

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34/35

YU ISSN 0003-2565

АПФ



6

БЕОГРАД, 1992.

Најстарији југословенски живи часопис из области права „Архив за правне и друштвене науке” од свог покретања 1906. године до краја 1945. године био је гласило 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), Ђорђе Тасић (1940–1941) и Јован Ђорђевић (1945). Почев од 1946. „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. год.

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 Владимир В. Водинелић. Чланови: др Стеван Врачар, др Предраг Шулејић, др Дејан Поповић, др Сима Аврамовић, др Драгољуб Поповић, др Боровоје Шундерић, др Мирјана Тодоровић, др Ђорђе Игњатовић (секретар Уређивачког одбора), др Љиљана Радуловић, мр Милан Пауновић и Војислав Станимировић.

ИЗДАВАЧКИ САВЕТ

Председник: Радосав Ђосић. Заменик председника: др Обрад Станојевић. Чланови: Драгослав Ђекић, Радивоје Јевтић, др Љубиша Лазаревић, Драгутин Милићевић, Михаило Младеновић, Гордана Симеуновић и др Обрен Станковић.

ИЗДАВАЧ: Правни факултет у Београду

KOMPJUTERSKI-SLOG: P.P. FONT, Zemun

Штампа: Завод за графичку технику
Технолошко-металуршког факултета,
Београд, Карнегијева 4

ЧЛАНЦИ

UDK - 347.23

Изворни научни рад

*др Обрен Станковић,
редовни професор Правног факултета у Београду*

О ИМОВИНИ И ИМОВИНСКОПРАВНИМ ЦЕЛИНАМА У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

1. У животу, идеја имовине сугерише идеју економског богатства. У обичном говору, најме, под тим се подразумевају позитивне вредности процењиве у новцу, на шта упућује и етимологија речи (*имати*). Народном поимању сасвим је страно рећи да имовину поседује онај ко нема никакву активу, а још мање онај ко има само дугове (по народном, тај нема ништа, никакву имовину). Укупне економске прилике појединца, које обухватају и дугове, означавају се ширим појмом *имовно стање* које може бити добро или лоше, у зависности од величине активе и пасиве и њиховог међусобног односа (1).

(1) Поред израза имовина, у обичном животу, правној литератури и законским текстовима у употреби су још и изрази имање и иметак, као синоними или у нешто изнијансираним значењима (у обичном говору). - Тако, израз имовина употребљен је у Закону о облигационим односима (чл. 155, 210), Закону о наслеђивању Републике Србије (чл. 106. и сл. и на много других места) и у законима о наслеђивању бивших југословенских република, Општем имовинском законикау за Црну Гору (чл. 801), Аустријском грађанском законикау (§§ 944, 1306а, 1311, 1409, 1421) у преводу садржаном у Вуковићевом зборнику, као и у §§ 222 и 238 превода садржаног у Ступаревом зборнику (Михајло Вуковић, *Правила грађанских закона*, Загреб, 1961; Михаило Ступар, *Зборник грађанских законика старе Југославије*, Титоград, 1960). - Назив имање употребљен је у свим грађанским законцима који су важили на територији бивше Југославије: Општем имовинском законикау за Црну Гору (чл. 480. ст. 1), Србијанском грађанском законикау (у глави тринаестој и на другим местима), Аустријском грађанском законикау (§§ 223, 224, 944, 1421), преводу садржином у Ступаревом зборнику (мада се у истом тексту у §§ 222. и 238.

2. Имовина има и правно значење, али у теорији постоје велика неслагања о скоро свим питањима, укључујући ту и она основна. Док је једни (додуше ретки) уопште не спомињу (2), други (најбројнији) посвећују јој значајна излагања и сматрају важном установом (3), а за треће је она чак "основна категорија грађанског права" (4). Све је то дало повода за тврдњу да на овом подручју влада "невероватна збрка" и да се имовина сматра једном од најтежих и најнеразумљивијих категорија имовинског права" (5).

3. Почев од средине прошлога века, у европској (посебно француској) литератури, у овим расправама, доминирају два правничка имена, Обрија и Роа (*Aubry et Rau*), творца тзв. класичне теорије, назване још субјективном (персоналистичком), по вези која према њеним творцима (инспирираним са своје стране Немцем Захаријем) постоји између имовине и правне личности (субјективитета) (6). Хваљена и оспоравана, она је све до данас остала не само присутна већ и незаобилазна на правничкој сцени, а на добром делу европског пространства чак владајућа. Постоји, зато, потреба да буде целовито претресена и то у изворном облику, пошто су њене данашње презентације (посебно уџбеничке) обично упрошћене, што није довољно за подробну анализу.

употребљава израз имовина). - Поред оба претходна, Општи имовински законик употребљава и израз иметак (чл. 896). - У тексту Аустријског грађанског законика, садржином у Ступаревом зборнику, углавном се употребљава израз имање а само изузетно имовина, који је, опет, најчешћи у тексту истог законика садржаном у Вуковићевом зборнику. - С друге стране, под имовином често се подразумевају и ствари, па се тако говори о покретној имовини (чл. 183, 201. Закона о наслеђивању Републике Србије, чл. 128. ст. 3. Закона о ванпарничном поступку Републике Србије), али се исто тако каже "покретна и непокретна добра", "ствари у имовини" (наслов изнад чланова 802-810. Општег имовинског законика за Црну Гору), "покретне и непокретне ствари које улазе у заоставштину" (чл. 198. савезног Закона о наслеђивању од 1955, који у чл. 196. говори о "покретној и непокретној имовини која је била у поседу умрлог у време његове смрти", али и о "имовини коју је држао умрли, а за коју се тврди да није његова својина").

(2) Тако Лазар Марковић, *Грађанско право, Општи део и стварно право*, друго издање, Београд, 1927, док Иван Ћепулић то чини успутно: *Систем опћег приватног права*, Загреб, 1925, стр. 79-80.

(3) Jacques Ghestin - Gilles Goubiaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, 1982, n. 195.

(4) Андрија Гамс, *Својина и имовина*, "Анали Правног факултета у Београду", 1/1953, стр. 17. Исти аутор у уџбенику *Стварно право* (Београд, 1974, и остала издања) каже да је имовина "један од основних појмова" грађанског права (н. 240), а у чланку *Преображај имовине у савременом грађанском праву* да је "основна категорија грађанског права" ("Анали Правног факултета у Београду", 3-4/1965, стр. 258. У истом смислу Димитар Поп Георгиев, *Грађанско право, Прва книга: општ дел, Втора книга: Стварно право*, Скопје, 1971, стр. 198-204.

(5) Мартин Ведриш - Петар Кларић, *Основе имовинског права*, Загреб, 1983, стр. 79.

(6) Формулације које писци употребљавају различите су и крећу се од оне по којој између имовине и личности (правног субјективитета) постоји нераскидива веза до схватања да је имовина сама правна личност, да се с њом идентификује. - Aubry et Rau, *Cours de droit civil français, d'après le méthode de Zachariae, cinquième édition, tome neuvième, par Etienne Bartin*, Paris, 1917, стр. 333, 334 (фуснота бр. 6), 335, 347, 373. И даља позивања на ово дело биће према истом издању.

ТЕОРИЈА ОБРИЈА И РОА (КЛАСИЧНА ТЕОРИЈА)

4. По утемељивачима класичне (субјективне) теорије, имовина једног лица, посматрано "чисто теоријски", обухвата сва његова добра "без разлике", укључујући ту и "урођена и будућа добра" (*Cours de droit civil français*, Paris, 1917, § 573, стр. 333-334), мада, примећују они, француско право није у складу са овим схватањем у погледу урођених добара (под чим аутори очигледно подразумевају лична добра), пошто у имовину увршћују само право на накнаду штете проузроковане њиховом повредом, али не и сама та добра (7).

5. Поред права (добара) која чине активу, имовина обухвата и дугове, при чему евентуална "околност да пасива премашује активу не доводи до ишчезавања имовине" (§ 573, стр. 335) (8). Штавише, "будући еманацiji личности и израз правне моћи коју једно лице има као такво, произлази да свако лице неизбежно има имовину, чак и ако тренутно не би поседовало ниједно добро" (§ 573, стр. 335-336).

6. Како се "идеја имовине непосредно изводи из идеје личности", сва добра (објекти) која у њу улазе, ма колико разноврсна, "нису ништа мање потчињена слободном одлучивању исте воље и деловању исте правне моћи, па самим тим чине једну правну целину (*universum ius*)" (§573, стр. 334). Унутар ове целине, чији саставни делови у међусобним односима добијају карактер заменивих ствари (јер се сви свде "на заједничку идеју имовинске вредности") примећују се правила о реалној суброгацији, тако да, у случају акта који подразумева и отуђење и стицање, на место објекта који излази ступа други, да би "попримио његову правну природу" и наравно припао истом лицу (§ 573, стр. 341) (9). Нема, међутим, реалне суброгације у оквиру фактичких целина састављених "из објеката који су слични само по свом природном саставу", какви су нпр. библиотека, стадо оваца, радња (стр. 343). Ако, нпр., услед размене, једна књига изиђе из библиотеке, а друга у њу уђе, "не може се рећи да је прва суброгирана другом, јер ова улази мање као замена прве а више као саставни део ове фактичке целине по својој природи и по намени коју јој даје власник" (10).

(7) "Штавише, ни права моћи, схваћена као таква и независно од имовинских користи које су са њима везане, не сматрају се по нашем праву саставним деловима имовине" (*Op. cit.*, § 573, стр. 334-335). Писци овде имају у виду права која се заснивају на очинској и супружанској власти (ауторитету).

(8) У том смислу Обрија и Роа тумаче сви француски писци: Gabriel Marty - Pierre Raynaud, *Droit civil*, I, Introduction générale a l'étude du droit, Paris, 1972, n. 288; Jacques Flour - Jean-Luc Aubert, *Les Obligations*, I, Paris, 1975, n. 197; Gérard Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, 1980, n. 844; Alex Weill, *Droit civil, Introduction générale*, 1973, n. 303; Ghestion - Goubeaux, *op. cit.*, n. 303. Цитирано место код Обрија и Роа је кључно, мада би из неких формулација употребљених на почетку §§ 573 и 579. произлазило да се имовина састоји само из активе, "добара", а да не обухвата и пасиву која представља терет на имовини схваћеној као скуп права (добара).

(9) "Из овога правила следи да у случају предаје или повраћаја неке правне целине, онај коме се има извршити та предаја или повраћај, увек има право да захтева онај објект који је у тој правној целини ступа на место онога који је из ње изишао" (стр. 345).

(10) Обри и Ро, ипак, допуштају да на основу закона или уговора могу постојати изузеци од овог правила, као нпр. у области заједничке својине супруга и миразног режима. "Ван ових изузетака, реална суброгација мора бити одбачена, јер је лишена сваке рационалне или законске основе" (§ 575, стр. 345).

7. Следећа одлика имовине је да је она "у начелу, једна и недељива, као и сама личност" (§ 574, стр. 336), у том смислу што једно лице може имати само једну имовину "у правом смислу речи", која је због своје бестелесне природе недељива на материјалне односно количинске делове, нити ("због јединства личности") на различите правне целине (11). По творцима субјективне теорије недељивост и јединство имовине састоје се у њеној потпуној правној униформности, а одступање од тога начела постоји кад год се за један ужи скуп добара пропише посебан правни режим, особен у било ком погледу, дакле не само са гледишта подложности принудном извршењу по тужби хирограферних поверилаца (оних чије потраживање није обезбеђено залогом), већ и са становишта уживања, управљања и располагања. Тако (12), постоји одступање у случају пријема заоставштине са пописом, када у неким питањима заоставштина остаје одвојена од имовине наследника "којој у стварности припада" (стр. 338), затим у случајевима када се извесна добра изузимају из заоставштине и по посебним прописима додељују одређеним сродницима (13), такође у случају фиденкомиса, пошто наслеђена добра "у извесним питањима" образују правну целину различиту од остале имовине наследника (титулара фидеикомиса) (14).

8. Будући да је имовина "еманација личности, природно је да обавезе које неко има терете имовину". Овај принцип, који је старо француско право изразило максимом *Qui s'oblige oblige le sien*, озакончено је чланом 2092. Француског грађанског законика. Он предвиђа да "за своју обавезу дужник одговара свим својим добрима, покретним и непокретним, садашњим и будућим", установљавајући тако, у корист поверилаца необезбеђених залогом, једно опште заложно право на дужниковој имовини, које је по својој природи недељиво, као и сама имовина (15). Из ове особине произлази да су сва добра која сачињавају имовину једног лица подједнако намењена измирењу свих обавеза, без обзира на време њиховог настајања, тако да ранији повериоци немају никакво првенство наплате у односу на касније, нити пак ови последњи имају неку предност над ранијима у односу на добра која још нису била

(11) Али је дељива на интелектуалне делове, по квотама, као у случају наслеђивања аликвотних делова заоставштине (§ 574, стр. 339).

(12) По самим писцима, по настављачу и приређивачу каснијих издања њиховог дела, Bartin-у, као и по њиховим присталицама и интерпретаторима.

(13) Рецимо кад по чл. 747 С. с. преци искључују сва трећа лица наслеђујући ствари које су раније поклонили свом умрлом детету и уопште потомку, разуме се уколико оне још постоје.

(14) Овим разним примерима Bartin додаје онај са резервисаним добрима која у погледу жениних овлашћења располагања са њима, као и у погледу дугова за чију наплату служи као залога, представља правну целину (*universalité juridique*) различиту од осталог дела женине имовине, па чак и заједничке имовине. - У истом смислу: Luis Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, I, Paris, 1932, n. 655; Georges Ripert, *Régime dotal*, n. 146, "Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil", t. IV, Paris, 1954; Alex Weill, *Biens réservés*, n. 1, "Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil", t. I, Paris, 1951.

(15) Иако недељиво, ово заложно право није стварноправне природе, тако да "неизбежно ишчезава у односу на објекте који су престали да буду делови дужникове имовине" (§ 579, стр. 367).

у имовини дужника у време када се он обавезао према њима (§ 580, стр. 368).

9. "Имовина је неутуђива, не може се одвојити од лица коме припада, пошто нема сопствену и самосталну егзистенцију, идеја отуђења представљала би правну бесмислицу" (стр. 350). Овај теоријски неспоран принцип озакоњен је у грађанском законнику, чије одредбе о располагању будућим наследством имају свој правни основ управо у неутуђивости имовине, "независно од моралних и политичких обзира који су их наметнули" (16). "Из принципа неутуђивости произлази, поред осталог, да се поклон имовине између живих, мада обухвата сва садашња поклонодавчева добра, односи заправо само на објекте (предмете) индивидуално посматране и да услед тога поклонопримац, будући у стварности само сингуларни сукцесор, не одговара по самом закону за намирење поклонодавчевих дугова" (17).

10. Исто онако као што се једно лице не може за живота вољно лишити своје имовине, тако му ни имовина не може бити одузета против његове воље. Оно је губи тек смрћу, престанком саме његове личности (§ 577, стр. 351). Смрћу, дакле, скуп добара једнога лица не губи карактер правне целине, већ управо као такав, под именом заоставштина, прелази на оне који су по закону или оставичевој вољи позвани да га наследе, у целини или једним аликвотним делом" (§ 582, стр. 372), као репрезентанти и настављачи његове правне личности (§ 582, на више места) (18).

II. ПРАВНИ ПИСЦИ О ТЕОРИЈИ ОБРИЈА И РОА

11. Постављена крајем прве половине прошлога века (19), теорија Обрија и Роа остала је, осим у неким споредним тачкама, нетакнута до краја века. "Она у нашим школама и даље важи као израз најчистије правне истине", писао је 1899. године Франсоа Жени (François Geny) у свом чувеном делу *Метод тумачења и извори позитивног приватног права* (20). Признајући дотле неприкосновеном учењу врло ограничену вредност (21), он у потпуности одбацује његове основне поставке, ква-

(16) Истина, кажу аутори, ново законодавство (сагласно у овом погледу са старом праксом) допушта да се брачним уговором у виду поклона за случај смрти поклонодавца уступе будућа или садашња и будућа добра (чл. 1082, 1083, 1085. С.с.), "али то је само изузетак заснован на наклоности коју су брачни уговори увек уживали у Француској".

(17) § 577, стр. 351. Поклон целокупне садашње имовине није, дакле, без правног дејства, али нема за последицу пренос имовине, већ добара "појединачно узетих", без преноса дугова на поклонопримца.

(18) У истом параграфу видети разлику између универзалних сукцесора "у правом смислу речи" и оних наследника који нису крвни сродници и који, "чисто теоријски", не би могли бити сматрани настављачима декујусове правне личности, те као такви не би наслеђивали и дугове. "Али, супротно становиште, већ прихваћено у ранијој судској пракси, дефинитивно је усвојено у Грађанском законнику" (§ 583, стр. 379-380).

(19) Ова теорија садржана је у њиховом делу *Cours de droit civil français*, које се, у пет томова, први пут појавило у периоду од 1838. до 1847. године.

(20) Прво издање 1899, више пута прештампавано, овде цитирано према издању од 1954. године (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*).

(21) Сводећи га на објашњење права поверилаца да ради намирења свог потражива

лификујући га као априорно, субјективно, произвољно, "чист производ духа, одвојено од стварности, сачињено од потпуно измишљених конструкција и концепција" (22). По њему, оно је не само сувишно (јер је из неспособности да објасни сва позитивноправна решења принуђено да многа од њих жигоше као флагрантне повреде логике), већ и опасно, јер кочи прогресиван развој праксе у више праваца (23).

12. Женијево дело имало је одлучујућег утицаја на два великана француске правне мисли. Неколико месеци касније, исте 1899. године, Планиол се пита не ствара ли се конфузија између имовине као скупа добара и правног субјективитета, који је способност поседовања, и теорију Обрија и Роа ће окарактерисати као вештачку, апстрактну и логички неодрживу (24), а други велики Женијев савременик Henri Capitant, који је у првом издању свог Увода у грађанско право (25) владајућу теорију усвојио без резерви, у другом издању објављеном 1903. године у целини ће је одбацити, уважавајући у свему оно што је о њој рекао Жени (26).

13. Имајући у виду ауторитет ове тројице корифеја француске правне мисли и снагу њихове аргументације, могло се у то време (на прелазу из XIX у XX век) помислити да је класична теорија имовине била само пролазна епизода и да се сели у правну историју, али је даљи развој француске науке то у потпуности оповргао. Критике које су касније, у току овог века, упућиване на њен рачун биле су без снаге, несигурне, парцијалне, ограниченог домета, док су задржане поставке брањене свим реторичким могућностима које познаје француски језик.

14. Поставку да је правни субјективитет саставни део имовине, један број писаца ће у потпуности одбацити (извлачећи из тога друге значајне консеквенце) (27), већина ће имати само резерве различитог

ња заплене било које дужниково добро, и на универзалну сукцесију после дужникове смрти, на основу схватања о скупу права и обавеза као целини независној од елемената из којих је састављена и подвргнутој једном хомогеном правном режиму.

(22) Geny, *Méthodé d' interpretation*, n. 67-68.

(23) Посебно у вези с признавањем циљних имовина и тумачењем законских одредаба које спречавају уговоре о будућем наслеђству (*op. cit.*, n. 67).

(24) *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n. 2149, note 1, наведено према: Jullien Bonnesse, *Précis de droit civil*, t. II, Paris, 1939, n. 45. Та оцена ће бити задржана и у каснијим верзијама његовог дела: *Traité élémentaire de droit civil de Planiol, refondu et complété par G. Ripert et J. Boulanger*, t. I, Paris, 1950, n. 2515, стр. 849; *Traité de droit civil d' après le Traité de Planiol, par George Ripert et Jean Boulanger*, t. I, Paris, 1956, n. 541, стр. 245; такође: *Traité pratique de droit civil français, par M. Planiol et G. Ripert*, III, avec le concours de Maurice Picard, Paris, 1926, n. 17, стр. 21.

(25) *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, A. Pedone, 1898 (chap. IV, § 4, стр. 183-204).

(26) У предговору другом издању он каже: "Данас сам убеђен да ова теорија има чисто дедуктиван и вештачки карактер, који је, како је то показао г. Жени, чини сувишном и опасном. Појам имовине схваћен као правна целина састављена од скупа имовинских права која припадају једном лицу, и истих таквих обавеза које га терете, једини заслужује да буде сачуван (цитирано према петом издању, Paris, 1927, стр. 19).

(27) Врло је категоричан у овом погледу Белгијанац Henry de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome V, Bruxelles, 1952, n. 559.

степен а и домашаја (28), док ће један мањи број безрезервно бранити мисао да имовина "обухвата целокупан живот и све садашње и будуће активности једног лица" и да је њена суштина управо у способности лица да стиче. То је толико тачно да се свакодневно чини кредит лицима која не поседују ништа, само на основу њихове виртуелне економске активности" (29).

15. У погледу састава имовине, велика већина сматра да у њу улазе само имовинска права, и то сва без разлике: облигациона (укључујући ту и право на новчану накнаду штете проузроковане повредом неимовинских права), стварна, интелектуална (30), без обзира да ли су преносива или не и независно од тога да ли подлежу принудном извршењу, јер за њихове имаоце "представљају корист услед овлашћења употребе и због власти коју могу вршити" (31). Само мали број писаца, међу којима су неки и са светским реномеом (као браћа Мазо) мисле да у имовину улазе и лична неимовинска права, без обзира што су неподложна принудном извршењу ради намирања поверилаца, кад већ постоје и имовинска права (као нпр. право на издржавање) која су изузета од извршења. Уосталом, кажу браћа Мазо, многобројна права личности имају и економске ефекте, повлаче право на издржавање и наслеђивање, а, с друге стране, њихова повреда даје могућност тужби за накнаду штете, изражава се дакле, новчаном сумом. "У таквим околностима изгледа тешко имовинска и неимовинска права раздвојити неким непремостивим бедом. И једна и друга сливају се у садржалац свих права једног лица, каква је имовина, зато што су и једна и друга намењена том лицу" (32).

16. Поред права, према владајућем становишту у имовину улазе и обавезе (33), и то оне које повериоци могу привести принудном извршењу путем наплате из "добара имовине" (34), а у новије време све је више оних који у овом смислу заступају тзв. модерно схватање, по којем су обавезе терет на имовини сачињеној искључиво од права (добара) (35).

(28) Marty - Raynaud, *Droit civil*, I, n. 290; J. Ghestin - G. Goubeau, *Traité de droit civil, Introduction général*, I, n. 201.

(29) Juien Bonnecase, *Précis de droit civil*, II, Paris, 1939, n. 46. Од новијих писаца може се навести Jean-Luc Aubert, *Introduction au droit*, Paris, 1984, n. 198.

(30) H. Capitant, *op. cit.*, n. 92; L. Josserand, *op. cit.*, I, n. 864; Marty - Raynaud, *op. cit.*, I, n. 197; Jean - Luc Aubert, n. 197; René Dekkers, *Précis de droit civil belge*, tome premier, Bruxelles, 1954, n. 821; G. Ripert, *Patrimoine*, n. 15-16, "Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil", III, Paris, 1953; Gerard Cornu, *Droit civil, Introduction*, Paris, 1980, n. 55-56, 845.

(31) G. Ripert - J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol, I, Introduction général*, Paris, 1956, n. 549; J. Carbonnier, *Droit civil*, II, Paris, 1964, стр. 3. Риперт је међутим, другог мишљења у наведеном чланку *Patrimoine*, у којем каже да у имовину улазе само преносива имовинска права.

(32) Henri et Léon Mazeaud - Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil, tome premier par Michel de Juglart, Introduction a l'étude du droit*, Paris, 1967, n. 292.

(33) Capitant, *op. cit.*, n. 92; Josserand, *op. cit.*, I, n. 647-648.

(34) G. Ripert, *Patrimoine*, n. 18.

(35) Henri de Page, *op. cit.*, n. 570. У прилог том схватању он наводи разлоге различите природе, а није му промакла ни несигурност коју су овде испојили сами Обри и Ро.

17. Независно од тога у којој мери уопште расправљају питање да ли имовина обухвата и правну способност, и какво мишљење о томе имају, писци у великој већини прихватају класичну формулу према којој је она "независна од елемената из којих је састављена до те мере да може постојати и без њих", те да је сходно томе има свако, и новорођенче, и онај ко не поседује никаква добра. "Имовина је један апстрактан појам, интелектуалне природе, метафизички, то је, ако се тако хоће, способност постати центар имовинскоправних односа, или још, једна замишљена посуда спремна да прими позитивне и негативне вредности" (36), "отворена коверта" у коју једне вредности улазе а друге из ње излазе (37), а која може бити и празна, то је "празна форма која постоји независно од своје садржине" (38), при чему пасива може бити већа од активе, што не утиче ни на њено јединство нити на њено постојање, она, штавише, постоји и кад нема ни права ни обавеза, какав је случај са тек рођеним дететом, "свако лице неизбежно има имовину" (39), (40).

18. Француски писци овог века прихватају мишљење да је имовина једна правна целина (*universalite de droit*), али постоје велика неслагања о том појму и о разлици између правних целина (*universum ius*), с једне, и фактичких целина у праву (*universum corpus*), с друге стране, као и о оправданости њиховог обједињавања у генерички виши појам целине у праву и његове дефиниције.

19. Известан број писаца сматра да се разликовање на правне и фактичке целине може чинити само са циљем да се боље изоштри општи појам целине у праву (41), а да је у теоријском смислу подела неумесна, варљива, а појам фактичких целина (тзв. малих имовина, како их називају у Француској) проблематичан. Тим називом се, наиме, хоће рећи да ове целине играју незнатну улогу и да немају "свој правни живот већ само фактичку егзистенцију", што није тачно, јер су неке од њих шире од читаве имовине других субјеката (предузеће нпр.), а, с друге стране, признање фактичких целина у праву претпоставља да се оне "управљају по посебним правилима која могу бити само правна" (42). Већина ипак прихвата поделу као оправдану, али постоје знатна неслагања о критеријуму разликовања. Према једнима, саставни делови правне целине су заменљиви (флукутабилни), тако да она не зависи од елемената из којих је састављена, док те флукутабилности нема у фактичким целинама, које су само "материјални скупови јединки, као што су књиге у библиотеци или стока у стаду" (43). Према другима, флукутабилност је одлика и

(36) Josserand, *op. cit.*, I, n. 55.

(37) G. Cornu, *op. cit.*, n. 55.

(38) Marty - Raynaud, *op. cit.*, I, n. 288.

(39) Capitant, *Introduction*, n. 92.

(40) Чврсту повезаност између имовине и субјективитета извесни писци не виде у томе што би имовина по самом свом појму обухватила и правну способност, већ у томе што је у данашњим приликама и условима практично незамисливо да се самим доласком на свет не стекне баш никакво право.

(41) Planiol - Ripert - Boulanger, *op. cit.*, I, n. 553-554.

(42) Mazeaud - Juglart, *Leçons de droit civil, Introduction*, n. 294.

(43) Josserand, *op. cit.*, I, n. 649.

једних и других, а разлика између њих је у томе што се правне целине састоје од активе и пасиве а фактичке само од активе (44). Према трећима, који такође сматрају да је флукутабилност одлика и једних и других, правне целине се установљавају законом ("обично у циљу примене једног низа правних операција"), а фактичке вољом појединаца ("за један или више одређених посебних правних односа") (45). Четврто становиште је у ствари комбинација два претходна и одликује се тиме што сваку целину дефинише помоћу два квалификатива кумулативно: правна целина се установљава законом и састоји се од активе и пасиве, а фактичка вољом појединаца за одређени однос и састоји се од активних састојака (46).

20. Неслагања постоје и у погледу оправданости и ширине општег појма целине, који би као генерички обухватао и правне и физичке целине. Према већини, општи појам целине у праву се дефинише као скуп права (и обавеза) једног лица, који чине целину (у том смислу што подлежу одређеном правном режиму) и одликује се променљивошћу саставних делова, било да се састоји из активе и пасиве било само из активе (47), а према другима (који додуше чине мањину, али су са светским реномеом) целина у праву је "маса добара" која се одликује не само заменљивошћу саставних елемената већ и јединством активе и пасиве, тако да су из овог појма искључене све целине којима недостаје било флукутабилност било јединство активе и пасиве (48).

21. По угледу на Обрија и Роа, један део писаца и даље објашњава флукутабилност имовине феноменом реалне суброгације (49), док су други кориговали овај део класичне теорије, указујући да је променљивост саставних делова имовине шири, пошто у њу улази све што се стекне, по било ком основу (дакле и наслеђем, поклоном) а не само као накнада за вредности које излазе из имовине (50).

(44) У том смислу: Marty-Raynaud, *op. cit.*, I, n. 291; Ghestin - Goubeau, *op. cit.*, n. 197; Carbonnier, *op. cit.*, II, стр. 70; Corn, *op. cit.*, n. 875; Bonnecase, *op. cit.*, II, n. 43-44. Овај последњи као споредну разлику истиче још и то што фактичке целине одговарају, научно и технички, идеји једног добра *stricto sensu*, што значи једне исте ствари, објекта присвајања, а правна целина идеји масе добара која остају потпуно одвојена једна од других и способна да, кад се растуре, у потпуности задрже свако своју "интегралну физиономију" (какав је случај са елементима који припадају истој заоставштини).

(45) Ambroise Colin et Henri Capitant, *Traité de droit civil*, refondu par Léon Lullio de la Morandière, tome premier, Paris, 1957, n. 93.

(46) "Који могу бити и самостални, али са одређених тачака гледишта имају заједничку намену и као такви и посебан правни режим, нпр. легирање или продаја библиотеке". - Alex Weill, *Droit civil, Introduction générale*, Dalloz, 1973, n. 302.

(47) У том смислу: Colin - Capitant - Morandière, *op. cit.*, I, n. 93; J. Bonnecase, *op. cit.*, II, n. 43-44; J. Carbonnier, *op. cit.*, стр. 69; Ghestin - Goubeau, *op. cit.*, n. 197; Marty - Raynaud, *op. cit.*, I, n. 291. Ови последњи сматрају да је променљивост саставних делова само "по правилу" одлика целине, што практично значи да има *universum*-а који се не одликују флукутабилношћу, али и не покушавају да направе теоријску разлику између једних и других.

(48) Није, дакле, *universum* нефлукутабилна целина састављена од активе и пасиве ни целина састављена само од активе, без обзира да ли је флукутабилна или није. - Planiol - Ripert - Boulanger, *op. cit.*, I, n. 651; Alex Weill, *op. cit.*, n. 305; G. Ripert, *Patrimoine*, n. 3.

(49) Josserand, *op. cit.*, I, n. 651; Alex Weill, *op. cit.*, n. 305; G. Ripert, *Patrimoine*, n. 3.

22. Принцип јединства и недељивости имовине, који су релативизирали сами оснивачи класичне теорије (имајући у виду бројне изузетке у законодавству) задржан је у каснијој литератури, али је под утицајем умножавања тих изузетака његово релативизовање настављено, чак и од стране оних аутора који су се од изворног учења најмање удаљили. Писци схватају недељивост као и сами Обри и Ро, тј. као правну једнообразност целокупне имовине, па сходно томе одступање од тога виде у сваком нарушавању те правне монолитности, с било које тачке гледишта (управљање, располагање) (51).

23. У оквиру ове дискусије посебно је расправљано питање дељивости имовине са гледишта права хирограферних поверилаца на наплату, о чему су изречена два различита мишљења. По једном, подела је могућа, корисна и пожељна у многим случајевима, али се она не може препустити арбитрерној одлуци њеног имаоца, пошто би то уздрмало сигурност трансакција, већ се услови за то морају утврдити законом (опште право их не познаје иако их не забрањује) (52). По другом становишту, имовина је с ове тачке гледишта недељива, а то практично значи да субјект не може умањивати фонд добара, који служи као општа залога хирограферних поверилаца, тако што би неким његовим деловима одредио посебну намену. "Био би то извор великих компликација и превара" (53). Овде, као и обично, правно правило изражава једну моралну мисао, да свако за своје обавезе мора одговарати свим својим добрима. Било би неприлично допустити да дужник своју одговорност према повериоцима ограничи, да нпр. трговац део свог иметка заштити од ризика који је нормално повезан са његовим пословањем (54).

24. Писци истичу да је принцип недељивости имовине као опште залог више теоријске него практичне природе, јер онај ко је наумио да некој активности посвети део своје имовине може то постићи заобилазним путем, оснивањем правног лица (анонимног друштва, друштва са ограниченом одговорношћу) у којем ће обезбедити своју већину. За дугове друштва (правног лица) он ће одговарати само до износа свог улога, тако да ће се ствари одвијати као да је образовао имовину са посебном наменом (циљну имовину) (55). У Француској је еволуција у овој области окончана тако што је прихваћено да правно лице може основати и појединаца, чиме је у ствари правно санкционисана пракса да више оснивача фигурира само формално, да би се удовољило законским условима.

25. Одржавање принципа јединства и недељивости, и поред даљег релативизирања, огледа се и у томе што се општа имовина изједначава са имовином у смислу опште залог хирограферних поверилаца, као и

(50) Тако Mazeaud - Juglart, *Leçons de droit civil*, I, n. 293.

(51) Ретки су писци који проблем дељивости посматрају искључиво са тачке гледишта права хирограферних поверилаца на принудну наплату. Тако Jacques Flour - Jean-Luc Aubert, *Les Obligations*, n. 34-35, као и фуснота бр. 2. на стр. 23.

(52) Henri de Page, *op. cit.*, n. 577.

(53) Marty - Raynaud, *op. cit.*, n. 289-290; Carbonnier, *op. cit.*, II, стр. 8.

(54) Jacques Flour - Jean - Luc Aubert, *op. cit.*, n. 35.

(55) Flour - Aubert, *op. cit.*, n. 35; Ghestin - Goubeau, *op. cit.*, n. 203.

са заоставштином. Практичан значај имовине (опште), по овим писцима, у томе је што служи као општа залога хирограферних поверилаца и што у случају смрти под именом заоставштине прелази као правна целина на наследнике (заоставштина је, дакле, само други назив за имовину у тренутку оставиоачеве смрти) (56). Писци говоре о "аутономним" и "циљним" имовинама као ужим скупинама унутар "имовине" (57), али међу њих не убрајају ни имовину која служи као општа залога хирограферних поверилаца ни заоставштину (58), а неки од њих изричито истичу да у имовину улазе и права изузета од извршења, због користи које титулар има од њиховог вршења односно уживања (59).

26. Становиште о неутуђености имовине *inter vivos* прихватају скоро сви савремени француски писци (60), са познатим образложењем да имовина поред права и обавеза обухвата и саму правну способност, па би пренос овакве целине у ствари значио цивилну смрт коју француско право не познаје (61). Они, такође, истичу да је могуће правним послом међу живима одједном пренети сва своја права али да то није пренос имовине (пошто остаје могућност даљег стицања), а осим тога на сукцесора не прелази и преносиочеви дугови.

27. Други, малобројни, истичу да неутуђивост није апсолутни принцип, а као пример наводе поклон садашњих и будућих добара супружницима (од стране родитеља, претка, побочног сродника или трећег лица), учињен брачним уговором (чл. 1082. и сл. Грађанског законика), који представља "право отуђење имовине, пошто се истовремено преносе и актива и пасива" (62). Потпуно је замисливо и преношење радње са свим потраживањима и дуговима. Они сматрају сасвим умесним формирање посебних целина унутар имовине и пледирају за њихову преносивост *inter vivos*, иако француско право тако нешто не предвиђа (63).

28. Иако једни у потпуности реafirмишу принцип неутуђивости а други га релативизирају, предмет њиховог посматрања у ствари није

(56) У том смислу: H. Capitant, *Introduction*, n. 92-93; Josserand, *op. cit.*, I, n. 648, 650, 652; G. Ripert, *Patrimoine*, n. 4, 6, 18-19, 23; Colin - Capitant - Morandière, *op. cit.*, I, n. 96; J. Carbonnier, *op. cit.*, II, стр. 1-3; G. Ripert - J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, I, Paris, 1956, n. 540, 546, 549.

(57) Ту убрајају: предузеће, радњу, парафернална, миразна и "резервисана" добра, "поморску" и "земаљску" имовину, као и заоставштину примљену са пописом.

(58) Посебан осврт са ове тачке гледишта заслужује Gérard Cornu, који задржава појам опште имовине ("имовина"), мада његов практични интерес види једино кроз постојање аутономних имовина, за које важе посебни правни режими (*Droit civil, Introduction*, Paris, 1980, n. 57-58, 840-841).

(59) Planiol - Ripert - Boulanger, *op. cit.*, I, n. 549; Ripert, *Patrimoine*, n. 18; Carbonnier, *op. cit.*, II, стр. 3.

(60) R. Decottignies, *Ayant cause*, n. 3, "Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil", I, Paris, 1951; Jean-Luc Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit*, Paris, 1984, n. 197; G. Ripert, *Patrimoine*, n. 20; Josserand, *op. cit.*, I, n. 653-655; Carbonnier, *op. cit.*, II, стр. 6-7; Jacques Flour - Jean-Luc Aubert, *op. cit.*, n. 32-36; Gerard Cornu, *op. cit.*, n. 859-881; Alex Weill, *op. cit.*, n. 306, 308.

(61) Alex Weill се ограничава на тврдњу, без образложења.

(62) Mazeaud - Juglart, *op. cit.*, n. 291.

(63) Marty - Raynaud, *op. cit.*, I, n. 289-290.

исти, пошто они први имају у виду само имовину како су је дефинисали Обри и Ро (са правном способношћу и непреносивим правима као саставним деловима), не изјашњавајући се о преносивости ужих имовинскоправних целина (тзв. малих имовина), а други имају пред очима управо ове уже имовинскоправне целине, расправљајући проблем и *de lege lata* и *de lege ferenda*, не осврћући се посебно на општу имовину како су је дефинисали Обри и Ро. При томе, иако имају у виду и нека решења француског позитивног права, сви они проблем посматрају апстрактно теоријски, занемарујући један став француског права, који је управо са ове тачке гледишта врло релевантан, да Француски грађански законик нема општу одредбу о преносу (пријему) дуга, што, опет (по неким), није препрека да странке то уговоре (64), (65).

29. Објашњење наслеђивања настављањем правне личности декујуса у личности његових наследника прихватају само ретки појединци, додуше с великим научним ауторитетом, какав је Жосран који каже: "Смрћу појединаца, његова имовина је пренета на његове наследнике, у својој општости, као правна целина, ђутуре; на тај начин, наследници долазе на место декујуса; на њих је прешла целина која се стопила с њиховим имовинама, личност декујуса апсорбује се у личностима његових настављача" (66). Други ову идеју о настављању декујусове правне личности категорички одбацују, као браћа Мазо и Жиглар, који кажу: "Увиђа се каквом расуђивању води један погрешан појам: да би се прикрила чињеница да је имовина пренета, тврди се да је декујус надживео самог себе како би послужио као ослонац сопственој имовини" (67).

30. Такве су резерве изнете од стране правних писаца у односу на поједине поставке теорије Обрија и Роа. У целини, међутим, она је у Француској до данас, и према оцени наших савременика, остала непревазиђена: "Славна правна конструкција" (68), "маестрално изложена" (69), која и даље представља "базу концепције француског позитивног

(64) У том смислу: Auguste Lebrun, *Cession de dettes*, n. 43, "Encyclopédie juridique. Répertoire de droit civil". I, Paris, 1951. Од консултованих аутора само Ghestin и Goubeaux (*op. cit.*, фуснота бр. 16, стр. 154) примећују, узгредно, да пријем (преузимање) дуга у француском праву "у принципу није могућ".

(65) Одступање од принципа непреносивости *inter vivos* неки писци виде на терену правних лица. Тако, Ripert каже да је пренос између живих у погледу правног лица могућ и повлачи његов престанак, а тако исто је и у случају припајања једног правног лица другом и спајања (фузије) два правна лица (*Patrimoine*, n. 22); в. такође Marty - Raynaud, *op. cit.*, I, фуснота бр. 2, стр. 468. Ова тврдња је противречна, јер је по дефиницији реч о престанку правног лица, који се мора уподобити са смрћу физичког лица, што искључује квалификацију преноса *inter vivos*.

(66) Josseland, *op. cit.*, I, n. 652. Ripert сматра да је "концепција спорна" (*Patrimoine*, n. 23), а Jean-Luc Aubert да је то сликовито а не теоријско објашњење (*Introduction au droit*, Paris, 1984, фуснота бр. 48, стр. 24). Сепитант-овим поводом подсећа да су римски правници, у циљу објашњења како је могуће да наследство (које у римском праву не прелази одмах на наследнике) остаје једна целина после смрти декујуса, прибегли фикцији према којој је оно (у периоду док је било без господара) "постажало субјект права и обавеза из којих се састоји" (*Introduction à l'étude du droit civil*, n. 93).

(67) Mazeaud - Juglart, *op. cit.*, n. 291.

(68) Mazeaud - Juglart, *op. cit.*, n. 283; J. Bonnetcase, *op. cit.*, I, n. 588; G. Cornu, *op. cit.*, n. 843; Ghestin - Goubeaux, *op. cit.*, n. 198; A. Weill, *op. cit.*, n. 303.

права" (70), "остаје класична" (71) и "наставља да заузима значајно место у савременој доктрини" (72), и упркос критикама које су имале само "ограничен успех" (73), "није ништа мање тачна" (74), то је лепеза епитета изречених од стране најпознатијих француских професора права.

III. НАШИ ПРАВНИ ПИСЦИ

31. У целини посматрано, наша правна теорија је умањена слика онога што је речено на страни, како у погледу питања која су расправљана, тако и у погледу ставова који су о њима заступани, али има и извесних нових идеја, од којих су најважније оне у вези са саставом имовине.

32. Андрија Гамс који се у нас најтемељитије бавио овом проблематиком, у једном ранијем чланку сматрао је да се имовина може схватити и као атрибут личности (75), али је у каснијим радовима то схватање напустио. У уџбенику *Увод у грађанско право* (76) имовина је схваћена као скуп права и обавеза (н. 221, 223–224) и "типична грађанско-правна категорија" (н. 224), "јединствен појам" у том смислу што сваки правни субјект "може имати само једну имовину". Ипак, у имовинској маси која служи као материјална подлога имовине, могу се разликовати разни фондови који служе специјалној правној намени, за које важе специјални правни режими. То су тзв. фондови у јединственој имовини" (н. 226): мираз, предузеће (у капитализму), наследна маса код наслеђивања са супституцијом, имовина старијег малолетника стечена радом, заједничка и посебна имовина брачних другова, заоставштина која је по захтеву декујусових поверилаца задржала самосталност. У даљим излагањима имовина (општа) изједначава се са заоставштином, пошто се "смрћу лице одваја од имовине... а на наследнике прелазе сва права која сачињавају имовину, стварна и облигациона, као и обавезе из облигационих односа" (н. 228). Скуп онога што се субјекту одузима у случају потпуне конфискације, писац не квалификује као фонд у имовини (имовинској маси), већ као имовину која се од субјекта одваја пре његове смрти (н. 229) али се ово изједначење ублажава утолико што конфискат "ипак задржава извесну имовину". Особеност национализације је у томе што се овде одузима "имовина, тј. стварна и тражбена права која се односе само на одређене објекте имовинске масе тога лица (предузеће)". А. Гамс излаже и једно уже схватање имовине, оригинал-

(69) Marty - Raynaud, *op cit.*, I, n. 288.

(70) Ghestin - Goubeaux, *op. cit.*, n. 203; Cornu, *op. cit.*, n. 843.

(71) Ghestin - Goubeaux, *loc. cit.*; Carbonnier, *op. cit.*, II, стр. 2.

(72) Carbonnier, *loc. cit.*

(73) Ghestin - Goubeaux, *loc. cit.*

(74) Bonnecase, *op. cit.*, I, n. 588.

(75) Андрија Гамс, *О појму имовине у приватном праву*, "Правна мисао", 9-10/1938, стр. 384. и сл.

(76) Андрија Гамс, *Увод у грађанско право (Општи део)*, више издања.

но, изнето у чланку "Својина и имовина" (77), према којем је имовина (општа) дефинисана као скуп релативних (облигационих) права и обавеза, дакле без права својине и других апсолутних права, уз тврдњу да је овако схваћена "имовина као правнотехнички појам најкарактеристичнија категорија грађанског права". Он сматра да "постојање разних дефиниција не значи да је једна тачнија од друге, све су оне формално-логички тачне (уколико дефиниција уопште може да буде адекватна стварности). Но, ове дефиниције посматрају кретање појаве у разним фазама, или можемо рећи, захватају једну појаву у разним моментима повезаности те појаве са осталима. Дијалектичко посматрање стварности не само да оправдава него и намеће разне дефиниције исте појаве" (78).

33. Војислав Спаић (*Основи грађанског права, Општи део*) (79) имовину (општу) изједначава са општом залогом хирограферних поверилаца (стр. 232), са заоставштином која је само други назив за имовину (стр. 233) и са имовином која се одузима у случају потпуне конфискације (стр. 234) и стечаја (стр. 234). Обавезе су терет на имовини, састављеној искључиво од права, а не њен саставни део. По њему, "имовина је јединствена. Јединство имовине изражава се једним субјектом. Сва имовинска права која припадају једном субјекту образују само једну имовину" (стр. 233). "У јединственој имовини привредних предузећа постоје фондови" (ништа се не каже о "фондовима" у имовини физичких лица). "Јединство имовине постоји и после смрти субјекта, јер имовина као цјелина прелази на наследнике" (стр. 233).

34. Михајло Вуковић (*Опћи дио грађанског права, II*) (80) прави разлику између "јединства по субјекту" и "јединства по правном режиму". За ово прво каже: "Јединство имовине представљено је тиме што сви дијелови имовине припадају једном субјекту" (н. 914), а за јединство по правном режиму: "Ако имовина потпадне под различите правне режиме, па се вјеровник из дужникове имовине намирује правним пословима или извршењем, морају се узети у обзир правни режими који важе за поједине дијелове имовине. Дакле, правни режим овдје не дјелује у правцу јединства имовине. Међутим, ако се пријенос цијеле имовине врши прописом, не долазе правни режими појединих дијелова у обзир, макар били и различити. Ако се нпр. имовина оставиоца састоји од различитих дијелова, они су његовом смрћу прешли на наследнике одједном, без обзира на правни режим којем поједини део имовине припада" (н. 916). Писац, изгледа, "јединство по правном режиму" посматра само у светлу права хирограферних поверилаца на наплату, мада се не може рећи да је довољно јасан, јер о "различитим правним режимима" говори у плуралу, па се може мислити на све режиме који се формирају применом најразличитијих критеријума (дакле и са гледишта управљања и располагања).

(77) Андрија Гамс, *Својина и имовина*, "Анали Правног факултета у Београду", 1/1953, стр. 17. и 25.

(78) *Увод у грађанско право*, н. 224.

(79) Војислав Спаић, *Основи грађанског права, Општи део*, I, Сарајево, 1957.

(80) Михајло Вуковић, *Опћи дио грађанског права*, књига II, Загреб, 1960.

35 За Д. Поп-Георгиева (*Грађанско право*, Скопје, 1971) (81) имовина је "једна од основних категорија грађанског права" (стр. 198) и представља скуп имовинских права и обавеза једног лица, састоји се од активне и пасивне. "Активу сачињавају сва стварна и облигациона права", а пасиву "све обавезе које произлазе из одређених стварних права (нпр. из тзв. стварних права на туђој ствари за сопственика те ствари), као и обавезе из облигационих односа" (стр. 200). Као таква (као целина) она је нераскидиво повезана са својим носиоцем за све време његовог постојања (не може се од њега одвојити и пренети на другога), "зато што представља грађанскоправну основу грађанскоправног субјективитета тога лица, без имовине то лице не може да ступа у грађанскоправне односе" (стр. 201). Тек смрћу свога носиоца (са чим се изједначава и припајање једног правног лица другом), имовина прелази на другога, уколико је иза оставиоца остао само један наследник, или уопште нема наследника (кад прелази у друштвену својину). Најзад, имовина је јединствена у том смислу што једно лице може имати само једну имовину, што не искључује да за разне њене делове важе различити правни режими (стр. 202).

36. М. Ведриш и П. Кларић (*Основе имовинског права*, Загреб, 1983) (82) сматрају да је имовина "правни појам" (стр. 80) и схватају је као скуп имовинских права и обавеза једног лица (стр. 83), изједначавајући је са општом залогом хирограферних поверилаца (83), са заоставштином (84), као и са имовином која се одузима у случају конфискације и национализације (стр. 84). Принцип јединства (јединствености) схватају тако да субјект може имати само једну имовину и да на њој постоји јединствен правни режим са гледишта права хирограферних поверилаца на наплату, што не искључује постојање ужих аутономних имовина формираних са неке друге тачке гледишта. Поред појма имовине као скупа права и обавеза, којима оперишу у вези са правним прометом (85), они прихватају тзв. модерно схватање да су обавезе терет на имовини састављеној искључиво од права, "заправо терет на појединим субјективним правима" (86). Као да полазе од тога да са гледишта права хирограферних поверилаца на наплату постоји

(81) Димитар Поп Георгиев, *Грађанско право, Прва книга: Општ дел, Втора книга: Стварно право*, Скопје, 1971.

(82) Мартин Ведриш - Петар Кларић, *Основе имовинског права, Опћи дио, стварно, обавезно и наследно право*, четврто издање, Загреб, 1983.

(83) *Op. cit.*, стр. 83, мада на стр. 82. напомињу да је егзистенцијални минимум изузет од извршења.

(84) Уз указивање да "строга особна права и обавезе покојникове гасну".

(85) "Постојањем имовине као скупа субјективних права представљених једним носиоцем (укључујући ту и обавезе као терет) омогућује се да *права и обавезе као јединство* колају у промету" (стр. 83, подвукао О. С.). "Стога се указала потреба да се правна судбина *покојникових права и обавеза (дакле правна судбина његове имовине)* уреди" (стр. 83, подвукао О. С.).

(86) Резонујући на хипотези "лица Б" које је добило на зајам одређену суму новца и тако постало власник те суме али и дужник обавезе да исту суму врати зајмодавцу, они кажу: "Према томе Б-ово право власништва (на суми новца добијеној на зајам) оптерећено је обавезом враћања. То значи да је обавеза терет субјективног права или терет имовине" (стр. 81).

неки конекситет између тачно одређеног повериоачевог потраживања и неког тачно одређеног дужниковог добра, упркос чињеници да се поверилац (управо према начелу јединства имовине) може наплатити из било ког дела његове активе, и чињеници да постоје потраживања која нису органски везана са настанком субјективних права у дужниковој имовини (рецимо право на накнаду штете, које дужникову имовину "терети" на исти начин као и право зајмодавца на повраћај суме дате на зајам, право продавца на наплату купопродајне цене итд.).

37. И Радмила Ковачевић-Куштримовић прихвата тзв. модерно схватање да су обавезе терет на имовини састављеној искључиво од права (87), и то не свих. По њеном мишљењу, наиме, имовину чине стварна права и ауторска имовинска права, а од облигационих само право на новчану накнаду која се досуђује за повреде личних права (88). Јединство имовине и она схвата као униформност правног режима са гледишта права хирограферних поверилаца, што не искључује постојање посебних имовинских фондова који се у њеним оквирима формирају по неком другом критеријуму (89). "Пошто је везана за свог титулара" имовина се за његова живота не може у целини пренети на друго лице, осим у случају конфискације и стечаја (90), а у случају смрти, прелази на наследнике. Најзад, имовина "остаје увек иста... упркос сталним променама у њеној садржини", што се "осигурава помоћу реалне суброгације" (91).

IV. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

38. Кључни део класичне теорије, према којем је и названа субјективном, је однос према правној способности (субјективитету), која је укључена у сам појам имовине, и, с тим у вези, закључак да је нужно поседује свако, без обзира на своје имовинске прилике. Она је, сликовито говорећи, једна замишљена посуда, која може бити пуна новца, празна или садржавати само признанице на дуговане суме. Овако схваћена, као појам независан од елемената из којих је сачињен, имовина је чист производ спекулативног духа, противан и лаичком поимању и економској логици (пошто је у појмовно истом смислу имају и богати и сиромашни и тешко презадужени) и формалноправној логици, јер је од првобитно замишљене мешавине правне способности и субјективних права и обавеза као две равноправне компоненте (92) у крајњој линији сведена само на прву (правну способност), док је она друга, и то управо имовинска (права и обавезе) категоријално ликвидирана (имовину по-

(87) Радмила Ковачевић-Куштримовић, *Имовина у грађанском праву и у систему друштвене својине*, Ниш, 1986, стр. 30.

(88) Радмила Ковачевић-Куштримовић, *Грађанско право (Општи део)*, Ниш, 1991, стр. 105.

(89) *Имовина у грађанском праву и у систему друштвене својине*, стр. 44-50; *Грађанско право (Општи део)*, стр. 106.

(90) *Увод у грађанско право (Општи део)*, стр. 107.

(91) *Увод у грађанско право (Општи део)*, стр. 108.

(92) Конструкција правно несмислена по себи, јер је састављена од претпоставке за поседовање права и обавеза (правне способности) и самих тих права и обавеза.

седује и субјект који не би имао ниједно право нити обавезу). Пишући свој Општи имовински законик за Црну Гору, намењен земљи у којој су судили нешколовани правници и којима је зато у самом законикау требало растумачити основне правне апстракције, Богишић је осетио потребу да напише и ово: "Ималац се, у народном језику, зове свако ко има нешто у имовини својој. Имаоник је, пак, у овоме законикау не само онај који доиста нешто има, него сваки човјек, па и свака установа (као држава, црква итд) којима се признаје право и подобност имати своју сопствену имовину" (чл. 801).

39. Друга кључна премиса на којој почива здање класичне теорије (93) јесте она према којој је имовина једна правна целина (*universitas iuris*), "самим тим" што су сви њени састојци (права и обавезе) "потчињени слободном одлучивању исте воље" (дакле по идентитету субјекта), па како је личност недељива и сама имовина је правно монолитна (јединствена), тако да се у њеним оквирима и од појединих њених делова не могу формирати уже правне целине (*universalités juridiques*).

40. Уистину, општа имовина (схваћена као скуп имовинских права и обавеза једног лица) важна је у економском смислу, јер изражава укупан економски потенцијал субјекта, али за њу не важи неки особен правни режим, који би био последица посебног порекла или намена добара која је (као целина) сачињавају. Тврдња неких писаца да и она има своју намену, која се састоји у "задовољавању потреба свог титулара", губи сваки значај због своје уопштености и паушалности (потребе су, у стварности, врло различите), а осим тога, не види се како истој сврси (и то на исти начин као и права) могу служити и обавезе које су такође састојци имовине. Као последица одсуства специфичног порекла односно намене и правног режима који би то изражавао, у њеним оквирима (како је већ умесно примећено) не функционише механизам реалне суброгације већ је њена одлика флукутабилност (променљивост саставних елемената), будући да у имовину улази и оно што се стекне радом, наслеђем, поклоном, а не само као противнаклада за елементе који из ње излазе (као код купопродаје и трампе, на пример).

41. С друге стране, за такозване мале имовине, односно фондове унутар имовине (које су по дефиницији ужег састава од опште имовине), због њихове посебне намене, порекла или неког другог разлога, важе посебни правни режими, унутар којих делују правила о реалној суброгацији. Критеријуми формирања су различити: са гледишта отуђења, управљања, располагања, са гледишта права трећих на принудно извршење итд. Тако, продата а још непредата збирка марака (или библиотека или стадо оваца) са гледишта тога акта располагања (и права и обавеза које из њега проистичу) представља имовинскоправну целину (*universitas iuris*); малолетникова имовина стечена радом такође, јер њоме самостално располаже, за разлику од оне стечене по другим основима (наслеђем, поклоном); заједничком имовином (стеченом радом у току трајања брачне заједнице) супружници управљају и располажу заједнички и споразумно, а одвојеном сваки од њих самостално (по

(93) Која, додуше, и сама произлази из претходне, али има и своју самосталност, јер се одређене тврдње извлаче непосредно из ње.

општим правилима). Накнада добијена за неки ишчезли састојак овакве целине (купопродајна цена, сума осигурања, накнада штете), по правилима о реалној суброгацији улази у ту исту а не у неку другу целину и дели правну судбину оног елемента на чије место је дошла: накнада за уништену књигу из продате библиотеке чини саставни део продате целине (библиотеке) и припада купцу, накнада за уништену ствар из зарађене малолетникове имовине улази у малолетникову имовину стечену радом, којом може самостално располагати, а накнада за ствар из заједничке својине супружника, потпада под исти правни режим, те они њоме могу располагати само заједнички и споразумно итд.

