АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

Година XLV БЕОГРАД 1997. Број 4–6

UDC 34/35 (јул–децембар) YU ISSN 003-2565

Главни уредници *Архива за правне и друштвене науке* који је претходио *Аналима* били су:

Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906–1911), Коста Кумануди (1911–1912), Чедомиљ Митровић (1920–1933), Михаило Илић (1933–1940), Ђорђе Тасић (1940–1941), Јован Ђорђевић (1945)

Главни уредници *Анала* били су:

др Михаило Константиновић (1953–1960), др Милан Бартош (1960–1966), др Војислав Бакић (1966–1978), др Војислав Симовић (1978–1982), др Обрен Станковић (1982–1995), др Дејан Поповић (1996)

Главни уредник:

др Миодраг Орлић

Уређивачки одбор:

др Оливер Антић, др Загорка Јекић, др Дејан Поповић, др Драгољуб Поповић, мр Силвија Пановић-Ђурић, др Зоран Томић, др Драгор Хибер

Дописни члан из иностранства:

др Слободан Милачић, Бордо, Француска

Издавач: Правни факултет Универзитета у Београду
Лектор и коректор: Мирјана Јосић
Преводи у овом броју: мр Татјана Шотра и Тамара Rodwell-Јовановић
Технички уредник: Мирко Милићевић
Слог и прелом: „Досије“
Штампа: „Народна књига“

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

Анали Правног факултета у Београду

Година XLV, бр. 4–6, јул–децембар 1997, стр. 321–640
UDC 34/35 YU-ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Стеван Врачар: Кантово сагледавање повезаности права с државом – – – – – – – – – – – – – – – – – 325–353

Стеван Ђорђевић: Однос унутрашњег и међународног права – – – – – – – – – – – – – – – – – 354–395

Јаков Радишић: Уговор о изради и уграђивању зубне протезе – – – – – – – – – – – – – – – – – 396–415

ПРИЛОЗИ

Слободан Перовић: *Облигационо право* Лазара Марковића као део његовог система класичног грађанског права – – – – – – – – – – – – 416–429

Симон Симоновић: Библиографија и основни биографски подаци [Лазара Марковића] – – – – – – 430–434

Момир Милојевић: Санкције у међународном праву – – – – 435–440

Војин Димитријевић: Однос људских права и мира – – – – 441–444

СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Грађанско право – приредио Милан Субић – – – – – – – – 445–521

ПРИКАЗИ

Karl Larenz: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I: *Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, XX + 668 (Јаков Радишић) – – – – – – – – – – – – – – – – 522–532

Dieter Medicus: *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil* 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1996, XV + 411 (Јаков Радишић) – – – – – – – – – – – – – – 532–541

Dieter Medicus: *Schuldrecht II: Besonderer Teil* 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1995, XV + 461 (Јаков Радишић) – – – – – – – – – – – – – – 541–548

Alan Watson: *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law,* The University of Georgia Press, Athens and London, 1993 (Оливер Антић) – – – – – – 549–564

Душан Мрђеновић (приређивач): *Темељи нове демократије. Избор декларација и повеља о људским правима (1215–1989)*, „Нова књига", Београд, 238 стр. (Момир Милојевић) – – – – – – 564–574

Зборник радова са научног скупа поводом двестоте годишњице објављивања *Метафизике морала* Имануела Канта, Правни факултет у Београду и Гетеов институт у Београду, 1997. (Радмила Васић) – – – – – – – – – – – – – – – – – – 574–579

Giovanni Santini: *Dal'Illirico romano alla Jugoslavia moderna, Le strutture territoriali della Penisola Balcanica attraverso i secoli*, Guiffrè, Milano 1997, 125 стр. (Жика Бујуклић) – – – – 580–585

Драгован Шепић: *Влада Ивана Шубашића* „Глобус", Загреб 1983, 422 стр. (Мирослав Милојевић) – – – – – – – – – – – – – – 586–590

Владимир Ђоровић: *Црна књига. Патње Срба Босне и Херцеговине за време светског рата 1914–1918*, „Досије", Београд 1989. (Мирослав Милојевић) – – – – – – – – – – – – – – 591–596

Марина Јањић Комар и Мирјана Обретковић: *Права детета – права човека* „Досије" и Удружење правника Србије за социјално право, Београд 1996, 191 стр. (Невенка Вучковић Шаховић) – – – – – – – – – – – 597–598

Група аутора: *Уставне претпоставке за демократску Србију*, Београдски центар за људска права, Београд 1997, 38 стр. (Зорица Мршевић) – – – – – – – – – – – – – – – – – 599–603

Roberto Papini, Antonio Pavan, Stefano Zamagni (уредници): *Живот у глобалном друштву*, Ashgate, Aldershot, 1997. (Милица Делевић Ђилас) – – – – – – 603–607

Будимир Бабовић: *Интерпол и Југославија – сарадња, искључење и ратни злочини*, МСТ Гајић, Београд 1994. (Жељко Никач) – – – – – 608–611

Миодраг Зечевић, Јован П. Поповић (приређивачи): *Документи из историје Југославије. Државна комисија за утврђивање злочина окупатора и његових помагача за време Другог светског рата*, Архив Југославије, Предузеће за издавачко-графичку делатност ЗАД, Београд 1996. (Предраг Алексић) – – 612–614

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

(Припремио Миљко Ваљаревић)

Избори наставника и сарадника Правног факултета у Београду од 1. јула до 31. децембра 1997. године – – – – – – – – – – – – – 615

Одбрањене докторске дисертације од 1. јула до 31. децембра 1997. године – – – – – – – – – – – – – – – 615
Одбрањене магистарске тезе од 1. јула до 31. децембра 1997. године – – – – – – – – – – – – – – – 616
Додела награда и диплома студентима – – – – – – – – – – 617–619

IN MEMORIAM – професор др Андрија Гамс

Радомир Ђуровић – 620–621
Миодраг Орлић – 622–628
Коста Чавошки – 629–634

UDC 340.12
14 Кант И.
(Изворни научни рад)

Стеван Врачар*

КАНТОВО САГЛЕДАВАЊЕ ПОВЕЗАНОСТИ ПРАВА С ДРЖАВОМ

– Поводом два века списа *Metaphysik der Sitten* –

Текст је намењен обележавању два века Кантовог списа Метафизика нарави *(1797), али с тежњом да се аналитички и аргументовано разоткрије – по ауторовом мишљењу – једна од кључних идеја у овом славном спису. То је идеја сједињености и прелитања права с државом, идеја која има своју подлогу и потврду у реалности, али и велики значај за модерне теорије, филозофске и политичке оквире једне концепције, коју аутор развија у својим расправама и чланцима током више деценија.*

Кључне речи: *Имануел Кант. – Филозофија права. – Филозофија државе. – Повезаност државе и права. – Право-држава (појмовне релације).*

Обележавање двестогодишњице једног од најзначајнијих Кантових списа који најцеловитије предочава његову *филозофију права*,[1] макар најскромније, свакако представља и највећи подстицај за поновно бављење заоставштином једног од неколицине највећих филозофа у историји човечанства. А кад се такав јубилеј

* Др Стеван Врачар, редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији.

1 Кантов спис *Metaphysik der Sitten* (1797) превођен је у целости: на хрватскосрпски – *Metafizika ćudoreda*, Сарајево 1967; и српски – *Метафизика морала*, с немачког превела Душица Гутеша, редактор превода Данило Н. Баста, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, Издавачки центар „Цетиње", Цетиње, 1993, 300 стр. У тексту је навођено ово издање (Мм, стр...). Но, немачки израз *„Sitten"* превођен је и као „обичај(ност)"; у прошлом веку најчешће се сусретао термин „наравственост", који је застарео. По мом мишљењу најподеснији би био термин „нарав(ност)", ако се већ избегава изворни антички израз „етос", без неког стварног разлога, јер је једини сасвим тачан, и свима разумљив, чак и кад се покушава наћи „еквивалент" у другим језицима. Уосталом, и сам Кант је вероватно најзаслужнији што ће се поменути израз укоренити у немачком.

обележава макар и овако, онда је то заиста изузетна прилика и част, пре свега за нас као припаднике једног малог народа који, ваљда по императивима неког злог усуда, преживљава једно од најмучнијих раздобља свог историјског бивствовања. Јер, *бачени у најмрачније поноре* и у оваквој прилици покушавамо да запазимо и некакав зрачак светлости. Вечно и свуда понавља се исто: појединци и народи баш у временима најцрњих *неправди* и најмрачнијег *бесправља* једино и могу сагледати блиставе вредности и лепоту *правде* и *права*. Отуда, чини ми се, било која *тема* колико-толико уприличена, мора задобити и печат таквих промишљања.

I. ПРЕПОЗНАВАЊЕ ПРОБЛЕМАТИКЕ

Тема и проблематика чланка наметнуте су одавно и неминовно, прате такорећи средишњи ток мојих истраживања у протеклим деценијама: то је настојање да се што више осветли и нагласи *органска повезаност права с државом*. Сем тога, у круговима правних филозофа и теоретичара државе одавно је и добро познато да су се сви мислиоци морали позабавити, изричито или прећутно, и овим питањима. У *Кантовој филозофији* то је упечатљиво: његова *политичка филозофија*, а поготово *филозофија права* и *филозофија државе* сачињавају само извесне стране, сегменте и појединости једног, у основи јединственог филозофског система. Баш због тога морају се имати у виду неке *претпоставке* и *тешкоће* приликом сваког покушаја да се на релевантан начин претресају ове ствари, а не тек овлаш и површно помињу.

1. Неки изразити чиниоци. – Уз све уважавање које се може имати за оно што о Канту пружају разне *историје филозофије* као систематски прегледи, шири или суженији, неизбежно се намећу и констатације да се у таквим приказивањима, неретко, дају најопштија и најелементарнија обавештења о крајње сложеним стварима. Такво предочавање, нажалост, карактерише и она систематска и уџбеничка излагања у типичним *историјама политичке филозофије*, па и специфікованим *историјама правне мисли* и *мисли о држави*.[2] Разлог је веома прост и разумљив: у таквим историјским прегледима готово је немогуће веродостојно приказати мноштво најразличитијих праваца и система, свих значајних мислилаца и

2 Вид. Russell Bertrand, *Istorija zapadne filozofije*, prevela Dušanka Obradović, predgovor Jovan Hristić, „Kosmos", Beograd 1962, str. 851; Sabine H. George, *A History of Political Theory*, New York (1937), 1950, Henry Holt and Comp. p. 934, nar. 165, 430, 433, 578, 594–595, 605, 618, 628, 646, 670, 714, 731, 773–774, 814; Brimo Albert, *Les grands courants de la Philosophie du droit et de l'Etat*, Deuxième édition, Paris 1968, Editions A. Pedone, p. 131–139; Ryffel Hans, *Grundprobleme der Rechts-und Staatsphilosophie*, Philosophische Anthropologie des Politischen, Luchterhand, Neuwied und Berlin, 1969, S. 253–256.

аутора. Јер историчари, рекло би се, могу изврсно познавати само оне мислиоце које су, из неких побуда, темељно и монографски истраживали. А све остало, ипак, далеко је од таквих темељних истраживања. Не тако ретко стиче се утисак да се ту ради о својеврсним *„репродукцијама репродукција"*, излагањима оног што је одавно, безброј пута и на разне начине изрицано.

Све ово је само некакав *рефлекс* неминовности да се сви истраживачи, од оних најизврснијих па до просечних, могу темељније позабавити извесним стварима првенствено у складу са својим општим усмерењима, стручношћу, склоностима и могућностима које имају. А све остало, изван тога и преко тога, *nolens volens*, налази се на недохватним просторима. Поред тога, само изузетно, стицајем околности, упућују се и најскрупулознији истраживачи у темељније бављење оним стварима које, вероватно, без тога једва да би се и могле некад појавити у њиховим истраживачким програмима. То је веома значајно и за њих и за научно подручје које обделавају.

Међутим, вероватно несагледив значај има оно што се сматра *социјалним хабитусом* који је неизбежан и у којем се налазе, којем припадају, сваки мислилац и сваки истраживач. То су оне врло сложене *временско-просторне координате* у којима се стваралаци налазе, које садрже и објективне *детерминације* свих оних субјективних особености. Сваки стваралац је *дете свога доба*, само својеврсни састојак свога друштвеног окружења, припадник свог народа, своје државе, своје политичке заједнице. Утолико сваки појединац носи у себи и *делић бића* свог социјалног окружења. Зато, у највећим *духовним творевинама* налазе се и својеврсне *пројекције* целокупног реалитета, то јест битних временско-просторних елемената стварности.

2. Кантова упозорења. – Имануел Кант, сразмерно баш својој величини, обликовао је целокупност свога опуса, као и свих значајнијих списа, с *најизразитијим печатом* свога доба. Узевши у обзир највећу сложеност, крајњу апстрактност, несагледиву дубину, свеобухватност своје мисли итд., добро је знао какве тешкоће очекују његове читаоце, чак и оне најобразованије. Вероватно је и због тога настојао да бар упозори на неке моменте, па и да унеколико смањи тешкоће те врсте.

Он је изричито и често указивао, пре свега, на значај *подесне терминологије*. У највећим својим списима, на првом месту у *Критици чистог ума*, утврдио је фундаменталну *појмовну матрицу* (како бисмо данас рекли), али и све основне ставове, као својеврсне премисе које су уграђене у позније књиге. Тако су обликовани најкрупнији сегменти филозофије, све до онога што нас овом при-

ликом понајвише интересује. Инсистирао је на што примеренијим терминима,[3] рецимо, попут најврснијих правника свог времена. Било је то најделотворније настојање да се достигне највиши степен прецизности, доследности и поузданости у правној филозофији. Тако је гледао и на обрасце који су имали изоштреност правничког мишљења, карактеристичног за јуриспруденцију.

Исто тако, Кант је изричито указивао на то да се његов филозофски систем не може исправно разумети ако се не води рачуна пре свега о *целини* система, а затим о свему што се у његовом склопу налази, као *партикуларитет*. Јер, третирање појединих делова независно од целине, па и свих осталих делова, неизбежно води деформисању изгледа дотичног дела, неисправном тумачењу његове садржине.[4]

3. Примерено предочавање проблематике. – Већ ова упозорења, издвојена из низа осталих, јасно показују Кантово настојање да предупреди, колико је могућно, нетачна тумачења свега што сачињава његову филозофију. Поготово зато што она пружа толико темељних новости да све то означава *раскид* с ранијим погледима или радикалан преокрет у целокупној филозофији. Следствено томе, таква обележја има и његова *политичка филозофија*, па самим тим и *филозофија права*. Зато је, пре свега, неопходно препознавање свега што садржи дотичне погледе. Наравно, најважнија је књига *Метафизика морала*, као целовит спис, где се налази први део насловљен са *Метафизичка начела науке о праву*. Међутим, у незаобилазне списе спада и *Заснивање метафизике морала* (1785), затим је нарочито значајна књига *Критика практичног ума* (1788); као и низ расправа и чланака објављених 1784–1798, код нас преведених у зборнику *Ум и слобода*.[5]

Међутим, ови списи представљају, такорећи, онај општи оквир и контекст у којем се налази *проблематика повезаности права с државом*; дакле, оно што је непосредна одредница моје теме. Нажалост, за ово нема неких непосредних показатеља, па је *препознавање* тога, уствари, зависно од мерила истраживача и интерпретатора. Сходно тим мерилима, долазе у обзир одређени делови и цитати из наведених списа. А када се већ тиме располаже, наравно да може уследити извесна *интерпретација* у којој се, најзад, одсликава оно што и јесте *Кантово разматрање* тако предочене теме. Притом, пак, ова интерпретација се не може ограничити само

3 Први део *Метафизичка начела науке о праву* (Мм, стр. 7–176) то упечатљиво илуструје: Кант је настојао да све институције с латинским називом изрази на немачком, па су и у томе његови велики доприноси.

4 Вид. Kant Immanuel, *Kritika čistog uma*, prevco dr Nikola M. Popović, predgovor napisao dr Veljko Korać, „Kultura", Beograd 1958, predgovor za drugo izd. стр. 63–84.

5 Kant Immanuel, *Um i sloboda*. – Spisi iz filozofije istorije, prava i države; izbor, redakcija prevoda i predgovor Danilo Basta, posebno izdanje časopisa *Ideje*, Beograd 1974, str. 225.

на релевантне цитате. Јер, поред *изричитих исказа* морају се узети у обзир и тзв. импликације, то јест они садржаји, појмови и поставке што фигуришу као својеврсни *„дух"*, оно што одсликава дубља *значења* и *смислове* Кантових разматрања.

Под претпоставком да је ваљано издвојена релевантна грађа, што већ подразумева својеврсну верификацију могућности и дораслости интерпретатора и истраживача, тек тада може уследити најсложенији део посла, само *разумевање* свега што стоји на располагању: од мноштва термина, па до мноштва ставова, констатација великог филозофа. Како год било, неспорно је да је *процес интерпретације* толико сложен и далекосежан, да готово неизбежно открива разноврсне разлике у налазима многих интерпретатора. Ту нема и не може бити некакве *једнообразности*. Јер, свака појединачна интерпретација „захвата" пре свега оно што је подешено њеном карактеру, то јест могућностима и особеностима самог интерпретатора. Уз све то, у свакој интерпретацији се налази, свесно или несвесно унет, и „комадић" *интерпретаторових схватања*. Отуда, што су интерпретатори снажнијег и самосталнијег духа, нарочито ако имају стваралачке потенцијале, настају и *„оригиналне интерпретације"*. А то је, уствари, својеврсна мешавина оног што је *предмет* интерпретације и *интерпретаторовог стваралаштва*. Услед тога и настају она неминовна разилажења, па и нови спорови *међу интерпретаторима*.

У круговима стручњака добро је познато какве су и колико далекосежне последице интерпретаторског *умећа*, а поготово дубинских *знања*, што се огледа у свим видовима, поступцима, фазама и сл. изванредно развијене *теорије* и *праксе* разноврсних интерпретација. Дабоме, све зависи од тога да ли се ради о тзв. традиционалним интерпретацијама или најновијим, какве су, рецимо, *савремена херменеутика, аналитичка филозофија* у англосаксонском свету, итд.

Имајући све то у виду, али и неизбежност да понешто буде остављено по страни, сматрам умесним подсећање на само неке моменте. Наиме, овде је свакако разложан бар покушај да се изврши некаква *релевантна презентација* Кантових погледа, у подесним размерама и границама, али тако да *средишња мисао о (не)повезаности* ентитета који су именовани као ПРАВО и ДРЖАВА буде бар *оправдана*, ако не и свестрано *образложена*. Притом, пак, *доминантне* Кантове идеје биће истакнуте у први план, а споредније ће добити одговарајуће им место.[6] А кад већ

6 То илуструју, дабоме, и истраживања наших истакнутијих познавалаца Кантове филозофије: *Filozofija Imanuela Kanta*, zbornik radova *Filozofske studije* VI, Beograd 1975; Miloš Arsenijević, „Kantova teorijska filozofija", str. 3–144; Igor Primorac, „Kantova teorija kazne", стр. 145–234; Zdravko Kučinar, „Kant i marksizam", str. 235–283; Basta N. Danilo, „Poreklo i svrha države u Kantovoj političkoj filozofiji", str. 71–88.

поминьем *место*, чини ми се да се у модерној *теорији интерпретације* мора водити рачуна баш о томе: наиме, није свеједно које и какве идеје, поставке и сл. заузимају *средишњу* ауторову пажњу, а које су некако узгред поменуте; које ствари се нашироко и детаљно разматрају, а које само ту и тамо; не може се давати исти ранг *идејама-водиљама* и *спорадичним идејама* и сл. То показује да се недовољно уважавају још Аристотелови налази о *реторици*, а нарочито о *топици*. Зато су значајна настојања да се обнове и осавремене елементи филозофске и научне реторике, топике итд.[7] Јер, тек тако се открива и разлика између *знања* и *мнења о својеврсној езотерији* и *егзотерији* најразвијенијих облика мишљења, о тзв. општим местима, о строго *научном* и *популарном* излагању итд.

II. ПРАВО И ДРЖАВА

Све поменуто тиче се нарочито Кантових разматрања о *праву и држави*, у свим видовима које имају у склопу његовог филозофског система: дакле, с обзиром на степен разраде, у посебним списима или узгред и фрагментарно. Исто тако, важно је утврдити да ли је то само један део његове *филозофије морала* или, пак, *политичке филозофије*; да ли је довољно изражена засебност његове *филозофије права,* а поготово *филозофије државе*; најзад, да ли је могућно сагледати како је Кант третирао везу између права и државе, што мене овде највише интересује. Али, да се не би истицале некакве пуке тврдње, умесније је претходно бар предочити основну грађу. Но, одмах се може нагласити: Кантово третирање *повезаности* права с државом огледа се, мање или више, на широкој скали: од *појмовних релација*, па до свих *реалитетних показатеља* ових двају ентитета, (што се обележава речима: односи, међузависности, спојеви, међудејства, узајамни утицаји итд.).

4. Кључни појмови и поставке. – Кант је утемељио и изградио грандиозан *систем мисли*, научних и филозофских знања, који је назвао *трансценденталним идеализмом*. Он је предводник плејаде славних немачких филозофа, који су у сразмерно кратком раздобљу афирмисали свакако најзначајнији правац назван *немачким класичним идеализмом*. По некаквој схематици, то је превасходно *идеалистичка филозофија*, али је, можда, оправданије наглашавати *дуализам* те филозофије, то јест спајање *идеализма* с *материјализмом*, односно *духовности* и *материјалности*.[8] Уосталом, интерпретатори и коментатори наглашавају присутност у тој фило-

7 Вид. Tadić Ljubomir, *Retorika*, Uvod u veštinu besedništva, izd. „Filip Višnjić", Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd, 1995, str. 351.

8 Та схема је сувише уопштена, па можда утолико и нетачна.

зофији *разних дуализама*: *реални* свет наспрам извесног *ирealног* света; свет *феномена* (*phenomenon*) и свет *ноумена* (*noumenon*); *искуствености* или емпиричности и *надискуствености* или надемпиричности; *природе* или природности и *друштва* или социјалности; света *физичког* и света *метафизичког*; људске *телесности*, али и *интелигибилности*; постојање „ствари по себи" и „ствари за нас" (одн. недоступних и доступних сазнања); сфера *бивства* и сфера *могућности*; разликовање *бивања* и *требања*; сфера *стварности* или датости и сфера *вредности* или задатости или сврхе; подвајање *средстава* и *циљева*; раздвајање *чињеничког* од *фиктивног*; неподударност *позитивитета* и *идеалитета*; разликовање људске *„унутрашњости"* (било би прикладније да је то Кант назвао „интимним") и људске *„спољашности"* (заправо „социјалност", где се људи налазе и опстају); следствено томе, разликовање *етичке* сфере и *јуридичке* сфере итд. Наравно, уобичајило се да се та и слична разликовања анализују пре свега с тежњом да се открију усклађености, али и напетости и сукобљености тих опречних сфера. Сходно томе, и да се назначе разлике између *науке* и *филозофије*, итд. Међутим, по свему судећи, можда је најважнија разлика и Кантов допринос у раздвајању *догматике* и *критике*. Уосталом, сва његова дела чак и насловом сугеришу пресудно место *критике*.

