбеним предлогом, односно више предлога значи више захтева. Према процесној еквивалентној теорији, међутим, предмет спора одређују два елемента — тужбени предлог и тужбени основ. Разликовање чисте процесне и процесно еквивалентне теорије је значајно ради утврђивања истоветности захтева, пре свега у фази пре правноснажности (питање литиспенденције, објективне кумулације захтева, измена тужбе), јер је у односу на правноснажност општеусвојено становиште да је правноснажношћу обухваћен само онај тужбени основ из којег извире судска одлука(20).

У југословенској теорији преовлађује процесна концепција спорног предмета(21). По члану 333/1 Закона о парничном поступку, пресуда постаје правноснажна уколико је њоме одлучено о захтеву тужбе или противтужбе. Из наведеног произлази закључак да правноснажна постаје само изрека, а не постају правноснажни разлози пресуде. Ипак, чињенично стање је значајно за идентификацију историјског догађаја, на којем се заснива судска одлука. Зато су правноснажношћу обухваћене и чињенице на основу којих је суд усвојио своју одлуку. То, међутим, не значи да је правноснажношћу одлучено о постојању неких од тих чињеница. У стварности, ниједна чињенична констатација, сама за себе, не постаје правноснажна, већ једино у вези са изреком пресуде. Правноснажан постаје субсумциони закључак суда, а не његови елементи(22). Чињенично стање на којем се заснива пресуда, у целини је обухваћено правноснажношћу изреке те стога на истом склопу чињеница не може да се заснива садржински исти захтев, чак иако се неке чињенице додају или изоставе(23). Будући да правноснажност обухвата све чињенице које представљају јединствену целину, (историјски догађај), односи се и на чињенице које у поступку нису биле наведене, а ипак улазе у оквир исте целине(24). Међутим, правноснажност не представља препреку

(20) Више о томе видети Juhart, *op. cit.* стр. 266—270 и 455; Juhart, *Sporni predmet v zakonskih sporih*, „Zbornik znanstvenih razprav pravne fakultete v Ljubljani" 1962, *str.* 79; *Sprememba tožbe*, „Pravnik" 1—2/1963, стр. 51; Schwab, *Der Streitgegnstand im Zivilprozess*, München und Berlin 1954; Rosenberg-Schwab, *op. cit.* стр. 482—486.

(21) Зуглиа, *op. cit.*, стр. 506—510; Трива, *op. cit.* стр. 313 и 503—507; Уде, *op. cit.* стр. 181; Познић, *op. cit.* стр. 192—194; Wedam-Lukić, *Kdaj pomeni pravnomočna odločba oviro za novo sojenje*, „Pravnik" 4—6/1980, стр. 153. Јухарт у систему, стр. 270, каже и то да ЗПП најбоље одговара материјалноправном поимању предмета спора, а у расправама *Sporni predmet v zakonskih sporih i Sprememba tožbe*, одлучно се определио за процесну теорију. Цивилистичку теорију заступа *Radoman, Ustanova presuđene stvari — res iudicata*, „Odvjetnik" 3—4/1971, *str.* 115 и сл. Право, које пресуда непобитно утврђује, одлучно је за опредељивање спорног предмета и по мишљењу Barata, *Res iudicata*, „Glasnik AKB" 3/1958, стр. 15. У последње време се за цивилистичку теорију заступа и Cigoj, *Vloga poslovne podlage v okviru spornega predmeta*, „Pravnik" 1—3/1983, *str.* 7—31. У немачком праву процесну теорију заступају Rosenberg и Schwab, с тим што је исту теорију усвојио и немачки врховни суд (Rosenberg-Schwab, *op. cit. str.* 485). Међутим, у француском и италијанском праву преовлађује цивилистичка теорија, која настоји да границе правноснажности одређује са становишта права које је предмет пресуде (вид. нпр. Cornu-Foyer, *Procédure civile*, Paris 1958; Motulsky, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Ecrits, *Etudes etnotes de procédure civile*, 1973, стр. 201 и сл; Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, вид. Allorio; *Commentario del Codice di procedura civile*, II/1, Torino 1980, стр. 3—234).

(22) Juhart, *op. cit.* стр. 454; Triva, *op. cit.* стр. 503; Zuglia, *op. cit.* стр. 493.

(23) Triva, *op. cit.* стр. 504.

(24) Triva, *ibid.* стр. 504; Познић, *op. cit.* стр. 287; Rosenberg-Schwab, с. 839, и Juhart, *op. cit.* стр. 460, говоре о преклузивном дејству правноснажности.

само за доказивање садржински истог захтева, већ помоћу њега није могућно доказивати ни захтев који је дијаметрално супротан захтеву о којем је било правноснажно одлучено јер би се тиме побијала правилност прве одлуке(25).

Према процесној теорији, правноснажност не обухвата правни основ захтева(26). Тужилац није дужан да наведе правни основ свог захтева, а ако га наведе, суд није везан њиме (члан 186. ст. 3. ЗПП). Правноснажност се односи на догађај у животу, посматран објективно, а не на правну конструкцију која из њега произлази. Ако суд одбије тужбени захтев, који произлази из одређеног догађаја живота, тада није могућно тражити да суд пресуди о истом захтеву и истом догађају са становишта другог правног основа. Суд може тужбени захтев да одбије тек ако утврди да није доказан ни по једном правном основу. Ако суд не поступи тако, пресуда се може побијати, али није дозвољено подношење нове тужбе ослањањем на други правни основ(27).

Према процесној теорији, захтев поводом стицања без основа, због двоструке исплате дуга, био би, без сумње, идентичан захтеву за враћање једне исплате, под условом да је прва исплата извршена још у време на које се односи правноснажност. Свака изрека о чињидби садржи констатацију постојања захтева. Изрека прве пресуде: „Тужени је дужан да плати тужиоцу х дин.", истовремено значи констатацију да постоји тужиочево потраживање према туженом у висини х динара, тј. да потраживање још није угашено. Међутим, пресуда којом би суд удовољио захтеву да поверилац врати прво плаћање, значило би констатацију да потраживање у време првог суђења није више постојало. Захтеви су контрадикторни, међусобно некомпатибилни, и зато треба сходно члану 333/2 ЗПП, тужбу одбацити.

6. Може се поставити питање — да ли бисмо дошли до другачијег закључка и кад бисмо прихватили цивилистичку теорију. Поменута теорија дозвољава да тужилац, чији је тужбени захтев суд одбио, јер је утврдио да не постоји одређени правни основ, поднесе нову тужбу којом се остварује исти захтев на основу истог чињеничног стања, с тим што га ослања на други правни основ. Али, ни према цивилистичкој теорији није могућно новом тужбом остваривати право које је у супротности са правом које је било правноснажно утврђено(28). То је последица позитивног вида правноснажности. Наиме, правноснажност не делује једино у негативном смислу — да о ствари о којој је било правноснажно пресуђено, није дозвољено ново суђење *(ne bis in idem)*, већ

(25) Јухарт, *op. cit.* стр. 455; Трива, *op. cit.* стр. 504; Маркичевић, *„Правоснажно . .* стр. 11. Исто одл. СС, Гзс 36/74, „Правни живот" 12/1975, стр. 84.

(26) Juhart, *op. cit.* стр. 455; Познић, *op. cit.* стр. 194; Triva, *op. cit.* стр. 504; Zuglia, *op. cit.* стр. 508. Врховни суд Југославије је прво заузео становиште да су за оцену истоветности захтева значајни и правни основ и чињенично стање (Рев 2808/63, ЗСО 3/1963, одл. број 348, стр. 72). Међутим, у каснијој одлуци Суд је изричито нагласио да је значајна истоветност стварног догађаја објективно посматраног, а не правна квалификација, јер суд није везан правним основом, који наведе странка (СС, Гзс 75/76, ЗСО 4/1977, одл. број 514, стр. 279). Склоп чињеница из којих произлази тужбени захтев је одлучан за одлучивање о идентитету захтева и по мишљењу окр. с. у Сиску (Гж 53/82, Преглед судске праксе, прилог *„Наше законитости"*, број 20, одл. број 133, стр. 97). Изузетак представљају једино пресуде у којима се утврђује постојање неког права или правног односа (члан 187/1 ЗПП). У таквом случају, правна квалификација чини садржину спорног предмета и зато се правоснажност односи и на њу (Triva, *op. cit.* стр. 503).

(27) Трива, *op. cit.* стр. 505.

(28) Barat, *Res iudicata . . , str.* 7. Исто одл. франц. суда од 16.6.1937, цит. према Dalloz, *Code civil*, 1953, *str.* 483.

и у позитивном смислу — да то што је правноснажно пресуђено треба прихватити као истинито *(res iudicata pro veritate habetur)* и правноснажна пресуда обавезује странке тако да од суда не могу захтевати одлуку са друкчијом садржином *(res iudicata facit ius inter partes)*. Негативни вид — *ne bis in idem* — дијалектички је повезан са позитивним видом: будући да није дозвољено да се суди другачије, нема разлога да би се још једанпут судило, јер за то странке немају ни правни интерес(29).

Позитивна повезаност са садржином одлуке долази до изражаја пре свега када се поставља проблем претходних питања (члан 12/1 ЗПП). То што произлази из правноснажне одлуке, суд не може једноставно ценити, већ мора прихватити као истинито. Супротан доказ није дозвољен против правилности констатација које произлазе из правноснажне одлуке(30). При томе, није од значаја то да ли је оно што је пресудом утврђено и заиста правилно. То што је правноснажно пресуђено нема вредност „истине" зато што је „истина", већ зато јер је то једини начин да се „истина" утврди(31). Пресуда не обавезује зато што је законита, већ зато што је израз суверене државне воље(32). То је разлог због којег и неправилне пресуде постају правноснажне(33). Правноснажност значи компромис између захтева за што већом законитошћу, који тражи да се правилност пресуде стално изнова проверава и захтева за правном заштитом, који тражи да пресуда буде чврст темељ правних односа и убудуће. Друштво мора да преузме ризик да ће правноснажна постати и нека погрешна пресуда. Наиме, штета која због тога настане још је увек мања од штете до које би дошло кад би се спорови одуговлачили бесконачно(34). Треба нагласити да правноснажност не значи апсолутну немогућност побијања. Због неких тежих кршења, пресуда се може још побијати ванредним правним средствима.

У вези са неправилним пресудама, јавља се и питање какав је утицај правноснажне одлуке на материјалноправни однос. Према цивилистичкој теорији, пресуда значи промену материјалноправног односа. Главни доказ о томе могле би да буду управо неправилне пресуде. Ако суд утврди обавезу која у стварости не постоји, суд је, према цивилистичкој теорији, изменио правни одос каји је постојао пре пресуде. Међутим, према процесној теорији, суд спорна права и правне односе само утвр-

(29) Трива, *op. cit.* стр. 489; Лент-Јауерниг, *op. cit.* стр. 195.

(30) *Code civil* уврштује правноснажност међу законите претпоставке — Des présomption établies par la loi, арт. 1350.

(31) Pugliese, у „Enciclopedia del diritto", Giuffre 1969, XVIII, стр. 824.

(32) Triva, *op. cit.* стр. 488.

(33) Изузетак представљају непостојеће пресуде о којима додуше закон не говори, али их познаје теорија (вид. Juhart, *op. cit.* стр. 438—441; Triva, *op. cit.* стр. 537). За непостојеће пресуде је значајно то да их не треба побијати, већ се може у сваком поступку, и по приговору, утврдити да не постоје. Као разлог за непостојање у теорији се наводе ови разлози: да пресуду уопште није донео суд, недостатак две странке, непостојање битних елемената пресуде и имунитет лица против кога је пресуда донета. Судска пракса се према овом институту односи уздржано. Врховни суд Хрватске је одлучио да није реч о непостојећој пресуди, иако је судијама поротницима истекао мандат (Рев. 845/79, ЗСО 4/1979, одл. број 283, стр. 177). У ванпарничном поступку понекад је могућно постићи измену пресуде тужбом нпр., у оставинском поступку), с тим да у таквом случају, тужба има вредност ванредног правног средства (Triva, *Novi zakon SR Makedonije o izvanparničnom postupku i komentar Stefana Georgievskog*, „Naša zakonitost" 7—8/1981, str. 48).

(34) Трива, *op. cit.* стр. 487; Маркичевић, *Правоснажно...*, стр. 13. У том смислу и Juhart, *op. cit.* стр. 439 и 449, као и Ude, *op. cit.* стр. 262. Montesquieu је рекао да се мир у породици и друштву као целини не темељи само на ономе што је правично, већ и на ономе што је доведено до краја (цит. по Cornu-Foyer, *op., str. 460*).

ђује, а изузетно пресуде имају и конститутивна дејства. Погрешна пресуда не мења материјално правни однос, али странке које правноснажна пресуда везује, не могу више узимати у обзир однос какав је постојао раније. Данас преовлађује процесна теорија(35).

Дакле, због позитивног дејства правноснажности, и у случају прихватања тезе да захтев из тужбе због обогаћења без основа није идентичан са захтевом о којем је било правноснажно одлучено, тужбени захтев не бисмо могли усвојити све дотле док постоји правноснажна одлука. Другчије решење није могућно објаснити ни помоћу правне конструкције према којој, иако дужник нема основа да тражи натраг другу исплату, јер је она била извршена на основу правноснажне пресуде, може да тражи враћање прве исплате, јер се правни основ за такву исплату угасио другом исплатом. Наиме, тужилац своју тврдњу да је дуг платио два пута не може да докаже док постоји правноснажна одлука из које произилази да је дуг у тренутку на који се односи правноснажност још увек постојао. И за суд и за странке вреди то да прве исплате уопште није било, све док таква пресуда постоји. Ако суд одбије сâму тужбу, морао би је одбити због неоснованости захтева.

7. Ако институт двоструке исплате дуга по члану 212. Закона о облигационим односима, схватимо тако да дужник има право да тражи повраћај, иако тврди да је дуг први пут платио пре тренутка наступања правноснажности, без сумње је у супротности са институтом правноснажности по Закону о парничном поступку. Међутим, поставља се питање није ли могућно, упркос томе, заступати становиште да је такво тумачење исправно, сматрајући да је Закон о облигационим односима, посебним уређивањем тог питања, утврдио изузетак од правила о правноснажности. У праву треба увек тражити компромисе између различитих интереса и, коначно, може се одступити и од начела правноснажности, ако оно што тиме добијамо заслужује такву цену.

Прво, да покушамо утврдити шта добијамо тиме што право на тужбу због обогаћења без основа дамо и странки која тврди да је дуг први пут платила још пре тренутка наступања правноснажности. Наиме, морамо узети у обзир то да странка може правноснажну пресуду побијати ванредним правним средствима. У случају двоструке исплате, обично долази у обзир понављање поступка, јер по члану 421. тачка 9. Закона о парничном поступку, то се може предложити: ако странка сазна за нове чињенице или нађе или стекне могућност да употреби нове доказе на основу којих је за странку могла бити донета повољнија одлуку да су те чињенице или докази били употребљени у ранијем поступку. Можемо да замислимо две ситуације: странка у ранијем поступку није стављала приговор да је дуг већ платила, или је приговор истицала, али исплату дуга није успела да докаже, због чега је суд усвојио захтев. Ако странка у првом поступку није истицала приговор у погледу исплате, без своје кривице, може да предложи понављање поступка. Странка може да предложи понављање поступка и у случају

(35) Juhart, *op. cit.* стр. 450; Познић, *op. cit.* стр. 283; Triva, *op. cit.* стр. 493; Маркичевић, *Правоснажно . . .*, стр. 13; Rosenberg-Schwab, *op. cit.* стр. 825; Lenz-Jauernig, *op. cit. 194.* Од југословенских процесуалиста је грађанскоправну теорију о утицају правноснажности на материјалноправни однос заступао Zuglia, *op. cit.* стр. 487.

кад својим приговором у ранијем поступку није успела да докаже да је дуг већ платила, али је сазнала за нове чињенице или је стекла нову могућност да употреби нове доказе, помоћу којих би могла сада успети. Ако странка у ранијем поступку није истицала приговор против исплате дуга, иако је знала да је дуг већ платила, вероватно неће успети са предлогом за понављање поступка (видети и члан 422, ст. 2. ЗПП). Ипак сумњам да би у таквом случају успела са тужбом због неоснованог обогаћења. За захтеве против стицања без основа вреди начело *volenti non fit iniuria*. Странка која је тужена ради испуњења обавезе за коју зна да је већ испунила, мора то да наведе у поступку, јер иначе сама ствара услове за то да се против ње донесе извршна исправа (видети и члан 211. ЗОО). Проблем може настати једино онда када је странка заиста знала да је дуг већ платила, а ипак није истакла приговор, јер није била свесна последица које ће је због тога погодити (странка не истиче приговор против платног налога, иако је дуг већ платила, јер сматра да је своју обавезу испунила и да је то довољно). Сматрам да би те проблеме требало решавати одговарајућом правном поуком којом би суд странку сасвим одређено упозорио на све последице њених пропуштања. У крајњем случају, такви проблеми се могу решавати помоћу гипкије примене правила о побијању судских одлука путем ванредних правних средстава (на пример, одговарајућим тумачењем појма „кривице", из члана 422, ст. 2. ЗПП), што ми изгледа још увек боље, него игнорисати правноснажност.

Случајеве у којима би дошла у обзир тужба због обогаћења без основа могућно је, дакле, решавати већ у оквиру правних средстава. Поставља се питање да ли је само то што је такав пут у стварности понекад дужи, довољан разлог за негирање правноснажности. Али то ионако вреди једино у случају када је пресуда већ извршна. Странка која утврди да је потраживање које јој налаже пресуда већ извршила, сигурно неће чекати извршење, већ ће пресуду одмах побијати ванредним правним средством. То може да буде разлог за одлагање извршења (члан 63 ЗИП), а ако странка својим правним средством успе, извршење се обуставља (члан 68. ЗИП). Ако би извршење у међувремену већ било спроведено, странка може да захтева враћање, подношењем предлога за противизвршење (члан 59. ЗИП).

У прилог тужби због обогаћења без основа могло би се, коначно, навести и то да су процесни услови за ванредна правна средства сразмерно кратки (субјективни рок за понављање поступка је 30 дана, члан 423 ЗПП). На то је могућно одговорити да и материјално право допушта обогаћење због преклузије, застарелости, итд.

Давање права странки да у наведеним случајевима може да подигне тужбу због обогаћења без основа, имало би многобројне негативне последице. Пре свега, то би значило да поверилац, који је своје потраживање остварио на основу извршног наслова, не би могао бити сигуран да је спор тиме решен, све док не би застарео кондикцијски захтев (рок застарелости би вероватно текао од друге исплате). Правни однос који би требало да буде решен судском одлуком, могао би да буде подвргаван увек новим преиспитивањима. Парнични поступак почиње већ обичном тврдњом и суд не може одбити тужбу иако је, на први поглед, неоснована (као пример: у поступку за понављање поступка

треба учинити вероватним да би нове чињенице, односно нови докази, довели за странку до повољније одлуке). Стога би се тужбом због обогаћења без основа могли да користе и нелојални дужници, а поверилац би морао увек изнова да се брани и доказује да је потраживање остварио само једанпут. На тај начин био би угрожен и правни поредак, јер правноснажност која би требало да значи коначно решење спора, постоји и због јавног интереса. Осим тога, појављује се проблем односа између тужбе због обогаћења без основа и предлога за понављање поступка. Странка наиме, може да побија тужбу предлогом за понављање поступка, иако је већ извршена, под условом да се држи прописаних рокова. Ако прихватимо тезу да захтев из тужбе због обогаћења без основа није идентичан са захтевом о којем је било одлучено, оба поступка могу да теку упоредо. Стога је могућно да дужник успе у оба поступка и да на тај начин добије два основа за враћање свог дуга.

Питање је и ово — да ли је прихватљива правна конструкција према којој дужник, додуше, не може да тражи враћање друге исплате, јер је она извршена на основу правноснажне одлуке, али може да тражи враћање прве исплате. Њен смисао требало би, очигледно, да буде у томе да се чињенично стање накнадно прилагоди неправилној пресуди, тако да може да остане на снази са свим својим дејствима. У поступку није уобичајено да се чињенично стање ретроактивно прилагођава пресуди, већ увек настојимо да пресуду ускладимо са стварним стањем. Нелогичност те правне конструкције долази до изражаја пре свега у неновчаним чинидбама (не видим да постоји разлог због којег не бисмо захтев за враћање признавали и у таквим случајевима). Може се догодити да је неко испунио обавезу (на пример, предао ствар), а да суд, упркос томе, не усвоји тужбени захтев за испуњење обавезе. У извршном поступку се може показати да ствари није могућно наћи ни код дужника ни код трећег лица, те суд на предлог повериоца одлучује да дужник мора да плати вредност ствари (члан 214. ЗИП). Сасвим је јасно да је у таквом случају неосновано плаћање вредности, а не предаја ствари која је била предмет обавезе.

На крају, можемо се упитати треба ли случај двоструке исплате дуга заиста фаворизовати у поређењу са неправилним пресудама. У свим осталим случајевима неправилних пресуда, закон, наиме, не даје странки право на захтев за враћање, иако је поверилац такође обогаћен. Тако, дужник не мора да захтева враћање иако је на основу пресуде платио дуг који никада уопште није настао, или ако је дуг платио два пута, двама повериоцима, од којих један није био легитимиран(36). Правноснажна пресуда обавезује странку иако је у супротности са когентним прописима, иако је обремењена тешким кршењем поступка(37). У нашем парничном поступку долази до изражаја тежња јачања, а не слабљења правноснажности, јер је Закон о парничном поступку из 1976. године напустио могућност преиспитивања оног дела пресуде који се не побија (члан 353, ст. 4. ЗПП, 1956), а осим тога, не постоји више посебан захтев за заштиту законитости савезног јавног тужиоца, због кршења

(36) У таквим случајевима пракса не дозвољава тужбу због обогаћења без основа — видети пресуде наведене у пар. 2.
(37) За непостојеће пресуде видети белешку број 33.

правила о јурисдикцији, који није био везан никаквим роком (члан 15, ст. 3. ЗПП, 1956). Чини ми се да двострука исплата дуга ни издалека не представља најтежу кривицу, у том смислу да би заслуживала посебну расправу.

8. Тешкоће до којих може доћи због невођења рачуна о правилима правноснажности, очигледно су веће од користи које би се стекле на тај начин. Стога бисмо се одредбом члана 212. Закона о облигационим односима морали користити тако да не дођемо у сукоб са правилима правноснажности. Граматичко тумачење те одредбе то не допушта. Сматрам да можемо заступати становиште да члан 212. Закона о облигационим односима уређује право на враћање само садржински, а ако се то право остварује судским путем, треба узимати у обзир све услове које утврђује процесно право. Када је могућно закон тумачити на два начина, вероватно треба прихватити оно тумачење које је више у складу са правним системом у целини.

(Превела др Вида Чок)

др Боривоје Познић,
редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији

ОСУДА НА БУДУЋЕ КАМАТЕ

Из одредаба Закона о облигационим односима (ЗОО) о времену испуњења обавеза и о доцњи дужника (чл. 314, 316. и 324) проистиче да поверилац може, по правилу, захтевати испуњење само ако је обавеза доспела. У ЗОО су прописани и неки изузеци од овог принципа: поверилац има право да захтева испуњење пре рока ако му дужник није дао обећано обезбеђење или ако на његов захтев није допунио обезбеђење смањено без његове кривице. Осим тога, повериоцу поменуто право припада и кад је рок уговорен искључиво у његовом интересу (чл. 316). Најзад, суд ће на захтев оштећеног досудити накнаду и за будућу материјалну штету, ако је по редовном току извесно да ће она трајати и у будућности (чл. 203).

Принцип да се испуњење може тражити само за доспелу обавезу изрично је прописан и у Закону о парничном поступку (ЗПП) одредбом којом се истовремено даје одговор на питање у ком тренутку у поступку обавеза треба да буде доспела, да би тужбени захтев био усвојен. По чл. 326. тога закона, суд може туженом да наложи да изврши одређену чинидбу само ако је она доспела до закључења главне расправе. Ово правило је у ствари израз једног ширег начела по којем је за мериторну одлуку меродавно стање материјалноправног односа у време закључења усменог расправљања на подлози којег суд одлучује. Доследно томе, контумациона пресуда може бити донесена, ако је обавеза доспела до закључења припремног рочишта.

Од горњег правила ЗПП, као што знамо, прописује два изузетка: прво, ако суд усвоји захтев за издржавање, он може обавезати туженог и на чинидбе које нису доспеле; друго, пресуду којом туженог обавезује да преда или преузме ствари дате у закуп, суд може донети и пре престанка тих односа.

Поводом првог од ових изузетака, треба рећи да за њега говоре разлози хуманости: издржавани субјект је лице у слабијем животном положају од даваоца издржавања, и тај његов положај би се погоршао кад би издржавани дошао у ситуацију да за сваки доспели месечни оброк издржавања мора да тужи даваоца који би му исплату тог оброка ускраћивао, и то понекад из чисте шикане. Управо овај законодавни мотив представља, по нашем мишљењу, основ за аналогну примену те одредбе и на неке друге случајеве. Исти разлози хуманости говоре за то да се овај изузетак прошири и на уговорно издржавање, као и на потраживање накнаде штете у виду месечне ренте због смањења опште животне или радне способности или по основу одговорности туженог за смрт даваоца издржавања.

Не видимо могућност да се путем аналогије одредба о осуди на будуће износе издржавања примени и на друге случајеве у којима тужиоцу припада право на чинидбе које се понављају. Међутим — ту стављамо нагласак нашег данашњег излагања — пресудом којом усвајају тужбени захтев за главницу и затезну камату, судови изричу осуду на исплату камате која буде доспела до дана исплате. Другим речима, пресуда у таквим случајевима садржи осуду и на износе камате који доспевају после закључења расправе, дакле, осуду на будуће, другим речима, недоспеле чинидбе.

За многе судове изложени начин одлучивања о камати представља устаљену праксу.

Поводом цитираних одредаба није сувишно истаћи да су оне добрим делом преузете из југословенског законика из 1929. године. У § 502. био је прво прописан принцип да осуда може бити изречена само за чинидбу која је доспела у време кад се пресуда доноси. Исти параграф садржи и одредбу о изузетку који се односи, просто, на издржавање, дакле не само на законско. Одредбе § 503. биле су посвећене обвезивању туженог на давање обезбеђења за будућа плаћања на која је осуђен по основу накнаде штете у виду ренте због лишења живота, телесне повреде или лишења слободе. Из одредаба овог члана види се да је осуди на будуће чинидбе било места и за обавезе по наведеним основима. Можемо се питати зашто таква одредба није ушла и у наше послератне законе о парничном поступку.

Наведене одредбе предратног југословенског законика представљају превод §§ 406. и 407. аустријског Грађанског процесног закона (ЗПО) Зато ће бити од интереса да се изнесу неки ставови савремене аустријске науке о могућности примене тих одредаба и на односе који наведеним аустријским законом нису изрично обухваћени, а у којима обавезе на чинидбе настају и у будућности.

По једном мишљењу треба, кад се ради о могућности изрицања осуде на будуће чинидбе, разликовати две врсте тражбених односа. Једна врста названа је трајнима, а друга односима у којима се чинидбе по-

нављају(1). Ако се у спору из односа прве врсте не би дозволила могућност осуде на будуће чинидбе, онда би разјашњење тога односа за будућност било искључено и тиме би, по мишљењу које излажемо била осетно ускраћена правна заштита. Отуда се истим мишљењем прихвата новија пракса аустријског Врховног суда која, супротно старијој и очигледно *contra legem*, узима да има места осуди на још недоспеле натуралне престације из' једног трајног односа. Цитиране су одлуке којима се изриче осуда закуподавца на грејање закупне просторије, осуда станара на грејање собе и давање доручка подстанару, осуда на испоруку млека на основу уговора о испоруци те намирнице, осуда глумца на наступање у одређеном локалу и сл. Другу врсту односа чине они код којих у појединим чинидбама треба видети само сталне чинидбе. Док је код прве врсте примарни предмет спора даље постојање и обим целог односа, дотле је код друге врсте предмет спора појединa чинидба која се понавља. Доследно томе, код ове друге врсте нема места изузетку од принципа да осуда може бити изречена само за доспеле чинидбе. Као пример, наводи се тужба за осуду на уговорене рате којима се отплаћује дуг. У ту другу врсту односа спада по истом мишљењу и уговор о зајму, као и камате које повериоцу на основу тог уговора припадају. При томе се изражава неслагање са једном одлуком аустријског Врховног суда по којој у спору у коме су камате *самостално* утужене има места осуди на плаћање будућих камата до исплате главнице(2). Затезна камата, која је истакнута споредним тражењем, у изложеном мишљењу се не помиње, али је тешко видети зашто би у погледу могућности осуде за будућност требало за ту камату, полазећи од истог мишљења, да важи нешто друго.