42. За разлику од имовинскоправних, фактичке целине су механички скупови истоврсних (стадо, библиотека, нумизматичка збирка) или ствари комплементарних по својој функцији (нпр. научникова радна соба с намештајем, књигама, приборима итд) (94) за које не важе посебни правни режими, тако да у њиховим оквирима и не функционише механизам реалне суброгације. Оне се формирају и обнављају фактички а новчана накнада добијена за неки њихов састојак (отуђен или уништен) не чини у правном смислу саставни део те целине, па сходно томе може бити употребљена у било које сврхе. Оне постају правне целине од тренутка када им се законом или уговором одреди посебна правна судбина као целини (односно установи неки правни режим), као нпр. када се прода библиотека као таква, која до предаје купцу чини посебну имовинскоправну целину у продавчевој имовини (95).

43. Проглашавање опште имовине правном целином има, једним делом, објашњење у њеном поистовећивању са имовином која служи као општа залога хирограферних поверилаца и са заоставштином, иако се ови скупови разликују у многим тачкама. Док општа имовина обухвата сва имовинска права и обавезе једног лица, имовина у смислу опште залогe ограничена је на добра (права) из којих се поверилац може принудно наплатити, што искључује обавезе дужника, на којима је извршење непојмљиво. Обавезе су, како се види, саставни део опште имовине (не терет на њој) али су терет на имовини у смислу опште залогe а не њен саставни део. Контроверзност овог питања у теорији

(94) Фактичка целина је и шумски посед који сачињавају шуме и шумска земљишта, као и зграде, инвентар и одређена права која служе њиховом искоришћавању.

(95) У Основном закону о поступању с експроприсаним и конфискованим шумским поседима од 30. јула 1946 ("Службени лист ФНРЈ", бр. 61. за 1946. годину), пошто је у чл. 1. речено да су "предмет овог закона шумски поседи", у чл. 2. прописано је да се шумским поседом сматрају: (а) шуме; (б) шумска земљишта; (в) покретни и непокретни инвентар, зграде, направе, постројена и саобраћајна средства која служе претежно управи, одржавању и искоришћавању шуме и шумског земљишта; (г) сва стојећа дрвна маса која припада шумском поседу и дрвна маса која је на шумском поседу посечена после ступања на снагу Закона о аграрној реформи и колонизацији од 23. августа 1945. године; (д) споредни шумски приходи, лов и риболов на шумском поседу и право њиховог искоришћавања; (е) сва права службености и остала законска и уговорна права у корист власника шумског поседа незана за управу, одржавање и искоришћавање шумског поседа. - Одређени шумски поседи који су фактичке економске целине, *са гледишта овог закона* претворени су тако у правне целине.

управо је последица бракања опште имовине са имовином у смислу опште залогe (96).

44. Законску подлогу имовине у смислу опште залогe чине правила извршног поступка према којима дужник за своје обавезе одговара целокупном својом имовином, осим оном која је законом изузета од извршења. Из ових правила произлази и њена јединственост, која се огледа у томе што дужник не може из скупине добара (иначе подложних извршењу) изузети један део и одредити му посебну намену стављајући га ван домашаја тужбе хирограферних поверилаца (тек када се по одређеном поступку оснује правно лице, ова добра су изузета од извршења, али сада више нису у саставу имовине дужника оснивача). Што се тиче опште имовине, она је управо са гледишта права хирограферних поверилаца по самом закону нејединствена, зато што је један њен део изузет од извршења, а јединствена је у једном сасвим другом смислу, према којем субјект може имати само једну општу имовину, будући да се она дефинише као *скуп* права и обавеза једног лица, што спречава свако зачињање једне нове такве универзалне целине. Рећи зато да је општа имовина јединствена, у смислу да субјект може имати само једну општу имовину (схваћену као скуп његових права и обавеза) правна је таутологија. Ако се, ипак, под јединством опште имовине подразумева њена правна монолитност односно свеколика униформност (о чему говоре Обри и Ро и настављачи њиховог дела), то је у нескладу с правном реалношћу и то у двоструком смислу: зато што за општу имовину уопште не важи неки особени правни режим па се и не може поставити питање одступања од његове униформности, и зато што у свим правним системима постоје уже скупине добара (права и обавеза) за које важе особени правни режими, релевантни са разних тачака гледишта (тзв. мале имовине, фондови у имовини).

45. Поистовећивање опште имовине са заоставштином изражава се уобичајеном тврдњом да у часу смрти имовина "под називом заоставштина" прелази на наследнике умрлог. Није, међутим, тешко показати да се заоставштина по својим особинама разликује и од ње и од имовине која служи као општа залога хирограферних поверилаца.

46. У односу на општу имовину она је ужа, јер се извесна имовинска права гасе смрћу те не прелазе на наследнике (личне службености, право на издржавање, на пензију, право на накнаду штете у неким случајевима), а осим тога њен састав није променљив већ фиксиран. У односу на имовину која служи као општа залога заоставштина је ужа утолико што се гасе нека права на којима се могло водити извршење (плодоуживање нпр.), али шири је утолико што у њу улазе и вредности (иначе значајне по обиму) које су биле изузете од извршења, тако да је, у целини, положај декујусових поверилаца сада повољнији него што је био за његова живота.

47. Законом је предвиђена могућност да се заоставштина одвоји од имовине наследника (привремено), како би се из ње првенствено напла-

(96) Из ових разлика произлази и то да (за разлику од опште имовине) имовину у смислу опште залогe немају сви (немају је они чија се општа имовина креће у оквирима добара изузетих од извршења).

тили декујусови повериоци. Уобичајено се у овом види изузетак од правила да једно лице може имати само једну (општу) имовину и изузетак од јединства опште имовине, што је само делимично тачно. Уистину, овде исто лице стоји на челу само једне опште имовине, унутар које је и заоставштина као имовинскоправна целина под посебним правним режимом. Тачно је да постоје две аутономне имовине у смислу опште залог, у чему не треба видети одступање од изворног јединства (неделивности) опште залог (пошто ове две целине нису настале деобом) већ, напротив, продужетак јединства опште залог, какво је постојало за декујусова живота, тј. да се сачува интегритет опште залог, који би могао бити окрњен и тако што би се на штету декујусових поверилаца из заоставштине наплатили наследникови повериоци.

48. Што се тиче фикције о настављању декујусове правне личности, њено ограничено прихватање не може се рационално бранити јер је арбитрерно, а прихватање у целисти води последицама које би у правном животу проузроковале хаос и биле у супротности с основним постулатима права и позитивноправним решењима (наслеђивала би се и неимовинска права, наслеђивали би и они који по закону не могу бити наследници умрлог, наслеђени субјективитет морао би бити подложен даљем наслеђивању у недоглед).

49. Теза о непреносивости имовине за живота почива на два аргумента, од којих један има ослонац у француском позитивном праву које, како смо видели, не садржи општу одредбу о пријему (преносу) дуга (97), иако је у теорији заступано становиште да се у складу с начелом аутономије воље то може пуноважно уговорити; други, заправо главни ослонац тезе о непреносивости је поставка према којој је правна способност саставни део имовине, па би њено одвајање за живота значило цивилну смрт, а њу право не допушта.

50. Наравно, ако се имовина овако схвати, закључак о њеној непреносивости логички је неизбежан, јер оно што због своје природе није преносиво само по себи (актима сингуларне сукцесије) не само да не може постати преносиво у склопу једне шире целине, него имобилише читаву ту целину, са свим њеним елементима који су иначе преносиви. Има смисла и практичне потребе поставити питање преносивости имовине састављене од елемената (права и обавеза) иначе преносивих, у којој се према томе не би налазила не само правна способност (која и није субјективно право) већ ни имовинска права и обавезе које су с обзиром на своју природу и сврху везане за личност титулара (личне службености, право на издржавање, право на пензију, права и обавезе из уговора *intuitu personae*). Задовољавајућа заштита трећих, чији би интереси преносом овакве целине евентуално били повређени, може се у потпуности обезбедити средствима познатим и практикованим у правном животу (98) па је данас у упоредном праву општеприхваћен став о правној могућности да се за живота пренесе на другога целокупна имо-

(97) Уређује само неке специјалне ситуације.

(98) Солидарном одговорношћу преносиоца и прибавиоца према повериоцима, захтевом да уговор о преносу буде формалан, паулијанском тужбом итд.

вина или ужа имовинскоправна целина (састављена од активе и пасиве) (99). Тако и наш Закон о облигационим односима у чл. 452 (под рубриком "Пристапање дугу у случају примања неке имовинске целине") прописује: "Лице на које пређе, на основу уговора, имовинска целина (занатска радња и сл.) појединца или грађанског правног лица, или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину односно на њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим, али само до вредности њене активе". А наследноправни прописи садрже одредбе које показују да у нашем праву постоји опште правило према којем је могуће пуноважно пренети на другога целокупну своју садашњу имовину. Ранији савезни Закон о наслеђивању, наиме, као и данас важећи републички закони о наслеђивању, предвиђају да предак може правним послом међу живима уступити своју имовину потенцијалним наследницима (потомцима и брачном другу) (100), и ако су се сви они с тим сагласили, оно што су по овом основу примили не улази у заоставштину, а ако се неко није сагласио, делови имовине уступљени осталим наследницима сматрају се као поклон у смислу општих правила (тако да им се урачунавају у наследни део) (101). Бестеретно уступање (поклон) имовине учињено другим лицима, као и уступање са накнадом

(99) "Ако неко преузме имовину или предузеће, непосредно је обавезан, без штете по одговорност отуђивача, која и даље траје, повериоцима за дугове који припадају имовини или предузећу, за које је он при предаји знао или морао знати. Али он се утолико ослобађа одговорности уколико је таквих дугова већ толико исплатио колико износи вредност преузете имовине или предузећа. - Супротан договор између отуђивача и пријемника на штету повериоца без правног је дејства према овима" (§ 1409. Аустријског грађанског законика). - "Кад једно лице на основу уговора преузима имовину другога, повериоци претходника (уступиоца имовине) могу, почев од закључења уговора о преносу имовине, своје захтеве истичићи и против преузимаоца (имовине), не умањујући тиме одговорност уступиоца који је и даље у обавези. - Одговорност преузимаоца ограничена је износом преузете имовине и правима која му на основу уговора припадају; ако се он позива на ово ограничење одговорности, аналогно се примењују правила §§ 1990. и 1991. о одговорности наследника. - Одговорност преузимаоца не може се ни искључити ни ограничити уговором између њега и досадашњег дужника" (§ 419. Немачког грађанског законика). - "Ко прибави неку имовину или предузеће са активом и пасивом одговара за дугове повериоцима од тренутка када су они од њега сазнали за преузимање или кад је он то објавио у дневној штампи. - Ипак, стари дужник остаје у солидарној обавези са новим дужником за време од две године; овај рок тече, за доспеле тражбине од обавештења или објављивања, а за остале тражбине од дана њихове доспелости. Дејства таквог преузимања пасиве су у свему осталом иста као код уговора о преузимању дуга у правом смислу речи" (чл. 181. Швајцарског законика о облигацијама). - Такође: чл. 479. Грчког грађанског законика од 1946. године, чл. 1983-1985. Етиопског грађанског законика од 1960. године, чл. 526. Пољског грађанског законика од 1964.

(100) Најшири домаћај уговор ће имати ако је уступљена целокупна садашња уступиочева актива а уговорена је и одговорност пријемника за оставиочеве дугове (чл. 108. ст. 1. и чл. 113. ст. 1. Закона о наслеђивању Републике Србије).

(101) У овоме се често види један случај конверзије, претварања (неважећег) уговора о уступању и расподели имовине за живота у (важећи) уговор о поклону, што по нашем мишљењу није тачно. Конверзија, наиме, претпоставља два по природи различита посла, што овде није случај, јер је уговор о уступању и расподели имовине за живота такође поклон (са којим су се сагласили потенцијални наследници које закон има у виду). Не може се конвертовати поклон у поклон. Разлика о којој је овде реч тиче се (не)урачунавања поклоњеног у наследни део.

(без обзира ко се појављује као друга уговорна страна) закони не уређују (у том случају се и не поставља питање урачунавања примљеног у наследни део), али су наведене специјалне одредбе потврда да су ова располагања могућа и под општим условима пуноважна.

(Примљено 9. X 1992.)

Dr Obren Stanković,
Professor at the Faculty of Law in Belgrade

PROPERTY AND PROPERTY-LAW ENTIRETIES IN CIVIL LAW

Summary

The author completely rejects the classic (subjective) theory of property as an assembly of rights and duties of an individual, whose characteristics consist of representing a legal entirety, of being unique (indivisible) and not apt to be transferable among other subjects, ie. *inter vivos*. Property, namely (the general one) is not a legal entirety, since it is not covered by any specific legal regime. Legal entireties are narrower assemblies of rights (or of rights and duties) which are subject to some particular legal regime in terms of disposal, transactions, management or the like.

Within these narrower property-law entireties (so-called small properties or funds of property) there exist effective rules concerning real subrogation, while, on the contrary, the characteristic of the general property is the state of fluctuation (ie. changeability of the component parts). Such state of fluctuation is wider than the real subrogation - since the general property includes all what has been acquired by work, inheritance and donation, and not only that which is a compensation for some alienated or destroyed component part.

Key words: *Property. - Legal entirety. - Factual entirety. - Real subrogation.*

Obren Stanković,
Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade

SUR LE PATRIMOINE ET LES UNIVERSALITÉS JURIDIQUES DANS LE DROIT CIVIL

Résumé

L'auteur rejette complètement la théorie classique (subjective) sur les biens en tant qu'ensemble des droits et des obligations d'une personne dont les caractéristiques sont qu'il représente une entité juridique, qu'il est uni (indivisible) et intransférable *inter vivos*. Selon lui, les biens (généraux) ne sont pas une entité juridique parce qu'aucun régime juridique spécial ne s'applique à eux. Les entités juridiques sont des ensembles de droits (ou de droits et obligations) plus restreints, auxquelles s'applique un régime juridique spécial, du point de vue de la disposition, du commerce, de la gestion ou d'un autre point

de vue. A l'intérieur de ces entités juridiques de biens (les petits biens ou les fonds dans les biens), fonctionnent les règles sur la subrogation réelle, alors que, par contre, la caractéristique du bien général est la fluctuabilité (la fluctuation des composantes) qui est plus large que l'effet de la subrogation réelle (étant donné que dans les biens généraux entre aussi ce qui est gagné par le travail, par la succession ou par le don, et non seulement ce qui est la rémunération pour une composante aliénée ou détruite).

Mots clé: *Biens. - Entité juridique. - Entité de fait. - Subrogation réelle.*

др Стеван Лилић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

УПРАВНИ ПОСТУПАК, ФИНАНСИЈСКА ПОЛИЦИЈА И ФИНАНСИЈСКИ НАДЗОР

У контексту генералне постсоцијалистичке трансформације политичког и уставног уређења Србије, крајем 1991. године спроведена је тзв. реформа пореског система. Донето је пет пореских закона који порески систем треба да уподобе савременим светским стандардима. Једним од тих закона (о наплати јавних прихода), уведени су "Републичка управа јавних прихода" и "финансијска полиција" као нови облици пореске администрације.

Према тим законима, у вршењу послова контроле, финансијска полиција, односно инспектор јавних прихода, располаже и одређеним управним овлашћењима. Управна овлашћења финансијска полиција, пре свега, спроводи у поступку који је прописан законом који регулише управну процедуру, према класичном принципу "lex specialis derogat legi generali".

Осим што су нови порески закони изазвали бројне стручне полемике и критике, у јавности је увођење финансијске полиције са бројним ауторитативним овлашћењима (нпр. одузимање и заплена робе, преглед просторија, дужности стављања на увид докумената и сл.) изазвало и оштрих реакција.

Кључне речи: *Управни поступак. – Управна овлашћења. – Финансијска полиција. – Финансијски надзор. – Порески закони.*

I. НОВО ФИСКАЛНО ОКРУЖЕЊЕ

1. *Досадашње стање.* Како се у стручним радовима последњих неколико година истицало, наша земља је: "... вероватно једна од ретких земаља, ако не и једина, у којој не постоји јединствена администрација која се бави пословима прихода. Наиме, реализацијом фискалног система и фискалне политике, односно пословима утврђивања обрачуна, наплате и контроле прихода, баве се служба друштвеног књиговодства (за предузећа, односно за привредне субјекте - правна лица) и управа друштвених прихода (за обвезнике, физичка лица). (...) Оваква фрагментарност фискалне администрације није се показала целисходном и узрок је крупних слабости. Зато је изградња јединствене фискалне администрације, стручне, независне и јединствене службе друштвених

прихода *conditio sine qua non* реализације концепта фискалне реформе” (1).

2. *Реформа пореског система.* У контексту генералне постсоцијалистичке трансформације политичког и уставног уређења Србије, (2) крајем прошле године припремљена је и прихваћена реформа пореског система: ”Ових дана је управо усвојен нови систем директног опорезивања, сачињен по узору на решења која се примењују у земљама тржишне привреде. За разлику од постојећег стања, порески систем и пореска политика у области директног опорезивања јединствени су на целој територији Републике. То значи да се елиминишу овлашћења великог броја субјеката да уводе фискалне и парафискалне обавезе, уз истовремено свођење на најмању меру броја облика захватања за јавне потребе. (...) Плурализам својинских облика и могућност удруживања на корпоративној основи (логицом капитала) стварају озбиљне проблеме у подели надлежности између две пореске администрације” (3).

3. *Експертна група.* У извештајима са скупштинске расправе поводом усвајања тзв. пакета пореских закона, средином децембра 1991. године, између осталог, истакнуто је: ”... садашњи порески систем, наслеђен из Устава из 1974. године, имао је многе мане и давно га је требало мењати. Поповић (тј. проф. Дејан Поповић, шеф експертне групе - прим. С.Л.) је у уводном излагању на почетку дебате о пет нових пореских закона у Скупштини Србије, пре свега, истакао да је садашњи фискални систем неупоредив са системима у земљама тржишне економије, да су његова (кардељевска) поцепаност на порезе, доприноси и подсистеме финансирања колективних потреба у материјалној производњи, те изузетна децентрализација одлучивања и трошења – представљале велику препреку дотоку страног капитала. (...) Он је, затим, објаснио да су најзначајнији извори прихода – порез на промет (скривени у малопродајној цени) и разни доприноси (скривени у бруто личном дохоцима) - па их људи не осећају као трошак” (4).

4. *Стандарди тржишне привреде.* У вези с радом експертне групе истакнуто је да су основи пореске реформе рађени према стандардима тржишних привреда развијених земаља, посебно полазећи од студија и пројеката који су, рецимо, рађени у оквиру међународних организација. Тако, према једној специјализованој студији *OECD* (Организација за економску сарадњу и развој): ”Фискално окружење у оквиру којег раде фискалне администрације битно се изменило током протеклих тридесетак година. Терет опорезивања је знатно порастао, повећавајући се од просечних 27 одсто друштвеног бруто производа 1965. године, на 38

(1) Божидар Раичевић: *Фискална администрација*, Финансијска пракса, бр. 11-12, Загреб, 1990, стр. 613 (613-621). Осим тога, истиче се још и да: ”Поред службе друштвеног књиговодства и управе друштвених прихода у овој области одређене послове обављају предузећа и банке” (исто).

(2) Упореди – *Ново уставно уређење Републике Србије*, Тематски број, ”Архив за правне и друштвене науке”, бр. 2-3, Београд, 1991.

(3) Божидар Раичевић: *Концепт нове пореске администрације Републике Србије*, Економика предузећа, бр. 1-2, Београд, 1992, стр. 101 (101-109).

(4) Димитрије Боаров: *Српска пореска реформа – Европски модел за афричке зараде*, ”Време”, 2. децембар 1991, Београд, стр. 27 (27-29).

одсто у 1988. години. (...) У овом новом и променљивом окружењу један број земаља је недавно извршио ревизију ауторитативних овлашћења пореских власти, као и мера заштите пореских обвезника" (5).

5. *Критичке примедбе.* У широј јавности, међутим, ова порекса реформа примљена је са наглашеном критичком интонацијом (6). Тако, "Дошло је време да Србија испостави рачун својим грађанима (...). Свако уживање кошта, а успостављање "снажне Србије" кошта веома много. Великом пореском реформом, која је управо усуђена у Народној скупштини Србије, треба постићи два циља: створити фискални систем какав је потребан тржишној привреди гладној развоја и напретка, с једне стране, а у исти час одржати, па и повећати, реалне пореске приходе, како би "јака држава" могла намирити старе и новостворене обавезе, на другој страни" (7).

II. ПАКЕТ ПОРЕСКИХ ЗАКОНА

1. *Пет пореских закона.* Крајем прошле године Народна скупштина Републике Србије на Петој седници Другог редовног заседања (одржана 11. децембра 1991), донела "пакет" од пет пореских закона, који су објављени 18. децембра 1991: а) Закон о порезу на доходак грађана; (8) б) Закон о порезу на добит корпорација; (9) ц) Закон о порезима на имовину; (10) д) Закон о Служби за платни промет и финансијски надзор; (11) ђ) Закон о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода (12).

2. *Нови организациони модалитети.* Посебним одредбама Закона о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода као нови облици пореске администрације уведени су "Републичка управа јавних прихода" и "финансијска полиција", а Законом о Служби за платни промет и финансијски надзор формирана је "Служба за платни промет и финансијски надзор".

II. НОРМАТИВНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ

1. *Нормативна регулатива.* При компаративној анализи примене института управног поступка у вези с овлашћењима нове пореске адми-

(5) OECD: *Taxpayer's Rights and Obligations - A Survey of The Legal Institutions In OECD Countries*, OECD, Paris, 1990, стр. 7.

(6) Упореди - Драгослав Грујић: *Порези - Обучена истина чека голе масе*, "Српска реч", 6. јануар 1992, Београд, стр. 23-24; *Порески савети стручњака*, "Борба" 27. јануар 1991, стр. 10; Жарко Рељић: *Најбољи порез је најнижи порез*, "Политика", 17. фебруар 1992, Београд, стр. 14. и др.

(7) Димитрије Боаров: *Српска пореска реформа - Европски модел за афричке зараде*, "Време", 2. децембар 1991, Београд, стр. 27 (27-29).

(8) *Закон о порезу на доходак грађана*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 76/91.

(9) *Закон о порезу на добит корпорација*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 76/91.

(10) *Закон о порезима на имовину*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 76/91.

(11) *Закон о служби за платни промет и финансијски надзор*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 76/91.

(12) *Закон о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 76/91.

нистрације, тј. Републичке управе јавних прихода, односно финансијске полиције, у обављању послова контроле јавних прихода, као и у вези са вршењем послова финансијског надзора од стране Службе за платни промет и финансијски надзор, даће се сумарни осврт и на релевантну уставну и законодавну нормативну регулативу.

2. *Уставна регулатива* Према Уставу Републике Србије: (13)

"Свако је дужан да плаћа порезе и друге дажбине утврђене законом" (чл. 52).

"За обављање одређених послова државне управе образују се органи управе у саставу министарства, а за вршење стручних послова образују се посебне организације" (чл. 94, ст. 4).

"Државни органи и организације које врше јавна овлашћења могу у појединачним стварима решавати о правима и обавезама грађана или на основу закона примењивати мере принуде или ограничења, само у законом прописаном поступку у коме је свакоме дата могућност да брани своја права и интересе и да против донесеног акта изјави жалбу, односно употреби друго законом предвиђено правно средство" (чл. 122).

3. *Према Закону о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода:* (14)

"Послови контроле, утврђивања и наплате јавних прихода (послови јавних прихода) су законом утврђени послови чијим обављањем *надлежни републички орган* (подвукао С.Л.) обезбеђује спровођење закона и на закону заснованих одлука у односу да извршење обавеза по основу пореза, такса и других законом предвиђених дажбина" (чл. 1).

"Послове јавних прихода врши Републичка управа прихода (Републичка управа). Поједини послови јавних прихода могу се (...) поверити и другим органима и организацијама" (чл. 2) (15).

"У обављању послова јавних прихода могу се примењивати *мере принуде* (подвукао С.Л.) под условима предвиђеним законом" (чл. 3).

"Грађани и њихове организације, предузећа, установе и друге организације, државни и други органи, *дужни су да* (подвукао С.Л.) на захтев републичке управе доставе податке, односно ставе на располагање документа од значаја за остваривање јавних прихода" (чл. 4).

"За извршење послова утврђених законом Републичка управа се организује као *посебна републичка организација* (подвукао С.Л.)", (чл. 5, ст. 1).

"За обављање послова јавних прихода у Републичкој управи образују се организационе јединице. Послове јавних прихода Републичка управа врши у седишту органа и у подручним јединицама" (чл. 6, ст. 1-2).

"Директор Републичке управе обезбеђује координацију рада и јединствену примену прописа у свим организационим јединицама до-

(13) *Устав Републике Србије*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 1/90.

(14) *Закон о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 76/91.

(15) Као што је, рецимо, учињено у случају са "Службом за платни промет и финансијски надзор".

ношењем одговарајућих аката (правилници, наредбе, упутства, обавезне инструкције) и непосредним издавањем упутстава за рад" (чл. 7).

"Директора и заменика директора Републичке управе *поставља Влада* (подвукао С.Л.) Републике Србије" (чл. 8).

4. *Према Закону о служби за платни промет и финансијски надзор*: (16).

"Служба као самостална и јединствена стручна организација (...) обавља послове платног промета, евиденције, финансијске статистике и информативно-аналитичке послове, *послове финансијског надзора* (подвукао С.Л.) и послове економско-финансијске ревизије, као и друге послове утврђене законом" (чл. 2).

"Послови платног промета (...) су: отварање и вођење жиро-рачуна и других рачуна, пренос средстава са једног рачуна на други рачун, наплата, уплата и исплата са рачуна, *принудна наплата* (подвукао С.Л.) из средстава са једног рачуна на други и други послови платног промета утврђени законом (чл. 3, ст. 1).

"Послови финансијског надзора (...) су послови финансијске ревизије јавних расхода и пословање јавних предузећа, послови контроле законитости располагања средствима правних лица, послови контроле материјално-финансијског пословања правних лица над којима се спроводи поступак принудног поравњања, стечаја и ликвидације, послови контроле девизног и спољнотрговинског пословања и обављања привредних делатности у иностранству, као и други послови контроле одређени законом" (чл. 4, ст. 1).

"Служба има *јавна овлашћења* (подвукао С.Л.) у обављању послова финансијског надзора и других послова утврђених законом" (чл. 4, ст. 2).

"У обављању послова у којима има јавна овлашћења, Служба примењује одредбе закона којим се уређује *општи управни поступак* (подвукао С.Л.), ако овим законом није другачије речено" (чл. 4, ст. 3).

"За обављање послова из свог делокруга Служба образује организационе јединице. Организационе јединице су: Централна, главне филијале и филијале" (чл. 10, ст. 1-2).

"Орган управљања и руковођења службом је генерални директор службе" (чл. 66, ст. 1). Генералног директора службе *именује и разрешава Влада* (подвукао С.Л.) Републике Србије" (чл. 68, ст. 1).

IV. НОВА ПОРЕСКА АДМИНИСТРАЦИЈА СРБИЈЕ

1. *Републичка управа јавних прихода*. Како се истиче: "Једно од кључних питања везаних за формирање пореске администрације јесте питање организовања и статуса те службе. Наиме, дилема је да ли пореску администрацију треба градити као класични, *управни* (подвукао С.Л.), државни органи (...), или је издвојити у посебну управну организацију која има карактер *службе* (подвукао С.Л.) за обављање

(16) *Закон о служби за платни промет и финансијски надзор*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 76/91.

послова контроле, утврђивања и наплате прихода. Дилема је, дакле, да ли овој служби дати статус органа или службе (друштвене или јавне)(17). Има доста аргумената да се пореска администрација формира и организује у оквиру државне управе, јер је реч о "најауторитативнијем" органу државне управе, поред унутрашњих послова и народне одбране. Теза да пореска администрација има статус органа управе, полази од постојећег статуса друштвено-политичких заједница (најчешће општина) и њихових ингеренција у сфери јавних финансија, а и у укупној економској области. (...) Ових неколико ставова били су, између осталог, опредељујући у конципирању Закона о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода, усвојеног крајем прошле године. У поменутом законском тексту послове контроле, утврђивања и наплате јавних прихода врши Републичка управа јавних прихода, као јединствени орган за целу територију Републике Србије"(18). У том смислу: "У Закону о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода је прецизирано да послове јавних прихода у Републици врши Републичка управа јавних прихода. Послове јавних прихода Републичка управа врши у свом седишту и у подручним јединицама које се формирају као унутрашње организационе јединице за подручје више општина (на пример, финансијска полиција), а за подручје општине као јединице за утврђивање и наплату јавних прихода" (19).

2. *Финансијска полиција*. У оквиру "нове пореске администрације" Републике Србије, осим Републичке управе јавних прихода, Законом о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода, уведена је "посебна организациона јединица" под називом *финансијска полиција* (чл. 11-26). Према Закону: "За обављање послова контроле у Републичкој управи образује се финансијска полиција. Финансијска полиција се образује као посебна организациона јединица и делује самостално и са посебним овлашћењима у складу са Законом" (чл. 11). "Послове финансијске полиције врши инспектор јавних прихода. Инспектор приликом вршења контроле мора имати службену легитимацију и бити одевен у прописану униформу са службеном ознаком" (чл. 13) (20).

3. *Управна овлашћења финансијске полиције*. У вршењу послова контроле, финансијска полиција, односно инспектор јавних прихода, располаже и одређеним *управним овлашћењима*. Управна овлашћења

(17) *Nota bene*: Скрећемо пажњу на непрецизност ове констатације, тј. да ли овој "служби" дати статус органа или службе.

(18) Божидар Раичевић: *Концепт нове пореске администрације Републике Србије*, Економика предузећа, бр. 1-2, Београд, 1992, стр. 106 (101-109).

(19) Божидар Раичевић: *Концепт нове пореске администрације Републике Србије*, Економика предузећа, бр. 1-2, Београд, 1992, стр. 107 (101-109).

(20) Упореди - *Правилник о униформи и ознакама финансијске полиције*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 19/92. Према овом правилнику, између осталог, предвиђено је: "Основне боје униформе финансијске полиције јесу: 1) летња за жене - светлољубичаста, 2) летња за мушкарце - светлокрем, 3) зимска за жене - тамнољубичаста, 4) зимска за мушкарце - тебет. Кошуља и блуза су беле боје, а ципеле су од коже, црне боје. Униформа финансијске полиције има следећи крој: 1) капа је типа боре у основној боји униформе (...) 5) кошуља је типа монгомери са два нашивена џепа у висини прса, са преклопом (...) 9) мантил је од тканине диолен стандардног кроја са улошком од прошивене пуније тканине" (чл. 3-4). Упореди - С. Чедић: *Порески контролори у новом руху - Стижу полицајци у љубичастој униформи*, "Политика", 23. април 1992. и др.

финансијска полиција спроводи у управном поступку који је прописан *Законом о општем управном поступку* (21), односно *Законом о државној управи* (22), као и у складу са *Законом о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода* који се у овом случају јавља као посебни пропис који регулише посебни управни поступак по принципу "lex specialis derogat legi generali" (23). Тако, према *Закону о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода*, у вршењу својих овлашћења, инспектор, између осталог, обавља и следеће послове:

- "припрема *решења по жалбама* (подвукао С.Л.) на одлуке" (чл. 14, тач. 2) (24);

- "*саслушава* (подвукао С.Л.) обвезнике и сведоке, односно узима писмене *изјаве* (подвукао С.Л.) о чињеницама од значаја за утврђивање јавних прихода" (чл. 18, тач. 5) (25);

- "*привремено одузима* (подвукао С.Л.) поједине пословне књиге, документа и друга доказна средства" (чл. 18, тач. 8) (26);

- "*привремено забрањује* (подвукао С.Л.) вршење одређених радњи или располагање средствима", као и "обављање делатности" (чл. 18, тач. 9-10) (27);

- "утврђује *идентитет* (подвукао С.Л.) пореског обвезника и запослених" (чл. 18, тач. 12) (28);

- може "*одузети, односно заплени*ти (подвукао С.Л.) робу" у одређеним случајевима (чл. 19) (29);

- "Када постоји основана сумња да се у стамбеној или другој просторији (...) обавља привредна или друга делатност која подлеже опорезивању, инспектор ће (...) извршити *преглед* (подвукао С.Л.) тих просторија" (чл. 20) (30).

- "о обављеним службеним радњама и утврђеном стању, инспектор саставља *записник* (подвукао С.Л.)" (чл. 21) (31).

(21) *Закон о општем управном поступку (пречишћен текст)*, "Службени лист СФРЈ" бр. 9/86.

(22) *Закон о државној управи*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 20/92; нарочито одељак: "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 22-23).

(23) Упореди – Никола Стјепановић, Стеван Лилић: *Управно право*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1991, стр. 241-242.

(24) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Глава XIV: "жалба" (чл. 223-248); *Закон о државној управи*. "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 23).

(25) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Глава XI: "Поступак до доношења решења" (чл. 135-200); *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 23, тач. 6).

(26) Упореди - *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 26, тач. 8).

(27) Упореди - *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 26, тач. 4).

(28) Упореди - *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 26, тач. 8).

(29) Упореди - *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 26, тач. 8).

(30) Упореди - *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 26, тач. 8).

(31) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Глава IV: "Општење органа са странком - Записник" (чл. 74-79); *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 25).

– "Ако се у записнику о извршном прегледу констатује повреда закона, односно неправилност у његовој примени, инспектор је обавезан да у року од три дана од дана достављања записника доноси решење којим налаже отклањање утврђених повреда закона, односно неправилности, одреди рок за њихово отклањање или предузме друге законом прописане мере. Ако се утврђене неправилности у остављеном року не отклоне, инспектор је дужан да: 1) за правно лице доноси забрану располагања средствима на жиро-рачуну, 2) за физичка лица забрану обављања делатности" (чл. 22) (32).

– "ако инспектор утврди да постоји основана сумња да је учињено кривично дело, привредни преступ или прекршај (...) без одлагања је обавезан да *поднесе захтев*, односно *пријаву* (подвукао С. Л.)" (чл. 23) (33).

– "Свако физичко и правно лице *дужно* (подвукао С.Л.) је да инспектору омогући вршење инспекцијског надзора, да *ту без одлагања* (подвукао С.Л.) стави на увид и располагање све доказе и да *да изјаву* о чињеницама које су од значаја за утврђивање јавних прихода" (чл. 24) (34).

– "Против решења инспектора у подручној јединици може се изјавити *жалба* (подвукао С.Л.) (35) у року од 15 дана од дана његовог пријема. Жалба се подноси главном инспектору Републичке управе (36). Жалба не задржава извршење решења" (чл. 25) (37).

– "Решење главног инспектора Републичке управе, донето по жалби (...), *коначно* (подвукао С.Л.) је у управном поступку" (чл. 26) (38).

4. *Реакција јавности*. Увођење финансијске полиције, а посебно имајући у виду њена ауторитативна овлашћења (нпр. одузимање и заплена робе, преглед просторија, дужности, стављање на увид докумената и сл.), у јавности је изазвало доста оштрих реакција (39). Тако је,

(32) Упореди - *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 26, тач. 1).

(33) Упореди - *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 26, тач. 6).

(34) Упореди - *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 26, тач. 8).

(35) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Начела: "Право жалбе" (чл. 11); Глава XIV: "Жалба" (чл. 223-248).

(36) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Глава XIV: "Жалба" (чл. 223-248).

(37) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Глава XVII: "Извршење" (чл. 270-293).

(38) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Глава XII: "Решење" (Чл. 202-219). Према *Закону о управним споровима*, против коначног решења у управном поступку, може се покренути управни спор пред надлежним судом.

(39) Упореди - Славица Чедић: *Финансијска полиција почиње да ради - Сваки папир на увид инспектору*, "Политика", 28. јануар 1992, Београд, стр. 10; Мирјана Зеџ: *У Србији почеле опсежне припреме за стварање финансијске полиције - Жандарми са рачунаром* ("То, међутим, не би смели да буду никакви нови "општински шпијуни", агенти или комисијски потказивачи, него стручни људи који ће се борити против утаје пореза"), "Експрес Политика", 10. јануар 1992, Београд; *Финансијска полиција без ограничења*, "Борба", 23. јануар 1992; Б. Степановић: *Финансијска полиција ступа на посао - Жаца за сваки цеп*, "Борба", 12. фебруар 1992.

између осталог, истакнуто: "Грађани Србије обрадовани су ове године новим пореским обавезама, а сада су добили и своје, тако рећи личне пореске полицајце. (...) Наиме, финансијски полицајци имају право да уђу у сваку пословну просторију, магацин или складиште, па чак и у стан. Могу да траже, погледају и прегледају сваки папир, сваку пословну књигу, документацију и рачун, могу да завире у исплате са жиро и текућих рачуна, као и у готовинске исплате. (...) При томе, опирање инспектору може да буде прескупа дрскост: не само да има право да позове у помоћ најближег милиционара да му помогне да обави свој посао, већ су за такве покушаје предвиђене и казне од 20.000 до 300.000 динара. Грађанину би, у том случају, предстојало троструко кажњавање: укамаћење пореза (по четворострукој есконтној стопи Народне банке), који није или је мање платио, казна за учињени прекршај и казна за ометање инспектора у раду. Заузврат, ако се инспектор, на пример, превари у својој сумњи, па се цео преглед покаже узалудним, *ником ништа* (подвукао С.Л.). Али зато су се, одмах по усвајању Закона, огласиле сумње јесу ли овлашћења финансијских полицајца супротне, не само овдашњим уставима, већ и људским и међународним правима која спадају у цивилизацијске тековине независно од политичких устројстава. (...) Грађанима, очигледно остаје да сами, у сусрету са финансијским полицајцима, искусе шта ће при том бити са њиховим људским и грађанским правима" (40). У том смислу повела се и својеврсна јавна расправа: "Реч је о "напоакој" марксистичкој тези у нашем уставном концепту, где се функције државе разумеју искључиво као функције власти (ограничења, принуда) уместо да је њен задатак, као у свим демократским земљама, пружање јавних услуга (лечење, образовање). Занимљиво је како су ова пореска питања решена у свету. У САД, рецимо, тамошња служба друштвених прихода (41), има, такође, велика овлашћења, али представља "службу" у правом смислу, јер порези имају економски стимулативну улогу и нису инструмент социјалне политике већ привредног развоја. Супротно, код нас је прикљупљање јавних прихода манифестација власти, између осталог, кроз овлашћења пореских инспектора која (...) нису довољно усклађена са потребама и стандардима заштите људских права" (42).

5. *Служба за платни промет и финансијски надзор*, Послове платног промета и финансијског надзора регулише Закон о Служби за платни промет и финансијски надзор, који (за разлику од Закона о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода) изричито предвиђа да се у обављању ових послова "*примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак*" (чл. 4, ст. 3) (43).

(40) Славица Чедић: *Финансијска полиција почиње да ради - Сваки папир на увид инспектору*, "Политика", 28. јануар 1992, Београд, стр. 10.

(41) Nota bene: чувена "IRS" (тј. ај-ар-ес), односно "Internal Revenue Service" (у преводу - Служба унутрашњих прихода).

(42) Б. Опријан-Илић: *Стижу "супер жаце" - Да ли су овлашћења финансијске полиције у Србији у (не)складу са људским и грађанским правима*, "Борба", 20. март 1992, Београд.

(43) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Начела: "Посебни поступак" (чл. 2) и "Супсидијерна примена закона" (чл. 3).

Тако:

– Служба ће у одређеним случајевима донети *"решење"* (подвукао С.Л.) о одбијању обрачуна" (чл. 40, ст. 3) (44);

– "ако у поступку контроле финансијски инспектор утврди да није тачно исказано (...), *закључком у писменој форми* (подвукао С.Л.) наложиће правном лицу да у примереном року изврши попис и процену средстава (...)" (чл. 48, ст. 1) (45);

– "против закључка (...) није допуштена *жалба* (подвукао С.Л.)" (чл. 48, ст. 3) (46);

– *"решење"* (подвукао С.Л.) о утврђеним незаконитостима, односно неправилностима, доноси финансијски инспектор и доставља га правном лицу" (чл. 51, ст. 1) (47);

– *"коначно"* решење Службе у *управно-рачунском поступку* (подвукао С.Л.), којим се мења финансијски резултат правног лица, доставља се и надлежном пореском органу" (чл. 52) (48);

– против решења директора организационе јединице Службе и решења финансијског инспектора, правно лице може, у року од 15 дана од дана пријема решења, изјавити *жалбу* (подвукао С.Л.) генералном директору Службе" (чл. 53) (49);

– "Ако је коначним решењем Службе повређен закон или други пропис, у поступку *ревизије* (подвукао С.Л.) (50) по службеној дужности у року од две године од дана коначности решења, генерални директор Службе може донети ново решење којим се коначно решење мења, укида или поништава. Правно лице може у року из става 1. поднети захтев да се измени, укине или поништи коначно решење Службе. (...) Поступак ревизије се не може водити против коначног решења, односно дела решења против кога се води управно-рачунски спор, односно по коме је донета правоснажна пресуда" (чл. 54) (51);

(44) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Глава XI: "Поступак до доношења решења" (чл. 135-200); Глава: XII: "Решење" (чл. 202-219).

(45) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Глава XIII: "Закључак" (чл. 220-222).

(46) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Глава XIII: "Закључак" (чл. 220-222).

(47) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Глава XI: "Поступак до доношења решења" (чл. 135-200); Глава: XII: "Решење" (чл. 202-219); *Закон о државној управи*, "3. Посебне одредбе о инспекцијском надзору" (чл. 26, тач. 1).

(48) Рецимо, финансијској полицији.

(49) Упореди - *Закон о општем управном поступку*, Начела "Право жалбе" (чл. 11); Глава XIV: "жалба" (чл. 223-248).

(50) *Ревизија* као правно средство није предвиђена Законом о општем управном поступку. Упореди - *Закон о општем управном поступку*, "Правна средства" (чл. 223-269).

(51) *Nota bene*: "Ревизију" као посебно правно средство у тзв. "управно-рачунским поступку" предвиђа(о) је *Закон о служби друштвеног књиговодства* ("Службени лист СФРЈ", бр. 70/83; 16/86; 72/86; 74/87; 37/88; 61/88; 10/89; 57/89), који се према *Уставном закону за спровођење устава Савезне Републике Југославије* ("Службени лист СРЈ", бр. 1/92), има ускладити са Уставом СРЈ до 13. децембра 1992. (чл. 15, тач. 5).

– ”против решења Службе донетог у *другом степену против кога није допуштена жалба* (подвукао С.Л.) и против решења донетог у поступку ревизије може се водити управно-рачунски спор” (чл. 55) (52).

V. ЗАКЉУЧАК

1. *Општа констатација* Као општи закључак у вези са разматрањем неких аспеката примене појединих института управног поступка (нпр. процедура, форма, акта, правна средства и сл.) у вршењу послова контроле, утврђивања и наплате јавних прихода, као и послова платног промета и финансијског надзора, може се, пре свега, рећи да референтни закони, посебно Закон о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода, односно Закон о служби за платни промет и финансијски надзор, било *implicite*, било *explicite* упућују на примену управних института, што се може закључити на основу анализе одговарајућих одредаба наведених закона.

Тако, као пример *implicite* упућивања на примену института управног поступка у Закону о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода, може се навести одредба према којој: ”Против решења инспектора у подручној јединици може се изјавити жалба у року од 15 дана од дана његовог пријема. (...) Жалба не задржава извршење решења” (чл. 25), док се као пример у односу на Закон о служби за платни промет и финансијски надзор, може навести одредба према којој: ”Ако у поступку контроле финансијски инспектор утврди да није тачно исказано (...), закључком у писменој форми, наложиће правном лицу да у примереном року изврши попис и процену средстава (...). Против закључка (...) није допуштена” (чл. 48, ст. 1, 3).

Насупрот томе, као пример *explicite* упућивање на примену института управног поступка у Закону о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода може се навести одредба према којој је: ”Решење главног инспектора Републичке управе, донето по жалби (...), коначно у *управном поступку* (подвукао С.Л.)” (чл. 26), док се као пример у односу на Закон о служби за платни промет и финансијски надзор може навести одредба према којој: ”Коначно решење Службе у *управно-рачунском поступку* (подвукао С.Л.), којим се мења финансијски резултат правног лица, доставља се и надлежном органу” (чл. 52).

2. *Посебна запажања* Осим генералних констатација, анализа примене појединих института управног поступка у вршењу послова контроле, утврђивања и наплате јавних прихода, као и послова платног

(52) Изгледа, међутим, да је у формулацији одредбе члана 55. Закона о Служби за платни промет и финансијски надзор дошло до *забуне*, пошто се наводи (чл. 55): ”Против решења Службе донетог у *другом степену против кога није допуштена жалба* (подвукао С.Л.) и против решења донетог у поступку ревизије може се водити управно-рачунски спор”. Дакле, ”законописац” говори о решењу донетом у *другом степену* против кога *није допуштена жалба*. Као што је, међутим, општепознато, Закон о општем управном поступку усвојио је *принцип двостепености* (чл. 11), што значи да против другостепеног решења *икада није допуштена жалба*. Вероватно је законописац имао у виду ситуацију када против *првостепеног решења није допуштена жалба*. Нема потребе посебно истацати да се оваква омашка није смела допустити.

промета и финансијског надзора, упућује и на нека карактеристична запажања, посебно у погледу неких недоследности и инконзистентности.

Тако се, примера ради, у односу на Закон о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода, може истаћи необична околност инконзистенције, будући да је на једном месту статус Републичке управе јавних прихода утврђен као "посебна републичка организација" (чл. 5, ст. 1), док се на другом месту говори да послове јавних прихода Републичка управа врши у седишту "органа" (чл. 6, ст. 2). Као што је истакнуто, Устав Србије (чл. 94, ст. 4) изричито предвиђа постојање "органа управе" (за обављање послова државне управе) и "посебних организација" (за вршење стручних послова) (53). Оваква ситуација, да се Републичка управа јавних прихода *истовремено* третира и као "посебна организација" и као "орган", посебно колидира са одредбом члана 4. *Закона о министарствима* (54), према којем: "За обављање одређених управних послова из утврђеног делокруга министарства за које је потребно посебно организовање и самосталност у раду, могу се образовати секретаријати, управе (подвукао С.Л.) и инспектори као *органи управе* (подвукао С.Л.) у саставу министарства" (став 1). Насупрот томе: "За обављање претежно стручних послова из утврђеног делокруга министарства могу се образовати заводи и дирекције, као *посебне организације* (подвукао С.Л.) у саставу министарства" (став 2). Осим тога, противречно одређивање статуса Републичке управе јавних прихода у Закону о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода, колидира са дикцијом *Закона о државној управи* (55).

С друге стране, Закон о служби за платни промет и финансијски надзор садржи крупне правно-техничке недостатке, посебно онај у вези с тврдњом да се: "Против решења Службе, донетог у *другом степену против кога није допуштена жалба* (подвукао С.Л.) и против решења донетог у поступку ревизије, може водити управно-рачунски спор" (чл. 55). Као што је познато, и као што је већ истакнуто, против *сваког* решења донетог у другом степену *није допуштена жалба*. Ово посебно и из формалних разлога, што Закон о општем управном поступку, као једно од својих основних начела, усваја и начело "двостепености" (чл. 11), тј. принцип према којем се жалба може изјављивати само против првостепеног решења (пд условом да жалба није законом евентуално искључена). Другим речима, у *другом степену, према нашем позитивном праву, не постоје решења против којих се може изјавити жалба*, како то проистиче из формулације одредбе члана 55. *Закона о Служби за платни промет и финансијски надзор*.

Коначно, као посебно питање, или боље речено као комплекс питања, јавља се и могућа повреда људских и грађанских права субјеката који долазе у контакт са "новом пореском администрацијом" Србије,

(53) Разлике између "органа управе" и "посебних организација" детаљно су регулисане (чл. 1-4) *Закон о министарствима* (Службени гласник Републике Србије, бр. 7/91).

(54) *Закон о министарствима*, "Службени гласник Републике Србије", бр. 7/91.

(55) Упореди - *Закон о државној управи*.

посебно са финансијском полицијом. Како ова питања по својој садржини и домаћају превазилазе оквире ове конкретне анализе, придружујемо се онима који предлажу отварање стручне расправе на тему "људска права и финансијска полиција".

(Примљено 3. IX 1992)

*Dr. Stevan Lilić,
Professor at the Faculty of Law in Belgrade*

ADMINISTRATIVE PROCEDURE, FISCAL POLICE AND FISCAL CONTROL

Summary

In the context of general post-socialist transformation of the political and constitutional system, the tax system of Serbia was reform in late 1991. Five tax laws were enforced, with the motivation of inaugurating world (j.e. OECD) tax and revenue standards. One of the laws (regarding revenue payments) established two new fiscal agencies: namely the Republican Public Revenue Board (Republička uprava prihoda) and the Fiscal Police (finansijaska policija). According to this new tax law, the Fiscal Police and the Fiscal Inspectors have, in executing their control functions, specific administrative authority, as they carry out their administrative function primarily in a procedure prescribed by the general administrative procedure act, according to the classical principle of *lex specialis derogat legi generali*. Apart from generating numerous polemics critical analysis among experts in general, the establishment of the Fiscal Police with numerous administrative capacities (e.g. confiscation of goods, search of premises, document inspection etc.), have, in particular, provoked unsatisfactory reactions from the press and General public.

Key words: *Administrative procedure. - Administrative authority. - Fiscal police. - Fiscal control. - Tax laws.*

*Stevan Lilić,
Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade*

LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE, LA POLICE FISCALE ET LE CONTRÔLE FISCAL

Résumé

Dans le contexte de la transformation générale post-socialiste du système politique et constitutionnel, le système des impôts a été réformé en Serbie à la fin de 1991. Cinq lois sur les impôts ont été renforcées dans le but d'introduire les normes modiales (c'est-à-dire

de l' O.C.D.E.) sur le plan impôts et des revenus. Une des lois (ayant trait aux versements des revenus) a établi deux nouvelles agences fiscales, à savoir la Direction républicaine des revenus et la Police fiscale. Conformément à cette nouvelle loi sur les impôts, la Police fiscale et les Inspecteurs fiscaux ont une autorité administrative spéciale dans l'exercice de leurs fonctions, étant donné qu' ils exercent leur fonction administrative avant tout par une procédure prescrite par l'acte général sur la procédure pénale, conformément au principe classique *lex specialis derogat legi generali*. L' introduction de la police fiscal avec de nombreuses capacités administratives (à savoir la confiscation des biens, la perquisition des locaux, l' inspection des documents etc.), a donné lieu non seulement à de nombreuses polémiques et analyses critiques parmi les experts en général, mais en particulier, aux réactions de mécontentement de la presse et de l' opinion publique.

Mots clé: *Procédure administrative. - Autorité administrative. - Police fiscale. - Contrôle fiscal - Lois sur les impôts.*

др Зоран П. Рашовић,
доцент Правног факултета у Титограду

ПРЕСТАНАК ЗАЛОЖНОГ ПРАВА ГУБИТКОМ ДРЖАВИНЕ

У раду се разматра један од случајева престанка залоге. Исто као што је за заснивање залоге нужна залогопримчева државина (непосредна и посредна) тако је и за сталност овога права потребна стална државина. Ипак, горе наведену поставку не треба прецењивати у смислу дословног тумачења рубрума чл. 98б. Закона о облигационим односима, већ је треба схватити у правој суштини водећи рачуна о свим за тумачење релевантним околностима. Сагледавајући те околности дошло се до три закључка: а) да сваки губитак државине не мора нужно условљавати гашење заложног права; б) изгубљену државину повјерилац може некад и повратити (што несумњиво произилази из одредбе чл. 98б. став 2. Закона о облигационим односима); в) изгубљена државина сама за себе не условљава престанак заложног права, него су његова дејства (право првенствене наплате) суспендована, и уколико поврати државину ова дејства се аутоматски реактивирају.

Друго је питање домашаја залогопримчевог права на тужбу за повраћај ствари, поља његове примјене. Наше право, за разлику од већине законодавстава упоредног права, нема посебних одредаба о томе, што опет не значи да се путем, за тумачење, правно релевантних момената не може доћи до неких закључака који би били поуздани. Активношћу самог залогопримца ("кад повјерилац поврати државину") реактивира се дотле суспендовано право првенствене наплате и он сада врши заложно право, које се по свом садржају модалитетима и битнијим тачкама не разликује од онога које је вршио прије губитка државине.

Кључне речи: Заложно право. - Губитак државине. - Престанак.

У члану 98б, став 1. Закона о облигационим односима каже се: "Повјериочево право да се првенствено наплати из вриједности заложене ствари престаје престанком његове државине." У ставу 2. истога члана предвиђено је да "оно поново настаје кад повјерилац поврати државину". И то је све што пружа наш Закон о престанку заложног права губитком државине. У праву су теоретичари (1) који тврде да је Закон о облигационим односима не само недоречен у погледу регулисања тога питања, него се не одликује ни потребном јасноћом. С тим у вези потребно је нагласити да се Закон о облигационим односима није опре-

(1) Обрен Станковић, *Белешке о залогопримчевом праву на државину*, "Анали Правног факултета у Београду," бр. 2/1985, стр. 257.

дијелио у погледу правне природе овог института (што се може схватити и што се не може очекивати од једног облигационог законика), нити се угледао на неке грађанске законике (2), јер није изричито предвидио да залогопримац, коме је ствар предата, има право на државину, односно право задржавања (*ius retentionis*), нити се ништа одређено каже о томе да ли залогопримац има право на тужбу за повраћај ствари (*vindicatio pignoris*). Буквалним тумачењем рубрума чл. 986 ("престанак заложног права губитком државине") могао би се извести закључак да губитак државине за залогопримца значи и губитак заложног права, те употребљавана *vindicatio pignoris* не би имала ефекта. Ипак, ствари нијесу онакве какве се на први поглед чине да јесу. За то објашњење послужимо се и другим, за тумачење, релевантним чињеницама. За сада уопштено треба рећи, а ту смо сагласни са другима (3), да би "без права на тужбу за повраћај ствари залогопримачева државина била некакво стање ван закона, а она то није управо према механизму усвојеном у самом закону, јер, настаје као резултат вршења залогопримчевог права (захтевати продају ствари на основу уговора) и претпоставка је његовог другог и то основног права (првенствене наплате). Закон који субјекту признаје једно субјективно право (захтевати на основу уговора предају ствари) у циљу заснивања одређеног стања (државине), којим условљава друго (и то основно) залогопримчево право (првенствене наплате) може бити протумачен само тако да он сам ово стање (залогопримчеву државину) штити тужбом за повраћај ствари у случају губитка државине. У прилог том тумачењу иде и сама формулација става 2, чл. 986: "оно поново настаје кад повјерилац поврати државину ствари". Дакле, суспендовано право првенствене наплате реактивира се активношћу самог залогопримца ("кад повјерилац поврати државину"). То значи - на основу његовог субјективног права, а по наређењу самог закона. Другачије тумачење оживљавања повјериоачевог права првенствене наплате значило би не водити рачуна о правом смислу норме, па би се залогопримчева државина могла схватити као "некакво стање ван закона", а сам залогопримац би остао без веома важног средства правне заштите и кад зато постоје оправдани разлози. Истина, њему нико не оспорава могућност уживања посесорне заштите, јер му на располагању стоје како тужба због сметања, тако и тужба због одузимања државине. Али, не треба изгубити из вида да поједностављена и олакшана заштита права по овим тужбама за имаоца права понекад није афикасна, јер ће у овим споровима правну заштиту добити и онај који нема право на државину (дакле, и трећи узурпатор, лопов) и који би сасвим сигурно изгубио петиторни спор. Ускратити залогопримцу тужбу за повраћај ствари било би неоправдано рјешење, јер би за њега то значило губљење стварног права залогe јер му недостаје средство за поновно реактивирање основног права (првенствене наплате), чак и када је државина на ствари изгубљена без његове кривице.

(2) Као нпр.: Мађарски грађански законик (параграф 259, став 1), гдје се каже: "Повјерилац ручне залогe има право да држи заложени предмет."