Поводом свега тога, изричито или прећутно се уствари поставља проблем *човека*, схваћеног у пуном смислу, то јест као појединца, индивидуума, људских колективитета, све до укупности зване *човечанство*. Реч је увек и свуда о *људском свету* и његовом космичком окружењу. Притом, Кант је спадао у ред оних филозофа који су настојали и, ваља рећи, упечатљиво успевали да запазе и схвате „истинске мере човека", све његове стране, величину и беду, зло и добро, што се откривају у људској егзистенцији, а поготово у људској есенцијалности. По Канту, наиме, људско биће и безмерни скуп јединки карактеришу најразличитија својства, од оних најузвишенијих до најгорих. Човек је биће или „животиња" која се издваја тиме што поседује *свест*, *вољу*, *интересе*, што своју *чулност* надограђује *интелектуалношћу*, а то омогућује његова најразноврснија *делања*. Утолико и зато, човек се одликује *слободом*. Тако једино човек може постављати и остваривати извесне принципе, законе, правила, прописе којима се уређују сва понашања, поступци, чинидбе. Захваљујући томе, човек је биће подобно за *васпитање* (можда је више *„образовно биће"* него *zoon politicon*). Но, Кант неуздржано разоткрива и злоћудна својства људи.[9] Отуда он и наглашава оне творачке и градилачке особине човека (Мм, Увод, I, II).

9 Вид. Kant Immanuel, „Idcja opšte istorije usmerene ka ostvarenju svetskog gradanskog poretka", u nav. zborniku *Um i sloboda*, str. 30–34; ту се налази и чувени став: „Из тако кривог дрвета, од каквог је човек направљен, не може се истесати ништа сасвим право" (стр. 34).

Међутим, баш зато сви људи, апстрактно говорећи, располажу истоврсном *слободом*, карактеристичном *једнакошћу* и претпостављеном *самосталношћу*. Сходно томе, људи имају способност да уређују своју „унутрашњост" (то јест, интимну сферу – С. В.), а још више „спољашњу сферу" (то јест друштвену страну, опстајање – С. В.). „Од воље произлазе закони; од самоволе максиме" (Мм, IV, стр. 27). Отуда се успоставља сфера *морала* која је заснована на процењивању сопствених чинидби, пре свега, разликовањем *доброг* и *злог*, пожељног и непожељног, па следствено томе настаје и *самопринуда*, душевна тегоба и притисак, који су пратилац и нека врста гаранта за себе постављених максима. Но, најважније је што се тако успоставља низ *императива*: „Императив је практично правило којим се по себи случајна радња *чини* нужном... правило чије предочавање субјективно-случајну радњу *чини* нужном, дакле и субјекта предочава као оно што мора бити принуђено (нецесирано) на слагање с тим правилом" (Мм, IV, стр. 23–24). Међутим, у томе низу су најважнији категорички императиви, то јест који су *безусловни*. Целокупни морал је, такорећи, смештен у сфери *дужности* које људи сами себи намећу, а особито овакве што фигуришу као категорички императиви: „Категорички императив, који уопште само изриче шта је обавезност, јесте: делај према некој максими која истовремено може да важи као општи закон" (Мм, IV, стр. 26). Кант казује, такође: „Категорички императив, тиме што изриче неку обавезност у погледу извесних радњи, јесте морално-практички *закон*. Али пошто обавезност не садржи само практичку нужност (какву закон уопште изриче) него и *принуду*, поменути императив је или закон заповести или закон забране, према томе да ли се чињење или нечињење предочавају као дужност" (Мм, IV, стр. 24). Због изузетног значаја категоричког императива, Кант је на много места и темељно претресао садржину овог израза.[10] Отуда, није необично што је велики број истраживања усредсређен на то.[11]

Међутим, Кант обраћа велику пажњу и на оно што припада „спољашњој страни", то јест друштвеном животу људи, а уређује се друкчије. То је повезано с оним својствима и атрибутима човека који сачињавају *људско достојанство*. То су разна правила, прописи, који задобијају карактер *закона*, понајвише зато што долазе појединцима из самог друштвеног окружења и некако се намећу:

10 Вид. Kant Immanuel, *Zasnivanje metafizike morala* (1785), preveo dr Nikola M. Popović, redakcija Miloš Arsenijević, BIGZ, Beograd, 1981, str. 121.

11 Нпр. Acton H. B., *Kant's Moral Philosophy*, Macmillan, St. Martin's Press, 1970, p. 71; Paton H. J., *The Categorical Imperativ*, A Study in Kant's Moral Philosophy, Hutchenson, London (1947), 1970, p. 283; Скрипник А. П., *Категорический императив Иманушла Канта*, изд. Московского университета, 1978, стр. 189.

„*Закон* (морално-практички) јесте став који садржи неки категорички императив (заповест). Онај ко заповеда (императив) помоћу закона јесте *законодавац* (легислатор). Он је зачетник (аутор) обавезности по закону, али не увек и зачетник закона. У овом другом случају закон би био позитиван (случајан) и самовољан" (Мм, IV, стр. 28–29). На другом месту, Кант каже: „Начело које извесне радње чини дужношћу јесте практички закон" (Мм, IV, стр. 26). Овим се уствари указује на својеврсне *везе* и *међупросторе* морала и права. То се јасније види у овом цитату: „Ти закони слободе зову се, за разлику од природних закона, *морални*. Уколико се односе на пуке спољашње радње и њихову законитост, зову се *јуридички*; али ако захтевају и то да они (закони) сами треба да буду разлози одређења радњи, онда су они *етички*, па се зато каже: слагање са оним првима је *легалитет*, а с овим другима *моралитет* радње. Слобода, на коју се односе они први закони, може бити само слобода у спољашњој употреби, а она на коју се односе ови други, може бити слобода како у спољашњој тако и у унутрашњој употреби самовоље, уколико се одређује умним законима" (Мм, I, стр. 16).

Означивши овакве разлике између *морала* и *права*, одн. *етике* и сфере *јуридичког*,[12] као и друге моменте, Кант је настојао да што уверљивије покаже и њихове везе, па и то да његов систем *Метафизике нарави* [овде ваља имати у виду и указивање на тешкоће поводом кључног термина: „(мада немачка реч *Sitten*, исто као и латинска *mores*, значи само манире и начин живота)", Мм, II, стр. 18] – обухвата као први део *Метафизику права*, или прецизније *Метафизичка начела науке о праву*, а други део је *Метафизика морала* која се бави дужностима које задобијају ранг *врлине*. Можда је најефектније разликовање: морал је сфера човекове *аутономије* (ова реч је, по Канту, ознака „самозаконодавства"); насупрот томе, сфера *хетерономије* је она где се јавља законодавство других, тј. која се намеће из окружења коме човек припада. Поред тога, мора се нагласити да је Кант, вероватно, настојао да што строже, потпуније и доследније припреми терен за одређење самог *појма права*. Јер, његова иронична опаска на рачун немоћи правника да дефинишу право,[13] наравно, тицала би се и њега самога! Ево његове дефиниције права: „Право је, дакле, скуп услова под којима се самовоља једнога може сјединити са самовољом другога по неком општем закону слободе" (Мм, § Б, стр. 32). Шта рећи о оваквој формулацији? По мом мишљењу, крајње је време

12 Кант је ту разлику најупечатљивије оцртао у тексту: „O uobičajenoj izreci: to bi u teoriji moglo biti ispravno, ali ne vredi za praksu" (1973), u zborniku *Um i sloboda*, str. 89–121.

13 Kant Immanuel, *Kritika čistog uma*, Beograd 1958, str. 585.

да се отворено и без икаквих „стручњачких сујета“ нагласи: ма како изгледала парадоксална, најоснованија је констатација да имамо пред собом, с једне стране, *најпрецизније* изведену дефиницију права, али, с друге стране, то је *најнеразумљивија* дефиниција коју је икад ико срочио!? Јер, прва констатација је заиста утемељена, али само када се имају у виду сви моменти, објашњења великог филозофа. Зато, ако се сама ова формулација наведе *изоловано*, или ако недостаје стварно разумевање Кантовог *извођења*, она је малтене неупотребљива. Зато што свака *реч* у тој дефиницији има „кантовско значење“, а не било какво, поготово не оно које припада обичним *мнењима*. Но, срећом, Кант је у својим списима експлицитно, па и имплицитно третирао појам права, рекло би се, на разумљивији начин. Притом, најдалекосежније су тешкоће па и неспоразуми они који настају због двоврсног „уобичајеног значења“ израза *право*: једно је тзв. *субјективно право* (*facultas agendi*), а друго је тзв. *објективно право* (*norma agendi*); Кант је, дабоме, и (не)хотимице имао у виду и једно и друго, у разним модалитетима.[14]

Што се, пак, тиче *појма државе*, умесно је одмах нагласити да Кант није ништа слично покушао да учини, па је чак доста тешко пронаћи његове исказе који би представљали и нека „узгред дата“ одређења овог ентитета. Међутим, захваљујући *системским спонама*, па и непосредним *контекстима*, могућно је поуздано сналажење и у том правцу, то јест сагледавање многоструког значења израза „држава“. То потврђују следећи искази: „То стање појединаца у народу, у међусобном односу, зове се *грађанско* (*status civilis*), а њихова целина у односу на властите чланове – *држава* (*civitas*), која се због своје форме, као повезана заједничким интересом свих да буду у правном стању, назива *политичком заједницом* (*res publica latius sic dicta*), али се у односу на друге народе зове напросто *сила* (*potentia*; отуда реч *potentati*), што се и због (тобоже) наслеђеног сједињења зове и првобитан народ (*gens*)... (Мм, § 43, стр. 113); „Држава (*civitas*) је сједињење мноштва људи под правним законима“ (Мм, § 45, стр. 115); „*Регент* државе (*rex princeps*) је она (морална или физичка) особа којој припада извршна власт (*potestas executoria*): *агент* државе, који поставља магистрате, прописује народу правила по којима свако у њему сходно закону (супсумцијом неког случаја под њега) може нешто стећи или одржати своје. Посматран као морална особа, он се зове *директоријум*, влада. Његове *заповести* народу и магистратима и њиховим поглаварима (министрима), којима је дужност управљање (*gubernatio*), јесу наредбе, *декрети* (не закони), јер се односе на одлучивање у посебном случају и дају се као променљиви“ (Мм, § 49, стр. 118–119); „У

14 Наравно, нешто слично се може запазити и код других правних филозофа.

природном стању држава, *право на рат* (на хостилитете) јесте допуштен начин на који једна држава користи своје право против неке друге државе, наиме, ако сматра да ју је она ледирала (тј. оштетила – С. В.) властитом *силом*, јер се то помоћу *процеса* (којим се једино у правном стању изглађују све размирице) у том стању не може догодити" (Мм, § 56, стр. 147). – Наравно, излишно је наглашавати да је Кант у свом третирању државе увек разликовао ниво апстракција на којима се налазе *идеје* о држави од конкретних примера државе, пре свега оне која му је била највише пред очима, тј. Пруске.[15] Такође, он је како у претходећим списима (у односу на овај), сходно контексту указивао на разне моменте државе.[16] А још више у познијим списима, где су разматрана конкретнија питања и чињенице државног живота.[17]

Настојећи да објасни *порекло* права и државе, Кант је прихватио основне ставове Хобсовог, Локовог и Русоовог *контрактуализма*. Та доктрина се не интересује за историјске чињенице већ првенствено за логичке и метафизичке *претпоставке* конструисања извесног низа теза које се могу уклопити у кохерентно објашњење, али узимањем у обзир битних елемената и својстава права и државе. Притом је занимљиво да баш та доктрина *nolens volens* представља, можда, *најкохерентнију* доктрину о логичким корелацијама, па и нужним реалним међузависностима *права* и *државе*. Наиме, у тој доктрини нема *раздвајања* ових ентитета већ, напротив, огледа се настојање да се они третирају *јединствено*. Отуда, Кантова варијанта контрактуализма открива мање оригиналности, али заузврат пружа *снажну аргументацију* у прилог оним тврдњама и теоријама које инсистирају на битном значају повезаности права с државом.[18] Кант сматра да је примитивно друштво карактерисало *природно стање*, али у околностима бесомучних борби за опстанак или рата свих против свију. То стање је прева-

15 Вид. Basta Danilo, *op. cit.*, str. 104–105.

16 Kant Immanuel, *Um i sloboda*, nav. izd., str. 34, 36, 39, 66 itd.

17 Притом, у средишту се налази и основно питање политике, наиме међузависност људске слободе и државне принуде; о томе се највише расправља у зборнику *La philosophie politique de Kant, Annales de philosophie politique*, N° IV, Paris 1962: E. Weil, „Kant et le probleme de la politique", p. 1–32; N. Bobbio, „Deux notions de la liberté dans la pensée politique de Kant", p. 105–118; R. Polin, „Les relations du peuple avec ceux qui le gouvernent dans la politique de Kant", p. 163–187.

18 Истичући ову кључну поставку, морам нагласити да ни Кант, а ни интерпретатори његових списа не пружају свуда и увек *изричите* тезе и формулације, већ више оне *имплицитне*: тако се једна велика идеја или фундаментална поставка предочава извесним третирањима, донекле варљивим: помоћу сразмерно мање речи или, такорећи, у дубљем слоју уткана је та аргументација. Можда су у том правцу најкарактеристичније иначе успеле књиге: Kersting Wolfgang, *Wohlgeordnete Freiheit, Immanuel Kants Rechts-und Staatsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin New York, 1984, S. 380; Höffe Otfried, *Immanuel Kant*, 2 durchgesehene, Auflage C. H. Beck, München (1983), S. 173–239.

зиђено успостављањем *грађанског стања*. Подлога и претпоставка овога је тзв. *првобитни уговор* који омогућује уређивање битних односа, па и савлађивање разорних антагонизама. Јер, тако се успоставља *политичка заједница* која обухвата све групе и појединце. Сходно томе, успоставља се и једно *правно стање*, али истовремено и једно *државно уређење*. Захваљујући таквом организовању, појединци задобијају својства *грађана*, правних *субјеката* и *држављана*. Тек је у таквом стању могућно формално и садржинско артикулисање *слободе*, *једнакости* и *самосталности* појединаца. Наравно, грађанско стање еволуише и самим тим се све више и потпуније огледају виши степени и развојне фазе грађанског стања (видети: Мм, § 8, стр. 58; § 15, стр. 66; § 38, стр. 101; § 41, стр. 108; § 47, стр. 117; § 52, стр. 141; § 60, стр. 150, итд.). Поред тога, Кант је у осталим списима дао многа запажања.[19]

У складу с тим, али и у таквим склоповима налази се и Кантова доктрина *природног права*. Наравно, она је утемељена на људској *умности*, па зато и превазилази основна својства *позитивног права* које се карактерише пре свега *искуственошћу*, па и могућностима разноврсних инструментализација. Иако проблеме природног права не третира у посебним одељцима, неспорно је да Кант, макар и узгредно, наглашава своју *јуснатуралистичку оријентацију*,[20] па је неосновано пренебрегавање таквих његових опаски (Мм, Б, стр. 39; § 26, стр. 80; § 32, стр. 92; § 36, стр. 98; Додатак, т. 7, стр. 166), а нарочито много изразитијих опаски у осталим списима.[21] Но, најважније је имати у виду да Кант повезује природно право са *правдом*, сматрајући притом да је за то најважнији момент *прирођена* исконска слобода појединаца. А кључ разумевања овог права открива се у Кантовом рашчлањивању познате Улпијанове трочлане формуле: *honeste vivire, neminem laedere, suum cuique tribuere*; притом, прво је *lex iusti*, друго *lex iuridica*, треће је *lex iustitiae*.

Проблематика *правде* има несагледив значај пре свега зато што Кант баш то ставља у *средиште* своје политичке и правне филозофије. Његово полазиште налази се у Улпијановој трочланој формули, али метафизичко утемељење налази се заправо у целокупном филозофском систему. Отуда сва третирања правде у *Метафизици морала* остављају најснажнији утисак. Сматрајући да је *слобода човека* једно прирођено, врхунско и нераздвојиво својство,

19 На то је скренута пажња у занимљивој књизи: Saage Richard, *Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1973. S. 160.

20 Вид. Kersting Wolfgang, *op. cit.*, S. 157–163; 348–358.

21 Вид. Kant Immanuel, *Um i sloboda*, str. 83–88.

такорећи, једна *имманенција*, Кант то обележава (не случајно, дабоме) великим почетним словом *Моје* и *Твоје*. Све што је састојак, квалитет те сфере, носи печат не само „*природности*", нужности коју свеколика природа намеће, него и освештаности идејом природног права, али и обликованости помоћу формалних елемената које пружа и једино може дати баш право, а с њим и држава. Тако *правда* постаје „*имманенција имманенцијâ*", врхунска *идеја* и *принцип*, а то све обезбеђује *узвишеност човека*, али тек у *грађанском стању*, захваљујући првенствено праву и држави. Има ту нечег Величанственог (како би се рекло, хамлетовски).

По Канту, ако је пристање било, неизбежно, оргијање неправди, онда је *грађанско* стање, с претпостављеним *првобитним уговором*, омогућило *јавну правду* у сфери којој припадају право и држава, укључујући *уређивање* заједничког живота људи помоћу тих двеју творевина. У тој сфери се испољавају *вредности*, то јест *добра*, али и *анти*вредности, то јест *зла*. Људи посежу за вредностима зарад својих интереса, угодности, процењивањем *добитака*; истовремено се клоне антивредности које доносе зло, које су знак *губитака*. Но, злоћудни људи кадри су чинити сва зла овог света, пре свега другима. Баш зато, неопходна је Суверена Моћ, која као некакав врхунски арбитар (*arbitar superanus* – да не би било забуне, ово су *моје* метафоре, а не Кантове!) пресудно учествује у стварању и коришћењу најважнијих добара. Створаоцима добара враћа се *добрима*, а починиоцима зала враћају се *зла*. Тако и настају три врсте *јавне правде: заштитна правда* (*iustitia tutatrix*), коју држи држава а проводи се путем права; друга је *расподелна правда (iustitia distributiva)*, која се своди на расподељивање заслужених добара, а богме и кажњавање злом оних који су злочинци; трећа је *разменска правда*, која се врши између појединаца и група када обострано пружају и примају добра, али и зла. Наравно, познаваоцима ове проблематике излишно је помињати да се Кант овде држао скута Аристотелових.[22] А да се не бих превише упуштао у излагање овога (што и није моја непосредна тема), ваља се позабавити низом Кантових исказа (Мм, IV, стр. 25; Додатак, стр. 36–37; Подела науке о праву, А, стр. 38–39; § 16, стр. 69; § 36, стр. 98; § 39, стр. 103–104; § 41, стр. 107; § 42, стр. 108; § 44, стр. 114; § 49, стр. 119; Општа примедба..., стр. 126; Е, стр. 133–139). Исто важи и за остале исказе.[23] Указивање на ово је довољно на овом месту.

5. Елементи повезивања права с државом. – Иако претходни моменти у Кантовим разматрањима нису усредсређени на *показивање* или *доказивање* својеврсне повезаности права с државом, није

22 Вид. Kersting Wolfgang, *op. cit.*, S. 101–112.
23 Вид. Kant Immanuel, *op. cit.*, str. 155, 162–163, 210, 214.

тешко запазити да тога има, чак много више но што би се очекивало. Нешто слично откривају и разни други моменти у Кантовим третирањима права и државе.

Већ сама структура Кантових излагања о праву предочава оно што је само *израз* неких реалних околности, а што умногоме предодређује *главне врсте* права, па и диференцијацију примерених им форми. Наиме, Кант уважава уобичајену поделу на *приватно право* и *јавно право*. Приватно право је заиста огромна област, с мноштвом института које је још римско доба израдило у тако прецизним формама да су могле изврсно служити и током следствених векова. Таква *артикулација* само обезбеђује *афирмацију* индивидуума као *правног бића* које егзистира као такво баш захваљујући својим правним атрибутима. Такво право израста у *грађанском стању*, дакле тамо и тада где и када *тло слободе* потврђује не само појмовно разликовање *Мога* и *Твога* него и емпиричко оживотворење у повезивању појединаца, њиховој делатности и сл. Ту има највише потреба и могућности за *самовољност* грађана. Отуда је грађанскоправни *уговор* прави симбол у коме се сажимају све одлике таквог стања. Зато се претпоставља непостојање сталешких и сличних оштрих преграда међу појединцима. Ипак, то није и не може бити некакво изоловано „јуристичко царство" у којем све тече, такорећи, само од себе, аутоматски. Никако: јер то су простори и најоштријих сукоба. Иако се ту не види *непосредно присуство државе*, она је ипак и неминовно *ту*, као у прикрајку, да се умеша кад год устреба. И то баш у својству једне *спољашње силе*, кадре да *изнуди* решење.

Но, поред тога, успоставља се и огромна сфера *јавног права* која се дели на *државно право, међународно право* и *космополитско право*. То је сфера нужне јавности, јер закони садрже опште императиве, оне који се тичу свих. Државно право се тиче како оних односа које успостављају и одржавају државни органи, тако и односа државе с грађанима. По природи ствари, тако гломазна творевина каква је *држава* подразумева стварање сложених делова у виду *законодавства*, затим *егзекутиве* и најзад *судства* или низа *судишта*, како Кант каже. Већ најелементарнији *говор о томе* више но очигледно указује да је ту не само *присутна држава*, него и да се, заправо, превасходно и искључиво о њој ради. У лицу властодржаца, органа, носилаца власти, баш *држава* фигурише у свим збивањима, али видљиво и, рекло би се, контролабилно у потребној мери. – Пошто су *државе* само отеловљење засебних *политичких заједница*, њихова множина изазива нужност постојања и међудржавног права, уобичајено званог *међународно право*. У спољашњим односима државе иступају попут самосталних правних субјеката, али ту се стварно јасно потврђује колико су државе

првенствено *силе*, чија величина, моћ, оружје итд. непрекидно служе обезбеђењу што повољније позиције. Државе сарађују, склапају мноштво уговора, чак прихватају принцип *pacta sunt servanda*, али историја и политичка пракса показују да су *сукоби* у тој сфери заиста најоштрији. Они кулминишу у *ратовима* који наносе најстрашније последице. О томе се мора увек и најозбиљније размишљати. – Најзад, постоји и сфера *космополитског права* које актуелно и потенцијално садржи оно што је суштинско за све државе и за човечанство. С таквим, рекло би се, филантропским и хуманистичким настројењима Кант је настојао да пронађе, бар на филозофском нивоу, формулу *„вечног мира"* која би, најзад, превазишла *вечни рат* из целокупне прошлости. Чини се, зато, да се Кант упустио у утопистичке медитације, али се те његове медитације, испуњавају изврсним *реалистичким* анализама, каквих је мало у релевантним политичким филозофијама.