Другим мишљењем не спроводи се поменута подела. Уместо тога, истакнуто је да се из односа у којем се чинидбе понављају може тужити и за будуће чинидбе, ако постоји опасност да ће дужник занемарити њихово испуњење. При томе се не мисли на чинидбе које зависе од противчинидбе, као што је плаћање закупнине. Иначе, другим мишљењем, супротно првом, усваја се становиште поменуте одлуке аустријског Врховног суда да се пресудом којом је усвојен тужбени захтев ограничен на камате изриче осуда и на камате које ће доспети у будућности. Ово становиште наводи се као владајуће. Затезна камата се не помиње(3).

На овом месту се не упуштамо у оцену приказаних ставова у аустријској науци, посебно, у оцену мишљења о двема врстама трајних односа. Рећи ћемо само толико да приказана становишта и наведене одлуке не пружају сигуран основ за закључак о питању да ли се у аустријском праву изриче осуда на будуће затезне камате, утужене поред главнице. Изгледа да у тим становиштима и одлукама треба видети одређен одговор. Супротно аустријском, у немачком Закону о поступку је

(1) Признајемо да за немачке термине „Dauerschuldverhältnisse", одн. „Wiederkehrschuldverhältnisse", адекватнији превод нисмо могли наћи, али дозвољавамо себи премедбу да ни оригинални термини не изражавају срећно разлику између две поменуте врсте. Јер, трајност и понављање чинидаба су обележја обе врсте, али код једне немају исти значај као код друге.

(2) Изнесено мишљење заступа Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III Band, 1960, *p.* 667.

(3) Под другим мишљењем изнесени су ставови Holzhammer-a, *Österreichisches Zivilprozessrecht*, 1970, *p.* 147.

могућност покретања парнице у којој се предлаже осуда на будуће чинидбе широко отворена (§§ 257—259). Појединости не износимо. Ограничавамо се на то да укажемо на одредбу по којој једностране чинидбе које се понављају образују само једну групу случајева у којима је могућна осуда за будућност. Тужба за осуду на камате наводи се у литератури као један пример те групе. При томе се, што сматрамо значајним, истиче да једна већ доспела чинидба може да буде обухваћена тужбом којом се предлаже осуда на будуће чинидбе(4).

На крају овог кратког реферата да поновимо своје мишљење да се из одредаба чл. 329. ЗПП не може извести закључак по коме суд пресудом којом осуђује туженог да, поред новчаног износа као главнице и доспелих камата, плати и камате које ће у будућности доспети све док главница не буде исплаћена. Мислимо да такво уређење није целисходно и да га треба мењати уношењем проширења могућности осуде на будуће чинидбе. У нашој земљи је већ изражено мишљење да би *de lege ferenda* требало пледирати за проширење овлашћења на усвајање захтева који се односе на недоспела овлашћења и у погледу оброчних чинидаба, чинидаба које се понављају, а нарочито рентâ које не произлазе из законске обавезе издржавања(5).

др Боривој Старовић,
редовни професор Правног факултета у Новом Саду

АЛТЕРНАТИВНЕ И ФАКУЛТАТИВНЕ ОБЛИГАЦИЈЕ И ЊИХОВО ОСТВАРИВАЊЕ У ПАРНИЧКОМ И ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Облигациони односи са предметом *duae res in obligatione una in solutione* и *duae res in solutione una in obligatione,* као и остали модалитети алтернативних и факултативних облигација, отварају одређена питања у материјалном и процесном праву. Стога претензија на правилан одговор претпоставља испитивања у светлости облигационог, парничног и извршног процесног права. Разматрање и усвајање ставова само са аспекта једне од ових дисциплина не би било потпуно и лако би довело до погрешних решења.

I. 1. Алтернативне облигације у својој структури имају две или више престација, од којих је само једну овлашћен да захтева поверилац или је дужник овлашћен да учини једну од њих, зависно од тога коме припада право избора. Под алтернативном облигацијом не можемо узети да су то само алтернативне обавезе, као што се то у теорији обично означава. Алтернативна облигација (овде облигационо-правни однос) увек задржава основне елементе облигационог односа иако у својој структури има више престација у алтернацији. Поводом тих преста-

(4) Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 1969, *p.* 440.
(5) Трива, *Грађанско парнично процесно право,* 1983, *стр.* 307.

ција поверилац и дужник се налазе у облигационом односу — корелацији права и обавеза. Поверилац има право (алтернативно) да тражи једну од престација а дужник има обавезу (алтернативно) да изврши једну од престација. То значи да алтернативна облигација субсумира у себи алтернативно право повериоца па тим алтернативну обавезу дужника, те да није сасвим исправно ове облигације означавати као „алтернативне обавезе" (пледирамо за прецизнији термин „облигације са алтернативним правом и обавезом" или само „алтернативне облигације" под претпоставком да се не дође у колизију са другим означавањима). Који субјекат ће одредити предмет престације односно шта ће дефинитивно бити предмет облигације, предодређује припадност овлашћења на избор престације (што треба разликовати од овлашћења да се тражи извршење облигације — захтева, са којим је снабдевена свака облигација осим природне). Постојање тог овлашћења и могућност његове припадности једном од субјеката облигације, чини да се ове облигације издвајају у засебну групу од општег типа облигација мада алтернативност не мења својствену структуру корелативних односа у облигацији — наспрам права повериоца стоји обавеза дужника и *vice versa*. Релација односа је иста када избор треба да изврши неко треће лице, односно суд.

Конструкција алтернативних облигација чини да је право повериоца појачано тако да се односи на више престација или је обавеза дужника умањена тим да може извршити једну од више престација — зависно од тога ко има овлашћење на избор. Таква конструкција облигационих односа и одговарајућа техника њиховог извршења мотивисана је потребом да се још недефинисана опредељења субјеката ипак изразе у правној форми, која ће обезбедити и више гарантовати остваривање облигације у сфери воље субјеката када њихова опредељења постану коначна.

2. Претпоставља се да овлашћење на избор припада дужнику, ако нешто друго није уговорено (чл. 403 ЗОО).

Субјекти облигације могу одредити да овлашћење на избор припада дужнику или повериоцу, односно неком трећем лицу.

Избор је извршен када страна којој то овлашћење припада обавести другу страну о свом избору. Од момента обавештења избор је неопозив и не може се више мењати (чл. 404, ст. 1 ЗОО).

То би било релевантно и у ситуацији када је треће лице овлашћено на избор. Тада је довољно да само један од субјеката облигације буде обавештен о избору.

Правило је да од момента када је избор уредно извршен облигација постаје једноставна (проста); ретроактивно — од тренутка када је настала (чл. 404, ст. 2. ЗОО).

Дужник је овлашћен да приступи избору све док у поступку принудног извршења једна од „дугованих ствари" не буде делимично или потпуно предата повериоцу, по његовом избору (чл. 405, ст. 1. ЗОО).

Престанак овлашћења повериоца на избор није нормиран Закон о облигационим односима. Прописано је само да оно прелази на дужника ако поверилац, по позиву дужника, у примереном року не изврши избор. Дужник не може тражити изјашњење повериоца све док не наступи време у којем обавезу треба испунити (чл. 405, ст. 2. ЗОО).

Овлашћење трећег лица престаје ако оно не изврши избор у времену које је одређено или се разумно може претпоставити, а најдоцније онда кад један од субјеката облигације постави захтев да избор изврши суд (чл. 406 ЗОО). Не мислимо да би од тог момента могло постојати овлашћење трећег. У питању је однос поверења које престаје, више или мање од тренутка постављања захтева пред судом (не би се више могла очекивати објективност трећег лица).

3. а) Пошто према ЗОО дужниково овлашћење траје све док у извршном поступку једна „од ствари" није предата повериоцу по његовом избору а припадност овлашћења је погодност, узима се у литератури да је поверилац у случају судског поступка дужан да постави алтернативне тужбене захтеве (Трива § 87/6 Грађанско парнично процесно право, Загреб 1983., уз напомену да постоје у тексту неке нејасноће, Познић, § 637, Београд, *Грађанско процесно право* 1982. и Уде, § 51/2 Civilni pravedni postopek, Љубљана, 1980.) Аутори, међутим, не дају оправдање таквог става — непостојање таквог субјективног права, непостојање правног интереса или други разлози.

Субјективно право повериоца је у овој ситуацији у једној компоненти „слабије" а у другој „јаче". Поверилац нема право на одређену престацију, већ је дужник овлашћен да изврши ону која је за њега повољнија — повлађује се интересу дужника. Полазећи од извесности извршења обавезе облигација је за повериоца „јача". Ако један предмет постане немогућ услед догађаја за који не одговара ниједна страна, облигација се ограничава на преостали предмет (чл. 407 ЗОО). Ова друга компонента алтернативних облигација (већа извесност извршења) је увек присутна, без обзира на коме је овлашћење за избор. У релацији повољнији положај једног од учесника облигације и већа извесност извршења облигације — не може се дати примат ниједном од ових елемената као карактеристичном за ове облигације. Треба прихватити да је ова врста и форма правних односа успостављена да задовољи и један и други интерес и да њихова спретна комбинација може да одговори свем шаренилу тражења која се појављују у практичном правном животу. Инсистирањем да поверилац треба да постави алтернативни захтев, облигација се одржава у „непромењеном стању" у току судског поступка, исто као и позиција странака. Постављањем само једног захтева поверилац би неовлашћено променио облигацију и тражио више него што њему припада (у компоненти избора престације). Изгледа нам да суд ипак не би смео одбити тужбу као неосновану ако томе тужени не приговори. Упуштањем у расправљање о тужбеном захтеву и пропуштањем приговора тужени изражава свој пристанак са избором предмета облигације и настаје ситуација као да је он сам извршио избор. Ствар је туженог да ли ће избор задржати до последњег момента (извршења) и тим повериочеву позицију веће извесности у намирењу облигације или, пропуштањем приговора, изјавити избор предмета и тим укинути већу извесност извршења која прати ове облигације (консеквенца овог става је да се не би могла донети пресуда због изостанка, да суд не би могао донети пресуду без одржавања главне расправе у привредним споровима). Приговор туженог би требало да води одбијању тужбе тек ако тужитељ не преиначи тужбу додавањем алтернативног захтева. Не ми-

слимо да би се тужени томе могао противити јер улагањем приговора антиципира се пристанак на такво преиначење.

Према томе, став да поверилац треба да постави алтернативне тужбене захтеве би био исправан уз ову резерву. Ризик неуспеха не би био одбијање тужбе већ само „процесна дужност" да се тужба преиначи.

б) Поверилац који је овлашћен на избор може у судском поступку поставити један захтев — питање је да ли може тужити алтернативно. Облигација са алтернативним престацијама и овлашћењем на страни повериоца је повољна за њега — предности такве облигације су на страни повериоца. Тужбом са алтернативним захтевима поверилац би одржао ту предност све док се не би приступило покретању извршног поступка. Не видимо основа да се ово право ускрати повериоцу, осим ако тужени то не тражи. Тужени може и у току судског поступка позвати повериоца да изврши избор (чл. 405, ст. 2 ЗОО). Поверилац би тада могао извршити избор и свести облигацију на један предмет или оставити непромењену тужбу. У овом случају би по чл. 405, ст. 2 ЗОО овлашћење на избор прешло на дужника и поступак би се несметано наставио као да је дужник оригинерно био овлашћен на то.

в) ЗОО не одређује рок у којем треће лице треба да изврши избор — то могу утврдити странке или је то разумно време. Пропуштање рока даје овлашћење странкама да захтевају од суда да изврши избор (чл. 406 ЗОО).

Судска одлука о одређивању предмета била би конститутивна. Тужени је свакако овлашћен да тражи пресуду о одређивању предмета облигације (пре него што би поверилац подигао тужбу).

Право повериоца на пресуду о одређивању предмета облигације се исто тако не може негирати. Између странака може настати спор само о предмету облигације а не о спремности дужника да изврши одређену престацију из облигације. У тој ситуацији се не може оспорити право повериоца да тражи пресуду о одређивању предмета облигације.

Поверилац би то право могао остварити једном тужбом којом би поставио алтернативне захтеве и истовремено захтев да суд изврши избор престације коју дугује дужник. Тим би продужио трајање алтернативне облигације до доношења пресуде. Ово се коси са једним мишљењем у литератури, да се у нашем праву не може поднети тужба са алтернативним захтевима и *препустити* суду да изврши избор престације коју би дужник дуговао (мишљења датирају из времена пре доношења ЗОО и не односе се непосредно на ову солуцију). Изгледа нам да поверилац у овој ситуацији не би ни морао да тражи да суд изврши избор, већ би тужбом могао поставити само алтернативне захтеве. Ствар је туженог да захтева од суда да изврши избор или да прихвати пресуду са алтернацијом (посебном пресудом би се доцније могао одредити предмет извршења или узети да је избор на дужнику).

4. Правила о ограничавању облигације на један предмет услед немогућности да се облигација изврши другим (чл. 407 и 408, ст. 1 и 2 ЗОО), релевантна су тек од момента када је извршен избор престације (у строгом правнотехничком смислу). Тек извршењем избора облигација постаје једноставна и узима се да је таква била од почетка — избор се више не може мењати (чл. 404, ст. 1 и 2 ЗОО).

5. Подношење тужбе са алтернативним захтевима изазива нека питања о надлежности суда.

Месна надлежност суда би се у правилу равнала према једном од алтернативних захтева, док би други по атракцији спадао пред исти форум. Међутим, када је у питању *forum exclusive* требало би тужити пред судом који је искључиво надлежан за један од захтева. Ако су захтеви у искључивој надлежности различитих судова онда би или требало дозволити атракцију по избору тужитеља, или инсистирати да се изврши избор престације пре утужења. Овде је присутна недовољна усклађеност материјалног и процесног права — једном треба дати примат. Односно, или кориговати норме процесног права и дозволити атракцију код искључиве надлежности или негирањем права на утужење извршити притисак да се странке одрекну својих материјално-правних овлашћења на доцнији избор алтернативе (да облигацију претворе у једноставну пре утужења). Имајући у виду функцију и циљ парничног процесног права и посебно установе *forum exclusive*, пре би требало дозволити атракцију између две искључиве надлежности.

Вредност предмета спора, некад важна код стварне надлежности, права на ревизију, вођења поступка у споровима мале вредности, састава суда и друго, не би се узимала у збиру алтернативних захтева. Предмет спора дефинитивно је исходовање само једне престације, те нема основа да се кумулирају тужбени захтеви (делом би се могла применити правила која се односе на *facultas alternativu* — чл. 4, ст. 2 ЗПП). Врста престације би некад водила атракцији надлежности вишег суда (за спорове које решава одређени суд виши по рангу) или би могла да спречи вођење неког посебног поступка (поступак у спору мале вредности се не би могао водити ако би један од захтева био из спора о некретнинама).

5. Поверилац који је исходовао судску одлуку са досудом алтернативних престација, а право избора припада дужнику, у предлогу ради извршења треба да означи предмет којим обавеза треба да буде испуњена (чл. 24, ст. 1 ЗИП). У извршном поступку се тражи одређеност и на алтернацији се више не може инсистирати (чл. 35 ст. 1 ЗИП).

Дужник ипак није преклудиран у свом овлашћењу на избор. Он то право има све док поверилац није ма и делимично примио предмет који је у предлогу за извршење захтевао (чл. 24 ст. 1 ЗИП). Или, како се то одређује у чл. 405 ст. 1 ЗОО — дужник има овлашћење на избор све док у извршном поступку једна од дугованих ствари не буде потпуно или делимично предата повериоцу по њиговом избору.

Наша ранија пракса тумачила је сличну одредбу из § 17/1 и 2 ИП, да дужник свој избор друге престације треба да учини реално. Потребно је да предузме или стварно понуди извршење те друге престације. Сама изјава да се опредељује за другу престацију није била довољна да се обустави започето извршење на остваривању прве престације, пошто би то могло у целини осујетити намирење повериоца. Не верујемо да се са аспекта садашњег извршног поступка овом ставу може било шта замерити и да томе није препрека одредба чл. 404 ст. 1 ЗОО о начину вршења избора.

Постане ли немогућа престација коју је поверилац тражио у предлогу за извршење, он би могао под условима из чл. 407 и 408 ЗОО тра-

жити намирење другим предметом. Одређивање једне од алтернативних престација у оригинерном предлогу за извршење, нема значај избора престације пошто овлашћење на избор припада дужнику. То значи да је облигација и даље алтернативна и да су релевантна споменута правила ЗОО о дејству немогућности на овакве облигације.

Постојање судске одлуке са досудом алтернативних престација и под претпоставком да је овлашћење на избор остало на повериоцу, не доводи до исте ситуације. Овде је поверилац овлашћен на избор и то мора учинити најдоцније у предлогу за извршење. Тиме је избор извршен, облигација је постала једноставна и наступање немогућности би имало дејства према општим правилима облигационог права (за једноставне облигације).

II. 1. Облигациони односи са *facultas alternativom* су они у којима дужник у правно-техничком смислу има обавезу само на једну престацију, али може по свом избору дати други унапред одређени предмет и тим се ослободити своје обавезе.

Дужниково овлашћење на избор, ако друго није уговорено, траје све док поверилац у извршном поступку не добије потпуно или делимично предмет који се из облигације дугује (чл. 409 ЗОО).

Поверилац нема право да тражи извршење те друге престације пошто она није у облигацији, па ни онда ако би предмет облигације постао немогућ услед догађаја за који дужник одговара (чл. 410 ст 1 и 2 ЗОО).

Уношење *facultas alternative* у сферу облигационог односа може бити оригинерно, по споразуму странака, или накнадно —било додатним споразумом, било једностраном понудом повериоца. У овој ситуацији не би била потребна сагласност дужника, довољно је да он не одбије такву понуду. И тада би било релевантно исто правило о временској важности *facultas alternative.*

2. Покретање судског поступка и уношење *facultas alternatve* у тужбени предлог не претпоставља претходно постојање споразума или понуде повериоца о овоме.

Постојање овакве алтернације у претпроцесним односима странака не повлачи дужност повериоца да то истакне у тужби. Он може поставити захтев само ради извршења престације коју дугује дужник. *Facultas alterittiva* је овлашћење дужника и његово је да приговори овако непотпуном тужбеном захтеву.

Поверилац може по правилима парничног процесног права дати понуду туженом на *facultas alternativu* (иако није била уговорена или раније изјављена), у тужбеном поднеску или у току главне расправе (чл. 327 ЗПП). Суд је тада дужан у (позитивној) пресуди да изрекне да је тужени овлашћен да изврши другу престацију и тим се ослободи обавезе из облагиционог односа. ЗПП налаже суду ову дужност у ситуацији када се води спор о досуди неке ствари а понуђена *facultas alternativa* се састоји у новчаној чинидби. Постоје мишљења у литератури да би ову одредбу ЗПП требало шире тумачити тако да би се овако могло поступити без обзира на врсту престације из облигационог односа и *facultas alternative.*

3. Правилима из чл. 25 ЗИП нормира се поступак намирења повериоца на основу извршне исправе у којој је утврђено овлашћење дужника на престацију из *facultas alternative* — решење је једнако правилу из чл. 409 и 410 ст. 1 ЗОО (у ЗИП се користи погрешан израз „факултативно овлашћење дужника").

Да би дужник користио своје овлашћење и ослободио се обавезе коју треба да испуни, потребно је да изврши престацију из *facultas alternative* пре него што поверилац прими ма и делимично испуњење досуђене обавезе.

Пропуст суда да изрекне у пресуди *facultas alternativu* или понуда која је дата изван, односно после судског поступка, не би овластила дужника да овим „редовним" начином доведе до обуставе извршног поступка. Следствено начелу строгог формалног легалитета *facultas alternativa* треба да је садржана у извршној исправи. Међутим, дата понуда о могућности извршења престације из *facultas alternative* овластила би дужника на опозициони приговор односно тужбу (чл. 50 ст. 1 тач. 8 и 54 ст. 1 и 4 ЗИП). Ово би било релевантно и ако би се из правно-политичких разлога инсистирало на строгој примени одредби чл. 327 ЗПП о условима процесне *facultas alternative*(1).

др Гордана Станковић,
доцент Правног факултета у Нишу

СУПАРНИЧАРСТВО И ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

1. Повезаност матријалног грађанског права, чији је један део и облигационо право, и парничног процесног права и њихова узајамна условљеност и међузависност, испољавају се и на примеру појединих процесних установа, приликом њиховог конципирања и нормативног уобличавања, као што је то случај и са супарничарством.

Супарничарство(1) је процесна установа која омогућава истовремену кумулацију субјеката у једној процесној улози из разлога економичности, ефикасности и правне сигурности. Супарничарство је факултативна установа која може да настане само под условима или само у случајевима који су предвиђени прописима процесног права.

(1) ЗОО у чл. 411 ст. 1. и 2. садржи каутеларно правило које се односи на евентуално уговарање или одређивање факултативних потраживања и упућује на аналогну примену одредби о алтернативним облигацијама и факултативним обавезама.

(1) О супарничарству, као процесном феномену, детаљно: М. Марковић — *Грађанско процесно право*, св. I, књ. I, Београд, 1957, стр. 212; S. Zuglla, *„Građanski parnični postupak SFNRJ*, Zagreb, 1957; стр. 388; Б. Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1982, стр. 334; С. Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 1983, стр. 338; J. Juhart, *Civilno procesno pravo FLRJ*, Ljubljana, 1970, стр. 305; S. Kamhi, *Građanski sudski postupak*, Sarajevo, 1967, str. 171; А. Лазаревић, *Основи на граѓанската судска постапка*, Скопје, 1968, стр. 275; L. Ude, *Civilni pravdni postopek in samoupravni sodni postopek*, Љубљана, 1980, стр. 195; М. Јовановић, *Грађанско процесно право*, Крагујевац, 1979 стр. 98; М. Чизмовић, *Грађанско процесно право*, Титоград, 1981, стр. 149; Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, I, Ниш, 1983, стр. 391; З. Ивошевић, *Супарничарство*, Београд, 1979.

Супарничарство је процесна појава која је условљена не само правно-политичким и правно-техничким разлозима. Природа неких материјалноправних односа, међу којима су и облигационоправни, у којима може да дође до спорова који се решавају по правилима парничне процедуре, и структура тих односа, утичу на постојање и настанак супарничарства. Сами институти материјалног права и правне заједнице у материјалноправним односима као и саме ситуације које у њима настају или могу да настану условљавају и изазивају потребу за постојањем супарничарства као процесне заједнице.

Прописима облигационог права регулисана је структура облигационог односа и предвиђене су ситуације у њима које омогућавају и допуштају да у поступку евентуално дође до супарничарства. Прописи облигационог права не само што утичу да ова институција постоји као процесни феномен и што омогућавају да се у једној конкретној парници, због ситуације у самом облигационом односу, јави множина лица у једној страначкој улози, већ у одређеној мери утичу и на врсту и положај самих супарничара у парници.

. Облигација је правни однос који има своје субјекте, који постоји само између одређених лица. Субјекти облигације су две стране у једном облигационом односу које у њему могу имати само један од два могућна положаја — положај дужника или положај повериоца. У улози и својству једне стране у облигационом односу могу да се нађу или једно или више лица — физичких или правних, тако да је могућно да се у својству дужника или у својству повериоца или у оба ова својства налази множина лица. Зато је и читав један одељак *Закона о облигационим односима* посвећен обавезама са више дужника или поверилаца.

Настајање облигација са више дужника и више поверилаца, без обзира да ли се ради о заједничким (недељивим) или о дељивим облигацијама, доводи до стварања препроцесних материјалноправних заједница на подручју облигационих односа. Овакви облигациони односи са множином субјеката били су повод да процесно право конструише установу супарничарства и да *Закон о парничном поступку* предвиди одређене услове под којима је оно допуштено.

Околност да у облигационим односима може да постоји множина субјеката у својству једне стране у том односу, ствара потенцијалну могућност да до супарничарства дође у евентуалној парници, али представља и један од услова за заснивање супарничарске заједнице у улози једне од парничних странака. На тај начин облигационо право омогућава да се још пре парнице створе услови за евентуални настанак процесне заједнице, услови који би окупили правне субјекте као супарничаре ако до парнице и дође. Уколико до парнице и дође, прописи облигационог права утичу на оцену допуштености супарничарства у конкретној парници.

Супарничарство се, по правилу, заснива тужбом јер стицање супарничарског својства зависи од воље тужиоца. Тужиоцу, који је субјект једног облигационог односа, стоји на располагању могућност да користи оне процесне предности, које му у поступку пружа установа супарничарства. Ако до супарничарства и дође, његову допуштеност процењује суд који испитује да ли постоје услови за његово заснивање пред-

виђени Законом о парничном поступку. Приликом оцене да ли постоје услови за допуштеност супарничарства, суд мора да има у виду прописе облигационог права, јер су они меродавни приликом одређивања појединих услова за допуштеност супарничарства.

3. Кад у једном облигационом односу дође до спора и настане потреба за пружањем правне заштите судским путем по правилима парничне процедуре, те једна од страна из тог односа изнесе настали спор пред суд на решавање, множина субјеката у облигационим односима одражава се на плану процесног права пре свега кроз настајање супарничарства: активног, пасивног или обостраног. Могућно је, наиме, да у парници, зависно од воље тужиоца, а у извесним случајевима и од природе самог односа или од наређења закона, у једној страначкој улози или у обе, дође до истовремене кумулације субјеката у улози исте парничне странке.

4. Активно супарништво ће, с обзиром на облигационе односе у којима је дошло до спора, моћи да настане у свим оним ситуацијама у којима се у облигационом односу налази множина субјеката у улози носилаца права или у којима је већи број субјеката овлашћен да тражи правну заштиту без обзира што неки од њих немају положај стране у облигационом односу.

Активно супарништво ће моћи да настане, пре свега, између сатужилаца који су као уговарачи закључили уговор са туженим (или туженима) кад су у питању случајеви одговорности због повреде уговорне обавезе. Оно ће моћи да настане и кад је повод парници раскид уговора због неиспуњења (чл. 124. ЗОО, накнада штете због неиспуњења (чл. 132. ЗОО) или раскидање уговора због промењених околности (чл. 133. ЗОО).

Активно супарништво је могућно и између стипуланта (промисара) и корисника (бенефицијара) у парници против обећаоца (промитента ради испуњења уговора у корист трећег лица. Уговором у корист трећег лица (чл. 149. ЗОО)(2) једна уговорна страна се обавезује према другој страни на одређену чинидбу коју ће извршити неком трећем. Сам трећи је овлашћен да од дужника самостално и непосредно захтева испуњење уговора у своју корист. Нема сметње да стипулант и корисник затраже осуду на одређену чинидбу у корист трећег.

Корисник, као поверилац, има право да од промитента непосредно захтева оно што је за њега уговором одређено и да тражи осуду на чинидбу. Његово право потраживања је самостално, изворно и није изведено из права стипуланта(3).

Право корисника да тражи испуњење чинидбе од промитента заснива се ипак на уговору у корист трећег. Корисник није у положају друге уговорне стране и његова права нису истоветна са правима повериоца који има статус уговорне стране. Његова су права ужа од права стипуланта, чији је то уговор, и који може тражити и раскид уговора

(2) Уговор у корист трећег лица је уговор који може имати различите изгледе. Он може, тако, имати изглед односа купца и продавца, закупца и закуподавца, поклонодавца и поклонопримаоца, осигуравача и осигураника итд. С обзиром на ову околност и могућност да дође до активног супарничарства у случају његовог неизвршења је већа.