(3) Обрен Станковић, *оп. cit.*, стр. 257.

У том погледу ни упоредно право не пружа примјер по коме би губитак државине увијек за залогопримца значио и престанак заложног права. Крај заложном праву ограничен је на случај када залогопримац врати ствар залогодавцу, али и ту постоје одређене разлике. Преме рјешењу прихваћеном у Њемачком грађанском закону (параграф 1253, став 1) и у Пољском грађанском закону (чл. 325, став 1) уколико залогопримац врати ствар залогодавцу, залога обавезно престаје, тј. странке не могу супротно уговорити. Друго рјешење је управо супротно од овога: према рјешењима Аустријског закона (параграф 457) и Српског грађанског закона (параграф 323) залога престаје само ако је залогопримац ствар "дужнику вратио безусловно" (4), Треће рјешење (чл. 888. Швајцарског грађанског закона и чл. 2852. Етиопског грађанског закона) негдје је на средини: залога неће престати већ ће њена дејства бити "суспендована" док се ствар налази код залогодавца (5).

Како је већ напоменуто, став 1, чл. 986, Закона о облигационим односима говори о престанку повјериоачевог права првенствене наплате из вриједности заложене ствари услед престанка његове државине. Ова норма се увијек и сасвим оправдано интерпретира у смислу да губитак државине гаси не само право првенствене наплате, већ и стварно право залог. Уосталом, и рубрум чл. 986. на то указује: "престанак заложног права губитком државине". Иако се одређено не каже да ли исту последицу изазива и губитак државине на страни трећег лица, кога су странке споразумно одредиле као чувара ствари, или који је на захтев залогодавца, а по наређењу суда, одређен да умјесто несавјесног залогопримца чува ствар, одговор би био несумњиво потврдан.

Исто као што је за заснивање заложног права нужна залогопримчева државина (непосредна или посредна), тако је и за сталност овог права потребна стална државина. Ипак, горенаведену поставку не треба прецизнијавати у смислу буквалног тумачења рубрума чл. 986. Закона о облигационим односима, већ је треба схватити у правој суштини, водећи рачуна о свим, за тумачење, релевантним суштинским моментима. Сагледавајући те моменте, дошли смо до следећих закључака: 1) на првом мјесту, да сваки губитак државине не мора нужно условљавати гашење заложног права; б) треба истаћи да изгубљену државину повјерилац може некад и повратити (што несумњиво произлази из одредбе чл. 986, став 2. Закона о облигационим односима) и в) овај закључак се своди на то да изгубљена државина сама за себе не значи престанак заложног права, већ да су његова дејства (право првенствене наплате) суспендована и уколико поврати државину, ова се дејства аутоматски реактивирају.

Дакле, сваки губитак државине код заложног повјериоца не повлачи аутоматски престанак заложног права. При томе је потребно

(4) У неким грађанским законима (Грчки грађански законик; Мађарски грађански законик; Цивилни законик Њемачке Демократске Републике) ништа се одређено не каже о томе да ли залогопримац може задржати заложно право или не за случај враћања ствари залогодавцу.

(5) У наведеном члану Етиопског грађанског закона каже се да у том случају "уговор о залози не производи правно дејство".

разликовати неколико случајева: а) ако се губитак државине и њен прелаз на друго лице десио насилно и преварено, то не повлачи аутоматски престанак заложног права. Мада се за овај случај не може рећи да је "унутрашње тренутан" (6), разлози због којих је ствар доспјела у руке трећих (залогаодавца или осталих) сасвим су довољни за тврдњу да се заложно право није аутоматски угасило. И они теоретичари који тврде да се, ипак, догодио престанак заложног права, не могу порећи да домет "овог гашења" не треба прецијенити, јер се активношћу самог залогопримца државина на ствари може (и то најчешће бива) повратити и тиме реактивирати дотле суспендовано право првенствене наплате. Код овог повраћаја за повјериоца могу настати компликације о којима ће касније бити ријечи; б) Губитак државине може се десити без отимања или преварних радњи трећих, али је ствар у њихове руке доспјела без вољног и непосредног акта залогопримца (нпр., налаз у случају губитка или због погрешне доставе итд.). Залога се ни овом случају аутоматски не гаси: и за овај примјер важи све што смо рекли под тачком а); в) Уколико је ствар доспјела у руке залогаодавца на основу залогопримчевог вољног и непосредног акта, ни тада неће аутоматски доћи до престанка заложног права (такво рјешење је прихваћено у неким грађанским законима) (7) Код овог случаја треба разликовати да ли враћање ствари има само привремени карактер ради остварења моментаних циљева или, пак, ова реституција има стални карактер. За први случај враћања ствари са намјером да се дозволи власнику извршење одређених поправки или модификације на ствари и са намјером (макар и прећутном) да се након предузетих материјалних аката поново преда повјериоцу, сматра се да се заложно право није угасило (8). Уколико реституција ствари има стални карактер, залога се гаси. Ово вриједи не само када је реституција била дефинитивна (нпр., одрицање залогопримца од заложног права, па је и, разлог гашења у овом одрицању без потребе да се истиче губитак државине) него и у случају враћања ствари без намјере да реституција буде таква (залогопримац је једноставно хтио дати на чување ствар залогаодавцу). За случај спора код сумње да ли је реституција ствари стална или привремена, на повјериоца пада терет доказивања (9), те за судбину заложног права одлучујуће чињенице; у случају да повјерилац не пружи доказе, или се позитивно утврди да је реч о сталној реституцији, према једном мишљењу, повјерилац може ићи даље доказујући да је реституција извршена без намјере да се одбаци залога (10). Али у сваком случају, у сумњи треба узети да постоји ово одрицање, али не као претпостављена воља (јер такве претпоставке може

(6) Rubino, *Il paggio*, in: Tratt. dir. civ. it., diretto da F. Vassalli, Torino, 1956, стр. 275.

(7) Тако, параграф 261. Мађарског грађанског законика предвиђа да "ако повјерилац ручне залогe врати предмет залогe власнику, право ручне залогe престаје. Оно престаје и у случају да лице које је овлашћено на то у року од године дана не тражи натраг предмет залогe који је против његове воље изашао из његове државине, и у том циљу не подигне тужбу пред судом".

(8) Rubino, *op. cit.*, стр. 275.

(9) *Ibid.*, стр. 276.

(10) *Ibid.*, стр. 276.

поставити само закон), "већ зато што у конкретнијим случајевима биће потребне крајности да се индивидуализује код сталне реституције ствари уступиоцу једна прећутна воља о одрицању од залоге" (11). г) Најзад, заложена ствар може доспјети у руке трећих и то на основу залого-примчевог вољног и непосредног акта, али без сагласности уступиоца (залогодавца). Ни овај губитак не мора у сваком случају довести до гашења залогa. Ако је ријеч о мементаном повјеравању због неких тренутних разлога (да би се ствар поправила), залога се не гаси. У супротном, "стално" повјеравање заложене ствари трећем лицу могло би даље постојање залогa оправдати (као што има гласова у теорији) (12), тако што ће се сматрати да је ствар предата трећем лицу на чување. За она права која познају само споразумно одређеног чувара заложене ствари (као што је наше и италијанско право) или трећег чувара, који је постављен по наређењу суда, не би се могла прихватити горенаведена хипотеза, јер недостаје сагласност залогодавца; нити је суд учинио то одређивање, па се самим тим мора закључити да се залога угасила (13). Али, и ова нам хипотеза изгледа релативна. Залогопримац, и ако не би могао поднијети *vindicatio pignoris*, у сваком случају би могао реституисати ствар путем персоналне тужбе коју има против трећег лица на основу уговора о повјеравању ствари на чување. Када се поврати државина, аутоматски се реактивира дотле суспендовано право првенствене наплате. Залогодавац од трећег чувара (држаоца) ствари не би могао тражити да ствар буде враћена њему, јер би је после овог акта морао предати повјериоцу. Он би у том случају могао тражити да ствар буде реституисана директно повјериоцу, или би могао тражити секвестар ствари ако докаже да је повјерилац поступао са њом "противно уговору и закону" (такав акт злоупотребе је увек евидентан ако је ствар повјерена трећем лицу на чување без сагласности залогодавца. Одговорност залогопримца је "повећана" за случај сталног повјеравања заложене ствари трећем у смислу одговорности и за случајну пропаст или оштећење ствари који би се догодили том приликом (аргумент на основу чл. 976, став 2. Закона о облигационим односима).

Након ових напомена треба прећи на питање домаћаја залого-примчевог права на тужбу за повраћај ствари, поља његове примјене. Наше право, за разлику од већине законодавстава упоредног права, нема посебних одредаба о томе, што опет не значи да се путем, правно релевантних момената значајних за тумачење, не може доћи до неких закључака који би били поуздани.

У правној теорији постоји мишљење по коме се може рећи да "када се државина не може повратити и према томе када се не може родити реално право залогa, то није заслуга чињенице у себи и за себе у губитку државине, већ због других разлога који су ван те чињенице, било да иду истовремено са њом, или да јој претходе, било да су довољни сами за себе" (14). Државину није могуће повратити у случају одрицања залогa.

(11) *Ibid.*, стр. 276.

(12) Rossi, *Pegno civile*, п. 93.

(13) У том смислу: Rubino, *op. cit.*, стр. 276.

За овај разлог се може рећи да је довољан сам за себе (и ту је Рубино у праву), па се губитак државине овдје и не појављује као разлог за гашење заложног права. Поднијета *vidicatio pignoris* остаће без ефекта и у случају стицања права својине и залоге под условима аналогним оним за стицање својине *a non domino* што за последицу има престанак раније установљеног заложног права (15). Али, неће свака непосредна државина заложене ствари од стране трећих изазвати гашење залоге и тиме немогућност употребе *vindicatio pignoris*. Такво рјешење не би било ни у духу самог Закона о облигационим односима. Залогопримац може заложену ствар предати на употребу трећем лицу у непосредну државину без дозволе залогодавца, али се из норме Закона нигдје не види да то за последицу има престанак залоге, већ је то разлог за одузимање заложене ствари од залогопримца и повјеравање неком трећем лицу "да је држи за њега". Уколико би сам залогодавац од трећег држаоца повратио заложену ствар, залогопримац би могао против њега подићи *vindicatio pignoris*. Дајући ствар трећем на употребу, залогопримац и даље има државину на ствар (али сада посредну), па и даље ужива државинску заштиту.

Vindicatio pignoris се може употребијети и када је ствар доспјела у руке залогодавца или трећих противно вољи залогопримца, било услед отимања или преварних радњи, било у случају налаза ствари због њеног губитка. Реституција заложене ствари залогодавцу (власнику) која има стални карактер, повлачи за собом престанак заложног права, па тиме и немогућност употребе тужбе за повраћај ствари.

Депосесија залогодавца штити интересе заложног повјериоца од залогопримчевих фактичких и правних располагања заложном стварју. Нови власник, нови залогопримац, купац, плодуживалац, итд. дужан је трпјети раније установљено заложно право о коме су се лако могли обавијестити на основу залогопримчеве државине. Међутим заложенa ствар може доспјети у руке ових трећих ималаца права. Најчешће се то може десити или активношћу трећег чувара (споразумно одређеног), или активношћу самог залогодавца (који је добио ствар привремено на поправку од залогопримца). Наравно, престанак раније установљеног права и немогућност употребе *vindicatio pignores* условљена је низом квалификаторних околности од којих значајно мјесто има чињеница савјесности: она није довољна и једина, што, опет, зависи од усвојених рјешења у разним правима која су различита ("као што су различити услови под којима се својина стиче од невласника") (16).

Активношћу самог залогопримца ("кад повјерилац поврати државину") реактивира се дотле суспендовано право првенствене наплате и он тада врши заложно право које се по свом садржају, модалитетима и битним тачкама не разликује од онога које је вршио прије губитка државине.

(14) *Ibid.*, стр. 277.

(15) Обрен Станковић, *op. cit.*, стр. 258.

(16) *Ibid.*, стр. 258.

За правну теорију остаје неразјашњено питање да ли постоји сталност и континуитет заложног права све вријеме (па и за вријеме губитка државине) ако залогопримац на основу свог субјективног права поврати државину, или се залога угасила у тренутку престанка његове државине, па се у случају њеног повраћаја "поново аутоматски рађа на основу оргинерног титулуса који још није дефинитивно изгубио своју ефикасност" (17). Ово питање нема своју теоријску вриједност, већ има и свој практичан значај због многих ефеката од којих су неки већ поменути. Ово је и питање на које се може дати доста одговора. Један од могућих одговора био би тај да се залога за вријеме губитка државине није угасила, али јој је садржина "осакаћена" због губитка залогопримчевог основног права (првенствене наплате). Други одговор би могао бити да је заложно право престало, па самим тим је и престало основно право залогопримца које се поново аутоматски рађа на основу оргинерног титулуса. Трећи одговор би гласио: "Оно што се, међутим, дешава од момента губитка државине до момента повраћаја државине, јесте сложени заложно-правни однос и управо сталност овог односа објашњава и чини технички могућим да се из њеног крила поново роди залога" (18).

Противници првог одговора би примијетили да залога без права првенства не би била прихватљива¹⁹. За наше право, према буквалном тумачењу рубрума члана 986 ("престанак заложног права губитком државине") овакав одговор не би било могуће дати. Али, Закон о облигационим односима у члану 986, став 1. говори само о губитку повјериоцевог права првенствене наплате из вриједности заложене ствари, али не и о престанку заложног права. "Оно поново настаје кад повјерилац поврати државину ствари" (став 2, чл. 986). Поред тога, није прихватљива тврдња да залога не може опстати без права првенствене наплате. Аргумент за ово можемо наћи и у нашем праву код тзв. сукцесивног залагања. Не може се порећи да други (и следећи) повјериоци нијесу постали титулари заложног права (јер им то својство признаје сам закон - чл. 970), али би било погрешно тврдити да и они имају право првенствене наплате (јер то право Закон признаје само првом заложном повјериоцу). Наравно, ни овај одговор није без својих мана. Уколико се прихвати сталност залогa, тешкоће би искрсле у одређивању момента њеног гашења за случај да се *vindicatio pignoris* не употреби. Али, прихватити супротан одговор (по коме је заложно право обавезно престало губитком државине), значи прихватити рјешење које не води рачуна о правно релевантним чињеницама. Једна од њих свакако лежи у немогућности објашњења употребе *vindicatio pignoris*. Титулар права, коме је право престало, не би могао употријебити петиторну тужбу *vindicatio pignoris*, јер она по свом карактеру припада оном лицу које то право има. Изгледа да је одговор на ово питање негдје на средини ових супротних рјешења. Чини се да се за наше право може прихватити

(17) Rubino, *op. cit.*, стр. 283.

(18) *Ibid.*, стр. 283.

(19) Тако: Rubino, *op. cit.*, стр. 282; супротно: Gorla, *La garanzie reali delle obbligazioni*, Milano, 1935, стр. 308.

одговор по коме од момента губитка до момента повраћаја државине постоји "суспензија" заложног права, па тиме и право првенствене наплате. Суспендовано заложно право је могуће објаснити сложеним заложно-правним односом, али не односом чија сталност чини "да се из њеног крила поново роди залога", већ односом који омогућава у (по наређењу самог Закона) да се повраћајем државине реактивира дотле суспендовано право првенствене наплате, али и стварно право залог.

Уколико повјерилац не би покушао повратити државину (и кад за то постоје услови), или би употребијелена *vindicatio pignoris* остала без ефекта, треба прихватити рјешење по коме се залога угасила престанком залогопримчеве државине (што је и смисао норме која регулише овај случај - чл. 986, став 1. ЗОО). Уколико повјерилац поврати државину за заложно-правни однос, више није релевантно што је ствар једно вријеме изашла из његове државине, без обзира на то да ли је за то вријеме она била у рукама њеног власника или трећих лица. Ако, пак, повјерилац, пошто је реституисао ствар власнику (без намјере да се одрекне заложног права - што се може десити ако је ствар дата на оправку) отме или преварним радњама поново дође до државине на ствари, власник је може вратити државинском тужбом због одузимања, али, ако то не учини, залога не рађа поново, како тврде неки теоретичари (20), (јер се није ни угасила) него наставља да траје.

(Примљено 1. IX 1992.)

Dr. Zoran Rašović,
Assistant Professor at the Faculty of Law in Podgorica

TERMINATION OF MORTGAGE RIGHT THROUGH LOSS OF POSSESSION

Summary

A case of termination of pawn is the subject matter of the present article. Just as instituting the pawn requires that the one receiving the pawn has to have the possession (direct and indirect), the permanency of that right depends on the permanency of the possession. However, this should not be taken for granted in terms of literal interpretation of the provision of article 986 of the Law on Obligation Relations (torts and contract Law), since other elements, too, are relevant in this matter. Three possible conclusions are: (i) every loss of possession should not necessarily result in the termination of the mortgage right; (ii) the lost possession may be in some cases restored by the creditor (which may be derived from interpreting the provision of article 986, paragraph 2 of mentioned Law); (iii) lost possession in itself is not a condition for the termination of the mortgage right, but only relevantly effects (right of pre-emption in collecting the payment) are suspended; should the possession be restored, such effects are automatically reactivated.

(20) Рубино, *op. cit.*, стр. 283.

How far can reach the right to sue on the part of the one receiving the pawn in order to restore the property – is another question, which also applies to the area of implementing that instrument. Yugoslav law, in contrast to the majority of foreign laws, has no adequate provisions regarding the matter, but other legally relevant elements may serve in coming to some useful conclusions. The activity of the one receiving the pawn, namely ("when the creditor restores the possession"), reactivates the suspended right of pre-emption in collecting the payment, and in such a case he is consuming his mortgage right, which by its essential elements and contents does not differ from the one otherwise belonging to him prior to the loss of possession.

Key words: *Mortgage right. - Loss of possession. - Termination.*

*Zoran P. Rašović,
chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade*

LA CESSATION DU DROIT DE GAGE PAR LA PERTE DE LA POSSESSION

Résumé

Dans le présent travail, l'auteur examine un des cas de la cessation du droit de gage. Tout comme la fondation du gage exige la possession (directe et indirecte) du détenteur gagiste, la stabilité de ce droit demande la possession permanente. Cependant, ce postulat ne doit pas être surestimé le sens de l'interprétation littérale de l'art. 986 de la Loi sur les obligations, mais il faut par contre en comprendre la véritable essence tout en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes pour l'interprétation. En examinant ces circonstances, on aboutit à trois conclusions: a) chaque perte de possession ne conditionne pas nécessairement la cessation du droit de gage; b) le détenteur peut parfois restituer la possession perdue (ce qui découle incontestablement de l'art. 986, al. 2 de la Loi sur les obligations); c) la possession perdue ne conditionne pas à elle seule la cessation du droit de gage, mais ses effets (le droit d'encaissement prioritaire) sont suspendus, et si la possession est restituée, ces effets sont automatiquement réactivés.

La question de la portée du droit du détenteur gagiste à la plainte en vue de la restitution des choses et celle de l'étendue de son application est un autre problème. A la différence de la majorité des législations, notre droit ne contient pas de dispositions spéciales sur cette question, ce qui ne signifie pas que l'interprétation de certains points juridiquement importants ne permet pas d'aboutir à quelques conclusions valables. L'activité du détenteur gagiste ("lorsque le détenteur restitue la possession") réactive le droit entretemps suspendu à l'encaissement prioritaire et il exerce maintenant le droit de gage qui, de par son contenu, de par ses modalités et de par ses points essentiels ne diffère pas du droit qu'il exerçait avant la perte de la possession.

Mots clé: *Droit de gage. - Perte de la possession. - Cessation.*

мр Златко Стефановић,
правни референт у Комуналном фонду у Бору

ПРАВНА ПРИРОДА ЕТАЖНЕ СВОЈИНЕ

Историјски развој схватања правне природе етажне својине почиње од њене потпуне негације што је одраз пандектног схватања предмета својине на зградама. Прве теорије и први закони подводе је под појам законске службености.

Основу за модерно схватање етажне својине дају Planiol и Ripert сматрајући да постоје једна над другом различите и подељене својине испреплетане својином на деловима који су нужно заједнички или одређени за заједничку употребу различитих власника. Учињена су два одлучна корака: један је напуштање традиционалног пандектног схватања зграде као једино могућег објекта својине, и други, у заснивању другачијих права према неким деловима зграде.

Модерне теорије углавном је схватају као јединствен институт који је састављен од различитих овлашћења (Einheitstheorie, и др.). Оваква одређења углавном су условљења установљењем принудног законског режима етажне својине. Остављањем слободе етажним власницима да сами одреде облик својине на деловима зграде који им припадају избегавају се тешкоће одређења правне природе, а постиже се и значајни привредни ефекти. Из средстава добијених продајом друштвених станова носиоцима станарског права и других средстава може се финансирати изградња само тзв. заједничких делова зграде што доводи до снижења цена квадратног метра стана, а остаје се у режиму својине, напуштајући досадашње неуспешне категорије (друштвена својина, станарско право).

Кључне речи: *Етажна својина. - Правна природа. - Сусвојина.*

Око питања одређења правне природе етажне својине створен је већи број теорија од којих ниједна није остала без замерки. Да ли се ради о немоћи теорије да објасни један такав институт, или о томе да је њиме створено само једно прагматичко решење одређених друштвених односа, које само уз веће тешкоће може да се уклопи у теоријски систем једног правног поретка, није могуће са сигурношћу рећи. Тај проблем заслужује да буде посебно разматран.

Када се разматра правна природа етажне својине, треба имати у виду да њено одређење зависи од конкретног времена и конкретног друштва. Како је институт етажне својине у разним временима и разним друштвима био уређен на различите начине, тако и различити аутори њену правну природу одређују на различитим основама. Како се мењало позитивноправно уређење института етажне својине, тако се и одређење њене правне природе морало мењати од

друштва до друштва (1). Лична схватања и виђења овог проблема имају само одређену ограничену улогу.

При разматрању правне природе етажне својине централно место заузимају два питања: да ли је то једно јединствено право или више самосталних права и у коју групу спада такво право као што је етажна својина. Ова два питања се провлаче кроз све теорије.

Као прво, треба свакако навести мишљење које у потпуности негира могућност постојања института етажне својине ("eine juristische Unmöglichkeit" - Savigny). Различити спратови не могу имати различите поседнике, као што ни од кipa не може у исто време један поседовати главу и руке, а други остало (2). Ова теорија очигледно почива на схватању пандектног права које полази од немогућности раздвајања својине на згради од својине на земљишту. Датира из времена замаха буржоаског друштва, доминације теорије индивидуализма и практично постојања несташнице стамбеног простора. У таквим историјским, односно друштвеним условима она је имала своје оправдање. Ако већ у пракси није значајније постојала етажна својина, онда је није било потребно бранити теоријски (3).

Међу првим модерним теоријама које бране постојање етажне својине и одређују јој правну природу, односно место у правном систему, спада и она о *mitoyenneté* (посебној врсти заједнице) коју је формулисао Pardessus. Њоме се етажна својина означава као врста законске службености (дакле - јединственог права), које обавезује сувласнике да неку ствар нераздељено поседују, тако да један сувласник другог не може принудити нити на деобу, нити на дражбену продају, а налаже им одређене обавезе за одржавање и употребу заједничке ствари. Од овог становишта полазе и први закони, јер етажну својину уређују у деловима о законским службеностима (4).

Корак даље чини Lalaure, који етажну својину схвата као власности сједињене у једно тело, тј. као власности појединачне, различите, апсолутне које се стичу у јуридикчко јединство с властитим и аутономним именом и битком (5). Дакле, ту је реч о посебним правима, али тако

(1) Опширније о појединим законским решењима види: Славица Крнета, *Правна природа етажног власништва*, посебан отисак из "Годишњака Правног факултета у Сарајеву", 1991, стр. 57-63.

(2) Rikard Lenac, *Кућна communio pro diviso* (етажна својина), Загреб, 1939, стр. 5.

(3) Ипак, познат је већи број старијих теорија које бране постојање етажне својине: Одступање од стварног права је почело још од антике (De Lucca). Свако је власник свога апартмана, апартман је исто што и кућа; или се ради о једној голој службености бар у погледу горњих власника, или власника у оквиру спрата који је био *dominus directus*, док су остали били само суперфицијари. Једна каснија стварнопарвана теорија сматра власника призмела власником земљишта и темеља, која својина је оптерећена једном службеношћу у корист осталих станара; власник највишег спрата био је истовремено и власник крова. Поред тога постоји и позната теорија службености, нарочито код Julliotта у француском, али и другим правима. Оспоравана је била и она позната као *condominium in solidum*, код које је најмање сумњиво да ли се једна таква солидарна заједничка својина може срести у данашњем праву. Једна каснија теорија даје приоритет земљишту и основи, међутим, само као нагађање у оквиру римског правила "*superficies solo cedit*". - Bärmann, Pick, Merle, *Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar*, München, 1987, стр. 26, тач. 627.

(4) Rikard Lenac, *Ibid.*, стр. 5.

(5) *Ibid.*, стр. 6.

спојеним да стварају једно ново право. И целина и делови имају своју самосталну егистенцију, која се одређује као облик својине. Етажна својина се дакле, схвата као својина, али постоје два предмета - један су посебни делови (спратови), док је други предмет и даље сама зграда. Очигледно је да је у то време било тешко напустити концепцију по којој је зграда једна ствар, односно, предмет својине. На тај начин егзистира и својина на делу (спрату) и својина на згради, мада се не зна каква, односно каква би била природа тог "јуридичког јединства с властитим и аутономним именом и битком". Да ли је зграда и даље предмет својине или то није, односно, да ли било коме припадају одређена овлашћења према згради као целини - није опредељено.

Основу за модерно схватање етажне својине дају Планиол и Риперт. Постоје једна над другом различите и подељене својине испреплетане својином на деловима који су нужно заједнички или одређени за заједничку употребу различитих власника (6). Први пут се посебна функција и питање власништва на заједничким деловима истичу према својини на посебним деловима - спратовима (становима), док је зграда у целисти као предмет својине потпуно потиснута. То значи и прво стварање концепције која етажну сојину схвата као скуп различитих права у одређеној вези. Међутим, та веза не ствара неко ново, самостално право, односно, не укида њихову самосталну егистенцију. Учињена су, дакле, два одлучна корака: један је напуштање традиционалног пандектног схватања зграде као једино могућег објекта својине, а други је заснивање другачијих права према неким деловима зграде који служе свим, или само неким њеним посебним деловима. Зграда је подељена на две велике целине. Једну чине сви посебни делови, који су посебна својина различитих лица, а другу чине сви заједнички делови, који као целина, односно јединствена ствар, припадају свим власницима посебних делова. Тако је омогућено разлагање етажне својине од једног посебног права неодређене природе на скуп самосталних права одређене природе.

Мора се имати у виду да и ова теорија, као и претходне, изражава своје време, односно одређене друштвене односе. Ако се код првих вишеспратница постављало тек питање крова, носећих зидова и степе-ништа, као заједничких делова, промена у начину градње условиле су да овакви делова има све више. У зграде се уграђује све више инсталација (вода, канализација, струја, лифтови и сл.), које увећавају број заједничких делова и истичу њихову функцију.

Даљи развој теорије и праксе у овој области наметнуо је питање односа између ове две велике целине у згради, односно између зграда као целине и ова два њена велика дела. На тој основи створен је већи број законских и теоријских решења. Простор за теорије је постао велики. Постоје посебни и зајднички делови зграде, делови зграде који служе свим или само неким посебним деловима. Зграда и даље функционише више или мање као целина, па њоме треба и управљати. Све то је везано за одређен режим коришћења земљишта на коме се зграда налази као и

(6) Види: Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, "Librairie générale de droit et de jurisprudence", 1952, n. 319.

за проблем његове поделе. Поводом свих ових целина, одређена лица ступају у одређене односе које треба теоријски осмислити и практично уредити, тако да и теоријски и практично чине један непротивречан систем. Око овог проблема могуће су биле две варијанте: уклопити се у већ постојећи систем својинско-правних института и односе уредити коришћењем појединачне својине, или настојати да се ови односи уреде стварањем неких нових института.

Постоје два основна начина решавања уређења ових питања: *романски* и *германски*.

II

Према романској варијанти, тежиште лежи на појединачном власништву (7). Сам институт је уведен зато да би у згради постојало посебно власништво са посебним својинским субјектом. На заједничким деловима зграда постоји сусвојина, али је веза између ове две целине чисто механичка. Оне не представљају јединствен институт, већ свака за себе подлеже посебним правилима и имају свој посебни предмет. Ово се односи доследно и на могућност располагања, тако да може постојати појединачна својина на стану, а да не постоји сусвојински удео у заједничким деловима зграде. То је и замерка овој концепцији, будући да не обезбеђује власнику посебног дела својинско учешће у заједничким деловима зграде која, ипак, егзистира као целина и код које се право коришћења заједничких делова јавља као нужно право у остварењу права својине на посебном делу зграде.

Према германској конструкцији, власништво стана се настоји правно-технички приказати као акцесориј аликвотног сувласничког дела. У савременом немачком законодавству само заснивање својине на стану претпоставља постојање сувласништва на заједничким деловима. То значи да је оно акцесорно што се тиче постанка, али је оно акцесорно и у погледу егзистенције (8), јер прати судбину сувласничког дела. Као носилац власничких овлашћења не појављује се заједница, већ, по правилу, један сувласник који има правни положај појединачног власника, али остаје и сувласник целог објекта. "И као што је истовремено и саставни део и самостална ствар, тако се институт власништва стана са становишта читавог објекта указује као сувласништво, а са гледишта стана као појединачно власништво" (9). Међутим, у правној конструкцији власништва стана, појединачно власништво и сувласништво престају бити самосталне правне категорије. Оне постају само саставни елементи једног садржајно комплексног, али - упркос томе - јединственог правног института. Ово се у потпуности пклапа са мишљењем Хебрауда који сматра да се правна конструкција власништва стана

(7) Опширније види: Pulick, *Zur Dogmatik des Wohnungseigentum nach dem Wohnungseigentumsgesetz* von 15. März 1951, AcP Tübingen, 1953, св. 152, стр. 247 и даље.

(8) М. Ведриш, *Власништво стана*, "Зборник Правног факултета у Загребу", 1955, бр. 3-4, стр. 201.

(9) М. Ведриш: *Ibid.*, стр. 202.

(спрата) може поставити само као садржајно комплексан али правно јединствен институт (10).

Ово мишљење теоријски најпотпуније излаже и брани Bärmann као теорију трочлане јединице (*Theorie von der Dreigliedrigkeit des Wohnungseigentum*, (11) према којој стамбена својина представља једну творевину у "sui generis". Ово право се састоји од три нераздвојна обавезна елемента: посебне својине, сувојинског дела и учешћа у управљању заједницом стамбених власника. Bärmann ово јединство схвата тако да се оно претвара у један нови јединствен појам у коме наведени елементи сувојине подразумевају посебну својину и чланство у заједници (као чланско право) које представља удружење "sui generis", које не може да се подведе ни под један познати тип удружења. Тако се стамбена својина налази на једном ништа ближе дефинисаном месту између овлашћења из сувојине и овлашћења из заједничког управљања. Овоме је приговорено да је један такав међуположај или двоструки положај правно догматски и правно логички немогућ (12). Разлика између сувласништва и заједничког управљања је у томе што код првог саовлашћеници преко свог дела на заједничком предмету располажу који део могу продати или оптеретити, док код заједничког управљања у једној одређеној мери, путем већине, саовлашћеник може допринети овлашћењу удружења. Не може се замислити ниједна међуформа између ове две алтернативе. Сувојина и овлашћење за заједничко управљање неспојиве су супротности, које показују начелну структурну разлику и које су неупоредиве (13).

Међу теорије које етажну својину (стамбену својину) схватају као јединствен правни институт, спада и теорија коју заступа Röhl (14). Најважнији закључак који Röhl извлачи из своје јединствене теорије (Einhelststheorie) јесте да је на путу прописа о коришћењу створено "право посебне употребе" (Sondernutzungsrechte) (15). Правно дејство овог права,

(10) P. Hebraud, *A propos d'une forme particulière de copropriété la copropriété par appartements*, Париз, 1938, Trimestrielle de droit civil", n. 23, стр. 26.

(11) За стамбену својину важе: стварно-правно овлашћење и лично-правни односи у заједници који не иду једни с другим. Квалификација учешћа (чланско право у заједници стамбених власника) одређује стварно-правна овлашћења и обрнуто. При томе постоји једно друштво према WEG (*sui generis*), али не једна проста заједница римског права или по BGB. Још увек није реч о једном правном лицу, иако она има део правне способности. То су одговори на стварну целокупност. Главне ствари су: нерешивост путем ова три елемента и њихова неодвојивост: посебне својине (чиста стварност), сувојине (ограничена стварност), чланског права. Из тога настаје једна трочлана јединица: у форми једног узајамног, акцесорног споја посебне својине, сувојине и конкретизованог чланског права - Bärmann, Pick, *Wohnungseigentumsgesetz - Kommentar*, München, 1990, стр.26, тач.8.

(12) H. Weitnauer, *Wohnungseigentumsgesetz - Kommentar*, München, 1988, стр. 44.

(13) Bärmann, Pick, *Ibid.*, стр. 44, тач. 30a.

(14) Према Röhlу се стамбена својина "... од само два главна елемента састоји, посебне својине и међусобних односа" - Röhl, *Münchener Kommentar zum BGB*, 2. Auflage, München, 1984-1986, 14 и сл.

(15) Као најважнији закључак извлачи Röhl из своје "јединствене теорије" да је на путу прописа о коришћењу створено једно "право посебне употребе" чије "непосредно стварно-правно дејство" према овде изложеном схватању није могло да се нађе. Супротно овом теоријском ставу, као практичну последицу Röhl нипошто не предвиђа постојање својине на најситнијим деловима на земљишту, нити саму могућност располагања преко

односно његово одређење помоћу постојећих института, није могло да се нађе.

Wesenberg пресудно обележје стамбене својине види у могућности уговореног ограничења продаје (§ 12 WEG) и у тужби за одузимање стамбене својине (§ 18 WEG). Као резултат тога налази једну "више својину" (Obereigentum) и једну "међусвојину" (Untereigentum). Ово виђење, без практичних последица, такође се не базира на познатим категоријама права, па тиме ништа више не говори о правној природи института етажне својине (16).

Швајцарско решење на изглед потпуно напушта концепцију етажног власништва као својинског права, јер се етажно власништво схвата само као сувласничко овлашћење у односу на целу зграду. Станови, односно друге посебне грађевинске целине, нису предмет посебног својинског права, већ само сусвојинског удела у згради. Међутим постоји могућност самосталног располагања сувласничким уделом који се односи на стан, односно другу грађевинску целину. Ово право је, дакле, ипак издвојено као посебно право (Sonderrecht), те се читава поставка показује само као законска конструкција, односно нетачно одређивање назива (17).

III

И у нашој теорији се заступају слична мишљења. Етажна својина је право својине на стану, пословној просторији или гаражи као посебним (физичким) деловима зграде, с којим су нераскидиво повезана одређена права на заједничким деловима зграде и земљишту на коме је подигнута (18). Тиме се етажна својина схвата као јединствен појам који представља, у ствари, појам својине, за који се везују и друга акцесорна права која битно не утичу на одређење његове правне природе као права својине. Дакле, то је својина, али вероватно нешто виша, нижа или међусвојина, јер се за право својине, по њеној природи не везују таква или слична акцесорна права, на такав начин да представљају јединствен институт.

Етажна својина није, као што је то својина по класичном учењу пандектиста, једночлана и јединствена, већ је комплексан појам који обухвата тројака права и обавезе из својине на стану и пословној просторији, права и обавезе у погледу коришћења заједничких делова зграде и права и обавезе у погледу земљишта на коме се налази зграда са становима у етажној својини. Својина на стану као посебном делу зграде

овога. - Н. Weltbauer, *Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar*, München, 1988, стр. 45, тач. 30ц.

(16) Wesenberg жели да види одлучујуће обележје стамбене својине у могућности уговорног ограничења продаје (§ 12 WEG) и тужби за одузимање стамбене својине (§ 18 WEG) и у том покушају налази једну вишу својину и једну међусвојину. Овај начин гледања не тиче се ствари и нема практичних последица. - Weitbauer, *Ibid.*, стр. 42, тач. 27.

(17) Славица Крнета, *Ibid.*

(18) О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1982, стр. 268, тач. 683.

главно је право које је повезано са два акцесорна (споредна) права: правом на заједничке делове зграде и правом коришћења земљишта на коме је зграда подигнута (19). Дакле, знамо шта није својина по класичном учењу пандектиста, али још увек не знамо шта јесте. Одређење да је то комплексан појам не говори ништа о њеној правној природи, а дескрипција садржине тог појма само оставља читаоцу да одреди њену правну природу.

Срећу се и друга схватања о "једном новом стварном праву" (А. Финжгар) и о "облику законске службености" (М. Митић).

Чини се да ниједна од ових теорија не даје уверљив одговор на питање правне природе етажне својине. И наш закон (20) на такав начин одређује етажну својину. Он једноставно прописује на којим деловима зграде, односно земљишту, постоје облици својине и утврђује акцесорност одређених права на заједничким деловима зграде. Због тога, чини се, вреди размишљати и о таквим ставовима као што је Вогнеров став, који основну законску конструкцију WEG-а сматра промашајем, па због тога и неподобном за научну анализу (21). Тренутна законска регулатива етажне својине у нашој земљи не би се могла позитивно оценити. За њу би најпре важио наведени Вогнеров став. Тим пре је из такве перспективе тешко одговорити на питање која је правна природа етажне својине према решењу усвојеном у нашем позитивном праву.

IV

Независно од нашег права и замерки које се могу ставити појединим конкретним решењима, чини се да има и тако општих замерки постојећем институту етажне својине које би важиле за готово сва права. Овде треба истакнути неколико чињеница које време и развој могу довести у питање. На основу института етажне својине, онако како замишљамо да га треба уредити, изложимо и његову правну природу, или, још боље речено, сматрамо да из правне природе етажне својине треба да произађу друкчија практична решења овог института, него што је то сада случај.

У првом реду, намеће се испитивање нужних веза у оквиру института етажне својине, између посебне својине, сусвојине на заједничким деловима и земљишту и права на учешће у управљању зградом. Ако се етажна својина схвати као правно јединствен институт, заиста је тешко наћи правну установу под коју би се могао подвести један такав од различитих права сачињен институт. С друге стране, ако се ова права посматрају независно, односно раздвојено, свакоме се од њих без проблема може одредити правна природа, али изостаје визија целине, односно занемарују се квалитет који та права у оформљеном споју дају као целина. Између ове две могућности, чини се да није могуће сместити ништа што би било "између", "више" или "ниже" од тога. Чак ни

(19) Драгољуб Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1987, стр. 159.

(20) Закон о својини на деловима зграда, "Сл. лист СФРЈ", бр. 43/65, 57/65.

(21) Börner, *Das Wohnungseigentum und der Sachbegriff des bürgerlicher Rechts*, *Festschrift für Döle*, Tübingen, 1963, тач. 201 и сл.

концепције које схватају зграду као целину, као предмет једног сусвојинског права (са посебним правима коришћења појединих делова) не решавају проблем, пошто и даље остају две врсте односа на посебним деловима зграде (ексклузивно право коришћења, па и располагања) и на заједничким деловима (право учешћа у управљању које припада свима).

Чини се да прави проблем одређења природе етажне својине лежи у принудном законском регулисању које одређује режим својине на деловима зграда. Независно од тога који систем закон прихвата, поставља се питање шта опредељује законодавца да пропише само један, тачно утврђени режим својине на зградама са више власника. Због чега се ограничава слобода уређивања међусобних односа када су у питању делови зграде који служе згради као целини? Због чега не дозволити лицима која су титулари својине на одређеним деловима зграде да своје односе уреде по својој вољи и у току целог трајања те заједнице? У том смислу, због чега не дозволити да се из режима коришћења заједничких делова по основу сусвојине пређе на режим службености или закупа? Чији се интереси штите забраном такве могућности? Или, због чега би све зграде у етажној својини у једној земљи морале да буду под истим правним режимом? Напуштањем концепције принудног законског уређења етажне својине долази се на терен институција грађанског права, које су много лакше за објашњавање и одређивање правне природе, а практично омогућавају титуларима да режим коришћења прилагоде својим конкретним потребама и односима. Етажна својина ће у овом случају имати садржину (од које ће зависити њена правна природа) онакву какву јој буду одредили њени титулари. При томе су могуће све варијанте, од случаја када етажна својина представља само право својине на једном посебном, одређеном делу зграде, без права сусвојине на заједничким деловима зграде и учешћа у управљању зградом, до режима сувласништва на целој згради без опредељења посебних сусвојинских делова. Ово не значи само пребацивање проблема на други ниво, већ омогућава решење питања као фактичког у сваком поједином случају, руководећи се вољом самих етажних власника. Напуштањем концепције принудног законског уређења режима етажне својине, питање одређења правне природе се умногоме поједностављује. Више не би постојало право које је формирано законом са тачно одређеном садржином, које у ствари ограничава слободу етажним власницима да своје односе уређују на други начин, а отвара проблем његовог одређења, већ би се отворила могућност да се на разне односе примене различита правила без ограничења законском конструкцијом као јединственог института. На правне односе везане за поједине елементе применила би се одговарајућа правила. Тако, нпр., на односе поводом посебног дела зграде на којима постоји својина, применила би се правила о својини, на делове који служе згради као целини, могла би бити примењена разна правила (о сусвојини, заједничкој својини, закупу, службености...), већ према ономе што су етажни власници установили својом вољом. Ово се односи и на управљање зградом и остале односе између етажних власника.

Заиста је тешко објаснити правну природу института који у себи садржи право својине и право учешћа у управљању зградом. Али, ако је то управљање резултат уговора који му одређује и облик и садржину, онда одређење правне природе једне такве заједнице не ствара велике правне проблеме, јер не мора нужно да постоји као акцесорно уз етажну својину. Штавише, оно може у потпуности да изостане, те да посебна својина буде потпуно независна од, нпр., службености коришћења заједничких делова зграде. То се односи и на земљиште које има исту функцију као и заједнички делови зграде, јер само омогућава коришћење посебних делова зграде. Законом се могу и треба да предвиде норме које имају супсидијаран карактер, дакле које би важиле само ако се лица која су у питању другачије не договоре. На тај начин етажна својина престаје да буде институт који је јединствено и принудном нормом уређен, а питање његове правне природе пребацује се на ниво појединачних случајева који се јављају као спој различитих правних односа, а који као целина егзистирају само као означавање да су међусобно повезани.

V

Посебну пажњу заслужује и разматање режима на деловима зграде који служе згради као целини. Псматрано историјски, број оваквих делова се стално повећавао и усложњавао. Од првих вишеспратница код којих су се као делови који служе згради као целини јављали само темељ, носећи зидови, степениште и кров, до данашњих вишеспратница код којих постоје многобројни заједнички делови (инсталације за воду, плин, канализацију, струју, радио и ТВ, грејање и др.). Број и врста ових заједничких делова се све више увећавају тако да постоје све изразитија њихова функционална улога у односу на посебне делове зграде чијем коришћењу служе. Чини се да зграда све више престаје да буде ствар у оном смислу како су је пандектисти схватили. Зграда се све више "атомизира" и почиње да бива један скуп посебних делова (станава, пословних просторија и др.) којима се путем одређених делова и уређаја пружају одговарајуће услуге (држање стана, покривања, обезбеђење до тока воде, струје и др.). У свету је данас освојен и један такав начин грађења чија практична реализација треба да отпочне за наручиоце из Кине, којим се на централни део зграде кружног облика, у коме се управо налазе такви уређаји који служе згради као целини, по ободу причвршћују готови станови. Посебна особеност овог система градње је да ови станови могу и да се, без енормних трошкова, скину и пребаце на другу такву основу, нпр. и у другом месту. Без обзира на то да ли ће ова технологија имати неку значајнију улогу у будућности, сигурно је да она изражава тенденцију све већег раздвајања посебних делова зграде од тзв. заједничких делова, и то некада у таквој мери да омогућава и њихово физичко раздавање. За такав систем грађења, а чини се и за постојеће доминантне системе, одредбе о нужно сувласничком или некаквом другом чврстом везивању етажних власника за ове заједничке делове све више ће постајати анахронизам.

Заједнички делови постају све више сами по себи ствар за коју постоји довољно разлога да припадају неком другом лицу (једном или више њих) различитом од власника посебних делова зграде. Ово по истом принципу важи и за земљиште. На тај начин етажна својина постаје право својине на посебном делу зграде (стану, пословној просторији и сл.), док остала права која се као акцесорна везују за ово право престају да постоје као законски нужно конституисана у појам етажне својине, а у сваком случају остају да постоје по другим основама (закуп, службеност и сл.). У светлу овог решења, нпр., питање одржавања заједничких делова постаје питање односа закупца и закуподавца, а проблем ометања других корисника може да се реши и у оквиру постојећег закупног односа.

VI

Без обзира на то што у поменутом систему градње још нема ни говора у нашој земљи, чини се да он носи једну идеју за постављање одговарајућег правног система, кој би у истој мери могао да буде модеран и да да значајне практичне резултате. У време писања овог рада, актуелна је продаја друштвених станова носиоцима станарског права. Средства која се добију таквом продајом, Закон (22) предвиђа да се, по правилу, могу употребити само за нову стамбену изградњу. Врло корисни практични ефекти добили би се када би овим средствима била финансирана градња делова зграде који служе згради као целини, док би сâм стан финансирали купци. Тиме би била знатно снижена цена квадратног метра за купца стана, а остварили би се исти ефекти као и у постојећем систему. Купац би имао право својине на стану, право да користи заједничке делове зграде и земљиште које служи њеној редовној употреби. Право на учешће у управљању зградом отпада, а и до сада оно код нас није имало значајнију садржину. Постигло би се удруживање средстава, али са бољим ефектима него што је то, нпр., стицање сусвојине на стану (посебно између друштвене својине и својине грађана). Купац у овом случају стиче својину на стану, што је евидентно дало много боље резултате у свету него неко такво право као што је станарско право. "Не употребљава човек само ствар, и ствар са своје стране захтева нешто од човека, захтева да је човек сходно њеној вредности чува и негује, употребљава и ужива у њој, она једном речју захтева: љубав" (23).

Ово свакако захтева доношење одговарајућих законских прописа, односно напуштања концепције етажне својине, као права које нужно у себи садржи право посебне својине, право сусвојине (коришћења) и право управљања зградом. Омогућавање једне такве правне ситуације где би и посебни делови зграде могли да буду предмет својине лица које није власник и неког посебног дела те зграде и упућивањем да се добијена средства од продатих станова могу користити и на такав начин, за финансирање изградње заједничких делова зграде, док би се сâм стан финансирао из средстава купца, значајно би могло да подстакне и увећа стамбену изградњу.

(22) Закон о становању, "Службени гласник РС", бр. 50/92.

(23) Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980, стр. 176.

У смислу свега што је речено, схватања по којима се правна конструкција власништва стана може поставити само као садржајно комплексан, али правно јединствен институт, где спадају и такве теорије као што су "Theorie von der Dreigliedrigkeit des Wohnungseigentum" и "Einheitstheorie" показују да још није у потпуности рашчишћено са пандектним схватањем појма зграде као јединствене ствари. Процес напуштања пандектног схватања појма ствари који је започео унутрашњом поделом зграде која представља објект својине, мора бити довршен и њеним коначним нестанком као правног појма (као објекта својине) тамо где је зграда физички подељена између етажних власника. То не значи укидање могућности да се једна зграда у целости налази у поседу једног лица, већ само допуштање могућности да она не мора да егзистира као појам у чијем оквиру би биле одређиване и могућности да се једна зграда у целости налази у поседу једног лица, већ само допуштање да она не мора да егзистира као појам у чијем оквиру би били одређивани и уређивани други међусобни односи. Преласком зграде из режима својине једног лица на целој згради у режим етажних власника деловима, морају бити напуштене и све рефлексније њене претходне правне егзистенције као целине. То, такође, не значи укидање могућности постојања сусвојине на заједничким деловима, али та сусвојина настаје на основу слободне воље титулара посебних делова, а не на основу принудног законског режима. Право управљања које настаје из овога не односи се на целу зграду, није право управљања зградом, већ право управљања заједничким деловима, односно право управљања које се и иначе изводи из права сувласништва на једној ствари.

У том смислу *de lege ferenda* етажна својина би представљала својину на одређеној грађевинској целини која има посебан улаз и намену и са којом су грађевински и функционално повезане друге такве целине. Дакле, по својој правној природи, етажна својина је својина у свом традиционалном облику и садржини. Њено посебно обележје јесте једино њен предмет у истом смислу као што се, нпр., чини подела на својину на покретним и непокретним стварима, или својину на земљишту, зградама и сл. Други правни односи који настају поводом етажне својине на основу слободно изражене воље титулара имају свој посебан предмет и за њих важе посебна правила, па је и њихова правна природа другачија.

(Примљено 28. XI 1992.)

Mr Zlatko Stefanović,
Legal officer, Municipality of Bor

LEGAL NATURE OF CONDOMINIUM

Summary

Historical development of conception of legal nature of condominium (floor-by-floor ownership) begins with total negation, which is a reflection of the Pandects theory of the substance of ownership over buildings. First theories and laws classify it as statutory servitude.

The basis for modern conception of the condominium was supplied by Planiol and Ripert. They consider that there exist different and divided ownerships, one upon the other, and interlaced with the ownership over parts which are necessarily common or determined for joint use of different owners. Two decisive steps have been taken: one was abandoning the traditional Pandects conception of a building, as the only possible object of ownership, and the other the establishing of different rights concerning some parts of the building.

According to modern theories, this is a unique institute which consists of various powers (*Einheitstheoris*, and the like). Such ideas are mainly based on coercive statutory regime of the floor-by-floor ownership. By leaving to the condominium owners to determine freely the form of ownership over the parts of the building belonging to them, many difficulties of legal nature are avoided, while significant economic effects are achieved. By means acquired by sale of socially-owned apartments to the holders of dwelling right, it is possible to finance only the construction of so-called joint parts of the building, which results in reduction of the price of apartments. At the same time, the regime of ownership remains, while former unsuccessful categories are abandoned (such as social ownership, the right to an apartment).

Key words: *Condominium (floor-by-floor ownership). - Legal nature. - Co-ownership.*

Zlatko Stefanović,
conseiller juridique au Fonds de la Commune de Bor

LA NATURE JURIDIQUE DE LA PROPRIÉTÉ PAR ÉTAGES

Résumé

L'évolution historique du concept de la nature de la propriété par étages commence par sa négation complète, ce qui est le reflet du concept pandecte de la propriété sur les bâtiments. Les premières théories et les premières lois le rangent dans le concept de la servitude légale.

La base du concept moderne de la propriété par étage est fournie par Planiol et Ripert qui considèrent qu'il existe des propriétés superposées et divisées entre elles combinées avec la propriété sur les parties qui sont nécessairement communes ou destinées à l'usage commun des divers propriétaires. Deux pas décisifs ont été opérés: l'un est l'abandon du concept traditionnel pandecte du bâtiment comme unique objet passible de propriété et l'autre est l'établissement des droits différents concernant certaines parties du bâtiment.

Les théories modernes la comprennent généralement comme un institut uni de divers pleins pouvoirs (*Einheitstheorie* etc.). De tels concepts sont généralement conditionnés par l'instauration du régime légal forcé de propriété étages. En laissant aux propriétaires par étage le soin de définir eux-mêmes la forme de la propriété sur les parties du bâtiment qui leur appartiennent on évite les difficultés d'une certaine nature juridique et on réalise des effets économiques considérables. Par les moyens obtenus par la vente des immeubles en propriété sociale aux titulaires du droit d'habitation et par d'autres moyens on peut financer la construction des parties communes du bâtiment ce aboutit à la réduction du prix du mètre carré de l'immeuble, tout en restant dans le domaine du régime de propriété et tout en abandonnant les catégories échouées utilisées jusqu'à présent (la propriété sociale, le droit d'habitation).

Mots clé: *Propriété par étages. - Nature juridique. - Copropriété.*

мр Милан Павић,
адвокат у Београду

НАКНАДА КОД УГОВОРА О ТРАНСФЕРУ ТЕХНОЛОГИЈЕ

Накнада код уговора о трансферу технологије је један од битних елемената уговора, а уједно и основна обавеза стицаоца технологије, којој одговара обавеза предаје предмета на страни преносиоца технологије. Плаћање накнаде може се вршити у новчаном и у натуралном облику (у виду испоруке робе произведене по прибављеној технологији). Новчани облик има више модалитета: а) накнада у паушалном износу, б) периодична накнада, која зависи од уговорених параметара и, в) "мешовита" накнада. Државе које су донеле специјалне прописе о трансферу технологије (земље у развоју) настоје да ограниче аутономију воље уговарача у погледу висине и трајања права на накнаду, желећи да заштите домаћег уговорника од претеране експлоатације од стране преносиоца технологије. Осим тога, наведени прописи веома детаљно регулишу начин и место плаћања накнаде. Пре исплаћивања накнаде иностраном преносиоцу технологије многа законодавства предвиђају ригорозан поступак контроле и одобравања, при чему уговорници морају уз захтев државном органу да доставе и одређену документацију из које се може утврдити подаци о самим уговарачима, месту плаћања, уговореним роковима у којима треба да буду извршења плаћања, начин на који ће бити одређен девизни курс, као и валута плаћања.

Поред обавезе плаћања накнада за пренету технологију на страни стицаоца технологије је и обавеза да плаћа и накнаду на име пружених услуга и техничке помоћи од стране преносиоца. Техничка помоћ преносиоца технологије се може састојати у обучавању кадрова стицаоца, слању инструктора у погоне стицаоца итд.

У тесној вези са обавезом плаћања накнаде је и обавеза извештавања и полагања рачуна. Наиме, у случају да се уговори накнада која зависи од обима искоришћавања пренете технологије, стицалац ће бити у обавези да преносиоца извештава о свим релевантним чиниоцима од које зависи висина накнаде.

Кључне речи: Индустријска својина - Технологија - Накнада

1. Уговор о трансферу технологије је двострано обавезан, теретан, мешовити и трајан уговор, којим преносилац уступа заштићена и езаштићена технолошка знања на привредно искоришћавање, одређена у облику заштићених и незаштићених права индустријске својине, а стицалац се, с друге стране, обавезује да уступљену технологију искоришћава унутар уговорених одредница (начин, време, место), као

и да плаћа накнаду ("royalty") за њено коришћење (1). То је један од уговора из читаве лепезе правних инструмената којима се на дитектан начин преноси технологија као што је, нпр., уговор о заједничком улагању (*joint venture*), уговор о инжењерингу, уговор о дугорочно-производној кооперацији, уговор о лизингу, уговор о франшизингу, итд.

Плаћање накнаде за прибављену технологију је основна обавеза стипендијца, којој одговара обавеза предаје предмета уговора на страни преносиоци. Накнада ("royalty") у највећем броју случајева основни је мотив даваоца да пренесе технолошко знање. Међутим, постоје случајеви у којима се као мотив закључења уговора на страни даваоца јављају и други разлози. Аутор L. Schmidt је извршио анализу мотива закључења уговора о трансферу технологије са елементом иностраности од стране америчких фирми и дошао до закључка да се поред накнаде, као основног мотива, јављају, у немалом броју, и следећи мотиви: а) велики број фирми закључује уговоре о трансферу технологије са својим филијалама у иностранству; б) уговори се закључују и због избегавања принудних лиценци; в) с обзиром на то да је по праву САД забрањено уговарање рестриктивних клаузула, многе фирме радије закључују уговоре о преносу технологије у земљама које то допуштају; г) како су САД изгубиле примат у технологији, њен пренос се јавља у форми размене идеја, права и техничке помоћи и сарадње, првенствено са јапанским корпорацијама; д) уговор о преносу технологије се често јавља као својеврсна "сондажа" датог тржишта, како би се оно претходно испитало пре него што се приступи директном извозу роба и услуга, као и оснивања филијала и мешовитих предузећа (2).

2. Плаћање накнаде може бити у различитим облицима. Накнада може бити новчана, што је и најчешћи случај, али и натурална, у виду испоруке робе произведене по прибављеној технологији, или у виду обавезе саопштавања и преноса технологије које поседује стипендијца, итд.