Овакво уопштено предочавање, дабоме, само може подстаћи непосредније увиде о смеровима и конкретним Кантовим анализама.

Карактеристично је да је Кант у свим својим анализама *структуре државе* истицао неке поставке које су спадале у ред најзначајнијих, како теоријски тако и практички. – Тако, рецимо, у то време је била у средишту пажње доктрина *поделе власти*, која је у Локовим и Монтескијеовим списима толико разрађена да ни Кант није могао учинити неке значајне допуне тој доктрини, пошто ју је већ безрезервно прихватио. Радило се о подешавању односа између законодавне, управне и судске власти. Као што се зна, тај *принцип* је од тада свестрано теоријски осветљаван, па и у пракси провераван. Но, стиче се утисак, ни протагонисти те теорије ни тако бројни аналитичари нису на примерен начин извукли закључке у погледу *непосредног доказивања*, чак *најупечатљивијег предочавања* чињеница о *међузависности* права и државе, односно њихове *нераздвојности*, узајамног *преплитања*, услед чега два ентитета (то јест право и држава) задобијају *симетричну структуру*, па и одговарајуће црте *функционисања*. Дакле, ако ни Кант није стављао нагласке на ту проблематику, ипак се може сматрати да је и ово само додатни показатељ макар и таквог Кантовог доприноса разматрањима везе права с државом.[24] – Слично је и Кантово одлучно залагање за *републику* као модернији и рационалнији облик *владарства* но што је монархија. Не улазећи у питање да је то била врло *револуционарна идеја*, која је подразумевала најоштрије супротстављање *монархизму*, а то значи и постојећем режиму, несумњиво је и овакав концепт откривао међузависност

24 Вид. Rausch Heinz, Hrsg. Sammelband „Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung", Darmstadt 1969.

права и државе. Јер, тиме се непосредно изражавало и залагање за *парламент* као носиоца највише власти, а то значи и за *демократију*. Кантова опредељења су у то време представљала најнапредније политичке програме. Све то, наравно, имало је велике последице на структуру права.[25]

Када је већ реч о томе, ваља подсетити да се Кант упуштао у разматрање о *револуцији*, што је представљало и реаговање на Француску револуцију. Он је наглашавао значај те револуције, али је истовремено образлагао предности извођења рационалних *реформи*.[26] У складу с тим оповргавао је тзв. *право на отпор* које су подразумевале најрадикалније јуснатуралистичке доктрине. Иако је начела природног права подразумевао као саставни део своје политичке филозофије, он је, по свему судећи, давао предност умности кад год се актуелизовало питање насиља.[27]

Све ово морао сам бар поменути да бих се позабавио кључним показатељима повезаности права са државом, а то је, уопштено говорећи, *насиље*, *принуда*, *принудност* и сл. Пошто се ради не само о спољa видљивој чињеници, нечему сасвим чулном и искуственом, него и о нечему *супстанцијалном*, то је незаобилазно у свим изучавањима права и државе. Незамисливо је да филозофије, попут Кантове, не буду заокупљене и овим проблемом. Притом, наравно, свуда и увек је присутна дилема: да ли је принуда само некакав *елемент државе* или је, можда, неизбежно да она представља и *елемент права*. По свему судећи, ни Кант није био начисто с далекосежношћу такве дилеме.

Кант је одлучно одбацивао све анархоидне и идиличне представе о уређивању друштвеног живота.[28] Он сматра да права не може бити без принуде, наравно спољашње и примерене својствима правног регулисања. Јер, право је *хетерономно* и утолико се мора наметати. Људи се морају покоравати праву јер је то претпоставка самог постојања права и људске заједнице. Принудом се обезбеђују стварни учинци права. Наравно, принудом располажу они који држе власт и зависно од повода прибегавају том средству, у настојању да га искористе; судске одлуке доносе се за деликте, а одлука суверена када се држава упусти у рат. Кант је јасно и упечатљиво оцртавао неизбежност постојања *монопола принуде*, наиме оног највећег насиља којим располаже држава. Тако се онемогућује да извесне групе и појединци самовољно употребља-

25 Вид. Metzger Wilhelm, *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik der deutschen Idealismus*, Heidelberg 1917 (Neudruck Alen 1966).

26 Вид. Fetscher I., *Immanuel Kant und die Französische Revolution*, Sammelband: Zwi Batscha, Hrsg. „Materialien zu Kants Rechtsphilosophie", Frankfurt/M, 1976, S. 269–276.

27 Вид. Kaufmann A., *Widerstandsrecht*, Darmstadt 1972, S. 362–391.

28 Вид. Kant Immanuel, *Um i sloboda*, str. 140, 146, 154, 210.

вају насиље. Јер, сваки вид испољавања таквог насиља води рушењу права, а тиме и државе. Отуда, принуда фигурише као главни гарант функционисања права. Али, баш зато, принуда се може примењивати контролисано само када влада *законитост*, то јест уз што стриктније поштовање закона при одређивању казни. Зато *кривично право*, једна од најважнијих грана права, најбоље показује значај тога принципа. Ту се, такође, огледају мерила правде, па и то колико су делотворна. Према томе, *правна принуда* је нужност, али када је већ тако, онда се највише рационализује путем строге законске контроле. Следствено томе, *људска слобода* и *принуда* која долази из права и са правом, али од стране државе, нису неки пуки антиподи. Дакле, принуда је и средство обезбеђења слободе појединаца. Но, пошто се насиље испољава у највећој мери у *ратовима*, који су увек доводили до највећих зала и несрећа, Кант сматра да само смањивање и коначно елиминисање свих ратова може уклонити тај најгори облик испољавања државног насиља. Зато срећу човечанству може донети *вечни мир* као потврда највишег степена људскости. То је најуверљивија потврда људског напретка (Мм, III, стр. 21; IV, стр. 24, 27, 29; В, стр. 33–34; II, стр. 37; IV, стр. 50; § 8, стр. 58; § 11, стр. 62; § 15, стр. 68; § 40, стр. 106; § 42, стр. 108; Општа примедба, А, стр. 124, Е, 132–139; § 52, стр. 142; § 53 стр. 144; Закључак, стр. 156; Наука о врлини, I, стр. 181–185, итд.). Наравно, третирање принуде често се јавља и у осталим Кантовим списима, чак и конкретније.[29]

6. Идеја преплитања права с државом. – Највећу пажњу заслужују ипак они моменти у којима се огледа Кантово настојање да што више истакне присутност *идеје*, или пак из ње изведених поставки, о *међусобном преплитању права и државе*. Отуда је умесно навести саме Кантове исказе јер се тако могу предочити оригинална филозофова схватања, макар само фрагментарно. Ту не вреде никаква „препричавања", утолико пре што су, напросто, немогућа и оскудна.

Но, разложно је претходно указати бар на неке основне ставове: прво, да Кант недвосмислено и одлучно одбацује макијавелистички концепт политике, па наглашава да се практична политика мора подређивати моралу;[30] друго, да се политика мора увек везивати правним принципима;[31] треће, да он са наглашеним патосом, готово усхићено, говори о правди, јер се без ње не може људски опстајати на Земљи (Мм, Општа примедба, Е, стр. 133).

29 Kant I., *op. cit.*, str. 86, 103, 118, 134.
30 Вид. Kant I., *op. cit.*, str. 30, 158–159, 183.
31 Вид. Kant I., *op. cit.*, str. 150, 176, 200.

По свему судећи, један од значајнијих досадашњих резултата у истраживањима Кантове политичке и правне филозофије јесте налаз да је овај филозоф, уствари, најзаслужнији утемељивач доктрине тзв. *правне државе (Rechtsstaat)*. Јер, није пресудно да ли је баш он „сковао" тај израз и „лансирао" га у публицистици, него је битно што је, неспорно, изванредно упечатљиво, темељно, широко и дубоко третирао баш садржину тога израза.[32] Дакле, не ради се само о некаквој ауторитетности тих разматрања, везаној за име тако великог филозофа. Кант је, већ структуром своје *Метафизике права* (то јест, првог дела *Метафизике морала*), разматрао проблематику *државног права*, дакле оно што ће постати током XIX века, нарочито на његовом измаку, свуда прихваћена ознака за најважнији сегмент *јавног права*. Ту он разматра не само питања права него и питања државе. Зато, ако се одредницом „државно" указује на оно што даје печат једном сегменту права, логично се може обрнути тај израз, па се добија „правна држава". Дакле, то је она држава којој нарочит печат даје баш *право*. Ето, већ на чисто терминолошкој равни открива се оно што је најзначајније: логичка корелација ових појмова.[33] А тиме се само указује и на оне *реалистичне везе* права с државом. Такође, у вези с тим, Кант сучељава и повезује два вида политичког уређења: „Ако постоји један народ сједињен законима под једним поглаварством, онда је према идеји његовог јединства *уопште*, под једном властодржачком врховном вољом дат као предмет искуства; али, наравно, само у појави; тј. постоји *правно уређење* (подвукао С. В.) у општем смислу речи..." (Мм, Закључак, стр. 172). Кант одмах додаје: „*Идеја* једног *државног уређења* (ове две речи подвукао С. В.) уопште, која је за сваки народ истовремено апсолутна заповест практичног ума који суди према правним појмовима, *свеша* је и неодољива..." (*ibidem*).

Исто тако, Кант је изричито и често третирао *законитосш* и притом разликовао формалне и садржинске моменте овог изванредно значајног принципа: „...јер стање мира је једино под *законима* осигурано стање Мога и Твога у мноштву међусобно суседних људи, који су, дакле, заједно под једним уређењем..." (Мм, Закључак, стр. 156). На истом месту Кант наглашава да *правна веза* међу људима има непроцењив значај, па је свима „...свакако потребна метафизика, чију нужност они који јој се ругају и сами на неопрезан начин ипак признају, кад нпр. кажу, као што често чине: 'најбоље уређење је оно где власт немају људи него закони'..." Ту мисао Кант изражава на свој начин, неколико страница пре тога: „То је једино трајно државно уређење, где је *закон* аутократски и

32 Вид. Kant I., *op. cit.*, str. 208, 213.

33 Нажалост, у многим истраживањима чак се и та проста ствар једноставно пренебрегава.

не зависи ни од које посебне личности..." (Мм, § 52, стр. 142). У оваквим формулацијама, наравно, има и одсева оне идеје *владавине права* која је била знатно раније укорењена у енглеској политичкој и правној мисли, а коју је Кант добро познавао.

С обзиром на то, међутим, сасвим је логично, само по себи разумљиво, што је Кант придавао још већи значај проблематици *устава и уставности*. Јер, ово су изрази, термини и појмови, па самим тим и реалитети који су оквир и темељ, где се законитост може појавити и конкретизовати. Но, Кант је то разматрао у време када је, с много повода, у научној јавности, па и публицистици, употребљаван термин *конституција*, а следствено томе и термин *конституисање*. У таквим околностима, наравно, ови термини су имали разноврсна значења: обележавање нечега као „конститутивног" показало се да је значајно, да улази у саму структуру неке творевине, а „регулативно" се тиче нечега што је могућно користити приликом уређивања неких друштвених односа (Мм, IV, стр. 22).[34] Кант каже: „Скуп закона за које је потребно опште објављивање да би произвели неко правно стање јесте *јавно право*. – Оно је, дакле, систем закона за један народ, за мноштво људи или за мноштво народа, којима је, будући да стоје у међусобном утицају, потребно правно стање под вољом која их уједињује, један устав (*constitutio*), како би дошли до онога што је право" (Мм, § 43, стр. 113).[35] Кант каже, такође: „Акт којим се сам народ конституише у државу, али заправо само њена идеја, по којој се може замишљати њена законитост, јесте *првобитни контракт*, по коме сви (*omnes et singuli*) у *народу* напуштају своју спољашњу слободу, да је као чланови једне политичке заједнице, тј. народа посматраног као *држава* (*universi*), одмах опет приме..." (Мм, § 46, стр. 117–118).[36] Говорећи о државном уређењу, Кант примећује: „Према томе је такозвано умерено државно уређење, као конституција унутрашњег права државе, немогућа ствар, и уместо да припада праву, то је само принцип мудрости да се, колико је могуће, моћном прекршиоцу народних права не отежавају његови самовољни утицаји на владу, него да се прикрију под привидом народу допуштене опозиције" (Мм, Општа примедба, А, стр. 122). Очигледно, овде је реч о односима поглавара државе, парламента и владе. О променама државног уређења Кант каже: „Али суверену ипак мора бити могуће да промени постојеће државно уређење ако се оно не може сјединити с идејом првобитног уговора, а да ипак остави да постоји она форма која је суштински потребна за то да народ сачињава државу. Та се, пак, промена не може састојати у томе да се држава,

34 Вид. Kant I., *op. cit.*, str. 145, 150, 158.
35 Вид. Kant I., *op. cit.*, str. 103.
36 Вид. Kant I., *op. cit.*, str. 108.

као једна од трију форми, конституише у неку од друге две, нпр. да се аристократи споразумеју да хоће да се подвргну аутократији или да се стопе у демократију, и обрнуто...“ (Мм, § 52, стр. 141). О усклађивању форме и садржине државе Кант каже: „Форма државе су само слова (*littera*) првобитног законодавства у грађанском стању, па могу, дакле, да остану, као припадајуће машинерији државног уређења, све док се [таквима?] сматрају по старој и нужно дугој навици (дакле, само субјективно). Али дух тог првобитног уговора (*anima pacti originarii*) садржи обавезност конститутивне власти да *начин владања* учини примереним тој идеји и да га тако, ако то не може да се догоди одједном, постепено и континуирано промени у том правцу да се *по своме дејству* сложи са једино законитим уређењем, наиме уређењем чисте републике...“ (Мм, § 52, стр. 142). Види се, дакле, да филозоф користи термине „конституција“ и „конституисање“ у више значења, а то се потврђује и у осталим списима.[37] Но, важно је да се тако само наглашавају различити аспекти повезаности права с државом.

Можда се обичним читаоцима може причинити да Кант не говори *непосредно* о томе. А, уствари, он не употребљава *изричито* те речи или неке сличне. Но, много је далекосежније то што филозоф својим разматрањима даје богату садржину. Отуда таква разматрања имају највећи значај и онда кад у њима нема термина који сами собом упозоравају да се ту ради првенствено о вези *права с државом*. Чак и веома компетентни стручњаци, по свему судећи, превиђају све ово. А једино се тиме може објаснити штошта необично поводом овога. Можда је још важније то што значења и смислови одређених текстова, такорећи, падају у очи тек када *истраживач* и *тумач* одређеношћу и усредсређеношћу *своје теме*, на известан начин баш својим виђењима баци примерену светлост на извесне текстове. На ово указујем, пре свега, зато што сам, управо настојећи да пронађем *нејрелевантнија* Кантова казивања, утврдио да је „превиђан“ читав један параграф који је садржински пребогат. Морам признати, и мени је то промакло при свим ранијим читањима ове књиге. Отуда, уместо да сада говоримо о том параграфу као *чувеном* и *славном* у вези с овом тематиком, искрсава неопходност да на њега указујемо, малтене, као на некакво „откриће“ или, скромније, неки „иновациони налаз“.

То је параграф 45, који у целости гласи:

„Држава (*civitas*) је сједињавање мноштва људи под правним законима. Уколико су они као закони *a priori* нужни, тј. уколико сами од себе следе из појмова спољашњег права уопште (не ста-

37 Вид. Kant I., *op. cit.*, str. 112.

тутарно), њена форма је форма државе уопште, тј. држава у *идеји*, каква треба да буде према чистим правним принципима, која сваком истинском сједињавању у политичку заједницу (дакле у унутрашњости) служи као путоказ (норма).

Свака држава садржи у себи три *власти*, тј. опште сједињену вољу у трострукој особи (*trias politica*): *владарску власт* (суверенитет) у особи законодавца, *извршну власт* у особи владаоца (према закону) и *судску власт* (као признање свачијег Његовог према закону) у особи *судије* (*potestas legislatoria, rectoria et iudiciaria*), једнако трима начелима у практичном умном закључку: горњем начелу, које садржи *закон* те воље, доњем начелу, које садржи *заповест* поступања по закону, тј. принцип супсумције под њега, и *закључном начелу* које садржава *пресуду* (сентенцију) шта је у датом случају право" (Мм, § 45, стр. 115).

Наводећи овај параграф, неодољиво ми се намеће констатација: па ово је, заправо, срочен *резиме* не само целокупне Кантове правне филозофије него и његовог најдубљег разумевања свега онога што јесте и што се испољава као *повезаност права с државом*. То је најбриљантнији исказ о томе који је икад, игде и ико, као аутор, својим именом освештао!

Такве констатације, пак, својом неодољивошћу, такође, упућују и на завршни део § 49, где Кант говори следеће:

„Тако су то три различите власти (*potestas legislatoria, executoria, iudiciaria*) преко којих држава (*civitas*) има своју аутономију, тј. *да сама себе ствара и одржава према законима слободе*. – У њиховом *сједињавању* састоји се *спас* [Кант подвукао – С. В.] државе (*SALUS REIPUBLICAE SUPREMA LEX EST...*) [верзалом нагласио С. В.]; под тим се не морају разумети *добро* држављана и њихова срећа, јер она може (као што и Русо тврди) у природном стању, или и под деспотском владавином, испасти много угоднije и пожељније, него се разуме стање највећег слагања уређења с правним принципима, за којима да тежимо обавезује нас ум помоћу *категоричког императива*" (Мм, § 49, стр. 120).

Овде морам само да напоменем: подвучене речи после „аутономију" заиста сјајно објашњавају, сматрам, у чему се састоји *самоконституисање државе*, а она славна стара изрека, одједном, у оваквим контекстима, претвара се и у дивну формулу ПОВЕЗАНОСТИ ПРАВА С ДРЖАВОМ. На тај начин, филозофски, политички, морални, правни и државни смисао *преображавају се*, поред тога, и у мудру *поуку* и *поруку* када и уколико фигурише као *формула о повезаности права с државом*.

III. ЕПОХАЛНИ ВИДОКРУЗИ

Два столећа присуства Кантове књиге *Метафизика нарави* представља само један изразит пример рефлектовања *епохалних видокруга*: пре свега, оних Кантових али и свих следствених истраживача и интерпретатора, све до данашњих, укључујући ту и нас. Ако је *филозофија*, по Хегеловом одређењу, мисао која обухвата своје време, онда одатле следи да је Кант у склопу тако насловљене књиге пружио своје *виђење* права као реалитета у ондашњем времену. Но, чини ми се да *филозофију* сачињавају врхунска, најдубља, најшира и најапстрактнија *знања* о датом предмету. Зато се таква знања разликују од осталих знања, научних, па и оних која припадају *мнењима*. Како год било, тако се сучељавају различити видокрузи, Кантови и свих интерпретатора.

7. Кантово и наше време. – Између Кантовог „времена", одн. његовог видокруга који је обухватао право, и нашег „времена" има несагледивих разлика. Јер, Кантов видокруг је ауторски сасвим одређен, има и назнаке временских граница, као и оно најважније – ауторитет једног од највећих филозофа. Што се, пак, тиче нашег времена, може се само назначити да је то, углавном, садашње време у којем правници, правни филозофи и правни теоретичари настоје да сопствена размишљања о праву некако *повежу* са оним што се у овој Кантовој књизи налази. Међутим, у „међувремену" се налазе сви они мислиоци и истраживачи који су се бавили истим стварима, па су се уврстили у множину аутора које региструје „библиографска *kantiana*".

Кантову филозофску величину осведочавају разне чињенице. Једна од најзначајнијих јесте да је он утемељивач веома утицајног правца, *кантизма*, који се потом разгранао у више варијаната *неокантизма*. Готово истовремено формисао се уз Хегела такође снажни *хегелизам* и *неохегелизам*, а потом с Марксом и *марксизам* у својим најразличитијим варијантама. То се мора имати у виду због постојања не само ривалства три филозофска система него и најоштријих *политичко-идеолошких борби* које су наметнули „марксисти", пре свега, поводом битних политичких питања.

Кантово време је обележавала Француска револуција 1789, која је прокламованим великим идејама изазивала одушевљење и овог филозофа, али терор је ужасавао ондашњу Европу. Међутим, све су то биле, такорећи, минијатуре и дечје игре у поређењу с оним колосалним збивањима која су испунила наш век. У размаку двеју деценија избила су два *светска рата* која су, поред стотинак милиона жртава, уништила и огромна материјална добра. Поред тога, скоро на свим континентима непрекидно су вођени обични ратови. Тако се темељно мењала карта света. Такође, поред тзв.

Октобарске револуције, извршен је низ преврата широм света којима је рушен капитализам и насиљем наметан некакав „социјализам" који се после седам деценија срушио, рекло би се, сам од себе. Зато није претерано истицање да је ово „век зла" с којим се не може упоређивати целокупна претходна историја. Рачуна се да је само у СССР-у, за време Стаљина, побијено око тридесет милиона сопствених грађана. Тако је остала само једна суперсила, САД, која је попримила улогу носиоца некаквог „новог светског поретка", дабоме, под сопственом доминацијом.

Сва та политичка збивања представљала су подлогу и оквир *некаквих права:* именованих онако како то и код Канта стоји. Међутим, током два столећа право се развијало тако и толико да је постало својеврстан *механизам*, подесан за социјалну контролу, усмеравање и регулисање најважнијих подручја друштвеног живота. Сачињавају га разноврсне полуге, инструменти, форме итд., који се, у крајњој анализи, намећу *силом*. Притом је, пак, разумљиво што се та сила повезује и појављује у бићу *државе*, тог Левијатана нашега доба.

8. Књига „за нас" и књига „по себи". – Држећи се једне од фундаменталних Кантових поставки, могли бисмо рећи да је и ова књига испуњена двојственошћу, наиме, оним што је изазвало филозофово разликовање *сензибилитета* и *интелигибилитета*, света феномена и света метафизичких трансценденција. Према томе, у кантовским терминима, ово је подједнако књига „за нас" (*liber phenomenon*) али и књига „по себи" (*liber noumenon*). Шта одатле следи?