(3) ж. Радишић, *Облигационо право*, Београд, 1979, стр. 123.

и накнаду штете због неиспуњења. Из тих разлога би и активно супарништво између стипуланта и бенефицијара, уколико би до њега евентуално дошло, било обично формално супарничарство.

Активно супарничарство може да настане и у парницама којима је повод поништај непуноважног уговора. Тако ће нпр. активни супарничари бити сатужиоци у парници за утврђење да је уговор ништав.

Друштвена правна лица, учесници самоуправног споразума, која заснивају облигационе односе ради извршавања самоуправног споразума, дужна су да поступају у складу са тим самоуправним споразумом. Кад учесници самоуправног споразума закључе уговор ради извршавања тог споразума, уговор мора бити у складу са самоуправним споразумом. За случај да то није тако, сваки учесник у самоуправном споразуму, па и онај који није уговорна страна може захтевати да се уговор усагласи са самоуправним споразумом. Ако то није могућно, сваки учесник, а не само уговарач, може да тражи поништење уговора (чл. 118. ст. 2. ЗОО). У том случају могло би да дође до активног супарничарства јер би у улози сатужилачке стране могли да се јаве учесник—уговарач и учесник који није уговорна страна.

И одредбе о одговорности за правне недостатке и о одговорности за материјалне недостатке представљају повод и основ за настанак супарничарства у евентуалној парници. Тако нпр. до активног супарничарства може да дође и у случају тзв. штете од недостатка или мањивости ствари. Наиме, купац и неко треће лице могу претрпети штету на својим правно заштићеним добрима, тако да та околност може да представља повод за настанак супарничарства. Супарничарство између њих би било материјално, с тим што би сатужиоци имали положај обичних супарничара.

Активно супарничарство настаје између лица и кад се ради о случајевима, уговорне и неуговорне (вануговорне) одговорности(4). У случајевима неуговорне одговорности, као активни супарничари могу да се јаве лица која је погинули издржавао или редовно помагао, као и она која су по закону имала право да захтевају издржавање од погинулог (чл. 194. ст. 1. ЗОО) у парницама за накнаду материјалне штете. У парницама за накнаду нематеријалне штете, као тужиоци могу да се јаве: брачни или ванбрачни друг (чл. 201. ст. 1. и ст. 4. ЗОО), деца, родитељи, браћа и сестре.

Основ за евентуални настанак активног супарничарства представљају и одредбе чл. 180—184. ЗОО којима су предвиђени посебни случајеви одговорности.

Супарничарство може да настане и поводом облигација које имају свој извор у једностраној изјави воље а не само поводом облигација које настају на основу двостраних изјава воље. У једностране изјаве воље, као изворе облигација, спадају јавно обећање награде и издавање вредносних папира. Кад је у питању јавно обећање награде, ако је више

(4) Иако је законски термин *вануговорна одговорност* (нпр. чл. 22. ст. 4. или 1102. ЗОО), који и већина правника користи, да би се њиме означили случајеви одговорности услед повреде опште обавезе да се другоме не причини штета, случајеви кад пре факта проузроковања штете не постоји посебан правни однос између штетника и оштећеног, проф. Радишић сматра да овај термин није погодан јер је граматички и логички погрешан и уместо њега предлаже термин *неуговорна одговорност* (Вид. Ј. Радишић, *op. cit.* стр. 153).

лица извршило радњу истовремено, сваком припада једнак део награде, уколико правичност не захтева другчију поделу (чл. 231. ст. 2. ЗОО) За случај да дође до спора око исплате награде, могућно је да лица која су извршила радњу постану супарничари, под условом да су испуњени и други услови предвиђени Законом о парничном поступку. Ако је награда обећана путем конкурса, те приликом одлучивања о додељивању награде нису поштована правила одређена условима конкурса, сваки учесник у конкурсу има право да захтева да се поништи одлука о додељивању награде (чл. 232. ст. 2. ЗОО).

5. Пасивно супарничарство у парници може да настане ако је до спора дошло између лица која су са тужиоцем (или тужиоцима) склопила уговор, а ради се о спору око извршења или пуноважности тог уговора.

У низу својих одредаба, Закон о облигационим односима регулише и предвиђа случајеве одговорности за штету у случају уговорне одговорности, без обзира да ли је она настала приликом настајања уговора, приликом његовог извршења или престанка. С обзиром на могућност множине лица у својству дужника у облигационом односу, могућно је да и у парници поводом тих односа дође до пасивног супарничарства. Исто тако, Законом о облигационим односима предвиђена деликтна одговорност омогућава да у поступку дође до пасивног супарничарства. Пасивно супарничарство може да настане између лица која се јављају као штетници, без обзира да ли су заједнички или независно једно од другог причинили штету за коју и одговарају по правилима облигационог права, лично или солидарно, као и између штетника и лица која заједно са њим одговарају.

Солидарна одговорност, предвиђена низом одредаба Закона о облигационим односима, омогућава заснивање пасивног супарничарства у низу разноврсних ситуација. Солидарна одговорност, на плану парничног процесног права, отвара проблем правне природе супарничарства између солидарних дужника одн. директно утиче на њихов процесни положај у парници(5).

У улози пасивних супарничара обично се налазе лица која су причинила штету заједно или независно једно од другог (чл. 206. ЗОО). Више лица, која су штету проузроковала заједно, одговарају солидарно као и она која су је проузроковала радећи независно једно од другог, ако се не могу утврдити њихови удели у проузрокованој штети (чл. 206. ст. 3. ЗОО). Поред самих учинилаца за насталу штету, солидарно са њима, одговарају и њихови подстрекачи, помагачи и лица која су им помагала и прикривала их у причињавању штетне радње (чл. 206. ст. 2. ЗОО). У позицији пасивних супарничара могу се тако наћи не само штетници већ и они који су на индиректан начин или директно допринели да до штете дође.

Солидарно одговарају наручилац и извођач радова на непокретности за штету која настане у вези са извођењем тих радова тако да се и они могу јавити као сатужени у парници (чл. 207. ЗОО).

(5) Видети делаљно о томе: М. Дика, *Правна природа супарничарства између солидарних дужника*, „Наша законитост", 10/74, стр. 937.

Закон о облигационим односима је предвидео солидарну одговорност заступника и заступаног за насталу штету коју је друга страна претрпела прекорачењем овлашћења за заступање, а заступани је одбио да одобри то прекорачење (чл. 87. ст. 5. ЗОО). И ова одредба Закона о облигационим односима представља основ и услов за заснивање пасивног супарничарства.

Солидарно ће одговарати за штету имаоци моторног возила ако је до ње дошло у удесу изазваним моторним возилом у покрету (чл. 178. ст. 4. ЗОО), а за насталу штету није крив ниједан од њих. Ако је настала штета од опасне ствари одн. опасне делатности, а настанку штете је делимично допринело и треће лице, солидарно ће одговарати сам ималац ствари и то треће лице (чл. 177. ЗОО). Ове одредбе о солидарној одговорности из Закона о облигационим односима представљају повод и основ за настанак пасивног супарничарства под условом да су испуњени и други услови предвиђени Законом о парничном поступку.

Међу одредбама о одговорности у Закону о облигационим односима посебну пажњу привлаче одредбе о одговорности за другог, јер и оне омогућавају да до супарничарства дође, а уколико оно и настане, оне утичу на његову природу и положај супарничара у парници.

За штету коју проузрокује малолетник до навршене седме године, одговарају родитељи без обзира на своју кривицу (чл. 165. ст. 1. ЗОО). Оба родитеља одговарају заједнички као солидарни дужници за штету коју је оштећеном изазвало њихово деликтно неспособно дете. Сваки од њих одговара за целу штету. Солидарна одговорност родитеља произилази из њиховог заједничког родитељског права и дужности да се старају заједнички о детету. Истовремено, она постоји и због повреде њихове заједничке законске дужности да заједнички врше надзор над својим дететом. То је и разлог што ће родитељи бити пасивни материјални супарничари. Солидарна одговорност родитеља не постоји ако родитељи не живе заједно са дететом, или кад са дететом живи само један од њих. У том случају нема могућности да дође до пасивног супарничарства између родитеља који одговарају за штету коју је причинило њихово деликтно неспособно дете.

Кад штету причини деликтно способан малолетник или кад малолетник који је деликтно неспособан одговара за накнаду штете из разлога правичности (чл. 169. ст. 1. ЗОО), за насталу штету одговарају дете—штетник и родитељи. У том случају постоји могућност да се заснује материјално пасивно супарничарство, јер се ради о пасивним солидарним дужницима. С једне стране солидарни дужници су оба родитеља, а с друге стране солидарни дужници су родитељи или један од њих и само дете. Међутим, основ њихове одговорности је различит што свакако утиче на њихов положај у парници. Родитељи одговарају по принципу одговорности за другог. Дете—штетник одговара по општим правилима о одговорности (чл. 160. ЗОО). Но, без обзира на основ њихове одговорности, уколико против њих буде подигнута тужба они ће бити пасивни материјални супарничари. Материјалноправна веза која постоји између њих не произлази из Закона о облигационим односима. Материјалноправни однос који међу њима постоји још пре парнице је родитељско-дечји однос. Иначе, солидарна одговорност родитеља и детета је и њи-

хова заједничка одговорност, неуговорна (вануговорна) деликтна солидарна одговорност више лица за исту штету (чл. 206. ЗОО).

У чл. 170. Закона о облигационим односима предвиђена је одговорност основне организације удруженог рада за штету коју радник у раду односно у вези са радом проузрокује трећем лицу и услови под којима она настаје. Ова одредба Закона о облигационим односима представља повод за евентуално настајање пасивног супарничарства између основне организације удруженог рада и радника—штетника у парници коју би покренуло оштећено лице. Како су услови за настанак овог вида супарничарства предвиђени посебним прописом — Законом о облигационим односима, то је и разлог што се у процесној литератури овај случај пасивног супарничарства сврстава у тзв. „законско супарничарство".

Оштећено лице ће моћи да оствари своје право на накнаду штете коју му је проузроковао радник једне организације удруженог рада у раду или у вези са радом у поступку пред редовним судом само ако оно само није радник ООУР-а који дугује накнаду штете. Ако је оштећено лице треће лице, како га Закон о облигацијама назива, радник у том ООУР-у, надлежан ће бити суд друге врсте, самоуправни суд-основни суд удруженог рада (чл. 208. ЗУР).

Оштећено лице има могућност да бира да ли ће подићи тужбу само против ООУР-а, код кога је радник — штетник у радном односу и који одговара по принципу одговорности за другог, или и против самог радника који је штету и причинио по принципу личне одговорности (чл. 170. ст. 2. ЗОО). Међутим, оштећено лице може подићи тужбу и против ООУР-а и против радника, као сатужених, и тако тужбом засновати њихово пасивно супарничарство. Очигледно је да ће последња солуција бити најчешће примењивана у пракси, јер обезбеђује ефикасније остварење потраживања у поступку принудног извршења и веће изгледе за брзо намирење.

Кад буде подигнута тужба против ООУР-а и радника—штетника за накнаду штете проузроковане у раду или у вези са радом, сатужени ће бити материјални пасивни супарничари. ООУР и радник се налазе у правној заједници јер имају заједничке обавезе као солидарни дужници према оштећеном. Међутим, те њихове обавезе не произлазе из истог правног основа: ООУР одговара по принципу одговорности за другог, док радник одговара за штету лично, те је то и разлог што ће у евентуалној парници они бити обични супарничари.

6. Заједница права или заједница обавеза која постоји између субјеката који имају положај једне стране у облигационом односу (правни положај повериоца или правни положај дужника) представља претпроцесну везу која може да изазове субјективну кумулацију и да доведе до тога да супарничари у једној парници буду материјални супарничари.

Правну заједницу која се заснива на заједничким правима или заједничким обавезама, као што је већ приказано, може да створи уговор или деликт више лица. Главни дужници као солидарни дужници, представљају типичан пример материјалних супарничара, јер између њих постоји заједница обавеза која је у вези с предметом спора и предметом парнице.

Супарничарство, међутим, није само последица правних заједница облигационог права које постоје између множине поверилаца и множине дужника у једном облигационом односу. Супарничарство може да настане и кад правне заједнице нема, али кад постоји заједница права или заједница обавеза које проистичу из истог чињеничног и правног основа. Стварну, фактичку заједницу, која постоји кад се права или обавезе страна заснивају на истом чињеничном и правном основу, пре парнице може да створи исти штетни догађај који је изазвао само настајање облигационог односа, као и кад постоји исти правни основ за накнаду штете.

7. Између формалних супарничара не постоји материјалноправна веза. Формалне супарничаре окупља у процесну заједницу битна сличност између чињеничног и правног основа тужбеног захтева. Кад су у питању облигациони односи, формално супарничарство може да настане или поводом уговорних односа, или поводом деликта (нпр. тужба продавца за исплату дуга разних и различитих купаца, или тужба за накнаду штете које су настајале у различито време).

Одредбама Закона о облигационим односима установљена је одговорност произвођача ствари са недостатком (чл. 179. т. 1. ЗОО). Произвођач ствари с недостатком одговара за насталу штету сваком лицу коме је ствар проузроковала штету. Како се може догодити да већи број лица на овај начин претрпи штету, могућно је да оштећена лица подигну заједничку тужбу против произвођача. У том случају дошло би до активног формалног супарничарства. Разуме се да би супарничари, с обзиром на свој процесни положај, били обични супарничари.

Формално супарничарство би могло да настане и између више купаца који су, сваки за себе, куповали од истог произвођача одн. са истим продавцем закључили уговор нпр. од истог произвођача аутомобила, као што је то био случај са парницама против ИМВ-а кад је, према подацима који су били публиковани у штампи, 120 сатужилаца тражило испоруку купљеног возила по уговореној цени.

8. У парницама за накнаду штете, тужиоци могу бити материјални или формални супарничари. Материјално супарничарство између сатужилаца постоји кад се захтеви оштећених заснивају на једном штетном догађају (нпр. саобраћајна несрећа, иста спортска приредба на којој је дошло до штете услед рушења трибина или гибања маса, исте манифестације или демонстрације).

Сатужиоци ће бити формални супарничари ако се њихови захтеви заснивају на посебним или сличним догађајима, као што је то случај кад се ради нпр. о одговорности продавца за ствари са недостатком.

9. Пасивни супарничари у парницама за накнаду штете могу да буду материјални и формални супарничари.

По правилу, пасивно супарничарство у парницама за накнаду штете је материјално. Међутим, оно је формално, кад више лица независно једно од другог проузрокује штету тако да се она јавља као резултат више посебних штетних догађаја. У сваком случају, пасивни супарничари су обични супарничари, јер су њихове обавезе подељене.

10. Прописи облигационог права предвиђају и регулишу институцију јемства — обичног (супсидијарног) и солидарног. Према Закону о

облигационим односима, јемство је по правилу супсидијарно, обично. Једино кад је у питању јемство за обавезе настале из уговора у привреди, важи претпоставка да је јемац солидаран, уколико није уговорено друкчије (чл. 1004. ст. 4. ЗОО). Закон о облигационим односима предвиђа и сајемце. Они одговарају солидарно за дуг главног дужника, тако да поверилац може тражити исплату целог дуга од сваког јемца понаособ или од свих њих заједно. Сајемци не одговарају солидарно са главним дужником, осим ако су се тако обавезали или ако јемче за обавезу насталу из уговора о привреди.

Правила о јемству за субјекте у удруженом раду утврђена су у *Закону у удруженом раду* у одредбама о одговорности за обавезе.

Закон о парничном поступку није имао у виду у потпуности правила материјалног права која се односе на установу јемства, као средства личног обезбеђења облигације. Закон о парничном поступку полази од претпоставке да су обавезе главног дужника и јемца солидарне и да се супсидијарност јемчеве обавезе јавља само као уговорно одступање.

Супарничарство између главног дужника и јемца није обично материјално, али ни обично формално супарничарство. Ради се о посебном, нарочитом виду супарничарства, о супарничарству које садржи одлике и једног и другог вида.

Супарничарство између главног дужника и јемца може се засновати само кад су њихове обавезе солидарне. Супарничарство између главног дужника и јемца није материјално јер они нису у правној заједници. Њихове обавезе не произлазе из њиховог заједничког правног односа према тужиоцу. Њихове обавезе произлазе из различитих правних односа. С друге стране, они нису ни у фактичкој заједници јер се захтеви, који се према њима постављају, не заснивају на истом чињеничном и правном основу.

Очигледно је да главни дужник и јемац не могу бити тужени као материјални супарничари. Супарничарство се између њих заснива само кад је испуњен један посебан услов — кад су обавезе главног дужника и јемца према повериоцу солидарне. То је и разлог што је овај вид супарничарства посебно предвиђен Законом о парничном поступку јер је, овим законом, предвиђен посебан услов за његову допуштеност, услов који искључује примену општих услова за заснивање супарничарства предвиђених у чл. 196. Закона о парничном поступку. Ако суд нађе да јемац не одговара солидарно и да се ради о супсидијерном јемству, супарничарство није допуштено.

Сужавање могућности супарничарства само на случајеве солидарног јемства није адекватно законодавно решење, јер умањује значај јемства као установе која има функцију обезбеђења и заштите.

11. Солидарни јемци и сами могу да буду супарничари. Кад је у питању супарничарство између самих солидарних јемаца који одговарају међусобно солидарно за главни дуг, пасивно супарничарство може да буде различито зависно од природе односа који постоји између њих. Тако они могу да буду материјални супарничари, формални супарничари или супарничари по закону.

12. Прописи облигационог права условљавају природу препроцесне заједнице између супарничара и утичу на процесни положај супарничара у конкретној парници.

Код облигационих уговорних односа са више дужника, дуговински однос може да буде подељен или солидаран. Кад је у питању обавеза дељива на више дужника, сваки дужник одговара за свој део обавезе и то онако како је она предвиђена уговором, а ако она није предвиђена, обавеза се дели између дужника на једнаке делове (чл. 412. т. 2. ЗОО). Ако су у питању солидарни дужници, сваки дужник солидарне обавезе одговара повериоцу за целу обавезу (чл. 414. т. 1. ЗОО).

Кад је до спора дошло у облигационом односу у коме су дељиве чинидбе, супарничари имају положај обичних супарничара. Сваки супарничар има сасвим самосталан положај и представља самосталну парничну странку чије процесно понашање (предузимање парничних радњи или парнично пропуштање одн. изостанак парничних радњи) не користи нити штети другим супарничарима.

Ако је до спора дошло у облигационим односима са недељивим чинидбама, у парници настаје јединствено супарничарство, тако да ће сви субјекти у истој страначкој улози имати третман једне парничне странке. Скупине лица која имају положај дужника или положај повериоца, образују специфичну препроцесну заједницу у којој се сви супарничари сматрају као једна странка.

12. Чини нам се да овај кратак приказ случајева супарничарства, без намере да се они до краја прикажу, а који настају из односа које регулише Закон о облигационим односима, убедљиво и јасно показује колико је супарничарство, иако процесни феномен, условљено установама облигационог права и карактером облигационих односа. Облигациони прописи, којима се уређују облигациони односи, у знатној мери утичу на заснивање супарничарства, на његову допуштеност и оцену његове допуштености, као и на положај самих супарничара, уколико наравно до њега у парници и дође. То са своје стране показује исто тако, да процесно право и кроз ову институцију ствара претпоставке за остварење свог задатка и своје функције — да представља инструмент за заштиту грађанских субјективних права.

др Весна Ракић-Водинелић,
доцент Правног факултета у Београду

ТУМАЧЕЊЕ УГОВОРА — ПРАВНО ИЛИ ЧИЊЕНИЧНО ПИТАЊЕ?

Тумачење уговора, уобичајено и рашireno схваћено као утврђивање његовог смисла и дејства(1), указује на двоструку делатност суда — утврђивање текста уговора, те значења, учинака и домашаја уговорних клаузула.

(1) С. Перовић, *Облигационо право I*, Београд, 1980, стр. 367

Старија доктрина и пракса разликују „јасне" и „нејасне" уговорне клаузуле(2). Тумачење „нејасних" одредаба припада искључиво нижим судовима, што је значило да ревизијски суд нема право да, код таквих одредаба испитује примену правила о тумачењу уговора, те се дакле радило о чињеничном питању. Напротив, оцена тумачења „јасних" текстова је овлашћење ревизијског суда, јер се ово питање сматрало правним. Феј (Faye) је критиковао поделу уговорних клаузула на „јасне" и „нејасне", са образложењем да је оцена „јасноће" арбитрарна: „Оно што изгледа јасно једном, може изгледати нејасно другом, те можемо означити случајеве у којима се и сам Касациони суд поделио по питању ове оцене"(3). Оцена, пак, да ли је уговорна одредба „јасна" „нејасна" у пракси француског Касационог суда, сматрана је правним питањем које је тај суд могао контролисати. У своје време усамљен поводом става који је изнео, Феј је ипак имао значајан утицај на касније ауторе. Његов закључак да све уговорне клаузуле подлежу искључиво оцени нижих судова, те да њихово тумачење треба увек схватити као чињенично питање, зато што су само нижи судови у ситуацији да се упознају са намерама странака(4), био је зачетак гносеолошког приступа разграничењу чињеничних и правних питања. Овај метод ни у теорији ни у пракси није био широко прихваћен, али је представљао смео покушај промене начина размишљања о односу чињеничког и правног, који се до тада сводио искључиво на логичка разматрања.

У већем делу француске теорије преовладавао је супротан став, као последица прихватања праксе Касационог суда. Изричито: потреба тумачења уговора зависи од јасноће уговорних клаузула. Ако су оне недвосмислене, а странке су сагласне у погледу њиховог значења, језичког и правног, суд их не тумачи(5).

Француска теорије прве половине овог века покушава да критеријум разграничења између чињеничког и правног у материји тумачења уговора, наће на другом подручју, прихвативши, донекле, Фејову тезу о неоправданости поделе уговорних одредаба на „јасне" и „нејасне". Марти (Marty) разликује контролу примене правног посла, од контроле његове интерпретације(6). Примећује да је пракса француског Касационог суда прешла интересантан пут: од допуштања извесне контроле тумачења уговора, без обзира на „јасноћу" уговорних одредаба, да строгог разликовања „јасних" и „нејасних" клаузула. Таква пракса је довела до следећих ставова: (а) само нижим судовима припада право тумачења уговора у погледу утврђивања воље странака и у погледу смисла који странке придају уговорним клаузулама (чињенично питање); (б) одбијање суда да примени уговор из разлога правичности или неког другог разлога, подлеже оцени ревизијског суда (правно питање); (ц) ако је нижи суд погрешно одредио правну природу уговора, има места контроли ревизијског суда (правно питање)(7). Уочавајући значај овог последњег става, Марти, даље, разликује тумачење уговора од његове ква-

(2) Види одлуке француског Касационог суда, код E. Feye-a, La *Cour de cassation*, Paris, 1903, стр. 189; код G. Marty-a, *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, стр. 305.
(3) E. Faye, *op. cit.* стр. 188—193.
(4) E. Faye, *op. cit.* стр. 193
(5) Види ауторе наведене код С. Петровића, *op. cit.* стр. 367
(6) G. Marty, *op. cit.* стр. 312, 313
(7) G. Marty, *op. cit.* стр. 300

лификације, при чему под квалификацијом подразумева оцену врсте уговора, али и утврђивање дејстава уговорних клаузула(8). На основу тога, предлаже овакво разграничење: ако је нижи суд оквалификовао уговорну одредбу супротно њеном уобичајеном смислу, ради се о погрешној квалификацији природе те клаузуле, што даје места контроли ревизијског суда; одређујући природу саме контроле, аутор налази да је касирање у описаној ситуацији допуштено због тога што у одлуци недостаје важно образложење. На тај начин он, придајући тумачењу уговора чињенични карактер, извлачи квалификацију уговора у посебну категорију и сврстава је у законом допуштен разлог за касациони рекурс.

Правила о тумачењу уговора, која су прихваћена у дотичном праву, несумњиво су одлучујућа за одређивање мерила разграничења чињеничног и правног у овом домену. Примена субјективних односа објективних мерила за тумачење одређује и природу делатности суда. Ово је имплиците садржано и у Мартијевом ставу. Изрично се за овакав приступ изјашњавају неки италијански и немачки аутори(9).

Немачка доктрина, у којој се често наилази на тврдњу да су изјаве воље, у начелу, предмет чињеничних утврђења(10), полазећи од метода тумачења, издваја типизиране правне послове, и допушта, за њих, контролу ревизијског суда(11). Специјална објашњења подобности тумачења типизираних послова контроли ревизијског суда, покузују битне карактеристике немачког приступа проблему разграничења чињеничних и правних питања: ако тумачење има општи карактер, ако се може применити на већи број случајева и тако служити једнакој примени права, има места ревизији. Није, дакле, релевантно да ли природа питања има чињенични или правни карактер, већ само да ли је сврсисходно (с обзиром на улогу највишег суда) допустити поновно испитивање тог питања. Закључак је, додуше, поткрепљен и ставом да се типизиране уговорне одредбе уподобљавају закону ако се примењују на подручју већег броја земаљских судова. Старија судска пракса је захтевала да обе уговорне странке „знају да уговор има типизирани садржај", али се данас и тај захтев изостаља(12). Ипак, не сматра се само тумачење типизираних уговорних клаузула правним питањем. У неким радовима, начину (методу) тумачења уговора, придаје се општији значај. Ако је суд, тумачећи уговор применио мерила која су општа онда је његова оцена ревизибилна(13).

Аустријски писци разликују утврђивање текста уговора од дејства уговорних клаузула. Тако, утврђивање предмета уговора, намере странака, прећутног пристанка на закључење уговора, и сл., јесу чињенична питања(14). Оцена дејстава изјављене воље је, по правилу, правно питање(15). Сличан став, у швајцарској докрини заступа Гулденер(16).

(8) G. Marty, *op. cit.* стр. 318, 321
(9) T. Ascarelli, *Le fait et le droit devant la Cour de cassation italienne*, Le fait et la droit, études de logique juridique, Bruxelles, 1961, стр. 120; Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, München, 1977, стр. 821 и аутори тамо наведени.
(10) H. E. Henke, *Rechtsfrage oder Tatfrage — eine Frage ohne Antwort*, Zeitschrift für Zivilprozess, 1968, 3—4, стр. 363 и аутори тамо наведени
(11) Rosenberg-Schwab, *op. cit.* стр. 821; Schoenke-Schroeder-Niese, *Zivilprozessrecht*, Karlsruhe, 1956, стр. 407.
(12) Schoenke-Schroeder-Niese, *op. cit.*, стр. 407, Stein-Jonas-Pohle, *Kommentar zur Zivilprozessordnung II*, Tübingen, 1956, § 549/III.
(13) Stein-Jonas-Pohle, *op. cit.*, § 549/III, 6.
(14) Г. Најман, *Коментар ГПП, II*, Београд, 1935, стр. 1366.
(15) Г. Најман, *op. cit.. стр. 1366.*

Домаћа теорија није дубље анализирала природу тумачења уговора, са становишта односа и разграничења чињеничког и правног. Познић у основи, прихвата ставове аустријске доктрине и праксе, залажући се за став да је тумачење изјаве воље, будући да се односи на утврђивање правног смисла те изјаве, правно питање(17). Полазећи од текста Закона о облигационим односима (ЗОО), Перовић разликује двосмислене и недвосмислене уговорне клаузуле, а као полазни критеријум одређује методе тумачења: преовлађивање субјективних, односно објективних мерила(18). Он сам не изјашњава се изрично о чињеничној, односно правној природи тумачења уговора.

Да би се оценила прихватљивост разноликих теоријских ставова за домаћу праксу, мора се анализирати законски текст са становишта могућности разграничења чињеничних и правних питања у овој материји.

1) Одредба чл. 99 ЗОО несумњиво чини разлику између „спорних" и „неспорних" уговорних клаузула. Изгледа нам, међутим, да се ова дистинкција појмовно не поклапа са оном на „јасне" и „нејасне" клаузуле. Наведена одредба, наиме полази од става странака према значењу клаузуле, а не од њеног објективног језичког значења које би требало да одреди суд. Зато, ако су странке сагласне, не само у погледу текста, већ и правног смисла и домашаја уговорних клаузула, суд је везан таквим ставом странака(19). Став странака, наиме, има значај неспорне чињенице, чиме се, по правилу отклања доказивање. Имплиците, дакле, „неспорним" уговорним одредбама се придаје чињенични карактер.