Новчани облик накнаде такође има више модалитета. Разликују се накнада у паушалном износу и периодична накнада, која зависи од обима искоришћавања, тј. од уговорених параметара, као и тзв. "мешовита" накнада, која укључује оба наведена вида.

Обавеза плаћања накнаде у паушалном износу исцрпљује се плаћањем једног тачно одређеног износа. Плаћање се може вршити одједном или у више рата. У пословној пракси је уобичајено да се 50% накнаде исплати одмах по закључењу уговора, а остатак у ратама. Висина паушалне накнаде се утврђује на тај начин што се предвиди обим производње у одређеном временском периоду, па се на овако добијену основицу примени одређена стопа накнаде по параметру коју су уговорници договорили (нпр. накнада по комаду, накнада од оствареног промета, добити, итд.). Добијени износ се затим умањује за одређени проценат сразмерно могућем ризику, с обзиром на то да преносилац не гарантује за постизање резултата. У случају да се паушална накнада

(1) Уп.: М. Јањић, *Уговор о трансферу технологије*, Београд, 1981, стр. 10; В. Бесаровић, *Право индустријске својине и ауторско право*, Београд, 1984, стр. 127.

(2) V. L. Schmidt: *Licensing Know-how, Patents and Trademarks Abroad*, "Legal Problems of International Trade", University of Illinois, 1959, стр. 248 и сл.

ислађује одједном у целини, поједини аутори су мишљења да се њен износ треба дисконтовати по одређеној каматној стопи (3).

Којем уговорнику погодује стипулисање ове накнаде? На први поглед, чини се искључиво преносиоцу технологије, с обзиром на то да одмах добија накнаду, при чему не гарантује за резултат. Преносиоци често инсистирају на уговарању паушалне накнаде у случају да нису сигурни у углед фирме којој се технологија уступа, или у земљу даваоца да ће накнаде исплатити. Међутим, овако утврђена накнада може погодовати и стицаоцу, јер се исплатом накнаде ослобађа сваке контроле од стране стицаоца (4). Мишљења смо да стицаоци, ипак, не би требало да пристану на ову накнаду, с обзиром на то да у том случају преносилац неће бити довољно заинтересован за сарадњу, нити за резултате експлоатације технологије. Паушална накнада се и иначе ретко среће у пословној пракси, а веома радо је уговарају, што је потпуно и разумљиво, јапанске и америчке корпорације (5).

Обавеза плаћања периодичне накнаде може зависити од више параметара које странке могу уговорити. Наиме, стицалац технологије може плаћати накнаду у зависности од броја произведених или продатих комада, према оствареном промету, или према оствареној добити.

Накнада према броју произведених или продатих комада обрачунава се и исплађује у капитализираном облику по сваком комаду, односно јединици производа, или за одређену запремину, као и за одређену количину произведене енергије. Њена висина зависи директно од обима експлоатације прибављене технологије. У пословној пракси се ретко среће, изузев када је реч о роби широке потрошње, која је стандардизована. Уговарање ове накнаде крије у себи одређене опасности по стицаоца. Наиме, обавеза исплате не зависи од чињенице да ли ће се роба уопште продати и када ће се продати. Затим, могуће је да се у висину накнаде обрачунају и делови производа који нису настали искоришћавањем пренете технологије.

Накнада према оствареном промету уговара се за производе који нису стандардизовани, као и у случају када технологију прибавља солидна, реномирана фирма на коју давалац има велико поверење. Њен обрачун и исплата се свде на одговарајући проценат од продајне цене производа који потиче од прибављене технологије. Цена која служи као основица за обрачун може бити фактурисана или наплаћена, с тим што се чешће јавља ова прва. У пословној пракси се може јавити проблем по којој цени треба вршити обрачун: по броју бруто или нето-цени. Предност обрачуна по бруто-цени је та што се веома лако утврђује, али је у суштини неправична, јер у себе укључује и друге компоненте који нису повезане са прибављеном технологијом. Водич ОМПИ извршио је таксативно набрајање свих трошкова које треба одбити од бруто-цене. То су трошкови амбалаже, царинске дажбине, трошкови превоза, премије осигурања робе, порез на промет, итд. (6). Због тога би требало као основицу

(3) В. детаљније: Р. Прица, *Уговор о know-how*, Београд, 1981, стр. 156.

(4) В: М. Јањић, *оп. cit.*, стр. 57.

(5) Овај податак истичу Ivanov-Sergeev: *Patenti i licenzii v meždunarodnih ekonomičeskikh otnošenijah*, Москва, 1966, стр. 117.

(6) *Guide sur les licences pour les pays en development*, ОМПИ, Geneve, 1977, стр. 104.

користити нето цену. У случају да преносилац технологије продаје производе по ценама које су знатно испод тржишних, односно по несразмерно ниским ценама, из само њему знаних разлога, преносиоцу за заштиту његових интереса може користити обрачун накнаде по тзв. разумним ценама. Водич ОМРІ предвиђа три начина за утврђивање тзв. разумне цене: а) да неутрално лице одреди разумну цену; б) да се накнада одреди према цени по којој купац ту робу препродаје и, в) према цени производње увећаној за одређени постотак, који треба да представља добит стицаоца технологије (7). Треба истаћи и чињеницу да се у обрачун накнаде према оствареном промету укључује и износ остварен продајом резервних делова. Иначе, ова накнада се најчешће среће у пословној пракси (8).

Накнада према оствареној добити најређе се уговара (9). Захтева висок степен поверења између уговорних страна. Обично се предвиђа код закључених уговора о дугорочној сарадњи или уговора о заједничком улагању. Њен износ се утврђује у одређеном проценту од остварене добити од промета производа израђених од прибављене технологије. Која остварена добит треба да се узме као основица обрачуна? Требало би да је то нето-добит која је "очишћена" од свих трошкова производње, трошкова амбалаже, транспорта, царина и других такса, премија осигурања, трошкова рекламе, маркетинга, итд. (10).

Мешовита накнада представља комбинацију паушалне и неког од облика периодичне накнаде, при чему исплата дела мешовите накнаде у паушалном износу представља средство обезбеђења преносиоца. Овом врстом накнаде нивелишу се негативности оба претходна начина плаћања. Често се среће у домаћој пословној пракси (11).

Требало би истаћи и уговарање тзв. минимума и максимума накнаде. Наведени облици се стипулишу само у оним случајевима кад обавеза плаћања зависи од резултата постигнутих искоришћавањем технологије. Уговарањем минимума накнаде (*minimum royalties*, *Mindensgarantie*) преносилац жели да обезбеди бар минимални износ у случају да изостану очекивани и планирани резултати. Стицалац је у обавези да је исплати одмах након закључења уговора. Обично се утврђује у једном апсолутном износу од вредности планиране накнаде за поједину годину трајања уговора, и то на основу предвиђеног успеха искоришћавања технологије. Њена висина износи отприлике између 50% и 70% од вредности планиране и стипулисане накнаде. У случају да је стицалац не плати, преносилац има право на раскид уговора (12). С друге стране, уговарањем максимума накнаде утврђује се да износ накнаде не може прећи одређени износ у току године. Чим се достигне тај износ, обавеза стицаоца престаје. Овај вид обрачуна накнаде не би требало мешати са

(7) *Ibid.*

(8) За америчку пословну праксу в: L. Ekstrom, *Licensing in domestic and foreign operations*, Essex, 1964, стр. 351 и сл.; за немачку в: Lüdecke-Fischer, *Lizenzverträge*, Weinheim, 1957, стр. 525.

(9) То је случај у мађарској пракси; в: E. Dom: *Internationale Lizenzverträge*, Weinheim, 1958, стр. 461.

(10) В: М. Јањић, *op. cit.*, стр. 57.

(11) Податак узет од: Љ. Круљ, *Pravna zaštita "know-how-a"*, Београд, 1986, стр. 34.

(12) Водич ОМРІ, *loc. mesto*.

тзв. "максималном стопом накнаде", о којој ће бити речи у каснијем излагању.

Уговорне стране могу утврдити плаћање и по дегресивној стопи, код које долази до постепеног смањивања накнаде са повећањем обима производње или продаје производа који потичу од прибављене технологије. Ова накнада би требало да погодује стицаоцу. Међутим, у појединим случајевима треба бити опрезан приликом њеног уговарања: нпр., у случајевима када пласман производа зависи искључиво или у знатној мери од преносиоца (13).

3. Накнада у већини законодавстава представља битан елеменат уговора. Југословенски Закон о дугорочној производној кооперацији, пословно-техничкој сарадњи и прибављању и уступању материјалног права на технологију између организација удруженог рада и страних лица (14), прописивао је да накнада мора бити одређена или бар одредива, одн. "уговором морају бити специфицирани сви елементи за њено одређивање" (15). Слично је и у земљама које су донеле посебне прописе о трансферу технологије.

Висина накнаде зависи од више чинилаца. Lüdecke i Fischer истичу три групе главних фактора. Први су у сфери производње: организација продукције, технички ниво пренете технологије, цена коштања, итд.; други представљају факторе тржишта: закон понуде и тражње, питање рентабилитета, конкурентност производа, итд.; трећи су у области монопола: јачина и обим монополског положаја, врста лиценце, итд (16).

Аутономија воље уговорника је у земљама које су донеле посебне прописе знатно сужена. Наиме, ова права прописују шта накнада може да обухвати, а шта не сме, затим ограничава се њена висина, итд. Тако право Бразила одређује да ће накнада бити заснована на врсти производа и, посебно, искоришћавањем пренете технологије, а да ће директно зависити од продаје производа који потичу од ње. Износ накнаде ће се утврђивати или у одговарајућем проценту или као фиксни износ по јединици производа. У оба случаја ће бити у сразмери са чистом продајном ценом, или са оствареном добити. При том се као основица узима нето-цена, "која представља обрачунату вредност на основу остварене продаје, после одбитка царине, пореза, сировина и компонената увезених било од даваоца, било од неког добављача директно или индиректно повезаних са њим, провизије, потраживања за враћену робу, возарине, осигурања и амбалаже, укључујући још и сваки други одбитак уговорен међу уговорним странама" (17). Закон о прибављању технологије је

(13) В: М. Јањић, *оп. cit.*, стр. 63.

(14) Ступио на снагу 17. јуна 1983; дерогиран доношењем Закона о спољнотрговинском пословању ("Службени лист СФРЈ", 63/89, 11/91, 22/92); (у даљем тексту: Закон о прибављању технологије).

(15) Чл. 25, ст. 1.

(16) *Op. cit.*, стр. 525.

(17) В: чл. 2.2, 3.2. и 4.2. *Прописа 015* који установљава основна начела и правила за регистровање уговора који се односе на пренос технологије и пратеће споразуме од 11. септембра 1975; Извор: *Committee on Transfer of Technology*, UNCTAD, *Компилација правних прописа који се тичу трансфера и развоја технологије*, објављ. TD/C, 6/81 од 4. августа 1982, (у даљем тексту: *Компилација*).

забрањивао да износ накнаде обухвата: а) плаћање компонената, делова производа или услуга за које није употребљена пренета технологија; б) кумулативно плаћање делова и целог производа; в) повећање накнаде по јединици производа, ако се повећава број јединица производа изнад уговорених количина и, г) плаћање додатних износа за извоз у одређене земље (18).

Као што смо већ истакли, поједина законодавства ограничавају висину накнаде. Циљ ове мере је да се спречи претерана експлоатација прибавиоца технологије. При том се у упоредном праву разликују два система. По првом, прописом се изричито прописује максимална висина накнаде, док по другом надлежни државни орган има овлашћење да у сваком конкретном случају цени сразмерност накнаде у односу на вредност пренете технологије. Првом систему припадају права Аргентине, Пакистана, Перуа. Аргентинско право ограничава висину накнаде на 5% од нето-продајне вредности произведених добара, или пружених услуга применом пренете технологије (19). Право Пакистана прописује да уговарање плаћања тантијема није дозвољено када је реч о роби широке потрошње намењене домаћем тржишту; и у случајевима у којима више од 50% деоница држе власници заштићене технологије (20). У осталим случајевима тантијема је дозвољена, али њена висина не сме прећи износ од 2% ек-фабричке цене умањене за порез на промет, уколико постоји, за домаће тржиште и на основу f.o.b. цена за извоз, уколико се ради о роби широке потрошње произведене за извоз (21). При том, укупан износ тантијема (накнада коју плаћа стичалац за употребу пренете технологије) и тзв. "техничке накнаде" (накнада коју плаћа стичалац преносиоцу у погледу техничких услуга, укључујући помоћ при производном процесу, тестирању и контроли квалитета, помоћ у омогућавању доступности прибављене заштићене и незаштићене технологије, као и техничке обуке локалног особља) не може прећи износ од 5% (22). Перуанско право ограничава износ тантијема на 1% за заштитне знакове и 4% за друге облике индустријске својине. Напротив, према филипинском праву, Савет (23) прописује максималне износе накнаде за одређену технологију, или индустријско право које ће се преносити (24). Други систем одређивања максимума накнаде срећемо у правима Мексика (25) и Нигерије (26).

(18) В: чл. 25, ст. 3.

(19) В: чл. 3. Одлуке бр. 580/81 од 25. марта 1981, а у вези са одељком 5. Закона бр. 22426 о преносу технологије од 12. марта 1981; Извор: *Компилација*

(20) В: чл. I 1 (а) и (б) *Смерница за одређивање износа тантијема и техничких накнада* од 31. јула 1977; *ibid.*

(21) В: чл. 2 (б) и чл. 3.

(22) В: чл. III.

(23) Државни орган надлежан за одобрење и регистрацију уговора о трансферу технологије.

(24) В: чл. 13. Правила и одредаба ради увођења у живот циљева и одредаба чл. 5 П.Д. 1520 о оснивању Савета за пренос технологије при Министарству за индустрију од 10. октобра 1978. (у даљем тексту: *филипинска правила*); *ibid.*

(25) В: чл. 1 (б) правила V Закона о контроли и регистрацији преноса технологије, о употреби и искоришћавању патената и заштићених знакова од 11. јануара 1982; *ibid.*

(26) В: чл. 16. II, Одлуке бр. 70 од 24. септембра 1979.

У вези са обавезом плаћања накнаде јесте и питање начина и места плаћања, као и питање обезбеђења плаћања. С обзиром на то да се уговори о трансферу технологије углавном закључују са елементом иностраности, уговорници морају да воде рачуна првенствено о девизно-правним прописима земаља уговорника, који по својој правној природи спадају у домен јавног (административног) права, посебно приликом уговарања различитих заштитних клаузула (27). Наиме, у великом броју националних законодавстава ограничава се уговарање ових клаузула, посебно златних (28). Осим тога, велики број држава је прописао ригорозну девизну контролу плаћања у инострану валуту, као и њеног трансфера у иностранству (29).

Периодична плаћања се врше најчешће путем дознака. Прописи из ове области детаљно предвиђају поступак исплате, као и механизам њене контроле. Поједина права предвиђају да ће се исплата искључиво вршити преко централних националних банака (30). Иначе, уобичајено је да се плаћања врше преко банака које воде целокупно пословање стицаоца, под условом да уговором није предвиђено да овај посао обавља нека друга банка. Што се тиче валуте исплате, то може бити валута даваоца, валута стицаоца или валута неке треће земље. Давалац ће, по правилу, инсистирати да плаћање буде у некој конвертибилној валути. Може се десити да се валута исплате разликује од валуте обрачуна.

Пре него што се изврши исплата накнаде, многа законодавства предвиђају поступак њене контроле и одобравања. Право Аргентине прописује да ће по одобрењу уговора Национални институт за индустријску технологију, између осталог, предати сваком партнеру и уверење о одобрењу ради приказивања Централној банци, које ће садржавати податке о уговарачима, месту плаћања, уговореним роковима у којима треба да буду извршена плаћања, начин на који ће и време у коме ће бити одређен девизни курс ако је утврђен у уговору, као и валуту плаћања (31). Колумбијско право предвиђа да неће бити регистрован сваки онај уговор који не садржи одредбе које регулишу поступак плаћања (32). Истоветни захтев поставља и перуанско право (33).

(27) "Правни инструменти којима се ублажавају нееквивалентност узајамних новчаних престајања уговорних страна изазваних услед енормног пада вредности односног новца, као одређене националне валуте". В. Круљ, *Правна дејства монетраних промена и међународних плаћања*, Београд, 1963, стр. 37.

(28) Тако су, нпр., САД 1933 донеле познату *Joint Resolution*, којом су укинуте као противне јавном поретку све златне клаузуле код новчаних обавеза изражених у монети. И остале развијене капиталистичке државе донеле су сличне прописе којима се или забрањује уговарање заштитних клаузула, или се ограничава њихов домашај; В. Круљ, *op. cit.*, стр. 45.

(29) Опширније о девизној контроли в. В. Круљ, *Утицај административних (девизних) одобрења и дозвола за закључене и испуњене уговоре*, "Збирка радова из права спољне трговине", Београд, 1965, стр. 47-55.

(30) Плаћање преко централних банака, нпр. предвиђа право Доминиканске Републике (поглавље Х Закона бр. 861 о страним улагањима и преносу технологије од 19. јула 1978; Извор: *Компилација*).

(31) В. чл. 11. III, Одлуке бр. 580/81.

(32) В. чл. 4. Декрета бр. 1234 који се односи на садржину уговора о преносу технологије и установљење мерила за одобравање таквих уговора од 18. јула 1972; *ibid.*

Осим тога, да би преносилац могао да тантијеме трансферише у иностранство, неопходно је да презентује одређене документе банци која врши посао наплате и трансфера тантијема. Императивне норме захтевају презентацију следећих докумената: а) захтев за исплату заједно са планом вршења одговарајућих исплата, који приказује бруто-тантијеме, порезе и нето-тантијеме које се исплаћују; б) примерак одлуке о одбору уговора; в) доказ о плаћеном порезу, или изјаву дату под заклетвом о придржају истих; г) детаљан приказ нето-продаја, са производима продатим у одговарајућем периоду плаћања и д) прималац тантијеме мора дати изјаву под заклетвом да не постоји између уговорника однос претходник-следбеник, или да су следбеници исте фирме-претходника (34). Наведени документи које треба приложити, третирају се као изјаве дате под заклетвом, које ће потписати правни заступник и шеф рачуноводства. Потписници ће бити лично одговорни за истинитост података, као и веродостојност докумената. Након њихове презентације, банка ће почети продају уговорене стране валуте. Она је при том обавезана да достави државном органу документацију и копију ваучера о продаји стране валуте у року од 30 дана по извршеној продаји. Иначе, продаја стране валуте треба да буде усклађена са девизним одлукама Централне банке резерви. CONITE (35) потврђује тачност и истинитост поднете документације. У случају да се установи извесна повреда права, обавестиће се Централна банка резерви, али без штете за репатријацију тантијеме (36). Слично је и у шпанском праву (37).

Закон о прибављању технологије прописивао је да се закључени уговор о преносу технолошког знања неће одобрити ако домаћи партнер не достави доказ и о томе да су сва плаћања ино-партнеру за све време важења уговора евидентирана код надлежне самоуправне интересне заједнице за економске односе са иностранством (38). Такође, као услов за регистрацију уговора било је потребно доставити и економско-техничко-технолошки елаборат, као и мишљење надлежног органа о подобности домаћег уговорника да извршава обавезе из закљученог уговора (39). Елаборат је морао садржавати, између осталог, податке о изворима средстава потребних за извршавање уговора, као и ефекте закљученог уговора на платнобилансни положај односе федералне је-

(33) В. чл. 17 (е) Правила за установљење прецизних права и обавеза преносилаца и прималаца стране технологије, заштитних знакова или патената од 23. октобра 1981 (у даљем тексту: *перуанска правила*); *ibid*.

(34) Између правних лица која се налазе у наведеним односима не може се уговарати плаћање тантијема за пренет технологију; в. чл. 24 *перуанских правила*.

(35) Надлежан орган за регистрацију уговора о трансферу технологије у Перуу.

(36) В. одељак IV *перуанских правила*: "Преноси".

(37) В. чл. 6. Декрета бр. 2343 од 21. септембра 1973, који уређује пренос технологије. Наведени члан прописује да уписивање уговора о преносу технологије у регистар Министарства индустрије представља основни предуслов за добијање одобрења за пренос стране валуте у иностранство. Дозволу за трансферисање стране валуте у иностранству издаје Општа управа за пословне односе са иностранством, а контролу издатих дозвола у погледу исправности и испуњавања законом предвиђених услова врши Министарство трговине; *ibid*.

(38) В. ст. 3, чл. 35.

(39) В. чл. 3, ст. 1, т. 2. и 3.

динице (40). Позитивно право више не захтева прилагање ових података. Међутим, контрола спољнотрговинског пословања се и даље обавља преко државних органа - Народне банке Југославије и народних банака република, савезних органа управе надлежних за инспекцијске послове, као и других надлежних органа. Наведени органи су обавезни да о извршеној контроли редовно достављају извештаје савезном органу управе надлежном за послове економских односа са иностранством (41).

Што се тиче обезбеђења плаћања, преносиоци технологије најчешће инсистирају на гаранцијама реномираних банака из земље прибавиоца. Слажемо се са ауторима који сматрају да се и прибавилац треба осигурати путем гаранције за добро извршење посла, а за случај да изостану уговорени резултати (42).

Конечно, поставља се и питање мењања висине накнаде. Висина се може мењати споразумно, а може једнострано, према правилима грађанског права, позивањем на клаузулу *rebus sic stantibus*.

4. *Обавеза плаћања накнаде на име пружених услуга и техничке помоћи од стране преносиоца ("service-fees")*. Поред обавезе плаћања накнаде (*"royalty"*) за уступљену технологију, стицалац мора да плати и накнаду на име пружених услуга и техничке помоћи од стране преносиоца (*"service-fees"*). Обавеза се у теорији назива и "плаћање хонорара" (43).

Иначе, техничка помоћ преносиоца може се састојати у обучавању кадрова стицаоца и слању инструктора и стручњака у погоне стицаоца. У њу спадају и послови везани за увођење стицаоца у искоришћавању технологије, итд.

Водич ОМРП прописује да обавезе плаћања свих трошкова везаних за поменуте облике техничке помоћи падају на терет стицаоца и то: издаци за плате, смештај, путне трошкове, дневнице, трошкове пресељења, итд (44).

Накнада за пружену техничку помоћ може бити плаћена у једнократном, паушалном износу, али се у пословној пракси чешће уговара у виду хонорара и трошкова. Накнада за ангажовање стручњака се уобичајено уговара по дану, при чему се узима у обзир и време provedено на путу од седишта преносиоца технологије до места обуке, као и нерадни дани. Такође, стицалац има обавезу и да плати трошкове превоза тих лица, затим трошкове исхране и смештаја. Та се накнада обрачунава према "вредности рада стручњака, не према његовој плати, већ према вредности који његов рад има за његовог послодавца" (45). То ће значити да ће у висину хонорара бити урачуната у одређеним случајевима и нека врста обештећења за време у коме је односни стручњак био ангажован код стицаоца.

Поједина национална законодавства детаљно регулишу ову обавезу. Бразилско право прописује да ће укупан износ накнаде за ангажоване

(40) В. чл. 36, ст. 1, т. 6. и 10.

(41) В. чл. 115. Закона о спољнотрговинском пословању.

(42) В: Р. Прица, *op. cit.*, стр. 166.

(43) Тако: Р. Прица, *op. cit.*, стр. 160.

(44) В. параграфе: 467, 469. и 472.

(45) В: Р. Прица, *op. cit.*, *loc. cit.*

стручњаке, плативе у иностраној валути, бити израчунат на следећој основи: а) према броју стручњака; б) појединачних дневних плаћања, искључујући нужне трошкове у складу са уобичајеним мерилима и стандардима, а укључујући и оне у земљи порекла, која су одређена у границама посебног знања и квалификације сваког стручњака и природом услуге; и в) процене дужине времена које се сматра довољним за прибављање техничке помоћи и испуњење програма обучавања особља. При том ће цена боравка страних стручњака у Бразилу (дневна плата, дневнице, итд.) бити појединачно процењивана и плаћана у локалној валути, тј. крузеирсима директно сваком стручњаку (46). Право Пакистана ограничава исплату ове накнаде (коју назива тзв. "техничком") на 2% за производе који не укључују основну производњу; на 5% за такву основну производњу која захтева сложену технологију. При том, као што је већ речено, укупан износ техничке накнаде и тантијема не сме прећи 5% за домаће тржиште. Максимално дозвољен рок плаћања техничке накнаде износи 5 година (47).

5. *Обавеза извештавања и полагања рачуна* Обавеза извештавања и полагања рачуна преносиоцу постојеће само у случају да накнада зависи од обима искоришћавања, тј. од остварене производње, или продаје, односно остварене добити. Под овом обавезом претпоставља се уредно вођење пословних књига од стране стицаоца.

Приликом стипулисања ове одредбе у уговору, треба имати у виду да преносилац може имати право увида само у оне податке који су релевантни за плаћање накнаде. Такође, преносилац не би имао право да у свако доба захтева да му се омогући увид у пословне књиге стицаоца. Због тога би требало уговорити да ће треће, неутрално лице вршити контролу пословних књига стицаоца, како би се спречила могућност да преносилац сазна одређене податке о пословању, као и друге податке о стицаоцу који нису у директној вези за пренетом технологијом. Јањић предлаже да лице које врши увид у пословне књиге мора јамчити тајност сазнатих података (48). Такође, уговором би требало предвидети у ком временском интервалу би требало вршити контролу. У пракси се обично контрола врши квартално, полугодишње или годишње.

У упоредном праву је неподељено мишљење да у случају уговарања накнаде која ће зависити од постигнутих резултата, преносилац има право да контролише пословање стицаоца и увидом у његове пословне књиге, независно од чињенице да ли је то утврђено уговором или није. Тако је по немачком праву стицалац обавезан да омогући контролу његових пословних књига на захтев преносиоца (49). Истоветан став заузима и аустријско право (50). Енглеска судска пракса заузима став да се ово право преносиоца претпоставља по самој природи ствари (51).

(46) В. чл. 2.2.5. и 2.2.6; Извор: *Компилација*

(47) В. Одељак III, *ibid*.

(48) *Op. cit.*, стр. 66.

(49) В: G. M. Pollzein: *Licensing in Germany*, "Internationale License Agreements", New York, 1965, стр. 34.

(50) В: W. Hermann: *Licensing in Austria*, "Internationale License Agreements", New York, 1965, стр. 34.

(51) В: Anglo American Asphalt Co. V. Crown Russel & Co. (1945) 2 All E. R. 657.

У случају да стицалац не извршава своју обавезу, наступају правне последице као и код неизвршавања уговора.

Интересантно је приметити да поједине земље које су донеле посебне прописе, захтевају од прибавиоца технологије да редовно обавештава надлежне државне органе о извршавању уговора. Закон о прибављању технологије је прописивао да је стицалац дужан да доставља годишње извештаје о извршавању уговора и то органу одобрења.⁵² Привредној комори Југославије и народној банци оне федералне јединице на чијем се подручју налазило седиште стицаоца. Извештај је требало да садржи податке о извршавању уговора, о дуговањима и потраживањима која су настала из тог уговора, о финансијским и пословним резултатима, оцену извршења уговора у протеклој години и друге важније податке. Извештај се морао доставити најкасније до 31. марта текуће године за претходну годину (⁵³). Сличне одредбе налазимо и у правима Филипина (⁵⁴) и Перуа (⁵⁵).

(Примљено 10. III 1992)

*Mr. Milan Pavić,
Practicing Lawyer, Belgrade*

COMPENSATION IN TRANSFER OF TECHNOLOGY CONTRACTS

Summary

Compensation in transfer of technology contracts is one of the essential elements of contract, and at the same time a basic obligation of the one acquiring the technology, whose counterpart is the obligation of handing over the object by the party granting the technology. Payment of compensation may be effected both in monetary and natural forme (ie. delivery of goods manufactured by applying the acquired technology). Monetary form may be effected in various ways: (I) lump sum payment; (II) periodical payment, which depends on terms and conditions in the contract, and (III) in a mixed way.

Countries enacting special regulations on the transfer of technology (developing countries) tend to restrict the autonomy of contracting in terms of the amount and duration of the right to compensation, in order to protect domestic partner against excessive exploitation by the one transferring the technology. In addition, such regulations are full of details regarding the way and place of payment of compensation. There is also a rigorous procedure of control and permits vis-a-vis foreign partner for the purpose of obtaining insight into terms and conditions of payment, foreign currency exchange rate, and the like.

The party acquiring the technology is also obliged to pay a compensation for services and technical assistance rendered. Technical assistance may consist of training the personnel of the receiving party, sending instructors to the factories of the domestic partner, etc.

(52) У време важења Закона орган одобрења је био Савезни секретаријат за индустрију и енергетику.

(53) В. чл. 43.

(54) В. правило VIII филипинских правила; извор: *Компилација*

(55) В. чл. 30 перуанских правила, *ibid*.

Closely connected to payment of compensation is a duty of informing and accounting. Namely, if the compensation is made dependent by contract of the scope of use of the technology transferred, the acquiring party has to report to the transferring one relevant facts serving as criteria for the amount of compensation.

Key words: *Industrial property. – Transfer of technology. – Compensation.*

*Milan Pavić,
avocat de Belgrade*

LA RÉMUNÉRATION CHEZ LES CONTRATS SUR LE TRANSFERT DE LA TECHNOLOGIE

Résumé

La rémunération chez les contrats sur le transfert de la technologie est un des éléments essentiels du contrat, et en même temps l'obligation élémentaire de l'acquéreur à laquelle correspond la remise de l'objet chez la patrie que transfère la technologie. La rémunération peut se faire sous forme pécuniaire et en nature (sous forme de livraison des marchandises produites à partir de la technologie acquise). La forme pécuniaire a plusieurs modalités: a) la rémunération sous forme d'une somme forfaitaire, b) la rémunération périodique que dépend des paramètres convenus, et c) la rémunération "mixte". Les Etats qui adoptent les règlements spéciaux sur le transfert de la technologie (les pays en développement) essaient de limiter l'autonomie de la volonté des parties contractuelles en ce qui concerne le montant et la durée du droit à la rémunération, dans le désir de protéger la partie contractuelle nationale contre l'exploitation exagérée par la partie qui transfère la technologie. En outre, ces règlements règlent de manière très détaillée les modalités et le lieu du versement de la rémunération. De nombreuses législations prévoient, avant le versement de la rémunération au partenaire étranger qui transfère la technologie, une procédure rigoureuse de contrôle et d'autorisation, qui oblige les parties contractuelles à joindre à leur demande à l'organe de l'Etat une documentation permettant d'établir les données sur les parties contractuelles, sur le lieu du versement, sur les délais convenus des versements, sur les modalités de la fixation du cours en devises et sur la monnaie dans laquelle les versements seront effectués.

Outre l'obligation de verser la rémunération pour la technologie transférée, l'acquéreur de la technologie a aussi l'obligation de verser la rémunération pour les services prolongés et l'aide technique de la part de la partie qui transfère la technologie. L'aide technique de la partie qui transfère la technologie peut consister en la formation des cadres de l'acquéreur, en l'envoi des instructeurs dans les ateliers de l'acquéreur etc.

Etroitement liée à l'obligation du versement de la rémunération existe aussi l'obligation d'informer et de soumettre des comptes rendus. En fait, au cas où il serait convenu que la rémunération dépendrait du volume de l'utilisation de la technologie transférée, l'acquéreur aura l'obligation d'informer la partie qui a transféré la technologie de tous les facteurs pertinents dont dépend le montant de la rémunération.

Mots cle: *Propriété industrielle. – Transfert technologies. – Rémunération.*

др Зорица Мршевић и др Мирјана Обретковић,
 научни сарадници Института за криминолошка и социолошка истраживања
 у Београду

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ЗАШТИТА ФИЗИЧКОГ ИНТЕГРИТЕТА МАЛОЛЕТНИКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И ПОСТУПКУ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА

Заштита физичког интегритета малолетника има карактер деривата из општих људских права, а такође и значај обезбеђења њиховог елементарног права на опстанак и развој. Излаже се заштита у кривичном и другим поступцима, као и од других органа принуде, заштита за време извршења казне и забрана примене смртне казне. Права малолетника на заштиту физичког интегритета имају се сматрати категоријом тзв. неукидивих права, која се морају поштовати у ратним и у сличним ситуацијама које се називају ванредним.

Став аутора је да људска права нису ни нова, лаичка религија, нити, пак, привилегија богатих друштава, већ заједнички језик читавог човечанства изражен кроз јасне и свима разумљиве принципе чије поштовање свака цивилизована држава треба да обезбеди својим грађанима. При том заштита физичког интегритета малолетника има карактер деривата из општих права, а такође и значај обезбеђења њиховог елементарног права на опстанак и развој. Акцент је на заштити живота, здравља и физичке добробити, односно развоја младе личности. Највише пажње посвећено је најновијим одредбама докумената формулисаним на Осмом конгресу Уједињених нација о превенцији криминалитета и третману учинилаца кривичних дела. Излагања обухватају три целине: заштита и кривичним и другим поступцима као и од других органа принуде; заштита за време извршења казне и забрана примене смртне казне. Аутори упозоравају да ванредна стања, тзв "states of emergency" увек представљају најозбиљнију фактичку претњу, пре свега, физичком интегритету и то обично оних најслабијих, а то су деца. Зато се залажу да се поменута права малолетника на заштиту физичког интегритета имају сматрати категоријом тзв. неукидивих права, која се морају поштовати и у ратним и сличним ситуацијама које се називају ванредним.

Кључне речи: *Малолетници. – Кривични поступак – Извршење санкција. – Физички интегритет.*

I. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О ПРАВИМА И КРИВИЧНОПРАВНОМ СТАТУСУ МАЛОЛЕТНИКА

Права човека и грађанина на заштиту интегритета личности су као неспорна призната у највећем делу светске заједнице и спадају у категорију традиционалних грађанских и политичких права и слобода прве

генерације (1). Такође се може рећи да влада општа сасгласност у придавању врло великог политичког значаја тим правима (2), јер им свима у основи лежи заштита интегритета личности и човека у смислу његове физичке, психичке, моралне и друштвене неповредивости. Они у свом практичном аспектима треба да представљају правне границе делатности државних репресивних органа ради остварења права на живот, права на физичку, психичку и моралну слободу, као и личну сигурност. Тако, нпр., Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима признаје право свакога лица да ужива најбоље стање физичког и душевног здравља које оно може постићи (чл. 12).

Како су за права малолетника, као и за сва људска права, неопходне одређене претпоставке, које омогућају њихову реализацију, и на нивоу глобалног друштва, и посебних друштвених подсистема, то су помену-та права човека и грађанина на заштиту сопственог интегритета она полазна основа и општи оквир неопходан за њихову даљу разраду. Као заједничку основу опште заштите физичког интегритета помињемо одредбе Међународног акта о грађанским и политичким правима по којима нико не може бити самовољно лишен живота, подвргнут мучењу, нити свирепом, нечовечном или понижавајућем поступку или кажњавању, при чему је посебно забрањено подвргавање неког лица медицинским или научним опитима без његовог слободног пристанка (чл. 6 ст. 1. и чл. 7). Слично томе и европска Конвенција о људским правима предвиђа да је право сваког човека на живот заштићено законом (чл. 2, ст. 1) као и америчка Конвенција о људским правима која предвиђа да свако лице има право да се његов живот поштује (чл. 4).

Заштита физичког интегритета малолетника има карактер деривата из тог општепризнатог права човека и грађанина, а такође и значај обезбеђења његовог елементарног права на опстанак и развој. Међутим, док општа заштита људског интегритета неспорно припада првој генерацији људских права, дотле се специфична заштита физичког интегритета малолетника може делимично сврстати осим у прву, такође и у другу (3), па и трећу генерацију (4) људских права.

Специфичности кривичноправног статуса малолетника подразумевају посебну материјалноправну и процесноправну регулативу пошто се односе на субјекте које у време извршења кривичног дела нису достигли одговарајући узраст. Заснивају се на претпоставкама о посебним обележјима криминалитета младих, као и суженом обиму, или

(1) У основну категорију традиционалних грађанских и политичких права и слобода спадају, између осталих, право на живот, забрана суровог и нечовечног и понижавајућег поступања и кажњавања, право на слободу и безбедност личности и сл.

(2) Давор Крапац, *Основна права човека и грађанина и начела кривичног поступка. Права човека и савремена кретања у криминалној политици*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1991, стр. 153.

(3) Другу генерацију чине економска, социјална и културна права, као и знатно проширена једнакост међу људима, тако да, нпр., Европска социјална повеља садржи листу од 19 значајних људских права у економском и социјалном домену, међу којима је и право на заштиту деце и омладине. Д. Јанча, *Заштита људских права у оквиру европског савета*, ЈРМП, 1-2/89, стр. 86.

(4) Трећа генерација обухвата права која се тичу људске сигурности, смањење угрожености, страха и манипулације.

специфичном карактеру њихове одговорности. Од положаја малолетника као "преступника у малом" (што је значило умањену одговорност и могућност блажег кажњавања), еволуција њиховог третмана у кривичном праву текла је ка откривању друштвене узрочности криминалитета и развојних карактеристика личности. Њихово уочавање, пак, захтева посебан приступ проблему одговорности деце и младих на вршење кривичних дела, као и одређивање адекватне друштвене реакције у смислу спречавања и сузбијања њиховог преступничког понашања (5).

Сазнања хуманистичких наука и идеје модерних школа и покрета у области кривичног права (нарочито друштвене одбране и "нове друштвене одбране"), доводе личност у жижу кривичноправног реаговања, отварају тиме могућности индивидуализације санкција и доприносе сужавању репресије. У погледу малолетника (делимично и пунолетних извршилаца кривичних дела), нови приступи резултирају разбијањем граница кривичног права и преношењем тежишта социјалне контроле на социјалну заштиту (6). Циљеви кривичних санкција према малолетницима, везани превасходно за обезбеђивање услова позитивне социјализације, претпостављају садржаје који се могу остваривати првенствено у адекватној друштвеној средини, укључујући породицу као примарну групу, односно друге факторе социјализације. Неадекватност породичне средине, карактер и интензитет преступничког понашања, или специфичности психофизичког статуса и потреба малолетника могу бити разлози за специјални третман у оквиру институција различитих типова, од којих неке намећу ограничења личне слободе, па и слободе кретања.

И поред одређеног дуализма кривичних санкција према малолетницима, у свим развијенијим системима кривичног права преовлађују васпитне мере са веома израженим елементима социјалне заштите, специфична кривичноправна процедура, у којој је заступљена примена ванправних стручних поступака испитивања и процене личности (и других околности релевантних за могућности социјализације) и релативно широка дискреција органа надлежних за доношење одлука о примени кривичних санкција.

На институционално-организационом плану, развијају се системи специјализованог малолетничког правосуђа опремљеног социјалним службама (7), који се у својим изворним концептима, или својом еволуцијом, везује за правну заштиту васпитно угрожених малолетни-

(5) О. Матић, *Историјски приказ кривичноправног положаја малолетних учинилаца кривичних дела*, Зборник ИКСИ, г. II, Београд, 1973, бр. 2, 75-96; О. Перић, *Кривичноправни положај малолетника*, ИКСИ, Београд, 1975, 27-44.

(6) М. Ancel, *Друштвена одбрана*, превод др О. Перића, ИКСИ, Београд, 1991, 44-64, 72-78.

(7) Ту најбоље долази до изражаја категоризација заштите права малолетника у другу генерацију људских права чија сврха, за разлику од старих грађанских и политичких права, није да зајамче појединцу слободе од државе и наспрот држави, већ представљају захтеве упућене држави за прерасподелом друштвених добара и услуга. Док се стара права остварују нечињењем државе, нова права су незамислива без њеног чињења, односно престација. В. Коштуница, *Општа декларација и социјална права*, ЈРМП 1-2/89, стр. 33.

ка, односно малолетника са неадекватним породичним старањем. На тај начин се ствара основа за конституисање интегралног система заштите малолетника који су у ризику или испољавају одређене поремећаје у понашању.

У основи овог концепта је претпоставка да је кривично дело које изврши малолетник тек симптом тешкоћа или поремећаја у процесу социјализације, чији су узроци, по правилу, у неадекватној породичној или широј друштвеној средини а индивидуализовани третман, са тежиштем на социјалној заштити, треба да отклони сметње у том процесу.

Овакав приступ оправдава примену принудних мера социјално-педагошког карактера и у случајевима таквих друштвено непожељних понашања, односно поступака који, када је реч о пунолетним особама, не подлежу кривичноправној репресији. Репресивни карактер, више или мање изражен у појединим врстама кривичних или квазикривичних санкција, проистиче из посебне друштвене мотивације, односно високо вреднованог јавног интереса.

Концепт специјалног третмана малолетника девијантног понашања и социјално, односно васпитно угрожених малолетника, заснован на принципу социјалне заштите, није без противречности на које указују и теоријске анализе и искуства практичке природе. У новије време, англосаксонска правна литература сучељава два модела: модел социјалне заштите и модел правичности, дајући одређене предности овом потоњем. Недостаци модела који би се могао означити као протективни јесу, пре свега, његова арбитрарност, недовољни механизми заштите правне сигурности, непостојање критеријума за утврђивање сразмерне одговорности (8).

Правна реакција на преступничко понашање малолетника мења смисао: од заштите друштва - ка заштити малолетника. Такав концепт подразумева на страни малолетника одсуство аутономије вољне делатности и битно смањену одговорност, што оправдава готово неограничена овлашћења државе у одређивању малолетничког интереса. Малолетник је пре објект интервенције, него правни субјект. Потребе малолетника стављају се изнад његових права, а социјално-педагошки третман добија предност у односу на кажњавање (9).

Критика протективног модела добија нарочити замах развојем идеје и покрета за права деце, који истичу захтев за правним гаранцијама тих права и обезбеђењем једнаке правде за све чланове друштва. У том погледу, јављају се захтеви за обезбеђење једнаких права у правном поретку са онима који припадају одраслим грађанима, међу којима су од посебног значаја она којима се гарантују личне слободе појединца у односу на државу и спречавају злоупотребе власти.

Права малолетника, ако основна људска права, представљају оквир за формулисање посебних права у ситуацијама примене репресивних мера мотивисаних јавним интересом. У том смислу се права деце која

(8) M. D. A. Freeman, *The Rights and Wrongs of Children*, Frances Pinter, London, 1983, 81-86.

(9) *Ibid.*, 66-78.

постају субјекти кривичноправне процедуре, или бивају ограничена у слободи и другим правима у којима је изражена аутономија воље, односе према општим правима деце као и права одраслих у одговарајућим ситуацијама опресија - према основним људским правима. Тим посебно утврђеним правима се, наиме, и у случајевима који подразумевају одређен степен државне принуде или ограничења права, штите основне вредности интегритета човека, као тековине хумане цивилизације (10).

Не одричући специфичан карактер кривичне одговорности малолетника и потребу за другачијим друштвеним реаговањем, овакав приступ значи да малолетнику припадају најмање оне гаранције слободе и других личних добара које се признају одраслима. У том смислу треба схватити захтев за поштовањем принципа легалитета у кривичном праву, које у односу на малолетнике значи да они не могу бити подвргнути кривичном поступку за дела која нису инкриминисана кривичним законом(11), да санкције морају бити сразмерне учињеном делу и одређене у трајању, да се морају обезбедити одговарајући механизми заштите права у поступку изрицања и извршења тих санкција (12). Оваква права би аналогно требало обезбедити и за оне малолетнике према којима се примењују мере ограничавања, односно принуде у административном поступку породичноправне, односно социјалне заштите (13).

Коментарисане одредбе о заштити интегритета релевантне су за примену свих врста кривичних санкција (односно, мера у оквиру кривичног поступка), али и других мера институционалне заштите малолетника које се примењују у области социјалног или породичног права, ако се оне заснивају на природи или ограничавају слободу кретања (14).

У погледу садржине права, избор теме ограничен је на заштиту физичког интегритета, премда се овај аспект не може одвојити од других димензија: моралне, емоционалне, интелектуалне. Акценат је на заштити живота, здравља и физичке добробити, односно развоја младе личности. При томе смо били свесни да се у извесним садржајима преплићу елементи заштите достојанства, менталног здравља и други елементи који су неодвојиви од физичког интегритета личности.

(10) Упоредити: О. Перић, *Положај малолетника у југословенском кривичном законодавству са становишта заштите људских права & Права човека и савремена кретања у криминалној политици*, ИКСИ, Београд, 1989, стр. 99-102.

(11) Према Ф. Хирјану и М. Сингеру, на малолетне, исто као и на пунолетне особе, кривичне санкције могу бити примењене само ако су, с умишљајем или нехатом, противправно остварила обележја неког бића кривичног дела (Ф. Хирјан, М. Сингер, *Малолетници у кривичном праву*, "Информатор", Загреб, 1978, 38-42.

(12) Freeman, *op. cit.*, 95-96.

(13) А. Šelih, *Vzgojni ukrepi za mladostnike ter varstvo njihovih pravic*, "Правник", 1981/4-6, 137, 139, 147. У истом смислу: К. Зупанчич, *Интервенција друштвене заједнице у вршењу родитељског права, Сарадња суда и органа старатељства у примени нових породичних закона*, Институт за правне и друштвене науке Правног факултета у Београду, Београд, 1984, 154-155.

(14) Према чл. 11. Правила УН о заштити малолетника лишених слободе, лишењем слободе у смислу тих правила сматра се било која врста хапшења или затварања или смештаја лица, по наређењу било које правосудне, административне или друге јавне власти, у јавну или приватну установу коју лице не може својевољно да напусти.

Иначе, разлог за посебно обраћање пажње баш на заштиту физичког интегритета било је уочавање да ефекти излагања насиљу, посебно за време детињства, могу проузроковати дуготрајне негативне ефекте у понашању и држању, укључујући пораст толеранције насиља у друштву као целини. Такође смо били свесни чињенице да су учиниоци многих кривичних дела (укључујући и многе жртве), као и они који су осуђени због специфичних кривичних дела насилног криминалитета, били и сами злостављани као деца, и то неретко на институционални начин. Зато смо прихватили чињеницу да је насиље уопште често повратан феномен, и да законско као и практично спроведено онемогућавање његове појаве, бар оног институционалног карактера, представља рани одговор, тј. део политике превенције криминалитета, у функцији могућег спречавања појава будућих инцидената (15).

II. МЕЂУНАРОДНИ ДОКУМЕНТИ О ЗАШТИТИ ФИЗИЧКОГ ИНТЕГРИТЕТА МАЛОЛЕТНИКА

Од међународних докумената имали смо у виду пре свега документе општег карактера, као што су Универзална декларација о људским правима (16), Међународна конвенција о економским, социјалним и културним правима и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (17), као и неке друге међународне инструменте који се односе на права и добробит младих лица. Посебну пажњу поклонили смо онима посебног карактера, као што су Декларација о правима детета (18), Конвенција УН о правима детета (19) и Стандардна минимална правила Уједињених нација о малолетничком правосуђу (20). Ипак смо највише простора посветили најновијим (и код нас релативно непознатим) одредбама обухваћеним неким од докумената формулисаним на Осмом конгресу Уједињених нација о превенцији криминалитета и третману учинилаца кривичних дела, као што су: Правила Уједињених нација о заштити малолетника лишених слободе (21), Смернице Уједињених нација о превенцији малолетничког криминалитета (Ријадске смерни-

(15) У том смислу се заштита права малолетника може сматрати делом треће генерације људских права којима се остварује људска сигурност, смањење угрожености, страха и манипулације, при чему је и њихова специфична регулатива новијег датума (видети напомене бр. 21-24), па би се и по томе могли сврстати у ту категорију.

(16) *Universal Declaration of Human Rights*, Резолуција Генералне скупштине 217 А (III).

(17) *International Covenant on Civil and Political Rights*, Резолуција Генералне скупштине 2200 А (XXI), анекс.

(18) *Declaration of the Rights of the Child*, Резолуција Генералне скупштине 1386 (XIV).

(19) *Convention on the Rights of the Child*, Резолуција Генералне скупштине 44/25, анекс.

(20) *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, Резолуција Генералне скупштине 40/33, анекс.

(21) *United Nation Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*, Осми конгрес Уједињених нација о превенцији криминалитета и третману учинилаца кривичних дела, Хавана 27. августа до 7. септембра 1990, United Nation publication, New York, 1991.

це) (22), Нацрт Резолуције о домаћем насиљу (23) и Нацрт Резолуције о инструменталној употреби деце у криминалним активностима(24). При том су овде интерпретиране углавном оне одредбе које садрже међународноправну регулативу протекције људских права које се најуже и најнепосредније односе на кривични поступак и извршење кривичних санкција институционалног карактера. Тако, нпр., није обухваћена материја општег кривичноправног положаја малолетника, нити посебни проблеми малолетничког кривичног законодавства и правосудне праксе, које третира Скуп минималних правила УН о малолетничком правосуђу (25). Тако детерминисану област интересовања поделили смо ради прегледности излагања на три основне групе, и то:

А) Заштита у кривичном и другим поступцима као и од других органа принуде

1) Опште одредбе

2) Притвор

Б) Заштита за време извршења казне

1) Општи услови извршења казне, лишења слободе према малолетницима

2) Одржавање дисциплине, употреба принуде и присиле

3) Физичка култура, здравствена заштита и медицински третман

4) Поступање за случај смрти затвореног малолетника

В) Забрана примене смртне казне

А) ЗАШТИТА У КРИВИЧНОМ И ДРУГИМ ПОСТУПЦИМА КАО И ОД ДРУГИХ ОРГАНА ПРИНУДЕ

1) Опште одредбе

У поступку који се примењује према младежи која са становишта кривичног закона још није пунолетна, водиће се рачуна о њеном узрасту и о интересу који представља њено преваспитавање (26). Кодекс понашања лица одговорних за примену закона (27) у свом чл. 3. предвиђа да треба све предузети да би се искључила употреба ватреног оружја, нарочито против деце. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, чл. 14, ст. 4. наводи да се у поступку који се примењује према

(22) *United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines)*, Одељак А, резолуција 6. Осми конгрес Уједињених нација о превенцији криминалитета и третману учиниоца кривичних дела, Хавана 27. августа до 7. септембра 1990, United Nation publication, New York, 1991.

(23) *Draft Resolution about domestic violence*, Осми конгрес Уједињених нација о превенцији криминалитета и третману учиниоца кривичних дела, Хавана 27. августа до 7. септембра 1990, United Nation publication, New York, 1991.

(24) *Draft Resolution about Instrumental use of children in criminal activities*, Осми конгрес Уједињених нација о превенцији криминалитета и третману учиниоца кривичних дела, Хавана 27. августа до 7. септембра 1990, United Nation publication, New York, 1991.

(25) Тај текст је детаљно и исцрпно интерпретиран и анализиран у раду: О. Перић, *Положај малолетника у југословенском кривичном законодавству са становишта заштите људских права*, 99-107.

(26) Међународни пакт о грађанским и политичким правима, чл. 14, ст. 4.

(27) *Права човека*, зборник докумената, "Прометеј", Београд, 1991, стр. 132-137.

младежи која са становишта кривичног закона још није пунолетна, водити рачуна о њеном узрасту и о интересу који представља њено преваспитавање.

Конвенција УН о правима детета (у даљем тексту само Конвенција) (28) предвиђа да ће државе потписнице настојати да подстичу доношење закона, поступака, успостављање органа и установа применљивих за децу за коју се тврди, која су оптужена и за коју се сматра да су прекршила закон, а посебно: а) утврђивање најниже старости испод које деца не могу бити сматрана способном за кршење кривичног закона; б) кад год је могуће и пожељно, мере за поступање са таквом децом, без прибегавања судском поступку, с тим да људска права и законска заштита буду у потпуности поштовани.

У новије време се доста инсистира на чињеници да једнак третман неједнаких заправо значи дискриминацију слабијих, која се може избећи само давањем тим потоњима већих права, односно адекватније заштите, па тако положај малолетника у кривичном поступку има и додатни аспект њихове заштите од самог вођења поступка. Наиме, како предвиђају Ријадске смернице, у намери да се спречи стигматизација, виктимизација и криминализација младих лица, тражи се да унутрашња законодавства обезбеде могућност да се не сматра кривичним делом свака радња коју учине малолетници, а која је иначе кривично дело када је учине одрасла лица (чл. 56).

Због специфичности деце јег узраста биће на располагању разноликост расположивих могућности, као што су брига, саветовање, надзор, правно заступање, условно кажњавање, прихват, образовање и програми стручног усмеравања и друге могућности институционалне бригае, да би се обезбедило да се са децом поступа на начин који одговара њиховом добу и који је пропорционалан и околностима и учињеном делу. Конвенција УН о правима детета одредбама чл. 37. предвиђа да државе чланице обезбеђују да ниједно дете не буде изложено мучењу или другим окрутним, нељудским или понижавајућим поступцима или казни. Још детаљније су одредбе истог документа (чл. 40) којим се одређује да државе чланице признају право сваког детета за које се тврди, или које је оптужено, или за које је признато да је прекршило кривични закон, да се с њим поступа на начин којим се подстиче његово осећање достојанства и вредности, што јача његово поштовање права човека и основне слободе других и при чему се узимају у обзир узраст детета и жеља да се побољша његова реинтеграција и да оно преузме конструктивну улогу у друштву.

2) Притвор

Посебно је деликатан положај малолетника који су током кривичног поступка лишени слободе, па се те ситуације детаљно регулишу. Конвенција за заштиту људских права и основних слобода предвиђа у (чл. 5, ст. д) да се малолетници могу притварити само на основу законите наредбе у циљу васпитног надзора, односно законитог притварања ма-

(28) *Ibid.*, стр. 214-239.

полетника да би се привео надлежној власти. Конвенција УН о правима детета у чл. 37. одређује да ниједно дете не може бити лишено слободе незаконито или самовољно. Сматра се да малолетници због своје изра-зите рањивости захтевају посебну пажњу и заштиту и да њихова права и добробит треба да буду гарантована за време лишења слободе (Прави-ла УН о заштити малолетника лишених слободе, Преамбула). Исти докуменат подвлачи да лишење слободе малолетника треба да буде на располагању властима тек као последње средство, да се изриче у огра-ниченом броју изузетних случајева и то у минималном трајању (29). Хапшење, притвор или затвор за дете мора бити у складу са законом и користити се само као последња могућа мера и за најкраће могуће време. Притвор пре суђења треба да буде избегнут и ограничен на изузетне околности тако да треба да се примене све доступне алтернативне мере.

Када се, ипак, одреди притвор малолетнику, судови и истражни органи треба да му пружи највиши приоритет у решавању и најбржи могући поступак да би се осигурало најкраће могуће трајање притвора (30). Са децом лишеном слободе поступа се тако што се поштује досто-јанство људске личности, као и на начин којим се узимају у обзир потребе лица његових година.

Малолетници који се могу кривично гонити имају се одвојити од одраслих и извести пред посебне судове у што краћем року, како би се са њима могло поступати у складу са њиховим статусом малолетника - предвиђа америчка Конвенција о људским правима (чл. 5, ст. 5). У Међународном пакту о грађанским и политичким правима такође стоји да ће оптужени малолетници бити одвојени од одраслих и да ће се о њиховом случају одлучивати што је могуће пре (чл. 10, ст. 2). Свако дете лишено слободе одваја се од одраслих (31) (осим ако се не сматра да је то у најбољем интересу детета) и има право да одржава контакт са својом породицом преко писама и посета, осим у изузетним случајевима. И Скуп минималних правила о поступању са затвореницима предвиђа да малолетни затвореници треба да буду одвојени од старијих (чл. 8 (д)). Они, по правилу, треба да буду притворени у посебним заводима (чл. 85, ст. 2), а напомиње се и да окривљени треба да буду одвојени од затвореника.

Б) ЗАШТИТА ЗА ВРЕМЕ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ

Посебно осетљиву област представља заштита малолетника лишених слободе, чију заштиту предвиђају Правила Уједињених наци-ја која треба да се примењују непристрасно, без икакве дискриминације (32). И Декларација о правима детета (начело бр. 10) предвиђа да дете

(29) Правила УН о заштити права малолетника лишених слободе, чл. 2. где се такође предвиђа да дужина трајања санкција треба да буде одређена од судске власти са постојањем могућности ранијег отпуста.

(30) Правила УН о заштити права малолетника лишених слободе, чл. 17.

(31) *Ibid.*, чл. 17.