Ову књигу сачињава, пре свега, оно што је на било који начин доступно чулима или, тачније, људском сензибилитету. Или, то је оно што се налази у пољу људских *искустава*. У том пољу, пак, није само оно што је доступно физиолошким чулима, него и оно што сачињава, рекло би се, *историјско искуство*, традицију, менталитет, душевни склоп, можда и генетске компоненте и сл. То је подесно за *разумевање* на великој скали од могућности просечно образованог човека па до највиших интерпретационих могућности специјалиста. Међутим, они садржаји књиге који су метафизички, па самим тим доступни само чистом уму, могу бити досегнути, сразмерно моћи ума, али ту има и момената недостижних сваком сазнању којим интерпретатори располажу.

Али, иста двојност карактерише и такве творевине каква је *право*, па и његов *„прапилац"* држава. И то су, само наизглед, искључиво људске творевине, а то значи да у њиховом стварању и егзистенцији има и оних елемената који припадају сфери недоступној људском искуству. Штавише, оно што је супстанцијално код права неизбежно трансцендује сваки вид искуствености. Према

томе, само право се налази у сфери искуства, сачињавају га феномени (*phenomenon*); а што је „с ону страну искуства", већ самим тим има квалитете ноумена (*noumenon*). А када је такав главни предмет књиге, следи нешто слично бар код многих елемената права.

Но, све назначене разлике нису једном засвагда дате, па су променљиве. Уосталом, сходно томе се мењају и границе између филозофије и науке.

9. Далекосежна идеја повезаности права с државом. – Већ на основу конструкције књиге, чини се да је Кант пошао од тога да право има своје аутентично окриље у *нарави* (а можда чак и у *моралу*, у ужем смислу?). Тако је, вероватно, покушао да право некако „уклони" и с подручја *политике* која, сходно томе, није родно место права. У таквом, пак, полазишту присутна је и тежња да се право третира *одвојено од државе*, јер држава се нужно налази у окриљу политике. Но, то су Кантове непримерене дилеме, можда настале под инерцијом традиционалне политичке мисли. Занимљиво је, благо говорећи, да је он то полазиште већ после првог корака једноставно напустио. Јер, одмах се испоставило да је по некаквој „природи ствари", уз право, незаобилазно и разматрање *државе*. И то не попут некакве акциденције, већ нечега што сам карактер права намеће. Претходно изложена обимна грађа, уосталом, то упечатљиво открива.

Но, ако је то слаба тачка Кантове политичке филозофије, још оштрије прекоре заслужују неки показатељи превида, несналажења, збрке итд., што је све уследило у интерпретацијама, па и у најстручнијим истраживањима о Кантовој мисли. – *Прво*, и поред *кардиналног значаја* ове проблематике, она је напросто превиђана, заобилажена, несхваћена у иначе огромној литератури, у десетинама хиљада написаних расправа и чланака о свему и свачему у Кантовом систему.[38] *Друго*, десило се да у једном зборнику иначе врло угледних аутора изостане малтене и помен о овоме.[39] *Треће*, иако је проглашен некаквим неокантовцем, славни Ханс Келзен је сасвим непримерено, али упорно и нетачно, то јест изневеравајући Кантове подстицајне тезе, изграђивао своју „чисту теорију права"; а његово пуко поистовећење права са државом у сваком погледу је лоше решење овог проблема. *Четврто*, значајни су покушаји да се паралелно, чак и насловима књига иначе најтемељнијих истраживања, изложи и претреса како Кантова филозофија права тако и његова филозофија државе.[40] *Пето*, сматрам да посебну

38 Најпотпунији показатељ *kantiane* свакако је посебан часопис *Kant-Studien*, који током овог века окупља огроман број истраживача Кантове мисли.

39 Нпр., *Kant-Festschrift*, zu Kants 200 Geburstag am 22 April 1924, „Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie", XVII, Band, Heft 3, S. 161–453.

40 Нпр., Kersting W., *op. cit.*; Höffe O., *Ein kategorischer Rechtsimperativ*. Studien zu Kants Rechts-und Staatsphilosophie, 1989.

пажњу заслужују неки покушаји да се систематски предоче непосредне везе права с државом.[41]

А кад је већ тако, онда је оправдано да на овом месту нагласим три констатације.

Прво, врло је карактеристично и значајно што је Кант, много снажније но други, уочио значај *принципа уставности*, додуше, посвећујући много пажње *уставу*, али у терминима *конституција* и *конституисање*. Велики филозоф је сагледавао како формалну тако и „материјалну" (садржинску, суштинску, стварносну) страну уставности. Сходно томе, испоставља се да конституција не „припада" само праву, него једнако и држави. Тај ентитет није ни негде „између" права и државе. То је, истовремено и подједнако, структурална и функционална компонента, како права, тако и државе. То је, такорећи, везивно ткиво права и државе.

Друго, и поред критичких замерки Канту, сматрам да је изванредно *плодоносно*, несумњиво и снажно третирао *идеју повезаности права с државом*. Иако је тако, срећом, исправио своје полазиште, чудно је да ни то није изазвало *примерена истраживања*, чак ни у редовима кантоваца. Свакако да и то, поред осталог, упућује на закључак о немалим „тајнама", богатству и неисцрпности ове најзначајније политичко-филозофске књиге великог мислиоца. Зато јој и припада једно од врхунских места *филозофије права* и *филозофије државе*.

Треће, настојао сам у свим својим расправама и чланцима, од почетка и током протеклих деценија, да афирмишем, проверавам и образлажем своју *фундаменталну поставку* о својеврсном *међусобном прожимању права и државе*. То је наглашено, уосталом, инсистирањем на синтагми *државно-правни поредак* (или обратно, *правно-државни поредак*).[42] – Тако сам покушао да делотворно уважавам Кантове путоказе. Ако сам то учинио, такорећи накнадно, припремајући ову расправу, тиме су увећани задовољство и част због учешћа у обележавању овог јубилеја.

Београд, августа 1997.

41 Наравно, посебну пажњу заслужују новија истраживања, али о томе једва да можемо нешто докучити из пуких библиографских података. Наше библиотеке, и раније веома осиромашене, практично су одсечене од света више од деценије. И то је део „санкција" које су наваљене на леђа нашег народа и наше културе.

42 Своју докторску дисертацију (1960) објавио сам два пута: Dr Stevan K. Vračar, *Socijalna sadržina funkcije državnopravnog poretka*, Razmatranje o ulozi države i prava u procesu političkog konstituisanja društva, izd. Saveza udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd 1965, 252 str.; Стеван К. Врачар, *Социјална садржина функције државно-правног поретка*, Разматрање о улози државе и права у процесу политичког конституисања друштва, II изд. са три комплементарне расправе, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 1996, 399 стр.

Stevan Vračar*

KANT'S VIEW ON THE CONNECTION OF LAW WITH THE STATE

Summary

On the occasion of the bicentennial of the essay by Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten (1797)*, the author endeavours to demonstrate as fully as possible the logical basis for his postulate that, in addition to so many others, this great philosopher also explained the crucial idea of the inseparable connection of law with the state. In the first part of his study, he underlines that so far this has not been sufficiently noted or researched. The author believes that various circumstances need to be examined: the social habitus, the real situation and the prospects of law and the state as Kant saw it, the unity and integrity of Kant's philosophical system, the structure of the essay, the complex statement of reasons, the influence of the researcher's views, the validity of the interpretations given on the whole essay, individual segments and, of course, the examined and interpreted statements by Kant in this and other essays. Accordingly, the author in the second part of the study interprets Kant's view of law and the state. Pointing to the basic features of Kant's philosophy, as well as Kant's corresponding postulates on society and man, on the freedom of the individual, the author stresses the importance of social norms, particularly moral rules and, above all, the so-called categorical imperative. Thus, a distinction is made primarily between moral and legal norms leading to Kant's definition of law which, according to the author, is no "better" or "clearer" than many others. On the contrary, each and every word and the entire formulation require an adequate understanding of the weight Kant gives to each term he uses. Otherwise, regarding Kant's notion of the state, it is characteristic that he did not define it as rigorously as the notion of law, but one can reconstruct it with the help of the most important quotations. Thus, Kant's apoproach has also enabled an explanation of the origin of law and the state, in the spirit of a kind of contractualism. Within the scope of such ideas, Kant also developed the conception of justice as the fundamental value. In this respect the elements of the connection of law with the state are important: they are the parts of law (public and private, internal and international etc.). On the other hand, in his treatment of the state, Kant emphasised the significance of the division of power, the prerequisites for the functioning of the legal state, a democratic regime, the advantages of a republic and suchlike. But, he did not accept the theses on the so-called

* Dr Stevan Vračar, Professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade.

right to resistence, he stressed the advantages of reform over revolutionary turmoil. Ultimately, Kant stressed the idea of the interrelation of law with the state, which particularly confirms the principle of legality. And more than that: Kant perceived the far-reaching effects of modern constitutionality, as a condition and confirmation of the modern political community. In this connection, the author particularly emphasises S 45 as a brilliant expression of that idea, which was otherwise almost unnoticed even in well-known analyses. In the third part of his paper, the author points to the difference between Kant's time and our own, to that which has so far been said, and also to what has not been sufficiently examined in the commentaries regarding this significant work. According to the author, this is seen precisely on the example of the outstandingly important idea on the essential connection of law with the state.

The paper is intended to mark the bicentennial of Kant's essay *The Metaphysik der Sitten (1997)*, striving to analytically and arguably reveal one of the Kantian key ideas – in the author's view – in this famous essay. It is the idea of unification and the interrelationship of law with the state, which has its foundation and testimony in reality, but also the great significance for conceiving modern theories, the philosophical and political frameworks of a conception which the author has developed in his previous discourses and articles over several decades.

Key words: *Immanuel Kant. – The Philosophy of Law. – The Philosophy of the State. – The Connection of the State and Law.*

Stevan Vračar*

LA CONCEPTION KANTIENNE SUR LE LIEN ENTRE LE DROIT ET L'ÉTAT

Résumé

A l'occasion du bicentenaire de l'ouvrage de Kant *Metaphysik der Sitten (1997)*, l'auteur tâche de présenter d'une manière approfondie la pertinence de son hypothèse selon laquelle ce philosophe, parmi d'autres idées, a exposé l' idée fondamentale du lien inhérent entre le Droit et l'État.

La première partie du texte rappelle que jusqu'à présent ce point était rarement mis en évidence. L'auteur considère qu'il est nécessaire de tenir compte des éléments divers: l'habitus social, l'état réel et l'allure du Droit et de l'État envisagés par Kant, l'originalité et l'intégralité de système philosophique kantien, la structure du texte même, la complexité des idées exposées,

* Dr Stevan Vracar, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

l'influence des attitudes des chercheurs, la validité des interprétations données de l'oeuvre complète et de certains de ses fragments et, naturellement, des idées du philosophe traitées et interprétées dans cet ouvrage, ou dans d'autres. En conséquence, dans la deuxième partie, l'auteur souligne l'attitude de Kant à l'égard du Droit et de l'État: rappelant les caractères essentiels de la philosophie kantienne, de même que certains postulats de Kant concernant la société et l'individu, et la liberté des particuliers, il met l'accent sur l'importance des règles sociales, surtout celles relatives à la morale, et donne la priorité aux règles considérées comme impératifs catégoriques. Ainsi les règles, avant tout, morales et juridiques, se voient-elles séparées, ce qui constitue une bonne base à la définition kantienne du concept de Droit, laquelle, selon l'auteur, n'est ni « meilleure » ni plus claire » que tant d'autres. Au contraire, chaque notion et toute formulation exige une compréhension adéquate, celle-là même que Kant attribue à chacune des notions utilisées. D'un côté, quand il s'agit de la notion kantienne de l'État, il est caractéristique que le procédé n'est pas aussi rigoureux que dans le cas de la notion du Droit, mais, elle peut être reconstituée à l'aide des citations les plus importantes. Une telle approche de Kant permet d'expliquer l'origine du Droit et de l'État, dans l'esprit d'un certain contractualisme. Conformément à ces idées, Kant a développé sa conception de la justice comme valeur fondamentale. A ce propos, les éléments qui relient le Droit et l'État sont importants: tous les secteurs du Droit y sont compris: (les Droits public et privé , interne et international etc.). D'autre part, dans ses considérations relatives à l'État, Kant mettait en relief l'importance de la division du pouvoir, ce qui suppose le fonctionnement d'un État de Droit, d'un système démocratique, les avantages de la République et ainsi de suite. Mais il n'acceptait pas les thèses sur le prétendu droit à la résistance en soulignant les avantages des réformes par rapport aux désordres révolutionnaires. En dernière conséquence, Kant soulignait l'idée de l'interférence entre le Droit et l'État ce qui est confirmé, en particulier, par l'affirmation du principe de légitimité. Qui plus est, Kant a remarqué la portée de la constitutionnalité moderne, l'envisageant comme une condition sine qua non et une affirmation de la société politique moderne. A ce propos, l'auteur met en lumière notamment S 45 comme une illustration brillante de cette idée, pourtant peu remarquée par les commentateurs, même dans des analyses les plus minutieuses.

Dans la troisième partie du texte, les différences entre le temps kantien et le nôtre sont mises en évidence; il est vrai que le thème a été déjà étudié, mais insuffisamment approfondi dans les analyses de cet ouvrage remarquable. Ceci est surtout visible quand il s'agit de l'idée ingénieuse sur le lien entre le Droit et l'État.

Ce texte est destiné à la célébration du bicentenaire de l'ouvrage de Kant *Metaphysik der Sitten (1797)*, avec l'intention de découvrir par l'analyse et l'argumentation l'une des idées cruciales – selon l'auteur – figurant dans cet ouvrage célèbre. C'est l'idée de l'union et de l'interférence entre le Droit et l'État, qui a trouvé son fondement et sa confirmation dans la réalité, et

qui a joué un rôle considérable dans la création des théories modernes. Partant du cadre philosophique et politique de la conception kantienne, l'auteur a développé l'idée du lien entre le Droit et l'État dans ses monographies et ses articles en cours de plusieurs décennies.

Les mots clés: *Immanuel Kant. – Philosophie du Droit. – Philosophie de l'État. – Lien entre l'État et le Droit.*

UDC 341.01:342.
341.4/.6:342
(Изворни научни рад)

Стеван Ђорђевић*

ОДНОС УНУТРАШЊЕГ И МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

У студији је дат општи преглед дуалистичке и монистичке теорије о односу унутрашњег и међународног права на основу коришћене, врло богате литературе, као и истражене судске и друге праксе, како унутрашње тако и међународне. Посебно је стављен нагласак на првенство међународног, односно унутрашњег права у пракси држава, у међународној судској пракси, као и у данашњој међународној заједници.

Ова питања се истражују и у доктрини и пракси југословенске државе и пре, а посебно после Другог светског рата.

Излаже се правац ка првенству међународног над унутрашњим правима држава, што долази до изражаја у доктрини и међународној судској пракси, али се бележе и различита поступања држава.

Кључне речи: *Однос унутрашњег и међународног права. – Дуалистичка теорија. – Монистичка теорија. – Првенство међународног права. – Првенство унутрашњег права.*

У доктрини међународног права искристалисала су се два становишта о односу унутрашњег и међународног права, која су за многе писце прихватљива и представљају почетни корак у разграничењу: или су два правна поретка (унутрашњоправни и међународноправни) независни један од другог, различити, одвојени и непрожети један другим (*дуализам*) или, пак, они произлазе један из другог, те се у том случају подразумева јединствена концепција права (*монизам*). Питање се своди на упоређивање и супротстављање унутрашњег и међународног права, на однос решавања су-

* Др Стеван Ђорђевић, редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији.

коба између прописа и правила унутрашњег права, с једне, и начела и правила међународног права, с друге стране, тј. на то да ли су унутрашње и међународно право два одвојена система или су делови једног јединственог и целовитог система. Писци се различито одређују, чак независно од филозофских полазишта или политичких система земаља којима припадају. Овај однос се историјски мењао и сада се мења, с обзиром на овлашћења и надлежности унутрашњих правних поредака различитих држава, с једне, и међународног поретка, с друге стране. Проблем има, поред изразито теоријске, и практичну важност, јер се ове две групе правила непрестано преплићу. То се огледа у свакодневним задацима и међународним обавезама представништава држава у међународним односима (дипломатски и конзуларни односи и заштита државе и њених држављана у иностранству), у извршавању међународних двостраних и вишестраних уговора у вези са унутрашњим правом држава уговорница и њиховим уставним одредбама, као и са правним, судским и финансијским институцијама, те са применом домаћег грађанског и кривичног права и одговарајућим поступцима. Сада се та питања умножавају постојањем међународне заједнице оличене у ОУН, у вези са одлукама њених органа и делатношћу разних регионалних наднационалних организација и тела (европске заједнице и др.).[1]

1. По немачком писцу H. Triepel-у, иначе творцу тзв. *дуалистичке* теорије, који је први изнео основна гледишта о овом питању, имамо унутрашњи правни поредак потпуно одвојен од међународног и, као последицу, то да исти акт може бити важећи у једном а неважећи у другом правном поретку. Ова два правна система имају различите изворе и правила и регулишу различите односе, те је немогуће да постоји „борба" између њих. Правила унутрашњег и међународног права, у основи, не могу непосредно доћи у сукоб, пошто припадају различитим правним порецима. Уопште узевши, по таквом гледишту, извор међународног права је ништа мање способан да створи, самим собом, правило унутрашњег права неголи што је извор унутрашњег права у стању да произведе, самим собом, међународно право. Међусобни однос ова два правна поретка, у погледу садржине правних правила, H. Triepel своди на питање

1 Лат. duo – два; грч. mónos – сам, један. Израз дуализам, у вези са односом унутрашњег и међународног права, први је употребио, 1914. године, аустријски писац A. Verdross. – Додајмо и питање екстрадиције, држављанства, поштовања људских права, рада националних и међународних судова, те попуњавања празнина, односа одредаба међународних уговора које је нека држава ратификовала према свом уставу и својим законима. Посебно ако је реч о раду оних националних судова који непосредно примењују међународноправну материју (судови за заплене у рату, војни судови, судови који одлучују о екстрадицији и др.).

рецепције (преузимања) страног права. Рецепција се, по њему, са формалног гледишта, може извршити на више начина. Рецимо, онда кад се одређена правна правила, која потичу од неког другог извора, изрично усвоје (писац наводи пример када једна држава инкорпорира in toto у свој правни поредак грађански или трговачки закон неке друге државе). Или, рецепција се може извршити кад се изрично наведе да ће се извесне чињенице регулисати на начин како су уређене по неком другом правном извору, без навођења саме садржине преузетих норми. Најзад, може се прећутно позвати и упућивати на неко друго право, било оно прописано или не. Рецепције су могуће у оба правца. Најопштије речено, једно међународно правно правило може постати унутрашње тек преузимањем од законодавних органа држава (тзв. *теорија рецепције*). Рецепција је могућа и када законодавац усваја извесне опште међународне појмове не помињући извор одакле су они преузети. Насупрот рецепцији, могуће је просто преношење правила из једне области у другу (тзв. *теорија адопције*).[2]

2. По првој теорији, дуалистичкој, која је касније допуњавана, модификована и изнијансирана, унутрашње и међународно право су два правна система самостална, различита и одвојена, која се не мешају. Они су, истина, у блиској вези али никад не могу доћи један изнад другог. Унутрашњи правни пореци и међународноправни поредак не налазе се у односу међусобне надређености и подређености, због различитих извора права или различитих субјеката права, могуће је само узајамно упућивање једног права на друго. Унутрашњим прописима се, по овој теорији, не могу укидати или мењати правила међународног права.

2 Основна гледишта о овим питањима изнео је H. Tricpel крајем XIX века, у свом фундаменталном делу: *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899. Своја гледишта H. Tricpel је 1923. поновио и образложио у Хашкој академији за међународно право, под насловом: „Les rapports entre le droit interne et le droit international", *Recueil des cours*, 1923, t. 1, pp. 77–121. Он полази од опште претпоставке сагласности унутрашњег и међународног права, с обзиром на то да им је у основи воља државе. Међутим, ако отпадне ова претпоставка, једно право се не може поставити изнад другог јер су то два независна поретка. – Ова теорија је касније потврђена у Немачкој, Француској и Италији. Посебно ју је бранио италијански правник D. Anzilotti, и то још почетком XX века. Али, наишла је и на многе противнике. Критиковао ју је аустријски писац H. Kelsen: „Les rapports de système entre le droit interne et le droit international", *Recueil des cours*, 1926, 14, pp. 227–331. По Kelsen-у, немогуће је рећи да два правна система имају једнаку важност. У најмању руку, немогуће је прихватити ово гледиште чисто правно. Из тих разлога, за дуализам као теорију односа међународног права и унутрашњег права, може се рећи да је погрешна идеја. Треба, по овом писцу, прихватити да међународно право и унутрашње право образују логичко јединство. Зато је нужно дуалистичку теорију заменити монистичком теоријом. Становиште о јединственом правном поретку засновано је на основној, изворној, врховној норми (пранорма – Urnorme), из које тај поредак извире (бечка нормативистичка школа).