2) У погледу тумачења спорних уговорних клаузула не може се избећи раздвајање два питања: утврђивање текста уговора и утврђивање његовог смисла, под чим се подразумева оцена његове природе, дејстава и домашаја. За прво, сагласни смо са већином ставова изражених у теорији и пракси, да контрола ревизијског суда није допуштена, јер се ради о истинитости чињеничних тврдњи. Међутим, одговор на друго питање имплицира анализу метода тумачења уговора. У ЗОО уређена су мешовита, субјективно-објективна мерила тумачења, јер се „не треба држати дословног значења употребљених израза, већ треба истражити заједничку намеру уговорника и одредбу тако разумети да одговара начелима облигационог права", утврђеним тим Законом. Дакле, објективни критеријум је релативно јасно одређен, јер се креће у оквирима законских начела облигационог права. Да ли уговор одговара тим начелима — очигледно је правна оцена, и као таква, ревизибилна. Субјективно мерило пак, ограничено је на утврђивање конкретне, непоновљиве воље странака, те његова примена има значај чињеничног утврђења. Но, занемаривање мерила која Закон прописује, те пропуштање утврђивања воље странака, правно је питање које ревизијски суд може контролисати.

3) У ЗОО садржана су и допунска правила о тумачењу типских уговора (чл. 100), као и уговора без накнаде (чл. 101). Према томе и наше позитивно право захтева разликовање типизираних и нетипизираних клаузула, са становишта тумачења и (евентуално) са становишта ревизибил-

(16) М Guldener, *Schweizwrisches Zivilprozessrecht*, Zürich, 1958, str. 495.
(17) Б. Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1973, стр. 315.
(18) С. Перовић, *op. cit.*, стр. 367.
(19) С. Перовић, *op. cit.*, стр. 367.

ности. Ако су типизиране клаузуле нејасне, тумачење се врши у корист оне странке која је приступила уговору. Задатак суда у оваквој ситуацији не састоји се у утврђивању истинитости неке чињеничне тврдње, већ у примени прописа који фаворизује слабију странку, па је испуњење тог задатка у границама контроле ревизијског суда. За клаузуле које нису типизиране, важе општа правила тумачења уговора.

4) Домаће право даје основа за разграничење тумачења добročиних и теретних уговора. Грешке у утврђивању смисла, дејства и домашаја уговорних клаузула, до којих долази погрешном применом специјалних правила тумачења за ове две врсте уговора, увек су ревизибилне.

5) Посебно питање је оцена пуноважности правног посла. По нашем мишљењу, не би требало уопште да буде спора око тога да ли се ради о правном питању. Међутим, изгледа да јудикатура није сасвим уједначена у овом погледу, те је потребно анализирати аргументацију за супротан став. Уде наводи необјављену одлуку Врховног суда Југославије(20), којом је тај суд укинуо одлуку Врховног суда Словеније(21), зато што је овај третирао моралност уговора као правно питање. Моралност уговора, чак и ако се правила морала у начелу не сматрају ревизибилним, посматрана са становишта услова за пуноважност уговора, равноправна је са осталим условима, те оцена да је један уговор неморалан и *зато* непуноважан, јесте правно, а не чињенично питање.

И најзад, само у сврхе илустрације, а без посебног коментара, Врховни суд Хрватске је у једној својој одлуци(22), заузео став да је питање да ли се оно што је стављено на тестамент као потпис завештаоца, има сматрати потписом — правно питање. Ван сваке је сумње да је недостатак шире прихваћеног критеријума разграничења чињеничног и правног уопште, као и недоследно уређење ревизије које се огледало у релативно честим и радикалним променама режима овог правног лека, довело до екстремно различитих поимања истих или сличних питања.

(20) Рев. 1355/64 од 17.IX 1964., приказана у: L. Ude, *Nekaj vprašanj v zvezi z novo ureditvo revizije*, „Pravnik" 1966/4—6, стр. 233.
(21) Пж. 865/63 од 20.II 1964, приказана у: L. Ude, *op. cit.*, стр. 233.
(22) Гж. 2292/65 од 9.XII 1965, објављена у: „Наша законитост", 1966/3.

ДИСКУСИЈА О САОПШТЕЊИМА ПОДНЕСЕНИМ НА IV САСТАНКУ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА НА ПРЕДМЕТУ ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, НА ТЕМУ ОДРЕДБЕ ОД ПРОЦЕСНОГ ЗНАЧАЈА У ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

(Видети саопштења са овог састанка у овом броју „Анала" у рубрици „Дискусија")

1. Поводом саопштења професора др Бориславa Благојевића: Однос начела Закона о облигационим односима и закона о парничном поступку и задаци парничног поступка

Разговор о овој теми концентрисао се углавном на две групе питања: (а) да ли је могуће утврдити критеријуме за одређивање социјалистичке димензије облигационих односа и (б) какав је однос између ставова о аутономији воље, изражених у Закону о облигационим односима и контроле диспозиција странака у парничном поступку, са становишта примене принудноправних прописа и правила морала самоуправног социјалистичког друштва.

(а) У покушају да се одреде барем полазни елементи за проналажење овог критеријума, један број учесника је анализирао пожељне моделе односа између права и морала у нашем данашњем друштву. Испољена су два правца размишљања: (1) садржина и судбина права зависи од реалних друштвених односа, те правила морала не могу директно утицати на конципирање правних правила; (2) морална правила су основ за стварање правних, али је тежиште проблема у утврђивању садржине владајућих моралних правила. Констатовано је, у прилог другог становишта, да судска пракса показује јачу тенденцију позивања на правила морала, али и да је понекад, позивање на ова правила, последица недовољног познавања права.

(б) Поводом односа правила о ограничењу аутономије воље, садржаних у Закону о облигационим односима и правила о контроли диспозитивних радњи странака из Закона о парничном поступку, изражена су два става:

— У Закону о парничном поступку примењена су адекватна мерила ограничења принципа диспозиције. Указано је, међутим, на потребу прецизнијег разграничења дужности суда поводом примене чл. 3. ст. 3 ЗПП и одредбе чл. 7. ст. 4 ЗПП. У првој од наведених одредаба захтева се контрола радњи које су несумњиво диспозитивне природе, а у другој, радњи које не морају имати такву природу. Конрола диспозиција странака је деликатан задатак, јер је често тешко одредити потребну меру те контроле. Ако суд прекорачи своја овлашћења излаже се ризику сигурности странака, али и сигурности правног поретка уопште. Управо зато би се контрола диспозиција странака морала ограничити на парнични поступак. У извршном поступку нема места контроли са становишта чл. 3 ст. 3 ЗПП, јер би она значила упуштање извршног суда у судски јудикат, а не у располагања странака. Ако се као извршна исправа појављује судска одлука, извршни суд не може одбити извршење позивајући се на наведену одредбу, а ако извршна исправа није судска одлука, извршење би се могло ускратити само ако је извршна исправа *contra legem*.

Приговори који се у јавности стављају решењима о контроли диспозитивних радњи, нису изазвани неадекватношћу законског текста, већ се могу приписати стилу рада судова.

— Друго мишљење заснива се на тези да се остваривање начела законитости не може завршити у парничном поступку. Законитост се обезбеђује тек реализацијом права које је утврђено судском одлуком. Са друге стране, указано је да промена друштвених односа поводом друштвене својине и самоуправљања, нужно мења и схватања о садржини и домашају принципа законитости. *De lege lata*, нема законског основа за примену одредбе чл. 3 ст. 3 ЗПП у вршном поступку. Али, поготово када се ради о заштити друштвене својине и самоуправљања, морало би се и у вршном поступку реаговати на вршну исправу која је настала противно чл. 3 ст. 3, тако што би се ускратило вршење.

2. Поводом саопштења доцента др Драгице Ведам-Лукић: Правноснажност и двоструко плаћање дуга по чл. 212. Закона о облигационим односима

Расправа учесника је била усмерена на главно питање постављено у саопштењу: да ли одредбу чл. 212 Закона о облигационим односима треба разумети тако да је дужник који је исти дуг два пута платио, једном пре закључења главне расправе, а други пут на основу вршне истраге, овлашћен да тужбом тражи повраћај због неоснованог обогаћења.

Већина учесника је констатовала да је наведено законско правило непотпуно и нејасно, са следећом аргументацијом:

(а) Уколико се сматрало да је ова одредба толико значајна, није јасно због чега су се редактори ограничили само на новчана потраживања. Узан сегмент могућих видова неоснованог обогаћења услед двоструког вршења исте обавезе обухваћен важећом редакцијом, не даје довољно оправдања да се одступи од института правноснажности.

(б) Граматичко тумачење одредбе чл. 212. ЗОО не допушта да се дужнику призна право да у вршном поступку приговори да је исти дуг исплатио, него се њему, тек после спровођења вршења признаје кондикцијски захтев, што је нерационално.

(в) Редакција ове одредбе је још један пример недовољног поштовања начела и института парничног поступка, које се испољило при изради Закона о облигационим односима.

У погледу тумачења односа између правила о признању кондикцијског захтева из чл. 212 ЗОО и правила о дејствима правноснажне пресуде, садржаним у Закону о парничном поступку, изражена су два става:

(а) Одредбу треба тумачити тако да дужнику који је једном исплатио дуг пре закључења расправе пред парничним судом, а други пут по вршној исправи, не треба признати право да тражи повраћај због неоснованог обогаћења. Најзначајнији аргументи у прилог овог становишта:

— Закон о парничном поступку и Закон о вршном поступку дају довољно могућности дужнику да спречи обавезивање на исплату већ плаћеног дуга (овлашћење истицања приговора у току поступка, правила о поучавању неуке странке, предлог за понављање поступка, правни лекови у вршном поступку, итд.);

— признавање кондикцијског захтева у овом случају, имало би бројне негативне последице (поверилац чије је потраживање намирено у вршном поступку, не би уживао сигурност све до застаревања кондикцијског захтева, било би сувише лако злоупотребити кондикцијски захтев);

— тумачити спорну одредбу тако да је могућ кондикцијски захтев, значило би радикално одступити од правноснажности, а за то нема оправдања;

— ако је једно законско правило могуће тумачити на два супротна начина, треба прихватити тумачење које је више у складу са правним системом.

У основи, овај став значи прихватање закључака и аргументације из саопштења.

(б) Друго гледиште, за које се заложио мали број учесника, заснива се на тези да правноснажност не треба љубоморно чувати, јер спорна одредба омогућује заштиту морала и принципа правичности. Осим тога, материјалноправни однос треба да буде примарни и зато „јачи" од стања створеног правноснажном пресудом. Ако се прихвати цивилистичко учење о идентитету предмета спора, нема сметње за истицање кондикцијског захтева. Овом мишљењу приговорено је да полази од једног теоријског става (цивилистичког) који је превазиђен, као и да је позивање на морал и правичност у овом контексту неодрживо, јер ће савестан дужник благовремено искористити овлашћења која има и спречити доношење пресуде којом би био обавезан на плаћање већ исплаћеног дуга.

3. Поводом саопштења професора др Боривоја Познића: Закључење арбитражног споразума прихватањем општих услова

Основни предмет дискусије био је однос између одредбе чл. 471. Закона о парничном поступку и одредбе чл. 142 ст. 3 Закона о облигационим односима, а претходно су разматрана могућа тумачења чл. 142 ст. 3 ЗОО. Постављено је питање да ли ово правило треба тумачити тако да странкама мора бити позната садржина општих услова. По једном мишљењу, довољно је само упућивање на опште услове, а по другом неопходно је да садржина општих услова буде позната странци, или бар да то мора бити. Оцена суда да су странци ови услови морали бити познати зависи од околности случаја.

Сам однос између наведених законских правила, могао би се двојако тумачити: (а) тако да је чл. 347 ЗПП *lex specialis* у односу на чл. 142 ст. 3 ЗОО, из чега би следило да је довољно само упутити на опште услове; ово гледиште заступао је мањи број учесника; (б) с обзиром на околност да је техника општих услова детаљно разрађена у материјалном праву, потребно је да се исти критеријуми прихвате и у процесном, што би значило да није довољно само позивање на опште услове.

Већина учесника је, према томе, прихватила ставове и образложења из саопштења.

4. Поводом саопштења професора др Боривоја Познића: Осуда на будуће камате није било дискусије — једнодушно су прихваћени ставови и оцене из саопштења.

5. Поводом саопштења професора др Лојзета Удета: Везаност суда за захтеве за накнаду штете

Референт је у усменом саопштењу изнео на дискусију ставове о противречности између принципа диспозиције и појединих одредаба Закона о облигационим односима.

(а) Највећу пажњу су привукла излагања поводом овлашћења суда да, уколико успостава ранијег стања није могућа, или када нађе да није нужно да штетник успостави раније стање, нареди да се оштећеном, на име накнаде штете, исплати одговарајући износ новца (чл. 185 ст. 3 ЗОО). Референт је заузео став да ову одредбу не треба тумачити као овлашћење суда, већ као право оштећеног, те да нема места примени принципа официјелности, услед које би суд, иако је истакнут захтев за успоставу ранијег стања, могао осудити туженог на плаћање новчане накнаде.

Пре изјашњавања о овом спорном питању, већина дискутаната је изнела став да редакција наведене одредбе није успела из више разлога:

— значење појединих појмова употребљених у правилу, није јасно, што посебно важи за речи „није нужно да то учини одговорно лице"; питање је ко би други, уместо њега могао да изврши успоставу ранијег стања; ако би се нагађала намера редактора: смисао је можда у томе да тужбом није тражено да одговорно лице изврши успоставу — ако је тако, чему онда оваква одредба;

— овај, редакцијски нејасни део одредбе би се могао тумачити на два начина: тако да успостављање ранијег стања није нужно уопште, односно да није нужно да успоставу учини управо одговорно лице; према томе није јасан разлог за овлашћења суда да досуди новчану накнаду;

— у оваквој редакцији, поготово постаје нејасан однос између одредаба ст. 3 и ст. 4 чл. 185 ЗОО; наиме, по ст. 4, суд ће досудити оштећеном новчану накнаду ако он то захтева, изузев ако околности случаја оправдавају успоставу ранијег стања, док по ст. 3 произилази да је успостава ранијег стања примарна, а то се сукоби с дикцијом ст. 4;

— утисак је да редактори ЗОО нису у потпуности били свесни процесних консеквенци извесних решења, јер низ одредби доводи у питање основне принципе парничног поступка; у хипотези да је редакција ове спорне одредбе последица несвесног захватања у начела парничног поступка, мерила за тумачење треба тражити у Закону о парничном поступку, а не у Закону о облигационим односима.

Поводом значења описаног законског правила, а у вези са деловањем принципа диспозиције, изражена су три мишљења:

— Пошто се ни у начелима Закона о облигационим односима ни у начелима Закона о парничном поступку не испољава озбиљан основ за одступање од принципа диспозиције у области накнаде штете, нема места примени официозне максиме. Према томе, ако суд нађе да је успостава ранијег стања, која је тужбом тражена немогућа, одбиће тужбени захтев, јер би осуда на новчану накнаду значила прекорачење захтева. Зато је енергично предложено да се иницира измена ове одредбе, тако да гласи: „Ако успостава ранијег стања није могућа, оштећени има право да тражи новчану накнаду". Ако би се правило овако редиговало, не би било тешко процесно конструисати тужбени захтев, евентуалним спајањем.

— Друго становиште такође полази од закључка да у овом случају не треба примењивати официјелну максиму, али и од тезе да је могуће спорну одредбу тумачити тако да се не угрози принцип диспозиције: процесноправно, проблем би се решио тако што би се од суда тражило доношење неке врсте међупресуде којом би се одлучило да ли тужилац има право на успоставу ранијег стања или на новчану накнаду. Констатовано је, међутим, да је овакво решење могуће једино ако га конструкција тужбеног захтева омогућава.

— Најзад, мањи број учесника је издвојио мишљење и изразио став да спорна одредба уводи у парнични поступак принцип официјелности и да га суд мора поштовати.

(б) И поводом одредбе чл. 188 ст. 2 Закона о облигационим односима, по којој се новчана рента досуђена на име накнаде штете плаћа месечно унапред, ако суд што друго не одреди, постављено је питање официјелних овлашћења суда. Разматрано је, углавном, значење речи „што друго", па су уочена два могућа тумачења: (1) да се оне односе на капитализирање ренте и (2) да се мислило на осуду на чинидбу која није будућа, јер би било престрого одбити захтев којим је тужилац тражио плаћање уназад, само зато што је суд стао на становиште да он има право на будућа, месечна плаћања. Ако би се прихватило друго тумачење, одредба би била јаснија.

(в) Постављено је питање домашаја одредбе чл. 189. ст. 2 ЗОО, по којој се висина накнаде штете оцењује према ценама у време доношења пресуде (изузев ако закон што друго не одреди), с обзиром на правило ЗПП о забрани *reformation in peius*.

После краће дискусије, учесници су прихватили следећи закључак:

Висина накнаде се одређује према цени у време закључења главне расправе. У случају изјављивања жалбе, чињенице које утичу на промену цене, а наступиле су после закључења расправе, не противе се забрани *reformation in peius*, због временских граница правноснажности. У поновном поступку пред првостепеним судом, за преиначење тужбе услед повећања цена, није потребан пристанак туженог.

(г) Поводом правила о накнади нематеријалне штете, анализиране су процесноправне консеквенце одредбе чл. 199 ЗОО, јер је постављено питање не даје ли она можда основа за став да има места примени официјелне максиме. Ова одредба, наиме, овлашћује суд да, у случају повреде права личности, може наредити, на трошак штетника, објављивање пресуде, односно исправке, или повлачење изјаве штетника којом је повреда учињена, или нешто друго чиме се остварује сврха која се постиже накнадом. Једнодушно је закључено да суд нема официјелних овлашћења. Све ове чинидбе могу се наредити само на тражење оштећеног, при чему је могуће евентуално спајање захтева.

6. Поводом саопштења професора др Боривоја Старовића: Алтернативне и факултативне облигације и њихово остваривање у парничном и извршном поступку

Референт је изнео основна питања из саопштења: (а) да ли код алтернативних облигација, код којих право избора припада повериоцу, овај избор мора извршити већ приликом подношења тужбе, или може све захтеве алтернативно спојити; (б) да ли код алтернативних облигација код којих дужник има право избора, поверилац може поднети тужбу само ради остварења једне од дужникових обавеза и (в) да ли код алтернативних облигација, код којих избор, уместо трећег лица, има извршити суд, поверилац може тужити све чинидбе у алтернативном односу, тражећи од суда да изврши избор и обавеже дужника да испуни изабрану чинидбу.

(а) Поводом овог питања, референт сматра да поверилац, и када му припада право избора може поднети тужбу са алтернативно постављеним захтевима. У дискусији су изражени следећи ставови:

— Била би могућа само тужба ради утврђења алтернативних обавеза, али не и кондемнаторна тужба којом би алтернативно било тужено више обавеза, са образложењем да је претпоставка за усвајање кондемнаторног захтева доспелост потраживања, а оно може доспети пре него што поверилац изврши избор.

— Поверилац може алтернативно тужити и онда када он има право избора, с тим што ће то право реализовати тек у извршном поступку.

— Поверилац који је алтернативно тужио, своје право избора и одговарајућу модификацију тужбеног захтева треба да изврши најкасније до закључења главне расправе, јер ће иначе његов захтев бити одбијен.

(б) Референт је, поводом овог питања, изнео мишљење да поверилац може тражити обавезивање само на једну чинидбу и онда када право избора припада дужнику, с тим што би дужник могао ставити приговор само до упуштања у расправљање о предмету спора, јер би се иначе сматрало да је пристао на тај избор.

У расправи је овом ставу приговорено да се предложеном конструкцијом ограничава право дужника (туженог) на одбрану, па је изнесено мишљење да би се приговор туженог да њему припада право избора, могао истаћи све док постоји процесна могућност изношења мериторних приговора у парници. Већина дискутаната је подражавала став из реферата.

(в) Поводом трећег питања, референт је изнео став да, у случају да избор има извршити суд, он мора прво донети конститутивну одлуку којом врши избор, а потом, кондемнаторну пресуду којом обавезује дужника на испуњење изабране чинидбе.

После исцрпне дискусије, изразила су се још три мишљења:

— Суд би, најпре у ванпарничном поступку извршио избор између више алтернативних обавеза, а након тога би се, евентуално, водила кондемнаторна парница. Ово гледиште засновано је на тези да пре избора обавеза није доспела, те да нема места кондемнацији. Приговорено је, међутим, да за овај случај није предвиђено вођење ванпарничног поступка, као и да је питање избора спорно питање, због чега би се морало решавати у парничном поступку.

— Ако избор треба да изврши суд, прво би се водила парница ради избора дужне чинидбе, а затим посебан поступак ради реализације те чинидбе. Према овој конструкцији, поверилац би требало да алтернативно споји све захтеве, препуштајући избор суду.

— Избор чинидбе и осуда могли би се остварити у истој или у одвојеним парницама. Суд би се, опредељујући се за једну од ових могућности, руководио разлозима целисходности.

7. Поводом саопштења доцента др Весне Ракић-Водинелић: Тумачење уговора — чињенично или правно питање

У краћој дискусији, прихваћени су ставови из саопштења.

Изражено је мишљење да врховни судови показују тенденцију проширивања чињеничних питања на рачун правних, вероватно због великог броја пресуда које се побијају ревизијом.

8. Услед одсуствовања са овог скупа доцента др Гордане Станковић, о њеном саопштењу није вођена дискусија.

др Весна Ракић-Водинелић, мр Драгор Хибер и мр Михајло Дика

САВЕТОВАЊЕ „САРАДЊА СУДА И ОРГАНА СТАРАТЕЉСТВА У ПРИМЕНИ НОВИХ ПОРОДИЧНИХ ЗАКОНА"

На Правном факултету у Београду одржано је 17. и 18. маја 1984. прво југословенско саветовање о сарадњи суда и органа старатељства у примени нових породничних закона(1). Саветовање је имало за циљ да размотри нормативне оквире институционалног организовања и деловања у примени породничних закона република и покрајина и да укаже на практичне проблеме. Сарадња суда и органа старатељства разматрана је проблемски у двадесет три писмена реферата наших еминентних теоретичара породичног права са правних факултета и виших школа и стручњака из ове области из Врховног суда СР Србије, општинског суда, Републичког завода за социјални рад СР Хрватске, Института за социјалну политику и Секретаријата за здравље и социјалну политику СР Србије(2). Саветовању је присуствовало око 400 представника судова, центара за социјални рад, института и факултета из целе земље.

(1) Саветовање је организовао Институт за правне и друштвене науке Правног факултета у Београду уз финансијску помоћ СИЗ-а за социјалну и дечију заштиту из свих република и покрајина.

(2) Реферати су објављени у књизи *Сарадња суда и органа старатељства у примени нових породичних закона*, Београд, Институт за правне и друштвене науке Правног факултета у Београду, 1984.

А. Допринос саветовања теорији породичног права

1. Концепт новог породичног законодавства

На саветовању су отворена врло сложена теоријска питања концепта, вредности и ефикасности југословенског породичног законодавства. Указано је на промену значаја појединих установа породичног права, односа основних субјеката заштите и метода заштите(3). Анализа породице у социјалној равни у знаку је кризе породице или бар процеса трансформације. Без обзира на квалификацију, чињеница је да се породица ослободила или се ослобађа многих садржаја. Нема више еквивалентности између оног што породица тражи и онога што даје. Највиши домет ове еволуције представља стварање модела отворене и од друштва потпуно зависне породице(4). Од породичног права се очекује да се прилагоди и постане право породице у ширем смислу односно да прерасте у област јавног и посебно самоуправног права. Сматра се да су разлике у решењима у оквиру осам правних система о породици у Југославији само квантитативне и да не утичу на основна концепцијаска опредељења новог породичног права(5).

Иако се на саветовању нису продубљавали општи ставови, отворена су значајна правно-теоријска и филозофска питања. Криза породице неодвојива је од кризе хуманитета. Уместо универзалне еволуције породице и из ње изведеног модела, научни интерес се помера на различите друштвено одређене облике породице. Тако се поред потребе превазилажења концептуализма намеће и критичко преиспитивање уочене тенденције да се све већим „подруштвљавањем" смањује улога примарних заједница и расте мрежа разних институција. У први план тако излазе питања организације и функционисања институција, кадровска и материјална питања и слично. Таквој оријентацији доприноси и редукција самог појма.

Промене наступају и у правној регулативи. Породица ужива друштвену заштиту и одређени сукоби могу вређати друштво у целини. Недозвољен чин постоји и ако се не повређује индивидуално право или независно од његове повреде. Објективизира се процена понашања. Најприватнији правни однос није само ствар учесника и прераста у јавноправи однос. Проширује се подручје друштвене акције. Нови захтеви претпостављају и нове методе. Решавању породичних проблема приступа се све више у смислу посредовања, медијације.

2. Измене у нормирању породичноправних института

У Југославији постоји осам закона о породици. Применом упоредног метода приказано је нормативно уређење породичних односа. Утврђено је да се закони у различитој мери удаљавају од решења ранијег савезног законодавства, а разлике у позитивном праву се или само констатују или се подвргавају критици(6). Запажа се да се критеријуми за евалуацију решења не постављају само на теоријском нивоу већ се очекује од праксе да провери њихову ефикасност(7).

У нормирању породичних односа присутне су промене. У брачном праву оне се мање испољавају у условима за закључење брака(8) а знатно више у домену развода. Губе значај узроци за развод брака, а правна интервенција се усредсређује на мирање брачних другова(9) и последице

(3) М. Младеновић, *Основна концепцијска опредељења новог породичног законодавства и њихов значај за ефикасније остваривање улоге суда и органа старатељства у примени породичног права*, 5—6.
(4) *ibid*, 7.
(5) *ibid*, 6.
(6) Р. Корач, *Сарадња суда и органа старатељства у остваривању законске обавезе издржавања*, 65.
(7) З. Поњавић, *Учешће суда и органа старатељства у поступку мирења брачних другова*, 40.
(8) К. Олујић, *Улога суда и органа старатељства у поступку закључења и поништаја брака — поредбени приказ*, 18—29.
(9) *op. cit.* 7 и М. Милићевић, *Учешће суда и органа старатељства у поступку мирења брачних другова*, саопштење, 240—248.

развода. Посебан значај добијају питања поверавања деце(10) и остварење законске обавезе издржавања по престанку брака(11) или ванбрачне заједнице(12).

Родитељско право је претрпело значајне измене. Основни разлог промена је последица индивидуализације детета као субјекта родитељског односа. Интерес детета се објективизира и идентификује са интересом друштва. Друштво процењује и штити интерес детета при одређивању породичног статуса детета(13), у вршењу родитељског права и приликом расправљања спорова из родитељског односа(14) и усвојења(15).

Заштита интереса детета посебно се наглашава ако су деца лишена родитељског старања или се ради о лицима која нису у стању да се сама о себи брину(16).

Посебно се обрађује унутрашњи сукоб закона и надлежности судова и органа старатељства(17) и нека спорна питања сукоба закона и надлежности у породичноправним односима са елементом иностраности(18).

Претпоставке за ширу друштвену интервенцију остварене су у начину регулисања односа и тежиште интересовања је померено на инструментална питања односно проблеме надлежности органа и њихове сарадње, са посебним осврtом на процесна питања(19).

3. Критериј за разграничење надлежности

Републичка и покрајинска законодавства не решавају на исти начин надлежност суда и органа старатељства. Иако критеријумима за разграничење надлежности није посебно поклоњена пажња, чак се и у описној упоредној анализи уочава различита позиција наших теоретичара.

Очигледно је да се питање разликовања надлежности органа старатељства и суда не може свести на практично питање. Постављају се захтеви да се разликовање судске и управне ствари изврши на основу суштинских обележја правног односа и методе регулисања(20). Положај органа старатељства се битно одређује методама заснованим на добровољности и сарадњи и поред обавезе да утиче на решавање односа. У

(10) Н. Трајић, *Повјеравање дјеце у брачном спору и улога органа старатељства*, 17 страна, шапирографисано, О. Цвејић-Јанчић, *Улога органа старатељства у заштити интереса деце у брачном спору*, 41—52.