(32) Понавља се за такве ситуације већ класична формула "...у погледу расе, боје коже, пола, узраста, језика, религијске припадности, националности, политичког или другог мишљења, културних веровања или праксе, имовине или због рођења или поро-дичног статуса, етничког или другог порекла или инвалидитета" - чл. 4. Правила Уједи-њених нација о заштити малолетника лишених слободе.

треба да буде заштићено од поступака који могу довести до ране, религиозне или неке друге дискриминације (33).

Зато је и по обиму најмаркантнија област заштите физичког интегритета малолетника за време извршења казне (а под тим се у највећем броју случајева подразумева извршење казне лишења слободе), с обзиром на чињеницу да бројни инструменти међународног права својим одредбама регулишу разне аспекте те специфичне протекције малолетника. Треба рећи да се на заштиту физичког интегритета малолетника пре свега односе универзалне одредбе које уопште регулишу ту област, штитећи пре свега одрасла, пунолетна лица. Као и код одраслих затвореника, и код малолетника на првом месту, ма како се квалификовала затвореничка права, помиње се као најважније право на живот и физички интегритет (34). Специфичност малолетничког узраста ствара, међутим, повећану потребу за додатном регулативом која специфицира неке аспекте извршења казни према малолетницима.

1) Општи услови извршења казне лишења слободе према малолетницима

Најдетаљнија су Правила УН о заштити малолетника лишених слободе где се чл. 28-9. предвиђа да малолетници могу да се затворе само под условима да се потпуно узму у обзир њихове појединачне потребе, статус и посебни захтеви у складу са њиховим узрастом, личношћу, полом, типом кривичног дела, менталним и физичким здрављем.

Конструкција затворских објеката за малолетнике и физичка средина треба да прате циљеве рехабилитације и боравишног третмана, уз одговарајуће поштовање потреба малолетника за приватношћу, могућности дружења са вршњацима и учешће у спортовима, физичким вежбама и слободним активностима. Затворске установе за малолетнике не смеју да буду смештене у области познате здравственим или неким другим ризицима и опасностима. Санитарне инсталације треба да буду довољног капацитета да омогуће малолетницима да их користе у приватности, на достојанствен начин и у чистоћи, када то желе и у складу са својим физичким потребама (35).

У затворским установама малолетници треба да буду одвојени од одраслих, изузев ако се ради о члановима исте породице. Под контролисаним условима малолетници могу бити смештени и са пажљиво селекционисаним одраслима, што би био део програма за који се доказало да је од користи за малолетнике.

2) Одржавање дисциплине, употреба принуде и присиле

Употреба принуде и присиле, осим оне предвиђене правилима, треба да буде забрањена. Принуда и присила могу да буду коришћене само у изузетним случајевима када су сви други контролни методи исцрпљени, или су били неуспешни, и само на изричито овлашћење дато у складу са законском и унутрашњом регулативом. Њима се не сме проузроковати понижење или деградација и треба пре свега да буду

(33) *Права човека*, зборник докумената, "Прометеј", Београд, 1991, стр. 71-76.

(34) О. Перић, *Пложај малолетника у југословенском кривичном законодавству са становишта људских права*, стр. 100.

(35) Правила УН о заштити малолетника лишених слободе, чл. 32. и 34.

коришћене рестриктивно и само у најкраћем могућем периоду. По наређењу директора установе, може се прибећи принуди и присили само да би се спречили затворени малолетници да изврше самоповређивање, повређивање других или озбиљна разарања имовине. У таквим случајевима директор мора одмах да консултује медицинско или друго релевантно особље и да о томе извести више власти. Нико не сме да буде два пута кажњен за исти прекршај, а и колективно дисциплинско кажњавање треба да буде забрањено (36).

Ниједан члан особља затворске установе не сме да одреди, подстиче или толерише било какав акт тортуре у било којој форми насилног, суровог, нехуманог или деградирајућег третмана, кажњавања, исправљања или дисциплине под било којим изговором или било којим другим околностима (37). Све дисциплинске мере које садрже суров, нехуман или деградирајући третман биће стриктно забрањене, укључујући телесне казне, смештање у мрачну ћелију, затварање у самицу, или било коју другу казну која може да угрози физичко и ментално здравље малолетника. Особље не сме да носи и употребљава оружје ни у једној установи у којој су затворени малолетници.

Смањење obroка и ограничење, или забрана контакта са члановима породице треба да буде забрањено у било ком циљу. Рад увек треба да буде сматран образовним средством и начином унапређивања самопоштовања малолетника у његовој припреми за повратак у друштвену заједницу и не сме да се одређује као дисциплинска санкција.

3) Физичка култура, здравствена заштита и медицински третман

У циљу посебне заштите њиховог физичког интегритета, млади затвореници морају добити и време одређено за вежбе телесно васпитање које разонођује. У том смислу треба им ставити на располагање терен, уређаје и опрему (Скуп минималних правила, чл. 21, ст. 2). Сваки малолетник треба да има право на одговарајући термин за слободне дневне активности на отвореном ваздуху, кад год то временске прилике дозвољавају у време које треба да им буде обезбеђено за рекреативни и физички тренинг. За те активности треба да буду обезбеђени одговарајући простор, инсталација и опрема. Затворска установа треба да осигура програм по коме је сваки малолетник реално у стању да учествује у одговарајућим програмима физичког васпитања.

Малолетницима којима је то потребно, треба да буде омогућена корективна физичка терапија и вежбе под медицинским надзором (38). Сваког малолетника који је болестан, који се жали на болест, или показује симптоме физичких или менталних тешкоћа, треба сместа да испита квалификовани медицински стручњак. Уколико медицински стручњак сматра да је физичко и ментално здравље малолетника било, или да ће бити, оштећено наставком затворске казне, штрајком глађу или неким другим узроцима везаним за затвор, о томе треба да сместа обавести директора затворске установе у којој је малолетник, као и независне органе одговорне за очување добробити малолетника.

(36) *Ibid.*, чл. 63, 64, 65, 67.

(37) *Ibid.*, чл. 86 (а).

(38) *Ibid.*, чл. 47.

Малолетницима лекови треба да буду давани само када је то неопходно медицински заснованим третманом, и ако је то потребно, по прибављеном пристанку правилно обавештеног малолетника коме су намењени. Лекови никако не смеју да буду коришћени да би се изнудила признања, обавештења, или као казна и начин вршења принуде. Малолетници никада не смеју да буду објекти експеримената у вези са употребом дрога. Употреба сваке дроге из медицинских разлога треба да буде одобрена и да се врши под надзором квалификованих медицинских стручњака (39).

У редовне инспекције, као и оне ненајављене, треба да иду и квалификовани медицински службеници који могу да оцене евентуалне пропусте у поштовању правила која се односе на физичку средину, хигијену смештај, исхрану, вежбе и медицинске услуге, као и других аспеката или услова институционалног живота који утичу на физичко и ментално здравље малолетника. Сваки затворени малолетник треба да има право да у поверењу разговара са било којим инспектором, као и да учини захтев, или се жали директору затворске установе, као и свом овлашћеном правном заступнику (40).

Делатност инспекцијских служби садржински треба да буде усмерена на следеће: 1) уочавање чињеница које указују на могуће постојање злоупотребе људских права, односно кршење поменутих специфичних одредаба које се односе на заштиту малолетних затвореника; 2) моментано прекидање такве праксе и умањење њених негативних ефеката; 3) обештећење индивидуалних жртава насиља, кроз накнаду, рехабилитацију, пуштање на слободу; 4) обезбеђење кажњавања починиоца евентуалних кршења тих права; 5) превенција будућих злоупотреба (41).

4) Поступање за случај смрти затвореног малолетника

У случају смрти малолетника за време периода лишења слободе, најближи сродници треба да имају право да испитају сертификат којим се констатује смрт, да виде тело и одреде поступање са њим.

Када умре затворени малолетник, треба спровести независну истрагу о узроцима смрти, чији извештај треба да буде доступан најближој родбини. Истрагу треба вршити и онда када је до смрти дошло у року од шест месеци по отпуштању малолетника из затворске установе, и ако се верује да има разлога да је смрт у вези са затворским периодом. Породица или старатељ малолетника, или било које друго лице које је означио малолетник, има право да захтева да буде обавештено о здравственом стању малолетника, или о било каквим важним променама у његовом здрављу. Директор затворске установе треба сместа да обавести породицу или старатеље малолетника о коме је реч, или друго одређено лице, да је наступила смрт малолетника, болест која захтева премештај малолетника у спољашњу медицинску установу, или о условима који захтевају медицинску заштиту у оквирима затворске установе

(39) *Ibid.*, чл. 51, 52. и 55.

(40) *Ibid.*, чл. 73. и 75.

(41) *The International Law Association, Report of the Sixtyfourth Conference, Broadbeach, Queensland, Australia, 1990.* стр. 112.

дужу од 48 часова. Такође треба да се обавесте конзуларне власти државе чији је страни малолетник држављанин (42).

5) Рођење у затворској установи

Осим што у затвор може да дође "својом кривицом", слично као и одрасла лица, тј. у улози ухапшеног, притвореног или осуђеног, дете може да роди у затвору мајка затвореница. За тај случај Скуп минималних правила о поступању са затвореницима предвиђа да у највећој могућој мери треба да буду предузете мере да се порођај обави у грађанској болници. Ако је дете, ипак, рођено у затвору, важно је да се то не помиње у исправи којом се потврђује рођење (чл. 23, ст. 1. и 2.). У интересу детета се одређује да у заводима за жене морају постојати посебни уређаји потребни за лечење бременитих жена, жена које се опорављају од порођаја, а када је мајкама које су затворене дозвољено да задрже своју одојчад, треба предузети мере да се организују дечје јасле са квалификованим особљем где би одојчад била смештена када се не налази на нези својих мајки.

В) ЗАБРАНА ПРИМЕНЕ СМРТНЕ КАЗНЕ

Овај специфични аспект заштите физичког интегритета малолетника карактерише се оним што би се могло назвати глобалним консензусом. Смртна казна и доживотна робија без могућности пуштања на слободу не могу се изрећи за кривична дела која су чинила лица млађа од осамнаест година - предвиђа Конвенција УН о правима детета одредбама чл. 37 (а). По Међународном пакту о грађанским и политичким правима (чл. 6, ст. 5) предвиђено је да смртна пресуда не може бити изречена за злочине које почине лица млађа од 18 година и не може бити извршена над трудним женама. Такође и америчка Конвенција о људским правима предвиђа у чл. 4, ст. 5. да се смртна казна не може изрећи лицу које је у време извршења кривичног дела имало мање од осамнаест година живота (као и више од седамдесет година живота), као и да се не може применити на бремените жене.

III ЗАКЉУЧАК

Када је реч о основној заштити права човека на физички интегритет (чији дериват представља специфична протекција физичког интегритета малолетника у кривичном поступку и поступку извршења кривичних санкција), међународна документа су јасна у погледу забране њиховог укидања или смањивања у ванредним околностима и приликама. Тако, нпр., Европска конвенција о људским правима и основним слободама предвиђа да у време рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације свака страна уговорница може да стави ван снаге њене обавезе преузете овом Конвенцијом, додуше у најнужнијој мери коју захтева ситуација. Мађутим, та одредба се не односи на право сваког човека на живот (изузев у погледу смрти проузроковане законитим ратним поступцима), као и забрану примене мучења, нечовечног или понижавајућег поступања и кажњавања (чл. 15).

(42) Правила УН о заштити малолетника лишених слободе, чл. 56. и 57.

Слично је предвиђено и у америчкој Конвенцији о људским правима где се наводи да у време рата, опште опасности или друге ванредне ситуације којом се угрожава независност или безбедност државе уговорнице, она може предузети мере којима се умањују њене обавезе на основу ове Конвенције, искључиво у мери коју намеће ситуација и за ограничени период времена. Та одредба, међутим, не значи овлашћење за било какву обуставу примене права на живот као и права на човечно поступање (чл. 27). Такође Резолуција International Law Association из Маниле (43) о људским правима потврђује да чак и у *bona fide* и објављеном ванредном стању, државе не могу да суспендују права која се не могу укинути, а предвиђена су Међународним пактом о грађанским и политичким правима, европском Конвенцијом о људским правима и основним слободама и америчком Конвенцијом о људским правима.

Сматрамо да се тако конципирана забрана ма каквог ограничавања заштите права човека на физички интегритет односи и на специфичну заштиту физичког интегритета малолетника у кривичном поступку и поступцима извршења кривичних санкција. Иако се ради о специфичној заштити у односу на заштиту општег карактера, управо се та специфичност састоји у повећаном обиму заштите, тј. интензивнијој протекцији оних који су по природи свога узраста и друштвеног положаја мање заштићени, односно угроженији. Због тога се залажемо да се цела лепеза заштите физичког интегритета малолетника такође подведе под категорију тзв. "*non-derogable rights*", што би био један од начина подвлачења њиховог значаја и у ситуацијама које нису ванредне (44). Значај неукидивих права је, нпр., и у томе што културне, религиозне или историјске специфичности не представљају извињење за њихово кршење (45).

Ванредна стања, тзв. "*states of emergency*", ма чиме изазвана, елементарним непогодама, ратним операцијама или унутрашњим немирима, међутим, без обзира на прокламовано, увек представљају најозбиљнију фактичку претњу, пре свега, физичком интегритету и то обично оних најслабијих, а то су деца. Кршење и угрожавање права малолетника на заштиту физичког интегритета долазе како од државних органа (када на њих може да делује светска заједница позивајући се на горе поменућу апсолутност, тј. неукидивост тих права), тако и од државног ауторитета еманципованих паравојних или параполицијских снага, када никаква међународноправна регулатива нема много шансе да буде поштована. Проблем представља и постојање многих непрокламованих *de facto* ванредних стања која се карактеришу таквим индицијама, као што су концентрација моћи код извршне власти (којој понекада следи насилна промена владе), суспензија или аболација законодавства, суспензија или ограничење постојећих гаранција индивидуалних права, и постављање посебних закона о "националној безбедности" којима се предвиђа,

(43) *ILA Report of the Sixty-second Conference*- Seoul, 1986, London, 1986, стр. 109.

(44) Постоје људска права која се морају поштовати увек и свуда, тако да би у ту категорију требало да уђу и поменућа права малолетника на заштиту физичког интегритета. The International Law Association, *Report of the Sixty-fourth Conference*, Broadbeach, Queensland, Australia, 1990, стр. 240.

(45) *The International Law Association, Report of the Sixty-second Conference*, Seoul, 1986, стр. 131.

нпр., административно затварање (понекада држање *incomunicado*) лица која су осумњичена за политичка или безбедносна дела (међу којима малолетна лица нису никакав изузетак), или суђење пред посебним трибуналима, често са ограниченим правом на жалбу или са неким другим недостацима општеприхваћених стандарда фер суђења. Такви национално безбедоносни закони постали су део правних система многих режима и ван ванредних околности, па је то један од разлога за указивање на њихову мањкавост у односу на минимум предвиђен међународноправном регулативом. Људска права, наиме, нису ни нова, лаичка религија, нити, пак, привилегија богатих друштава, већ заједнички језик читавог човечанства изражен кроз јасне и свима разумљиве принципе чије поштовање свака цивилизована држава мора да обезбеди у корист својих грађана (46).

Међународна заштита права малолетника обухвата низ аката различитог степена општости и обавезности. За разлику од Конвенције о правима детета, која за земље потписнице има важност закона, анализирана правила могу бити схваћена као социо-културни стандарди који делују снагом цивилизацијских принципа на законодавство и друштвену праксу. Поређење описаних захтева са стањем нашег законодавства, а поготову са праксом малолетничке заштите у нас, задатак је који превазилази постављени циљ и обим овог рада. Задржаћемо се на општем закључку да је потребна свестрана и детаљна анализа закона и подзаконских аката који регулишу ову материју, али исто тако и непосредне праксе у примени права.

Премда можемо поставити претпоставку да се положај малолетника у нашем кривичном праву, као и правна заштита деце и малолетника уопште, заснива на хуманистичким вредносним премисама и правним начелима која карактеришу модерније правне системе, нужно је да се конкретна правна решења, до оних најпосебнијих, анализирају са становишта њихове целисходности и сагласности са захтевима правне гаранције људских права. Ово још и више важи за оријентацију праксе и стање институције које треба да омогуће њихово остваривање.

(Примљено 20. VI 1992)

Dr. Zorica Mršević, Dr. Mirjana Obretković,
Research Associates at the Institute for Criminological and Sociological Studies, Belgrade

INTERNATIONAL-LAW PROTECTION OF PHYSICAL INTEGRITY OF MINORS IN CRIMINAL PROCEDURE AND IN THE PROCEDURE OF EXECUTION OF CRIMINAL SANCTIONS

Summary

Protection of physical integrity of minors derives from general human rights, and includes the protection of their elementary right to existence and development. Minors' rights of this kind are included in the category of so-called unabolishing rights, which should be respected in war-time and other states of emergency.

(46) International Law Association, *Report of the Sixty-fourth Conference*, Broadbeach, Queensland, Australia, 1990, стр. 237.

Human rights are neither new, layman religion nor a privilege of rich societies, but a common language of the entire mankind, expressed through clear principles to be respected by all civilized states. The emphasis is on the protection of life and limb as well as of health of minors, which is formulated also in the documents of the VIII United Nations Congress on the prevention of criminality and treatment of offenders. Three sections are relevant in this respect: protection in criminal and other procedures, including the ones in the competence of other agencies of coercion; protection during serving the sentence and the prohibition of capital punishment.

It is also emphasized that so-called states of emergency always amount to most serious real menace, first of all to physical integrity, usually of those weakest ones, in fact, children.

Key words: *Minors.- Criminal procedure.- Execution of sanctions.- Physical integrity.*

*Zorica Mršević, dr Mirjana Obretković,
collaborateurs scientifiques de l'Institut de recherches criminelles et sociologiques de Belgrade*

LA PROTECTION JURIDIQUE INTERNATIONALE DES PERSONNES MINEURES DANS LA PROCÉDURE PÉNALE ET DANS LA PROCÉDURE DE L'EXÉCUTION DES SANCTIONS PÉNALES

Résumé

La protection de l'intégrité physique des personnes mineures a le caractère de dérivé des droits généraux de l'homme, et aussi le rôle de protéger leur droit élémentaire à l'existence et au développement. Les auteurs se penchent sur la protection au cours de la procédure pénale et des autres procédures et aussi sur celle contre les autres organes de contrainte, et sur la protection au cours de l'exécution de la peine et sur l'interdiction de l'application de la peine capitale. Les droits des personnes mineures à la protection de l'intégrité physique doivent être considérés comme une catégorie des droits inaliénables, qui doivent être respectés dans les conditions de guerre et dans d'autres conditions semblables appelées conditions d'urgence.

La position des auteurs est que les droits de l'homme ne sont ni une nouvelle religion, ni un privilège des sociétés riches, mais qu'ils représentent le langage commun de toute l'humanité exprimé à travers les principes clairs et compréhensibles pour tous, principes dont le respect chaque Etat civilisé doit assurer pour tous ses citoyens. Dans ce contexte, la protection de l'intégrité physique des personnes mineures a le caractère du dérivé des droits généraux et aussi le rôle d'assurer leur droit élémentaire à l'existence et au développement. L'accent est mis sur la protection de la vie, de la santé et du bien-être physique, c'est-à-dire du développement de la jeune personnalité. La plus grande attention est accordée aux toutes dernières dispositions du document du VIII-ème Congrès des Nations Unies sur la prévention de la criminalité et le traitement des auteurs des actes criminels. L'exposé porte sur trois entités: *la protection au cours de la procédure criminelle et la protection contre les autres organes de contrainte; la protection au cours de l'exécution de la peine et l'interdiction de l'application de la peine capitale*. Les auteurs avertissent que les états d'urgence, "states of emergency" représentent toujours la menace réelle la plus sérieuse avant tout à l'intégrité physique, surtout celle des plus faibles, c'est-à-dire des enfants. C'est pourquoi ils s'emploient en faveur de la position qui dit que ces droits des personnes mineures à la protection de leur intégrité physique doivent être considérés comme une catégorie des droits inaliénables, qui doivent être respectés même dans les conditions de guerre et dans les conditions semblables appelées d'urgence.

Mots clé: *Personnes mineures.- Procédure pénale.- Exécution des sanctions.- Intégrité physique.*

мр Милена Полојац,
асистент на Правном факултету у Београду

SOCIETAS I CONSORTIUM - ПОРЕКЛО КЛАСИЧНОГ ОРТАКЛУКА

Порекло класичног уговора о ортаклуку спорно је и много дискутовано питање. Разлог томе је најпре оскудица извора. Осим тога, комплексна правна природа уговора у коме су испреплетени економски и социјално-етички елементи као и шаренило врста ортаклука различитих циљева указује на сложено порекло института.

У овом раду разматра се утицај који је имала архаична институција римска - *consortium* на појаву консензуалног *societasa* и у том контексту се указује на неке слабости тзв. конзорцијалне теорије која порекло *societasa* директно и искључиво веже за *consortium*.

Ако се *consortium* схвати, у светлу расположивих извора, нарочито нових Гајевих фрагмената као и историјско-компаративних и социолошких достигнућа, као римска варијанта велике породичне задруге, онда се овај архаични институт не би могао сматрати директним извором консензуалног ортаклука. Ово због тога што им је суштина различита и јер су супротне околности претпоставке за постојање и просперитет ових института.

С друге стране, у правном режиму ортаклука има много решења заснованих на *ius fraternitatis*, што се може приписати утицају конзорцијума, али и улози коју у античким друштвима имају удружења у целини.

Када је реч о најширем облику ортаклука свих добара (*societas omnium bonorum*), где је утицај *consortiūm*а очигледан, не искључујемо могућност директне наследне везе ових института.

Кључне речи: Римско право. – Ортаклук. – *Consortium*.

1. Порекло класичног уговора о ортаклуку питање је које је од свих проблема који се односе на *societas* побудило највише дискусије међу романистима. Ово не чуди, јер су недоумице око појаве консензуалних уговора у целини једно од најспорнијих питања романистичке науке (1).

Ипак, изгледа да још важнији разлог за спорове око порекла овог уговора лежи у специфичној природи римског ортаклука. Наиме, *socie-*

(1) Спорно је прво да ли сва четири контракта из групе консензуалних уговора - *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *mandatum* и *societas* - имају заједничко порекло. Извори не дају јасан одговор када је ова skupина уговора добила правну заштиту. Коначно, недоумице изазива и питање на који начин су консензуални контракти који представљају оштро одступање од правила *ex nudo pactu obligatio non nascitur* постали правно утуживати. За основне информације о овом проблему упућујемо на: М. Horvat, *Bona fides u razvoju rimskog obaveznog prava*, Загреб, 1939, стр. 41-52.

tas у римском праву био је схваћен веома широко. Под, у основи јединственим правним режимом, налазило се читаво шаренило различитих врста удруживења; од оних која су одговарала претежно натуралном начину привређивања типа *societas omnium bonorum* у којем је, као заједници целокупног живота и рада, економска сврха била повезана с осталим потребама чланова, преко облика који су омогућавали задовољавање заједничких суседских интереса, или мање заједничке подухвате пријатеља (најчешће типа *societas questus* и *societas unius rei*), до оних искључиво пословних удружења чвршће и трајније организације, која су представљала неке врсте предузећа (*societas publicanorum*, *argentarii*, *venaliciarii*, итд.).

Societas је уговор са специфичним правним режимом који указује да је то пословни однос, с једне стране, али и пријатељски, чак братски однос међу члановима удружења, с друге стране. Кауза уговора, његов економски циљ, консензуалност, наплативост и синалагматичност елементи су који наглашавају пословни карактер контракта (2). Социјално-етичка страна института видљива је кроз истицање блискости и солидарности у односима међу члановима удружења од којих се очекује, макар се радило само о пословним партнерима, да се понашају у складу с правилима *ius fraternitatis*. У правном режиму ортаклука на братске односе указују многи елементи: уговор је *intuitu personae* (3), одговорност чланова удружења процењује се према критерију *diligentia quam in suis rebus* (4), а тужба - *actio pro socio* има наглашен етички карактер. Кршење братског права санкционирано је тешком моралном и правном осудом заједнице (*infamia*) (5), али се осуђеном истовремено олакшава материјални положај путем тзв. *beneficium competentiae*, па је дужан испунити обавезу према члановима удружења у границама које не доводе у питање његову егзистенцију (*in id quod facere potest*) (6).

Услед овакве сложености института и непостојања јасног путоказа у изворима о његовом пореклу, не чуди што је као решење проблема понуђено више хипотеза.

У новијој романистици преовладава мишљење да је настанак консензуалног уговора о ортаклуку везан за поморски промет, трговачку делатност, промену у структури привређивања након другог пунског рата. Предност економском моменту као пресудном за појаву класичног *societasa* дају неки од данас најутицајнијих романиста, као нпр., Аранђо-Руиз, Казер, Гварино (7), а ова теза је прихваћена и у нашој литератури (8).

(2) D. 17.2.29 *pr.*; Gaius, *Inst.*, III, 135-136 и 149-150; Just., *Inst.*, 3.25.2.

(3) D. 17.2.72; Gaius, *Inst.*, III, 152-153.

(4) D. 17.2.72; D. 16.3.32; Just., *Inst.*, 3.25.9.

(5) D. 3.2.1; Gaius, *Inst.*, IV, 182.

(6) D. 17.2.63 *pr.*

(7) V. Arancio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli, 1954, стр. 20-23; M. Kaser, *Neue Literatur zur "Societas"*, *Studia et documenta historiae et iuris* (SDHI), 1975, стр. 280; A. Guarino, *La società in diritto romano*, Napoli, 1988, стр. 5-8.

(8) M. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1969, стр. 217; Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1974, стр. 269; A. Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1981, стр. 318.

Једна група аутора (Бонфанте, Жирар, Моније) (9), не могавши помирити разнородност појединих врста уговора, поставила је теорију о две линије настанка консензуалног ортаклука. *Societas omnium bonorum* има извор у *consortium*, а независно од ове линије паралелно настају друге врсте удружења повезане са развојем трговачких односа.

Једна од најзаступљенијих, а доскоро и владајућа, теза је о пореклу класичног уговора о ортаклуку из конзорција. Према овој теорији, најпре се из *consortium* развио *societas omnium bonorum*, а затим су се из овог облика ортаклука најширег садржаја развили и остали, по опсегу ужи, облици уговора. Или, како је то сажето исказао Вијекер, један од најважнијих поборника "конзорцијалне" теорије: "Повест римског *societasa* је повест ослобођења чисте имовинске структуре из личноправне целовитости кућне заједнице (10). Најјачи аргумент за ову тезу је у чињеници да се правни режим заснован на *ius fraternitatis*, а у складу с којим су регулисани односи у конзорцију, пренео преко ортаклука свих добара на друге, пословне облике уговора. Оваквом објашњењу порекла консензуалног ортаклука приклонила се већина романистичких ауторитета с краја прошлог и почетка овог века, као што се нпр., Лајст, Трумплер, Дернбург, Ленел, Жирар и др (11). Након проналаска и објављивања нових фрагмената Гајевих *Институција* који у већој мери расветљавају природу *consortium* и који су проблем порекла консензуалног *societasa* ставили опет у жижу интересовања, две капиталне монографије посвећене ортаклуку, споменута Вијакерова, те Шлехтерова (12), бране конзорцијалну теорију.

С обзиром на очигледан утицај и испреплетаност економских и традиционалних елемената у обликовању института, тешко је са сигурношћу утврдити историјску линију настајања класичног ортаклука. Међутим, чини нам се да објашњење које даје строго монистичка, конзорцијална теорија показује слабости на које има смисла упозорити, јер је ова теза, иако данас превладана, и даље утицајна и има присталице (13). По нашем мишљењу, погрешан закључак о директној вези између конзорцијума и *societasa* најчешће произилази из несагледавања природе конзорција, што је последица догматског приступа проблему. Наиме, користећи се углавном или искључиво нормативно-егзегетичком методом анализе извора, постојећа литература мало или нимало води рачуна о историјској димензији проблема која је овде, сматрамо, доминатна. На то је с правом указивао Годме, а у нашој романистици Стојчевић (14). У

(9) P. Bonfante, *Instituzioni di diritto romano*, Milano, 1925, стр. 475; R.E. Giffard, *Precis de droit romain*, II, Paris, 1934, стр. 70; R. Monier, *Manuel elementaire de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris, 1947, стр. 215.

(10) F. Wieacker, *Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936, стр. 7.

(11) B. W. Lesit, *Zur Geschichte der römischen Societas*, Jena, 1881, стр. 20 и сл; H. Derburg, *Pandekten*, II, *Obligationenrecht*, Berlin, 1906, стр. 343; Trumpler, *Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen*, Berlin, 1906, стр. 2; O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, стр. 297; P. F. Girard, *Manuel elementaire de droit romain*, Paris, 1929, стр. 611.

(12) E. Szlechter, *Le contrat de société en Babylonie, en Grece et a Rome*, Paris, 1947.

(13) У новије време се тези приклања, нпр., Gutierrez-Masson, *Del "consortium" a la "societas"*, Madrid, 1987.

(14) J. Gaudemet, *Les communautes familiales*, Paris, 163, стр. 68; Д. Стојчевић, *Genis, consortium, familia*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, 1966, стр. 268-271.

антиисторијском објашњењу природе *consortiuma* најдаље је отишао Шлехтер, што ће бити посебно предмет наше критике.

2. *Consortium* се у литератури често спомиње, како у историјским, књижевним и другим неправним делима (15), тако и код римских правника (16). Па ипак, ти извори нису много допринели разјашњавању природе овог архаичног института. Често се *consortium* само спомиње без елемената који нешто више о њему говоре, а извори који дају више података о овом институту, неретко стварају збрку и недоумицу око његове природе. Тако, нпр., Цицерон говори о конзорцијуму на Сицилији и у Азији (17), иако је реч о установи *ius civile*. Плиније Млађи, детаљно описујући односе у *consortiumu* двојице браће сенатоског стајежа, оставља недоумице, и коначно наводи на закључак да је у питању уговорни однос (18). На исти начин би се могао окарактерисати и Папинијанов *consortium voluntarium* (19).

Свакако највише правно релевантних података о *consortiumu* дају нови фрагменти Гајевих *Институција* (III, 154а и б). Према овом најважнијем извору за реконструкцију правне природе старинског института, *consortium* је квалификован као један облик ортаклука (*aliud genus societatis proprium civium romanorum*).

Чини се да је један од разлога ових забуна и непрецизности терминолошке природе. Наиме, реч "*consortium*" се, као и "*societas*", употребљава у више значења, па тако осим архаичне породичне заједнице у ужем смислу означава и заједницу уопште, а "*consors*" осим брат, значи и друг, пријатељ, саучесник (20).

Ослањајући се на распрострањене изворе, у романистичкој науци искристалисала су се многа мишљења која се крећу у распону од схватања да је *consortium* породична заједница везана за натуралну привреду (21), преко става да се ради у сувласничкој заједници наслеђа (22), до схватања *consortiuma* као специфичног облика уговорног односа (23). Заједничка одлика већине ових теорија тиче се метода. Проблем се настоји решити догматском анализом извора, а нарочито наведеног Гајевог фрагмента, при чему преузимање Гајевих правних квалификација доводи до непремостивих тешкоћа у расветљавању природе овог

(15) Нпр.: Варро, *De re rustica*, III, 16; Cicero, *In Verrem*, II, 22, 57; *Pro Flacco*, 15, 35; Titus Livius, *Ab urbe condita*, 41, 27, 1; Aulus Gellius, *Noctes Atticae*, 1, 9, 12; Плиније Млађи, *Epistolae*, IV, 2, 5; VIII, 18, 1-6; Марцијал, *Епиграми*, 1,36 и 9,15; Плутарх, *Живот Паула Емилија*, IV, 4, 8 и др.

(16) Q.M. Scaevola (D. 29.2.78); Paulus (D. 27.1.31.4); Papinianus (D. 17.2.52.8.) и др.

(17) *In Verrem*, II, 3, 57; *Pro Flacco*, 15, 35.

(18) *Epistolae*, VII, 18, 1-6; M. Bretone, "*Consortium*" e "*communio*", Labeo, VI, 1960, 2, стр. 212-215.

(19) D. 17.2.52.8.

(20) M. Divković, *Latinsko-hrvatski rječnik*, Zagreb, 1900, репринт 1980.

(21) Тако, нпр.: F. Wieacker, *op. cit.*, стр. 127 и сл; J. Gaudemet, *op. cit.*, стр. 63-69; M. Kaser, *op. cit.*, стр. 281-287; Д. Стојчевић, *Genus, consortium, familia*, стр. 268-271; V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, стр. 32.

(22) Leist, *op. cit.*, стр. 3-18; Darnburg, *op. cit.*, стр 343; Trumpler, *op. cit.*, стр. 3; Giffard, *op. cit.*, стр. 135.

(23) R. Monier, *Manuel elementaire de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris, 1947, стр. 215; Girard, *op. cit.*, стр. 611; E. Szlechter, *op. cit.*, стр. 189.

архаичног института. Шлехтерово схватање представља типичан пример оваквог поступка. Он сматра *consortium* уговорном заједницом *ius civile* и првим обликом *societas* који, због психолошке потребе човека за удруживањем, настаје у његовом првом природном кругу - породици. Код ове, дакле, добровољне породичне заједнице (*le communauté familiale volontaire*), нагласак је на добровољности. Додуше, за њен настанак потребно је реално уношење ствари у *consortium*, али доминира воља која мора бити експлицитно изражена због тога што се чланови, улазећи у заједницу, одричу својих наследних квота и удео свакога у имовини конзорцијума постаје једнак. Због ове могућности располагања наследним квотама, Шлехтер закључује да је постојање приватног власништва претпоставка за појаву конзорција (24).

Иако би се прихватањем Гајевих правних квалификација конзорцијума овакав закључак наметао, сматрамо да већ сам анализирани фрагмент даје основе за препознавање у архаичном *consortiumi ercto non cito* римске варијанте велике породичне заједнице познате код великог броја народа.

Гај, *Инст.*, III, 154а и б: "А постоји и један други облик ортаклука, својствен само римским грађанима. Некада је, наиме, смрћу старешине породице настајала између његових наследника нека врста законског и природног удружења, које се звало *ercto non cito*, тј. неподељена имовина. *Ercium* (у старом језику) значи имовина, отуда се власник назива *erus*, а *ciere* значи делити, па се зато каже *caedere* (потући), а *secare* (сећи). Друга лица, која су желела да ступе у овакву врсту ортаклука, могла су то да учине пред претором на основу законом одређеног поступка. У оваквом ортаклуку између браће или других лица која склапају ортаклук по угледу на браћу, примењује се правило да ако један од ортака ослободи роба, овај постаје слободан и у односу на остале: исто ако манципацијом прибави неку ствар..." (25).

Анализом овог недовршеног фрагмента могу се извести следећи закључци:

- *Consortium* је, по Гају, врста ортаклука, специфична по томе што спада у категорију *ius civile*.

- То је природна заједница по кругу особа које је сачињавају - браћа, односно наследници, и по начину настанка - недељењем наслеђене имовине после смрти старешине породице. На то указује и назив "*ercto non cito*" чију етимологију нам Гај такође даје: "*ercium*" имовина, у вези са "*erus*" власник и "*ciere*" што значи делити у вези са изразима "*caedere*" (потући) и "*secare*" (сећи) (26).

- *Consortium* је истовремено и правом призната заједница - *legitima societas*.

(24) E. Szlechter, *op. cit.*, стр. 187-228.

(25) Наведено према критичком издању Гајевих *Институција*, Београд, 1982, у преводу Обрада Станојевића.

(26) Нешто другачију етимологију даје Ауло Гелије доводећи у везу *ercium* са *erciscere*, што значи делити, а *cito* са *scire* што значи тражити. *Noctes Atticae*, I, 9, 2. У сваком случају, значење израза *ercto non cito* остаје исто, тј. неподељена имовина.

- По угледу на браћу, могле су и друге особе основати *consortium*, али је у том случају била предвиђена посебна процедура пред претором. Текст не прецизира о којој се врсти поступка радило, али се већина аутора слаже да је то била *in iure cessio* (27).

Важан податак односи се на специфичност правног режима, тј. на начин управљања добрима у заједници. Располагање целином припада свим члановима, као и сва корист на овај начин прибављена, што јасно наводи на закључак о непостојању квота, односно о колективној својини над имовином. Овакав правни режим односио се на оба типа *consortiuma* (између *sui heredes* и *alii*).

И коначно, употреба имперфекта, израза који указују на прошлост (*olim*) и објашњавање застарелог назива института, говоре да *consortium* у време Гаја припада прошлости.

На нека питања, међутим, наведени фрагменти не дају одговоре. О престанку конзорцијума ништа се не говори. Поставља се питање да ли се ова заједница уопште могла развргнути. Од одговора на то питање зависи квалификација *consortiuma* као обавезне или као добровољне заједнице. Ако се прихвати теза о добровољности заједнице, намеће се ново питање о улози воље и о начину њеног изражавања. Такође нисмо добили одговор на питање времена појаве овог института. Сви ови елементи заједно могу дати коначну слику природе конзорција.

Успркос Гајевим правним квалификацијама, сматрамо да наведени фрагмент даје податке по којима се у описаној старинској институцији може препознати римска варијанта велике породичне заједнице. Наиме, стиче се утисак да је Гај, објашњавајући застарели институт, желео упозорити на неку његову специфичност. Тако би кључни део текста био онај у којем Гај објашњава начин располагања измовином у конзорцијуму, што упућује на закључак о режиму колективне својине (28), као битно различитом у односу на онај у обичној сувласничкој заједници наслеђа. С обзиром на то да је овај тип удружења постојао међу браћом и њиховим породицама, претпоставка да је реч о старом облику породичне заједнице - тим је вероватнија. Овакав став поткрепљују и резултати дугогодишњих историјско-компаративних, антрополошких истраживања ових облика породице (29).

Утврђено је да су велике породичне заједнице састављене од неколико брачних парова, најчешће браће и њихових потомака (*Joint fami-*

(27) Тако R. Monier, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius et leur importance pour la connaissance du droit romain*, Paris, 1933, стр. 23; V. Korošec, *Novi odlomki Gajevih Institucij*, Ljubljana, 1934, стр. 10; V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, стр. 10; E. Szlechter, *op. cit.*, стр. 205.

(28) P. Frezza, *Consortium*, Nuovissimo digesto italiano, 1961, vol. VII, стр. 247.

(29) Овде у првом реду мислимо на радове који се баве искључиво феноменом тзв. *Joint family*, као што је Westrup, *Joint Family and Family Property*, Copenhagen, 1963, а затим на већ класична дела која овај проблем стављају у шири контекст развоја људског друштва као што су: Morgan, *Ancient Society, or Researches in the Line of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilisation*, 1877; Енгелс, *Порекло, породице, приватне свјине и државе*, 1950; Maine, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, 1884. и др. Проблемом римског конзорцијума и породичних облика уопште у светлу ових достигнућа бавио се код нас Стојчевић, *Genus, consortium, familia* (*op. cit.*).

ђу), познате у великом броју народа. Анализирајући те заједнице од антике до модерног доба, Годме је, без обзира на многе разлике у погледу организације, састава, опсега ових породичних институција код разних народа, утврдио неке суштинске елементе заједничке свима; сродство (најчешће заједнице браће и њихових потомака), заједница живота и рада, добра у колективном власништву, солидарност и духовна (религијска) повезаност чланова (30). Годме је утврдио, такође, и факторе који узрокују настанак и подстичу развој породичних заједница, као и оне који доводе до њихове декаденције и пропасти. Први су: натурална привреда, географска изолованост, непостојање или неразвијеност државе која своје функције пребацује на породичне институције. Други су: економска еволуција, развој трговине, повећање комуникација, индивидуална слобода, приватно власништво и с тим у вези промењени ред наслеђивања (31).

Проматрајући у овом светлу римски *consortium*, може се закључити да је он као доминантан облик породичне и друштвене заједнице постојао у време преласка од гентилног ка државном уређењу, тј. у време настанка града (32), да је због економске нужде живота у заједници, уз што је уско везано и колективна својина као доминантан тип својине, био недељива заједница (33), те да је његова декаденција везана за *Законик XII плоча* који увођењем *actio familiae erciscundae* доноси битну промену у његов првобитни режим (34).

Имајући у виду све ове елементе везане за *consortium ercto non cito*, постаје, чини се, лакше објаснити и отклонити тешкоће које произилазе из Гајевог описа и правних квалификација института. Најприје, с обзиром на претпоставку о времену појаве и доминације старе породичне заједнице, вероватно је да *consortium* који описује Гај није изворни облик, већ неки каснији, дегенерисани облик института (35). На то указује и могућност да се формалном процедуром пред претором оснује вештачки *consortium* у чему има елемената уговорног односа, па је онда и Гајева изјава о "*aliud genus societatis*" оправдана. Осим тога, вероватно су и педагошки разлози понукали Гаја да се служи једноставнијим, сликовитим формулацијама, те да ради лакшег разумевања за старе институте употреби модерније правне категорије. Тако се можда може објаснити зашто Гај старешину конзорција назива *pater familias*, иако је његова позиција суштински различита од позиције шефа патријархал-

(30) J. Gaudemet, *op. cit.*, стр. 163.

(31) *Ibid.*, стр. 166-177.

(32) У овом смислу нарочито: Стојчевић, *нав. чланак*, стр. 270. и Gaudemet, *op. cit.*, стр. 172. Другачије: Вера Чучковић која настанак конзорцијума веже отприлике за период Законика XII таблица, што ми сматрамо временом његове декаденције. *Конзорцијум као облик агнатске породице*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1986, стр. 287.

(33) P. Frezza, *op. cit.*, стр. 246.

(34) Закон XII плоча је прекретница и у режиму наслеђивања, што је последица промена у породици, а у крајњој линији, последица продирања приватносвојинских односа. О томе: Стојчевић, *Ули legassit Закона XII таблица*, "Анали ПФБ", 1959; *Порекло и функција тестаментa calatis comitiis у римском праву*, "Анали ПФБ", 1950.

(35) Д. Стојчевић, *op. cit.*, (*Gens, consortium...*) стр. 271.

не породице, а његова овлаштења немају ничег заједничког са *patria potestas* (36).

3. Из свега произилази да се не би могло прихавтити да је консензуални ортаклук у целини као уговор првенствено лукративне природе непосредно настао из *consortiuma*. Ово због тога што су ове две институције веома различитог, чак опречног карактера. Стара породична заједница појављује се и егзистира у условима натуралне привреде, колективног власништва, изолације, итд. *Societas* се, напротив, јавља у условима тржишног привређивања, отварања комуникација, приватне својине и индивидуалног духа, управо у оним околностима које су биле смртни непријатељ старим породичним односима. Временска сукцесија конзорцијума и консензуалног уговора о ортаклуку даје привид и заваара на закључак о њиховој суштинској повезаности.

Иако се не би могло говорити о директној вези између *consortiuma* и ортакког уговора у целини, посредан утицај старе породичне заједнице на консензуални *societas* је вероватан. Односи у конзорцијуму засновани су на нарочитој блискости међу члановима и уређени у складу са *ius fraternitatis*. Ова врста односа је, видели смо, у великој мери утицала и на правни режим социјетаса. Међутим, ово се, по нашем мишљењу, најпре може приписати чињеници да оба института представљају заједницу, израз природне и практичне потребе људи за удруживањем, што у античким цивилизацијама има посебну димензију. Наиме, друштва се овде базирају на великој блискости чланова, њиховом пријатељском, односно братском односу. За менталитет античког човека пријатељство је светиња јер је, поред осталог, и нужда. У условима сиромаштва, у друштвима с натуралним карактером привређивања, живот у заједници, родбинске и пријатељске везе пружале су појединцу друштвену и економску сигурност коју данас замењује новац (37). Под јаким утицајем традиције, овакво схватање је деловало на уређење нових, на другачијем начину привређивања заснованих односа, какав је и класични *societas*. Ако се уз све ово узме у обзир и склоност Римљана да користе своје традиционалне институције за нове сврхе, претпоставка о утицају *consortiuma* на режим ортаклука тиме је вероватнија.

4. Ако су мишљења у погледу везе *consortium* - *societas* веома различита, онда готово да постоји *communis opinio* о повезаности конзорцијума са најширим обликом ортаклука - *societas omnium bonorum*. Изузетак ту представља Гварино који одриче било какву везу између архаичне породичне заједнице и ортаклука свих добара, појаву овог облика социјетаса веже за промењене услове привређивања и приписује му првенствено привредни циљ (38).

Приклањајући се општеусвојеном мишљењу, сматрамо да има јаких аргумената за став да постоји уска веза између ортаклука свих добара и старе породичне заједнице. Најпре, сличности постоје на спо-

(36) Аутори Boras-Margetić су управо чињеницу да се у фрагменту спомиње *pater familias* узели као пресудну при опредељењу против схватања конзорцијума као архаичне породичне заједнице. *Rimsko pravo*, Zagreb, 1980, стр. 19.

(37) J. Michel, *Granité en droit romain*, Bruxelles, 1962, стр. 589 и сл.

(38) A. Guarino, *op. cit.*, стр. 11-15.

љашњем плану. Због свог више фамилијарног него привредног карактера, *societas omnium bonorum* одмах подсећа на *consortium*. Ове заједнице имају сличну сврху и улогу, па онда и приближно једнаку унутрашњу структуру. Оснивају се са циљем заједничког живота и рада својих чланова, по природи ствари између блиских рођака и пријатеља и одговарају више аутаркичној привреди и земљорадничким заједницама него друштвима с развијеном трговином (39). Осим тога, извесне специфичности правног режима ортаклука свих добара које се испољавају у односу на остале врсте овог уговора, дају повода за закључак о њиховој повезаности с конзорцијумом:

Правило да за уношење имовине у *societa* односно у сусвојину ортака посебан акт (*mancipatio, in iure cessio, traditio*) није потребан, него ствари аутоматски постају заједничке (тзв. *transitus legalis*), изводи се из два извора:

D. 17.2.1.1. (Paulus, 32 as ed.): In societate omnium bonorum omnes res quae coeintium sunt continuo communicantur.

D.17.2.2. (Gaius, 10 ad ed. provinciale): quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.

Ово представља оштро одступање од типично римског правила о начину преношења власништва, што је навело неке ауторе да траже интерполације и грешке у изворима, те да реконструкцијом и интерпретацијом дају супротан смисао тексту (40). По нашем мишљењу, међутим, најприхватљивије је објашњење за овакво решење у утицају режима конзорција (41).

Докази у изворима налазе се и за чињеницу да је правило о *beneficium competentiae* важило у почетку само за *societas omnium bonorum* (42), што такође говори у прилог повезаности ова два института.

У оквиру титула који се односи на *societas* (D. 17.2.) налази се фрагмент који спомиње *consortium voluntarium*:

D. 17.2.52.8. (Ulpianus, 31 ad ed.): Idem Papinianus eodem libro ait, si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit, et stipendia ceteraque salaria in commune redigi iudicio societatis.

У том опису се препознаје *societas omnium bonorum* који Папинијан важе уз *consortium*, разликујући га од старинске установе по оном "*voluntarium*" (43).

Из свега наведеног произилази да је најшири, свеобухватан облик консензуалног удружења, *societas omnium bonorum*, свакако израстао из римске традиције и њој одговарајућих института и нормативних система и да је уско повезан са старом породичном заједницом. Међутим, није могуће са сигурношћу утврдити да ли је ова уговорна заједница настала дегенерацијом конзорцијума, па је у том случају наследник старе поро-

(39) Тако, нпр.: A. Watson, *Consensual Societas between Romans and the Introduction of Formulae*, RIDA, 1962, стр. 432; E. Szlechter, *op. cit.*, стр. 230; V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, стр. 20; M. Kaser, *op. cit.*, стр. 281.

(40) Тако: Rikobono, према: Arangio-Ruiz, *op. cit.*, стр. 126.

(41) F. Wieacker, *op. cit.*, стр. 138.

(42) D. 17.2.63. и D. 42.1.16. Тако: V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, стр. 31; F. Schultz, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, стр. 552; E. Szlechter, *op. cit.*, стр. 397.

(43) M. Bretone, *op. cit.*, стр. 175; V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, стр. 138.

дичне заједнице, или је ова веза нешто посреднија па се састоји само у утицају традиционалне институције на правни режим новонастале уговорне заједнице (44).

(Примљено 6. II 1992.)

Mr Milena Polojac
Assistant at the Faculty of Law in Belgrade

SOCIETAS AND CONSORTIUM - THE ORIGIN OF CLASSIC PARTNERSHIP

Summary

The origin of classical contract of partnership is a controversial question. Continuous discussion is provoked first of all by scarcity of sources. In addition, the very legal nature of the contract, with interlaced economic, social and ethical elements, as well as great variety of types of partnership point at the complexity of the origin of that institute.

The archaic Roman institute of *consortium* was influential in instituting consensual *societas*, but the weak point in this respect is that so-called *consortium* theory connected the origin of *societas* directly and exclusively to *consortium*. However, if *consortium* is understood, through available sources, and especially new Gaius' fragments, as well as while analyzing historical-comparative and sociological achievements - as a Roman variety of great family cooperative, then this archaic institute could not be considered a direct source of the consensual partnership. Their essence is different and the circumstances are contrary which are prerequisites for the existence and development of these institutes.

On the other hand, the legal regime of partnership consists of many solutions based on *ius fraternitatis* - which may be ascribed to the influence of *consortium*, but to the role associations in general had in ancient societies as well.

In case of the widest form of partnership, however, relating to all property (*societas omnium bonorum*), where the influence of *consortium* is obvious, the possibility is not excluded of a direct relationship between these institutes.

Key words: *Roman law. – Partnership. – Consortium.*

Milena Polojac
assistente à la Faculté de droit de Belgrade

SOCIETAS ET CONSORTIUM - ORIGINE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE CLASSIQUE

Résumé

L'origine du contrat classique sur la société civile est une question contestée donnant lieu à de nombreuses discussion. La raison en est avant tout l'insuffisance des sources. En outre, la nature juridique complexe du contrat chez lequel sont combinés les éléments économiques et socio-éthiques, et la diversité des types des sociétés civiles de divers buts témoignent de l'origine complexe de cet institut. L'auteur examine dans son travail l'influence que l'institution archaïque romaine, le *consortium* a eu sur l'apparition de *societas*

par consensus, soulignant dans ce contexte certains points faibles de la théorie sur les consortiums qui relie l'origine des *societas* directement et uniquement au *consortium*.

Si on comprend, à la lumière des sources disponibles, et surtout des nouveaux fragments de Gaye et des acquis de l'histoire comparative et de la sociologie, le *consortium* comme une variante romaine de la grande association familiale, alors cet institut archaïque ne saurait être considéré comme source directe de la société civile par consensus. C'est le résultat du fait que leur essence est différente et que les circonstances et les suppositions de l'existence et de la prospérité de ces instituts sont opposées. D'autre part, dans le régime juridique, il y a de nombreuses solutions fondées sur *ius fraternitatis*, ce qui peut être attribué à l'influence du *consortium*, mais aussi au rôle que les associations ont en général dans les sociétés antiques.

Lorsqu'il s'agit de la forme la plus répandue de société civile de tous les biens (*societas omnium bonorum*), où l'influence du *consortium* est évidente, l'auteur n'exclue pas la possibilité d'un lien de succession direct de ces deux instituts.

Mots clé: *Droit romain. – Société civile. – Consortium.*

др Илија Бабић,

Институт за правне и друштвене науке Правног факултета у Београду

ВАЖНИЈА НАЧЕЛА ОСТАВИНСКОГ ПОСТУПКА

1. УВОД

Природи људског живота својствена је смрт. Право, иако првенствено представља специфични одраз живота, својим многоликим нормама регулише и бројне правне односе који искрсавају наступањем смрти. Смрћу престаје правни субјективитет једног лица и отвара се његово наслеђе (заоставштина). Ове сложене имовинскоправне односе разрешава наследно право које, због тога, има не само велики научни, него и практични значај (1).

Материјално наследно право (које регулише установу наслеђивања само у моменту смрти лица) неодвојиво је, међутим, од процедуре наследног права (формално наследно право). Наиме, "сврха процесног права треба да буде помоћ материјалном праву да се оствари" (2).

Процедура наследног права означава се као поступак расправљања заоставштине или оставински поступак. Оставински поступак има за циљ да утврди ко су наследници умрлог, која имовина сачињава његову заоставштину и која права из заоставштине припадају наследницима, легатарима и другим лицима (члан 99. Закона о ванпарничном поступку Црне Горе (3) - ЗОВПЦГ и члан 87. Закона о ванпарничном поступку Србије (4) - ЗОВПС).

Главни дио поступка за расправљање заоставштине је оставинска расправа, коју спроводи суд, алу су саставни дио поступка и друге радње суда (постављање привременог староца заоставштине, одређивање мјера за обезбјеђење заоставштине, проглашење тестамена, достављање рјешења о наслеђивању учесницима и надлежном органу управе, предаја заоставштине општини, итд.) или органа управе (состављање смртовнице, попис и процјена заоставштине, предаја заоставштине или њеног дијела на чување).

Свака процедура се спроводи на основу извјесних основних идеја, начела или принципа. Начела поступка се обично истичу у првим, основним или општим одредбама закона. Тако су важнија начела ванпарничног поступка садржана у општим одредбама чл. 1. до 33. ЗОВПЦГ, односно чл. 1. до 30. ЗОВПС. Одређена начела оставинског поступка, као специфична, нормира посебни дио закона који регулише поступак расправљања заоставштине (посебан поступак). Ако друкчије није одређено законима који регулишу ванпарнични (па и оставински) поступак, или другим законом, у ванпарничном поступку сходно се примењују одредбе Закона о парничном поступку (ЗПП). Без обзира на то да ли у оставинском поступку парничне радње

(1) "*Theoria sine praxi, sicut curtus sine ai*" - Теорија без праксе, као кола без осовине.

(2) Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980, стр. 227.

(3) "Службени лист СРЦГ", бр. 34/86 и 5/87.

(4) "Службени лист СРС", бр. 25/82 и 48/88.

предузима искључиво суд, или орган управе, поједина начела поступка важе од покретања до завршетка поступка за расправљање заоставштине.

Овај рад покушава освијетлити нека важнија начела оставинског поступка.

2. ОФИЦИЈЕЛНОСТ И ДИСПОЗИЦИЈА

Ванпарнични поступак уопште, покреће се по службеној дужности (поступак покреће сам суд), када долази до изражаја начело официјелности (супротно томе, парнични поступак суд ни у једној процесној ситуацији није овлашћен сам покренути - *nemo iudex sine actore*), или приједлогом физичког или правног лица, као и приједлогом органа одређеног законом - учесници у поступку (начело диспозиције).

Начело покретања поступка по службеној дужности својствено је и оставинском поступку. Само у изузетним случајевима одређеним законом вођење оставинског поступка зависи од воље учесника (странака). Покретање поступка по службеној дужности је условљено важношћу правних односа који настају чињеницом отварања наслеђа.

Тако, нпр., док се правноснажно не расправи заоставштина, не може се извршити диоба наслеђства која се састоји од непокретности. Прије диобе наслеђства сваки наследник може пренијети свој наследни дио, потпуно или дјелимично, само на санаследника, а не на трећа лица. Иако заоставштина умрлог лица прелази по сили закона на његове наследнике у тренутку његове смрти (в. чл. 130. ЗНС, чл. 130. ЗНЦГ, чл. 20. став 1. и чл. 36. Закона о основним својинско-правним односима (5) - ЗОСПО), потпуно остварење стварних права, нпр., на непокретности из заоставштине, одложено је до укњжбе тих права у земљишне књиге на име наследника, односно до диобе која, најчешће, уследи касније. Тиме се имовина, која може бити веће вриједности, једно вријеме практично изузима из правног промета, а њена судбина, и поред постојања наследника, није дефинитивна све док се не спроведе поступак расправљања заоставштине (нпр., један или више наследника могу се одрећи наслеђа).

Сходно томе, првенствено извјесност у правним односима опредељује јавни поредак да, за разлику од парничног поступка, у ванпарничном (а и оставинском) поступку "што већма појача судска власт и ослаби ингеренција самих странака, те осталих учесника. А то се постиже пре свега на тај начин, што се у много случајева и сам поступак покреће по службеној дужности (подвукао С. Ц.)... као, нпр., оставинска расправа" (6).