Унутрашње право има своју сопствену вредност, независну својом различитошћу од међународног права. Такође, између самих унутрашњих (државних) правних поредака постоји висок степен независности. Даље, постоји различита структура правних поредака и институција за остварење обавезног (принудног) права и извршење преузетих обавеза које не постоје на један сталан начин у унутрашњем и међународноправном поретку. Националним законима се чува обавезна снага у унутрашњем правном поретку, и оних унутрашњих норми, покаткад међународноправно нерегуларних, и онда када су у супротности са правилима међународног права. Зато могу и постојати противречје и супротстављање између унутрашњих и међународноправних правила, мада је, у начелу, општа претпоставка да је унутрашње право у сагласности са међународним правом, јер оба произлазе из воља држава. По неким писцима, дуалистичка теорија заслуживала би пре назив *плуралистичка*, с обзиром да она у основи прихвата не два правна поретка већ разноврсност унутрашњих (државних, националних) правних поредака, с једне, и међународни правни поредак, с друге стране.[3]

3 G. A. Walz, „Les rapports du droit international et du droit interne", *Recueil des cours*, 1937, 61, p. 382. – Узимајући у обзир независност националних судова, жели се дуалистичка концепција заменити изразом „плуралистичка". Иначе, уобичајено је да данашњи писци говоре о више унутрашњих правних поредака а не о унутрашњем праву као целини у односу на међународноправни поредак. За овог писца важно је да се однос међународног права посматра према унутрашњем праву сваке појединачне државе, будући да је став унутрашњих правних поредака различит (став према општим правилима међународног права, према међународним уговорима и др.). – Поменућемо овде и југословенске писце пре Другог светског рата, који су се овим проблемом шире бавили: И. Пржић, *Државно и међународно право*, Библиотека Југословенског удружења за међународно право, сепарат, Београд 1934, стр. 3–24; исти писац: „Le problème des rapports entre le Droit interne et le Droit international et ses discussions dans la Science Juridique Yougoslave", *Annuaire de l'Association Yougoslave de Droit International, troisème volume*, Belgrade – Paris 1937, pp. 129–151; такође: М. Владисављевић, *Проблем јединства јавног права, Држава и међународна заједница*, Библиотека Југословенског удружења за међународно право, Београд 1934, стр. 1–168. – И. Пржић, ослањајући своја излагања, поред осталих, и на ставове С. Јовановића, Л. Питамица, као и млађег аутора М. Владисављевића, излаже да се дуалистичка концепција прихвата али и критикује у југословенској доктрини. Л. Питамиц, следећи нормативистичку теорију Н. Kelsen-a, прихвата примат међународног права, а С. Јовановић, који се међу првима осврнуо на радове Н. Kelsen-a, сматра „да је теорија о примату међународног права још увек само једна хипотеза". По њему, проблем односа између државног и међународног права решен је у смислу примата државног права. Даље, међународно право се изводи из државног права јер међународна заједница није у стању да потчини државе. Све док држава постоји као суверена, међународно право се мора оснивати на њеној суверености. И. Пржић, нагињући дуалистичкој теорији, сматра да преглед стања теорија о односу унутрашњег и међународног права наводи на закључак да у правној науци нема ничег апсолутног и да су правне теорије само релативне вредности. М. Владисављевић, после врло исцрпне анализе ставова писаца различитих гледишта, заузима став да све нове теорије заступају гледиште о јединству унутрашњег и међународног права. Критикујући поставке нормативистичке теори-

3. Ова, дуалистичка теорија била је прихваћена и сада се прихвата, истина не у целини, од многих писаца. Они при том износе различите аргументе њој у прилог, позивајући се на праксу држава и судова, тј. на уставне текстове држава и међународну и националну судску праксу, додуше, са много посебности и ограничења. Указује се да је јединство између ова два правна поретка установљено врло спорадично и да ће бити споро остваривано. Са становишта међународног права, унутрашњи правни пореци само су „просте чињенице". Али, истовремено, по дуалистичкој теорији, национални судија мора да поштује право сопствене државе. Уколико и унутрашњи прописи противрече међународним, унутрашњи органи су везани унутрашњим (својим) прописима.[4]

Последице дуалистичке теорије огледају се у следећем: акти држава могу бити сагласни унутрашњем али не и међународном праву; међународном али не и унутрашњем праву; или су пак сагласни истовремено и унутрашњем и међународном праву. С обзиром на то да полазе од становишта да нема могућих сукоба између два правна поретка, то се може вршити упућивање једног на други. Држава је дужна да усагласи свој унутрашњи правни поредак међународним обавезама, али не постоје обавезне норме које воде из једног у други систем. Држава може да одржи нацио-

---

је, он сматра да је неосновано свако успостављање приоритета поредака. По њему, државноправни поредак зависан је од међународноправног поретка утолико уколико његови прописи тангирају међународну заједницу. Он закључује „да јединство правних поредака почива на јединству правног основа, али основа утврђеног на посматрању социјалне стварности" (стр. 168).

4 Ближе о појединостима: *Dictionaire de la terminologie du Droit international*, Paris 1960, p. 241; G. Morelli, „Cours général de droit international public", *Recueil des cours*, 1956, 89, pp. 479–481. Следећи утицај D. Anzilotti-a у италијанској правној науци, писац се опредељује за дуалистичку концепцију; E. van Bogaert, „Les antinomies entre le droit international et le droit interne", *Revue générale de Droit international public*, 2/1968, p. 347, 360. По писцу, дуалистичка школа се ослања на начело самоограничења држава приликом преузимања обавеза – паралелизам у циљевима и акцијама држава; G. Sperduti, „Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne", *Recueil des cours*, 1976, V, 153, pp. 333–440. По овом писцу, дуализам произлази ипак преко мучне конструкције правног позитивизма. Остављајући по страни схватање да је међународно право само спољно јавно право државе, он допуњује идеје D. Anzilotti-a у вези са прихватањем дуалистичке теорије. По њему, дуализам као традиционални начин посматрања односа међународног права и унутрашњег права, живи и умире са претпоставком о изворној суверености државе (стр. 335). Истичући да је тешко оспоравати учење D. Anzilotti-a о томе да су међународне норме могуће само уколико су потпомогнуте унутрашњим нормама, он закључује да правно искуство потврђује да се ефикасност међународног права као правног поретка гарантује путем унутрашњих правних поредака. И даље, да је заблуда супротстављати дуализам и монизам као једине могућности између којих правна наука треба да бира. Он разликује, даље, првенство међународног права *у* систему унутрашњег права од првенства међународног права *над* системом унутрашњег права, опредељујући се за прву опцију. Из овог разлога, по њему, нема поистовећивања ни са дуализмом ни са монизмом (стр. 336, 337).

нално законодавство које не води рачуна о међународним обавезама, али са последицом међународне одговорности.[5]

4. Критичари дуалистичке теорије указују да је непосредна примена правила међународног права могућа у унутрашњем правном поретку, и то без рецепције и трансформације. Даље, са рационалног гледишта, није прихватљиво да два супротна правила којима се уређује иста материја и која се односе на исте субјекте, буду важећа истовремено и као унутрашње и као међународно правило. Такво решење нема довољно смисла и не може да издржи логичко просуђивање. Јединствено и стриктно придржавање ове теорије несагласно је са стварношћу и представља бежање од ње. Тако, у унутрашњој пракси извесни међународни уговори се примењују и без објављивања; унутрашњи судови за поморски плен тумаче непосредно правила међународног а не унутрашњег права, узимајући у обзир и околности које имају међународни домашај (територијалне промене, одрицање и др.). У међународној уговорној пракси, нарочито од краја XIX века наовамо, са доношењем тзв. вишестраних уговора-закона, потврђује се истоветност или пак сличност у правној природи оваквих уговора са унутрашњим законима.[6]

По дуалистичкој концепцији, једно правило унутрашњег права лишава се сваког међународног дејства. Међутим, пракса је несагласна и даје примере и за потврђивање и за порицање дуалистичке теорије о односу унутрашњег и међународног права (примери укидања унутрашњих закона међународним споразумом; непосредно важење правила међународног права унутар државног поретка; дилеме око ангажовања држава међународним уговором који је противправно ратификован или на други начин прихваћен од тих држава; разматрање односа поштовања обавеза за једну државу по међународном уговору или по законским унутрашњим прописима и др.).[7] Посебно је занимљива пракса Сталног суда међународне правде између два светска рата, за коју неки писци сматрају да нагиње дуалистичкој теорији (случајеви заштите извесних немачких инте-

5 Подробније: Ch. Rousscau, *Droit international public,* I, Paris 1970, pp. 39, 40.

6 Ch. de Visscher, „Cours général de principes de droit international public", *Recueil des cours*, 1954, 86, pp. 472, 473, 484; Ch. Rousscau, *op. cit.*, pp. 40, 42.

7 Саветодавно мишљење Сталног суда међународне правде из 1925. године (измена грчко-турског становништва после Првог светског рата – бр. 10, од 21. фебруара 1925); члан 4 Латеранског уговора из 1929. године укида Италијански закон о гарантијама из 1871. године (што је незамисливо по дуалистичкој концепцији); Ch. Rousscau, *op. cit.*, p. 45; J. Andrassy, *Medunarodno pravosude*, Загреб 1948, стр. 202. – J. Andrassy наводи арбитражну пресуду у „случају Тиноко". У тој арбитражној пресуди, Тафт (бивши председник Сједињених Америчких Држава) констатује да по уставу САД уговор може мењати (или укидати) закон, а закон опет уговор. У унутрашњем правном поретку вреди унутрашње право. Пред међународним судом важи међународни уговор, а сматраће се невредним закон који је уговор укинуо. По J. Andrassy-у, овај пример иде у прилог дуалистичкој концепцији (исти писац: *Medunarodno pravo*, Загреб 1984, стр. 6).

реса у Г. Шлезији; декрети о држављанству издати у Тунису и Мароку од стране Француске; „случај Лотус“ и др.).[8]

5. По другој теорији, монистичкој, унутрашњи правни поредак и међународни правни поредак чине један јединствен поредак, са потчињавањем једног поретка оном другом. По заступницима ове теорије, или међународно право произлази из унутрашњег, и онда се стиже на јединствену концепцију права, на правни монизам са првенством (приматом) унутрашњег права; или, пак, унутрашње право произлази из међународног, па се такође долази до правног монизма али са првенством међународног права. Полази се од јединства права. То се постиже на тај начин што се потврђује деривативни карактер једног правног поретка у односу на други. Два правна поретка чине јединство и заокружену целину, тј. међународно и унутрашње право представљају јединствене и неодвојиве делове једног јединственог правног система. У прилог јединству права потеже се и разлог да је понашање појединаца основно у регулисању унутрашњег права, а да се велики део међународног права непосредно односи и примењује на појединце; указује се на испреплетеност унутрашњег и међународног права као јединственог поретка (међународна правила се примењују на пространствима која су већ обухваћена важењем унутрашњег права; у изградњи и обликовању постојећих међународноправних правила учествује и одређена држава, па се поставља питање како *ово* правило може да не важи и за *ову* државу, мада се мора признати да у стварању нпр. обичајних правних правила не морају да учествују и *све* државе, и др.).[9]

8 А. Гођевац, *Принципи и правила међународног права који се излучују из јурисдикције Сталног суда међународне правде у Хагу*, Београд 1932, стр. 60, 61. – У врло подробној анализи врши се испитивање праксе Сталног суда међународне правде од оснивања до тридесетих година и закључује да је „овим примерима заједничко то, да се међународно право појављује у облику извесне границе унутрашњем законодавству... истакнут факт немогућности конфликта норми једног правног поретка с нормама другог...“ По овом писцу, међутим, Суд се није изричито изјашњавао за дуалистичку концепцију, али се такав закључак може извести. Наведени примери служе као извесна индиција за становиште Суда према питању односа међународног права, тј. да Суд призна супрематију међународног права над унутрашњим правом (пресуда 7, серија А, стр. 19; саветодавно мишљење 4, серија Б, стр. 24; пресуда 9, серија А, стр. 19 и сл.).

9 M. Bourquin, „Règles générales du droit de la paix“, *Recueil des cours*, 1931, 35, pp. 135, 136; *Dictionnaire, op. cit.*, pp. 393, 394; Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 42; A. Verdross, „Coincidences: Deux théories du droit des gens apparues à l'époque de la création de l'Académie de droit international“, *Livre jubilaire 1923–1973*, Leyde 1973, pp. 85–88. Такође: J. Andrassy, *Medunarodno pravo*, Загреб 1984, стр. 4; С. Аврамов, *Међународно право*, Београд 1980, стр. 26, 27. По писцу, „за разлику од дуалистичке теорије, која међународно и унутрашње право приказује као два концентрична круга, хоризонтално постављена на истој равни, монистичка теорија изграђена је на бази хијерархије система, односно норми“. – По дуалистичкој изворној теорији (H. Tricpel), додајемо, ово су „два круга, који се у најбољем случају додирују, али никако секу“.

6. У оквиру овог правца, на основу праксе и теоријских поставки, писци дају првенство било међународном било унутрашњем праву. То зависи, по њима, од хијерархије норми, односно система. Првенство унутрашњег права заступали су у ранијем периоду неки немачки писци, као и совјетски. Ово гледиште имало је подршку у Немачкој крајем XIX века а и касније. Одбрана оптужених за ратне злочине после Другог светског рата у Нирнбергу, полазила је од првенства унутрашњег права. Међународно право, по овој концепцији, произлази из унутрашњег, те се долази до првенства унутрашњег, државног права. Међународно право је нераздвојиво од унутрашњег и од значаја је само као део универзалног (свеопштег) правног поретка. Томе у прилог наводе се следећи аргументи: одсуство наддржавне власти, што као последицу има то да свака држава слободно одређује које су њене међународне обавезе; држава остаје у начелу једини судија у избору начина како извршава своје међународне обавезе; државе се позивају превасходно на своје уставе и законе када је реч о преузимању међународних обавеза, тј. сматра се да је њихов основ при том чисто уставни, односно законски, дакле унутрашњи, с обзиром на надлежност одређених органа да закључују међународне уговоре у име државе и да је ангажују на међународном плану; национални судови основ за пресуђење траже у законским прописима унутрашњег права а не у правилима међународног права, и др.[10]

У доктрини има и критике монистичке концепције са првенством унутрашњег права. Тако, дају се објашњења само за уговорне норме које се потврђују обавезном снагом на основу устава и закона, а не и за обичајна правна правила; даље, потеже се начело идентитета и континуитета држава, које прокламује да уставне промене извршене у оквиру једне државе не дирају у њене међународне обавезе. Истовремено се у англосаксонској доктрини често истиче да се начело о међународном праву „као саставном делу домаћег права примењује у јудикатури свих цивилизованих земаља". Користи се и аргументација за оповргавање искључивог става било у једном било у другом правцу.[11]

10 E. van Bogaert, *op. cit.*, pp. 352, 360. – Писац посебно анализира праксу унутрашњих судова, која се, по правилу, ослања увек на национално законодавство. Наводи се пример Устава Никарагве од 1. новембра 1960. године (члан 324), у коме је постављено апсолутно првенство националног уставног права. Свака конвенција, чак одобрена, биће сматрана ништавом и без правне вредности ако је супротна уставном праву.

11 P. de Visscher, „Les tendances internationales des Constitutions modernes", *Recueil des cours*, 1952, 80, pp. 511–577. По писцу, одредба као она у члану 10 италијанског устава (о првенству међународног права) у бити је декларативне природе; С. Ђорђевић, *О континуитету држава, с посебним освртом на међународноправни континуитет Краљевине Југославије и ФНРЈ*, Београд 1967, стр. 172. – „Опште правило међународног права о надживљавању уговора и обавеза упркос уставним и другим променама унутар једне државе остаје и даље важеће правило међународног права."

Пракса је противречна са примерима у прилог овом становишту и против њега.[12] Тако, засад, поступак и органе за закључивање међународних уговора одређује унутрашње а не међународно право; не постоји опште правило међународног права по коме би једна међународна норма аутоматски укинула унутрашњу норму која јој је супротна, али ни обрнуто; у начелу, међународни спор није спор поништења, већ само одштете; у међународним споровима унутрашње норме или одлуке које су иначе међународно незаконите, не ниште се већ само могу да произведу међународну одговорност за штету дотичне државе. Али, било је и националних судских одлука заснованих на унутрашњим прописима иако су ови били супротни одредбама међународних конвенција чија је уговорница држава у питању. Значи, пракса одбија да прихвати или да у потпуности усвоји то да унутрашње и међународно право буду два одвојена правна система, ригорозно затворена један према другом. Истовремено се одбацује идеја да је унутрашње право делегирано од једног вишег нормативног поретка, а самим тим и да су два правна система и поретка хијерархијски и органски потчињена један другом. Приступи и образложења су врло разнородни од случаја до случаја.[13]

---

12 E. van Bogaert, *op. cit.*, pp. 355 и даље. Посебно је анализирана пракса многих земаља (француска, немачка, холандска, израелска, америчка и др.) и изложени су посебни случајеви. Британска судска пракса поставља као правило да се међународно право има сматрати као део националног права. У извесним случајевима, национални закон има предност над међународним правилом; у другим, међународно обичајно правно правило узима се у обзир иако није предвиђено националним законима. Образложења су различита; В. Ђ. Деган, „Однос међународног и унутрашњег права", *Наша законитост*, 4/1965, стр. 309–316.

13 E. van Bogaert, *op. cit.*, pp. 359 и даље. – Писац износи да је било одлука о томе да судови заснивају своје пресуде из разлога што законодавац није хтео да дерогира садржину међународне конвенције доношењем законских текстова, иако су они противни обавезама из међународних конвенција. Даље, потоњи закон у односу на међународне конвенције ценио се као законодавно тумачење ове конвенције. Такође, није ретко у пракси да судови праве разлику између појединих одредаба међународног уговора. Примењују се оне одредбе које имају непосредно дејство на припаднике држава уговорница. У супротном случају, остале одредбе узимају се као правна веза којом се стварају само односи између суверених држава, и на њих се не може позивати пред националним судом. Тако, упркос члану 25 Устава Савезне Републике Немачке, којим се међународно право сматра саставним делом савезног законодавства, не може се пред немачким судовима непосредно позивати на члан 16 Европске конвенције о људским правима и основним слободама. Члан 25 Устава СР Немачке обухвата само општа правила међународног права а не и уговоре који то обележје немају. Поменута одредба Европске конвенције не може да делује непосредно, она мора бити прихваћена од националног законодавства. Исти је случај и са холандском судском праксом, мада су холандски судови прихватили првенство одредаба међународних конвенција у односу на унутрашње законодавство.

7. Друга тенденција у оквиру монистичке концепције јесте монизам са првенством међународног права.[14] У овој конструкцији, истина доста ретко искључивој и без ограничења, унутрашње право произлази из међународног, пошто је ово потоње хијерархијски надређено. Нема два правна поретка координисана, већ су она субординисана; управо, унутрашње право је субординисано, међународно надређено. Национални правни пореци су само делови општег поретка целог човечанства, односно садашње међународне заједнице. Међународно право, на тај начин, обухвата различите државне поретке и ограничава њихове надлежности.

Сматра се владајућим схватањем да су норме међународног права јаче и изнад норми унутрашњих правних поредака. Најчистије је ангажовање, по овом гледишту, оно које даје предност међународном праву у односу на унутрашње (за пример се наводи кажњавање ратних злочинаца после Другог светског рата у Нирнбергу и Токију). Међународно право чини границу суверености држава: државна сувереност је ограничена међународним правом. Интересантно је да и писци који су склони дуалистичкој теорији о односу унутрашњег и међународног права – истина не тако ригорозно као прави поборници ове теорије – иако не истичу првенство међународног права, поричу и апсолутни суверенитет држава у међународним односима, тј. дају предност извршењу међународних обавеза држава. Једном речју, у доктрини провејава општи став о томе да држава не би могла, позивајући се на унутрашње право (понеки ту укључују и устав), да избегне обавезе „које јој намеће међународно право и уговори на снази".[15] Само начелно усвајање

14 Ch. de Visscher, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1954, 86, p. 484; A. Verdross, *op. cit.*, *Livre jubilaire 1923–1973*, p. 86; E. van Bogaert, *op. cit.*, p. 359 и даље. Вршећи преглед праксе и доктрине, Bogaert констатује да је и пракса исте земље усвојила различита решења. Између разних решења, пракса којом се признаје предност међународног правила над унутрашњим, ипак је мање прихваћена. У доктрини, пак, ако је реч о међународној судској пракси, писци износе и друге чињенице у прилог првенству међународног права истичу одговорност по правилима међународног права без обзира на то да ли је деликт о којем је реч у складу са унутрашњим правом одређене земље.

15 A. Verdross, *op. cit.*, *Livre jubilaire 1923–1973*, pp. 86, 87. – Гледиште о прихватању монистичког правца, са првенством међународног права (али и са теоријском супротном алтернативом), развио је H. Kelsen, критикујући дуалистички приступ. H. Kelsen је изложио тезу: „Државни закони супротни међународном праву су ништави." Ова категоричка тврђења нису увек у пракси усвојена, мада устави појединих земаља на таква решења упућују. H. Kelsen каже: „Како међународни правни поредак не само изискује државне правне поретке као неопходну допуну, већ такође и утврђује њихова подручја важења у сваком погледу, међународно и државно право чине једну недељиву целину. Један вид тог јединства јесте чињеница што су државе као делајуће личности органи међународног права или заједнице коју оно ствара. Стварање и извршење поретка су функције његових органа, а међународни правни поредак стварају и извршују државе" (Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, превод, Београд 1951, стр. 333). – A. Verdross је такође прихватио монистички правац али се не залаже за искључиви већ за умерени монизам. У случају примене закона супротних међународном праву, оштећена држава може да тражи заштиту и да је добије од државе која је повредила правила међународног права.

првенства међународног права ипак оставља отвореним велики низ важних питања. Има и критичких гледишта на оваква становишта.[16]

Међународна судска пракса покаткад категорички подређује унутрашње право међународном. По њој, то је једно опште међународно начело: да у односима између држава уговорница одредбе неког унутрашњег закона не би могле да вреде више од одредаба једног међународног уговора. Међународни судски органи, на основу анализе њихове праксе, нису образложења својих одлука заснивали на националним законима. Образложења су при том различита.[17]

8. Као општа критика монистичког приступа наводи се то да се њиме укида разлика између унутрашњег и међународног права,

16 Тако А. Гођевац (*op. cit.*, стр. 60), анализирајући праксу Сталног суда међународне правде, закључује да „Суд признаје супрематију међународног права над унутрашњим, али не у том смислу да власт државе сматра делегираном из међународног права, већ само да сматра међународно право као правну границу активности државе узете као јединице, па према томе и државе узете као законодавца"; В. Иблер („Однос међународног и унутрашњег права", *Наша законитост*, 11–12/1957, стр. 431) залаже се за становиште које полази од дуалистичких позиција, „јер су оне у садашњој развојној фази далеко једноставније и ближе правом стању ствари, те, према томе, сигурнији путоказ у правцу исправних практичних рјешења". Такође, у истом раду, писац истиче да не постоји апсолутни примат међународног права, нити је унутрашње право држава право нижег ранга. Али истовремено подвлачи да постоји „једно поступно и растуће одрицање – путем примања међународних обавеза – од суверености" (стр. 430). У једном каснијем раду (*Rječnik medunarodnog javnog prava*, Загреб 1987, стр. 248) В. Иблер, истичући дужност држава да поштују међународно јавно право, супротставља алтернативу овом ставу, која је само – једна анархија и самовоља у међународним односима; В. Ђ. Деган, *op. cit.*, стр. 316. – Овај писац указује на тенденције и у једном и у другом правцу, али сматра да није могуће доносити судове који вреде за све земље и за сва времена. Приклањајући се решењима ближим дуализму, он наводи познатог интернационалисту H. Waldock-a: „Извјестан прогрес к интеграцији два система још је потребан, да бисмо могли говорити о два система уједињена у јединствени свјетски правни поредак." И даље државе бирају „начине и методе који им најбоље одговарају, да би дале учинак међународним обавезама" (M. Soerensen).