(11) *op. cit.* 6, 53—66.

(12) С. Бубић, *Улога суда и органа старатељства у споровима из ванбрачних заједница и ванбрачних породица*, 90—101.

(13) М. Алинчић, *Породични статус дјетета* (овлаштења органа старатељства у споровима о поријеклу дјетета), 102—130.

(14) К. Зупанчич, *Интервенција друштвене заједнице у вршењу родитељских права*, 147—158, А. Бакарић-Михановић и Х. Ујевић-Буљета, *Надлежност и сурадња суда у органа старатељства у рјешавању спорова из одвојеног живота родитеља и престанка брака са посебним осврtом на правна рјешења и проблеме у пракси СР Хрватске*, 45 страна, шапирографисано, М. Обретковић, *Поверавање деце на чување и васпитање као искључива надлежност органа старатељства*, 131—146, А. Миљковић, А. Јаковљевић, Т. Крговић, *Нека искуства о сарадњи органа старатељства и суда из односа родитеља и деце*, саопштење, 131—146.

(15) Н. Буретић, *Поништај усвојења*, 172—181, Д. Манчев и Ј. Најдев, *Заштита интереса усвојеника од стране органа старатељства и току и по свршетку поступка за усвојење*, саопштење, шапирографисано.

(16) М. Поповић, *Сарадња суда и органа старатељства у примени старатељског права*, 182—191.

(17) М. Пак, *Унутрашњи сукоб закона и надлежности судова и органа старатељства*, 227—239.

(18) М. Геч-Корошец, *Нека спорна питања сукоба закона у надлежности судова и органа старатељства у породичноправним односима са елементом инстраности*, 209—226.

(19) Г. Станковић, *Процесни положај органа старатељства у грађанском судском поступку*, 74—89, М. Поповић, *Посебни случајеви старатељства — однос надлежности и сарадња судова и органа старатељства, у поступку*, 195—208, М. Субић, *Учешће органа старатељства у брачним и патернитетским споровима са становишта суда, 159—171*, Б. Чубрило, *Примена привремених мера у породичном праву*, 67—73, Н. Шаркић, *Неки проблеми у примени одредбе чл. 317 ЗБПО СР Србије*, саопштење, 273—280, Н. Хлача, *Учешће суда и органа старатељства у поступку лишења пословне способности*, саопштење, 249—259.

(20) Обретковић, *op. cit.* 132.

том смислу је проширивање улоге органа старатељства адекватно „новој социјалној концепцији породичног права"(21). Али, с правом је истакнуто да се проширују надлежности овог органа у предузимању мера породично правне заштите „у којима је садржан атрибут власти". У оквиру ових мера надлежност у корист суда образлаже се сложеношћу проблема, правном сигурношћу, контрадикторношћу поступка и организационо-кадровским условима(22).

Критиковано је настојање да се орган старатељства сматра једино обавезним да води бригу о интересима детета и да суд нема тај задатак(23). Изражено је мишљење да је за вршење права и обезбеђење вршења права у погледу личности неспособне или спречене да их врши надлежан орган старатељства а да је за заштиту права ових лица од повреде која им је нанета, као и за одлуке којима се мења правни статус грађана надлежан суд(24).

4. Искључива и подељена надлежност органа старатељства и суда

Упоредни приказ решења у југословенском праву указује да питање искључиве и подељене надлежности ових органа, није јединствено регулисано. Поступак диспензације од брачне сметње поверен је у СР Словенији општинском органу социјалне заштите док је у осталим законима овај поступак у надлежности суда. Слична је ситуација са мирењем или повераваљем деце у случају смрти родитеља.

Но надлежност ова два органа може бити и подељена. При том њихов однос може бити равноправан или се надлежност једног органа сматра основном и првенственом(25). Такви случајеви су: повераваље деце у случају одвојеног живота, упућивање детета у васпитну установу, одлучивање о праву на личне односе родитеља и детета и друго.

5. Појам сарадње и њене претпоставке

Упоредни приказ односа суда и органа старатељства је указао на потребу прецизнијег одређивања појма сарадње. Сарадња претпоставља однос који има своју садржинску, структуралну и функционалну димензију. Сарадња може да се одреди на општи начин или се везује за посебне ситуације. Она се може изразити као право органа или његова обавеза. При том одређени орган може заузимати различите положаје и вршити различите функције: од помоћног органа односно сарадника, преко специјализованог органа са већим или ужим овлашћењима кад орган старатељства репрезентује интерес друштва или интерес детета. Кад обавља саветодавну функцију као орган помоћи породици пружајући одговарајуће услуге на принципу добровољности он би требало да има независан положај.

Основна претпоставка сарадње је обезбеђење потребног степена информисаности. Наиме, нужно је разрадити и одређену технику сарадње са јасно дефинисаним односима. Орган старатељства је управни орган са великим овлашћењима која морају бити у сразмери са одговорношћу за правилно деловање и одлучивање. Разлози материјалне природе, професионалне оспособљености или преоптерећења не могу бити оправдање, већ су симптоми неадекватности инструмената и продубљују јаз нормативног и фактичког.

Б. Практични проблеми

Сва ова крупна теоријска и организациона питања дошла су на практичну проверу другог дана саветовања. Дискусија се одвијала на општој седници у облику питања и одговора. Дошла је до изражаја сло-

(21) *ibid*, 135.
(22) *ibid*, 132.
(23) Зупанчич, *op. cit.*, 155—156.
(24) Поповић, *op. cit.*, 183—184.
(25) Обретковић, *op. cit.*, 136.

женост, осетљивост и тежина проблема са којим се пракса суочава.

Питања су показала да нов положај органа старатељства није сасвим дефинисан па се неке активности органа могу наћи у сукобу. Мирење које у суштини представља покушај превладавања брачних сукоба није довољно диференцирано од стручног рада са децом бракоразводних парничара.

Породични односи бременити моралним и психичким проблемима понекад не налазе правно утемељење. Владајући концепт нуклеарне породице сузио је личне односе на односе родитеља и деце и односи сродника појављују се као правни односи само у домену издржавања и наслеђивања. Правно обликовање породице не поклапа се са доминантним обликом проширене породице у социјалној равни и пракса реагује на ово разликовање. Постављала су се питања личних односа деде и бабе са дететом и биолошког родитеља и детета, посебно код усвојења. Односи са сродницима од значаја су и код избора старатеља и постављала су се питања везана за конкретну процену околности. Слична питања постављена су у области издржавања, решавања односа са елементима инстраности, извођења вештачења на позив суда и друга.

Примећено је да је дискусија оптерећена конкретним питањима и да се проблеми рада и сарадње нису довољно продубили. Нужност додатне едукације стручних радника тако избија у први план. У том смислу на саветовању су презентирани значајни резултати остварени у СР Хрватској.

др Марина Јањић-Комар

НЕШТО О КОМИТЕТИМА ЗА ОНО И ДСЗ И ЦИВИЛНОЈ ЗАШТИТИ У НОВОМ ЗАКОНУ О ОПШТЕНАРОДНОЈ ОДБРАНИ И ДРУШТВЕНОЈ САМОЗАШТИТИ

Развој нашег друштвено-политичког система, искуства добијена у практичној примени Закона о народној одбрани из 1974. године и у спровођењу доктринарних начела система ОНО и ДСЗ, као и повећана напетост у свету комбинована новим методама и облицима специјалног рата, допринели су да се приступи изменама Закона о народној одбрани из 1974. године. Нови Закон о народној одбрани је ступио на снагу 1. маја 1982. године („Службени лист СФРЈ" бр. 21/82), чиме је престао да важи Закон о народној одбрани од 1974. године. Нови Закон о општенародној одбрани садржи извесне новине у односу на претходни закон. Наша је намера да укажемо на најзначајније измене, уз краћи коментар у регулисању делатности комитета за општенародну одбрану и друштвену самозаштиту и цивилну заштиту.

Комитети за ОНО и ДСЗ

Новим Законом о народној одбрани установљени су комитети за ОНО и ДСЗ чиме је, поред низа других механизама и овим, више изражена улога СКЈ у пословима одбране друштва(1). Члан 72. Закона одређује да су Комитети за ОНО и ДСЗ координациона и оперативно-политичка тела, са задатком: да усмеравају и координирају мере и активности у остваривању јединствених циљева и задатака ОНО и ДСЗ; да оперативно-политички прате и процењују ситуацију од значаја за одбрану и безбедност земље; да подстичу активност органа самоуправних организација и заједница, друштвено-политичких и других друштвених организација у остваривању ОНО и ДСЗ; да предузимају мере ради благовременог и ефикасног деловања јединственог одрамбеног-заштитног система у припремама и акцијама; да обезбеђују остваривање Уставом утврђене одговорности СКЈ у заштити револуције и социјалистичких самоуправних друштвених односа (члан 72. став 2.).

Комитете за ОНО и ДСЗ образују општине, градске и регионалне заједнице, и то оне које се образују као друштвено-политичке заједнице, социјалистичке аутономне покрајине, републике и самоуправне организације и заједнце (члан 72. став 2.). Федерација не образује комитет за ОНО и ДСЗ јер његову улогу овде има Савет за народну одбрану.

У друштвено-политичким заједницама, Комитете за ОНО и ДСЗ образују и именују чланове Скупштине тих заједница. У самоуправним организацијама и заједницама образују се и именују чланове од стране органа управљања, односно од других одговарајућих органа тих организација и заједница. Предлог, за чланове, Комитета за ОНО и ДСЗ свих горе набројаних заједница и организација, дају њихове организације Савеза комуниста.

Комитет за ОНО и ДСЗ је састављен од представника Савеза комуниста, представника других друштвено-политичких организација, од представника органа друштвено-политичке заједнице, односно самоуправне организације и заједнице, у зависности од тога ко их формира.

---

(1) Комитети за ОНО и ДСЗ су први пут били установљени Одлуком Врховног команданта Маршала Југославије Јосипа Броза Тита 1978. године.

У извршавању својих права и дужности из члана 72. став 2. комитети доносе ставове, смернице и закључке. Извршни органи скупштина друштвено-политичких заједница, пословодни извршни и други органи самоуправних организација и заједница обавезни су да остварују ставове, смернице и закључке Комитета за ОНО и ДСЗ. У њиховом извршавању су горе набројани органи самостални, али у оквиру својих права, дужности и одговорности утврђене уставом, законом, статутом и другим самоуправним општинским актом (члан 72. став 5.). Намеће се питање нису ли комитети „надорган" овим органима самоуправних организација и заједница. На први поглед се може тако закључити. Међутим, комитети за ОНО и ДСЗ само прате и процењују политичко-безбедносну ситуацију, а укључују се у рад само изузетно, по потреби, када то ситуација налаже. Постојање и делатност Комитета за ОНО и ДСЗ, не дира у остваривање права и дужности у области ОНО и ДСЗ, самоуправних организација и заједница, друштвено-политичких и других друштвених организација и друштвено-политичких заједница. Они та своја права и дужности остварују преко својих органа утврђених уставом, законом, статутом и другим самоуправним општим актом, који послове ОНО и ДСЗ извршавају у оквиру својих овлашћења и редовне делатности (члан 72. став 1.). Комитети за ОНО и ДСЗ се налазе у другом плану у редовној својој делатности. Они наступају у случају када надлежни органи набројани у члану 72. став 1. (горе споменути) дођу у ситуацију да не могу да извршавају своје задатке и послове, а посебно оне у области општенародне одбране и друштвене самозаштите. У складу са политиком и ставовима Савеза комуниста, комитети предузимају активности и мере да се ти органи оспособе и наставе рад. Ако се и поред предузетих мера не буду за то оспособили, комитети за ОНО и ДСЗ активирају снаге и средства општенародне одбране и друштвене самозаштите на свом подручју и њима руководе, док надлежни органи не буду у могућности да извршавају своје задатке и послове утврђене нормативним актима. Одлуке комитета за ОНО и ДСЗ донете у међувремену, док се не оспособе и наставе рад надлежни органи из члана 72. став 1. Закона, морају бити у складу са законом и одлуком Председништва СФРЈ (члан 109. Закона о народној одбрани) и обавезне су за све радне људе и грађане, самоуправне организације и заједнице, друштвено-политичке и друге друштвене организације и органе друштвено-политичких заједница — краће речено, за све субјекте друштвено-политичког система.

Састав комитета је такав да онемогућује његово уздизање над самоуправним телима. Представници Савеза комуниста, органа друштвено-политичких заједница, друштвено-политичке организације и других друштвених организација улазе у састав комитета, тако да је самоуправни принцип приступан. Одговорност је, такође, један од елиминатора комитета као „надоргана". Члан 75. одређује да су Комитети за ОНО и ДСЗ одговорни за свој рад органима који су их образовали и Савезу комуниста, за, како то закон каже: „... остваривање Уставом утврђене улоге и одговорности Савеза комуниста као основног покретача и носиоца политичке активности ради заштите и даљег развоја социјалистичке револуције и социјалистичких самоуправних друштвених односа(2).

Комитети за ОНО и ДСЗ су формирани, поред горе набројаних разлога: оперативно политичког праћења и процене безбедности ситуације, подстицања самоуправне активности итд. и са циљем да се у ванредним приликама благовремено и ефикасно активира целокупни одрамбено-самозаштитни систем. Њихова је, дакле, улога у „другој линији". Сигурно да постоје опасности злоупотребе комитета. У досадашњој пракси, од њиховог оснивања до данас, било је таквих појава, али су то били изузетни случајеви и заштитни механизми, о којим је горе било речи. Они су увек успевали да на време реагују на такве појаве.

(2) Члан 75. став 2. Закона о народној одбрани.

Одговорност Комитета за ОНО и ДСЗ постављена је по обостраној линији. По члану 75. Закона они су одговорни за свој рад органима који су их образовали са једне стране, а са друге, одговорни су и Савезу комуниста. Овим је задржан самоуправни социјалистички принцип, да се одговорност полаже пред органом — оснивачем, али истовремено је задржана одговорност и пред СК као основног покретача и Уставом одговорног за заштиту и даљи развој револуције и социјалистичких самоуправних друштвених односа.

Цивилна заштита

Закон о народној одбрани из 1982. године је цивилну заштиту детаљније регулисао него Закон из 1974. године(3). Нови Закон се ограничио да регулише само питања цивилне заштите која представљају основе система. Детаљније регулисање ове материје је остављено да изврше републички и покрајински закони. Досадашња искуства су показала да нема потребе за изменама основне концепције цивилне заштите. Зато у новом Закону има само делимичних измена.

Глава XI од члана 150. до 166. је цела посвећена регулисању цивилне заштите. Одмах на почетку главе, у члану 150., Закон дефинише цивилну заштиту као облик организовања радних људи и грађана (а не организација и органа) и као најмасовнији облик њиховог организовања, припремања и учешћа у „заштити и спасавању људи и материјалних и других добара од ратних разарања, елементарних и других несрећа и других опасности у миру и рату".

Законом је регулисано да се цивилна заштита организује у стамбеној и пословној згради, јавном и другом објекту, насељеном месту, месној заједници, организацијама удруженог рада, самоуправним организацијама и заједницама или друштвено-политичким заједницама. Краће речено свуда где то потребе налажу (члан 151.). Закон налаже да се цивилна заштита остварује у оквиру јединственог система организованог по територијалном принципу, тј. да се организује као јединствен систем у општини, односно граду.

Следећа новина Закона о народној одбрани из 1982. године јесте, што је уместо досадашњег термина „самозаштита" употребљен термин „лична и узајамна заштита'. Овим се избегло мешање овог елемента ЦЗ за друштвеном самозаштитом, а уједно елиминисала ограниченост термина „самозаштита", који се односи на један елеменат цивилне заштите.

Нормативно је проширена функција цивилне заштите на заштиту и спасавање људи, материјалних и других добара и од елементарних несрећа (члан 157.). Републички и покрајински закони су одавно прихватали и регулисали својим прописима цивилну заштиту. Овим је ЦЗ нормативно регулисана као део система народне одбране за заштиту не само у рату него у свим другим приликама када прети опасност људима и материјалним и другим добрима. Закон од 1974. године је превасходно имао у виду заштиту од ратних дејстава, док нови, поред ратних дејстава, познаје друге ванредне прилике, и опасност од елементарских и других несрећа. Члан 154. Закона о народној одбрани предвиђа да припадници јединица, штабова, и других органа цивилне заштите носе јединствен знак цивилне заштите предвиђен међународном конвенцијом. Међународни знак цивилне заштите је утврђен Допунским протоколом на женевске конвенције о заштити жртава међународних оружаних су-

(3) Број чланова Закона из 1974. године који регулишу питање цивилне заштите је било укупно 43. Нови Закон посвећује овој материји само 16 чланова. Овај податак указује да је мање простора посвећено овом питању. На пример, док нови Закон само набраја мере цивилне заштите, претходни Закон је поред набрајања, сваку меру посебно и детаљно регулисао.

коба од 12. августа 1949. године (Протокол I)(4). Члан 66. став 4. Протокола I утврдио је да је међународни знак распознавања цивилне заштите равнокраки плави троугао на наранџастом пољу. Знак се може носити, у миру и у рату и служи за обележавање припадника, објеката, опреме и средстава цивилне заштите. Лица, објекти и предмети обележени овим међународним знаком уживају заштиту Међународног права, тј. да је забрањена примена ратних чини према њима.

Предвиђена је могућност да се јединице цивилне заштите употребе за извршавање задатака регулисаних члановима 157., 158., 159., 160., 161. и 162., не само у организацијама и задацима где су образоване, него и ван њих, „ као и за извршавање других задатака од интереса за општенародну одбрану и друштвену самозаштиту"(5).

Последња реченица овог члана (члан 164) је доста нејасна што је створило низ погрешних тумачења. Овако формулисани задаци цивилне заштите у пословима ОНО и ДСЗ могли су створити и створили су схватање да се јединице цивилне заштите могу употребити у пословима и задацима јединица оружаних снага. Тако нешто је недопустиво из више разлога. Прво, јединице цивилне заштите (а тиме и појединци припадници цивилне заштите) обављали би задатке за које нису одређени. Врло су јасно одређени задаци цивилне заштите у оружаном отпору непријатеља у случају рата. Друго, јединице штабови и други органи цивилне заштите би у случају узимања учешћа у непријатељствима у рату, изгубили заштиту коју им пружа међународно право. Под изразом „цивилна заштита" се Допунским протоколом на Женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних снага (у даљем тексту Протокол I) подразумева „вршење неких или свих ниже наведених хуманитарних активности са циљем да се цивилно становништво заштити од опасности од непријатељства или несреће и да му се помогне да савлада њихово непосредно дејство, као и да се обезбеде услови потребни за његов опстанак(6). У даљем тексту члана 61. Глава VI Протокола I следе таксативно набројани задаци цивилне заштите(7). Протокол I дозвољава да припадници јединица цивилне заштите носе лично лако наоружање у циљу одржавања реда и за самоодбрану (члан 65. став 3. Протокола I). Али зато свим јединицама додељеним цивилној заштити (припадници оружаних снага и војне јединице додељене организацијама цивилне заштите) изричито се забрањује да учествују директно у непријатељствима и „да ван својих задатака цивилне заштите не врше, или се не користе за вршење, радњи штетних по противничку страну"(8). Додуше, и овде има нејасноћа и недоречености. Шта значи „да то особље не учествује директно у непријатељствима", или да се особље „ван својих задатака цивилне заштите не врши, или не користи за вршење радњи штетних по противничку страну" (члан 67. став 1. тачка е, Протокола I). У земљама које укључују све структуре друштва у одбрани своје слободе, као што је случај са нашом земљом, сигурно да ће и јединице цивилне заштите применити разне облике неоружаног супротстављања непријатељу, посебно на запоседнутој територији од стране непријатеља. То могу бити разне врсте бојкота према непријатељским захтевима, саботаже и други облици пасивног отпора. Нису ли то радње штетне по непријатеља? Очито је да су

(4) Протокол I је донет 1977. године и исте године ступио на снагу након што су га ратификовале три земље, колико је било потребно да би ступио на снагу. Наша земља је Протоколе I и II ратификовала 28.12.1978. године — „Службени лист СФРЈ", Међународни уговори, број 16/78. год.

(5) Члан 164. Закона о народној одбрани.

(6) Члан 61. Допунског протокола уз Женевске конвенције од 112. августа 1949. год. о заштити жртава међународних оружаних сукоба, „Сл. лист СФРЈ", Међународни уговори 16/1976. год, — (Протокол I).

(7) Види члан 61. Протокола I.

(8) Члан 67. став 1. тачка е, Протокол I, „Сл. лист СФРЈ" 16/76. г.

то питања тумачења норми Протокола. Из тих разлога треба бити врома опрезан када се тражи од јединица цивилне заштите да се супротставе агресору(9).

Између нејасних норми Закона о народној одбрани, с једне стране, и неких нејасних норми Протокола I, с друге стране, по питању задатака цивилне заштите, треба наћи могућност неоружаног супротстављања непријатељу. Да не би дошло до укључивања цивилне заштите у оружану борбу, али и да се припадницима цивилне заштите пружи могућност супротстављања агресору (по члану 237. Устава СФРЈ; неприкосновено је и неотуђиво право појединца да брани земљу) треба наћи методе укључивања цивилне заштите у систем општег супротстављања непријатељу на привремено запоседнутој територији и у захвату фронта. Дакле, нисмо за укључивање цивилне заштите у оружану борбу, али ни за њено потпуно одстрањивање из општег отпора непријатељу. Из претходног следи да задаци цивилне заштите нису оружано супротстављање агресору, јер би то искључивало њихову намену. Припадници цивилне заштите су међународном конвенцијом (Протоколом I) и Законом о народној одбрани одређени тако да се само може одредити основна намена цивилне заштите. Њихова намена је да се личном и узајаном заштитом и предузимањем мера заштите људи, материјалних и других добара од ратних разарања, елементарних и других несрећа и других опасности у миру и рату. У оквиру ових мера и поступака могуће је супротставити се непријатељу. Свака друга активност предузета оружјем би искључивала цивилну заштиту као хуманитарну организацију. У случају примене јединица цивилне заштите као јединица за активно оружано супротстављање непријатељу довело би ове јединице у ситуацију да их непријатељ једнострано прогласи за војне формације и да се према њима опходи као и према свим осталим борбеним јединицама.

Несумњиво је да је нови Закон о општенародној одбрани обухватније регулисао материју у области друштвене самозаштите. Текстуално је краћи и са мањим бројем чланова у односу на Закон о народној одбрани из 1974. године, али је обухватнији и поставља солидне основе за даљу разраду републичких закона о народној одбрани који ће у складу са Уставом и овим законом регулисати питање ОНО и ДСЗ према својим конкретним условима, потребама и могућностима. Низом других новина, као и постављањем комитета за ОНО и ДСЗ Закон о општенародној одбрани је корак напред у процесу потпунијег нормативног регулисања безбедности нашег друштва. Даљу конкретизацију устројства, састава и деловања комитета за ОНО и ДСЗ и цивилне заштите Закон је оставио републичком и покрајинском законодавству. Пракса ће показати исправност и слабост оваквог устројства комитета за ОНО и ДСЗ и широко постављеној делатности цивилне заштите.

Владан Јончић

(9) На Округлом столу, одржаном 19. октобра 1981. године на тему: *Правци развоја цивилне заштите* било је тврђења да ће се припадници цивилне заштите, појединачно или као целе екипе, односно јединице, у одређеним ситуацијама супротставити агресору. Види дискусију Петар Матић, Иван Мишковић и Вељко Марковић. („Одбрана и заштита", број 1/82. стр. 24—26). Слично овом је мишљење Бранка Јовановића, *Нови међународни статус за цивилну заштиту;* Саветовање о актуелним питањима међународног хуманитарног права, Београд, 1977. год. (сепарат).

Лидија Баста: ПОЛИТИКА У ГРАНИЦАМА ПРАВА. Студија о англосаксонском конституционализму. — Београд, Истраживачко-издавачки центар ССО Србије и Институт за упоредно право, 1984. Стр. 171.

Лидија Баста, научни сарадник Института за упоредно право, објавила је своју докторску дисертацију чији предмет је конституционализам у Великој Британији. Овакво опредељење аутора заслужује вишеструку пажњу правника — млађи истраживачи показују мало или недовољно интересовање за питања из области уставног права и уставности, а такође се веома мало интересују за питања ван континенталног европског система. Специфичности англосаксонског права захтевају додатни мисаони напор у циљу превладавања оног типа мишљења које је карактеристично за континенталне правнике, а то је извођење од општег ка посебном, путем дедукције, из опште правне норме ка примени на конкретан случај. Англосаксонско право засновано на преседанима, ствара се у уопштавању од појединачног случаја ка општим правним начелима. Компарација ових различитих методолошких приступа и уставноправних принципа са југословенским правом може бити корисна не само из теоријскоправних и формалноправних разлога, већ из потребе да се уоче недостаци нормативистичког приступа уставним решењима и да се проблеми сагледавају са ширег аспекта односа уставности и законитости. Већ сам наслов студије указује на основни критеријум модерног друштва — постојање политике као *res publicae* у којој учествују сви, уз гарантију основних права и слобода. Та отвореност није у колизији са конзервативним тенденцијама и традиционалистичким карактером англосаксонског права; аутор ће ту чињеницу нагласити више пута, не као општу констатацију, већ као аргументат брижљиво разрађене анализе британске теорије и праксе. Лидија Баста је показала да је у току три стотине година развоја, енглески политички систем претрпео битне промене — од парламентарног представничког система ка јачању представничке владе, захваљујући општим и гипким нормама позитивног права. Међутим, ове промене нису реметиле суштинске принципе грађанског друштва: економски либерализам, личне и политичке слободе грађанина. Још једна специфичност, коју је аутор посебно нагласио, састоји се у очувању институционално-правне форме и у случајевима када се мења значајан део политичког система, његова улога и смисао деловања у друштву. Ова специфичност изражена је у подели органа власти на законодавне, управне и судске, а посебно у процесу промене њихове надлежности (њено проширивање или сужавање) или структуре органа власти. Промене односа између извршних органа власти и законодавног тела које имају карактер промене односа политичких снага или промене равнотеже у односу између појединих органа власти у неким земљама извршене су револуцијама, а у англосаксонском систему постепеним и промишљеним правним реформама. За овакве промене може се закључити да су остварене на нивоу усаглашавања принципа *common law* и *common sense*. Наведене одлике англосаксоноког поимања конституционализма и јавног политичког деловања свакако су биле подстицај за истраживача који живи у другачијем правном и политичком систему: „Усмерен на теоријске проблеме институционализације политичке власти путем права, анлосаксоноки конституционализам, из угла особеног правно-политичког искуства, остварује целовит увид у сва темељна питања државе, права и политике. Правнику школованом на традицијама континенталног европског правног система може се у први мах учинити непремостивом препрека саздана од суштински различитог правничког духа — начина размишљања

и редоследа по значају. Навикнут на дедуктивно закључивање, он ће остати затечен преовлађујуће индуктивним мисаоним токовима од појединачног ка општем. Ипак, управо у тој чињеници и лежи додатан 'истраживачки изазов': вреди покушати да се такве ограничавајуће околности (бар делимично) учине својеврсном предношћу. Анализа онога ко је 'ван система' у прилици је да пронађе и проникне у један угао гледања на ствари који ће за неког ,у систему' заувек остати недокучен, а то у исти мах подразумева могућност промишљања самих претпоставки теорије и институција англосаксонског конституционализма" (стр. 2—3), истиче Лидија Баста.