Стога је карактеристика ванпарничног и оставинског поступка да се покрећу по службеној дужности (начело официјелности или официозности). Начело официјелности је изражено у покретању и вођењу оставинског поступка. У овом поступку искључена је могућност споразума о мјесној надлежности оставинског суда (пророгациони споразум), а евентуални пророгациони споразум не производи никаква правна дејства.

У једном дијелу правне књижености истакнуто је да: "Официјелни поступак био би, дакле, и онај који покреће орган старатељства или јавни тужилац" (7). Према том мишљењу, орган старатељства је овлашћен покренути пред судом оставински поступак у интересу свог штићеника и "тај се поступак покреће по службеној дужности исто онако како се покретао и прије, кад је сам суд вршио функцију органа старатељства, па према томе не само предлагао, него и проводио оне мјере, за које је он сам био надлежан" (8).

(5) "Службени лист СФРЈ", бр. 6/80 и 36/90.

(6) Срећко Цуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије, Ванпарнични поступци*, Београд, 1938, стр. 595.

(7) Др Боровије Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1991, стр. 410.

Против овог становишта може се истаћи више аргумената. За расправљање заоставштине стварно је надлежан суд, а не орган старатељства (орган управе). Покретање поступка по службеној дужности значи предузимање одређених радњи у циљу вођења поступка од стране оног органа (суда, као самосталног државног органа или органа управе) који те радње предузима. Стога радње органа старатељства, да би се покренуо оставински поступак, и када је то у интересу лица о којима се тај орган стара, немају карактер покретања поступка по службеној дужности. Оставински поступак покреће суд по службеној дужности чим сазна да је неко лице умрло, или да је проглашено умрлим. Обавјештење које је о томе суду доставио орган старатељства и "предложио" вођење оставинског поступка представља иницијативу упућену суду да покрене оставински поступак.

Пошто орган старатељства није овлашћен по закону да покреће поступак (покреће га суд по службеној дужности), он у том поступку нема својства предлагача (чл. 3, ст. 2. ЗОВПС и чл. 3, ст. 2. ЗОВПЦ), него учесника који у поступку учествује на основу законског овлашћења (чл. 3, ст. 1. ЗОВПС и чл. 3, ст. 1. ЗОВПЦ), када се у њему одлучује о правима и правним интересима малолетника и других лица под посебном друштвеном заштитом. Оставински поступак се покреће када суд на било који начин сазна да је неко лице умрло, или да је проглашено умрлим (чл. 89, ст. 1. ЗОВПС и чл. 101, ст. 1. ЗОВПЦ).

За смрт неког лица оставински суд најчешће сазнаје када матичар достави смртвоницу. Оставински поступак се покреће и када умрли није оставио никакве имовине (матичар је дужан да састави смртвоницу и у случају када умрли није оставио никакве имовине - чл. 93, став 2. ЗОВПС и чл. 105. ЗОВПЦ). Странке, међутим, могу иницирати оставински поступак подношењем суду извода из матичне књиге умрлих или правноснажног рјешења о проглашењу несталога лица умрлим (ако то рјешење, супротно чл. 65. ЗОВПС и чл. 68. ЗОВПЦ није нпр., достављено том суду).

Покретање поступка по службеној дужности обезбијеђено је и могућношћу да сам суд састави смртвоницу ако му је достављена непотпуна смртвоница, или само извод из матичне књиге умрлих, или друга јавна исправа којом се доказује смрт неког лица (чл. 94. ЗОВПС и чл. 106. ЗОВПЦ).

Када се заоставштина састоји од непокретности, покренути оставински поступак води се по службеној дужности и учесници својом вољом не могу утицати на његово обустављање. Оставински суд ће, такође по службеној дужности, обуставити расправљање заоставштине ако према подацима из смртвонице умрли није оставио имовину (чл. 113. ЗОВПС и чл. 128, став 1. ЗОВПЦ).

Уколико се заоставштина састоји само од покретних ствари, односно покретних ствари мале вриједности, од диспозиције учесника у поступку зависи да ли ће се спровести оставинска расправа. Уколико лица позвана на наслеђе не траже да се спроведе расправљање заоставштине, која се састоји само од покретних ствари, суд ће рјешењем обуставити поступак (члан 113. ЗОВПС и чл. 128, став 2. ЗОВПЦ). Тиме се не губи право на накнадно расправљање заоставштине.

Ако је поступак обустављен, па се након правноснажности рјешења накнадно пронађе заоставштина која се састоји од непокретности, суд ће расправити ту заоставштину (чл. 128, ст. 2. ЗОВПС и чл. 145, ст. 3. ЗОВПЦ) по службеној дужности, тј. без обзира на то да ли су тај поступак иницирали учесници поступка, заинтересована лица или је за накнадно пронађену заоставштину сазнао сам оставински суд.

И у оставинском поступку се, према томе, назире ширира подјела ванпарничног поступка на двије врсте, с обзиром на начин његово покретања - официозни или службени ванпарнични поступак и контенциозни, спорни ванпарнични поступак кога покрећу странке (учесници) својим приједлогом

у коме, у материјалноправном погледу, долази до изражаја начело диспозиције странака. Оставински суд, тако, неће спровести поступак расправљања заоставштине ако ниједно позвано лице на наслеђе не тражи да се спроведе расправа заоставштине која се састоји од покретних ствари, односно покретних ствари мале вриједности.

3. ПОСЕБНА ЗАШТИТА ОДРЕЂЕНИХ ЛИЦА У ПОСТУПКУ

Једно од основних начела породичних права је посебна заштита мајке и дјетета, малолетника о којима се родитељи не старају као и лица која нису у могућности да се сама брину о себи и заштити својих права и интереса (чл. 9. и 13. Закона о браку и породичним односима Србије (9) - ЗБПОС). Оваква заштита остварена је на специфичан начин у општим одредбама закона који регулишу ванпарнични поступак, али и у посебним одредбама оставинског поступка. Извориште за нормативну заштиту тих лица налази се у чл. 28. Устава Републике Србије (10) и чл. 61, ст. 1. Устава СРЈ (11).

У ванпарничном поступку суд по службеној дужности предузима потребне радње у циљу заштите права и интереса лица под посебном друштвеном заштитом. Старање суда о правима и интересима тих лица својствено је свим ванпарничним поступцима, како то произилази из одредаба чл. 4. ЗОВПС и чл. 5. ЗОВПЦГ. Наведена дужност суда настаје ако у поступку учествује малолетник о коме се родитељи не старају (нпр., један родитељ је лишен родитељских права, а други родитељ је умро, или је родитељима дјетета одузета или ограничена пословна способност), или друга лица која нису у могућности да се сама брину о заштити својих права и интереса (чл. 4, ст. 1. ЗОВПС и чл. 5, ст. 1. ЗОВПЦГ), али и када родитељи заступају пословно неспособно дијете (12).

Старање о лицима под посебном заштитом није ограничено на поједине фазе поступка, пошто се у том случају њихова права не би могла ефикасно заштитити, него настаје од момента покретања (а у појединим ситуацијама и прије покретања) до окончања ванпарничног поступка.

Ако је то потребно, ради заштите лица која нису у могућности да се сама брину о заштити својих права и интереса, суд може овлашћеном органу (нпр., органу старатељства) одредити рок за пријављивање учешћа у поступку и до истека тог рока застати са поступком (в. чл. 2, ст. 3. ЗОВПС и чл. 2, ст. 3. ЗОВПЦГ).

Ако се у поступку одлучује о правима и правним интересима тих лица, суд ће обавијестити орган старатељства о покретању поступка, позвати га на рочишта и достављати му поднеске учесника и одлуке против којих је дозвољен правни лијек, без обзира на то да ли орган старатељства учествује у поступку (чл. 4, ст. 2. ЗОВПС и чл. 5, ст. 2. ЗОВПЦГ). Орган старатељства који

(9) "Службени гласник СРС", бр. 22/80, 24/84 и 11/88.

(10) "Службени гласник РС", бр. 1/90.

(11) "Службени лист СРЈ", бр. 1/92.

(12) Судска пракса је, оправдано, прије више деценија усвојила став да: "За ваљаност споразума о наслеђству, који се тиче малолетника наследника, потребно је да га одобри старатељски орган" - Одлука ВСНР Словеније, бр. Гж. 85/57, *Збирка судских одлука* - ЗСО, II/1, 1957, одлука број 615. Одредбама чл. 121. ЗБПО Србије и чл. 64. Породичног закона Црне Горе заштита интереса пословно неспособног дјетета предвиђена је и према родитељима који, под одређеним претпоставкама, могу само са одобрењем органа старатељства отуђити или оптеретити имовину свог дјетета. У том смислу је судска пракса заузела становиште: "кад је диобом заоставштине између наследника, наследнику који је малолетан одређен дио мањи од других дијелова, та диоба не важи без одобрења старатељског органа и у случају кад малолетног заступника у поступку диобе заступа родитељ", Одлука ВС БиХ, Гж. 85/57, *"Збирка судских одлука"*, II/1, 1957, Одлука бр. 615.

учествује у поступку, овлашћен је да предузима све процесне радње у поступку у циљу заштите права и правних интереса лица под посебном друштвеном заштитом, а нарочито да износи чињенице које учесници нису навели, да предлаже извођење доказа и да изјављује правне лијекове (чл. 5. ЗОВПС и чл. 6. ЗОВПЦГ) (13). Осим тога, у ванпарничном поступку суд може поставити привременог заступника сваком учеснику у поступку, ако су за то остварене претпоставке из чл. 84. ЗПП. Опште начело ванпарничног поступка - нарочита брига о правима лица под посебном друштвеном заштитом - на специфичан начин је конкретизовано у оставинском поступку.

Тако ће оставински суд одредити попис и процјену имовине и у случају кад су наследници лица која услед малолетства, душевне болести или других околности нису способна дјелимично или нису способна потпуно да се сама старају о својим пословима (члан 96, став 2. ЗОВПС). Супротно овом рјешењу, којим се предвиђају попис и процјена имовине у одређеним случајевима, члан 108. ЗОВПЦГ је прописао да ће суд наредити да се изврши попис и процјена имовине увијек кад је иза умрлог остала имовина.

Начело старања о правима лица под посебном заштитом се остварује и у поступку пред органима управе без обзира на то да ли је, или није, покренут оставински поступак. Заоставштина умрлог лица прелази по сили закона на његове наследнике у тренутку његове смрти (члан 130. Закона о наслеђивању Србије (14) - ЗНС и чл. 123. Закона о наслеђивању Црне Горе (15) - ЗНЦГ). Правило је да до диобе наслеђства наследници управљају и располажу имовином заједнички. Када се наследници не сложе о управљању наслеђством, суд ће, на захтјев једног од њих, поставити управитеља (то може бити и један од наследника) који ће за све њих управљати наслеђством, или одредити сваком наследнику дио наслеђства којим ће он управљати (члан 143, ст. 1 и 2. ЗНС и чл. 143, ст. 1. и 2. ЗНЦГ). Поред ове ситуације, која настаје по редовном току ствари, може се утврдити да ниједан од присутних наследника није способан управљати имовином, а немају законског заступника, или су наследници непознати, или постоје хитни случајеви (нпр., заоставштина се састоји од стада оваца или крава које се морају мустити и хранити; пријети опасности да пропадне род пшенице, кукуруза или воћа). Ако су се стекле наведене околности, а првенствено у циљу старања о лицима под посебном друштвеном заштитом, дужан је надлежни орган управе предати имовину, или њен дио на чување поузданом лицу (чл. 102, ст. 1. ЗОВПС и чл. 116, ст. 1. ЗОВПЦГ).

Према томе, начело старања о правима лица под посебном друштвеном заштитом није ограничено само пред ванпарничним судом и везано само за оставински поступак, пошто предају заоставштине на чување поузданом лицу органи управе могу извршити и прије покретања оставинског поступка, али и у вријеме трајања тог поступка. Органи управе ће покренути управни поступак по службеној дужности и рјешењем донесеним по скраћеном поступку - члан 141. Закона о општем управном поступку - ЗУП (16) - одредити мјере за обезбјеђење заоставштине. О мјерама за обезбјеђење заоставштине које је предузео, надлежни орган управе ће обавијестити суд на чијем се подручју та имовина налази, који може ову мјеру измјенити или укинати. Оставински суд је, наиме, овлашћен да у току цијелог поступка за расправљање заоставштине одреди мјере за обезбјеђење заоставштине (члан 104. ЗОВПС и чл. 118. ЗОВПЦГ). Ако је то потребно за заштиту малолетника или других лица под посебном друштвеном заштитом, суд може одлучити да правне посљедице рјешења настају прије правноснажности (види чл. 25, ст. 2. ЗОВПС и чл. 28, ст. 2. ЗОВПЦГ).

(13) Слична овлашћења и дужност органа старатељства у праничном поступку, ради заштите права и интереса дјете прописана је у члану 11. ЗБПОС.

(14) "Службени гласник СРС", бр. 52/74, 1/80 и 25/82.

(15) "Службени лист СРЦГ", бр. 4/76, 10/76, 22/78 и 34/86.

(16) "Службени лист СФРЈ", бр. 47/86.

Ради заштите права и интереса лица под посебном заштитом, оставински суд ће поставити привременог староца заоставштине који је овлашћен да у име наслєдника наплаћује потраживања и исплаћује дугове, тужи или буде тужен, и уопште да заступа наслєдника. Прије постављања привременог староца, суд ће, по могућности, затражити мишљење о личности староца од лица која су позвана на насљеђе. О постављању привременог староца суд ће обавијестити орган старатељства који може поставити другог староца (члан 129. ЗНС и чл. 129. ЗНЦГ).

Старалац заоставштине (која у нашем праву не може имати положај "лежеће заоставштине" - *hereditas iacens*, тј. постојати независно од наслєдника) заступа све наслєднике као цјелину (има својства једне странке у поступку - тако да се, нпр., тужба подноси против свих наслєдника које све заступа старалац заоставштине). Стога не може заступати само поједине наслєднике и због тога што су сви наслєдници до диобе у наслєдничкој заједници (правна заједница) и имају својство јединствених супарничара (чл. 196, ст. 1. тачка 1. ЗПП), без обзира на то што је старалац заоставштине постављен ради неких наслєдника који су у немогућности да се сама брину о заштити својих права и интереса.

Привремене мјере за обезбјеђење заоставштине, и ради заштите лица која не могу да се старају о својим пословима, може наредити суд на чијем подручју је оставилац умро, као и суд на чијем се подручју налази имовина, а под претпоставкама из чл. 91, став 2. ЗОВПС и чл. 103, став 2. ЗОВПЦГ, одлучити да жалба не задржава извршење рјешења.

Туженом наслєднику, који није парнично способан, а нема законског заступника, првостепени парнични суд ће поставити привременог заступника, ако се покаже да би редован поступак око постављања законског заступника туженом трајао дуго, па би због тога могле да настану штетне посљедице за једну или обје стране (чл. 84, ст. 1. и ст. 2, тачка 1. ЗПП). У парничном поступку, за који је постављен, привремени заступник има сва права и дужности законског заступника (чл. 85. ЗПП).

Ради заштите права и интереса неспособних лица и орган управе у управном поступку је овлашћен поставити привременог заступника (члан 55. ЗУП-а).

Без обзира на то да ли је привременог заступника (или староца за поједини случај) поставио суд, или орган управе, орган старатељства има према таквом заступнику сва овлашћења као и према староцу кога је сам поставио (чл. 281, ст. 3. ЗБПОС).

4. УСМЕНОСТ, НЕПОСРЕДНОСТ И ЈАВНОСТ РАСПРАВЉАЊА

Начела усмености, непосредности и јавности расправљања, по правилу су, међузависна. Начело усмености обавезује суд да одржи усмену расправу да би на основу чињеница које су биле предмет расправљања донио своју одлуку (супротно томе, начело писмености овлашћује суд да одлуку донесе без усмене расправе, на основу поднесака упућених суду до одређеног рока).

Начело непосредности обавезује суд да своју одлуку темељи на чињеницама утврђеним извођењем доказних средстава на главној расправи. Суд доказе не изводи посредно (нпр., читањем записника о исказу свједока), него непосредно (саслушава свједоке, врши увиђај непокретних или покретних ствари), што му омогућава потпуно и правилно утврђивање чињеничног стања. Непосредност се може остварити само ако се одржава усмена расправа чак иако на њој учествује само једна странка. Начело јавности се, такође, може спровести само када је расправа усмена и непосредна.

Начела усмености, непосредности и јавности расправљања (чл. 4. ЗПП) карактеришу парнични поступак. Од тих начела у парничном поступку постоје изузеци. Суд је, тако, овлашћен донијети пресуду на основу поднесака туженог да признаје тужбени захтјев без даљег расправљања - пресуда на

основу признања (чл. 331. ЗПП) као и издати платни налог којим усваја тужбени захтјев без даљег расправљања (члан 448. ЗПП). Начело јавности главне расправе није, такође, апсолутно владајуће у парничном поступку, пошто, у одређеним случајевима, суд може искључити јавност за цијелу главну расправу или један њен дио (чл. 307. ЗПП).

Насупрот правилима парничног поступка, у ванпарничном и оставинском поступку суд одлучује о захтјеву учесника на основу расправе на рочишту изузетно, тј. само у случајевима кад је то одређено законом или кад оцјени да је одржавање рочишта потребно ради разјашњења или утврђивање одлучних чињеница, или сматра да је због других разлога одржавање рочишта цијелисходно. Правило је, такође, да изостанак појединих учесника са рочишта спречава суд да даље поступа, тако да се саслушање учесника у поступку може извршити и у одсуству других учесника, а није потребно да се у сваком случају тим лицима даје прилика да се изјасне о изјавама других заинтересованих лица, изузев ако, у појединим случајевима, законом није другачије одређено (чл. 11, ст. 1. до 3. ЗОВПС и чл. 13, ст. 1. до 3. ЗОВПЦГ и чл. 117, ст. 4. ЗОВПС и чл. 132, ст. 4. ЗОВПЦГ)

Приједлози и изјаве у ванпарничном, па и у оставинском поступку, дају се равноправно у писаној форми или усмено на записник пред судом. О правима лица која нису дошла на рочиште, а уредно су позвана, оставински суд ће одлучити према подацима којима располаже (тако се претпоставља да се лица која нису дошла на рочиште нису одрекла насљеђа, те и даље остају насљедници, с тим што изостанак са рочишта производи процесноправна дјелства), узимајући у обзир и њихове писане изјаве које стигну до доношења одлуке (чл. 12. и 130, ст. 3. ЗОВПЦГ и чл. 115, ст. 3. и чл. 117, ст. 3. ЗОВПС).

Начело усмености и непосредности, врло значајно у парничном поступку, нема такав значај у оставинском поступку. Тако, насљедник може дати изјаву о одрицању или примању насљеђа у писаном облику пред оставинским судом, али и пред сваким другим стварно надлежним судом, као и пред конзуларним или дипломатским представништвом Савезне Републике Југославије (чл. 118. ЗОВПС и чл. 133. ЗОВПЦГ).

Одступање од начела усмености у овим случајевима правна књижевност (17) основано оправдава већом заштитом интереса лица која учествују у поступку (нарочито у погледу мјера за очување заоставштине, пошто њихова успјешност често зависи од благовременог предузимања) и бржом и економичнијом заштитом интереса у оставинском поступку.

Контрола рада суда од стране грађана који не учествују у поступку омогућена је и јавношћу расправљања. Ова општа јавност доприноси објективнијем и правилнијем суђењу.

Јавност расправљања пред оставинским судом представља важно начело и правило које је својствено и оставинском поступку. Члан 9. ЗОВПС и члан 10. ЗОВПЦГ изричито су искључили јавност само када се у поступку одлучује о статусним стварима. Како тим, а ни другим законима, није другачије одређено, дужност суда да одржава јавну оставинску расправу произилази из одредаба ЗПП које се сходно примењују у овом поступку. Јавној оставинској расправи могу присуствовати пословно способна лица - чл. 306, ст. 2. ЗПП (18).

(17) Види: Борислав Т. Благојевић и Оливер Б. Антић, *Наследно право*, Београд, 1988, стр. 409.

(18) Члан 306. ЗПП говори о пунољетном лицу. Погрешно је, међутим, могућност присуствования расправљању предвидјети само за пунољетна лица која су навршила 18 година живота када се, закључењем брака, по дозволи суда, стиче пословна способност са навршених 16 година живота. Осим тога, над пунољетним лицем може бити продужено родитељско право, или му се може одузети пословна способност. Та лица не могу присуствовати оставинској расправи, осим уколико нису учесници у поступку.

Одредбе о јавности главне расправе сходно се примењују на све процесне радње оставинског суда, али и на сваки други стварно надлежни суд пред којим учесник оставинског поступка предузима процесне радње.

Јавност се може искључити за цијелу оставинску расправу, или њен дио, ако то захтијевају интереси чувања службене, пословне, или личне тајне, интереси јавног реда, или разлози морала, као и у случају када се мјерама за одржавање реда, предвиђеним у ЗПП, не би могло обезбиједити несметано одржавање расправе (чл. 307. ЗПП). О искључењу јавности суд одлучује рјешењем. Против тог рјешења није дозвољена посебна жалба, те не мора бити образложено (чл. 18. ЗОВПС и чл. 21. ЗОВПЦГ у вези са чл. 309. ЗПП).

Искључење јавности се не односи на странке, односно учеснике оставинског поступка, њихове законске заступнике и стараоце. Изузетно, суд може дозволити да оставинској расправи (са које је јавност искључена) присуствују поједина службена лица, као и научни и јавни радници, ако је то од интереса за њихову службу, односно научну или јавну дјелатност (чл. 308, ст. 1. и 2. ЗПП).

Судија појединац, или стручни сарадник (у поступку за расправљање заоставштине све изјаве и приједлоге учесника, изузев изјаве о одрицању од насљеђа, могу узимати на записник и стручни сарадници - чл. 90. ЗОВПС и чл. 102. ЗОВПЦГ) упозориће лица која присуствују расправи на којој је јавност искључена да су дужни да као тајну чувају све оно што су на расправи сазнали и указаће им на посљедице одавања тајне. Сходно томе, није дозвољено ни јавно објављивање садржине те расправе.

5. НАЧЕЛО МАТЕРИЈАЛНЕ ИСТИНЕ

Остварење начела материјалне истине је својствено свакој процедури. Домашај овог начела, зависно од врсте поступка, није, међутим, исти.

Материјална истина се, најшире, може одредити као стварна, реална и једина истина. Начело материјалне истине је остварено ако се увјерење суда у тачност утврђених чињеница подудара са реалним, истинитим стањем.

И у оставинском поступку суд је дужан тачно утврдити одлучне чињенице (начело материјалне истине). То може постићи ако расправи сва спорна питања која се односе на заоставштину, а нарочито право на насљеђе, величину насљедног дијела и околности од којих зависи право на легат. Правило је да о тим питањима одлучује суд након што од заинтересованих лица узме потребне изјаве (чл. 117, ст. 1. и 2. ЗОВПС и чл. 132, ст. 1. и 2. ЗОВПЦГ). Само на основу изјава насљедника, неријетко штурих, које у пракси често узима стручни сарадник који води поступак, а не судија, не могу се, у малом броју случајева, потпуно и правилно утврдити одлучне чињенице да би се расправила сва спорна питања која се односе на заоставштину.

Начело материјалне истине, изражено у члану 7. ЗПП, а конкретизовано низом дужности парничног суда (нпр., у чл. 298. и 299. ЗПП), због природе оставинског поступка, не може се досљедно и у потпуности примјенити. Одступања од начела усмености, непосредности и контрадикторности су од утицаја и на начело материјалне истине које се, с обзиром на карактер овог поступка, не може спровести као у парничном поступку. У оставинском поступку суд ће само изузетно расправити спорна питања (када се странке споре о примјени права), а по правилу ће странке упутити да покрену парницу ради разрешења спорног односа (чл. 119. до 121. ЗОВПС и чл. 134. до 136. ЗОВПЦГ).

Разлог потискивања начела материјалне истине у оставинском поступку је и у околности да се, најчешће, неправилности почињене у оставинском поступку, чак и након правноснажности рјешења о насљеђивању, могу отклонити у парничном поступку. Тако, и када је расправљање заоставштине завршено правноснажним рјешењем о насљеђивању, или рјешењем о легату, а постоје услови за понављање поступка по правилима парничног

поступка, неће се обновити поступак за расправљање заоставштине, већ странке своја права могу остварити у праничном поступку (чл. 131. ЗОВПС и чл. 148. ЗОВПЦГ) у коме доминира начело материјалне истине.

6. ИСТРАЖНО (ИНКВИЗИТОРСКО) НАЧЕЛО

Дужност суда да потпуно и истинито утврди чињенично стање је у одређеним случајевима наглашено тако да странке (учесници) у поступку својом вољом не могу утицати на извођење доказа, или његово окончање на одређени начин (истражно начело). Сходно томе, суд може да утврђује и чињенице које учесници нису изнијели, као и чињенице које међу странкама нису спорне, ако су важне за доношење одлуке (чл. 8, ст. 2. ЗОВПС и чл. 9, ст. 2. ЗОВПЦГ).

Утврђивање чињеница по службеној дужности у ванпраничном поступку, без обзира на приједлог странака, углавном је ограничено на статусне ствари које се односе на права и правне интересе којима учесници не могу располагати (чл. 8, ст. 1. ЗОВПС и чл. 9, ст. 1. ЗОВПЦГ).

Истражно начело постискује диспонирање странака и у ситуацијама када је суд дужан предузимати мјере ради заштите права и интереса малолетника о којима се родитељи не старају и других лица која нису у могућности да се сама брину о заштити својих права и интереса.

У поступку пред судом у коме се примењује истражно начело учесници се не могу одрећи свог захтјева, признати захтјев противника, нити закључити судско поравнање.

Оставинском поступку није, према томе, својствено истражно начело, осим у случајевима када суд по службеној дужности посебно води рачуна и предузима мјере ради заштите права и правних интереса одређених лица, или је то изричито прописано законом. Тако ће суд по службеној дужности утврђивати одлучне чињенице ради примјене одредаба материјалног права којима је прописана недостојност за наслеђивање, осим у случајевима огрешења о обавезу издржавања и неуказивања нужне помоћи (чл. 127, ст. 3. у вези са чл. 126. ЗНС и чл. 127, ст. 4. у вези са чл. 126. ЗНЦГ). На те процесне ситуације сходно се примењују одредбе члана 7, ст. 3. у вези са чланом 3, ст. 3, тачка 1. ЗПП, којим је суду наложено утврђивање и чињеница које странке нису изнијеле, ако из резултата расправе и доказивања произилази да странке иду за тим да располажу супротно принудним прописима. Доследно томе, неће бити проглашен насљедником због недостојности насљедник који је, нпр., са умишљајем лишио живота оставиоца или је покушао да га лиши живота без обзира на то што му остали насљедници не оспоравају право на наслеђе, пошто је суд по службеној дужности дужан водити рачуна о недостојности за наслеђивање.

Руковођен истражним начелом, суд по службеној дужности може утврдити све чињенице одлучне за правилну примјену материјалног права. Правна књижевност оправдано истиче да је ванпранични суд ипак ограничен у утврђивању чињеница (19). Тако се ванпарнични суд не може упуштати у питања изван своје стварне надлежности. Сходно томе, кад суд утврди да је лице које је оставило тестамент умрло, или да је проглашено умрлим, отвориће његов тестамент без повреде печата, прочитаће га и о томе саставити записник (чл. 106, ст. 1. ЗОВПС и чл. 120, ст. 1. ЗОВПЦГ). Оставински суд, међутим, није стварно надлежан да претходно испитује пуноважност тестаamenta. Код одлука суда зависи од претходног питања, он је овлашћен да сам ријеши то питање, али одлука о претходном питању има правно дејство само у ванпарничном поступку у коме је то питање ријешено (в. чл. 22. ЗОВПС и чл. 25. ЗОВПЦГ). Уколико међу странкама постоји спор о чињеницама од којих зависи неко њихово право (нпр., када су спорне чињенице од којих зависи право на наслеђе, чињенице од којих зависи величина

(19) У том смислу види: Дионис Година, *Теоретско-практични коментар Закона о судском ванпарничном поступку*, Београд, 1934, стр. 14. и 15.

наследног дијела, основаност искључења нужних наследника, или основаност разлога за недостојност, када постоји спор о праву на легат, или о другом праву из заоставштине) суд није овлашћен да та питања утврђује и расправља, него ће упутити странке да покрену парницу, или поступак пред органима управе.

Поступање по правилима која конкретизују истражно начело, у ствари, доводи првенствено до примјене опште одредбе закона који регулишу ванпарнични поступак, а затим, супсидијарно, до примјене одредаба ЗПП и то најчешће оних које регулишу доказивање. Одлучне чињенице оставински суд, као и парнични може утврдити извођењем свих доказних средстава без обзира на то што суд одређене чињенице утврђује по службеној дужности.

7. СЛОБОДНА ОЦЈЕНА ДОКАЗА

Принцип материјалне истине у оставинском поступку, иако има мањи домаћај него у праничном, нераздвојан је од принципа слободне оцјене доказа и оба имају исти задатак - потпуно и правилно утврђивање чињеничног стања да би се на ту подлогу, која највише одговара стварности, правилно примјенило материјално право.

Слободна оцјена доказа представља могућност, али и дужност суда да резултат изведених доказа и све процесне радње цијени по свом увјерењу, слободно и као доказане узме оне чињенице за које је увјерен да су истините. Стога се овај систем означава као систем слободног судског увјерења. Није риједак назив и начело слободног судијског увјерења (20), или систем конкретне оцјене доказа, односно систем фактичког резултата (21), насупрот систему законске теорије доказа, или систему претпостављеног резултата.

ЗОВПС и ЗОВПЦГ посебним, а ни општим одредбама, не одређују правила о оцјени доказа изведених у оставинском поступку, па се на ове процесне ситуације примењују одредбе ЗПП.

Које ће се чињенице узети као доказане, одлучује оставински суд по свом увјерењу. Увјерење у истинитост или нетачност одређених чињеница суд стиче самостално, на основу савјесне и брижљиве оцјене доказа. Доследно систему слободне оцјене доказа, суд није везан за поједина доказна средства од којих би једна имала већу, а друга мању доказну снагу, као у систему законске теорије доказа. Суд је дужан да сваки доказ оцјењује засебно и све заједно, узимајући у обзир и резултат цјелокупног поступка (члан 8. ЗПП) (22).

Чињенице које је учесник у оставинском поступку признао, не доказују се, али суд може наредити да се доказују и те чињенице у циљу заштите права и правних интереса малољетника о којима се родитељи не старају, као и других лица која нису у могућности да се сама брину о заштити својих права и интереса.

Суд ће, узимајући у обзир све околности, по свом увјерењу цијенити да ли ће узети за признату или оспорену чињеницу коју је странка прво признала, а послје потпуно или дјелимично порекла, или ограничила признања додавањем других чињеница (супсидијарна примјена чл. 221, ст. 2. ЗПП).

Посебна правила, међутим, важе за изјаву наследника о одрицању, или примању наслеђа. Ове изјаве се, наиме, не могу опозвати, а не могу бити

(20) Види: Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1991, стр. 217. У правој литератури се основано истиче да суд често суди у зборном саставу и да је реч о увјерењу суда, а не судије. Види: Борислав Т. Благојевић, *Начела приватног процесног права*, Београд, 1936, стр. 262. Ово, раније истакнуто мишљење, потврђено је и у члану 8. ЗПП који одређује да суд, а не судија, слободно одлучује које ће чињенице узети као доказане.

(21) Види: Борислав Т. Благојевић, *op. cit.*, стр. 365.

(22) *Ibid.*, стр. 374. и 375.

дјелимичне, нити под условом. Одричање од наслеђа производи правно дејство само ако је наслеђе отворено (смрћу оставиоца, односно проглашењем умрлим), а наследник који је располагао цијелом, или једним дијелом заоставштине, не може се одрећи наслеђа.

Законска теорија доказа, без обзира на то да ли је то позитивна законска теорија (по којој се одређена чињеница узима као доказана ако је потврђују одређена доказна средства), или негативна законска теорија (по којој суд забрањује утврђивање чињеница помоћу одређених доказних средстава), и поред недостатака на које је оправдано указала правна литература (23), није потпуно ишчезла из парничне и ванпарничне процедуре. Тако, чињенице које закон претпоставља не треба доказивати, али се може доказивати да ове чињенице не постоје, ако законом није што друго одређено. Осим тога, не треба доказивати ни општепознате чињенице (чл. 221, ст. 3. и 4. ЗПП). Закон претпоставља да јавна исправа коју је у прописаном облику издао државни орган у границама своје надлежности доказује истинитост онога што се у њој потврђује или одређује. Исту доказну снагу имају и друге исправе које су посебним прописима у погледу доказне снаге изједначене са јавном исправом (инострани јавне исправе које су прописно оверене, ако међународним уговором није што друго одређено, под условима узајамности).

Дозвољено је, међутим, доказивати да су у јавној исправи неистинито утврђене чињенице, или да је исправа неправилно састављена. У случају да посумња у аутентичност исправе, суд може затражити да се о томе изјасни орган од кога би требало она да потиче (чл. 230. и 231. ЗПП).

8. ПРОЦЕСНА ЕКОНОМИЈА

Оставински суд је дужан заоставштину расправити без одуговлачења и са што мање трошкова (чл. 10. ЗПП у вези са чл. 30, став 2. ЗОВПС, односно са чл. 33, ст. 2. ЗОВПЦГ). Суд у току цијелог поступка мора пазити да права учесника буду што прије утврђена и обезбијеђена (чл. 4. ЗОВПЦГ). Ово начело остварено је кроз више дужности и овлашћења суда у току трајања поступка. Тако је суд овлашћен да сам састави смртвеницу (чл. 94. ЗОВПС и чл. 106. ЗОВПЦГ), а у одређеним случајевима сам ријешити претходно питање (чл. 25. у вези са чл. 33, ст. 1. ЗОВПЦГ и чл. 22. у вези са чл. 30, ст. 1. ЗОВПС). Начело процесне економије спроведено је и у одредбама чл. 11. ЗОВПЦГ и чл. 10. ЗОВПС које искључују могућност мировања поступка, а налажу концен-трацију изношења процесне грађе на рочишту за расправљање заоставштине. Наиме, суд ће у позиву на рочиште заинтересована лица обавијестити о покретању поступка и постојању тестаментa и позвати да одмах доставе суду писани тестамент, односно исправу о усменом тестаменту ако се код њих налази, или да назначе свједоке усменог тестаментa. Ако је умрли оставио тестамент, суд ће обавијестити (и на рочиште позвати) сва лица која би могла по закону полагати право на наслеђе (чл. 115, ст. 1, 2. и 4. ЗОВПС и чл. 130, ст. 1, 2. и 4. ЗОВПЦГ).

Начело процесне економије је у ванпарничном поступку више изражено него у парничном поступку и због тога што у оставинском поступку не важе начела усмености и непосредности, пошто се "према природи тог поступка одлуке, по правилу, доносе на основу стања ствари утврђеног записницима (писменим поднесцима, записницима о саслушању странака, свједока и других лица, записницима о извиђајима, итд.), а само изузетно на основу усмене расправе" (24).

Напуштање начела усмености и непосредности уочљиво је и у изричитим одредбама да о правима лица која нису дошла на рочиште, а

(23) *Ibid.*, стр. 363. и 364.

(24) Франђа Горшић, Коментар ванпарничног поступка са Уводним законом, Београд, 1935, стр. 240.

уредно су позвана, суд ће одлучивати према подацима којима располаже, узимајући у обзир њихове писане изјаве које стигну до доношења одлуке и да заинтересована лица могу давати изјаве и без присуства других заинтересованих лица и њихових изјашњавања о тим изјавама (види чл. 117, ст. 3. и 4. ЗОВПС и чл. 132, ст. 3. и 4. ЗОВПЦГ).

9. ЈЕДИНСТВЕНОСТ ОСТАВИНСКОГ ПОСТУПКА

Правило је да првостепени парнични поступак чини једну цјелину иако се у њему уочавају и поједине специфичне фазе. Нове чињенице и нове доказе странка може износити и предлагати у жалби само изузетно - под одређеним процесним претпоставкама (в. чл. 352. ЗПП). Насупрот томе, у ванпарничном (и оставинском) поступку начело јединствености је доследније изражено. Сходно томе, оставински поступак није подијељен на поједине стадије, па учесник, по правилу, није преклудирау у предузимању појединих процесних радњи. Првостепени оставински суд, тако, може поводом жалбе, сам новим рјешењем, преиначити, или укинути своје раније рјешење, ако се тиме не вријеђају права других учесника која се заснивају на том рјешењу (чл. 21, ст. 1. ЗОВПС и чл. 24, ст. 1. ЗОВПЦГ). Насупрот томе, жалба у парничном поступку је деволутивне природе (увијек се доставља другостепеном суду). Начело јединства оставинске расправе произилази и из обавезе првостепеног суда (ако поводом жалбе не преиначи, или укине раније рјешење) да другостепеном суду достави и неблаговремену жалбу, који, из важних разлога, може одлучити и о неблаговремено поднесеној жалби, ако се тиме не вријеђају права других лица која се заснивају на том рјешењу (чл. 21, ст. 3. ЗОВПС и чл. 24, ст. 3. ЗОВПЦГ).

*др Загорка Јекић,
редовни професор Правног факултета у Београду*

ПРОЦЕСНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ОДЛУКЕ О УСЛОВНОЈ ОСУДИ

У пракси појединих општинских судова са подручја Окружног суда у Београду појавиле су се велике разлике код формулисања одлуке о условној осуди. Анализирајући неколико случајева (изабраних по систему случајног узорка), уверили смо се да постоје веома различита решења, у основи, исте процесне ситуације. Ради илустрације наведеног закључка, изложићемо неколико примера.

Предмет наше анализе је, отуда, неколико пресуда од којих свака садржи другачију одлуку о условној осуди. Упркос те чињенице, могуће је наведене пресуде груписати у три категорије у зависности од тога да ли је изречена условна осуда за једно кривично дело или за стицај и да ли поред њих постоји и нека мера безбедности.

а) УСЛОВНА ОСУДА ИЗРЕЧЕНА ЗА ЈЕДНО КРИВИЧНО ДЕЛО

1а) Анализа судске праксе

У пресудама које смо сврстали у ову групу налазимо два модалитета код формулисања одлуке о условној осуди. По првом, суд применом одговарајућих законских одредаба (чл. 5, 33, 38, 41, 51, 52 и 53) окривљеном изриче условну осуду и то *тако што му утврђује казну* затвора у трајању од 4 (четири) месеца и истовремено одређује да се казна неће извршити уколико окривљени у року од 1 (једне) године не изврши ново кривично дело (Пресуда IV општинског суда у Београду, бр. VI К - 556/90 од 16. септембра 1991. године).

Други модалитет заступљен је у пресудама у којима суд, позивајући се, такође, на одређене законске норме, окривљеном *изриче условну осуду којом му утврђује казну затвора* у трајању од 3 (три) месеца (или другу казну), с тим што му се казна неће извршити ако за време од једне године не учини ново кривично дело (Пресуда II општинског суда у Београду, IV - К. бр. 621/90 од 11. јуна 1990. године и Пресуда Општинског суда у Сопоту, К - бр. 62/91 од 18. септембра 1991. године).

2а) Критички осврт

Наведена два модалитета, свакако, потврђују различито поступање судова код изрицања исте санкције - условне осуде, чак и када је реч о једном кривичном делу и једној кривичној санкцији. Анализирајући исправност једног или другог решења са становишта, пре свега, кривичноправних и кривичнопроцесних одредаба, сматрамо да су обе наведене верзије прихватљиве, иако предност дајемо другој.

Оправдање за овакав став налазимо у томе што први модалитет поштује логички, као и законски редослед појединих одлука у изреци осуђујуће пресуде (чл. 351. ЗКП). Њиме се, заправо, објашњава поступак који претходи доношењу одлуке о условној осуди (одмеравање казне), а затим одлаже њено извршење. Други модалитет, по коме "суд изриче условну осуду којом утврђује казну затвора; може такође да се прихвати јер доследно поштује одредбе Кривичног закона Југославије. Наиме, у чл. 52, ст. 1. КЗ СРЈ изричито је наведено да условном осудом суд учиниоцу кривичног дела утврђује казну и истовремено одређује да се она неће извршити ако осуђени, за време које одреди суд, не учини ново кривично дело.

Формулације условне осуде које су изложене као друга верзија у оквиру наслова под 1а) могли бисмо прихватити као добар узор правилне примене закона, иако је неопходно извршити једну корекцију. Термин "осуђени" свакако мора бити изостављен у једној неправоснажној судској пресуди. Тачно је да тај термин фигурира у чл. 52, ст. 1. КЗ СРЈ, али је исто тако тачно да је он у супротности са члановима 3. и 147, став 4. Закона о кривичном поступку. Треба, на овоме месту, приметити да Кривични закон СРЈ не користи увек адекватно термин "осуђено лице" и "учинилац". Поред већ наведеног примера, можемо указати и на чл. 6. КЗ СРЈ у коме се помиње "учинилац кривичног дела", иако је очигледно реч о осуђеном лицу које се већ налази на извршењу кривичне санкције.

6) УСЛОВНА ОСУДА ИЗРЕЧЕНА ЗА СТИЦАЈ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

1б) Анализа судске праксе

У случајевима када је условна осуда изречена за стицај кривичних дела, у судској пракси, такође, постоје два решења. Разлика између њих постоји само код навођења појединачних казни. По првом систему, у изреци пресуде набројана су сва кривична дела за које је оптужени оглашен кривим (чињенични описи и законски називи), а затим у посебном одељку дате све санкције заједно. На пример, у пресуди IV општинског суда у Београду, IV - К. 1183/90. године после одлуке о кривичи даје се опис више кривичних дела (тешке крађе и ситног дела крађе), затим се излажу појединачно утврђене казне, да би на крају била изречена јединствена казна затвора (по правилима за одмеравања казне у стицају) и одложено њено извршење.

По другом систему, редослед навођења елемената је исти као и код свих других пресуда којима се лице оглашава кривим за једно кривично дело (чињенични опис, законски назив кривичног дела и санкција која се изриче). Пример такве пресуде пружа нам II општински суд у Београду својом пресудом I - К. 506/91 од 6. новембра 1991. године. У наведеној пресуди је оптужени оглашен кривим за три кривична дела (тешке крађе и одузимања возила), па су му изречене казне затвора, а на крају јединствена казна затвора и условна осуда. Сам начин изрицања условне осуде је исти као и код прве групе случајева описаних у поглавља 1а (заступљене су обе варијанте).

2б) Критички осврт

Пошто је одлука о условној осуди, када је реч о стицају кривичних дела, иста као и када се она изриче за само једно кривично дело, остаје да се анализира сам начин изрицања казне за дела у стицају.

Од изложених модела, други нам се чини прихватљивијим јер је у складу са кривичноправним и кривичнопроцесним одредбама. Што се тиче Кривичног закона, за решење овог питања релевантне су одредбе чл. 48 ("суд ће претходно утврдити казне за свако од дела извршених у стицају"), као и одредбе које инкриминишу било које кривично дело, јер су за свако од њих изложена обележја кривичних дела и предвиђена санкција. Према томе,

одвајање санкција од самих дела и њихово здружено навођење не одговара кривично правној трипартицији, односно синтези основних појмова кривичног права (кривично дело, учинилац, санкција). Можда неки практични разлози ипак постоје за прво решење (прегледност, а тиме и лакша оријентација за изрицање јединствене казне код стицаја). Међутим, околности о којима смо говорили, чини нам се, имају јачу снагу, па се залажемо за другу варијанту код формулисања изреке пресуде. С друге стране, лакше је извршити редукцију правоснажно изречене пресуде уколико се јединствена казна за дела у стицају не би могла извршити због неких правних сметњи (чл. 401. ЗКП). Такође, могућност техничких грешака сведена је на мању меру.

Постоји још један важан разлог у прилог модела изреке осуђујуће пресуде код кривичних дела извршених у стицају. Наиме, прва варијанта подсећа на изреку оптужнице за дела у стицају (када се наводе само описи кривичних дела и њихових законски називи). Међутим, управо оно што разликује диспозитив оптужнице и пресуде (иако је ирелевантан њихов правни идентите), јесу одлуке о санкцијама.

Кривичнопроцесна одредба која сигнализира правилност другог решења јесте чл. 351. ЗКП који детаљно регулише састав изреке осуђујуће пресуде (за које се дело оптужени оглашава кривим, законски назив кривичног дела, на какву казну осуђује оптужени, одлука о условној осуди, итд.).

Што се тиче саме одлуке о условној осуди, она има, као што смо рекли, исте модалитете као код пресуда које се односе на једно кривично дело, па отуда и овде важи све оно што је изложено у поглављу 2а.

в) УСЛОВНА ОСУДА ИЗРЕЧЕНА ЗАЈЕДНО СА МЕРОМ БЕЗБЕДНОСТИ

Код пресуда у којима је изречена, поред условне осуде, и мера безбедности, јавља се исти проблем као и код пресуда са безусловном казном затвора и главном и споредном санкцијом. Другим речима, проблем се не поставља у специфичном виду у вези са условном осудом, већ двоструком санкцијом. Због тога ће резултати анализе таквих пресуда бити обрађени у посебном раду. Уначе, сама формулација условне осуде је иста као и прва варијанта изложених случајева под 1а.

г) ЗАКЉУЧАК

Читаву конфузију, а тиме и могућност различитог поступања, дају саме одредбе Кривичног закона СРЈ и Закона о кривичном поступку.

1г) Пре свега, када је реч о формулацији одлуке о условној осуди, од значаја су чл. 5, 51. и 52. КЗ СРЈ. Из наведених одредаба произилази да је условна осуда посебна кривична санкција која се може самостално изрећи (чл. 5). Што се тиче законске дефиниције да условном осудом суд учиниоцу утврђује казну и истовремено одређује да се она неће извршити ако осуђени за време које одреди суд не учини ново кривично дело (чл. 51, ст. 1), њој се може оспорити правилност. Нејасно је како се то условном осудом утврђује казна. Друго, термин "осуђени" није адекватно примењен због раније наведених разлога. Треће, редослед података садржаних у изреци осуђујуће пресуде по чл. 351. Закона о кривичном поступку недвосмислено показује да се, у првом реду, наводи дело за које се оптужени оглашава кривим, законски назив кривичног дела, казна на коју се осуђује, а затим одлука о условној осуди, мерама безбедности, итд. Из тога јасно произилази да је одлука о казни одвојена од одлуке о условној осуди, што је и логично, јер суд прво одмерава казну за једно или више кривичних дела, а затим одлучује о томе да ли ће извршење казне за једно дело или јединствену казну за дела у стицају одложити за одређено време. Према томе, са становишта процесних одредаба,

правилне су оне формулације одлуке о условној осуди код којих је наведено да се *претходно утврђује казна* (прва варијанта код 1а), док су са становишта кривичноправних одредаба правилне формулације да се *условном осудом утврђује казна* (друга варијанта под 1а).

Отуда, ако оцењујемо сагласност судске одлуке са законским одредбама, онда су прихватљиве обе формулације (као што смо то већ изложили под 2а, код критичког осврта). То што су саме законске одредбе неодређене, па чак и противречне, није грешка суда, већ нешто што налаже промену правне норме, тј. активност *de lege ferenda* и у материјалном и у процесном праву. Једно од могућих решења је да се у чл. 351. ЗКП условна осуда наведе алтернативно са казном, а не после ње, јер је реч о самосталној санкцији. Међутим, разматрања ове врсте захтевају посебну и целовиту анализу која није била предмет овога рада.

*др Марија Драшкић,
доцент Правног факултета у Београду*

ПРАВО НА ПОЛНИ ИДЕНТИТЕТ

Европски суд за људска права у Стразбуру донео је 25. марта 1992. године одлуку у којој је први пут у пракси овог суда заузето становиште да је у случају једног трансексуалца повређено право на поштовање приватног живота, које је заштићено чл. 8. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. У образложењу одлуке, између осталог, наводи се:

”Суд је дошао до закључка, на бази горепоменутих околности које овај случај разликују од случајева Rees и Cossey и сматрајући да није неопходно разматрати остале разлоге које је навела подносилац представке, да се она свакодневно налази у ситуацији која, када се сагледа у целини, није у сагласности са поштовањем њеног приватног живота. Сходно томе, уважавајући поље слободне процене (”margin of appreciation”) тужене државе, Суд сматра да поштена равнотежа која треба да буде успостављена између општег и појединачног интереса није била достигнута, те зато постоји повреда чл. 8.

Тужена држава има на располагању неколико средстава којима може да поправи овакво стање. Није задатак овог Суда да означи које је средство најподесније.

Суд, такође, сматра да је Miss B. претрпела неимовинску штету, која је наступила као последица ситуације за коју је у овој одлуци речено да је у супротности са Конвенцијом. Одлучујући на бази правичности, у смислу чл. 50, суд јој је доделио износ од 100.000 француских франака на име неимовинске штете и 35.000 француских франака на име накнаде трошкова поступка”(1).

1. *Правила процедуре.* – Овај случај дошао је пред Европски суд за људска права 12. новембра 1990. године, пошто га је разматрала Европска комисија за људска права у оквиру рока од три месеца, који је постављен чл. 32, § 1. и чл. 47. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода (2).

(1) Case of B. v. France, 57/1990/248/319, European Court of Human Rights, Strasbourg, 1992, стр. 25-26, § 63 и § 69.

(2) Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода потписали су 4. новембра 1950. године у Риму представници влада 13 држава чланица Европског савета. У складу са њеним одредбама, ступила је на снагу по депоновању десетог инструмента ратификације, што се догодило 3. септембра 1953. године. Опширније видети: Јанча Д.: *Заштита људских права у оквиру ”Европског савета”*, ”Југословенска ревија за међународно право”, бр. 1-2/1989, стр. 77.

Према најновијим подацима, свих 26 држава које су чланице Европског савета потписале су Конвенцију, али је поступак ратификације још увек у току у Чешко-Словачкој, Мађарској и Пољској. Видети: Council of Europe, Information Sheet, no. 29, May 91 - December 91, Strasbourg, 1991.

Наиме, према Конвенцији за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту Конвенција), појединац под јурисдикцијом државе која је уговорна страна Конвенције има право да се непосредно обраћа једино Европској комисији за људска права са седиштем у Стразбуру (у даљем тексту Комисија), уколико сматра да су му повређена права предвиђена Конвенцијом. Комисија, најпре, разматра прихватљивост сваке представке, и то на основу претходног испитивања које спроводи један њен члан у својству известиоца. Уколико се представка прогласи прихватљивом, Комисија приступа детаљном истраживању меритума тога случаја, саслушавајући сведоке или вештаке, или спроводећи увиђај и друге поступке који се не разликују од поступака који се спровode пред судовима. Након испитивања меритума, Комисија предузима поступак мирeња међу странкама, или одмах доноси своју одлуку о предмету представке. У поступку мирeња Комисија тежи поравнању појединца и тужене владе, али и у том случају мора одобрити услове под којима ће се закључити поравнање, водећи рачуна да не дође до повреде начела о поштовању људских права, онако како су дефинисана у Конвенцији. У случају, пак, да мирeње не успе, Комисија саставља детаљан извештај у коме излаже све чињенице и даје образложено правно мишљење о томе да ли утврђене чињенице указују на кршење Конвенције. Тај се извештај доставља Комитету министара Европског савета и туженој влади, али не и подносиоцу представке. У року од три месеца након достављања коначног извештаја Комисије Комитету министара Европског савета тај предмет, најзад, пред Европски суд за људска права у Стразбуру могу изнети како сама Комисија, тако и влада тужене државе, односно влада државе чији је држављанин подносилац представке(3)

2. *Чињенично стање.*- Поступак у овом спору покренула је Miss B.(4) својом представком од 28. септембра 1987. године против Француске Републике. Навела је да је повређено њено право на поштовање приватног живота заштићено чл. 8. Конвенције и право на закључивање брака заштићено чл. 12. Конвенције, које се догодило због тога што су француски државни органи одбили да јој признају стварни полни идентитет и да јој, сходно томе, дозволе исправак ознаке пола у званичним регистрима.

Подносилац представке, француска држављанка, рођена је 1935. године у Сиди Бел Абесу у Алжиру, и у званичне регистре грађанског статуса убележена је као мушкарац са именом Norbert Antoine. Међутим, већ од најранијег детињства, Miss B. је показивала склоност да се понаша као женско; њена браћа и сестре сматрали су је за девојчицу; а у потпуно подељеном школском окружењу, тешко се прилагођавала својој улози дечака.

Упркос томе, у младости је одслужила војну обавезу у Алжиру као мушкарац, али је њено понашање за све то време било приметно хомосексуално. После неколико година напустила је Алжир и запослила се 1963. године у Паризу као кабарећка играчица. Непрекидно оптерећена својим проблемом, имала је неколико напада тешких нервних депресија све до 1967. године, када је месец дана била лечена у једној француској болници. Том приликом запажена је хипотропија мушких полних органа и ординирана је хормонска терапија, која је убрзо довела до наглог раста груди и упадљиве феминизације њеног општег изгледа. Најзад, 1972. године у Мароку, Miss B. се подвргла и хируршком захвату промене пола, који се састојао у одстрањивању спољних гениталних органа и конструкцији вештачке вагине.

(3) Опширније о правилима процедуре пред Европским судом за људска права, видети: Деган, В. - Ђ.: *Поступци заштите права појединца према међународним конвенцијама*, "Одвјетник", бр. 3-4/1990, стр. 8-11. и 13-16; Јанча, Д.: *op. cit.*, (у прим. 2) стр. 80-83.

(4) Miss B. биће у овом тексту означавана у женском роду, исто као и у пресуди Европског суда за људска права о којој је реч, у складу са полом који је она захтевала да јој буде признат. Подносилац представке је, осим тога, тражила да не буде откривен њен идентитет, па је у свим списима означавана само иницијалом.

У време подношења представке Европском суду за људска права, Miss B. је живела са мушкарцем кога је срела непосредно пре своје операције промене пола и са којим је намеравала да закључи брак (5).

3. *Историјат судског поступка.* – Прву тужбу Miss B. је поднела 18. априла 1978. године против државног тужиоца у Либуруну, предлажући да суд донесе одлуку којом ће: прво, бити исправљен упис у регистру грађанског статуса којим је она означена као мушкарац; друго, будући да је у стварности женске конституције, којом ће она бити проглашена за жену; и, најзад, на основу које ће јој бити дозвољено да убудуће носи име Luce Antoinette. Суд у Либуруну донео је 22. новембра 1979. године одлуку којом је одбио тужбу из следећих разлога:

”С обзиром на то да је из експертског извештаја јасно да је B. на рођењу коректно уписан као мушкарац и да се временом развио у правцу женске морфологије, изгледа и понашања, очигледно захваљујући конгениталној хипогенези ... и психолошким тенденцијама након хормонског третмана и хируршког захвата; и с обзиром на то да је очигледно да је промена пола била намерно изазвана помоћу вештачких процеса; тужба Norberta (B.) не може бити усвојена, а да се не нападне принцип неотуђивости статуса физичких лица (6).

Апелациони суд у Бордоу потврдио је својом одлуком од 30. маја 1985. године првостепену пресуду са оваквим образложењем:

”Супротно оном што тврди Мг. (B.), његово садашње стање није ’резултат непроменљивих, урођених фактора који су постојали пре операције и хируршке интервенције која је била затражена из терапеутских потреба’, нити се може сматрати да је поступак коме се Мг. (B.) добровољно подвргао водио ка томе да буде откривен његов скривени прави пол; већ обрнуто, оно показује слободну вољу на његовој страни, тако да није било покушаја неког другог третмана, нити је операција била неопходна услед неадекватног биолошког развоја Мг. (B.) (7).

Најзад, након што се тужиља обратила и највишем правосудном форуму Француске, Грађанско одељење Касационог суда донело је 31. марта 1987. године одлуку којом је у свему потврђен став који су изнели нижестепени француски судови (8).