17 E. van Bogaert, *op. cit.*, pp. 349 и даље. Из праксе Сталног суда међународне правде произлази: У случају „Wimbledon" Немачка се позивала на наредбу о неутралности да би спречила један британски брод да пређе канал, упркос чињеници да је овај канал био интернационализован Версајским уговором о миру. Суд је сматрао: „...у сваком случају, наредби о неутралности... не би се могла дати предност у односу на одредбу уговора". C.P.J.I., série A, No 1, p. 29; исти став Суд је заузео у погледу заштите немачких интереса у случају Г. Шлезије – C.P.J.I., série A, No 17, pp. 33–34. Такође: Саветодавно мишљење Сталног суда међународне правде од 1930. године у вези са грчко-бугарским заједницама; даље, у члану 3 Опште конвенције између Француске и Туниса, 1935. године, две владе признају првенство међународних конвенција и уговора над унутрашњим правом. – Види и: С. Ђорђевић, М. Крећа, Р. Етински, И. Чукаловић, М. Ристић, *Грађа међународног јавног права*, књига прва, Нови Сад 1988, стр. 136–138. Читалац се упућује на преведене делове више одлука Сталног суда међународне правде, који се тичу односа унутрашњег и међународног права.

што је супротно историјским традицијама. Међународно право је потоње, оно не постоји од почетка стварања државних организација. Државе, бар засад, не могу да се помире с тим да врше власт која им је пренета од међународног поретка; управо то није било могуће у одређеним историјским периодима. Критичари истичу стварност која још не потврђује сталну предност монистичког приступа у односу на дуалистички, а такође ни првенство међународног права над унутрашњим.

Насупрот оваквим полазиштима, многи говоре да није реч о укидању разлика између унутрашњег и међународноправног поретка, већ се само утврђује прави значај једног и другог. Што се тиче историјског погледа, додају, њега треба за тренутак оставити, јер је монизам доктрина хијерархије а не утврђивања временског настанка норми, тј. хронологије норми.[18] Ово питање непрекидно заокупља писце међународног права, како стране тако и југословенске. Пракса Друштва народа и Уједињених нација, посебно у вези са начелом суверености држава, служи за критичка разматрања или доказивање сопствених гледишта.[19]

---

18 Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 44. Извесне примедбе формалног карактера се одбацују; узима се, пре свега, стварност у међународном животу; води се рачуна и о посебностима позитивног права у вези са аутоматским укидањем правних норми и посебним поступком за модификацију, укидање или ревизију једног унутрашњег правног акта; такође: В. Иблер, „Однос међународног и унутрашњег права", *Наша законитост*, 11–12/1957, стр. 430. – По овом писцу, „то неинсистирање на апсолутном суверенитету иманентни је елемент међународног права, који карактеризира опћи однос унутрашњег и међународног права". Он и у поменутом *Rječniku međunarodnog javnog prava* из 1972. године (Загреб, стр. 233) прецизира: „Одређивање садржаја норми међународног права (којему се признаје примат) још увијек је у свом најважнијем дијелу у надлежности држава. То знатно ослабљује дјелотворност примата међународног јавног права" (потврда: Резолуција Генералне скупштине УН 375/IV).

19 W. Friedman, *Théorie générale du droit,* IV, éd., Paris 1965, p. 78. – Једно посебно гледиште, са изразито наглашеним монизмом и приматом међународног права, изражено је код овог америчког аутора. Он критикује рад Друштва народа зато што је у погледу установљења правног поретка полазило од дуалистичког становишта (утицај D. Anzilotti-a и других) без дирања у основе суверенитета и власти националне државе. За њега, опасност представља и то што Повеља УН полази од суверене једнакости држава (члан 2 Повеље УН). Но и поред ове критике, писац констатује да је у вези са гласањем у УН учињен напредак. Тако, доношење одлука простом већином сматра кораком даље у смислу јединственог правног поретка са приматом међународног права у односу на систем једногласности који се примењивао за доношење одлука у Друштву народа. И даље, по њему, национални суверенитет није спојив са међународним правним поретком, односно национални суверенитет негира међународни суверенитет. – Уздржавајући се овде од изношења критике неких од ових гледишта, приметићемо само то да и наметање воље моћних и великих сила осталим чланицама међународне заједнице не мора да је у сагласности са међународним правом, онако како је оно изражено, по својим формалним изворима на најопштији начин, у члану 36 Статута Међународног суда правде од 1945. године.

9. Различита се решења дају и у уставним текстовима држава. Устави из XIX века не пружају нам одговор на питање односа између ова два правна поретка. То чине само неки устави новијег датума.[20]

По слободнијој класификацији, апстрахујући одредбе о неким конкретним међународноправним питањима (неутралност, објава рата, ратификација међународних уговора, положај странаца и др.), по првој групи, у уставним текстовима су садржане одредбе општег карактера, о „прихватању", „усвајању" или „усаглашавању" са правилима међународног права као руководним начелима у односима са другим државама. Ове опште изјаве, показало се, немају посебан значај за оцену хијерархије норми унутрашњег и међународног права. То су уобичајене одредбе, више политичког значаја, а налазимо их нарочито у уводним деловима многих устава донетих после Другог светског рата. Уз њих, у овој групи уставних текстова налазимо и одредбе којима се глобално подржавају начела Повеље УН, одриче се рат као средство националне политике и, посебно, изражава привржености миру. Међутим, мора се констатовати, бар што се тиче општег учинка понашања и поступања држава, да пракса показује и друго лице.

По другој групи, у уставе су укључена правила међународног права, која унутрашњем законодавству постављају обавезу да своје прописе усагласи са међународним правом. Тиме се изражава начелан став о првенству међународног права над унутрашњим. Иако је ово корак даље у јасноћи, остају опет могућности различитог поступања.

Трећа група уставних текстова, иако најмалобројнија, најизразитије и најближе одговара проблему коме је посвећен овај рад. Имамо потпуно укључење међународног права у унутрашње право, те је нарочито изражена надмоћност и предност међународног права над унутрашњим. У доктрини се увек наводи члан 25 Устава Савезне Републике Немачке од 1949. године, који гласи: „Општа правила међународног права чине саставни део савезног права. Она имају предност над законима и непосредно се стварају права и дужности за становнике савезне територије." Нама остаје само да приметимо да је оваква одредба донета у побеђеној Немачкој после Другог светског рата, а да је одредба садржана у Вајмарском уставу

20 С. Ђорђевић и др., *Грађа међународног јавног права*, књига прва, Нови Сад 1988, стр. 128–136. – Анализирано је 46 уставних текстова чије су одговарајуће одредбе објављене у наведеној збирци. Такође, посредним путем извршено је упознавање са још двадесетак устава. – G. Sperduti, *op. cit., Recueil des cours*, 1976, V, 153, pp. 391–398; М. Милојевић, *Устав, правни поредак и међународне обавезе Југославије*, Београд 1989, стр. 109–144.

од 1919. године, у Немачкој после Првог светског рата – мање одређена.[21]

Важност међународних уговора у односу на унутрашње прописе различито је регулисана у уставима појединих држава, независно од претходно изложене поједностављене класификације. Решења су, најчешће, од изједначавања важности међународних уговора са законима земље уговорнице, па до давања првенства одредбама међународних уговора над унутрашњим прописима, изузетно и у случајевима кад се унутрашњи прописи доносе после закључивања међународних уговора. Ако је реч о односу одредаба међународних уговора према уставу, уставне одредбе највећим делом, али не увек, имају предност.[22]

21 Илустрације ради, навешћемо поједине одредбе устава неких земаља. Тако, члан 9 Устава Аустрије од 1920, са допунама: „Општепризната правила међународног права важе као (чине) саставни део савезног права"; члан 10 Устава Италије од 1947: „Правни поредак Италије усклађује се са општепризнатим нормама међународног права"; члан 98 Устава Јапана од 1946: „Уговори закључени између Јапана и садашњег (установљеног) међународног права треба да буду савесно (скрупулозно) испуњавани"; члан 29 Устава Ирске од 1937: „Ирска прихвата општепризната начела међународног права као руководна правила у својим односима са другим државама"; члан 2, одељак 3 Устава Филипина од 1946: „Филипини се одричу рата као средства националне политике и усвајају општеприхваћена начела међународног права"; члан 211 Устава Бурме од 1947: „Бурманска Унија се одриче рата као средства националне политике и прихвата општепризната начела међународног права као правила понашања у својим односима са страним државама"; члан 4 Устава Панаме: „Република Панама поштује правила међународног права"; члан 31 Устава Гвинеје од 1958: „Република Гвинеја саображава се правилима међународног права". – Оваквих одредаба има и у уставима: Француске од 1946; Индије од 1950; Гватемале од 1954; Ј. Вијетнама од 1956; Обале Слоноваче од 1960; Демократске Републике Немачке од 1968; Бангладеша од 1972; Алжира од 1976; Шпаније од 1931. и др. – Види и: Ch. Rousseau, *op. cit.*, pp. 47, 48.

22 Тако, члан 100 Устава СР Немачке од 1949. дозвољава немачком судији, под контролом Савезног уставног суда, да одбије примену закона супротних општем међународном праву; из формулације члана 6 Устава САД од 1787. са амандманима произлази да се даје подједнака важност унутрашњим прописима као и међународним. Треба овде приметити да се међународни уговори САД разликују по томе да ли су непосредно примењиви или се у унутрашњи правни поредак уводе посебним унутрашњим актом; члан 60е Устава Холандије од 1815. са допунама: „Законске одредбе које су на снази у Краљевини, неће се примењивати ако би примена била несагласна са споразумима који су обнародовани у складу са чланом 60ф било пре било после озакоњења ове одредбе"; члан 55 Устава Француске од 1958: „Међународни уговори и споразуми који су редовним путем ратификовани или одобрени, имају од момента објављивања већу снагу од закона, под условом који важи за сваки споразум или међународни уговор, да га примењује друга страна"; члан 29 Устава Ирске од 1937: „Никакав међународни споразум неће чинити део унутрашњег законодавства државе, изузев под условима које одређује Парламент"; члан 324 Устава Никарагве: „Устав је највиши закон Републике. Никакви закони, декрети, правила, наредбе, одредбе, пактови или уговори који су у супротности са Уставом, или који на ма који начин мењају његове одредбе, неће имати никакву важност"; члан 65 Устава Турске од 1961: „Међународни уговори који су правоваљано ступили на снагу имају снагу закона"; члан 125 Уједињене Арапске Републике од 1964: „Уговори ће имати снагу закона после њиховог закључења, ратификације у складу са прописима на снази"; члан 28 Устава Грчке

Анализе које се врше у оквиру доктрине дају различите одговоре с обзиром на праксу у државама која и не мора да буде сагласна са општим и конкретним опредељењем у уставном тексту. Покаткад је и супротна. Мало је устава учинило међународно право непосредно применљивим у унутрашњем правном поретку, или се то чини рестриктивно или под одређеним условима.[23]

Издвојићемо посебан случај неписаног енглеског устава, тј. стање у англосаксонском праву. Позната традиционална изрека „International Law is part of the Law of the Land" примењује се, првенствено, кад је реч о међународном обичајном праву. Национални судија укључује међународно право у common law (муниципално, национално право) примењујући га без посебног претходног поступка рецепције. У ствари, тумачећи међународне обичаје, национални судија примењује раније прецедентно право, чијим посредством су, добрим делом, и настали међународни обичаји због великог утицаја британске империје на њихово стварање и развитак.

Насупрот томе, позивање на међународна уговорна правила могуће је пред енглеским судовима тек после интервенције законодавца. Значи, потребан је формални законодавни акт којим би се међународни уговор увео у унутрашње право.

Ова два система су посебност англосаксонског права, што има више значаја од теоретске расправе о пореклу норми, чиме се заокупља дуалистичка, односно монистичка теорија. Проблем се сада удвостручује уласком Велике Британије у европске заједнице, с обзиром и на однос према тзв. комунитарном праву које се ствара у оквиру европских заједница. Пракса је богата и разноврсна. Иако слоган о томе да међународно право јесте део муниципалног права стоји већ два века у жижи, ипак у стварности постоје многе препреке да се то оствари. Има доста примера да су националне судије везане ранијим прецедентима који не одговарају новој европској и међународној стварности, па се они покаткад и напуштају.[24]

од 1975: „Општеприхваћена правила међународног права и међународни уговори после њихове ратификације... чине саставни део хеленског права и имају вишу вредност у односу на одредбе супротног закона"; у више франкофонских земаља, под утицајем француског устава предвиђена је предност одредаба међународних уговора у односу на унутрашње прописе. – Одредбе о првенству или једнакости међународних уговора са унутрашњим прописима постоје и у уставима Парагваја од 1940; Мексика од 1917; Ј. Кореје од 1962; Кипра од 1960; Шпаније од 1978; и многим другим.

23 E. van Bogaert, *op. cit.*, pp. 353, 357; J. Andrassy, *Međunarodno pravo*, Загреб 1984, стр. 5–6; Б. Јанковић, *Међународно јавно право*, Београд 1981, стр. 11.

24 J. D. de la Rochère, „Le droit international fait-il partie du droit anglais? (Réflexions sur les relations entre le droit international et le droit interne au Royame-Uni, à la lumière de l'appartenance communautaire de ce pays)", *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris 1981, pp. 243–268. – Анализирајући британску праксу, писац износи да су енглеске судије сада више отворени према спољним међународним обичајним правилима и уговор-

Својеврстан је случај и са поменутим тзв. комунитарним правом европских заједница. У њиховим оснивачким актима има одредаба са наднационалним карактером (нпр. члан 5 Уговора о оснивању Европске економске заједнице, потписан у Риму 25. маја 1957; такође и одредбе конститутивних аката других европских заједница, као и њихових правилника, и др.). Реч је о односу правних поредака држава чланица према актима европских заједница. У пракси се, највећим делом, потврђује првенство комунитарног права над унутрашњим правом држава чланица заједница.[25]

Поменимо овде и чињеницу да су у раздобљу између два светска рата, а и касније, неки писци издвојили међународно уставно право као посебну дисциплину, посвећену значају и домашају међународноправних одредаба у уставним текстовима појединих држава. Свакако да ово продирање међународних одредаба у унутрашње акте држава, тј. њихова симбиоза, чини мање издвојеним ова два правна поретка и може да служи као основ за монистички приступ истраживању односа унутрашњег и међународног права.[26]

ним нормама. Такође излаже теорију инкорпорације и теорију трансформације у британској доктрини. По првој, правила међународног права су, аутоматски, укључена и сматрају се делом енглеског права, сем ако нису у супротности са актом Парламента; по другој теорији, напротив, правила међународног права не сматрају се делом унутрашњег права уколико нису уведена судском одлуком, актом Парламента или прадавним обичајем. Разлика је у последицама ако се мења правило међународног права. По теорији инкорпорације, мењањем међународног правила мења се симултано и енглеско право. По теорији трансформације, енглески судија је везан прецедентима. Он је дужан да поштује правила међународног права онаква каква су усвојена у прошлости. Ако се мења међународно правило, не мора се следити еволуција (стр. 246). – О критици слогана „International Law is a part of the Law of the Land" за његов почетни период и почетком XX века, у вези са опредељивањем за дуалистичку теорију види: H. Triepel, *op. cit.* (напомена 2), pp. 88, 89; такође: И. Пржић, *Државно и међународно право...*, стр. 15.

25 G. Sperduti, *op. cit.*, pp. 351–368. – По овом писцу, постоје три групе норми комунитарног права: прва, норме међународног права које регулишу унију држава и установљују права и обавезе чланица као субјеката међународног права; друга, норме које се тичу унутрашњег права заједнице; и трећа, норме које се тичу активности, односа и ситуација у вези са циљевима заједнице на територијама чланица уније. По писцу, комунитарно право није међународно право, без обзира на оквир стварања путем уговора као извора међународног права; такође: J. D. de la Rochère, *op. cit.*, pp. 257–268. – Ауторка посебно обраћа пажњу на оклевање и одбијање да се Европска конвенција о праву човека уведе у унутрашње право. По њој, европско право улази малим корацима у енглеско право, тј. постаје његов саставни део (стр. 244).

26 B. Mirkine-Guetzévitch, „Tendances internationales des nouvelles constitutions", *Revue générale de droit international public*, No 3–4/1948, pp. 378 и даље; исти писац: *Droit constitutionel international*, Paris 1933; P. de Visscher, „Les tendances internationales des constitutions modernes", *Recueil des cours*, t. 80, 1952/I, p. 533. Изнето је мишљење о томе да је прихватање међународног права или неких његових правила у уставима непотребно када су државе ионако дужне да се повинују тим нормама (по некима је то чак и опасно јер смањује ауторитет међународноправних прописа). – Види и: В. Димитријевић, С. Ђорђевић, Р. Стојановић, „Спољнополитичке одредбе у савременим уставима", *Анали Правног факултета у Београду*, 4/1961, стр. 455–465.

10. Опредељивање за дуалистичку или монистичку концепцију код југословенских писаца после Другог светског рата мање је апсолутно и искључиво. По неким ознакама, има присталица и једне и друге теорије, мада се они не држе у потпуности почетних полазишта њихових зачетника. Најчешће се супротстављају првенству унутрашњег права над међународним, посебно они који су се бавили овим потоњим. И то због тога, како наводе, што би дошло до „негације међународног права", или пак до идеје „апсолутног суверенитета држава", а то се сада не може прихватити, или што примат унутрашњег права у крајњој линији не одговара данашњем ступњу развоја, ни коегзистенцији држава"; свакако се изражава један општи став о томе да се државе не могу заклањати својим унутрашњим прописима уколико повреде преузете међународне обавезе.[27]

По М. Бартошу, једном од најистакнутијих теоретичара и практичара међународног права у претходној Југославији, прокламовањем првенства међународног права или унутрашњег права не решава се ништа. Независно од тога да ли се држимо монистичке или дуалистичке теорије, по њему, питање остаје отворено. На примеру британске и француске праксе он објашњава и доказује релативност опредељења за првенство унутрашњег права или међународног права. По њему, тај поступак зависи од претходног критеријума држава о томе шта је у ствари право међународне заједнице, односно да ли је једна норма стварно норма међународног права. Другим речима, држава претходно утврђује шта је, по њеним мерилима, међународно право, и самим тим што га је утврдила, она се обавезује да га примењује независно од норме унутрашњег права. Опредељење за првенство међународног права, по Бартошу, још не значи и гарантије за стварно његово првенство. Није довољно уставом прогласити првенство међународног права, већ су за оцену става државе одлучујући: фактичка процена, примена и стварно стање.[28]

---

27 М. Бартош, *Међународно јавно право,* I књига, Београд 1954, стр. 37–41; J. Andrassy, *Medunarodno pravo*, Загреб 1984, стр. 4–6; Б. Јанковић, *Међународно јавно право*, Београд 1981, стр. 11–12; А. Магарашевић, *Основи међународног права*, Нови Сад 1965, стр. 63–68; С. Аврамов, *Међународно јавно право*, Београд 1980, стр. 27, 28. – Види и напомену 16: В. Иблер се залаже да се „напусти радикални дуализам... те да се прихвати умеренији став по којем би се у односу између међународног права и унутрашњег права радило о два *дијела*, о двије *групе* правних норми једног истог система". Писац је такође за одбацивање екстремног монизма, тј. не прихвата апсолутни примат како међународног права тако и унутрашњег права (стр. 431).

28 М. Бартош, *op. cit.*, стр. 37–39. – Своје ставове писац доказује понашањем британске стране (иако се позивала на становиште да је британско право сагласно међународном праву у вези са прибављањем доказа на туђој територији) прво у случају спора са Албанијом око инцидента у Крфском каналу; затим у спору са Норвешком у вези са ширином територијалног мора; и најзад, у иранско-британ-

За J. Andrassy-a, писца претходне Југославије, иначе познатог загребачког професора међународног права, наука о примату међународног права може бити постулат, али засад није стварност.[29] Други писци поричу апсолутни примат међународног права или овом питању прилазе са резервом, указујући на преовлађујуће тенденције његовог првенства, с тим што истичу да се тај процес не одвија равномерно на свим подручјима међународне заједнице. Истовремено указују да и унутрашње право државе није право нижег ступња, и да постоје тенденције и у једном и у другом правцу. Закључују да је тешко, без ограде а с обзиром на праксу, бранити првенство међународног права.[30]

Писци унутрашњоправних дисциплина су уздржанији у овој расправи. По Ј. Ђорђевићу, „међународно право није ни извор домаћег националног права, нити је оно резултат и обична еманација националног права". За њега су неприхватљиве теорије о примату једног или другог правног поретка, с обзиром на то да „међународно право и национално право представљају истовремено јединствен и антиномичан правни поредак".[31] Другојачији је приступ Р. Лукића. Са доста суптилних објашњења и напомена, он каже да „постоји суштинска разлика у природи међународног и унутрашњег права; пошто уопште не спадају у исту врсту појава, то и није могуће говорити о неком њиховом односу у коме би једно од њих имало примат над другим у правном смислу речи".[32]

11. У досадашњој совјетској доктрини одбијало се првенство било унутрашњег било међународног права. Г. Тункин, истакнути совјетски интернационалиста, излагао је да при разматрању односа међународног и унутрашњег (националног) права државе није могуће питање свести на преимућство важности норми међународног права над нормама унутрашњег права и обрнуто. Постоји колизија норми унутрашњег и међународног права у пракси, али тај додир не произлази из потчињености једног система другом већ из узајамног довођења у склад, узајамне допуне и разрешавања појединих

ском спору око национализације у Ирану. Сва три спора су вођена пред Међународним судом правде и у њима је британска страна заступала гледиште да постоји првенство међународног права, али то које правило међународног права постоји ценила је по домаћем праву. – Сличан случај је, по овом писцу, и са дипломатском праксом Француске (начело самоопредељења народа и истовремено осуда устаника Мадагаскара и Алжира).

29 J. Andrassy, *op. cit.*, стр. 5.

30 Види напомену 27; А. Магарашевић (*op. cit.*, стр. 67, 68) подвлачи „да је монизам са приматом међународног права ипак условљен сагласношћу држава, тј. 'заједничком вољом' држава, што чини суштину дуалистичких теорија".

31 Ј. Ђорђевић, „Прилог теорији о државном суверенитету", *Југословенска ревија за међународно право*, 2/1954, стр. 15, 16.

32 Р. Лукић, „Преднацрт Устава и међународно право", *Југословенска ревија за међународно право*, 3/1962, стр. 407–408.