Методолошки приступ за који се определио аутор нужно је морао бити интердисциплинаран, обухватајући уставнотеоријски, уставноегзегетички и политиколошки метод. При томе су прва два метода основна и преовлађујућа, у раду, док је трећи примењен као помоћни, како по заступљености тако и суштински (категоријални апарат и ниво теоријске анализе). У англосаксонској уставноправној теорији и пракси упоредо се дошло до питања како разграничити суверености законодавне и судске власти у односу на моћ појединца и спречити апсолутизам монарха. Из овог питања непосредно следи питање централизације и децентрализације, односно регулисања односа државних органа на начин који ће обезбедити легитимитет и правну сигурност не само система већ и гарантовати правну сигурност појединцу. Узрок и покретач реформи англосаксонског права постоји у темељној идеји о интегритету личности и гарантији права својине. Филозофске поставке о правима човека и грађанина битно су утицале на неприхватање теорије природног права и заснивање модерне уставнополитичке свести која полази од три битне вредности: развоја економије (и заштите приватне својине), рационалне политичке организације друштва и развоја науке као претпоставки општег развоја друштва. Решење односа између појединих органа власти нађено је почетком XVII века: „Излаз је нађен у томе да судије у свако доба могу рећи шта је устав, али да Парламент може у свако доба мењати тај исти устав" (стр. 19). Питање које је највише заокупљало правнике XVII века али није изгубило ништа од своје актуелности изражено је кроз захтев за сталном и стабилном контролом извршне власти: „Без сумње, овакав захтев може се оценити као политички пресудан моменат у историји настанка енглеског парламентаризма, с обзиром на то да је реч о отворено испољеној тежњи ка политичкој контроли егзекутиве" (стр. 21). Основна идеја која прожима англосаксонски конституционализам, Лидија Баста сажето дефинише на следећи начин: „Реч је о потврђеној самосвојности и виталности енглеске политичке традиције — да се друштвени потреси и промене готово безболно и неосетно уклапају у нови дух времена, захваљујући најчешће успелом изналажењу компромисних историјских формула за суштински измењену друштвеноекономску стварност" (стр. 25). У студији Политика у границама права примењен је егзегетички метод анализе основних правних докумената који су конститутивни за слободе и права човека; теоријске расправе енглеских правника и филозофа такође су предмет њене анализе. Оно што треба истаћи као допринос енглеског конституционализма очувању принципа легалитета и правне сигурности је константно праћење и старање о приоритету обавеза над овлашћењима државних органа, посебно у оквиру надлежности законодавног тела. Тај принцип изражен је на следећи начин: „Акт о сазивању Парламента предвиђа да се представничко тело мора састати бар једном у три године, да се његово заседање не може одложити, нити се оно може распустити у року од четрдесет дана, уколико се само није сагласило са таквом одлуком" (стр. 28). Да би се обезбедило спровођење овог принципа, изграђивана је превласт законодавног тела, са примесама јединства власти.

Све аспекте енглеског конституционализма не можемо обухватити у сумарном приказивању студије Лидије Басте; но треба нагласити једно — конституционални систем заснован на принципу поделе власти

декларативно израженом у основним документима тог система, са циљем дефинитивног и ефикасног ограничавања апсолутне власти монарха, у току дугог периода развоја од три века еволуирао је ка неким примесама јединства власти. Потребе правне и друштвене рационалности, као и контроле рада извршних органа власти остварене су захваљујући и мешовитом (двојаком) карактеру конституционалних докумената; у једном делу, ти документи имали су карактер правног акта који подлеже редовној парламентарној процедури измена, док у другом делу представља декларацију политичких принципа, која подлеже променама зависно од односа политичких снага. Пример таквог акта је Споразум народа. Полазећи од заштите основних вредности ка правним начелима, енглески конституционализам се мењао и у правцу функционалног повезивања законодавних и извршних органа онда, када су правна теорија и законодавци сматрали да такво повезивање обезбеђује неометано и редовно функционисање правног система. Успешност ових интервенција може се процењивати и са становишта политичко-правних проблема са којима се суочавају савремене државе — почев од питања интегрисања политичког плурализма у постојећи правни систем, до односа законитости и ефикасности у функционисању органа власти. Једно од темељних начела парламентарне демократије заснивало се на приоритету легалитета у односу на ефикасност. Криза савременог парламентаризма једним делом је и последица немогућности усклађивања решавања све сложенијих потреба савременог друштва са релативно спором и сложеном парламентарном процедуром, што доводи до смањења правне сигурности, како на општедруштвеном плану, тако и у односу на појединца. Лидија Баста разматра питања која су релевантна и са становишта модерног енглеског конституционализма, пре свега оним њиховим представницима који заступају два битна становишта — о парламентарној влади (Харолд Ласки) и њему супротног — о подељеном и уравнотеженом вршењу власти (Карл Фридрих, Карл Левенштајн, М. Вајл). Аутори који заступају тезу о уравнотеженој власти дају сложеније и примереније тумачење, што Лидија Баста посебно наглашава: „Сматрајући однос између уставног и политичког система трајно и нераскидљиво успостављеним, они упозоравају на то да парламентаризам ваља видети само као суптилнији облик теже и противтеже у условима делимичне органске, функционалне и персоналне раздвојености уставних власти" (стр. 136).

Студија Лидије Басте није само прилог бољем упознавању историје и теорије англосаксонске уставности. Овај рад указује на заједничке проблеме са којима се суочавају тако различита друштва као што су британско и југословенско, при чему постоји могућност коришћења оних решења која доприносе разрешавању тешкоћа у функционисању правног система. Стога завршна разматрања аутора треба схватити као упозорење свим правницима, посебно онима у чијој надлежности су стварање и заштита уставног права: „Теорија англосаксонског конституционализма је у основи антипозитивистички заснована и усмерена. Она уверљиво доказује испразност разговора о уставности и законитости искључиво на плану позитивноправног нормативитета. За велики део савремене југословенске теорије уставности и законитости то је значајна поука и озбиљно упозорење. Питања уставности и законитости морају се и у југословенском самоуправном друштву постављати само као део (вид) проблема конституционализма у социјалистичком друштву, који политичку власт и позитивно право неће посматрати као по — себи — дате ауторитете, већ ће у односу према њима неговати сазнајнокритички, вредносни приступ" (стр. 158).

Дубравка Стајић

Марко Јачов, ВЕНЕЦИЈА И СРБИ У ДАЛМАЦИЈИ У XVIII ВЕКУ, Београд 1984. стр. 157

Дело које је пред нама представља незнатно допуњену докторску расправу, коју је писац одбранио на Филозофском факултету у Београду 12. априла 1979. г. Књига је лепо опремљена; поред уобичајених спискова коришћених извора и литературе уграђени су и регистри места и личних имена, а приложен је и резиме на француском језику, у којем, што је за жаљење, коректура није најбоље извршена.

Прошлост нашег живља у Далмацији још увек није довољно истражена, иако су се њоме бавили и баве писци великог угледа, попут Никодима Милаша, Јована Томића или Глигора Станојевића. Писац ове књиге је учинио велики напор да прошлост далматинских Срба сагледа са становишта многобројних извора који нису објављени. О обиму тога подухвата најбоље сведочи списак необјављених извора, из којег се види да је проучено пет венецијанских, два ватиканска, један римски, два сремско-карловачка и један задарски архив, а у неким од ових и по десетак архивских фондова.

Књига је подељена на четрнаест делова, укључујући предговор и закључак. Сваки део има посебан наслов. Писац најпре покушава да представи политичку повест далматинских Срба у 18. веку. Та повест почиње неуспелим буковичким устанком у 1704. г. да би потом изгубила побуњеничко обележје и претворила се у борбу за слободу исповедања православне вере. Ова ће борба бити мукотрпна и протегнуће се на читав 18. век. Венеција је, наиме, још 1718. г. донела пропис о слободи исповедања православне вере у Далмацији и Боки Которској. Почетком 1719. г. српски патријарх, Мојсије Рајовић, је у Грбљанској Жупи хиротонисао Стефана Љубибратића, рођеног у Требињу, чија се породица преселила у Херцег-Нови крајем 17. века, за епископа новског, именујући га притом „митрополитом и примасом целе Далмације". Именовање српског православног митрополита изазвало је снажну реакцију задарског надбискупа, такође пореклом Србина, Винћентија Змајевића, што је довело до сенатске одлуке с почетка 1720. г. о протеривању Љубибратића из Далмације. Иако ова одлука није одмах била извршена, због противљења тадањега генералног провидура Далмације, Моченига, даљи рад Љубибратићев у Далмацији је ипак био онемогућен и он је 1726. г. постао београдски епископ.

Љубибратићев национални рад у Далмацији ће наставити други свештеник, Симеон Кончаревић. Док је Љубибратић био, упркос своме свештеничком позиву, ратник и храбри борац против Турака, Кончаревић је био образован човек, кога је отац послао на дугогодишње школовање у Задар и у Венецију.

Године 1736. млетачки сенат је издао Србима одобрење да бирају епископа. Дата је чак и сагласност за Леонтија Аврамовића, који је за ту дужност био предложен од стране српског црквено-народног сабора. Против овакве сенатске одлуке устали су Конгрегација за пропаганду вере у Риму, надбискуп Змајевић из Задра, а и сам секретар папске државе. Овога последњег је млетачки амбасадор у Риму обавестио приликом аудијенције, октобра 1736. г. да је поменута одлука од 28. јула 1736. г. „већ опозвана". Тако су далматински Срби били принуђени да још петнаест година проживе без свог епископа, Године 1751. се Симеон Кончаревић одважио да прими ту дужност. Он је био хиротонисан у Требињу за митрополита далматинског и албанског. Опет ће доћи до реакције католичких утицајних чинилаца и Кончаревић ће, као некад Љубибратић, бити прогнан из Далмације. Предузимљиви борац и упорни народни посленик, Кончаревић ће покушати да за проблем далматинских Срба заинтересује Русију. Тако је настао исељенички покрет и дошло до сеобе Срба из Далмације у Русију 1758. г. Иако је руска влада показала занимање за православне у Далмацији, па и жељу да помогне, руска дипломатска интервенција није довела до решења проблема. Кончаревић је умро у Русији. Више од дипломатског мешања Руса, мле-

тачку власт је забрињавао исељенички покрет који је водио у више праваца: према Срему и Банату, Босни и аустријској Пољској. У условима привредне кризе, млетачка влада није успела да реши друштвено питање далматинских Срба. Њен последњи покушај био је учињен декретом од 16. новембра 1780. г. којим је одређено „да се православни поданици републике имају од свију признавати за православне, независне од римског папе". Годину дана доцније млетачка влада је потврдила духовну јурисдикцију над православнима у Далмацији, Истри и Боки Которској Софронију Кутувалију, филаделфијскоме архиепископу, чије је седиште било у Венецији. Међутим, и после овога декрета, у Далмацији је, како писац на основу извора показује, настављена стара пракса непризнавања православне вере.

У завршним деловима књиге писац је дао и скицу друштвених и привредних прилика и народнога живота онога времена. То свакако употпуњује овај марљив рад који неће моћи да заобиђе нико ко се бави повешћу наших народа у 18. веку.

Писцу би се могло упутити и неколико мањих замерки. Писац, наиме, исправно примећује везу која је постојала између исповедања православне вере и српског народног идентитета. Тако исто, он настоји на чињеници друштвеног раслојавања и одвајања српског сердарског слоја од народа. Стога се намеће питање о верској припадности српских сердара, који су били у венецијанској служби и о њиховом односу према православном свештенству, коме су, стицајем прилика, препустили вођство народнога покрета. Одговор на ово питање се у књизи не види. Писац је, што би била друга замерка, истраживање усмерио на православно српско становништво. Његовоме оку углавном измичу они Срби који су се мање опирали католичкој акцији. Граница између римокатолика и православних ипак није била сасвим оштра. Најпре, сама Венеција и римска курија су се трудиле да ту границу учине лако прелазном у сопственоме смеру, како би се појачао унијатски процес. С друге, пак, стране, преобраћеници су се и даље, бар спорадично, држали своје браће која су остала у старој вери. То и писац показује, наводећи да су Љубибратићева богослужења посећивали и римокатолици. Положај и схватања римокатоличких Срба у књизи нису уопште обрађени, с изузетком личности и деловања Вићентија Змајевића. Најзад, најмања је замерка што је у наслову поменута само Далмација, а дело се односи и на Боку Которску. Писцу у овоме погледу говори у прилог изражавање Веценијанаца, а и он сам у тексту увек говори о Далмацији и Боки Которској.

Поменуте замерке немају ни у ком случају за циљ да умање вредност овога дела. Књига је изврсно штиво. Писац је стил прилагодио изворноме материјалу. Ликови у књизи су изванредно приказани и показују слику тешког опстанка једног малог народа на ветрометини и попришту сукоба светских сила. Тегобно битисање можда најбоље илуструје витешки пример свештеника Петра Јагодића Курице, вође буковичкога устанка, чија је глава била уцењена. Пошто се предао властима био је осуђен на четрдесет година заточења у самици без светлости. У страшној млетачкој тамници издржао је казну без иједног дана помиловања и кад је, после четрдесет година, први пут угледао светлост дана изгубио је вид. Ни ослепелом и изнемоглом побуњенику млетачка власт није дозволила да се врати у родно село. Умро је у Задру, у конфинацији.

др Драгољуб М. Поповић

Др Жељко Хорватић: ЕЛЕМЕНТАРНА КРИМИНОЛОГИЈА (Основе учења о појавним облицима и узроцима кажњивих понашања). Свеучилиште у Ријеци, „Либурнија" — Ријека и „Школска књига" — Загреб, 1981., стр. 152.

За последњу годину-две у нашој литератури појавило се неколико општих дела из Криминологије која, без сумње, заслужују пажњу. Међу њима је и књига *Елементарна Криминологија* др Жељка Хорватића издата као уџбеник за студенте Правног факултета у Ријеци на коме се ова материја изучава као део јединственог наставног предмета под називом „Кривично право и Криминологија".

У Предговору аутор указује на разлоге који су га мотивисали на писање књиге указујући одмах да, с обзиром на специфичан положај Криминологије у наставном програму Факултета, тежи да пружи систематизиран приказ само „почетних, темељних и најпотребнијих сазнања" из ове области. Истиче се да је у раду избегнуто детаљније излагање свих контроверзних схватања о најразличитијим криминолошким проблемима, уместо чега се излажу само она која се сматрају најоснованијима. Аутор образлаже и зашто је употребио назив „елементарна" уместо „основи криминологије", међутим, разлози које наводи а посебно онај други (Криминологија је страна реч, па је умесно да то буде и друга реч наслова) не делују довољно убедљиво да оправдају овакво опредељење.

Књига је подељена на три дела: Увод, Појавни облици кажњивих понашања (Фрагменти Феноменологије) и Узроци кажњивих понашања (Етиологија).

Увод се бави одређивањем предмета Криминологије, њеног места у систему наука и њеним историјским развојем и савременим стањем.

I) После уопштених излагања о предмету науке, прелази се на одређивање основних појмова везаних за предмет проучавања Криминологије. Дају се појмови криминалитета као индивидуалне и масовне појаве, делинквенције која се схвата као појам шири од криминалитета (дефинише се као свако противправно понашање за које, по важећим прописима одређене државе, надлежни орган може изрећи казну — било да се ради о кривичном делу, прекршају, привредном или дисциплинском преступу) и најшири појам „девијантно понашање" схваћено као укупност социјалнопатолошких појава. Одмах по дефинисању основних криминолошких категорија, долази прецизно одређење предмета Криминологије који се изједначава са делинквенцијом као тоталитетом кажњивих радњи. Рашчлањен, тај предмет се манифестује у виду:

— делинквенције као друштвене појаве

— кажњивих радњи као догађаја у животу појединаца и

— извршиоца кажњиве радње;

Према аутору, елементарна криминологија обухвата Феноменологију и Етиологију криминалитета, иако се одмах примећује да би проучавање појавних облика, узрока и мера спречавања делинквенције (криминална политика) чини логичку, методолошку и садржајну целину.

Излагање о методама Криминологије, које полази од „дијалектичке концепције друштвених наука", аутор започиње подетлом свих метода којима се Криминологија служи на: а) основне — који опредељују основни научни начин посматрања и проучавања предмета, б) посебне — одређују начин систематисања, компарирања и, делимично, објашњења појава којима се Криминологија бави и в) помоћне — оне одређују начин прикупљања података о појавама. У Помоћне методе убрајају се посматрање, статистика и неке технике прикупљања података (испитивање, тест, експеримент), у Посебне: историјски, компаративни, психолошки и статистички метод, док се као Основни метод Криминологије наводи „хисторијски (дијалектички) материјализам као опћа теорија и основна метода Криминологије". Овде се, као и касније на другим ме-

стима, не указује на разлику између дијалектичког и историјског материјализма, што доводи до збрке у појмовима који се очигледно користе као синоними. У ствари, овде се говори само о дијалектичком материјализму, док се историјски материјализам као најопштија теорија и метод друштвених наука изједначава са њим.

Овај део завршава дефинисањем Криминологије као „самосталне дисциплине у систему наука која својим системом метода проучава појавне облике и узроке кажњивих понашања".

II) Излагање о месту Криминологије у систему наука и о њеном историјском развоју (—III/) креће се у конвенционалним оквирима обраде ових питања у нашој литератури са изузетком излагања о марксистичкој Криминологији које је сумарно, доста непрецизно, без продирања у суштину дијалектичког односа друштво — појединац и доста неубедљиво, тако да је указивање на значај марксистичке Криминологије пре декларативно но аргументовано. Савремен развој Криминологије на Западу указује на њене најактуелније правце и стремљења, као што су Радикална (Критичка) Криминологија и виктимолошка оријентација, при чему се посебно истиче интернационални карактер савремене Криминологије. Када се говори о Криминологији у социјалистичком самоуправном друштву, критикује се схватање да је криминалитет у социјализму искључива последица остатака прошлих, класних друштава и с правом се указује да се битан узрок криминалитета налази и у противуречностима самог социјалистичког друштва. Задатак Криминологије у нас је „да резултатима својих истраживања пружи довољно материјала за законодавне интервенције на подручју кривичног, прекршајног, дисциплинског и привредно-преступног права и за планирање и провођење криминалне политике".

Други део посвећен је појавним облицима кажњивих понашања („фрагментима Феноменологије") и састоји се из неколико целина: уопштених разматрања о појавним облицима кажњивих понашања, формама њиховог испољавања у нашој земљи и свету и излагања о појединим групама кажњивих понашања.

I) У оквиру општих разматрања, посебно се указује на улогу коју Феноменологија као део науке о криминалитету има за изучавање феномена делинквенције. С тим у вези, излаже се и материја која третира начине прикупљања података о појавним облицима кажњивих понашања, при чему је посебна пажња посвећена статистици, „тамној бројци" и изучавању индицидуалних случајева, да би се на крају указало на критерије за поделу појавних облика кажњивих понашања.

II) Излагање о Феноменологији кажњивих понашања у нашој земљи (СФРЈ и СР Хрватској) и у свету, праћена су актуелним статистичким подацима који се тичу основних правилности у испољавању криминалитета као масовне појаве на овим просторима.

III) Конкретни појавни облици кажњивих понашања дати су кроз неколико група кривичних дела: политички криминалитет, тероризам и отмице, дела насиља, рецидивизам и привредна и саобраћајна делинквенција. Пажњу заслужује значајан напор уложен у осветљавање савремених облика тероризма и отмица, међународног зла које досеже размере једног од најопаснијих феномена данашњице. Не улазећи у то колико је аутор у томе успео, морамо истаћи своју резерву према неким његовим ставовима, пре свега оном по коме се у појединим ситуацијама оваква дела могу правдати нужном одбраном. У раду се на стр. 76. каже: „Али, ако се ради о понашањима која су резултат претходног напада државне власти на неку националну, етничку или политичку групацију, па ова на тај напад одговара актима терористичке природе, онда се може говорити о некој врсти нужне одбране која искључује противправност, па према томе и кажњивост понашања. Да би се то остварило, та одбрана мора бити доиста неопходна да се одбије напад

који је у бити противправан јер је и сâм акт насиља, агресије, дакле злочиначки, и та одбрана мора бити управљена само према нападачу, а не и према другим случајним невиним жртвама. Ако, дакле, не постоји нужна одбрана, или је она прекорачена, с обзиром на средства и циљ, онда се ради о тероризму". Непотребно је указивати на апсурдност оваквог схватања које не узима у обзир значење појма држава, право, противправност и нужна одбрана који се употребљавају тамо где о њима не може бити ни речи. Цитирани текст можемо схватити само као (неуспешан) покушај аутора да укаже како је правни појам криминалитета и у овој сфери неопходно допунити социолошким.

Излагање о феноменологији криминалитета пропраћено је и извесним бројем конкретних случајева извршених кривичних дела из „судских хроника". Треба поздравити овај покушај повезивања теоријских излагања познатим криминалним случајевима, но штета јер су они наведени искључиво на основу писања штампе, без улажења у конкретне околности цитираних случајева.

Трећи део бави се узроцима кажњивих понашања (Етиологија). Излажу се спољни — егзогени, затим узроци који леже у личности учиниоца — ендогени и на крају се говори о синтетичком деловању објективних и субјективних узрока у остваривању кажњивих понашања.

I) У уводу у Етиологију дефинише се појам узрока који се изједначава са у Криминологији иначе уобичајеним термином Криминогени фактор јер аутор не врши дистинкцију чинилаца који утичу на криминалитет с обзиром на њихову каузалну снагу (узрок, услов, повод). Такав приступ захтевао је класификацију криминогених фактора на спољне и унутрашње, с једне и на опште и посебне, с друге стране.

II) Спољни узроци деле се на опште и посебне. Аутор разматра опште друштвене услове у капитализму, у нашем самоуправном социјалистичком друштву и опште друштвене услове човечанства. Посебни друштвени услови тичу се класне припадности, друштвених слојева, професије, места становања, породице и класне, националне и религиозне припадности.

Од теорија које спољне услове сматрају одлучујућим, изложене су теорија одлучујућег деловања посебних друштвено-економских услова, теорија диференцијалне асоцијације или идентификације, теорија културног конфликта и теорија друштвеног интеракшинизма.

III) Узроке кажњивих понашања у личности учиниоца аутор дели на а) опште личне услове — стања и процесе који постоје и делују углавном код свих људи и б) посебне личне услове — „узроци понашања у личности учиниоца који делују код свих људи, али на врло различит начин или делују само код неких, док код других уопште нису присутни у каузалном нексусу одређене криминигенезе"). Овде аутор сврстава личност учиниоца кривичног дела, одн. темперамент, карактер, способности, ставове и схватања. С тим у вези, помињу се и психички поремећене особе и питање класификације делинквената.

Од теорија по којима узроци ситуирани у личности учиниоца имају значај одлучујућих криминогених фактора поменуте су: теорија биолошке инфериорности, т. наслеђених диспозиција за делинквентно понашање, теорија „урођене криминалне супстанце, еднокринолошка, психоаналитичка", теорија фрустације и теорија неприлагођености.

Завршни део излагања о Етиологији, аутор је посветио осветљавању механизма деловања објективних и субјективних узрока у остваривању кажњивих понашања. Као закључак, он истиче да су узроци кажњивих понашања комплексни и у свом дјеловању изванредно динамични, да су недвојбено објективне и субјективне природе и међусобно повезани и увјетовани, да у свакој ситуацији дјелују на специфичан начин, али да су на садашњем ступњу развоја криминологије и других сродних дисциплина препознатљиви, уочљиви, да их се може појединачно и скупно анализирати, да се на основи тога могу доносити закључци о њиховом деловању и законитостима, што омогућава и успешније провођење напора у спречавању кажњивих понашања".

На крају овог приказа, треба истаћи да рад у целини заиста представља дело о основама Криминологије, те је у потпуности у складу са ограниченим циљевима које је аутор при његовом писању себи поставио. Не можемо а да се не осврнемо и на стил излагања — најчешће лак и занимљив жив и комуникативан, јер је уџбеник настао прерадом материјала за предавања. Повремено, то преношење је некритичко јер не води рачуна о разлици између говорне и писане речи због чега многим анегдотама и дигресијама, по нашем мишљењу, није место у универзитетском уџбенику. Без обзира на примедбе које су изречене, треба поздравити издавање овог дела као значајног за ширење литературе из Криминологије на нашем језику. Као такво, несумњиво је да ће оно допринети порасту занимања за ову, толико значајну дисциплину друштвених наука.

мр Ђорђе Игњатовић

ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ОД СМРТИ ПРОФ. АЛБЕРТА ВАЈСА(*)

Пре двадесет година преминуо је професор Алберт Вајс. Увелико се зна да је он био садржајна личност, подстицана и неукалупљена. Својим духовним склопом, знањем и смислом за ваљана људска стремљења градио је вредне споне са бројним студентима и наставницима. Није био саговорник јевтине речи. Ни демагог склон да од своје научне и педагошке мисије прави недоличну звечећу естраду. То се препознавало и поштовало међу онима којима је било стало до научне мисли и њеног друштвеног смисла и циља. Алберт Вајс је, отуда, за себе везивао топла и постојана осећања. Она непрестано живе као племинито памћење његове личности. Када јавни радник, при постојању многих и често наслућених опорости живота то постигне, постаје носилац особитог одличја, коме, у ствари, премца нема.

Алберт Вајс је рођен 1905. године у Земуну. Поникао је у јеврејској породици. У њој је развио почетна занимања за судбу и опстанак свога народа. Спремно и истрајно је доприносио избављењу јевреjства од тмурних, катаклизмичних претњи. На том пољу живовања није се приклањао ни фатализму ни фанатизму. Био је уверен да те крајности, као и другде, одводе од разума, могућег циља и доводе до смртних понора. Јевреје и јеврејство схватио је као део човечанства, у интеракцији са оним праведним у њему. Помагао је хумана настојања да се људима и народима призна право на опстанак и напредак. Као двадесетогодишњак, поручивао је да не верује више у „...никакве апстракте, никакве конкрете, ни ствари профане, ни у ствари свете, само у Човека". „Ево" — поетски је закључивао 1925. тај јеврејски омладински посленик — „то је хересичка наука моја, упркос традицији, знања и одгоја, ми смо бојовници свечовечијег и данашњег боја: прво млади тек затим Јевреји". Алберт Вајс је продисао на југословенском тлу. Осећао га је свим својим дамарима. Био му је привржен. За време Нирнбершког процеса нацистичким ратним злочинцима, коме је присуствовао као члан југословенске делегације, у ретким тренуцима интиме исписивао је у свом дневнику да би хтео да оде у Београд, јер „само он значи за мене кући. Тамо су" — вели Алберт Вајс — „моје туге и моји гробови. Тамо су моје наде и рад". Било је у њему олакшања, па и гордости што и после фашистичког обрачуна са његовом породицом није остао пуки и безнадежних усамљеник. У то време је забележио: „Припадам земљи и народу у коме сам се радио. Припадам великом и новом стремљењу те земље и тога народа. То је данас", — каже Вајс — „мој једини и највршћи унутарњи и ванъски ослонац. И оквир за личну срећу, којој се ипак још надам једном у животу". На тим осећајним и патриотским основама Алберт Вајс је после другог светског рата наставио, а силином смрти — 1964. — прекинуо своје интелектуално стварање.

Научна оставштина Алберта Вајса има наглашену идејну и моралну вредност. Она је крајња и драгоцена последица филозофског, политичког и хуманистичког сазревања њеног ствараоца, које је започело пре, а

(*) Пре двадесет година, 4. априла 1964. преминуо је проф. др Алберт Вајс. Тим поводом држана је комеморација у клубу „Форум романум" на којој су подељене награде из фонда „Алберт Вајс". У присуству чланова катедре, представника јеврејске општине, супруге, студената и других гостију, после уметничког програма, о А. Вајсу су говорили М. Шаховић и М. Мирковић. М. Шаховић је посебно говорио и својој сарадњи са пок. проф. Вајсом у Институту за међународну политику и привреду, а проф. М. Мирковић је о његовим одликама као човека и научника одржао говор који овде доносимо.