4. *Појам транссексуалности.* – Медицински термин ”синдром дисфорије рода” (*gender dysphoria syndrome*) односи се на осећање нелагодности, које особа о којој је реч приписује неподударности између сопственог полног идентитета (субјективно доживљеног пола), на једној страни, и сопствене полне улоге и физичког пола (примарних и секундарних полних карактеристика), на другој страни (9). Транссексуализам (10) се може дефинисати као екстремни облик дисфорије рода, који се огледа у чврстом уверењу такве особе да, иако је анатомски једног пола, она у ствари припада другом полу

(5) Опширније о чињеничном стању, видети: *Case of B. v. France, op. cit.* (у прим 1), стр. 4, §§ 9-12.

(6) *Case of B. v. France, op. cit.* (у прим 1), стр. 5, §§ 13-15.

(7) *Ibid.*

(8) Видети: *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles, I, 1987, бп. 116, стр. 87.*

(9) У том смислу, видети: Blanchard, R.: *The Classification and Labeling of Nonhomosexual Gender Dysphorias*, "Archives of Sexual Behavior", Vol. 18, 1989, no. 4, стр. 316; Kuiper, B. - P. Cohen-Kettenis: *Sex Reassignment Surgery: A Study of 141 Dutch Transsexuals*, "Archives of Sexual Behavior", Vol. 17, 1988, no. 5, стр. 440; Taitz, J.: *Transsexuals and Sexual Identity*, "The Modern Law Review", Vol. 51, 1988, no. 4, стр. 502; Belli, M.: *Transsexual Surgery: A New Tort?*, "Journal of Family Law", vol. 17, 1978-1979, стр. 490.

(10) Сам термин "транссексуализам" изгледа да је сковао и први пут употребио чувени амерички хирург др Harry Benjamin у свом чланку *Transsexualism and Transvestism as psychosomatic and somato-psychic syndromes*, "American Journal of Psychotherapy", Vol. 8, 1954. стр. 219.

(11). То је уверење толико снажно да је трансесуалац обузет жељом да своје тело, целокупни изглед и социјални статус промени тако да буду усаглашени са његовим "правим" полом (12). Идентификација са супротним полом се протеком времена повећава, да би кулминирала настанком опсесивне жеље за ослобођењем од сопствених примарних и секундарних полних карактеристика и очајничким настојањем да се предузме операција промене пола. Ако таква операција није одмах могућа, што је обично резултат релативно дугачког медицинског предоперативног третмана, видљиви полни органи постају објект гађења и деформисања (13). Трансесуалци неретко западају и у стање реактивне психозе, или, што је још чешће, долазе у ситуацију да покушавају самокастрацију, друге видове самоосакаћења или самоубиство (14). Иначе, потпуни расцеп између психолошког и морфолошког пола који прати трансесуалитет почиње да се манифестује у најранијим годинама детињства (15) и, по правилу, траје много дуже него што је потребно да би био дијагностикован (16).

5. **Право релевантно за решење спора.** – У француском праву није предвиђен никакав правни поступак који би претходио хормонској терапији, или хируршкој интервенцији, које имају за циљ да трансесуалцима обезбеде спољне одлике пола који они желе да им буде признат (17). Уместо тога, интервенција промене пола препуштена је у потпуности правилима и стандардима медицинске струке. Стога су Национални савет лекара и Медицинска академија поставили строга правила којима се одређује у којим случајевима се има сматрати да се ради о медицинским индикацијама за промену пола. Поступак обухвата три фазе: посматрање у року од једне до три године, осигурање средстава од стране здравственог осигурања и укључење етичког комитета који се обавештава анонимним протоколом о сваком случају (18).

(11) Тако: Blanchard, R. - L. H. Clemmensen - B. W. Steiner: *Heterosexual and Homosexual Gender Dysphoria*, "Archives of Sexual Behavior", Vol. 16, 1987, no. 2, стр. 139; Kiuper, B. - P. Cohen-Kettenis: *op. cit.* (у прим 9), стр. 430; Pannick, D.: *Homosexuals, Transsexuals and the Sex Discrimination Act*, "Public Law", summer 1983, стр. 288; Roth, M.: *Transsexualism and the Sex-Change Operation: A Contemporary Medico-Legal and Social Problem*, "Medico-Legal Journal", Vol. 49, 1981, no. 1, стр. 5; Ormrod, R.: *The Medico-Legal Aspects of Sex Determination*, "Medico-Legal Journal", Vol. 40, 1972, no. 1, стр. 82; Хлача, Н.: *Промјена спола - Породично-правни аспекти*, "Зборник Правног факултета у Риједи, година 9, 1988, стр. 61.

(12) Meyers, D.: *The Human Body and the Law*, Edinburgh, 1990, стр. 219.

(13) *Ibid.*

(14) Видети: Meyers, D.: *op. cit.* (у прим. 12), стр. 219. и аутори које он тамо наводи. Тако и: Ormrod, R.: *op. cit.* (у прим. 11), стр. 82.

(15) Једно истраживање показало је да две трећине испитаних трансесуалаца изјављује да су осећали да припадају супротном полу већ у петој години живота. Исто су потврдили, у посебним интервјуима, и њихови родитељи. Опширније видети: Pauly, I. B.: *The Current Status of the Sex Change Operations*, "Journal of Nervous and Mental Diseases", Vol. 147, 1968, стр. 463.

(16) Према најновијем Дијагностичком и статистичком приручнику менталних поремећаја Америчког удружења за психијатрију тражи се, за дијагнозу праве трансесуалности, да је протекло најмање две године непрекидне идентификације са особом супротног пола. Видети: Blanchard, R.: *op. cit.* (у прим. 9), стр. 316.

(17) За разлику од француског права, у шведском праву, на пример, подвргавање хируршком захвату промене пола дозвољено је само уколико је подносилац захтева старији од 18 година, није у браку, неспособан је за прокреацију и шведски је држављанин. Видети: § 1, § 3 и § 4. Закона о утврђивању пола у посебним случајевима од 21. априла 1972. године.

Слично је решење и италијанског права, према коме предузимање хируршког захвата ради усклађивања полних особина може бити дозвољено само на основу судске пресуде. Видети: чл. 3 Закона бр. 164 од 14. априла 1982. године.

(18) Опширније о оваквом поступку, видети: Хлача, Н.: *Породичноправни аспекти промјене спола*, докторска дисертација, Загреб, 1990, стр. 43.

Напротив, правила о условима под којима се може извршити исправка докумената о грађанском статусу једне особе детаљно су прописана у Француском грађанском закону. Према тим правилима, исправку може да нареди само председник суда, а захтев за исправку може поднети свака особа која за то има правни интерес и државни тужилац, који је обавезан да поступа *ex officio* ако се заблуда или пропуст односи на есенцијалну индикацију у документу или у одлуци која га замењује (19).

У судској пракси француских првостепених и апелационих судова забележен је већи број одлука којима је било допуштено уношење исправки првобитног уписа, па и онда када би се исправка односила на пол и лично име. Многе од тих одлука су у међувремену постале правоснажне, захваљујући уздржавању државног тужиоца да искористи своје право жалбе (20). Француски Касациони суд, међутим, никада није одобрио такву праксу. Штавише, у низу одлука излагао је становиште којим је изричито одбацивао сваку могућност да буду узете у обзир промене полних карактеристика, ако су оне наступиле након хормонског третмана и хируршке интервенције којима се једна особа добровољно подвргне (21). У једној од скорашњих пресуда Касациони суд образлаже свој став на следећи начин:

"..... транссексуализам, чак и када је медицински признат, не може се сматрати истинском променом пола; будући да транссексуалац, иако је изгубио одређене особине свог оригиналног пола, још увек тиме није стекао карактеристике супротног пола..." (22).

Што се тиче промене личног имена, француско право предвиђа да име детета које се налази у крштеници може бити промењено судском одлуком, уколико постоји легитимни интерес, на захтев самог детета или његовог законског заступника (23). Осим тога забрањено је носити име или презиме различито од оног које је наведено у званичном акту о рођењу (24).

Најзад, за решење спора од значаја су била и правила која постоје у француском праву у погледу идентификационих докумената. Као опште правило важи да се пол не наводи на административним документима која се издају физичким лицима, као што су традиционална национална лична карта, класични пасош, возачка дозволка, гласачки лист, потврда о држављанству, итд. Напротив, нове компјутеризоване идентификационе исправе садрже назнаку о полу која је унесена у матични број сваке особе (25), у национални идентификациони регистар физичких лица, у регистре социјалног осигурања, у нове пасоше Европске заједнице, итд.

(19) Видети: чл. 99, ст.1. и 3. Француског грађанског законика (измењеног Декретом бр. 81-500 од 12. маја 1981. године).

(20) Детаљан попис тих одлука налази се у списима овог предмета. Видети: *Case of B. v France, op. cit.* (у прим. 1), стр. 11, § 23.

(21) Видети: Пресуду Касационог суда од 16. децембра 1975, *Recueil Dalloz Sirey*, 1976, I, стр. 397, note *Lindon*; Пресуду од 30. новембра 1983, *Juris-classeur périodique*, 1984, II, 20222, note *Edelman*; Пресуду од 3. марта 1987, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation*, I, 1987, no. 79, стр. 59; Пресуду од 31. марта 1987, *op. cit.* (у прим. 8); Пресуду од 7. марта 1988, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation*, I, 1988, no. 176, стр. 122; Пресуду од 10. маја 1989, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation*, I, 1989, no. 189 стр. 125; итд.

Једина прилика у којој је Касациони суд заузео нешто другачији став, била је одлука у којој је препоручио судовима да би требало да воде рачуна о нежељеним морфолошким променама полних особина, које су наступиле после третмана практикованих у концентracионим логорима за време другог светског рата. Видети: Пресуду Касационог суда од 16. децембра 1975, *Juris-classeur périodique*, 1976, II, 18503, note *Penneau*.

(22) Пресуда Касационог суда од 21. маја 1990, *Juris-classeur périodique*, 1990, II, 21588.

(23) Видети: чл. 57, ст. 3. Француског грађанског законика.

(24) Видет: чл. 1. Закона од 6. фебруара 1992. године II.

(25) Видети: Закон бр. 78-17 од 6. јануара 1978. године о обради података.

6. *Исход*. – Подносилац представке у овом поступку пред Европским судом за људска права навела је да су је француски државни органи - одбијајући да јој дозволе исправку навода о њеном полу у званичним регистрима грађанског статуса и на њеним званичним идентификационим исправама - присилили да пред трећим особама открива интимне податке о свом полном идентитету, као и да јој је та чињеница додатно проузроковала велике тешкоће у личном и професионалном животу.

Разматрајући садржај чл. 8. Конвенције, Суд је, најпре, заузео становиште да појам "*поштовања*" који се у њему помиње није довољно јасан (26). То је нарочито видљиво онда када у концепт "*поштовања*" треба унети и позитивне облигације које се на њега односе, због чега ће се захтеви значајно разликовати од случаја до случаја, у зависности од праксе која се спроводи у државама које су уговорне стране Конвенције. Ради тога Суд подсећа да у одлучивању да ли таква облигација постоји или не, нарочита пажња мора бити посвећена оцени постојања поштене равнотеже ("*fair balance*") која треба да буде нађена између општег интереса заједнице и интереса појединца (27).

Начелно исти став изнео је Европски суд за људска права и у двама раније донесеним одлукама које су се тичале транссексуалаца. Тако је у случају *Cossey*, подносилац представке тврдила да, одбијање државних органа Велике Британије да јој издају документ о рођењу који ће указивати на њен пол као "женски", представља мешање државе у њено право на поштовање приватности, на тај начин што се од ње очекивало да открива детаље из свог интимног живота увек када је требало да презентира званичне податке о рођењу. По њеном мишљењу, тужена страна није доказала да је ово мешање било оправдано у смислу ст. 2, чл. 8. Конвенције (28). Суд је том приликом заузео становиште, које је већ било формулисано у случају *Rees*, да "одбијање исправке у регистру рођења или одбијање издавања докумената о рођењу чија садржина и природа се разликују од оних оригиналних, не може бити сматрано као 'мешање'. Оно што подносилац представке тражи, није то да се тужена Држава уздржи од поступања, већ да она предузме кораке како би модификовала свој постојећи систем. Питање је, стога, да ли стварно поштовање приватног живота *Miss Cossey* натура позитивну облигацију за Уједињено Краљевство?" (29).

(26) Члан 8. Конвенције гласи:

"1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, свог дома и своје преписке.

2. Јавна власт не сме се мешати у вршење овог права изузев у мери која је у складу са законом и која је нужна у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне сигурности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или злочина, ради заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других". (Превод др Олге Шуковић, "Југословенска ревија за међународно право", 1-2/1989, стр. 292).

(27) Видети: *Case of B. v. France, op. cit.* (у прим. 1), стр. 18, § 44.

О појму права на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке, као позитивној облигацији за државе, говори се у неколико других одлука Европског суда за људска права. О томе, видети: *Connelly, A. M.: Problems of interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 35, 1986, no. 3, стр. 572..

(28) *Cossey Case, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Strasbourg, 1990, Vol. 184, стр. 15, § 36.*

(29) *Ibid.*

У случају *Rees* Европски суд за људска права био је још одређенији: "Наводни недостатак поштовања приватног живота у овом случају своди се на одбијање да се установи такав тип документације који ће обезбеђивати доказ о садашњем цивилном статусу. Увођење таквог система не сматра се засад неопходним у Уједињеном Краљевству. Штавише, такво решење имало би значајне административне последице и наметнуло би нове обавезе за остатак популације". Видети: *Rees Case, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Strasbourg, 1987, Vol. 106, стр. 17, § 42.*

Међутим, за разлику од случајева Cossey и Rees, у којима је појам "поштене равнотеже" између општих интереса и интереса појединца протумачен тако да не може дати повода ни за једну директну обавезу Велике Британије да мења суштину свог система регистрације рођења, у случају V. v. France Европски суд за људска права напустио је своје раније стајалиште и донео потпуно супротну одлуку. Суд је, наиме, пошао од тога да постоји суштинска разлика између француског и енглеског права када је реч о правилима која регулишу исправку регистара грађанског статуса, промену личног имена и употребу идентификационих докумената.

6(а). *Исправка регистара грађанског статуса.* – Енглески систем регистрације грађанског статуса није обликован тако да служи да дефинише садашњи идентитет једне особе, већ да забележи један историјски факт који има правни значај за успостављање породичних веза у неким односима, као што је наслеђивање или подела имовине. Стога, ако би било могуће начинити касније измене и допуне у тим регистрима, у одсуству заблуде или пропуста у време рођења, таква промена морала би се сматрати фалсификатом. Са друге стране, промена пола забележена у регистрима не би никада могла да значи стицање биолошких карактеристика једног пола, будући да би се тумачењем дошло до закључка да је особа у питању припадала раније другом полу. То, надале, не би могло да осигура интегритет приватног живота подносиоца представке јер би, управо, откривало промену његовог полног идентитета.

Супротно је, сасвим, решење француског права. Устројство регистара грађанског стања тамо има за циљ да ажурира све податке о животу једног лица, тако да је савршено могуће у такве регистре уметнути податак о судској одлуци која наређује измену оригинално уписаног пола. Сврха таквог акта, дакле, није у томе да исправи иницијално постојећу заблуду, већ да документ усагласи са тренутним стањем онога ко такав захтев упућује. Штавише, једине особе које су овлашћене на директан приступ тим регистрима јесу службена лица и лица коју су такву дозволу добила од државног тужиоца, а њихов јавни карактер осигурава се издавањем комплетних копија или извода. Француска је, стога, према мишљењу Суда, могла уважити захтев тужиље пред својим судовима без било каквих допуна у законодавству; чак би и промена у судској пракси Касационог суда била сасвим довољна (30).

6(б). *Промена личног имена.* – За разлику од енглеског права, у коме је промена личног имена ствар слободне воље сваког човека за коју није потребно испуњење било каквих законских услова, у француском праву је промена личног имена условљена постојањем судске одлуке и успешним доказивањем постојања легитимног интереса (31). Због тога Европски суд за људска права сматра да је одбијање дозволе Miss B. да промени своје име, ради тога да би њено ново име боље одговарало њеној физичкој појави, такође, представљало повреду њеног права на поштовање приватног живота (32).

6(в). *Употреба идентификационих докумената.* – Захваљујући чињеници да данас све већи број званичних докумената садржи и ознаку пола, транссексуалци не могу прећи границу, издати чек или предузети неку од многих трансакција у свакодневном животу код којих је доказ о идентитету

(30) Case of V. v. France, *op. cit.* (у прим. 1), стр. 21, § 52.

(31) Опширније о разлици између англоамеричког и француског права које регулише лично име, видети: Glendon, M. A.: *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1987, стр. 104-106.

(32) Суд је као нерелевантан за решење овог предмета оценио приговор француске Владе, да у Француској постоји широко практикована пракса употребе "неутралних" имена, као што су Claude, Dominique или Camille, из којих се не види да ли је особа која их носи мушког или женског пола. Образложење се заснива на констатацији да је подносилац представке захтевала да јој буде дозвољено да носи два ексклузивно женска имена. Видети: Case of V. v. France, *op. cit.* (у прим. 1), стр. 22, § 57.

неопходан, а да се не изложи откривању несклада између свог законског пола и свог видљивог пола. Због тога су, по мишљењу Суда, неугодности којима се излаже Miss B. у свакодневној комуникацији, а које су резултат нужности откривања информација које се тичу њеног приватног живота, довољно озбиљне да би се, и на основу њих, закључило о постојању повреде чл. 8. Конвенције.

Наравно, поставља се на крају питање какав је значај ове одлуке, не само за француско законодавство и судску праксу, него и за права свих држава чланица Европског савета. Она, наиме, несумњиво означава прекретницу у тумачењу права на поштовање приватног живота, у том смислу да је први пут у пракси Европског суда за људска права заузето становиште да се врши повреда чл. 8. Конвенције, ако држава уговорна страна Конвенције одбија да уважи постојање психолошког пола транссексуалаца. Са друге стране, иако Суд није разматрао повреду чл. 12. Конвенције који гарантује право на закључење брака, будући да је сама Miss B. у току поступка повукла овај свој захтев, крајња консеквенца права на исправку докумената који региструју грађански статус јесте у томе што се уклања свака препрека да транссексуалац закључи брак са особом која је истог пола као што је био и његов оригинални пол. Тешко је и усудити се да све последице таквог једног става буду овом приликом поменуте.

ОДЛУКЕ УСТАВНИХ СУДОВА

Раднику чији брачни друг ради у органима који су потписници споразума о решавању стамбених питања не може се увећавати број бодова по томе основу

Одредбом члана 36. Споразума о основама и мерилима за доделу станова на коришћење и условима за доделу стамбених кредита у радним заједницама општинских органа управе и других органа општине Н., утврђено је да радник чији брачни друг ради у органима потписницима Споразума има право да му се број бодова који му припада по критеријумима утврђеним споразумом, увећа по том основу за пет бодова.

Уставни суд Републике Црне Горе становишта је да радник појединачно стиче права из радног односа, па и право на добијање стана на коришћење. То значи да се и предност у редоследу за давање стана на коришћење утврђује по околностима које се тичу сваког радника понаособ. Околност што радник има брачног друга у неком од органа који су потписници означеног споразума не даје право, по схватању Уставног суда РЦГ, једном од брачних другова да се по томе основу нађе у повољнијем положају од другог радника при утврђивању реда првенства за добијање стана на коришћење. Право радника који има брачног друга запосленог у органима потписницима Споразума да му се број бодова увећа по томе основу значи, по схватању Уставног суда Републике Црне Горе, противуставно стављање тога радника у повољнији положај од положаја радника чији брачни друг није запослен у органима потписницима Споразума, што је разлог за укидање оспорене одредбе означеног Споразума.

(Одлука УС РЦГ, У бр. 39/92 и 46/92, од 17. септембра 1992. године)

Није право радне заједнице органа управе да својим општим актом уређује престанак радног односа

Одредбама Статута радне заједнице органа управе Скупштине У., утврђено је да радни однос може престати, вољом радника, и у случајевима одређеним Законом о државној управи, Статутом и другим самоуправним општим актима радне заједнице; да се самоуправним актом - у складу са законом - ближе утврђују начин и поступак престанка радног односа, што је и уређено односним одредбама означеног статута.

Полазећи од одредбе Устава Републике Црне Горе којом је утврђено да раднику може престати рад против његове воље само под условима и на начин утврђен законом, Уставни суд Републике Црне Горе оценио је да оспорене одредбе означеног самоуправног општег акта нису у складу с Уставом Републике Црне Горе.

Уставни суд Републике Црне Горе имао је у виду и околност да су услови под којима раднику може престати рад против његове воље утврђени у односним законима: Законом о основним правима из радног односа ("Сл.

лист СФРЈ", бр. 60/89 и 42/90), Законом о државним службеницима ("Сл. лист Републике Црне Горе", број 45/91).

Утврђивање услова под којима раднику може престати рад против његове воље право је, по схватању Уставног суда Републике Црне Горе, републике. Будући да је у питању однос који, по Уставу Републике Црне Горе, може бити уређен само законом, то значи, по схватању тога суда, да никоме другоме, па ни самоуправном органу државне управе, не припада право да уређује питања престанка радног односа радника против његове воље. Уређујући та питања, споменута радна заједница уређивала је један друштвени однос на чије уређивање она нема право. Стога су оспорене одредбе означеног самоуправног акта противне Уставу Републике Црне Горе, независно од тога да ли су те одредбе у супротности с одредбама наведених закона којима су утврђени услови под којима раднику може престати рад против његове воље.

(Одлука УС РЦГ, Убр. 19/92, од 17. септембра 1992)

Висина накнаде због привремене неспособности за рад не утврђује се општим колективним уговором

Одредбом члана 39. Општег колективног уговора ("Сл. лист СР ЦГ", број 5/91) прописано је да радник, за време привремене неспособности за рад до 30 дана, остварује накнаду личног дохотка у висини од најмање 80% од његовог личног дохотка из претходног месеца.

Оцењујући да је оспорена одредба означеног колективног уговора противна Уставу, Уставни суд Републике Црне Горе стао је на становиште, пре свега, да је уређивање висине накнаде због привремене неспособности за рад - уређивање права радних људи у области здравственог, инвалидско-пензијског осигурања и других права из социјалног осигурања, тј. уређивање права радних људи које је Уставом Републике стављено у права и дужности републике. Оно што је Уставом стављено у списак права и дужности републике, која она остварује преко републичких органа, јесте право и дужност које не може бити остваривано другим актима, па ни - Општим колективним уговором. Уређивање тих права радних људи другим актима значи у ствари, повреду права и дужности републике, тј. повреду одредаба Устава којима су утврђена права и дужности републике. Уставни суд Црне Горе има, при томе, у виду и чињеницу што је Законом о здравственој заштити и здравственом осигурању ("Сл. лист СР ЦГ", број 39/90 и 21/91), Република Црна Гора већ остварила то своје право, прописујући, тим законом, начин утврђивања висине накнаде о којој је овде реч, посве друкчије него што је то учињено Општим колективним уговором у тој републици. То оспорену одредбу Општег колективног уговора чини противном и наведеном закону.

(Одлука УС РЦГ, Убр. 32/92, од 17. септембра 1992)

Републички орган управе нема право да прописује основицу и висину стапа доприноса за социјално осигурање

Директор Дирекције јавних прихода Републике прописао је својим упутством о начину утврђивања и наплати пореза по одбитку, начин утврђивања и плаћања доприноса за социјално осигурање, тако што се под просечном бруто-платом у смислу тога упутства подразумева плата која садржи порез по одбитку, укупне доприносе за социјално осигурање (износ који плаћа радник и износ који плаћа послодавац), и нето-плату. Упутством су прописане и одређене стопе доприноса за социјално осигурање: посебне стопе доприноса за пензију и инвалидско осигурање, за здравствено осигурање и за осигурање од незапослености.

Налазећи да оспорено упутство није у складу с Уставом Републике Црне Горе и Законом о доприносима за социјално осигурање, посебно, Уставни суд Републике Црне Горе укинуо је оспорено упутство, а одлука Уставног суда заснована је на томе што: републички органи управе и републичке

организације могу, по Уставу РЦГ (амандман LIX на Устав из 1974. године), доносити прописе за извршавање закона, других прописа и општих аката Скупштине и Извршног већа Скупштине РЦГ само онда када су на то овлашћени тим прописима. Републички органи управе и републичке организације немају, дакле, "генерално овлашћење" да доносе прописе за извршавање републичких закона, других прописа и општих аката. Следствено томе, сваки извршни пропис републичког органа управе или републичке организације који није заснован на овлашћењу утврђеном законом, односно другим прописом ради чијег се извршења доноси акт органа управе (републичке организације) противан је Уставу Републике Црне Горе. Закон на којем се заснива оспорено упутство (Закон о доприносима за социјално осигурање) није овластио ниједан републички орган, односно републичку организацију, на доношење прописа за извршење тога закона, па је, стога, неспорно да је оспорено упутство Дирекције јавних прихода Републике противно Уставу Републике Црне Горе.

(Одлука УС РЦГ, број У 31/92, од 17. септембра 1992)

Најнижу цену рада утврђује општи колективни уговор

Одредбом чл. 14, став 2. Правилника о основама и мерилима за стицање и расподелу добити, средстава за личне дохотке и заједничку потрошњу и накнадама на терет трошкова у Јавном предузећу Ш. у П., утврђено је да се најнижи лични доходак за најједноставнији рад одређује у износу минималног личног дохотка у републици, који се усклађује најмање једанпут тромесечно - с растом трошкова живота, тј. месечно - кад је повећање трошкова живота - према званичним подацима - веће од 5%.

Уставни суд Републике Црне Горе укинуо је означену одредбу наведеног правилника као противуставну и незакониту, заснивајући своју одлуку на томе што: по Уставу Републике Црне Горе, права радних људи у удруженом раду уређује република у складу с Уставом и савезним законом, што је Република Црна Гора и учинила: Законом о платама у области привреде ("Сл. лист СР ЦГ", број 28/91), којим је прописано да правно лице исплаћује месечне аконтације плата у складу с општим актом, колективним уговором и тим законом, при чему правно лице (послодавац) месечне аконтације плата утврђује најмање у висини најниже цене рада - кориговане коефицијентима за поједине степене стручне спреме - која је утврђена закљученим колективним уговором. Општим колективним уговором који су закључиле организације друштвених делатности, јавна предузећа и државне организације ("Сл. лист СР ЦГ", број 49/90) утврђен је износ најнижег личног дохотка за најједноставнији рад. Оно што припада потписницима тога уговора јесте примена Закона и Општег колективног уговора. Другим речима, право потписника тога уговора није да својим актима одређују износе личног дохотка. Одређивање износа личног дохотка општим актом организације значи неуставно и незаконито узимање овлашћења на уређивање оних питања која могу бити уређена само законом и општим колективним уговором. То поготову онда кад износ које одређује организација није једнак, већ мањи од износа утврђеног законом и општим колективним уговором: прописивање да најнижа цена рада, односно најнижи износ личног дохотка, јесте минимални лични доходак у републици, који се, уосталом, може исплаћивати само онда кад наступе околности одређене законом, за исплату тога износа на име личног дохотка.

(Одлука УС РЦГ, У бр. 107/91, од 17. септембра 1992)

Припремио Ђорђе Ђурковић

ОДЛУКЕ ВИШЕГ ПРИВРЕДНОГ СУДА СРБИЈЕ

Туженик не одговара за штету насталу девалвацијом динара ако је поступао у складу са законом о девизном пословању

Из образложења:

"Пресудом Привредног суда у Београду П. 7984/91 од 9. децембра 1991. године, ставом један изреке, одбијен је тужбени захтев тужиоца којим је тражио да суд обавезе туженог да му исплати износ од 72.093,50 динара на име главног дуга са каматом по Закону о висини стопе затезне камате почев од 5. априла 1991. године до исплате. Ставом II изреке тужилац је обавезан да туженом исплати 310,00 динара на име трошкова парничног поступка у року од 8 дана од достављања преписа пресуде.

Пресудом Вишег привредног суда одбијена је жалба тужиоца и потврђена првостепена пресуда.

Против пресуде Вишег привредног суда у Београду тужилац је благовремено изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и због погрешне примене материјалног права.

Тужени је одговорио на наводе ревизије.

Врховни суд налази да ревизија није основана.

У проведеном поступку је утврђено да је тужиочев пословни партнер, предузеће "Прогрес" из Београда, туженој уплатио два налога за расподелу девизног права по коме је тужена требало да тужиоцу исплати динарску противвредност износа од 18.055 ДМ, с тим што је један налог испостављен телексом 11. априла 1991. године са погрешно означеним жиро-рачуном тужиоца, а други налог тужени је примио на обрасцу 24. априла 1991. године. Тужени је 12. априла 1991. године поступио по налогу тужиоцевог партнера с тим што је означен број жиро-рачуна тужиоца из налога "Прогреса" од 11. априла 1991. године. Међутим, пошто је број жиро-рачуна тужиоца био у налогу "Прогрес" погрешно означен, СДК је 23. априла 1991. године вратио туженом налог за исплату, а наредног дана тужени је одмах поступио по налогу уплативши тужиоцу износ назначен у њему.

С обзиром на то да је у међувремену, 19. априла 1991. године, дошло до девалвације динара, тужилац је трпео штету у утуженом износу. Такође је у међувремену "Прогрес" туженом уплатио тачан број рачуна тужиоца.

Код тако утврђеног чињеничног стања, правилна је оцена нижестепених судова да тужени није крив за штету коју је тужилац претрпео након девалвације динара. Ово из разлога што је тужени поступао у складу са одредбама Закона о девизном пословању, Одлуком о начину вршења платног промета са иностранством и Упутством о јединственом вршењу платног промета са иностранством, јер је налог за исплату могао да се испостави и телексом по коме је тужени и поступио у законом прописаном року од 2 дана. Чињеница што је у налогу за исплату означен погрешан жиро-рачун тужиоца не може се приписати у кривицу туженог, с обзиром на то да је поступао у складу са наведеним прописима који регулишу вршење платног промета са иностранством, а с тим у вези није ни одговоран за штету коју је тужилац претрпео."

Према томе, ако је туженик поступао према Закону о девизном пословању, неће одговарати за штету која је настала девалвацијом динара.

(Пресуда Вишег привредног суда Србије, Пж. 4605/92 од 27. априла 1992. године, потврђена од Врховног суда Србије. Прев. 170/92 од 23. септембра 1992. године)

За све спорове у вези са уписом у судски регистар надлежан је привредни суд

Из образложења:

"Наведеним решењем првостепени суд се огласио стварно ненадлежним а предмет уступио Општинском суду у Новом Саду као стварно и месно надлежном суду.

Благовременом жалбом ово решење побија тужилац из свих разлога наведених у чл. 353. ЗПП.

Жалилац истиче да се овде ради о спору који је везан за упис у судски регистар тужених првог и другог реда па се тражи утврђивање ништавости таквог уписа о чему је поднета и тужба и због тога сматра да је за решавање надлежан привредни суд, а не општински суд и зато је предложио да се решење преиначи и да се утврди да је у конкретној правној ствари у питању привредни спор, или да се решење укине а предмет врати на поновно суђење.

Жалба је основана.

При доношењу првостепеног решења суд се позива на одредбе чл. 15. Закона о судовима да привредни суд суди у првом степену спорове из међусобних привредних односа између предузећа и других правних лица.

Међутим, у чл. 15.(е) наведеног закона предвиђено је да привредни суд суди и спорове везане за упис у судски регистар и статусне промене привредних субјеката. Како се у конкретном случају ради о спору за утврђивање ништавости уписа у судски регистар и издавања привремене мере у вези са таквим спором, то је за решавање спора надлежан привредни суд, а не општински, па је у смислу чл. 380. ЗПП ваљало жалбу уважити, решење укинати, а предмет вратити првостепеном суду на наставак поступка.

У наставку поступка суд ће након утврђивања чињеничног стања и уз правилну примену материјалног права одлучити о тужбеном захтеву и у погледу ништавости уписа и у погледу издавања привремене мере."

Према томе, привредни суд је стварно надлежан да решава све спорове везане за упис субјеката у судски регистар, без обзира на то да ли се ради о покретним, или непокретним стварима.

(Решење Вишег привредног суда Србије, Пж 2-220/92 од 12. октобра 1992. године)

Обезбеђење трошкова у парници када је тужилац из Словеније

Институт обезбеђивања трошкова у парници код спорова са међународним елементом уведен је зато да би туженик, ако тужилац изгуби спор, могао без тешкоћа да оствари право на трошкове.

У нашој пракси се поставило питање да ли то важи и када је тужилац из Словеније, као једне од издвојених република из некадашње СФРЈ.

Из образложења:

"Побијаним решењем првостепени суд је одбио предлог туженог за обезбеђење парничних трошкова.

Благовременом жалбом тужени побија првостепено решење са свих разлога из чл. 353. ЗПП. Наводи да је погрешно првостепени суд применио одредбу чл. 82, ст. 2. Закона о решавању сукоба Закона са прописима других земаља у одређеним односима ("Сл. лист СФРЈ." бр. 43/82 од 23. јула 1982. године). Наводи да је туженик од дана признавања Републике Словеније од стране Европске заједнице и Савета безбедности Уједињених нација ставио предлог за обезбеђење парничних трошкова с обзиром на то да је тужилац из Републике Словеније.

Предлаже да се првостепено решење укине и предмет врати истом суду на поновно суђење.

Виши привредни суд налази да је жалба основана.

Из списка произлази да је тужени поднеском од 27. новембра 1991. године ставио предлог за обезбеђење парничних трошкова у смислу одредбе чл. 82. Закона.

Првостепени суд је одбио предлог туженика налазећи да тужени није ставио предлог за обезбеђење парничних трошкова у благовременом року, због чега га је одбио.

Оцењујући наводе жалбе, овај суд налази да је првостепени суд одлучујући о захтеву туженика пропустио да цени одредбу чл. 82. Закона у целини. Наведеном одредбом у ставу другом прописано је да је тужени дужан да захтев за обезбеђење парничних трошкова стави најдоцније на припремном рочишту, ако припремно рочиште није одржано на првом рочишту за главну расправу пре него што се упусти у расправљање о главној ствари, односно чим је сазнао да постоје претпоставке за тражење обезбеђења. Полазећи од тога да је тужилац поднео тужбу 9. септембра 1991. године, а да је до признавања Републике Словенија уследило у току трајања парничног поступка, основано се жалбом указује да је првостепени суд пропустио да цени да ли су постојале претпоставке за тражење обезбеђења трошкова у моменту подношења захтева туженог.

Са ових разлога ваљало је првостепено решење укинати и предмет вратити првостепеном суду на поновно одлучивање.

У поновном поступку првостепени суд ће, полазећи од гореизнетог, ценити да ли постоје услови за тражење обезбеђења трошкова парничног поступка од стране туженог у складу са одредбом чл. 82. и 85. Закона о решавању сукоба Закона са прописима других земаља у одређеним односима, па потом одлучити о захтеву туженог."

Према томе може се тражити обезбеђивање парничних трошкова и у парници у којој је тужилац из Словеније, под условом реципроцитета.

(Решење Вишег привредног суда Србије, Пж 2-349/92 од 17. новембра 1992. године)

За извршење на непокретностима надлежан је општински суд

Из образложења:

"Наведеним решењем одбијен је приговор дужника изјављен против решења о извршењу И.бр. 12197/92 од 3. јула 1992. године.

Благовременом жалбом дужник побија решење због битних повреда одредаба чл. 50, ст. 1. ЗИП а у вези са чланом 15. тачка в, Закона о судовима. Наводи да привредни суд није надлежан за извршење по правоснажној пресуди Другог општинског суда у Београду, где је као предмет спора иселење из пословних просторија.

Предложено је да се побијано решење укине и предмет достави стварно надлежном суду за извршење.

Трошкове жалбе није определено тражио.

По размотрењу списка предмета, првостепеног решења, које је овај суд ценио у смислу чл. 381. ЗПП а у вези са чланом 16. Закона о судовима и чл. 14. ЗИП, те поднете жалбе, Виши привредни суд је нашао да:

Привредни суд у Београду није стварно надлежан за извршење у овој правној ствари.

Ово из разлога што се извршење у овој правној ствари тражи на основу правоснажне и извршне пресуде Другог општинског суда у Београду XII. П. 2780/91 од 17. јануара 1992. године, када у смислу чл. 15., тачка в, Закона о судовима ("Службени гласник Р Србије", бр. 46/91 од 31. јула 1991. године) привредни суд није надлежан за извршење одлука редовних судова, нити одлука привредних судова, уколико је предмет извршења непокретност.

Како се у овом случају ради о извршењу одлуке редовног суда, а предмет извршења је непокретност, то је жалбу ваљало уважити, побијано решење укинати, јер дужник основано у жалби указује да је донето уз битну повреду поступка из чл. 50, тачка 1. ЗИП.

Са наведених разлога, и у смислу члана 380, ст.1, тач. 3. ЗПП и чл. 14. ЗИП, одлучено је као у делу става првог изреке.

Списи предмета се достављају Четвртом општинском суду у Београду као стварно надлежном суду за поступак извршења."

Према томе, за извршење на непокретностима, надлежан је општински суд без обзира на то да ли се извршење тражи на основу одлуке општинског, или привредног суда.

(Решење Вишег привредног суда Србије, Пж 2 - 183/92 од 23. септембра 1992. године)

Све јединице као делови предузећа из Босне и Херцеговине дужне су да се организују као једно предузеће у друштвеној својини

Из образложења:

"Наведеним решењем извршен је упис у судски регистар Друштвеног предузећа "Шипад-комерц грађевински материјали" из Новог Сада.

Благовременом жалбом ово решење побија Предузеће "Шипад-комерц" из Соколца и истиче да упис није извршен у складу са Одредбама Уредбе о изменама и допунама Уредбе о организовању делова предузећа чије је седиште на територији Републике Словеније и Републике Хрватске, јер се од делова предузећа из Соколца организовало у Београду 4 предузећа, а у Новом Саду једно, а што је у супротности са наведеном Уредбом јер је требало да сви буду организовани као једно предузеће и зато је жалилац предложио да се решење укине и да се организовање изврши у складу са Уредбом.

У одговору на жалбу новоосновано друштвено предузеће "ШИПАД КОМЕРЦ грађевински материјали" из Новог Сада предлаже да се жалба одбаци као неблаговремена, односно да су наводи у жалби неосновани и произвољни и да се предузеће организовало у складу са законом и Уредбом и зато је предложио да се жалба одбије а решење одржи на снази.

Жалба је основана.

Према Уредби о изменама и допунама Уредбе о организовању делова предузећа чије је седиште на територији Републике Словеније и Републике Хрватске, а која се односи и на БиХ ("Службени гласник РС", бр. 51/92) у чл. 1, ст. 2. предвиђено је: "ако предузеће, или друго правно лице из става 1. овог члана има више пословних јединица, те пословне јединице организују се као једно предузеће у друштвеној својини."

Како је упис у судски регистар извршен противно одредбама наведене Уредбе, јер су од јединица жалиоца организовало у Београду четири предузећа у друштвеној својини и једно предузеће у друштвеној својини у Новом Саду, то је ваљало жалбу уважити и у смислу чл. 63. Закона о поступку а упис у судски регистар, решење укинути, а предмет вратити у поновни поступак.

У поновљеном поступку суд ће позвати подносиоца пријаве за упис да своје организовање, односно пријаву усагласи са одредбама наведене Уредбе тако што ће се све јединице Предузећа "Шипад" организовати као једно предузеће у друштвеној својини и поднеће захтев за његов упис у судски регистар.

Према томе, све организационе јединице једног предузећа из БиХ које се налазе у Србији, дужне су да се организују као једно предузеће у друштвеној својини.

(Решење Вишег привредног суда Србије, Пж 2 - 392/92 од 17. новембра 1992. године)

Припремио др Јездимир Митровић

ЧЕТРДЕСЕТ ШЕСТА СЕДНИЦА МЕЂУНАРОДНОГ УДРУЖЕЊА ЗА ИСТОРИЈУ АНТИЧКИХ ПРАВА "FERNAND DE VISSHER", AMSTERDAM - UTREHT, СЕПТЕМБАР 1992.

Међународно удружење за историју права, које је добило назив по познатом белгијском правном историчару Фернану де Вишеру (*Fernand de Visser*), има традицију која траје готово педесет година. Давне 1961. једна сесија овог удружења била је у Сплиту, у организацији пок. проф. Стојчевића и проф. Хорвата.

Домаћин овог скупа и његов "spiritus movens" био је нама добро знан професор Ханс Анкум, академик, бивши проректор и декан, чест гост нашег факултета и клуба "Forum romanum" (он је председник једног истоименог клуба у Амстердаму). И поред примедба колега из неких земаља о томе да треба поштовати извесне одлуке ОУН, Анкум је инсистирао да међу гостима буду и представници Београдског универзитета. Уз колегиницу Антонију Смодлаку-Котур из Сплита и Емилију Карајовић из Крагујевца, били су то једини гости из некадашње Југославије: Јелена Даниловић, Обрад Станојевић, Сима Аврамовић, Милена Полојац са нашег факултета; затим професорка Мира Мирковић са Филозофског факултета.

Основна тема Конгреса била је *Унификација права и правни партикуларизам у античком свету*. Сматрало се да овакав избор одговара и неким дилемама пред којима се данас Европа налази. Као да се желело потврдити начело Бенедета Крочеа да у историји треба да нађе места само оно што постоји и у данашњем свету.

На Конгресу је било готово три стотине гостију. Посебно бројни били су Италијани и Шпанци. Први пут су учествовале и колеге из бившег Совјетског Савеза, Чиркин и Дождев. Наш сусед, професор Ђонеа (*Gionea*), постао је председник Врховног суда Румуније, тако да је дошао на Конгрес са телохранитељем, што је организаторима задало додатне проблеме у погледу смештаја.

Могло се приметити да је ранија доминација француског језика у великој мери угрожена. Било је много реферата на енглеском, италијанском, немачком. Колеге из Шпаније су упорно полазиле од тога да је шпански светски језик, што он и јесте, али га не говори много правних историчара, тако да су њихове реферате пратили углавном земљаци.

Једно од уводних предавања одржао је Питер Беркс (*Peter Birks*) из Оксфорда, који је био гост на прослави стопедесетогодишњице Правног факултета у Београду. Откад се, пре 6-7 година, први пут појавио на конгресу у Намиру, када су његово предавање слушаоци прекидали са "лакше, лакше", јер је било у стилу који би музичари називали "sempre accelerando", он је веома напредовао и у форми и у садржини, тако да сада несумњиво спада у водеће светске романисте, што, између осталог, показује краљичин указ којим је постављен за професора у Оксфорду (пре тога је предавао у Единбургу). Био је као гост, али без предавања, и некадашњи професор Оксфорду конкурентног Кембриџа. Ален Вотсон (*Alan Watson*), који је организовао огроман посао

око превођења *Дигеста* на енглески и који годинама живи и ради у САД (University of Georgia). Жак Мишел (*Jacques Michel*) из Брисела, такође гост и пријатељ нашег факултета, говорио је о унификаторским силама у законодавству позне Империје. Од "стarih асова" били су ту Аристид Теодоридес (*Aristide Théodoridés*), данас вероватно водећи правни египтолог у свету и велики пријатељ нашег народа, који је основао фонд за награђивање студената на нашем и неким другим правним факултетима, и који је допринео да се гости из Србије позову упркос противљењима; затим Пуљезе (*Puglese*), познат нарочито по својим монографијама о римском грађанском поступку, као и Луиђи Амиранте (*Luigi Amiranте*), који је говорио о теми којом се у више наврата током своје каријере бавио - о Закону 12 таблица. О сличној теми, са интригирајућим насловом (*Burning desire in the Twelve Tables*) говорио је Грент Меклауд (*Grant McLoed*) из Единбурга, који је у два маха гостовао на нашем факултету. Реч је била о разлици између намерног и нехатног паљења туђе зграде у старом римском праву. Запажено је било учешће Јарона (Yaron) из Израела и Валаса (*Walace*) са Џон Хопкинс универзитета из САД.

У целини гледано, наши представници су били добро примљени и постигли су лепе резултате. С. Аврамовић је одржао веома запажено предавање: *Ретра ефора Епитадеја - корак према јединству грчког права*. М. Мирковић је говорила о колонату и Диоклецијановим пореским реформама, једној теми која је вечно актуална. Ј. Даниловић је, на жалост, била спречена да говори о вези између дубровачког и римског права кроз установу "аптаги", јер је дан пре тога на улици на њу налетео бициклиста. А. Смодлака-Котур, коју, иако сада предаје у другој држави, ипак сматрамо и нашом, јер је докторирала у Београду, изнела је неке резултате до којих је дошла проучавањем епиграфских споменика Салоне, што је било веома добро примљено. О. Станојевић је имао част да председава једној секцији, на којој је, између осталих, професор Пагсли (*Pugsley*) са Екситера изнео нека занимљива запажања о вези између броја и група књига које су коришћене за Јустинијанову кодификацију и броја чланова Трибонијанове комисије. На овој секцији се први пут јавио и представник Јапана, г-ђица Игими, са рефератом који је показао да је добро савладала немачку егзегетичку школу.

Професор Анкум, његове колеге Пол (*Pool*), Винкел и Сиркс веома су се трудили да боравак учине што пријатнијим. Конгрес су поздравили председник холандске Краљевске академије наука, министар за културу и градоначелник Амстердама. Њихово гостопримство и љубазност надмашили су и потрли неке непријатности које собом носи велики град (удес Ј. Даниловић, целароши, за које верујемо да нису Холанђани, који су покрали три италијана - учесника Конгреса, једног Француза и једног члана наше делегације).

Следећи конгрес биће 1993. године у Оксфорду, а домаћин ће бити Питер Беркс. Он је обећао да ће програм бити мање гломазан и сав на једном месту (овај је држан у два здања у Амстердаму, удаљена бар десет километара, а једног дана се радило на универзитету у Утрехту). Да ли ће на њој бити и наших представника, зависи од многих околности, иако је професор Беркс обећао да ће не смао позвати колеге из Србије, већ да ће они бити гости организатора, као што је био случај и на овој сесији.

др Обрад Станојевић

НАУЧНИ СКУП: ЂОРЂЕ ТАСИЋ - ПОВОДОМ СТОГОДИШЊИЦЕ РОЂЕЊА

На Правном факултету у Београду одржан је 17. децембра 1992. године једнодневни научни скуп посвећен стогодишњици рођења проф. Ђорђа Тасића, једног од великана наше правне мисли. Научни скуп, који је организовао Правни факултет, замишљен је као завршна научна манифестација у протеклој 1992. години, на којој су Тасићеви савременици, ученици и поштоваоци његова дела још једном осветлили драгоцену научну мисао овог правног научника, одајући му дужно поштовање због неизбрисивог доприноса развоју наше правне науке. Да подсетимо, слични научни скупови одржани су протекле године у Српској академији и на новосадском Правном факултету, а на београдском Коларчевом универзитету одржан је циклус предавања о правној мисли Ђорђа Тасића. Том приликом су предавања одржали наши најеминентнији научници и познаваоци Тасићеве правне мисли. Уз то, приређена је и објављена књига *Ђорђе Тасић, Расправе из филозофије и теорије права. Преводи са страних језика*, а амфитеатар VI Правног факултета у Београду однедавно носи име овог правног великана.

За научни скуп: *Ђорђе Тасић - поводом стогодишњице рођења* реферате је пријавило петнаест наставника из Београда, Новог Сада, Ниша и Крагујевца. У рефератима је на различите начине и са различитих страна осветљена и данас актуелна правна мисао Ђорђа Тасића. Скупу су, поред референата, присуствовали чланови породице професора Тасића - госпођа Иванка Тасић, кћер професора Тасића и г. Антоније Тасић, брат професора Тасића, као и други угледни гости, који су својим присуством и речју увеличали и обогатили рад овог научног скупа.

Показано интересовање за научну мисао професора Тасића одредило је и начин рада овог научног скупа.

Свечани део скупа отворио је проф. др Данило Н. Баста, након чега је декан, проф. др Обрад Станојевић, поздравио учеснике пожелевши им успешан рад, а академик, проф. др Радомир Д. Лукић, дао уводну реч, у којој је указао на слојевитост, значај и данашњу актуелност Тасићевог научног дела.

У преподневном радном делу научног скупа, којим је председавао проф. др Данило Н. Баста, реферате су поднели: проф. др Божидар С. Марковић (О Уводу у правне науке *Ђорђа Тасића*); проф. др Стеван К. Врачар (*Социјални хабитус Ђорђа Тасића*); проф. др Милијан Поповић (*Тасићева општа мисао о праву*); доцент др Радмила Васић (*Теорија Ђорђа Тасића као одговор на захтев времена - однос према Дигијевом и Келзеновом учењу*); проф. др Мирољуб Симић (*Релативни пацифизам у делу Ђорђа Тасића*); проф. др Гордана Вукадиновић (*Ђорђе Тасић и правна држава*); асистент мр Предраг Димитријевић (*Ђорђе Тасић о легитимитету државноправног поретка*) и др Тодор Подгорац (*Правна празнина и аналогија уопште и, посебно, у схватању Ђорђа Тасића*).

Поподневни рад научног скупа започет је приказивањем књиге *Ђорђе Тасић, Расправе из филозофије и теорије права*, која је угледала светлост баш на дан главног обележавања стогодишњице рођења Ђорђа Тасића.

Књигу су приказивали проф. Стеван К. Врачар, као председавајући, доц. др Драган М. Митровић, као један од приређивача књиге и у име издавача Правног факултета у Београду, и г. Милош Кнежевић, уредник, у име саиздавача Дома културе "Студентски град". Том приликом је указано на научни и културни значај овог издавачког подухвата, који не би било могуће привести крају без жеље и заједничког напора свих наставника теорије права, као и без разумевања Правног факултета у Београду и саиздавача - Дома културе "Студентски град". Објављивањем ове књиге враћени су нашој научној и културној јавности посебно драгоцен радови професора Тасића на страним језицима објављени овом приликом само на српском језику.

У поподневном радном делу научног скупа, којим је председавао проф. др Стеван Врачар, реферате су поднели: проф. др Драган Станимировић (*Социологија државе и права у делу Ђорђа Тасића*); асистент др Александар Молнар (*Тасићево схватање социјалних права*); доц. др Мирјана Стефановски (*Ђорђе Тасић о нашем парламентаризму*); проф. др Драгаш Ђ. Денковић (*Професор Ђорђе Тасић и његов допринос теорији управног права*); проф. др Славољуб Б. Поповић (*Допринос Ђорђа Тасића науци управног права*); доц. др Зоран Томић (*Ђорђе Тасић о слободној оцени /дискреционој власти/*); доц. др Милош Марјановић (*Тасићево схватање обичајног права*) и проф. др Марија Вучковић (*Од јавног ка приватном праву*).

Рад научног скупа посебно су обогатили разговори и полемике вођени после излагања референата, на крају преподневног дела рада скупа, или на генералној дебати, на самом крају рада скупа. На тај је начин научно дело професора Тасића још једном осветљено и ретуширано, што целокупну слику чини још упечатљивијом. То подједнако важи како за главне идеје професора Тасића, тако и за његова запажања и опаске које често и само узгред саопштава читаоцима у својим бројним радовима. Све то нашој науци приказују професора Тасића на нов и посебно драгоцен начин - као оригиналног и веома упућеног научника с визионарском цртом, који, на жалост, није успео да саопшти све оно што је желео, а што је - ван сваке сумње - могао да учини. У том споју је, очигледно, садржана и истинита порука коју нам Тасић и сад саопштава: да ниједна научна мисао, ма како била богата у сваком погледу, не може бити завршена, и да је смисао сваког великог научног дела да инспирише своје наследнике и поштоваоце.

С таквом је оценом и завршен научни скуп на Правном факултету у Београду, под називом: *Ђорђе Тасић - поводом стогодишњице рођења*.

др Драган М. Митровић, доцент
Правног факултета у Београду

С. Поповић, Б. Марковић, М. Петровић, УПРАВНО ПРАВО, Општи део,
Београд, 1992, XXIV + 878

I

1. Високошколска дела уџбеничког карактера с подручја управног права релативно су ретко заступљена у правној књижевности југословенског простора. Разлози томе нису само у натпросечним доктринарним тешкоћама постављања, обликовања и потпуног заокружења система управног права, већ и у бројности, променљивости, празњикавости и другим недостацима одговарајућег правног мозаика. Многи наши правни текстови више су политичких калкулација и компромиса, него правничког заната и увида у целину друштвених потреба и стварних интереса.

За стварање "непапирнатог" права и његову објективну и контролисану примену неопходан је друштвени мир и стабилност. А њих у нашим садашњим приликама нема. Али, постоји, надам се, јака жеђ за што целовитијим сазнањем важећег права - какво да је - његовим критичким преиспитивањем, као и упознавањем старих правних норми и иностраних искустава.

2. Књига, чијег сам се приказивања на овој "ватрометини" са пријатношћу латио, насловљена је *Управно право, општи део, прво издање*. Има природу универзитетског уџбеника и, према казивању аутора, "ово издање намењено је студентима Правног факултета у Нишу, Правног факултета у Крагујевцу Правног факултета у Приштини" (*Предговор*, стр. VII).

3. На корицама књиге и на првој унутрашњој насловној страници налазе се имена тројице аутора: професора др Славољуба Поповића, професора др Бранислава Марковића и професора др Милана Петровића. У уџбенику не стоји који је аутор шта написао, осим да је "текст о управноправним ограничењима приватне својине написао... проф. др Милан Петровић" (фуснота на стр. XXIII, у контексту *Садржаја*; реч је о непуних 11 штампаних страница. Следствено томе, пред нама је највећим делом коауторски рад тројице универзитетских професора на једном уџбенику који доживљава тек своје прво издање. Али, у *Предговору* (непотписаном), поред осталог стоји: "Указаћемо на најважније новине унете у ово издање уџбеника" (стр. VI). Иначе, оне су многе, разноврсне и озбиљне (о чему доцније), па читалац најзад схвата да је ово - премда "прво" - у ствари толико прерађено претходно издање, да се "последњи текст" може, према ставу сајмих аутора, сматрати ипак новим уџилом, у поређењу са ранијим.

Даљим суочавањем са том новом садржином, обавештени читалац увиђа да она - по својој основној систематизици и обиму, дикцији и стилу излагања - представља, у суштини, "стари", стандардни и проверени уџбеник проф. Славољуба Поповића, овога пута знатно упоредноправно допуњен и прилагођен "елементима" нашег позитивног права. Његовом књигом (у петнаестак издања - претпоследње је из 1989, као и оном, још дуговечнијом, професора Николе Стјепановића, више од тридесет година служиле су се генерације студента и правника-практичара, не само у Србији. Увећање броја

састављача књиге упућује на закључак да су проф. Поповићу код "првог издања" из 1992. год. помагали професори Марковић и Петровић.

II

Уџбенички систем управног права С. Поповића и сарадника чини пет потцелина. То су: 1. *Увод*; 2. *Организација јавне управе*; 3. *Делатност (функционисање) јавне управе*; 4. *Контрола (надзор) над радом државне управе, територијалних организација и организација које врше јавна овлашћења*; 5. *Управноправни односи у вези са друштвеном и приватном својином*.

1. *Увод* (стр. 3 - 132) обухвата једанаест одсека.

У првом је обрађен "појам и предмет управног права" (стр. 3 - 11). Зна се да око концепције и садржине управноправне гране нема сагласности ни у иностраној ни у домаћој науци. С. Поповић и сарадници дају предност тзв. ширем поимању управног права, комбинујући при томе позитивно и негативно мерило. "Управно право најпре обухвата правне норме којима се регулишу друштвени односи у вези са организацијом и делатношћу јавне управе, искључујући при том оне правне норме које припадају другим гранама права. Управно право обухвата и норме којима се регулишу контрола (надзор) над радом јавне управе, као и управноправни положај средстава којима јавна управа располаже" (стр. 4). Напомињемо да издвајање дотичне четврте групе правних норми није уобичајено у југословенској доктрини. Одређењу јавне управе, што је "основни и централни појам управног права" (стр. 51), посвећен је (тек) шести одсек.

У другом одсеку сумарно се описују настанак и развој управног права (стр. 11-13), док се трећи бави односом управног права према неким другим правним гранама, као и сличностима и разликама науке управног права и науке о управи (стр. 13-19).

Четврти одсек је насловљен *Основна начела о државној организацији* (стр. 19-49). У њему скрећемо пажњу на проширена и занимљива истраживања правне државе.