питања. Позивање на норме унутрашњег права не може ипак служити као правни основ за неиспуњавање међународних обавеза.[33]

Полазна основа за совјетске теоретичаре било је начело државног суверенитета и унутрашње надлежности држава. Нема потпуне одвојености два система, како се то тврди по дуалистичкој теорији, већ се полази од њихове узајамности. По њима, разноврсни видови теорије првенства међународног права над унутрашњим правом јављају се као антинаучни; будући да полазе од погрешних претпоставки, долазе до погрешних закључака. Представљање међународноправних норми као виши правни поредак јесте идеалистичка концепција, чиста фикција. И даље, тврдња о потчињености унутрашњег права међународном праву, као и о непосредном дејству норми међународног права унутар једне земље, губи своју тежину и не може се прихватити некритички. Подвргавајући критичком разматрању основе буржоаских теорија, поједини совјетски писци су осуђивали ускост и правни догматизам дуалистичке концепције, која се, по њима, ограничава на формалну анализу међународног и унутрашњег права. Истовремено су осуђивали и „антинаучни" и „реакционарни" карактер обеју монистичких концепција, тј. примат унутрашњег (државног), односно међународног права. Са своје стране додајемо да је у овим радовима често било и реторичких изјава, што је умањивало њихову вредност.[34] Дужни смо да истакнемо да је непосредно пред Други светски рат и у првим годинама после њега, схватање о овом проблему у совјетској доктрини било другојачије. Заступано је гледиште о првенству националног (државног) права као извора и основе политике и метода регулисања спољних односа у оквирима тзв. међународне заједнице и са њеним члановима. Ово гледиште су касније совјетски теоретичари напустили.[35] Уопштавајући ставове претходника, они постављају три главна проблема: а) утицај унутрашњег права појединих држава на образовање и развитак начела и норми међународног права и обрнуто, тј. фактичка узајамност међународног и унутрашњег права; б) правна важност норми међународног и унутрашњег права, као и преношење норми једног права у друго;

33 Г. Тункин, *Основи современного международного права*, Москва 1956, стр. 8, 9. Видети такође: *Курс международного права*, I, Москва 1967, стр. 206–208.

34 И. П. Блищенко, *Международное и внутригосударственное право*, Москва 1960, стр. 43–103, 205–214. – Писац пребацује присталицама првенства међународног права да то чине са политичком позадином у негативном смислу. Истовремено, наводећи неке примере предности унутрашњих закона, он такође одбацује апсолутно признање и предност унутрашњег права; види и: *Курс международного права*, I, Москва 1967, стр. 206, 207, 214, 215.

35 А. Вышинский, „Международное право и международная организация", *Советское государство и право*, 1/1948, стр. 17. – По мишљењима совјетских теоретичара у каснијем периоду, ово становиште не одговара духу совјетске науке; критиковано је из разлога што садржи у себи правни нихилизам. Израз је волунтаристичке концепције. Изгубило је касније доста присталица (*Курс международного права*, I, Москва 1967, стр. 209, 210).

в) самосталност ових правних система и њихов однос, тј. првенство унутрашњег или међународног права. Закључак је да ни унутрашњи закони ни међународно право не користе првенство, већ и једни и други представљају само разне видове правностваралачке делатности.[36] Најновијим ставовима руских писаца, после недавне пропасти СССР-а и престанка биполаризма у светским односима, не располажемо, а може се очекивати да ће бити и другојачијих прилаза од изложених.

12. Најзад, неколико речи о доктринарним мишљењима којима се изражава један општији критичнији приступ поводом ове расправе. Та мишљења се не опредељују ни за једну од ових двеју концепција, већ само указују на последице, не увек реалне, некритичке одбране једне или друге теорије: свако искључиво гледиште има своје слабе стране. По једнима, контроверза између монизма и дуализма представља спор схоластичког типа, узалудан и напоран посао, који више замрачује ствари него што их осветљава. Припадницима обеју концепција пребацује се одсуство поштовања стварности и нетачно представљање ствари. Ближе објашњено, реч је о сукобу двеју политичких концепција. Прва се усредсређује на повећање ауторитета међународног права над унутрашњим, а друга тежи да сачува суверенитет држава потврђујући независност њиховог унутрашњег права. Препоручује се, по овом гледишту, да се две концепције сукобе непосредно и конкретно а не да се преко њих прибегава тумачењу сложених правних теорија.[37] Поборници другог схватања сматрају да није могуће приступити ни једној ни другој школи приликом заузимања почетног становишта и основног критеријума на основу којих би се систематизовала пракса, или

36 Г. Тункин, *op. cit.*, стр. 9; *Курс международного права*, I, Москва 1967, стр. 197; *Международное право*, Москва 1970. (редактори Л. А. Моджорян – Н. Т. Блатова), стр. 55–56. – У совјетској доктрини, поред осталог, о овом питању излагано је следеће: првенство међународног права може се унапред условити унутрашњим законодавством; стварни утицај унутрашњег права на међународно право и обрнуто, у поступку образовања и примене међународних и унутрашњих правних норми, представља не правни већ социолошки вид проблема узајамног односа међународног и унутрашњег права. Боље држава, према овим мишљењима, будући правно аутономне, социолошки су детерминисане. Даље се наводи да су многи унутрашњи акти из праксе СССР-а и других држава позитивно утицали на развитак међународног права, али и обрнуто, када су међународноправна правила и међународни уговори имали непосредан утицај на мењање унутрашњег законодавства (Декрет о миру од 1918; начела Француске револуције од 1789; прописи Енглеске из поморског права од 1862; судски имунитет дипломатских и конзуларних представника; поступање са избеглицама; закони и обичаји ратног права; расна дискриминација националне мањине; конвенције и препоруке МОР-а; извршење страних судских одлука и др. – Види студију: В. Г. Буткевич, *Соотношение внутригосударственного и международного права*, Кијев 1981, стр. 155–279.

37 E. Giraud, „Lc droit international public et la politique", *Recueil des cours*, 1963, 110, pp. 556–560.

пак указују на то да треба увек остати у контакту са стварношћу пошто она, ван сваког система, показује да се решења мењају услед извесног броја чинилаца. И због тога се не може бити a priori ограничен никаквом правном теоријом. Да би се разјаснио овај проблем, треба у унутрашњем правном поретку анализирати: пријем норми, сукоб норми, узајамна упућивања норми једног поретка на норме другог и, најзад, узајамна допуњавања тих норми. Све то служи да се истакне испреплетеност норми унутрашњег и међународног права.[38]

Познати француски писац Ch. Rousseau је више деценија био резервисан према обема концепцијама. Дуги низ година је помно бележио судску и дипломатску праксу и из тога, индукативним методом, доносио закључке, указујући такође на академски карактер целе расправе. По његовом мишљењу, истинско разилажење између монизма и дуализма састоји се само у томе какве последице произлазе из начела првенства међународног права, а не у унутрашњој садржини тог начела: по монистичкој концепцији прихвата се аутоматско укидање унутрашњих норми супротних међународном праву; док се по дуалистичкој концепцији прихвата важење унутрашњих, међународно нерегуларних норми (и отуда се потврђује првенство међународног права), са резервом стављања у изглед међународне одговорности државе.[39]

Југословенска литература указује да не постоји суштинска разлика у вези са опредељењем за монистичку или дуалистичку концепцију, јер се, у крајњој линији, постиже исти резултат.[40]

И у новијим радовима, писци се уздржавају да дају подршку једној или другој теорији, сматрајући то деликатним послом, и

38 P. Reuter, „Principes de droit international public", *Recueil des cours*, 1961, 103, p. 491. – Писац излаже да међународно право показује бар две основне разлике у односу на унутрашње право. Оно му је надређено и његове структуре су другојачије. После подробне анализе, он закључује да је узлазна еволуција свакодневна кад је у питању развој међународног права. – Такође види: P. Ziccardi, „Les caractères de l'ordre juridique international", *Recueil des cours*, 1958, 95, p. 296. – Не поричући постојање два правна поретка и истовремено одбацујући заједничке више норме, али са аутономијом оба правна поретка и без њиховог вештачког сједињавања, M. Virally, са много појединости, објашњења и запажања, сматра да је међународно право више од државног права и да ово питање треба да је у сагласности са међународним правом. Унутрашња права су потребна међународном праву за његово остварење. По њему, међународно право и унутрашње право по начину настанка представљају две самосталне целине али не строго одвојене; исто је и са првенством међународног права. Не опредељујући се ни у спору између дуализма и монизма, он је против крутих и искључивих решења („Sur un pont aux ânes: les rapports entre le droit international et les droits internes", *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris 1964, pp. 495–505). – Као што се види, писац је у самом наслову рада истакао замршеност питања („Колумбово јаје").

39 Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 48; Види и: E. van Bogaert, *op. cit.*, p. 347.

40 М. Бартош, *op. cit.*, стр. 40, 41.

радије помињу испреплетене последице таквих опредељења. Питање се доводи у везу са различитим теоријским становиштима у доктрини о самој природи и основу међународног права, те из тога произлазе и мишљења о могућности потчињавања националних поредака међународном праву, у перспективи самих међународних односа. Зависно од одрицања или прихватања јединства различитих правних поредака, имамо или незаинтересованост за хијерархију норми унутрашњег и међународног права (дуалистичка теорија) или пледоаје за првенство међународног права, уз претпоставку поменутог јединства (монистичка теорија). Иначе, закључује се да дипломатска пракса као и међународна јуриспруденција, чак све више и национална судска пракса, исказују да – упркос свим повредама права које учине државе – међународно право може постојати само уколико буде потврђено његово првенство у односу на национална права. Но, без обзира на то, због његове несавршености, „непосредно" дејство међународног права само изузетно доводи до признања незаконитости унутрашње норме и њеног поништења. Као основна правна санкција остаје међународна одговорност држава, када оне усвоје супротна правила или не поштују преузете међународне обавезе.[41]

У радовима југословенских писаца скорашњег датума запажа се да су последњих деценија већу пажњу поклањали прагматичном уређењу односа између унутрашњег и међународног права од стране држава, пре свега у њиховим уставним текстовима. То је, изгледа, имало већи значај од домашаја великих теоријских расправа којима је обележена прва половина овог столећа. Оба теоријска приступа су подложна критици, те нема изричитог опредељивања за једну од ових двеју теорија. Нагиње се ипак монистичком правцу али зато постоји ангажовано изјашњавање за првенство међународног права. Оно почива на природи односа који се уређују правилима међународног права и на ширини друштвене заједнице на коју се односи. Страх држава и њихова жеља да очувају самостал-

41 N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 5e édition, Paris 1994, pp. 92–97. – Писци указују да се проблем односа унутрашњег и међународног права може истраживати у материјалном смислу (подела материје између ова два правна поретка) или са формалног становишта (поступак израде и примене правила међународног права). Последице опредељења за дуалистичку или монистичку теорију понекад приближавају присталице обеју теорија, али их и деле чак и у оквиру исте концепције (унутрашњи поступци „рецепције"; сагласност о ширини искључиве надлежности држава – domaine réservé; ограничено непосредно дејство и позивање на норме међународног права у унутрашњим правним порецима и др.). Такође се указује на неизбежност сукоба унутрашњег и међународног права, али са позивом на првенство овог потоњег („основно начело у међународном праву је првенство овога над унутрашњим правом" – C.I.J., *Recueil des arrêts de la C.I.J.*, 1988, p. 34).

ност, као аргументи против првенства међународног права, квалификују се као неосновани и неоправдани.[42]

Супротно, велика већина италијанске доктрине, под првобитним утицајем поменутог познатог италијанског писца D. Anzilotti-a, теоријски брани и сврстава се уз дуалистичку теорију, прецизније речено (на чему се инсистира): *плуралистичку*. Тај став се заснива на анализи чињеница и односа у троуглу: а) међународна заједница у коју су укључене све независне државе данашњице; б) постојање сопственог права те заједнице; в) мноштво државних правних поредака. Одбацује се монистичко гледиште које се изражава било у верзији првенства међународног права (тј. да сви државни пореци потичу из међународног права и налазе свој основ у њему) било у верзији првенства унутрашњег права, чије се присталице поистовећују са порицатељима самосталне стварности међународног правног поретка, који, ако се сведе на збир унутрашњих правних поредака, извесно губи основна својства своје физиономије.

У овим радовима даје се посебно место значају начела релативитета правних вредности, као и његовој основној последици која се изражава у томе „да потврда правног карактера једне чињенице, или једног субјекта, или једне норме, или једног односа, нема смисла уколико није праћена одређењем правног поретка у чијој унутрашњости ова квалификација постоји". Начело релативитета правних вредности налази посебну примену у односу међународног правног поретка и унутрашњег права једне државе. Тако, једна чињеница може за међународно право бити дозвољена а у исто време недозвољена за извесно државно право. И даље, тврди се да је основни израз везе која постоји између међународног и унутрашњег права установљена унутрашњим нормама којима се обезбеђује извршење међународних обавеза држава. То су углавном основна својства дуалистичког приступа, о чему је досад било речи.

Позивајући се на познати члан 10 италијанског устава на снази („Правни поредак Италије усклађује се са општепризнатим нормама међународног права"), италијански теоретичари подробно пишу о аутоматској процедури адаптације правила међународног права и о поретку извршења међународних уговора по италијанском праву. Они указују и на нови феномен, о чему је такође било

42 М. Милојевић, *op. cit.*, стр. 105–107. – Писац у први план истиче право међународне заједнице, заједничко за све. Оно садржи минимум заједничких вредности које су правно уређене и заштићене правилима међународног права (апсолутна обавезна правила – ius cogens, и остали извори међународног права). Даље се наводи да је по степену општости највећи број правила међународног права најопштијег карактера, а степен принуде у њима је најмањи. Истовремено, у највећем броју случајева, ова правила се не могу практично и непосредно применити без ближег одређивања према правилима унутрашњег права. – Види и напомене 21 и 22.

речи: на извршење уговора и других аката европских заједница, уз поштовање (у начелу, а углавном и у пракси) првенства комунитарних норми над италијанским законима; свакако и уз предвиђени поступак за то, укључујући чак и регионалне надлежности у области извршења комунитарних аката.[43]

То исто важи и за јуриспруденцију европских држава са дуалистичком традицијом: да поштују систематичније последице првенства начела међународног права над унутрашњим правом, или бар, како се тврди, оклевају да потврде своје супротстављање овом начелу (Италија, Француска).[44]

13. У југословенској пракси после Другог светског рата, у начелу, није било изразитих тешкоћа у вези са несагласношћу унутрашњих прописа са одредбама међународних уговора и осталим изворима међународног права. У уставним текстовима (1946, 1953, 1963, 1974) јасних одредаба о односу унутрашњег и међународног права није ни било, па су проблеми у пракси, уколико су се уопште појављивали, решавани прагматично од случаја до случаја. Полазило се од општег става, покаткад више реторичког, да су југословенски прописи усклађени са начелима међународног права и са међународним обавезама Југославије. У изузетним случајевима, као нпр. поводом сукоба унутрашњих прописа ФНРЈ са одредбама Уговора о трговини и пловидби између Кнежевине односно Краљевине Србије и САД од 1881. године, а у вези са

43 F. Capotorti, „Cours général de droit international public", *Recueil des cours*, 1994, IV, pp. 219–238. – Писац подробно објашњава и даје судове о упућивању из међународног права у унутрашње право и vice versa (материјално и формално упућивање; о државним правилима за извршење међународних обавеза; о адаптацији италијанског права према међународним правилима; и др.). Бележимо и једну одлуку италијанског Касационог суда из 1942. године, у којој се изражава да „национални судови немају надлежност да тумаче и примењују норме међународног јавног права, већ само норме унутрашњег права, прилагођене (адоптиране) од стране Државе у односу на акте међународног права, а које конкретизују обавезе и права за њихове поданике или за друге поједине субјекте или за саму Државу" (стр. 223). – Такође и: G. Sperduti, *op. cit.*, pp. 338–382. О комунитарном праву, које има карактеристике правног поретка и своју природу стварања и примене права, види и напомену 25. – G. Sperduti (*op. cit.*, pp. 335–337; види и напомену 4) сматра да докази за монистички приступ нису довољни, али да и дуалистичку теорију не треба схватати у традиционалном значењу. Пледирајући за тзв. унутрашње првенство међународног права, по њему је на штету ауторитета међународног права и тврдња D. Anzilotti-a да је „обавезна ефикасност унутрашњих норми потпуно независна од њихове веће или мање сагласности са међународним задацима Државе", као и став H. Kelsen-a да „опште међународно право не предвиђа никакав поступак којим се могу укинути норме државног права које су 'противправне' (са гледишта међународног права)", али је „држава подложна међународној санкцији". – D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris 1929, p. 56; Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, превод, Београд 1951, стр. 352.

44 N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 96.

начином стицања и располагања покретне и непокретне имовине – дата је предност одредбама поменутог међународног уговора у односу на унутрашњи пропис о контроли непокретности.[45] Литература такође наводи примере оваквог одређивања и става и из праксе Краљевине Југославије пре Другог светског рата.[46]

Југословенски прописи се позивају на међународне уговоре, обичаје и општепризната начела међународног права. Било је примера када су судови и други органи непосредно примењивали одредбе међународних уговора или њима давали предност, мада то првенство није могло бити засновано на изричитом унутрашњем пропису. За странце су предвиђена права и слободе на основу југословенских прописа и одредаба међународних уговора. Насупрот изосталој регулативи, у редовима правника је расправа о односу унутрашњег и међународног права посебно дошла до изражаја на Другом конгресу правника Југославије 1958. године у Загребу.[47] У закључцима Конгреса се истиче:

„Прописи наше земље код којих се поставља питање односа према међународном праву усклађени су с начелима међународног права и међународним обавезама Југославије. Поштовање начела међународног права и међународних обавеза представља општи став југословенског законодавства и одговара политици наше државе о међународној сарадњи и активној мирољубивој коегзистенцији."[48]

Констатација је доста афирмативна али не налази потврду у Уставу од 1946. и Уставном закону од 1953. године. Тада и касније износе се примери са прописима (о парничном и кривичном пос-

45 Видети како Комисија за тумачење закона Народне скупштине ФНРЈ тумачи члан II Уговора о трговини и пловидби између Србије и Уједињених Држава Америчких, закљученог 2–14. октобра 1881. године, и члан 5 Споразума између влада САД и ФНРЈ о новчаним потраживањима САД и њихових држављана, закљученог 19. јула – 3. августа 1953. – *Службени лист ФНРЈ*, 31/1953; Ближе: С. Ђорђевић и др. *Грађа међународног јавног права*, стр. 118, 119.

46 М. Милојевић, *ор. сіт.*, стр. 149, 163. – Аутор износи да је по Уставу Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 1921. („Видовдански устав"), кад је реч о заштити мањина, „признат примат међународног уговора над свим унутрашњим правним актима осим над Уставом". По њему, изгледа да је ово решење изузетак, јер је Југославија у начелу уговоре изједначавала са законима иако су се њени устави и други акти о томе ретко изјашњавали.

47 *Архив за правне и друштвене науке*, 2–4/1958. – Посебне оцене, ставове и податке о овом питању пружили су реферати: С. Аврамов, „Примена међународног права у унутрашњем праву ФНРЈ", стр. 512–521; И. Пухан, „Примена међународног права у унутрашњем праву ФНРЈ", стр. 521–528. – Такође кореферати В. Иблера, Н. Катичића и Е. Pallua-e, *Наша законитост*, 11–12/1957. – Дискусија о овој теми на поменутом конгресу пружила је сложену слику проблема и много података (В. Батавељић, J. Andrassy, М. Јездић, Н. Катичић, Р. Лукић, К. Бетван, С. Аврамов и др. – *исто*, стр. 701–711.

48 *Архив за правне и друштвене науке*, 2–4/1958, стр. 190. У закључцима је указано на потребу да се прецизира процедура по којој међународни уговори постају примењиви у унутрашњем поретку, и препоручено је да се питање односа међународног и унутрашњег права даље проучава.

тупку; о држављанству; о прелажењу државне границе и кретању у граничном појасу; о путним исправама; о легализацији исправа у међународном промету; о кретању и боравку странаца; о извршењу кривичних санкција; о општем управном поступку; у кривичним законима и законицима; и у другим областима као што су наследство, саобраћај итд.) у којима се врши позивање на одредбе међународних уговора и правила међународног права.[49] Исти је случај и са примерима из судске праксе.[50]

Непосредну примену међународног обичајног права имали смо у пракси Суда за поморски ратни плен у Сплиту, непосредно после Другог светског рата. У Закону о оснивању и надлежности Суда за поморски ратни плен од 1946. године предвиђено је:

„При доношењу пресуде Суд ће се руководити постојећим међународним уговорима, општепризнатим начелима и обичајима међународног права."

Исти случај је и са Законом о поморском плену и ратном плену на мору од 1964. године.[51]

Бележимо такође својевремено предложен југословенски Нацрт Декларације о правима и дужностима држава, од 1951. године (који се касније у Југославији није појављивао у том облику), у чијем члану 22 је стајало:

„Свака држава је дужна да у доброј вери извршује своје обавезе које проистичу из уговора и других извора међународног права и не може се правдати прописима свог устава или законодавства за неиспуњавање ове дужности."[52]

---

49 С. Ђорђевић и др., *Грађа међународног јавног права*, стр. 123–128; М. Милојевић, *ор. cit.*, стр. 172, 173. – У многим овим примерима садржане су одредбе о непосредном примењивању међународног права.

50 С. Ђорђевић и др., *Грађа међународног јавног права*, стр. 119–123. – У многим од наведених судских одлука непосредно се примењују одредбе међународног уговора. Такође, примери који су наведени код С. Аврамов, *ор. cit.*, стр. 514–518. 520.

51 С. Новаковић – С. Ђорђевић, „Иностранн и југословенски судови за поморски плен", *Југословенска ревија за међународно право*, 2/1969, стр. 286, 287. Од истих писаца: „Пракса Југословенског суда за поморски плен", *ЈРМП*, 1/1970, стр. 136. Позивање на међународно обичајно право и „општа правна начела која признају просвећени народи" имамо у пресуди бр. 9 од 1946. године, у вези са запленом рибарске коче „Artiglio". Тај део одлуке суда гласи: „Југославија није пришла овој конвенцији [XI хашка конвенција од 1907. – примедба С. Ђ.] и њу конвенција као један међународни уговор, који она није потписала, не може правно везивати. Али одредбе ове конвенције нису ништа друго до нека врста кодификације већ постојећих обичаја међународног поморског ратног права, и као усвојени међународни обичај Суд сматра да везује и оне државе које овој конвенцији нису пришле." – У жалбеном поступку, Врховни суд ФНРЈ у образложењу пресуде позвао се на општа начела међународног поморског ратног права.