распламсало се особито за време другог светског рата. Пресудан моменат за пречишћавање, хомогенизирање и научно-револуционарно изражавање идејне концепције Алберта Вајса била је фашистичка претња слободи човека и света. У заробљеничким жицама коначно је згуснуо своје идејне и моралне снаге и приложио их историјском окршају у корист слободе и друштвеног напретка. Доживео је победу антифашизма и повратак у отаџбину. У јавном животу нове Југославије природно је нашао струју којом су текла и његова идејна и морална резоновања. Стога је био један од оних који су смесло, свестрано и усправно градили човечни друштвени пут. Убрзо после рата и оружаног дела револуције, он је стечена и већ избрушена идејна сазнања складно уложио у научна истраживања. У ствари, Алберт Вајс се тек после другог светског рата професионално посветио науци. И то пошто је до рата талентовано обављао адвокатуру и у пракси уочио феномен примене и природу правне норме, а за време рата проверио и утврдио животну и научну важност суштинског везивања за идејне погледе који друштво и прогрес сматрају нераздвојним и нераздвојно повезаним са револуционарном акцијом. Брилјантни правник — позитивиста и пасионирани истраживач друштвене, правне и културне историје, кроз тако искуство дефинитивно је стао и на тло научне методологије. До такве идејне и методолошке кристализације протекли су његови младићски дани. Дакле, науку је прихватио као позив онда када се романтичарска увереност у предодређеност за нешто замењује поузданијим судом о ономе што се жели и може. При таквим околностима, наша нова правна наука и историографија добијале су много. Одмах су у своје коло уврстиле комплетно образованог правника и ерудиту, који није само обећавао већ давао. И поред животне зрелости у времену приступа науци, интелектуална подлога Алберта Вајса није била оштећена профаним рационализмом. Живели су на њој и подједнако били полетни стваралачка и хумана имагинација и оптимизам интелектуалца неконформисте.

С таквом структуром Алберт Вајс је 1947. године ступио на Правни факултет Универзитета у Београду. Отада до краја живота стварао је на Катедри за историју државе и права. Један од малог броја њених неимара, а по много чему јединствен, он је у новим друштвеним условима предводио при постављању основа за научну обраду Опште историје државе и права у нас. Знана је вредност тог подухвата. У целини историографског труда професора Вајса он заузима једно од најзначајнијих места. Његово извођење поклопило се с неодољивим успоном недогматске методологије истраживања у нашој научној мисли. Подухват професора Вајса то је учинило научно одговорнијим, вреднијим и морално вишим. Професор Вајс је знао и говорио да се анализе предмета Опште историје државе и права не смеју осиромашавати вулгарним економизирањем и једнодимензионалним пројецирањем. Био је свестан тога да занемаривање сложености и суптилности правних као друштвених процеса, односно њихово насилно приказивање кроз црно-беле контрасте и симболе деградира и негира науку. Познавање домета материјалног фактора и дијалектичке природе друштва стално су га подсећали на обавезу немеханичке и специфичне примене научних принципа на сваку, посебно узету средину. Када је приступио обради *Опште историје државе и права,* професор Вајс је наишао на идејно хетерогену, али и обимну светску општеисторијску литературу. Онај њен део који је тежио научном изразу, у целини није био имун од догматскосколастичких приступа. Грађанска литература служила се обиљем чињеница, углавном постављених у оквире научно неприхватљивих објашњења. Југословенској правној историографији између два рата, ни по средини у којој се развијала, ни по историјском месту и средствима, није било могуће да систематски истражује државне и правне установе света и у том правцу успостави традицију. Стога је требало ући у бит научног метода, познавати чињенице и судове изречене у шароликој страној литератури, располагати способношћу за селекцију података и критичко преоцењивање маркантних погледа у тој дисциплини. С обзиром на своју спрему и формат, професор Вајс је то могао да учини. Приступио је послу. Стрпљиво је разгртао и посматрао дилеме и осцилације у дотадашњој општој

правној историографији. Чувао се лако могућег заробљавања од стране затечених система, као и кретања ка историографском еклектизму. Кроз то, сазревале су његове мисли о суштини, основној идеји и концепцији предмета. Коначно, оне су изражене у уџбенику *Основи опште историје државе и права* (I део) обрађеном у сарадњи са проф. Љубицом Кандић. Оквире тог уџбеника предодредиле су факултетске наставне потребе. Уз помоћ њему својствене аналитичке префињености, она је била заштићена од инерције извесних стереотипних, али примењиваних решења. Професор Вајс је успео у избору предмета обраде, њиховом разврставању и историјско-логичком повезивању. Зналачки је одмерио и сходно томе адекватно нагласио примарно и секундарно, основно и изведено у историји типичних државних и правних уређења света. Из те превасходно наставно-педагошке композиције уверљиво избија научни поглед професора Вајса. Она је пројектована и изведена са ослонцем на њему блиску концепцију континуитета и дисконтинуитета у развоју друштва и институција друштвене надградње. Заправо кроз примену те концепције професор Вајс је доказао да између његове спознаје историје и историјске реалности постоји основна подударност. Наука управо томе тежи и само тако налази сопствено и друштвено оправдање својих намера за продор у биће истраживане материје. Тај и такав прилаз историјским процесима чинио је срж истраживачке филозофије професора Вајса. Са њим, она је изразила свој однос према еволуцији и револуцији. Рад под насловом *Општа историја државе и права* у том смислу је сведочанство дубоког разумевања узрочне везе између еволуције као одређеног друштвеног процеса и револуције као његове одређене негације и пролога квалитативних друштвених новина. Стога је и био мишљења да се однос између те две манифестације није испољавао само кроз њихове крајности и одбојности него и кроз њихово пролазно додиривање и прожимање. Сукоб старог и новог у Вајсовој историографској обради није само тренутна друштвена експлозија. Према њој, после револуционарног настанка, нове друштвено-економске формације и у њиховим оквирима нови типови држава и права консолидују се кроз особене процесе, који су оличење привременог настанка супротности између носилаца новог и реликата старог друштва. Као дијалектичар, професор Вајс је радио и са великим осећањем научне обавезе улазио у генетичка испитивања држава и права. Његово инсистирање на минуциозном проучавању првобитне заједнице у оквиру опште историје државе и права, једна је од илустрација његове привржености истраживању праузрока. Није тешко доспети до закључка да је та његова оријентација имала дубоко оправдање. И он сам је много пута истицао њен научни, идејни и педагошки значај. И по његовом схватању у пореклу тих друштвених феномена лежала је „загонетка" њихове узрочности. У откривању њихове узрочности налазили су се кључ њихове демистификације, објашњење њихове природе и условљености и почетак главног пута до сазнања њихове историјске пролазности. С том помишљу Вајс — педагог уводио је слушаоце у првобитну заједницу и преображај њене друштвене структуре. Скретао је пажњу на то, зашто и када бездржавно друштво престаје то бити; зашто и у чију корист наступа неодложна потреба да се уз његово разграђивање стварају органи државне принуде и правне норме. Сматрао је да се у тој области може извршити најочигледнија научна демонстрација образовања класа и класне државе и њу је спроводио са импресивном јасноћом. Одатле је с лакоћом улазио у више степене развоја, означавајући у чему су сличне и разлазне тачке у егзистенцији различитих типова држава и права, а у чему су нарушени континуитет и смисао друштвеног постојања.

Но у шта је Алберт Вајс могао заћи и каквом грађом радити, особито показује његов рад *Развитак цивилизације* (I—V св.). За његова живота написано је да је то значајан пионирски подухват, да се њим први пут код нас постављају основе једне научне и наставне дисциплине, која је и у свету нова. Тим радом професор Вајс је самоиспитивао и обзнанио своју способност да у великом формату ради са разнородном материјом. *Развитак цивилизације* је научна пројекција материјалне и културне еволуције света. С њом се иде од историје планете до научне и

друштвене револуције XX века. На том великом распону уткани су и научно објашњени економски разлози и подстицаји друштвеног кретања, порекло и ток људске мисли од мита до античке филозофије, од схоластике средњовековља до радозналости и надања хуманизма и ренесансе, од развијене грађанске филозофије до марксистичке науке о материји и бићу. У те координате смештене су и социолошки, идејно, филозофски, а донекле и естетски оцењене и тако суптилне еманације људског интересовања за себе и своју средину као што су музика и књижевност. У одговарајућим димензијама утврђена је и разјашњена идеја о корелацији друштва и природних и техничких наука. Из сложеног стабла материје Алберт Вајс је излучио есенцијално. У разноликости историје човечанства и етничких група, у делатностима у друштву и друштвеној садржини географских региона планете земље он не види распарчаност и аутархичност. Научним путем отвара видике. Те делове и епохе, који сами себе потврђују, уочава у повезаности и тако долази до непоречних чинилаца кретања и промена као што су порекло и наслеђе. Њих, између осталог, убраја у елементе који су релевантни за динамику делова и изглед целине друштва. Професора Вајса све то интересује с обзиром на однос човек—друштво, на историјско место и будућност човека. У том смислу и оцењује вредност људске акције и предузимљивости и наглашава да су појединци постајали велики само када су и ако су били носиоци стварних друштвених потреба. Питање стварне друштвене потребе по њему није историјски немерљиво. Није мало места у његовом раду где се наглашава неодољива тежња друштвене већине да постигне ослобођење и очовечење рада и међуљудских односа. Напредак је стога, по Вајсу, емпирички доказана друштвено-историјска чињеница и потреба, према којој се могу мерити идеје и делатности личности у друштву. У том оквиру, а на основу претходног приказа историјске појаве и улоге марксизма, писац исказује и своје мисли о стању и тенденцијама грађанске филозофије новијег и најновијег времена. Посматрајући главне правце њеног кретања, он констатује дисонанцу између њених сагледавања у фази успона грађанске класе и њених тумачења у епоси кризе грађанског друштва. Та филозофија распиње се између сопствених тежњи да служи овековечењу буржоаских односа и реалних појава које друштво, друштвене односе и сазнања приказују у новој светлости. У њеном крилу траже се разноврсни излази. Извесни њени правци нису имуни на неке тековине марксистичке филозофије. Прихватајући неке од њих, они покушавају да се прилагоде неминовном, односно да пронађу средства за самоодржавање оне целине, коју постојећи ход друштва чини анахроничном. Професор Вајс ставља на видело и оне филозофске тј. квазифилозофске конструкције које, како он каже, врше историјско фалсификовање и злоупотребљавање учења великих, прогресивних буржоаских филозофа. Величањем национал-шовинистичких и расних предрасуда и извитопереним уобличавањем појма елите, оне се супротстављају стварним и потенцијалним вредностима и појављују као особени бајонет најагресивнијих кругова буржоазије. Придржавајући се главне и континуиране нити развитка цивилизације, Алберт Вајс је из историјске законитости и постојећег преображаја света извукао научно основану визију човекове будућности. Њу је, као један од својих закључака, саопштио кроз уверење да ће „. . .свака људска јединка без обзира на све остале њене различитости и специфичности, бити третирана као једнака вредност и као једнака потенцијална могућност, као једнака шанса у своме даљем развоју као личности".

Као човек и научник, Алберт Вајс је кроз проучавање међународног јавног права верно изражавао један део великих тегоба савременог света. Није их само изражавао. Учествовао је у њиховом савлађивању; настојао је да се отклоне остаци и рецидиви фашизма и других аномалија које је други светски рат оставио за собом. Његова међународно-правна интересовања имала су широк регистар. Проучавао је злочин геноцида и ратне злочине. Бавио се питањима формулисања Нирнбершких принципа и кодификације злочина против мира и безбедности човечанства, извесним међународно-правним аспектима блоковске поделе света, проблемима режима пловидбе Дунавом и многим другим. У оквиру

међународног јавног права њега су, ипак, особито ангажовала питања међународног кривичног права. Расправљао их је увек имајући у виду да послератни свет мора црпсти поуке из не тако давних ратних страдања и искушења. Кретао се стазом тих питања као потпуно ангажован правник — демократа, као један у мноштву оних који су искусили шта значи организована најезда на мир и основна права човека. Зато се и залагао за стварање сталног међународног кривичног суда, који би био надлежан да расправља дела уперена против мира и безбедности човечанства.

Алберт Вајс прерано је истргнут из друштва. Није му било дато да заобли све своје идеје и да их друштву преда. У четрдесетак његових радова има и бројних, тек назначених идеја или тек започетих обрада. Надао се да ће их завршити. Живот, коме је он као стваралац требало много дуже да припада, није према њему био наклоњен. Но, ипак, Алберт Вајс је доспео да многе своје мисли опредмети и као такве приложи општем мисаоном богатству. Оне, довршене и недовршене, олакшавају даља стремљења ка оним идеалима који напредак човека и друштва сматрају безусловним и научно извесним, упркос сталних атака на њихове вредности.

др Мирко Мирковић

ОТВОРЕН НАУЧНИ СЕМИНАР КАТЕДРЕ ЗА ДРУШТВЕНО-ЕКОНОМСКЕ НАУКЕ

Предавањем професора др Ивана Максимовића *Отворени проблеми привредног система са гледишта репродукције друштвене својине* почео је 24.12.1984. године са радом Научни семинар Катедре за друштвено-економске науке. Скуп је отворио професор др Владета Станковић изражавајући жељу Катедре да се овим обликом оглашавања факутетској и широј научној јавности презентирају резултати истраживања у економској сфери. Време у којем југословенска привреда бележи познате теоријске облике неравнотеже (незапосленост, инфлацију, неадекватну привредну структуру, велики спољни дуг) тражи да се интересовање Семинара веже за садашњи економски тренутак и тешкоће привреде Југославије. Зато ће се предавања и разговори односити на проблеме функционисања самоуправног привредног система и његову повезаност са правним и политичким системом. Семинар је замишљен као отворена трибина која ће дати простор за излагање и члановима Катедре и истакнутим економистима изван Факултета, а очекује се да учешће у дискусији узму и наставници и сарадници с других катедри Правног факултета.

Првом предавању присуствовали су академик Коста Михајловић, декан проф. др В. Јовановић, проф. др С. Врачар, проф. др С. Борђевић, проф. др В. Рајевић, доцент др С. Лилић, асистент Р. Јелић, студенти последипломци Друштвено-економског смера и чланови Катедре за друштвено-економске науке.

Овакво интересовање за рад Семинара је сигурно последица изабране теме — друштвена својина, као и научног ауторитета и угледа које у овој области ужива предавач проф. др Иван Максимовић.

После уводног излагања економско-теоријске концептуализације друштвене својине самоуправног типа, проф. др Иван Максимовић је, имајући у виду да је друштвена својина окосница целине привредног система и да од начина на који је она теоријски и практично уобличена зависи функционисање свих сегмената економског система (систем расподеле, систем проширене репродукције, систем цена итд.), највећи део предавања посветио узрочницима одступања од уставног начела друштвене својине која се данас очигледно манифестује на сваком кораку кроз нарушавање расподеле према раду, негирање принципа самоуправљања, појаву монопола итд. Ограничења развитака друштвене својине

која настају при операционализацији теоријског концепта друштвене својине, су у предавању систематизована и повезана са кризним моментима у нашем привредном систему:

1. Невласнички (правни) концепт друштвене својине који је одређује као одсуство сваког монопола над друштвеним средствима, за разлику од економског концепта који биће друштвене својине везује за фактицитет коришћења и располагања средствима и присвајање плодова;

2. Везивање субјективитета својине за ООУР уместо за РО уз постојање и квази-субјеката (држава, парадржавне институције) који имају удела у присвајању;

3. Неадекватно одређивање реалних трошкова репродукције због нереалне ревалоризације средстава и нереално одређене амортизације;

4. Нужност увођења економске цене употребе капитала што се економски интерпретира потребом да се осигура проширена репродукција друштвеног капитала у условима његове лимитираности, као и да се одвоји део дохотка који не потиче од рада што би омогућило остварење принципа расподеле према раду као основног вредносног опредељења друштва; такође, ова цена би била један од параметара за рационалну алокацију средстава што би утицало на ефикасност система;

5. „Цена рада" као калкулативна категорија је критеријум за сагледавање удела трошкова субјективног елемента у укупним трошковима (није искључива основа за одређивање личних доходака), па према томе и критеријум за алокацију рада;

6. Нејасно дефинисање друштвених и појединачних интереса у одређивању приоритетних циљева и недостатак дугорочне концепције потреба;

7. Нерешен сукоб административних (телеолошких) и економских (генетичких) односа у оквиру тржишта и плана;

8. Питање мотивације економских субјеката и са тим у вези питање рационалности самоуправног привредног система;

9. „Договорна" економија (самоуправни споразуми и друштвени договори као механизми регулисања односа између привредних субјеката немају ни правну ни економску обавезност).

Проф. др Иван Максимовић је закључио да системска решења из којих произлазе наведена ограничења у развоју друштвене својине, трансформишу друштвену својину у групну својину, што чини нужном потребу доградње и промене економског, али и других подсистема друштвеног система.

У дискусији која је уследила изложена су виђења проблема које је истакао проф. др Иван Максимовић. Доцент др Дејан Поповић је говорио о потреби да се механизам ревалоризације основних средстава постави тако да се брже усклађује са стопом инфлације јер се у супротном један део средстава прелива у доходак. Било је интересантно чути излагање проф. др Владе Јовановића који са неекономских позиција види изложене проблеме, посебно питање ООУР-а, самоуправног споразумевања и друштвеног договарања и питање минулог рада. Нажалост, састанак је већ био зашао у трећи сат, па времена за детаљнију аргументацију ових ставова није било, као ни за изношење другачијих гледања на ова питања. Објашњење како и када су уведена системска решења која су довела до кризе економског система је дао академик Коста Михајловић. Доцент др Мирољуб Лабус је истакао да самоуправни споразуми и друштвени договори обезбеђују монополску позицију за њихове учеснике и да нема субјеката који их могу контролисати. О филозофско-психолошкој компоненти друштвене својине говорио је проф. др Драгутин Шошкић.

Скоро трочасовно трајање семинара било је недовољно да се у дискусији исцрпније разматрају други истакнути проблеми. Значај и комплексност одабране теме тражи да се простор Семинара још једном искористи за разговоре о друштвеној својини, тако да ће и следећи састанак бити посвећен истом питању. Мишљења смо да је прво оглашавање Семинара Катедре за друштвено-економске науке било успешно и занимљиво.

Александра Јовановић

Др ЈОВАН ЛОВЧЕВИЋ
(1894—1984)

Наставно-научно веће Правног факултета у Београду одржало је 17. 12. 1984. године комеморативну седницу у поводу смрти др Јована Ловчевића, редовног професора Правног факултета, у пензији. Том приликом су о лику и делу пок. професора Ловчевића говорили проф. др Иван Максимовић, дописни члан САНУ, академик проф. др Обрен Благојевић и проф. др Мирослав Петровић.

Реч професора Ивана Максимовића

Пала ми је у део и изузетна част и болна дужност да отворим ову Комеморацију, посвећену успомени на покојног професора др Јована Ловчевића, дугогодишњег редовног професора и члана ове куће и заједнице, бившег декана Правног факултета и такође дугогоришњег шефа Катедре економско-друштвених наука Правног факултета.

Ова Комеморација израз је нашег дубоког поштовања према личности покојног професора Ловчевића, знак нашег уважавања и признавања његовог веома великог и трајног утицаја који је вршио више од четири деценије на Правном факултету — и као професор, педагог и предавач, и као познати научни радник, и као човек чије су моралне, културне, естетске и друге вредности вишеструко зрачиле и одражавале се на свест, понашање и рад како његових најближих сарадника на предмету и катедри, тако и шире на читавом Факултету и Универзитету.

Покојни професор Ловчевић је припадао генерацији наставника за коју је била скована метафора „тзв. школских људи". А тој генерацији су припадали и један мањи број других професора који су прошли кроз Париске и Харибде првог и другог светског рата, који су били школовани у иностранству, и који су свој универзитетски позив сматрали својеврсним посвећивањем, упркос мањем или већем ангажовању ван Факултета и Универзитета. Што се тиче професора Ловчевића, он је, по моме мишљењу, био међу онима који су после другог светског рата најчистије и најрепрезентативније изражавали ту категорију професора: то је било готово потпуно и искључиво посвећивање науци и факултету, својој струци и студентима. Зато је глас професора Ловчевића, у Већу факултетском, у Савету и на Катедри, увек био глас мудрих, сталожених, правичних и искусних, чије поруке су се без поговора усвајале, а онда се дугорочно исказивале као мудре и једино исправне.

О раду и делу покојног професора Ловчевића говориће исцрпније његове млађе колеге и сарадници и немам потребе да ја више о томе говорим. Хтео бих ипак да се опростим и овде са њим, са два сећања и осећања које су, мислим, оставили дубоког трага и на нека моја схватања и понашања у вези са универзитетским животом. Оба су још из асистентских дана, када се и формирају наша свест и наша схватања о улози и функцији универзитетског професора.

Када сам далеких 50-тих година као млади асистент упознао професора Ловчевића он је увек на мене остављао утисак отменог саговорника, иза чијег се више него уљудног и у некуру руку господственог понашања назирала топлина и симпатија за младе људе. Тада ме је био очарао и својом широком културом, нарочито познавањем музике,

која је била чест предмет нашег разговора. Професор Ловчевић ми је показао како један професор универзитета треба да се држи и какве широке културе и образовања треба да буде.

И друго сећање. Када је било речи о мојој одбрани тезе, 1958. године професор Ловчевић је, пошто је претходно прочитао гломазан рукопис од неких пет стотина страница — није дакле жалио труда — позвао и рекао да у том тексту има толико за њега нових и непознатих ствари којима се он није бавио, да се не усуђује да уђе у комисију за одбрану. И ту је освојио моје дивљење и наук за будући рад. Универзитетски професор треба да учествује у научном раду и води само оне студенте, за које је и сам научно спреман. Ово даље је било трајна импресија која етичкој компоненти личности професора Ловчевића, која ми се веома урезала у свест и памћење, а временом, чини ми се и у срце и понашање. Веома сам му захвалан за њу и по томе ћу га памтити и подржавати све док и сам делујем као универзитетски професор.

Зато се, на неки прави начин, покојни професор Ловчевић, пренео и у наше карактере и понашања, и верујем да ће ту и остати, упркос свих тешкоћа и искушења, све док смо у Универзитетској служби и док живимо.

Сада дајем реч професору и академику Српске Академије наука Обрену Благојевићу.

Реч Академика Обрена Благојевића

1. За професора Јована Ловчевића везују ме многе успомене. Не могу одолети а да бар две од њих, иако су дубоко личног карактера, не поменем и на овом тужном скупу у његову част. Не могу, зато што су се оне трајно урезале у моје сећање.

Већ давних тридесетих година био сам његов студент на Правном факултету, онда још увек у згради на Студентском тргу, где је сада Природно-математички факултет. Нас студената права било је много, ако се добро сећам уписивало нас се више од хиљаду двеста годишње. Био је то једини факултет на коме се могло студирати не похађајући предавања, па су се деца сиромашних сељака у великом броју уписивала баш тамо и учила код својих кућа. Из науке о финансијама као уџбеник смо имали онда врло популарне „Ловчевићеве табаке", које смо понајвише волели, јер нису били преобимни а јесу веома убедљиви, веома јасни, за памћење лаки. Економског факултета у Београду онда није било, али је зато на правном економска група наука била веома изразита. Поред Ловчевића, њени су професори били: и онда већ стари Милан Тодоровић, такође писац изванредног и обимног уџбеника из науке о финансијама и науке о трговини, затим Александар Јовановић, Милан Жујовић и најмлађи од њих, рано преминули Љубомир Дуканац, сви као професори веома способни а као људи међу нама студентима веома омиљени.

Но, ја се удаљих, а хтео сам рећи само ово. Свом професору Јовану Ловчевићу ја сам захвалан за своје прво запослење. Наиме, после полагања усменог докторског испита, као члан комисије задовољан мојим одговорима, пришао ми је и упитао, јесам ли запослен. Чувши да нисам, понудио ми је место у Народној банци, чији је вицегувернер онда био. Но, пошто сам ја претпостављао службу у Главној Контроли, препоручио ме је тамо. Сад је од тада, тако рећи, пола века, али сећање на његово доброчинство нимало није избледело, нити захвалност имало увенула.

Ни друга међу успоменама на професора Ловчевића коју сам и овом тужном приликом хтео евоцирати за мене није мање жива, али јесте више друштвено важна. Рат је био завршен, а револуција разбила стару државну машину и почела изграђивати нову. Особито су тешки проблеми били на сектору наших младих финансија, а тачније би било рећи на сектору где је финансије тек требало из основа изграђивати. Онда са мало искуства, сетио сам се свог драгог професора и он је свесрдно прискочио у помоћ. Свесрдно и свестрано. Било да се радило о изради самих основа пореског система, било о организацији и функционисању нових банака, било о нашем првом буџетском законодавству, он је новој, револуционарној власти свуда стављао на располагање своје богато знање и искуство и тако га, тако рећи, уграђивао у саме темеље читавог финансијског система нове Југославије. Нарочито изразито и данас се сећам његовог плодног учешћа у раду комисије за припрему замене окупацијског новца и увођења нове националне валуте. Он и професор Љубо Дуканац провели су у тој комисији, у једној соби Поштанске штедионице, где је онда било Савезно министарство финансија, многе сате и дане, тражећи најбоље одговоре на многа питања која су изискивала истовремено и брза и мудра решења. Увелико и његовом заслугом, наша се земља одиста могла поносити тиме што је несумњиво најкомпликованије валутно питање у Европи решила прва, и то чак и пре него што је рат био завршен.

2. Дозволите ми сада да се, ипак без имало пристрасности коју би ми наметало наведено дубоко осећање захвалности према драгом професору, сасвим укратко осврнем на његов допринос финансијској науци. Притом се нећу упуштати не само у иоле ширу анализу његовог научног дела већ ни у само навођење његових научних радова. Уместо тога, имајући првенствено у виду његово предратно стваралаштво, покушаћу само да истакнем неке његове основне погледе на науку о финансијама у целини и њене поједине делове.

Мислим да пре свега треба истаћи *ширину* Ловчевићевих финансијскономучних захвата, и то ширину у двојаком смислу. Прво, у том смислу што се том науком бавио са сва три основна гледишта: теоријског, политичког и правног. Другим речима, бавио се, и то првенствено, финансијском теоријом, али такође и финансијском политиком и финансијским правом, односно законодавством. Притом, међутим, никад није запостављао ни историјску страну, како самих финансија односно појединих њихових категорија тако и развоја људске мисли и науке о њима. Проучавао је и излагао финансије античких градова, Атине и Рима, Боденове концепције о финансијама као нервима државе, немачке меркантилисте у финансијама: Борница, Безолда и Клока, зачетнике финансијске теорије у Енглеској: Хобса, Петија и Лока, а у Француској Монтескијеа и физиократе. Ширина Ловчевићевих финансијскономучних погледа дошла је до изражаја и у том смислу што је изучавао сва четири основна дела ове науке, у ужем смислу: државне расходе, државни буџет, редовне државне приходе, првенствено порезе, и ванредне државне приходе, првенствено зајам односно јавни кредит.

У области *расхода* Ловчевић је истицао ове основне принципе по којима друштво и држава треба да се управљају: 1) принцип штедљивости, 2) принцип продуктивности расхода, 3) принцип по коме расходи треба да су корисни за што шире слојеве друштва, 4) принцип по коме они, коликогод је то могућно, треба да се врше у границама саме дотичне земље, и 5) принцип по коме расходи треба да буду распоређени по степену нужности. У овој материји он је дао допринос и тзв. теорији покрића, односно начелима којих се треба држати приликом задовољавања разних друштвених потреба. Ту, нарочито, спада давнашња дилема: порез или зајам. Био је одлучно за то да редовне расходе увек треба покривати редовним приходима и чак да тим приходима, ако је икако могуће, треба покривати и ванредне расходе, но ови последњи се могу, као што најчешће и бива, покривати и ванредним приходима, по правилу зајмовима.

Као ретко који међу нашим финансијским теоретичарима, Ловчевић је велику пажњу поклонио *државном буџету*, посебно његовој политичкој страни. Он је дао ону изразито демократску дефиницију буџетског права, као „права законодавне власти да периодично и јавно разматра, упоређује и одобрава државне приходе и расходе које за идући финансијски период предлаже управна власт". Као и све друге финансијске категорије које је проучавао, и буџет је осветљавао и са историјског гледишта, али му је тежиште и овде било на теоријским питањима, као што су: буџет са правног, политичког и економског гледишта, израда буџета и буџетска иницијатива, равнотежа буџета, методологија буџетског предвиђања и, нарочито, буџетска начела. Међу овим последњима особито је инсистирао на *потпуности* буџета, поводом чега је износио многе негативне стране такозваних нето-буџета; затим на потреби његове *једноставности*, тј. принципу који се противи тзв. специјалним буџетима; и, најзад, на *јавности* буџета. У овој области додајмо још само то да је теоријски обрадио и остале делове буџетског процеса: вотирање, извршење и контролу извршења буџета.