Пети одсек су "теоријска схватања о државним функцијама" (стр. 45 - 49), што је добар увод за наредни - "појам јавне управе" (стр. 49-53). Ту је пружена окосница ставова проф. Поповића и сарадника о "најсложенијем пробелму управног права" (стр. 51). Најпре се констатује да појам јавне управе има свој шири и ужи смисао. Шири (стр. 51) "обухвата како управну делатност државних органа (државна управа), тако и одговарајућу делатност организација које врше јавна овлашћења (недржавна јавна управа)". За ужи смисао појма јавна управа, према цитираном гледишту, "карактеристично је да је реч о извесним активностима и пословима који су заједнички за организације које врше јавна овлашћења и државне органе", а за "све те активности... битно обележје састоји се у вршењу власти, уз могућност ауторитативног вршења јавних овлашћења" (исти извор). Даље се утврђује "организациони појам јавне управе у ужем смислу" - "органи и организације који врше јавна овлашћења" (стр. 52), и његова функционална варијанта - ауторитативно решавање у управним стварима, управни надзор и вршење других јавних овлашћења. Најзад, формира се комбинација органског и функционалног ужег појма јавне управе, њиховим простим спајањем, чиме се претендује на "потпун појам јавне управе у ужем смислу који произилази из нашег позитивног права" (стр. 52).

Тако се стиче утисак да се аутори, на крају своје класификације одређења јавне управе, опредељују за његово уже значење, које потенцира деловање са позиција државне власти - и да ће га, логично, консеквентно примењивати током читаве књиге.

Но, већ у следећем одсеку (стр. 53 - 79) о "државној управи" (као првом конститутивном "парчету" јавне управе), та очекивања бивају изневерена. Наиме, у "закључним разматрањима" исказује се да се "државна управа у

материјалном, односно функционалном смислу" ... "састоји примарно у извршавању закона и других општих правних аката", и то: а) путем ауторитативних активности..." као и б) вршењем неауторитативних активности (стр. 66 - 67). Тиме се губи критеријум садржинског одвајања управних послова од осталих. Јер, сама околност да је нешто стављено у надлежност (и) органа државне управе може се узети као поуздано научно упориште разграничења управне функције од других правних функција. Уједно, скицираном методом набрајања опасно се љуља, па и руши цела поставка о управном праву као самосталној грани правног система. Уз речено, код "појма државне управе према југословенском позитивном праву" (стр. 67 - 69) изостало је навођење меродавних уставних и законских одредаба из којих би се, преваходно, студенти обавестили у аутентичној мисли правотворца (и добили правно језгро и изазов за размишљање и сопствено закључивање).

Наслов одељка (стр. 79 - 92) гласи *Недржавна јавна управа* (друга конститутивна компонента почетног појма јавне управе). Она се своди, по виђењу проф. Поповића и сарадника, на "вршење јавних овлашћења" - а јавна овлашћења се објашњавају као "могућност да се иступа у односу на друге субјекте са јачом вољом"..., "да (се) иступа ауторитативно..." (стр. 83). Међутим, нешто раније (стр. 80) читамо да се "недржавна јавна управа у функционалном смислу означава као вршење општекорисних друштвених делатности, тј. као вршење јавних служби (вршење стручних делатности за потребе грађана и организација...) и као вршење других друштвено корисних послова од стране осталих организација и узгредно вршење јавне управне делатности" (*sic!*). Збуњује, опет, нешто касније тврдња да се "организације могу ... овластити и за вршење управних послова неауторитативног карактера" (стр. 80). Шта је уистину, пита се читалац, потка те вештачке конструкције, "недржавне јавне управе" и у ком обиму и захвату је уређена управноправним нормама? Где су у том миљеу међе, бар обриси управног права?

Концепцијска спона "недржавне јавне управе" и "јавних служби" (одсек 9, стр. 92 - 104) једва да је видљива: ваљало ју је нагласити, а нисам сигуран уопште у оправданост њиховог "искиданог неговања".

Извори управног права, унеколико новелирани, предмет су десетог одека (стр. 105 - 119).

У тексту о нацији управног права (једанаести одсек, стр. 119 - 132) мањка свежија инострана литература (она после 1980. године); нема је, са изузетком два-три наслова, ни у опширном завршном списку књига и других публикација (стр. 851 - 876).

Све у свему, можда и услед обиља респективних података, ниво хармоничности "увода" уџбеника не изгледа сасвим задовољавајуће, а редослед тема није по укусу писца ових редова. Такође, дефиниције појединих кључних појмова су гломазне, прешироке, каткад не и сасвим усклађене.

2. Област "организација јавне управе" (стр. 133 - 365) растављена је на "увод" и три "главе".

"Увод" (стр. 136 - 155) испуњавају, прво, општа разматрања појма и елемената организације, као и врста организација (то преоптређује сваки уџбеник управног права), друго, "основна начела организације" - подела рада и координирање рада, потом централизација, децентрализација и деконцентрација (што сматрамо припремом будућих страница).

Прва "глава" је намењена упознавању са државним органима управе у својству "субјеката вршења послова државне управе" (стр. 157 - 275) и има пет одека.

На почетку се скицира "улога државе и структура државних органа", чему следи подсећање на нека ортодоксна обележја модела поделе власти и јединства власти; на крају је "пресек" нове организације власти у Републици Србији.

Трећи одсек прве главе овога дела књиге разјашњава поближе промењену организацију државне управе у Србији, као и ону савезног ранга,

постојећу у време довршавања, мај 1991. године рукописа књиге (стр. 169 - 237). Штета је што се доношење Устава СР Југославије и Закона о државној управи Србије (април 1992. године) временски "развишло" са писањем уџбеника.

Четврти одсек даје одговоре на питања правног положаја запослених у државним органима (стр. 237 - 266), посебно имајући у виду нове српске прописе. Запажања о етици радника државних органа (стр. 260 - 266) благоворан су предах на путу савлађивања готово застрашујућег правног градива.

Текст последњег одсека - "Народна одбрана и југословенска армија" (стр. 266 - 275), има данас, не кривицом аутора, малу актуелност.

За "територијалне организације" резервисана је засебна (друга) глава (стр. 275 - 320). У поређењу са прошлим издањем, овде има сијасет драгоцених измена и допуна (у шта се због ограничености простора не могу упуштати).

"Субјекти који могу вршити недржавну јавну управу" назив је треће главе (стр. 320 - 365). У ову групацију спадају, поред територијалних организација (аутономних покрајина и носилаца локалне самоуправе - градова и општина), различити вршиоци поверених јавних овлашћења у нашем праву: а) тзв. самосталне организације (СДК и народне банке); б) предузећа и установе; в) остале организације (удружења грађана, друштвени савети ...).

3. *Делатност (функционисање) јавне управе* заузима средишњи и најкрупнији део уџбеника (стр. 369-721), испарцелисана у осам "глава". Њихова констелација изазива подозрење.

Прва се зове "Делатност државне управе" (стр. 369 - 451). Идеја С. Поповића и сарадника - већ подвргнута критици - јесте да делатношћу државне управе "покрију" све послове органа државне управе (стр. 380 - 381): ауторитативне ("управни послови у ужем смислу") и неауторитативне ("стручни и други послови од интереса за савезну, односно републичку скупштину и извршне органе"). Проналазе четири облика делатности "органа државне управе": "извршну", "организирајућу", "репресивну" (прекршајно право) и "управни надзор" (стр. 381).

Приказивач ове књиге никако не дели мишљење да је "репресивна делатност" уопште врста активности државне управе, а још мање састојак специфичног управног рада. Она је типична заштитно-казнена функција и припада "судавању", па јој, држимо, није ни место у систему управног права (прекршајно право је члан корпуса деликтног права, што нипошто није срж управног права). Чињеница је да напхи важећи уставни и законски текстови ни не спомињу "решавање о прекршајима" међу управним пословима. Додајем да се прекршајно кажњавање све више, и на југословенском простору, ставља у делокруг нарочитих судова, а да је оно и (до) сада (било) "у рукама" посебних органа (ни класичне управе, ни правних судова).

У исту "главу" пала и проширени одељак о "односима државне управе и грађана" (стр. 406-451). Иако прелази на неуправноправни терен, за похвалу је "секција" посвећена "теоријским схватањима о људским правима и слободама" (стр. 406-427).

Друга "глава" обрађује "акте органа јавне управе" (стр. 452-491). На жалост, управни акт, један од најсложенијих упоришних института управног права, лишен је у овом уџбенику продубљеног теоријског, а и историјског, упоредноправног и практичног погледа!

"Облици делатности недржавне јавне управе" - трећа "глава" (стр. 492-497) - углавном је скраћено понављање материје о "недржавној јавној управи" (стр. 79-92).

Малопређашњи пренети ставови према целини делатности јавне управе, навеште пажљивог читаоца на неумољиво питање: Зашто је функционисање државне управе представљено као једноставан каталог ауторитативних и неауторитативних послова њених органа (а на почетку књиге (стр. 6-11), управноправни односи су дефинисани као друштвене релације неравноправних учесника!), док се на делатности тзв. недржавне јавне управе гледа само кроз призму њој делегираних јавних, ауторитативних прерогатива? Постоји

ли за приређиваче књиге, о којој је реч, неки иоле суштински поуздани ослонац за препознавање управноправних норми, управноправног режима? Уосталом, да ли они ту пишу о управном праву, или, пак, о праву јавне управе?!

Код преостале четири "главе" текућег дела уибеника не могу се сакрити проблеми са "везивним ткивом". Пре свега, није ублажен изненадни "скок" са "Управног надзора органа јавне управе" (четврта "глава", стр. 497-515) на целину "општег управног поступка, укључујући и сва правна средства и извршење (пета "глава", стр. 516-669). Узорна егзегеза правила Закона о општем управном поступку илустрована је са свега неколико судских одлука, што је, свакако, ствар ауторског приступа.

Нема солидног методолошког "моста" ни према "прекршајном поступку" ("глава" шеста, стр. 670-694), а ни према "усавршавању рада управе" ("Примена кибернетике у управи", седма "глава", стр. 695-699).

Коментарисани део уибеника исцрпљује се "одговорношћу државе и носилаца јавних функција" ("глава" осма, стр. 700-721), што бих радије "пребацио" у следећу потцелину.

4. *"Контрола (надзор) над радом државне управе, територијалних организација и организација које врше јавна овлашћења"* (стр. 723-817) исказује се, после "увода" (о појму, смислу и циљу контроле - стр. 725-728), кроз два несразмерна одељка. Један (стр. 728-800) тиче се "контроле (надзора) над радом управе" (ваљда, "државне управе"), а други (стр. 807-817) - "контроле (надзора) над организацијама које врше јавна овлашћења над територијалним организацијама".

Проф. Поповићу и сарадницима стављам озбиљан приговор због тога што нису зашли у компоновање појма и модалитета тзв. унутрашње контроле управе (управне контроле управе), не придајући јој статус респектабилне теоријскоправне појаве (вероватно сматрају да је довољно рашчланити правна средства у управном поступку?!); тиме се она сасвим маргинализује, третира строго формално, као "унутрашња контрола коју организују сами органи управе" (стр. 728-729).

У поређењу са ранијим издањима, новина су упоредна казивања о контроли представничких тела над радом јавне управе (стр. 730-732) и о омбудсману (стр. 733-742). Умесне су и брижљиво додате странице о моделима решавања управних спорова у страном праву (стр. 747-759), што вреди и за "судску контролу неодређених појмова" (стр. 773-776). Прорађивање судске контроле управе, управног спора посебно, убрајам у најбоље, минуциозно ткане деонице књиге. Било би још привлачније да је просветљено домаћом судском праксом.

У границе првог одељка смештен је и управно-рачунски спор, заједно са посебним облицима судске заштите уставних слобода и права против незаконитих појединачних аката и радњи (стр. 801-806).

Други одељак претпоследњег дела уибеника даје главне одреднице контроле над тзв. недржавном јавном управом.

5. Завршни сегмент књиге усмерен је на *"управноправне односе у вези са друштвеном и приватном својином"* (стр. 819-847). Грана се на "правни режим јавног добра" (стр. 821-837) и "управноправна ограничења права својине грађана и грађанскоправних лица" (стр. 837-847).

6. На последњим страницама наводи се листа употребљених скраћеница са значењем, богат списак управноправне литературе, стране и домаће, и попис објављених књига проф. С. Поповића. Предметни регистар би умногоме допринео приступачности једног овако обимног дела.

III

1. После свеобухватног прегледа књиге, у прилици сам да закључим да су проф. Славољуб Поповић и сарадници понудили студентској и осталој

правничкој јавности једно опсежно штиво профила уибеника, чија ће се свака поједина лекција лако читати и разумети, али чија ће се унутрашња нит и "мрежа" инкорпорисаних правних установа са напором следити и до краја схватити, па и прихватити са сумњом.

2. Чини се да је дотично *Управно право*, општи део књига са више компромиса и укрштања: "одлазећег" и важећег права, још једног издања новог уибеника; оно је на прекретници индивидуалне концепције и колективне активности, класичног учила и стремљења ка недостижној савршеној потпуности. "Ломи" се око неконзистентног и флуидно постављеног предмета обраде и професионалне неопходности да се он преведе у компактан текст. Аутори настоје, с променљивим успехом, да изнађу и поштују принцип одмерености у савлађивању преобилног правног колача, отетог од мно-голике стварности и богате историје. Употребљивост и свежина рада били би већи да између предаје рукописа у штампу (мај 1991) и изласка готове књиге није прошло скоро годину дана.

3. Уибеник обележава завидна исцрпност приказа правних солуција, солидан избор теоријских гледишта, али са мало полемичких тонова, уз незнатан број наведених судских одлука. Коментари и резонавања проф. Поповића и сарадника неће код публике наилазити у сваком случају на одобравање али мора се уважавати њихова сериозност и корисност за будућа научна и стручна бављења датом тематиком.

4. Дело је писано педантно, јасним и некитњастим стилем којем више динамизма не би шкодило. Искусна и зналачка рука писца имала је, поред осталог, осећање за анализу и детаљ, толико важно у управноправној доктрини.

5. Сводећи оцену о књизи, констатујем да је на темељу иницијално усвојеног, широког и непрецизног појма управе ("јавне управе"), не свуда доследно операционализованог - израстао низ лабаво повезаних правних институција, из којих се није (ни) могла стећи стабилна и поуздана слика о управном праву као релативно хомогеној и аутономној грани правног система. Пред читаоцима је, дакле, један уибеник претежно крбековске матрице "права јавне управе", који ће засигурно побудити интересовање и вечно зелене разговоре о научним "корицама" за симбиозу управе и њој својствених правних правила.

У погледу наредних издања, лично бих радије бранио и стао на страну кохерентније и сажетије, више проблемске и праксом поткрепљене уибеничке верзије - мислим примереније садашњим и овдашњим, у првом реду студентским потребама.

Зоран Р. Томић

V. Berger, *CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*, Volume I: 1960-1987, 2nd impression, The Round Hall Press, Dublin, 1991, XVIII + 478

Људска права постала су једна од најпривлачнијих тема међународних односа после другог светског рата, а у међународном праву заузимају све више простора. Тако је и данас, иако су многе празнине попуњене усвајањем великог броја аката у овој области, како у светским, тако и у регионалним оквирима. С обзиром на победе, они садрже у суштини иста решења а томе је допринела и временска подударност видљива нарочито крајем четрдесетих и почетком педесетих година. У то време је усвојена Свеопшта декларација о људским правима а затим се појавио први нацрт Међународног пакта о људским правима. Многа њихова решења су државе чланице Европског савета унеле у Конвенцију о заштити људских права и основних слобода (1).

Иако је од тада Европски савет усвојио велики број конвенција, међу којима и неке из области људских права, он је остао познат највише по Конвенцији из 1950. године. Разлог није у садржини права и слобода које се гарантују свакоме у државама уговорницама, већ у особеном и за сада још врло ретком механизму међународне заштите тих права и слобода укључујући судску заштиту.

Због тога је о томе написано много књига и небројено других радова, нужно неједнаке вредности. По природи ствари, најлакше је коментарисати Конвенцију и указивати на новине које је она унела у међународно право. Мађутим, те новине су морале да полажу испит зрелости у пракси. Морало се чекати неколико година да замишљени механизам почне да делује. Било је неопходно да најмање шест држава уговорница прихвати надлежност Европске комисије за људска права да би она почела да ради (чл. 25, ст. 4 Конвенције) а да најмање осам држава прихвати надлежност Европског суда за људска права да би се могло приступити избору првих судија (чл. 56). Тај услов је испуњен тек 3. септембра 1958, па је Саветодавна скупштина прве судије изабрала 26. јануара 1959, а они су свечано уведени у дужност 20. априла 1959, на дан десетогодишњице Европског савета. Прва пресуда (о претходним приговорима и о питањима поступка у првом случају који је Суд разматрао донета је 14. децембра 1960 (2). Разумљиво је што су пажњу стручне јавности привукле пресуде у прва два случаја, као што су разумљиве похвале које је добила Антонопулосова књига о пракси органа установљених Европском конвенцијом (3). Праћење праксе олакшано је издавањем "Годишњака Европске конвенције" (почев од 1955) али и истовремено отежано због обиља чињеница и докумената, иако многи остају недоступни јавности. Осим тога, и овако фризирани "Годишњак" излази с приличним закашњењем (4). Праћење праксе је у тим околностима могуће само захваљујући хроничарима ентузијастима у појединим часописима који успевају да се домогну потребних докумената.

Због тога, и поред свег поштовања према књигама које су последњих година објављене (5), оне који желе да се пре свега упознају с праксом највише је брadowала књига Венсана Бержеа (*Vincent Berger*) о пракси Европског суда за људског права. Како је примљена у јавности најбоље показује податак да је доживела више издања на више језика (6). У првом издању на француском језику обрађено је првих 65 случајева, док се друго издање односи на 117 случајева у којима је Суд окончао разматрања и донео пресуде закључно до 31. децембра 1987. Према тврђењу писца, пред Судом се (свако до завршетка другог издања, 1989) налазило још 27 случајева не рачунајући 6 других случајева у којима Суд треба да одлучи о захтевима за "правично задовољење". А писцу треба веровати јер је реч о високим функционерима у Секретаријату Суда, тј. он припада малом броју оних који, на самим изворима података, имају потпуни увид у све предмете које је разматрао или разматра Европски суд за људска права. Ту ретку привилегију аутор је искористио да

(1) Усвојена 1950, ступила на снагу 1953.

(2) Занимљиво је да је тога дана Општа конференција Унеска усвојила Конвенцију о борби против дискриминације у образовању.

(3) N. Antonopoulos, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Leyde, 1967.

(4) Последњи "Годишњак" који је до 3. јуна 1992. примила Библиотека Правног факултета у Београду односи се на 1985. годину.

(5) Нпр: P. van Dijk - G. J. H. von Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, Deventer - Boston 1984, Second edition, 1990, G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille - Economica, Paris, 1989.

(6) Прво издање на француском, под насловом *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, објављено је 1983, а друго 1989. На немачком језику је објављено 1987, а на енглеском 1989. и прештампано 1991.

на најбољи начин обавести најширу јавност о свим до сада донетим пресудама Суда.

Берже је применио метод који је сматрао најбољим. Изнео је основне податке о сваком случају и поступку пред Европском комисијом и Европским судом за људска права, укључујући ставове страна у спору. Пресуде су обрађене по питањима о којима се Суд изјашњавао, с назнаком да ли су одлуке донете једногласно или неком већином. О сваком случају је дата краћа библиографија. На крају књиге је кратак пишчев закључак. Прилоге књизи сачињавају текстови Конвенције и осам допунских протокола, преглед ратификација и изјава о прихватању надлежности Комисије и Суда, шеме поступка пред Комисијом и Судом, преглед покретања поступка, пресуда и случајева пред Судом, општа библиографија, преглед чланова Конвенције и протокола чије су одредбе биле предмет разматрања, алфабетски преглед случајева и предметни регистар (7). Сви делови књиге, а нарочито највећи у којем су обрађени случајеви (више од 400 страница), написани су као отворене рубрике у које се може додавати накнадни материјал. Тиме писац најављује нова издања књиге која неће имати свој крај.

Иако има потребне стручне квалификације (укључујући докторат правних наука), Берже намерно није хтео да пише теоријску расправу о питањима покретаним у пракси Суда. Уместо тога, определио се за обраду сваког појединог случаја, при чему није бежао од тога да о једном трошку разматра више посебних случајева код којих су се појављивале исте чињенице и иста правна питања. Уосталом, тако је радио и Суд, иако је формално морао да доноси пресуде за сваки случај понаособ. Без обзира на методски приступ и начин обраде, одређен пре свега жељом да се олакша у највећој мери упознавање с праксом Суда, било би погрешно сматрати да и оваква књига нема општији значај. Напротив, он је вишеструк.

Пре свега, писац није могао, не само с обзиром на сврху већ и на свој службени положај, да се упушта у разматрања која би могла да га увуку у полемику са Судом. Од прве до последње речи очигледно је његово настојање да буде што уздржанији. Он се труди да изнесе само најважније релевантне чињенице, а различити ставови су крајње дискретно изнети. Докле то иде показује чињеница да се мишљења Комисије или промене у законодавствима државе (које изражавају свакако промену политике) износе у кратким фуснотама. Тек колико да се назначе. И то треба да изражава став писца. А да он не прихвата све што је Суд изрекао и како је то учинио, најбоље показује иронична опаска на рачун дугачких и збуњујућих текстова пресуда и објашњење да књига не садржи коментаре у основаности одлука донетих у Стразбуру, нити о солидности образложења. Зато нема критичке анализе праксе за протеклих 30 година (8). Писац је сматрао да је боље да уместо њега говоре други критичари, како они који редовно прате праксу стразбуршких установа, тако и они из земаља уплетених у спорове и неретко незадовољних њиховим исходом. Дајући им реч у библиографији поводом сваког случаја, писац се задовољно да своје мишљење изложи на две странице закључка.

Ни ту нема ни трага од критике или полемике. Уместо тога или очекиваних хвалоспева, наилази се на лични став писца о ограниченом стварном домашају пресуда Европског суда за људска права. Ограниченом утолико што обавезне пресуде нису и непосредно извршне, осим када се досуђује новчана накнада. Њима се не поништава, нити укида ниједан акт држава који је супротан Конвенцији. Државама је препуштено да извлаче закључке из пресуда а Суд не може да укаже какве би мере требало предузети, нити да одређује рокове. Писац не каже, али читаоцу препушта да закључи да су пресуде Суда отприлике на нивоу на којем су биле прве међународне обавезе

(7) У издањима на енглеском језику прилози су технички боље урађени него у оним на француским.

(8) Ова опаска се налази само у издањима на француском језику. Нема је у енглеским.

држава када је Стални суд међународне правде, на почетку свог рада, у случају "Мавроматис" истакао да је увек реч о спровима између држава, без обзира на то што је најчешће реч о повреди приватних интереса појединаца. По том схватању, права и слободе човека само су предмет обичних међународних обавеза и само као такве имају значај за међународну заједницу. Ако се има у виду да се Европском суду за људска права могу обраћати државе, а не и појединци, није неосновано поставити питање није ли у том погледу Европска конвенција о правима човека исподнивоа на којем су њене суштинске одредбе о тим правима које су непосредно применљиве. На таков закључак би могла да наведе и следећа констатација писца која се односи на улогу Комитета министара Европског савета. Он води општи надзор над извршавањем пресуда и може да предузме све мере у границама својих овлашћења, од препорука до искључења из чланства Европског савета.

Практично ограничење дејства пресуда је и у томе што обавезују само државе стране у спору. Писац сматра да би било пожељно и природно да оне утиче и на друге државе које се суочавају са истим проблемима. Последице тога би се могле огледати у исправљању или накнади за учињену повреду (задовољење, новчана накнада, измене прописа или само констатовање повреда) или у спречавању будућих повреда права и слобода (измене прописа пре поступка пред Судом или у току њега. Прве последице су лако видљиве и понекад могу имати општи значај ако изазову, или убрзају законодавну или управну реформу. Друго дејство је теже мерљиво. Чак и када то желе надлежни органи, тешко могу да прилагоде своје прописе често врло уопштеним одредбама међународних уговора. Писац се пита зашто се не би инспирисали одлукама Суда.

То је све логично са становишта општег интереса са којег писац посматра проблем у целини. Међутим, да је остао у строго правним оквирима у којима је био у највећем делу књиге, морао би да води рачуна о разликовању између општих и појединачних аката у које спадају и пресуде. Ови други по својој природи могу да важе само за субјекте на које се односе. На срећу, тако је, јер се грешка и неправде најчешће могу учинити у појединачним актима. Зато за исправку и постоје одговарајућа правна средства. Таква могућност не постоји само ако се одлуке доносе у последњем степену. Па и ту је лек пронађен у обраћању међународним телима. Решавање спорова на међународном плану најчешће је једноступено уз евентуалну могућност ревизије одлука. Она постоји и према Конвенцији, али до сада није коришћена. Уосталом, чак и под претпоставком да се пресуде међународних судова прихватају као исправне, дугогодишња пракса показује промене у тумачењу истих чињеница или правних правила. Није ли то још један доказ у прилогу најужем могућем дејству појединачних аката укључујући пресуде? Зато је највећа вредност овако представљене праксе што омогућава да се прате промене у релативно дужим временским раздобљима, било да је реч о истим питањима (нпр., промене у тумачењу) било о појави нових питања.

Када је реч о тумачењу, може се приметити да је Суд увек уско тумачио ограничења. Држећи се тако римског правила да изузетке треба уско тумачити, Суд је уско тумачио могуће националне разлоге за ограничавање права и слобода. Добро је што се Суд придржавао тог правила опште усвојеног у теорији права, јер је у конкретном случају од неоцењивог значаја у области људских права и слобода. Међутим, у другим случајевима Суд је смисао појединих правила тумачио онако како их он схвати, а не на основу значења која би имала на основу опште теорије права. При том је истраживао њихово практично значење, не задовољавајући се апстрактним значењем. То је видљиво, на пример, у оцењивању шта је то ефективно средство, правично суђење и сл. Није се задовољавао прописима, већ је суштину правила и пресуде националних судова испитивао са становишта њиховог стварног дејства. Имајући у виду крајњи циљ, логично је дошао до телеолошког тумачења.

У вези с појавом нових предмета спорова писац у закључку примећује да се све мање случајева тиче затвореника или осуђеника, а све више других питања из свакодневног живота везаних за право на употребу језика, право на образовање, слободу штампе и удруживања. Да се писац више упуштао у то, морао би да каже зашто је у споровима најчешће било речи о правима из члана 6. Конвенције која се тичу правичног суђења. Тај податак је довољан да покрене озбиљну анализу у државама које су прихватиле Конвенцију. Да ли су њихови правосудни системи толико лоши да се људи највише жале на рад правосуђа, или су можда најостеливији ако не добију очекивану судску заштиту? Судећи по подацима који се у књизи наводе, могао би се стећи утисак да грађани много више држе до процесних права (или се она више крше?) него до материјалних, као што су права на приватни и породични живот (чл. 8), недискриминација (чл. 14) или право својине (чл. 1. Првог протокола). Одговор свакако треба тражити у суштини појединих права која се у том погледу разликују. Код материјалних права је често реч о њиховом уживању и све се своди на неузнемиравање у њиховом уживању. Код процесних и уопште права која подразумевају неко чињење, могуће су различите повреде. Због тога чешће долази до повреде права која нису сама себи циљ, већ служе обезбеђивању неких других права. Свакако да у томе треба тражити један од разлога што, на срећу, у досадашњој пракси још нико није тражио заштиту права из члана 2. Конвенције, који се односи на основно право човека, право на живот (9). Да ли то значи да су материјална права боље заштићена од процесних? у вези с тим би било занимљиво испитивање стања људских права и слобода у државама против којих је било највише тужби. Ако би се судило по досадашњој пракси, на челу би била Велика Британија. Да ли је заштита основних људских права и слобода најлошија у Великој Британији, или су њени грађани из других разлога најосетљивији на повреде и највише спремни да се за заштиту обраћају телима изван државе у којој живе?

Књига отвара и могућност праћења развоја праксе у времену. Иако случајеви нису распоређени у временске одељке, видљиво је да је у првим годинама Суд био релативно незапослен (или врло спор) па је за првих 17 година (1959-1976) решио само 17 случајева. Касније се број случајева нагло повећавао а у вези с тим и ажурност Суда, па је за следећих 10 година решено 100 случајева. Писац верује да ће број решених случајева до краја овог века достићи 200. Ако се то оствари, Европски суд за људска права обориће све рекорде међународних судова. Томе је вероватно допринело повећање броја држава које су прихватиле надлежност Суда као и бржи рад Комисије. У сваком случају, то је нов изазов за истраживаче.

Сва та и друга питања подстичу на пажљиво читање књиге и на помиње проучавање праксе. Довољан разлог да књига која је пред нама буде користан приручник у свакодневном раду.

Момир Б. Милојевић

(9) Питање се дискретно поставило само у вези с побачајем али се Комисија дуго узтезала да се изјасни. Више: G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, pp. 280-281.

ОДБРАЊЕНЕ МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ У 1992. ГОДИНИ

Владета Петровић, радна организација "Медифарм": "Права купца у случају недостатка на робу у међународном промету" - одбранио 13. јануара 1992. године.

Небојша Јовановић, асистент Правног факултета у Београду: "Уговор на одговорност речног превозиоца робе" - одбранио 22. јануара 1992. године.

Ана Желчевић, асистент Правног факултета у Београду: "Правна природа налога" - одбранила 29. јануара 1992. године.

Мирослав Прцовић, самостални саветник у Генералном секретаријату СИВ-а: "Фалсификати новчаница" - одбранио 16. марта 1992. године.

Милан Павић, адвокат у Београду: "Уговор о трансферу технологије и сукоб закона" - одбранио 20. марта 1992. године.

Марко Лазаревић, судија Војног суда у Сплиту (Тиват): "Кривично дело злостављања потчињеног или млађег" - одбранио 27. маја 1992. године.

Миломир Михаљевић, запослен у Савезном секретаријату иностраних послова: "Економско-правни вид међународне заштите животне средине" - одбранио 28. маја 1992. године.

Катарина Лазаревић, асистент у Институту за криминолошка и социолошка истраживања: "Слободна конкуренција у тржишној економији Европске економске заједнице" - одбранила 10. јуна 1992. године.

Драган Старовић, директор сектора за привредно правне послове "Руднап": "Страна улагања у СФРЈ у складу са новим прописима" - одбранио 11. јуна 1992. године.

Осман Кадриу, стручни сарадник Општинског суда у Кичеву: "Одговорност за штету коју причини трећем лицу радник предузећа" - одбранио 8. јула 1992. године.

Златко Стефановић, запослен у Комуналном фонду у Бору: "Етажна својина" - одбранио 9. јула 1992. године.

Душко Димитријевић: "Међународно правно регулисање територије држава" - одбранио 9. јула 1992. године.

Драгољуб Делић, новинар у дневном економском листу "Привредни преглед": "Мултилатерална правно-економска сарадња Југославије и земаља Источне Европе" - одбранио 10. јула 1992. године.

Жељко Драгојевић, запослен у СИП-у: "Економска сарадња и уговорно регулисање односа СФРЈ са земљама Нордијског савета" - одбранио 14. јула 1992. године.

Fawzia Khshan: "Арапска лига и њена улога према савременом регионалном питању на Блиском истоку" - одбранила 14. јула 1992. године.

Војин Радевић, председник Већа савеза синдиката Вождовац: "Правно-економски режим тржишта градског грађевинског земљишта" - одбранио 17. јула 1992. године.

Славен Бачић, асистент Правног факултета у Новом Саду: "Повеље и статуту слободних краљевских градова у Бач-Бодрошкој жупанији" - одбранио 14. септембра 1992. године.

Здравко Стојановић, судија у Општинском суду у Босанском Петровцу: "Уговор о уступању и расподелу имовине за живота" - одбранио 15. септембра 1992. године.

Горан Танбић, стручни сарадник у Првом општинском суду у Београду: "Југословенско израелски односи" - одбранио 22. септембра 1992. године.

Бождар Бановић, асистент на Вишој школи унутрашњих послова у Зему: "Криминалистичка обрада кривичног дела проневере" - одбранио 29. октобра 1992. године.

Милован Комненић, судија у IV општинском суду у Београду: "Фалсификовање службене исправе" - одбранио 26. новембра 1992. године.

Светозар Никитовић, запослен у Ауто-мото друштву у Титовом Ужицу: "Учествовање у тучи" - одбранио 21. децембра 1992. године.

Весна Бојовић, запослена у ЈКП "Београдске електране": "Инострани кредитори и повериоци Југославије" - одбранила 22. децембра 1992. године.

Припремила *Десанка Стоиљковић*

ОДБРАЊЕНЕ ДОКТОРСKE ДИСЕРТАЦИЈЕ У 1992. ГОДИНИ

Бранко Орлић, асистент Факултета организационих наука: "Друштвена организација и политичка власт" - одбранио 13. јануара 1992. године.

Неиад Дувњак, асистент Правног факултета у Сарајеву: "Подзаконски нормативни акти за извршење закона са посебним освртом на СФРЈ" - одбранио 23. јануара 1992. године.

Драган Вучинић, Савезни секретаријат за развој: "Институционалност тржишност у области инвестиција у условима државне својине" - одбранио 23. јануара 1992. године.

Горан Поповић, судија IV општинског суда у Београду: "Правни карактер уговорних односа између Бретонвуцких установа као кредитора иземаља дужника" - одбранио 24. јануара 1992. године.

Петар Кунић, спољни сарадник на Факултету политичких наука у Загребу: "Тенденције у подруштвљавању државне управе" - одбранио 7. фебруара 1992. године.

Радомир Прелевић, помоћник министра у Министарству за унутрашње послове Црне Горе: "Правни положај друштвеног предузећа" - одбранио 27. фебруара 1992. године.

Магдалена Сич-Фејеш, Правни факултет у Новом Саду: "Codex Theodosianus" - одбранила 10. марта 1992. године.

Јанко Кубињац, судија Општинског суда у Бачком Петровцу: "Правне вредности - структура и основне врсте" - одбранио 22. октобра 1992. године.

Слободан Вучићевић, директор пословне школе Београд: "Превозне исправе у поморском превозу робе" - одбранио 26. октобра 1992. године.

Рајко Јелић, асистент Правног факултета у Београду: "Правни промет друштвених средстава" - одбранио 2. новембра 1992. године.

Слободанка Недовић, асистент Правног факултета у Београду: "Држава благостања: идеје и политика" - одбранила 22. децембра 1992. године.

Марко Иваниш, комерцијалиста за увоз-извоз у "Генералекспорту" у Београду: "Услови и могућности за успостављање конвертибилности домаће валуте" - одбранио 25. децембра 1992. године.

Александра Јовановић, асистент Правног факултета у Београду: "Утицај типа својине на понашање (ефикасност) самоуправног предузећа" - одбранила 26. децембра 1992. године.

Припремила *Десанка Стоиљковић*

ИЗБОРИ И ПЕНЗИОНИСАЊА НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ У 1992. ГОДИНИ

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на основу сагласности одговарајућег стручног већа Универзитета у Београду, на својој седници од 14. 04. 1992. године изабрало је:

др Бранка Лубарду, асистента, за доцента за предмет Радно право са социологијом рада.

др Владана Јончића, предавача, поново у звање предавача за предмет Општенародна одбрана и друштвена самозаштита СФРЈ.

мр Гордану Илић-Попов, асистента-приправника, у звање асистента за предмет Финансије и финансијско право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на основу сагласности одговарајућег стручног већа Универзитета у Београду, на својој седници од 16. 09. 1992. године изабрало је:

др Владимира Водинелића, доцента, у звање ванредног професора за предмет Грађанско право.

др Драгора Хибера, асистента, у звање доцента за предмет Увод у грађанско право и Стварно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на основу сагласности одговарајућег стручног органа Универзитета у Београду, на својој седници од 14. 10. 1992. године изабрало је:

др Светислава Таборошија, ванредног професора, за редовног професора за предмет Привредни систем Југославије.

др Емилију Вукадин, доцента, за ванредног професора за предмет Економска политика Југославије.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на основу сагласности одговарајућег стручног органа Универзитета у Београду, на својој седници од 2. 12. 1992. године изабрало је:

др Драгоша Јевтића, ванредног професора, за редовног професора за предмет Историја државе и права народа Југославије.

др Марину Јањић-Комар, доцента, за ванредног професора за предмет Породично право са основама социологије породице.

мр Олгу Поповић, асистента, поново за асистента за предмет Историја државе и права народа Југославије.

мр Небојшу Јовановића, асистента-приправника, за асистента за предмет Привредно право са Саобраћајним правом.

Наставници Правног факултета који су отишли у пензију у 1992. години:

др Мирослав Ђорђевић, редовни професор,

др Стеван Врачар, редовни професор,

др Стеван Ђорђевић, редовни професор.

Припремио *М. Ваљаревић*

ПРОФЕСОР ДР ВЕЛИМИР ИВАНЧЕВИЋ (1922-1991)

1. У драматичном времену наше заједнице, кад су прекинуте нормалне политичке, научне и културне везе са многим републикама раније Југославије, касно смо сазнали тужну вест да је у Загребу 21. новембра 1991. године изненада преминуо др Велимир Иванчевић, редовни професор Управног права на Правном факултету у Загребу.

Рођен у Загребу 15. јуна 1922. године, Велимир Иванчевић је по завршеној класичној гимназији дипломирао 1947. на Правном факултету у Загребу. После дипломирања постављен је за асистента при катедри за Управно право. Својом докторском дисертацијом *Управни акт и његова контрола*, Велимир Иванчевић је 1953. године стекао докторат правних наука на Правном факултету у Загребу. После тога на Универзитетском центру за високе европске студије у Стразбуру (*Centre universitaire des Hautes études européennes*) завршава ове студије 1956. године одбраном дипломског рада *La situation constitutionnelle de s unités fédérées en Yougoslavie par rapport à l'Etat fédéral*.

У току свог службовања на Правном факултету у Загребу, Велимир Иванчевић је био асистент (1947-1961), доцент (1961-1962), ванредни професор (1962-1965) и редовни професор од 1965. године. Био је продекан Факултета (1962-1965) и декан (1972-1973). Од 1965. до смрти био је шеф Катедре за управно право. Поред тога, предавао је на Правном факултету у Сплиту и Осијеку. Посебно је учествовао и у настави на последипломским студијама на осталим правним факултетима у земљи, као и на Правном факултету у Београду.

Поред своје узорне педагошке улоге, као изванредан предавач, проф. Иванчевић је својим објављеним научним радовима видно доприносио развоју савремене науке управног права, не само у Хрватској, него и у свим осталим републикама на простору Југославије. Посебно ваља поменути да је проф. Иванчевић учествовао на многобројним међународним скуповима својим рефератима и предавањима на иностраним универзитетима, и сарађивао у иностраним правним часописима, чиме је видно допринео упознавању нашег права.

Правни факултет у Београду не заборавља да је проф. Иванчевић био сарадник "Анала Правног факултета у Београду" још од 1954. године када је објављен његов изузетно студиозан чланак *Правна заштита грађана код шутње администрације*. У Београду се не заборавља ни његова активна сарадња у Институту за упоредно право и посебно његов реферат *Однос републичких подзаконских прописа према законима и другим прописима федерације*, поднет на Саветовању 1966. године и објављен са осталим рефератима у Институту за упоредно право исте године.

2. Опште је познато да је Управно право готово у свим земљама дуго било излагано искључиво дескрипцијом правних прописа који су регулисали управну материју. Такво схватање природно је изазвало реакцију у научним круговима. Давно се проф. Гастон Жез (*Gaston Jèze*) одлучно залагао да се правни факултети морају бавити науком, а не стручним оспособљавањем кадрова, истичући да је научно образовање "најбоље за сва стручна

оспособљавања". Указујући на потребу научног, а не стручног образовања на правним факултетима, проф. Жез је посебно подвлачио: "Стварна опасност за оног који познаје само постојећа правила је у томе што код сваке измене законодавства или судске праксе највећи део његовог знања ишчезава. То је, у ствари, као кад се сунђером пређе преко школске табле. Не остаје више ништа. Мора се поново учити." У духу ових схватања проф. Жез је истицао да је проучавање права - проучавање живота, односно да је за разумевање права нужно познавати друштвену, економску и политичку средину одређеног друштва и да стога ова проучавања морају бити основ правних студија, јер се без тога формирају само "познаваоци закона", али не и правници, образују се емпиричари, али не и научници. Данас је у нашој и иностраној научној литератури Управног права готово опште пртихвањено да правни прописи нису све у друштвеном животу. Познати француски правник Ги Бребан (*Guy Braibant*) посебно истиче да одређен број сектора у друштву нису регулисани правом и да постоје често неслагања између права и стварности, односно постоји широки сектор незаконитости или паразаконитости о којима се Управно право мора, у одређеној мери, такође бавити. Стога Ги Бребан истиче да је потребно наћи праву равнотежу, односно избећи правни нихилизам који пориче важност права, што значи не увидети да је управно право живо право које има важну улогу у друштвеном животу и да постоји као стални дијалектички однос друштвеног живота и права. Међутим Ги Бребан посебно истиче да је такође грешка и правни фетишизам који право види као неку врсту апсолутног тотема, не повезујући га са друштвеном стварношћу и не увиђајући зоне не-права у друштву, јер право није увек примењено, пошто је некад повређено, а посебно се подвлачи да није довољно прокламовати правно правило да би се промениле навике и пракса. Стога Ги Бребан подвлачи да би било апсурдно све свести на право или порицати његову важност.

3. Ако сам све ово поменуо, то сам учинио зато што сам хтео да подвучем да је професор Велимир Иванчевић од почетка свог научног рада припадао модерном демократском схватању науке Управног права. Већ у првим његовим послератним научним радовима, објављеним у југословенској, тада одређеној друштвеној идеологији и стварности, он није приказивао Управно право путем дескрипције правних прописа. Напротив, проф. Иванчевић, у свим својим чланцима и рефератима, увек је указивао на сложене проблеме Управног права у управном поступку и управном спору, имајући у виду заштиту права грађана и истицао тежњу за демократском правном државом. Посебна његова одлика је такође и та што је увек имао у виду и са мером указивао на решења у упоредном праву. Не наводећи мноштво објављених радова проф. Иванчевића, мора се поменути његов *Коментар закона о управним споровима* који је објављен у Загребу 1958. године. У овом је *Коментару* проф. Иванчевић савесно и уз сваки члан Закона дао корисна објашњења, тако да је тај Коментар представљао, у ствари, јасно изложен систем југословенског управног спора.

Своје уврежено уверење за демократском правном државом професор Иванчевић је истакао у свом изузетно вредном делу *Институције управног права*, књ. I, објављеном 1983. године, које остаје као његово животнo дело у коме се може сагледати и његов постојани метод научног рада, заснован на познавању упоредноправне науке Управног права и његово изразито научно опредељење да научна обрада Управног права не сме бити само дескрипција позитивног права. Из даљег излагања у овом делу јасно је, да проф. Иванчевић припада модерној напредној школи која је науку Управног права преобразила у право које проучава како се обезбеђује законитост рада управе и штите права грађана и осталих корисника управе, и тако подвргава управа владавини права.

Професор Иванчевић у наведеном свом делу поред осталог у уводу истиче: "Склоност према правном нормативизму трајно ме привлачи успоређивању домаћих институција Управног права са стањем у различитим

страним земљама. Поред тога, наши народи и народности имају и властиту правну прошлост. Она је оставила видљиво обиљежене трагове изравног утјецаја правних поредака земаља у чијем су саставу били столећима принуђени живјети. Суочавања успоредби и познавања повијести на домаћем тлу с развитком социјалистичке самоуправне заједнице савремене Југославије олакшава сигурније спознаје да је бујан живот управе могуће проматрати као састав правних институција у њиховом настојању, промјенама па понекад и одумирању, јер живот тече незадрживим ритмом. Правник каквог треба наше друштво мора бити креативан члан друштвене заједнице. Она тражи од њега зналачку помоћ, али помоћ која се не темељи једино на познавању домаћих прилика него и на познавању предности и недостатака других средина. Позитиван резултат може бити само последица размишљања. То је једина порука коју овај предговор упућује студентима на различитим ступњевима усмјереног правничког образовања. Уџбеник је конципиран тако да читатељ размишља о ствари које је пред њим и да из њега изводи властита запажања и закључке. Због тога ће бити узалудно тражити у књизи оно што спутава размишљање и пажњу читатеља скреће према меморисању једва савладиве количине промјенљивих појединости позитивног управног права" (стр. 5).

Посебно ваља истаћи и одломак из Увода овог дела проф. Иванчевића: "Почетак другог дјела главе IX објаснит ће и педагошку сврху опсежности излагања о управном акту. Сажето речено: предоубу о томе како би управа требала правно живјети може се стећи читањем закона и других прописа. Али спознаја о њезином стварном животу стјеће се упознавањем њезиних погрешака. Настојао сам предочити их читатељу. Па ако је уопће потребно да неке захваљујем, као што то чине многи писци у сличним предговорима, онда је то наше управно судство. Упознати његов став према понашањима управе и њезиним сусретима с човјеком значи продирати у многе непознанице стварног односа носиоца власти према грађанину" (стр. VI).

4. Из изложеног може се сагледати да је проф. Велимир Иванчевић својим научним и педагошким радом са успехом наставио научну обраду Управног права коју су на Правном факултету у Загребу утемељили ранији професори Управног права и посебно његов учитељ и академик професор Иво Крбек.

Поред својих изразитих врлина као изванредан педагог и објективни и напредни научни радник, проф. Иванчевић био је за све оне који су га знали, увек радо виђен, јер је из свих сусрета са њим увек зрачила његова не само широка правна култура, него је увек иза његовог, некад на први поглед, достојанственог држања строгог научног радника, блеснуо његов прави лик, пун животне радости, са разумевањем за другог и искрено срдчан пријатељ посебно у његовом гостољубивом дому.

Одласком професора и декана др Велимира Иванчевића нестаје један од врхунских савремених хрватских правника, који ће својим објављеним студијама и животним делом *Институције управног права* и даље живети својим утицајем на млађе нараштаје правника који ће се посветити научној обради Управног права. Позната је истина да интелектуални радници увек живе у својим објављеним радовима и постигнутим животним делом. И поред тога што смо свесни те истине, за све нас, његове поштоваоце, остаје искрени бол за прерано изгубљеним драгим пријатељем, професором др Велимиром Иванчевићем.

проф. др Драгаш Денковић

САДРЖАЈ

страница

ЧЛАНЦИ

<i>др Обрен Станковић</i> , О имовини и имовинскоправним целинама у грађанском праву (изворни научни рад) ---	513-535
<i>др Стеван Лилић</i> , Управни поступак, финансијска полиција и финансијски надзор (прегледни чланак) -----	536-549
<i>мр Зоран Рашовић</i> , Престанак заложног права губитком државине (прегледни чланак) -----	550-558
<i>мр Златко Стефановић</i> , Правна природа етажне својине (прегледни чланак) -----	559-570
<i>мр Милан Павић</i> , Накнада код уговора о трансферу технологије (прегледни чланак) -----	571-582
<i>др Зорица Мршевић и др Мирјана Обретковић</i> , Међународно правна заштита физичког интегритета малолетника у кривичном поступку и поступку извршења кривичних санкција (прегледни чланак) -----	583-598
<i>мр Милена Полојац</i> , Societas i consortium - Порекло класичног ортаклука (прегледни чланак) -----	599-609

ПРИЛОЗИ

<i>др Илија Бабић</i> , Важнија начела оставинског поступка --	610-621
--	---------

КОМЕНТАРИ СУДСКИХ ОДЛУКА

<i>др Загорка Јекић</i> , Процесне карактеристике одлуке о условној осуди -----	622-625
<i>др Марија Драшкић</i> , Право на полни идентитет -----	626-633

СУДСКА ХРОНИКА

Одлуке уставних судова - <i>Ђорђе Ђурковић</i> -----	634-636
Одлуке Вишег привредног суда Србије - <i>др Јездимир Митровић</i> -----	637-640

БЕЛЕШКЕ

- др *Обрад Станојевић*, Четрдесет шеста седница Међународног удружења за историју античких права "Festum de Viser", Амстердам Утрехт, септембар 1992, ----- 641-642
- др *Драган Митровић*, Научни скуп: Ђорђе Тасић - поводом стогодишњице рођења ----- 643-644

ПРИКАЗИ

- С. Поповић, Б. Марковић, М. Петровић, Управно право, општи део, Београд, 1992, XXIV + 878 - др *Зоран Томић* ----- 645-650
- V. Berger, Case law of the european court of human rights, Volume I: 1960-1987, 2nd impression, The Round Hall Press, Dublin, 1991, XVIII + 478 - др *Момир Милојевић* ----- 650-654

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

- Одбрањене магистарске тезе у 1992. години - *Десанка Стоиљковић* ----- 655-656
- Одбрањене докторске дисертације у 1992. години - *Десанка Стоиљковић* ----- 656-656
- Избори и пензионисања наставника и сарадника Правног факултета Универзитета у Београду у 1992. години - *Миљко Ваљаревић* ----- 657-657

IN MEMORIAM

- Велимир Иванчевић - *Д. Ленковић* ----- 658-660

TABLE OF CONTENTS

	page
ARTICLES	
<i>Dr. Obren Stanković</i> , Property and Property-Law Entireties in Civil Law (original study) -----	513-535
<i>Dr. Stevan Lilić</i> , Administrative Procedure, Financial Police and Financial Supervision (review article) -----	536-549
<i>Mr. Zoran Rašović</i> , Termination of Mortgage Right Through Loss of Possession (review article) -----	550-558
<i>Mr. Zlatko Stefanović</i> , Legal Nature of Condominium (review article) -----	559-570
<i>Mr. Milan Pavić</i> , Compensation in Transfer of Technology Contracts (review article) -----	571-582
<i>Dr. Zorica Mršević</i> , <i>Dr. Mirjana Obretković</i> , International-Law Protection of Physical Integrity of Minors in Criminal Procedure and in the Procedure of Execution of Criminal Sanctions (review article) -----	583-598
<i>Mr. Milena Polojac</i> , <i>Societas</i> and <i>Consortium</i> - the Origin of Classic Partnership (review article) -----	599-609
CONTRIBUTIONS	
<i>Dr. Ilija Babić</i> , Important Principles of Inheritance Proceedings --	610-621
COMMENTARIES OF COURT DECISIONS	
<i>Dr. Zagorka Jekić</i> , Procedural Characteristics of the Decision on Suspended Sentence -----	622-625
<i>Dr. Marija Draškić</i> , The Right to Sex Identity -----	626-633
COURT CHRONICLE	
Decisions of Constitutional Courts - <i>Đorđe Đurković</i> -----	634-636

Decisions of the Superior Economic Court of Serbia - <i>dr. Jezdimir Mitrović</i> -----	637-640
---	---------

NOTES

<i>Dr. Obrad Stanojević</i> , Fourthy Sixth Session of the International Association for the History of Ancient Laws Fernand de Vicher, Amsterdam - Utrecht, September 1992 -----	641-642
<i>Dr. Dragan Mitrović</i> , Simposium: Đorđe Tasić - A Hundredth Anniversary of his Birth -----	643-644

BOOK REVIEWS

S. Popović, B. Marković, M. Petrović, Administrative Law, General Part, Belgrade 1992, XXIV + 878 - <i>dr. Zoran Tomić</i> -----	645-650
V. Berger, Case Law of the European Court of Human Rights, Vol. I: 1960 - 1987, 2nd impress., The Round Hall Press, Dublin, 1991, XVIII + 478 - <i>dr. Momir Milojević</i> -----	650-654

FACULTY CHRONICLE

Defended Master's Theses in 1992 - <i>Desanka Stoilković</i> -----	655-656
Defended Doctoral Dissertations in 1992 - <i>Desanka Stoilković</i> ---	656-656
Election and Retirements of Teaching Staff and Collaborators of the Faculty of Law of the University of Belgrade in 1992 - <i>Miljko Valjarević</i> -----	657-657

IN MEMORIAM

Velimir Ivančević - <i>D. Denković</i> -----	658-660
--	---------

Table des matières

page

ARTICLES

<i>Obren Stanković</i> , Sur le patrimoine et les universalités juridiques dans le droit civil (travail scientifique original) -----	513-535
<i>Stevan Lilić</i> , La procédure administrative, la police fiscale et le contrôle fiscal (article de revue) -----	536-549
<i>Zoran Rašović</i> , Le cessation du droit de gage par la perte de la possession (article de revue) -----	550-558
<i>Zlatko Stefanović</i> , La nature juridique de la propriété par étages (article de revue) -----	559-570
<i>Milan Pavić</i> , Le rémunération dans les contrats sur le transfer de la technologie (article de revue) -----	571-582
<i>Zorica Mršević et dr Mirjana Obretković</i> , La protection juridique internationale des personnes mineures dans la procédure pénale et dans la procédure de l'exécution des sanctions pénales (article de revue). -----	583-598
<i>Milena Polojac</i> , <i>Societes et Consortium</i> - l'origine de la société civile classique (article de revue) -----	599-609

VARIÉTÉS

<i>Ilija Babić</i> , Les principes élémentaires de la procédure de succession -----	610-621
---	---------

COMMENTAIRES DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX

<i>Zagorka Jekić</i> , Caractéristiques procédurales de la décision sur la peine conditionnelle -----	622-625
<i>Marija Draškić</i> , Droit à l'identité sexuelle -----	626-633

JURISPRUDENCE

Décisions des Tribunaux constitutionnels - <i>Đorđe Đurković</i> -----	634-636
--	---------

NOTES

- Obrad Stanojević*, La 46^{ème} session de la Société internationale d'histoire des droits antiques "Fernand de Vissher", Amsterdam, Utrecht, septembre 1992. ----- 641-642
- Dragan Mitrović*, Ressement scientifique: Đorđe Tasić - A propos du centenaire de la naissance ----- 643-644

COMPTES RENDUS DE LIVRES

- S. Popović, B. Marković, M. Petrović, Droit administratif, partie générale, Belgrade, 1992, XXIV + 878 p., *dr Zoran Tomić* --- 645-650
- V. Berger, Case law of the european court of human rights, Volume I: 1960-1987, 2nd impression, The Round Hall Press, Dublin, 1991, XVIII + 478 pages, *dr Momir Milojević* ----- 650-654

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ

- Les thèses de troisième cycle soutenues en 1992 - *Desanka Stojiljković* ----- 655-656
- Les thèses de doctorats soutenus en 1992 - *Desanka Stojiljković* --- 656-656
- Les promotions et les retraites des enseignantes et des collaborateurs de la Faculté de droit de l'Université de Belgrade en 1992 - *Miljko Valjarević* ----- 657-657

IN MEMORIAM

- Velimir Ivančević - *D. Denković* ----- 658-660

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 5 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 издавања, година издавања, број цитиране стране или тачке пасуса. ПРИМЕР: Живојин Перић, *Стварно право*, Београд, 1922. стр. 141; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, стр. 93.

8. За радове објављене у часописима, као и за прописе објављене у службеним гласилима, навести, после података о аутору и о раду, податке о: називу часописа (службеног гласила), броју и години излагања 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 финансијско 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 F. J. Brockmeyer, Dordrecht, 1970.

16. Места која се желе истакнути штампају се искључиво курзивом а не ш п а ц и о н и р а н о (размакнутим словима). Због тога у рукопису ништа не треба куцати размакнутим словима.

17. Поднасловe највишег реда обележавати римским бројевима и куцати великим словима. Уже поднасловe 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. Моле се сарадници да после прекуцавања рукописа пажљиво прочитају текст и отклоне евентуалне дактилографске грешке.

Претплата за часопис "Анали Правног факултета у Београду" у 1993. години за целу годину износи:

1. За правна лица	_ _ _ _ _	дин. 600.000.–
2. За појединце	_ _ _ _ _	" 200.000.–
3. За студенте (редовне и ванредне)	_ _ _ _ _	" 60.000.–
4. За један примерак	_ _ _ _ _	" 120.000.–
5. За један примерак за иностранство	_ _ _ _ _	US\$ 25 (у дин.)

Претплата за иностранство износи 50 US\$ (плативо у динарима по курсу на дан уплате).

Ове претплатне цене важе за претплатнике који уплате претплату до 15. маја 1993. године.

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број,
60803–740–030–4356

Уредништво и администрација АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
БЕОГРАД – Булевар револуције 67, тел. 341–501