Најдетаљније је ипак обрадио *редовне приходе*, а међу њима опет нарочито порезе. Разликујући четири теорије оправданости пореза: теорију еквиваленције, теорију осигурања, теорију жртве и органску, он је с правом налазио да у свима њима има по које, мање или веће, зрнце истине али да ниједна од њих потпуно не одговара стварности. Расправљајући, пак, о принципима опорезивања, у основи је усвајао позната четири Смитова пореска начела, али је, поред њих, истицао и четири нова која су дошла као резултат каснијег друштвеног развитка, а наиме: да порези треба да буду издашни, еластични, да не наносе штету националној привреди и да не дирају у минимум за егзистенцију. Нарочито одлучно Ловчевић је био против дуплог опорезивања, појаве која је, у разним, видовима, у пракси врло честа. У дилеми између пропорционалног и прогресивног опорезивања, с разлогом је примећивао да су на страни првог били такви представници индивидуализма и богатијих друштвених класа као Тирго, Мил, Сеј, Лероа-Болије и остали, а на страни другог такви демократи и прогресисти као Штајн, Вагнер, Шефле, Нојман, Жез и други. Једва је потребно и казати да је тако дубоко демократски дух као што је био Ловчевић био истакнут заступник прогресивног опорезивања. Слично је и са дилемом између пореског монизма и плурализма, у којој је Ловчевић, савесно одмеравајући позитивне и негативне стране једног и другог, уосталом како је увек и чинио, с правом налазио да су разлози у корист пореског плурализма ипак јачи. Поменимо овде још само то да је Ловчевић дао значајан допринос и теорији преваљивања пореза, нарочито указујући на то да се ова појава манифестује врло различито у разним друштвено-економским приликама.

Веома студиозна је најзад, и Ловчевићева теорија *јавнога кредита*. И у овој области он је обрађивао историју државних зајмова, њихове разлике од приватних, све њихове феномене, као и позитивне и негативне стране. Износећи разне аргументе противника државних зајмова, он је, као и увек, заузимао једно добро одмерено и умерено гледиште, по коме зајму, одиста, треба приступити тек након озбиљног разматрања свих околности, али га не треба и у принципу одбацивати као извор ванредног, понекад чак и неизбежног финансијског инструмента. Расправљајући о дилеми: порез или зајам, Ловчевић је дао свој прилог концепцији по којој је у новим и младим државама, у којима је оптерећење грађана у односу на њихове производне снаге још увек мало, бољи порез, док је, напротив, у старијим државама, у којима су дохоци већ јако оптерећени, бољи зајам. У овој области веома је значајна и Ловчевићева критика такозваних емисија испод номинале, критика утолико значајнија што су овакви зајмови у пракси веома чести. Нарочито је истицао да емисија испод номинале приморава државу да врати много више него што је у облику зајма примила, затим да овде нема услова за конверзију дугова све док дотични папири не пређу номиналу, а на то се мора чекати дуго, и, најзад, да ова врста зајмова изазива лакомислено задуживање државе. Ловчевић је обрађивао и сва друга питања у овој обла-

сти: врсте зајмова, консолидацију државног дуга, амортизацију зајмова и друга. Поред тога, доспевао је да и посебно обради извесна карактеристична питања, као што су: немачке финансије у првом светском рату, засноване далеко највећим делом управо на државним зајмовима, и проблем међусавезничких ратних дугова из првог светског рата, с посебним освртом на ратне дугове наше земље. Његова основна теза у овом раду, писаном 1933. године, дакле у периоду кад је Немачка била обуставила плаћања репарација, била је да је „апсурдно тражити нормално плаћање од савезника кад су они према свом главном дужнику, Немачкој, изгубили сва потраживања"(*).

3. Ако бисмо сад хтели да из целог финансијскоправног стваралаштва професора Јована Ловчевића извучемо неколико најбитнијих општих карактеристика, онда, по нашем мишљењу, никако не бисмо смели заобићи ове: широку демократичност и социјалну прогресивност његових назора, дубоко осећање правичности, које је долазило до изражаја у свим његовим опредељењима, привржености реду и друштвеној дисциплини у финансијама, истицање значаја стабилности и постојаности, штедљивости и рационалности у газдовању друштвеним средствима, обазривост и одмереност у доношењу научних закључака, систематичност, одређеност и примерну јасноћу излагања научне материје. По свим тим особинама Ловчевићево научно дело заузима једно од места у првом реду српских економиста уопште.

И посебно би требало рећи да је, на пример, у области пореза био за једно умерено али стабилно опорезивање грађана према њиховој економској снази, а не такво да га час уопште нема а час прекомерно скаче. У тој области посебно је био за неговање, боље рећи за лагано али упорно изграђивање јаког *пореског морала* у нашој земљи, која се њиме не би могла баш похвалити. У области буџета био је за одржавање равнотеже прихода и расхода, друштвених примитака и издатака, против сваког расипништва, за трошење у границама оног чиме се располаже, за најстрожију контролу свеукупног располагања и руковања друштвеним средствима. У области валутне и монетарне политике био је за чврст надзор над емисијом новчаница и неговање једне солидне и чврсте националне валуте. Уопште би се могло рећи да су његова финансијскоправна схватања била снажно обојена класичним појмовима о реду, раду, друштвеној стабилности и моралној одговорности. Као таква, она су, неоспорно, у континуитету свега најбољег што је дала финансијска наука у свету и у нас.

4. Са тако чврсто утемељеним научним и етичким појмовима заузевши и после рата и револуције своје место на обновљеној катедри науке о финансијама на београдском Правном факултету, професор Јован Ловчевић огромно је допринео и самом постављању темеља за изградњу наших нових финансија, финансија социјалистичког друштва. Постављао их је опет како у финансијскоправном законодавству и финансијскополитичкој пракси тако и у финансијскоправној теорији. Био је, наиме, један од оних професора који су увек одржавали најтешње везе са органима у којима се припремало ново финансијско законодавство и који су имали најбољи, тако рећи увек ажурни увид у свестрани финансијски живот земље. Тако је, с једне стране, на основу свог богатог научничког знања веома значајно доприносио изградњи наших финансија у пракси, док је, с друге стране, управо на основу те тесне повезаности са праксом, даље успешно развијао финансијску научну теорију. Несумњиво најистакнутији, а дуго времена после рата готово и једини, финансијски теоретичар у ужем смислу у Србији, професор Ловчевић узидао је цело своје знање у научну и практичну зграду наших нових финансија и безмало четири деценије усађивао то знање у младе генерације наших правника. Цело наше друштво мора му, зато увек бити захвално.

Нека је слава професору доктору Јовану Ловчевићу!

(*) *Међусавезнички ратни дугови*, *Српски књижевни гласник*, 1933, св. 38 стр. 12—121.

Реч професора др Мирослава Петровића

Недавно је у Београду, у деведесетпрвој години живота преминуо др Јован Ловчевић, дугогоришњи професор Правног факултета у Београду, на коме је предавао предмет *Финансије и финансијско право.*

Професор Ловчевић је рођен у Београду, далеке 1894. године, у породици просветног радника. После завршене гимназије уписао се 1913. године на Правни факултет у Београду, али је први светски рат прекинуо његово школовање. Као ђакредов упознао је све страхоте рата, прво по албанским гудурама, а затим на острву Крфу. Пред сам крај рата упућен је, заједно са многим другим вршњацима на продужење студија, које је наставио у Риму, а окончао, по завршетку рата, на Правном факултету у Београду. Докторат из области економско-политичких наука стекао је у Паризу 1924. године.

По завршетку школовања, радио је професор Ловчевић краће време у Одељењу државних дугова у тадашњем Министарству финансија, а затим убрзо прешао на Правни факултет у Београду. За доцента за предмет Наука о финансијама изабран је јануара 1926. године, и од тада, па све до свог пензионисања читаве четири деценије предавао је овај предмет бројним генерацијама студената Правног факултета у Београду. Марта месеца 1933. године изабран је за ванредног, а крајем 1940. године за редовног професора. Од априла 1933. године до краја 1937. године био је на положају вицегувернера Народне банке Југославије, али није прекидао свој наставнички рад на Правном факултету, на коме је готово пуних пет година држао наставу и обављао испите без икакве накнаде.

Пошто је одбио да учествује на конкурсу за реизбор универзитетских наставника, окупаторски режим га је ставио у пензију. Одмах по ослобођењу и обнови рада Правног факултета враћен је на Факултет у звању редовног професора и ту је дужност часно и предано обављао све до пензионисања 1965. године.

Читав четрдесетогодишњи наставнички и научни рад професора Ловчевића био је прожет настојањима да као научник, као педагог и као човек испуни све своје обавезе према студентима, према Факултету и према друштву. Бројне генерације, које је уводио у не баш тако занимљив студиј јавних финансија и финансијског права запамтиле су га као веома савесног и драгог професора, увек спремног да пружи помоћ и подршку. Дугачка би била листа имена наших познатих правника и економиста којима је професор Ловчевић, у својству ментора или члана одговарајућих комисија помагао да стекну степен магистра или доктора наука.

Пуне четири деценије професор Ловчевић је доприносио раду и успеху Правног факултета у Београду. Школске 1954/55. године био је на дужности декана, а током низа година водио је са пуно успеха финансијску комисију и библиотечки одбор Факултета. Поред тога, у својству доајена и дугогодишњег шефа Катедре економских наука допринео је да економске науке добију место које им припада у укупном студију друштвених наука и без чијег се доброг познавања тешко може замислити успешан правник.

Написао је и објавио већи број научних радова и у том опусу посебно место припада његовом уџбенику *„Институције јавних финансија"* који се и данас сматра капиталним делом у нашој финансијској науци. Тај уџбеник професор је написао тек пред крај свог тако успешног радног века, желећи да у некој врсти синтезе саопшти колико је дубоко проникнуо у све сфере широке финансијске дисциплине и тако остави трајан допринос делу којем је током четири деценије посвећивао све своје време и у које је тако несебично уложио себе.

У знак захвалности, професору Јовану Ловчевићу је Правни факултет у Београду посветио посебни број „Анала Правног факултета" (јануар—март 1968. год.).

Опраштајући се са тугом и пијететом од драгог професора, Правни факултет и сви његови ученици изражавају му дужно поштовање и захвалност за све што је чинио и све што је урадио, а посебно што нас је учио како се ради предано и живи часно.

ХАИМ ПЕРЕЛМАН (CHAÏM PERELMAN)
(1912 — 1984)

Ове године 22. јануара преминуо је у Бриселу Хаим Перелман *(Chaïm Perelman)*, чувени логичар, филозоф права и морала. Рођен је 1912. године у Варшави, али је све своје студије — права, филозофије и књижевности — завршио на Слободном универзитету у Бриселу, на коме је потом текао универзитетску каријеру. Ту је 1934. г. постао доктор права, а затим, 1938. и доктор филозофије на варшавском Универзитету, тезом о логичару Готлобу Фрегеу *(Gottlob Frege)*.

Написао је више књига и више од стотине чланака, од којих су најзначајнији објављивани као књиге—зборници. Већ првом својом књигом *О правди (De la justice)*, 1945. г. Перелман је утро пут својим будућим истраживањима расуђивања у области практичне филозофије, која је предузео заједно са Лиси Олбрехтс-Титеком *(Lucie Olbrechts-Tyteca)*, а чије су резултате објавили у збирци *Реторика и филозофија (Rhétorique et philosophie)* 1952. г. и у чувеном делу *Расправа о аргументацији (Traité de l'argumentation)* 1958. г. Затим су дошле следеће Перелманове збирке чланака: *Правда и разум (Justice et raison)* 1963., *Право, морал и филозофија (Droit morale et philosophie)* 1968., *Подручје аргументације (Le champ de l'argumentation)* 1970. и књиге: *Правна логика (Logique juridique)* 1976. и *Реторичко царство (L'empire rhétorique)* 1977.

Као филозоф светског угледа био је председник многих међународних филозофских удружења, доктор *honoris causa* фирентинског, јерусалимског и монтреалског Универзитета, члан белгијске Краљевске академије, иностран члан италијанске и хајделбершке Академије и дописни члан француске Академије.

Перелманове књиге и чланци преведени су на десетину страних језика. На нашем језику објављена је збирка *Право, морал и филозофија* (Нолит, Београд, 1983.). Октобра 1967. у Београду Перелман је учествовао на Међународном симпозијуму о методологији правних наука у организацији САНУ са рефератом *Qu'est-ce que la logique jurndique? (Шта је правна логика?* — објављеном у зборнику САНУ, 1973.).

Целокупно Перелманово дело, а у томе се изражава његово основно обележје, усредсређено је на стварање опште теорије аргументације, неопходне дисциплинама које спадају у практичну филозофију (као што су етика, филозофија права или политичка филозофија). Овим дисциплинама теорија доказивања није довољна, јер за њих истина није једина вредност — оне морају да воде рачуна и о добру, правди, слободи и другим вредностима. Не прихватајући вредносни релативизам који води аксиолошком скептицизму и агностицизму, нити вредносни апсолутизам чије су последице деификација или догматизам било које врсте, Перелман је све своје дело посветио осветљавању природе и техника проблемског, критичког мишљења, одн. аргументације, управо зато што је сагледао да се обе ове њему неприхватљиве оријентације — као што се и иначе дешава са крајностима — спајају у исходу, замењујући снагу аргумената аргументима снаге. Демократско, хуманистичко право, држава и друштво почивају на сагласности, а сукобе решавају у дијалогу, аргументима, те зато читава Перелманова практична филозофија почива на ставу: насиље није аргумент.

Изузетно дело Хаима Перелмана представља богат и трајан извор колико сазнања, толико, још више, идеја и инспирација.

Јасминка Хасанбеговић

САДРЖАЈ

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

др Загорка Симић-Јекић, Критички осврт на трипартицију Томе Живановића — — — — — — — — — — — — — — 743
др Љубица Кандић, Положај извршне власти у Србији према уставним пројектима и уставима у XIX веку — — — — — 762
Марк Бидара, Организација министарстава у Француској — — 775
др Момир Милојевић, Недискриминација и заштита мањина у међународном праву — — — — — — — — — — — — 792
Жан Дерипе, Правна природа закупчевог права и разликовање стварних права и права потраживања — — — — — — 814

ДИСКУСИЈА

др Драгица Ведам-Лукић, Правноснажност и двострука исплата дуга по члану 212. Закона о облигационим односима — — — 829
др Боривоје Познић, Осуда на будуће камате — — — — — 841
др Боривој Старовић, Алтернативне и факултативне облигације и њихово остваривање у парничном и извршном поступку — 844
др Гордана Станковић, Супарничарство и Закон о облигационим односима — — — — — — — — — — — — — — 850
др Весна Ракић-Водинелић, Тумачење уговора — правно или чињенично питање? — — — — — — — — — — — 859

БЕЛЕШКЕ

др Весна Ракић-Водинелић, мр Драгор Хибер, мр Михајло Дика, Дискусија о саопштењима поднесеним на IV састанку наставника и сарадника на предмету Грађанско процесно право, на тему: Одредбе од процесног значаја у Закону о облигационим односима — — — — — — — — — — — — — 864
др Марина Јањић-Комар, Саветовање „Сарадња суда и органа старатељства у примени нових породичних закона" — — — 869

ЗАКОНОДАВСТВО

Владан Јончић, Нешто о комитетима за ОНО и ДСЗ и цивилној заштити у новом Закону о општенародној одбрани и друштвеној самозаштити — — — — — — — — — — — 874

ПРИКАЗИ

Лидија Баста, Политика у границама права — *Дубравка Стајић* 879
Марко Јачов, Венеција и Срби у Далмацији у XVIII веку — *др Драгољуб М. Поповић* — — — — — — — — — — — — 882
др Жељко Хорватић, Елементарна Криминологија — *мр Борђе Игњатовић* — — — — — — — — — — — — — — 884

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

др Мирко Мирковић, Двадесет година од смрти проф. Алберта Bajca — — — — — — — — — — — — — — — 888
Александра Јовановић, Отворен Научни семинар катедре за друштвено-економске науке — — — — — — — — — — 892

IN MEMORIAM

др Иван Максимовић, др Јован Ловчевић — — — — — — 894
др Обрен Благојевић, др Јован Ловчевић — — — — — — 895
др Мирослав Петровић, др Јован Ловчевић — — — — — — 899
Јасминка Хасанбеговић, Хаим Перелман — — — — — — 900

CONTENTS

ORIGINAL ARTICLES

dr Zagorka Simić-Jekić, A Critical Review Of The Three-Partite Conception of Toma Živanović — — — — — — — — — 743
dr LJubica Kandić, The Position Of Executive Authority In Serbia According To The Constitutional Projects And Constitutions In The Nineteenth Century — — — — — — — — — — — — 762
Marc Gjidara, The Organisation Of Ministries In France — — — 775
dr Momir Milojević, Non-discrimination And The Protection Of Minorities In International Law — — — — — — — — — — 792
Jean Derruppé, The Legal Nature Of Renter's Rights And The Distinguishing Of Real Rights From The Right To Claim Compensation — — — — — — — — — — — — — — 814

DISCUSSION

dr Dragica Wedam-Lukić, Effectiveness And The Double Settlement Of Debts Under Article 212. Of The Law Of Obligations — — 829
dr Borivoje Poznić, Sentence Of Obligation To Bear Future Interest 841
dr Borivoj Starović, Altentative And Optional Obligations And Their Realization In The Lawsuit And Execution Procedures — — — 844
dr Gordana Stanković, Co-Litigation And The Law Of Obligations 850
dr Vesna Rakić-Vodinelić, The Interpretation Of Contracts — A Legal or Factual Question — — — — — — — — — — 859

NOTES

dr Vesna Rakić-Vodinelić, mr Dragor Hiber, mr Mihajlo Dika, Discussion Concerning Papers Submitted To The IV-th Meeting Of Lecturers And Assistants Of Civil Procedure Law On: The Provisions Of Procedure Significance In The Law Of Obligations 864
dr Marina Janjić-Komar, Consultative Meeting Oi The Question Of: The Co-Operation Between The Courts And The Guardianship (Trusteeship) Organs In The Implementation Of The New Family Law — — — — — — — — — — — — — — — — 869

LEGISLATURE

Vladan Jončić, On The Committees For The Total National Defence And The Main Tainance Of Law And Order — — — — — 874

REVIEWS ARTICLES

Lidija Basta, Politics Within The Boundries Of Law — *Dubravka Stajić* — — — — — — — — — — — — — — 879

Marko Jačov, Venice And The Serbian People In Dalmacia In The Eighteenth Century — *dr Dragoljub M. Popović* — — — — 882

dr Željko Horvatić, Elementary Criminology — *mr Đorđe Ignjatović* 884

THE SCHOOL CHRONICLE

dr Mirko Mirković, Twenty Years From The Death Of Professor Albert Vais — — — — — — — — — — — — — — 888

Aleksandra Jovanović, Open Scientific Seminar At The Department Of Social And Economic Studies — — — — — — — — 892

IN MEMORIAM

dr Ivan Maksimović, dr Jovan Lovčević — — — — — — — 894

dr Obren Blagojević, dr Jovan Lovčević — — — — — — — 895

dr Miroslav Petrović, dr Jovan Lovčević — — — — — — — 899

Jasminka Hasanbegović, Haim Perelman — — — — — — — 900

SOMMAIRE

ARTICLES DE FOND

dr Zagorka Simić-Jekić, Le retour critique sur la tripartition de Toma Živanović — — — — — — — — — — — — — — 743

dr LJubica Kandić, La position du pouvoir exécutif du Serbie d'après les projects constitutionnels et les constitutions en XIX siècle — — — — — — — — — — — — — — — 762

Marc Gjidara, L'organisation des ministères en France — — — 775

dr Momir Milojević, La non-discrimination et la protection des minorités en droit international — — — — — — — — 792

Jean Derruppé, La nature juridique du droit du preneur a bail — 814

DISCUSSION

dr Dragica Wedam-Lukić, La vigueur juridique et le payement double des dettes d'après l'article 212 du Loi des relations obligatoires 829

dr Borivoje Poznić, La condamnation pour les intérêts futurs — 841

dr Borivoj Starović, Les obligations alternatives et facultatives et leur réalisation dans les procès civils et exécutifs — — — — 844

dr Gordana Stanković, Les co-plaideurs et la Loi des relations obligatoires — — — — — — — — — — — — — — — 850
dr Vesna Rakić-Vodinelić, L'interprétation des contrats la question juridique ou des faits? — — — — — — — — — — — 859

NOTES

dr Vesna Rakić-Vodinelić, mr Dragor Hiber, mr Mihajlo Dika, La discussion sur les avis présentés sur la IV reunion enseignants et des collaborateurs sur la matière du droit du procès civil, sur le thème: les stipulations du Loi des relations obligatoires qui ont l'importance pour le procès — — — — — — — — 864
dr Marina Janjić-Komar, Le conseil „La collaboration entre le cour et les organes du tutelle en exécution des nouvelles lois de famille" — — — — — — — — — — — — — — 869

LÉGISLATION

Vladan Jončić, Les comités pour a défense commune nationale et auto-protection sociale et la protection civile dans la nouvelle loi de la défense commune nationale et auto-protection sociale 874

COMPTES RENDUS DES LIVRES

Lidija Basta, La politique dans les bornes du droit — *Dubravka Stajić* — — — — — — — — — — — — — — — 879
Marko Jačov, La Venise et les Serbes en Dalmatie en XVIII siecle — *dr Dragoljub M. Popović* — — — — — — — — — 882
dr Željko Horvatić, La criminologie élémentaire — *mr Đorđe Ignjatović* — — — — — — — — — — — — — — 884

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ

dr Mirko Mirković, Les vingts ans de la mort du professeur Albert Vajs — — — — — — — — — — — — — — — 888
Aleksandra Jovanović, Le séminaire scientifique ouvert de la Chaire du science sociale et économique — — — — — — — — 892

IN MEMORIAM

dr Ivan Maksimović, dr Jovan Lovčević — — — — — — — 894
dr Obren Blagojević, dr Jovan Lovčević — — — — — — — 895
dr Miroslav Petrović, dr Jovan Lovčević — — — — — — — 899
Jasminka Hasanbegović, Haim Perelman — — — — — — — 900

Уредништво „Анала" моли своје сараднике да рукописе достављају, придржавајући се следећих правила:

1. Све радове (чланке, прилоге, дискусије, приказе, судску праксу итд.) куцати на пуном папиру (не на пелиру) и то на једној страни, са проредом и са довољно белине са стране (27 редова на страни и 60 словних места у реду).

2. Уз рад намењен рубрици „чланци" истовремено доставити резиме највише до 25 редова, куцан на исти начин као што је предвиђено под тачком 1.

3. Уз сваки рад доставити следеће податке: тачну адресу, потпуне податке о звању, број жиро-рачуна, телефон на радном месту и у стану.

4. Сваки рад доставити потписан.

5. Прикази књига које су мање од 200 страна не треба да буду дужи од 8 куцаних страна. Прикази књига које су по обиму веће од 200 страна могу се сразмерно повећати и то за по једну куцану страну на сваких додатних 100 штампаних страна. Уколико је приказ књиге по природи аналитичан, редакција ће толерисати повећање обима приказа за 20%.

6. Фусноте треба куцати на крају рада (не испод текста на страни), такође са проредом и са довољно белине са стране, и то тако да нумерација фуснота иде од броја 1 па надаље за цео рад (не правити посебну нумерацију за поједина поглавља).

7. Цитирање треба да обухвати следеће податке и то следећим редом: аутор (прво име, па онда презиме), назив дела, место издања, година издања, број цитиране стране или тачке пасуса. ПРИМЕР: Живојин Перић, *Стварно право*, Београд, 1922, стр. 141; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, str. 93.

8. За радове објављене у часописима, као и за прилоге објављене у службеним гласилима, навести, после података о аутору и о раду, податке о: називу часописа (службеног гласила), броју и години излажења часописа (службеног гласила), броју цитиране стране. ПРИМЕР: Радомир Лукић, *Субјективни фактор и непосредна демократија*, „Анали Правног факултета у Београду", бр. 2—3/1964, стр. 153; чл. 7. Закона о шумама СР Србије, „Службени гласник СРС", бр. 19/1974.

9. За радове објављене у зборницима, енциклопедијама и сл. навести: име и презиме аутора, назив дела, назив зборника односно енциклопедије, име и презиме редактора (уколико је означено на зборнику), место издања, годину издања, број цитиране стране. ПРИМЕР: Божидар Јелчић, *Пораст и разлози пораста порезног оптерећења*, „Финанције и финанцијско право", ред. Божидар Јелчић и Владимир Срб, Осијек, 1982, стр. 37; Владимир Капор, *Купопродаја*, п. 37, „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада", том први, Београд, 1978, стр. 805.

10. Навођење судских одлука треба да садржи податке о врсти одлуке, суду, броју одлуке, датуму када је донесена и публикацији у којој је објављена, односно назначење да је коришћена из судске архиве. ПРИМЕР: Решење Уставног суда СР Србије III У бр. 82/72, од 31. маја 1972, „Зборник судске праксе", бр. 7—8/1982, одл. бр. 29; пресуда Врховног суда СР Хрватске Гзз бр. 58/75, од 18. јуна 1975, „Збирка судских одлука", књ. I, св. 4, одл. бр. 462.

11. Уколико се једно дело истог аутора цитира у више фуснота (које нису непосредно једна иза друге), после имена и презимена аутора други и сваки следећи пут употребити скраћеницу op. cit. Уколико се једно дело истог аутора цитира у фуснотама које непосредно следе једна за другом, после првог навођења потпуних података о аутору и о делу употребити скраћеницу ibid.

12. Сви библиографски подаци требало би у начелу да буду дати у фуснотама. Изузетно, пре свега при помињању неких законских одредби, то би се могло учинити и у самом тексту. ПРИМЕР: Из пореске основице је, као што предвиђа одредба чл. 3 Закона о порезу из дохотка организација удруженог рада СР Србије, искључен износ дела дохотка у висини 55% просечног месечног нето личног дохотка радника у привреди СР Србије исплаћеног у претходној години.

13. Пошто се часопис „Анали" штампа ћирилицом, црвеном оловком треба подвући речи или реченице које треба да буду штампане латиницом. Овај захтев односи се и на фусноте.

14. Речи и реченице које треба да буду штампане курзивом подвући црном или плавом оловком. Сви наслови цитираних радова треба да буду штампани курзивом.

15. Речи и реченице које треба да буду штампане латиницом и курзивом истовремено подвући и црвеном и црном (плавом) оловком. ПРИМЕР: Jan Tinbergen, *Does Self-management Approach the Optimum Order?*, „Yugoslav Workers Self-management", ed. by M. J. Brockmeyer, Dotrecht, 1970.

16. Места која се желе истакнути штампају се искључиво курзивом, а не шпационирано (размакнутим словима). Због тога у рукопису ништа не треба куцати размакнутим словима.

17. Поднаслове највишег реда обележавати римским бројевима и куцати великим словима. Уже поднаслове обележавати арапским редним бројевима и куцати малим словима, а још уже словима азбуке и такође куцати малим словима. ПРИМЕР: III УТИЦАЈ ПОРЕСКЕ ПОЛИТИКЕ НА ПОНУДУ ЧИНИЛАЦА ПРОИЗВОДЊЕ; 1. Ефекти пореске политике на штедњу; (а) Ефекти пореске политике на штедњу становништва.

18. Умољавају се сарадници да после прекуцавања рукописа пажљиво прочитају текст и отклоне евентуалне дактилографске грешке.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду" у 1985. за целу годину износи:

1. За правна лица	Н. дин.	1200.—
2. За појединце	" "	700.—
3. Са студенте (редовне и ванредне)	" "	300.—
4. За један примерак	" "	250.—

Претплата за иностранство износи н. д. 1.600.—

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број 60803-740-030-4356

Уредништво и администрација АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА БЕОГРАД — Булевар револуције 67, тел. 341-501