52 М. Бартош, *ор. cit.*, стр. 468. – С обзиром на карактер Нацрта Декларације, који је остао само предложени текст, ово навођење нема посебног значаја за њено позитивно важење.

Подршку гледиштима о првенству међународног права у односу на унутрашње, пружила је одредба у члану 137 „Преднацрта Устава ФСРЈ од 1963. године, која касније није прихваћена нити унета у Устав СФРЈ од 1963, као ни у онај каснији од 1974. године. Та одредба је гласила:

„Закони и други прописи морају бити у складу с међународним обавезама Федеративне Социјалистичке Републике Југославије.

Међународни уговори и други споразуми који су ратификовани и ступили на снагу примењују се непосредно од стране судова и других органа."

У коначном тексту Устава од 1963. године напуштен је први став, а други је формулисан тако да се међународни уговори „примењују непосредно од стране судова" (без оног додатка „и других органа"). Истоветан текст је садржан и у Уставу СФРЈ од 1974. године.

У југословенској доктрини писци су се својевремено увек враћали на став 1 члана 137 из поменутог Преднацрта када је била реч о односу унутрашњег и међународног права, пошто је ова одредба изричито давала предност међународним уговорима у односу на наше законе и друге прописе.[53]

Уводни део Устава СФРЈ од 1974. године прописивао је да Југославија „испуњава своје међународне обавезе" и да се залаже „за поштовање општеприхваћених међународних права" (Основна начела, одељак VII). Других ближих одредаба о односу унутрашњег

53 Посебно садржајне а у исто време интересантне закључке у вези са текстом члана 137 Преднацрта Устава изложио је Р. Лукић у већ поменутом раду: „Преднацрт Устава и међународно право", *ЈРМП*, 3/1962, стр. 401–408. Насупрот шире прихваћеном гледишту, посебно од писаца у области међународног права, Р. Лукић је изнео став да је овим преднацртом само предвиђено изједначење међународног права са унутрашњим правом. Други писци из позитивних наука такође су заступали гледиште да су правила међународног и унутрашњег права исте вредности, или се пак уговори изједначују са актима у чијем облику су ратификовани. Ближе: М. Милојевић, *op. cit.*, стр. 166. За С. Аврамов, став 1 члана 137 Преднацрта Устава исказује само начелно примат међународном праву, али је то обавеза коју, по њеном мишљењу, преузимају законодавни органи а не судски и извршни; за њих, међународни уговори и унутрашњи прописи имају исту правну снагу, а у случају сукоба спор треба решавати у специјалном поступку пред уставним судом („Однос међународног и унутрашњег права у Преднацрту Устава", *Архив за правне у друштвене науке*, 3–4/1962, стр. 548, 549). По Н. Катичићу, напуштањем става 1 члана 137 Преднацрта Устава, допушта се могућност да накнадни закон може у унутрашњем праву дерогирати старији уговор. Ово свакако мора јасно произлазити из закона, али то, наравно, не може утицати на међународноправну обавезаност Југославије тим међународним уговором ако је он и даље на снази („Нека питања у вези са уставним прописима о примјени међународних уговора", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2–4/1963, стр. 221). Ж. Матић сматра, упркос изостављању одредбе која се налазила у члану 137, став 1 Преднацрта Устава, „сваки закон или нижи пропис, који би био супротан међународном уговору, противуставним" („Каснији закон противан раније међународном уговору и Устав СФРЈ", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3–4/1966, стр. 340).

и међународног права, из којих би се могли извлачити чврсти закључци, у поменутом Уставу нема. Насупрот благој тенденцији ка првенству међународног права над унутрашњим правом (које се више теоретски брани него што се у пракси изражава) стоји друго гледиште да нема аутоматског првенства одредаба међународног уговора над унутрашњим прописима у истој форми (закон, уредба). Првенство међународног права доводи се још више у питање ако је међународни уговор ратификован уредбом у односу на неки раније или касније донет унутрашњи закон (познат је у југословенској пракси случај са Конвенцијом о праву уговора од 1969. године). Међународни уговори нису по својој садржини исти. Неки од њих се не примењују непосредно од стране судова и других органа, други садрже само оквирне прописе на основу којих се доносе прописи за спровођење, а трећи се могу непосредно примењивати.[54]

Уставни суд Југославије је у једном мишљењу (не у виду одлуке) 1981. године порицао међународним уговорима карактер „посебних закона". Њихово место у правном систему СФРЈ и однос према законима, другим прописима и самоуправним актима, ценио је према врсти односа које уређује, „према њиховој сагласности са Уставом и према акту о ратификацији, донесеном од стране надлежног органа". По том мишљењу „нису прихватљива схватања да међународни уговори имају примат у правном систему СФРЈ".[55]

Насупрот овоме ставу, у припремним радњама за измену тада постојећег и сада важећег Закона о закључивању и извршавању међународних уговора, од 1978. године, када је предлагано укључивање нове одредбе, било је залагања да међународни уговори правно једнако обавезују без обзира на форму у којој су ратификовани, и инсистирало се на томе да одредбе међународних уговора имају апсолутну предност над унутрашњим прописима.[56] До измене поменутог закона до сада није дошло.

---

54 М. Митић, „Проблеми закључивања и извршавања међународних уговора и њихово законско регулисање", *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1978, стр. 545–557. Такође: К. Обрадовић, „Извршавање међународних уговора у југословенском правном поретку", *Велики правни приручник*, св. 2, 1972, стр. 1256; М. Булајић, „Међународни уговори и правни систем СФРЈ (питања из праксе)", *ЈРМП*, 1–3/1983, стр. 178, 179; М. Милојевић, *op. cit.*, стр. 170–172.

55 Уставни суд Југославије, бр. СУ 50/11–81. од 3. јуна 1981.

56 *Службени лист СФРЈ*, 55/1978; М. Митић, „Међународни уговори и правни систем СФРЈ", Институт за међународну политику и привреду, *Годишњак* 1981/1982, стр. 213–226; Б. Вукас, „Међународни уговори у односу према Уставу СФР Југославије, савезним и републичким законима", *ЈРМП*, 1–3/1983, стр. 90–101. – Писац, после прегледне анализе, указује да су уставна правила у овој материји о односу унутрашњег и међународног права, необично кратка и недовољно јасна; такође, да су југословенски писци о монизму и дуализму различитих гледишта и без коначног одговора. Од истог писца види и један ранији текст из ове области (Б. Вукас, „Однос унутрашњег правног поретка према правилима међународног права по Уставу СФР Југославије од године 1974", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2–3/1974, стр. 241–251).

У ранијој југословенској законодавној пракси тежило се томе да не дође до несагласности унутрашњих прописа са раније преузетим међународним обавезама, будући да је исти орган (тј. Скупштина СФРЈ) доносио законе и ратификовао одређену врсту међународних уговора предвиђених уставом. Ипак, на такве несагласности се морало рачунати и оне су биле могуће – било зато што је међународне уговоре ратификовало и Савезно извршно веће (Влада); било зато што има и међународних уговора и обавеза пре Другог светског рата који су прешли на СФРЈ путем међународноправног континуитета југословенске државе; или, пак, због различитог поимања и тумачења неких одредаба међународних уговора и других извора међународног права (међународни обичаји, општа правна начела, евентуално једнострани правни акти, одлуке међународних организација и др.). У вези са евентуалном несагласношћу међународних уговора, с једне, и савезних и републичких законских и других прописа, с друге стране, упућивало се у доктрини на то да решења треба тражити или у изменама закона и других унутрашњих прописа или у покретању измене односно отказа међународних уговора; то јест наглашавано је да је за ову врсту спорова надлежан Савезни уставни суд, мада то није изричито произлазило из уставних одредаба на снази.[57] Заузимано је опште становиште да се непоштовањем одредаба међународних уговора, без обзира на своје унутрашње прописе, држава излаже међународној одговорности. Поједине одлуке Савезног уставног суда само су се спорадично дотицале односа унутрашњег и међународног права.[58] Иначе, у доктрини се износило мишљење да, уколико би дошло до спора у овој области, одлуке Уставног суда Југославије имају општи значај за праксу.[59]

57 С. Ђорђевић, „Међународни уговори и унутрашње право СФРЈ", *ЈРМП*, 3/1987, стр. 445–449. – Покаткад је долазило до интервенција у унутрашњим прописима, будући да извесно квалификовање доводи до нејасноћа и несагласности са одредбама у међународним конвенцијама и другим актима који су обавезивали Југославију (случај са квалификацијом о „политичкој подобности", посебно у законима о високом школству, и одговарајуће одредбе међународних аката МОР-а, или одредбе тзв. самоуправног права у односу на неке међународне акте Југославије. Одредбе о „политичкој подобности" морале су бити замењене одговарајућим квалификацијама које нису супротне или нису у несагласности са преузетим међународним обавезама Југославије).

58 М. Милојевић, *op. cit.*, стр. 176–179. – После концизне анализе неколико судских одлука, писац констатује да је досадашња пракса уставних судова у Југославији доста оскудна за поузданије закључке о примени међународног права. Излаже да је Уставни суд Југославије само један унутрашњи акт укинуо због несагласности са међународним уговором (Договор о коришћењу сливова Дрине и Мораче у односу на Конвенцију о заштити светске културне и природне баштине – *Сл. листи СФРЈ*, 56/1974).

59 А. Магарашевић, „Општеприхваћене норме међународног права у правосуђу Уставног суда Југославије", *ЈРМП*, 3/1979, стр. 79–91.

14. Устав СРЈ од 27. априла 1992. године[60] садржи неколико одредаба које су од посебног значаја за предмет овог рада. Реч је пре свега о члану 16, који гласи:

„Савезна Република Југославија у доброј вери испуњава обавезе које произлазе из међународних уговора у којима је она страна уговорница.

Међународни уговори који су потврђени и објављени у складу са Уставом и општеприхваћена правила међународног права саставни су део унутрашњег правног поретка."

Иако оваквих одредаба има и у уставима других земаља, о чему је већ било речи, оне још не дају изричит одговор о првенству међународног права над унутрашњим правом. Уочљива је чињеница да у саставни део унутрашњег права Устав СРЈ убраја и „општеприхваћена правила међународног права", што значи да поред међународних уговорних одредаба он иде и даље, проширујући свој унутрашњи правни поредак овим назначеним правилима. Ово чини новину у односу на досадашње југословенске уставе.

Много изразитији став, и то први пут у уставној историји Југославије, представља садржина члана 124 Устава СРЈ, по коме Савезни уставни суд одлучује:

„[...]

2) о сагласностима закона, других прописа и општих аката са Уставом Савезне Републике Југославије и са потврђеним и објављеним међународним уговорима."

То је дало повода да се у предговору Устава СРЈ закључи:

„...међународни уговори Југославије имају приоритет у односу на законе, друге прописе и опште акте, с обзиром да морају бити у сагласности са потврђеним и објављеним међународним уговорима."

Такве изричите одредбе није било у југословенским уставима до данас, па се тек сада може закључити значајан напредак у корист елемената теорије првенства међународног права над унутрашњим правом. У првобитном предговору, раније објављеном, отишло се и даље: изнето је мишљење да се нови Устав СРЈ из 1992. године „...определио за тзв. монистичку концепцију, по којој правила међународног права имају првенство у односу на унутрашње право. То због тога што, сагласно новом Уставу, потврђени и објављени међународни уговор има снагу јачу од закона и што нови Устав не предвиђа да је Уставни суд надлежан да оцењује

60 *Службени лист Савезне Републике Југославије*, 1/1992. – Објављено „у доброј мери" уместо „у доброј вери" – штампарска грешка.

сагласност потврђеног и објављеног међународног уговора са Уставом Савезне Републике Југославије."[61]

Оба закључка су интересантна. Док је први очит, у другом се само констатује да за ту врсту спорова није предвиђена надлежност Уставног суда Југославије, али се из тога не може закључити хијерархијско првенство одредаба међународних уговора и над Уставом земље. Пракса ће показати у ком смеру ће се кретати примена ових уставних одредаба о односу унутрашњег и међународног права.

Иначе, последњих година, у вези са припремама за усаглашавање постојећег Закона о закључивању и извршавању међународних уговора са Уставом СРЈ (у оквиру Правног савета Владе СРЈ) било је извесних иницијатива и предлога о утврђивању првенства међународног права над унутрашњим правом, али и мишљења која су то оспоравала.

У једном од најновијих радова који додирује проблем унутрашњих прописа Југославије и међународног права,[62] није разумљиво зашто се аутор не дотиче поменуте одредбе Устава СРЈ, која по први пут на овакав начин регулише однос одредаба међународних уговора и унутрашњег законодавства. Мислимо да би, у циљу потпуности а самим тим и објективности, било упутније да се примерима покаже у којим то земљама одредбе међународних уговора стоје изнад устава државе. С друге стране, да се у случају Југославије примерима из досадашње судске и друге праксе и доктрине потврди да се унутрашњим законима Југославије давало првенство у односу на одредбе међународних уговора, без обзира на време доношења закона односно ратификације међународних уговора. У овом раду наводи се, чак, да „СРЈ стоји на становишту да су Устав Југославије и домаћи закони јаче правне снаге од правила Међународног права", што се не поткрепљује чињеницама бар када је реч о домаћим законима. Аутор се одлучно залаже за апсолутно првенство међународног права над унутрашњим правом

61 Устави СРЈ, Републике Србије и Републике Црне Горе (предговор: В. Кутлешић); такође: Устав СРЈ, напомене приређивача (Р. Марковић – В. Кутлешић), Београд 1992. – Од других значајнијих одредаба Устава од 27. априла 1992. навешћемо и одредбу члана 10, у којој пише: „Савезна Република Југославија признаје и јамчи слободе и права човека и грађанина које признаје међународно право." А у члану 11 стоји: „Савезна Република Југославија признаје и јамчи права националних мањина на очување, развој и изражавање њихове етничке, културне, језичке и друге посебности, као и на употребу националних симбола, у складу са међународним правом."

У том смислу такође наводимо и општепознато правило исказано у члану 27 Бечке конвенције о праву уговора од 1969. године: „Једна страна уговорница не може се позивати на одредбе свога унутрашњег права да би оправдала неизвршење уговора." А затим се у истом члану додаје: „Ово правило је без утицаја на члан 46" (члан 46 Конвенције о праву уговора од 1969. односи се на прописе унутрашњег права о надлежности за закључење угвовора).

62 К. Обрадовић, „Унутрашњи прописи Југославије и међународно право", *ЈРМП*, 1–2/1996, стр. 281–293.

и у том циљу наводи многобројне примере из међународне судске и друге праксе.[63]

У наведеном раду се доказује да је у случајевима односа отцепљења (сецесије) неких југословенских република од заједничке државе СФРЈ и начела о самоопредељењу народа, међународноправног континуитета југословенске државе и правне основаности Међународног кривичног трибунала за претходну Југославију, односно обавезе изручења Трибуналу лица осумњичених за ратне злочине и злочине против човечности – у СРЈ дато првенство унутрашњем праву над међународним правом. Међутим, могу се такође навести радови других аутора, и домаћих и страних, који пружају супротну аргументацију и закључке.[64]

63 Чак и у случају СР Немачке, чији је члан 25 Устава најдаље отишао у погледу хијерархијског односа између правила међународног права и унутрашњег законодавства (како смо то већ навели), доношењем Закона о сарадњи са Међународним трибуналом за претходну Југославију, 1995. године, парламент ове земље омогућио је да њене власти Међународном трибуналу могу да изруче само стране држављане а не и држављане СР Немачке, иако текст закона нигде не прецизира да су у питању само странци. Став је Владе и Парламента: све док се, евентуално, не промени немачки устав, нема изручења немачких држављана страним судовима, па ни Међународном трибуналу. (Ближе: М. Митић, *Међународно право у југословенској кризи*, Београд 1966, стр. 41–51). – К. Обрадовић (*op. cit.*, стр. 289–292) наводи више примера из међународне судске и арбитражне праксе као и ставова држава, пре и после Другог светског рата, у којима је „заступљено становиште у корист примата међународног права над унутрашњим, па и уставним одредбама". Неки примери су већ наведени, а овде преузимамо још два: став из члана 4 Нацрта о међународној одговорности држава да се поступак неке државе „може квалификовати као међународни противправни чин искључиво према правилима међународног права, а он ће таквим остати чак и ако се према унутрашњем праву има ценити да је правно ваљан"; и став познатог енглеског писца G. Pitmaurice-a изражен на Хашкој академији за међународно право да „начело према коме држава не може да се позива на одредбе (или празнине) свог устава у циљу непоштовања својих међународних обавеза... представља један од великих (фундаменталних) принципа међународног права, којим је прожет систем у целини и који се примењује у свим његовим гранама". По К. Обрадовићу, питање примата међународног права је „неспорно до те мере да о њему – међу зналцима – заиста не вреди трошити речи". Ово гледиште се заснива на основу међународноправне доктрине, али не и писаца унутрашњих правних дисциплина, било наших било страних.

64 Види: М. Митић, *Међународно право у југословенској кризи*, Београд 1996, стр. 19–156, 169–182. – Аутор, мирно и разложно, користећи свестрано домаћу и страну литературу, ставља на тапет и на пластичан начин показује „како је међународно право, примењивано или чак и стварано од стране међународне заједнице, реаговало на југословенски случај и да ли преседани, начињени у овој ситуацији, представљају путоказ ка даљој консолидацији међународног права и његовог 'примењивача', или указују на озбиљне слабости међународноправног поретка да одговори на овај и сличне изазове и проблеме". – Овде наводимо и чланак М. Шаховића: „Распад СФРЈ и стварање нових држава", на који се такође позива К. Обрадовић, у коме се на један продубљени начин расправљају нека од наведених питања, али, пре свега, у склопу еволуције, садашњег стања и природе међународноправних норми и института којима се регулише настанак и нестанак држава, као и односа унутрашњег и међународног права (*Међународно право и југословенска криза*, зборник радова, Београд 1996, стр. 14–47). – Обе наведене књиге изашле су исте године, независно једна од друге, али са различитим ставовима о неким питањима.

С обзиром на карактер рада, овде се нећемо упуштати у непосредну расправу о поменутим проблемима. Узгред ћемо споменути само неке чињенице које дају потпунију слику. Рецимо: да је СРЈ и даље везана свим двостраним и вишестраним међународним уговорима СФРЈ, што није случај са отцепљеним југословенским републикама, или да су дипломатска представништва и мисије претходне Југославије у читавом свету наставила са делатношћу као дипломатска представништва и мисије СРЈ, тј. да нису успостављени нови дипломатски односи са СРЈ, као што је то случај са новим државама на тлу претходне Југославије. Не могу се пренебрегавати те чињенице о међународноправном континуитету једне државе. Такође, мало је познат случај када је један високи функционер САД у УН наметнуо правној служби УН став да повуче своје већ издато мишљење о међународноправном континуитету СФРЈ и СРЈ у области међународних уговора чији је депозитар ОУН.[65] Све ово има везе са политичким притиском који се врши на СРЈ, а не са међународним правом.

Сличне примедбе се могу дати и за признавање територијалног интегритета државе на основу Повеље УН у односу на начело самоопредељења народа и отцепљење (сецесију) појединих делова те државе, тј. разбијање СФРЈ од унутрашњих и спољних снага.[66]

То исто важи и за правну основаност стварања Међународног кривичног трибунала за претходну Југославију, односно оснивања судских органа од стране Савета безбедности, на основу Главе VII Повеље УН, који су у служби његових политичких функција и то као његов помоћни орган (члан 29 Повеље УН). Па зар креатори Трибунала нису могли, ако су хтели, да се обрате Међународном суду правде за саветодавно мишљење о

65 М. Митић наводи „Преглед праксе генералног секретара УН као депозитара вишестраних уговора", у којој се изједначује положај Русије (раније СССР) и СР Југославије у погледу међународноправног континуитета. На сцену ступа гђа М. Олбрајт, тражећи од правне службе УН да повуче овај део публикације, са објашњењем да то није никакво „мешање". Следила је исправка већ следећег дана и повучен је поменути став публикације (*op. cit.*, стр. 179, 180). – К. Обрадовић (*op. cit.*, стр. 292), не прихватајући међународноправни континуитет југословенске државе, додаје да нам је Хрватска, „штавише, признала и тај толико жељени континуитет..."

66 М. Бузаџић, „Сецесија бивших југословенских република у светлости одлука Уставног суда Југославије", *Збирка докумената* са Уводном расправом, Београд 1994, стр. 1–284. – Интересантно је овде поменути двоструки стандард Савета безбедности и САД кад су у питању побуне и догађаји у Чеченији у оквиру Русије данас, као и многи други примери. Свакако би став САД био другојачији да се свет и међународна заједница налазе још у доба биполаризма.

овом превасходно правном питању, користећи за то могућност коју им даје Повеља УН, утолико пре што је правна основаност стварања Трибунала на овакав начин била спорна од почетка па све до сада. Друго је питање обавеза кажњавања починиоца ратних злочина и злочина против човечности у оружаном сукобу на тлу претходне Југославије, којих је било, нажалост, на свим странама у овом грађанском, унутрашњем сукобу. То важи и за све друге оружане сукобе. Надлежност Међународног кривичног суда не сме бити временски ограничена и територијално омеђена по укусу најутицајнијих и најјачих сила у свету, што им служи као политичко средство владања по новом светском поретку. Правда не може бити ни „слепа" ни „специјална".[67]

Није међународно право све оно што одлучи Савет безбедности и поједини центри политичке, економске и војне моћи држава. Нови светски поредак, који се ствара и наговештава, те и само међународно право морају да имају много ширу основу од диктата и премоћи појединих светских сила и њихових интереса.[68]

---

67 Наведимо само неке различите стандарде: САД су скоро три деценије одбијале изручење Југославији А. Артуковића, једног од највећих усташких ратних злочинаца у Другом светском рату; у вијетнамском рату погинуло је три милиона људи, од којих су многи били цивилно становништво, од америчког бомбардовања северновијетнамских градова; спречено је стварање међународног кривичног суда за лица која су починила ратне злочине у рату у Заливу у случају агресије Ирака на Кувајт и са стране Ирака и са стране САД; изостављено је кажњавање за злочине против мира у Статуту Међународног кривичног трибунала за претходну Југославију, што није случајно. Ту би се нашли многи из оних земаља које су биле врло активне у захтевима за кажњавање (САД, Немачка, Аустрија и др.). Све ово важи и за друге оружане сукобе који су се десили после Другог светског рата (Алжир, Вијетнам, Авганистан, Фокландска острва, Панама, итд.).

68 Сигурно ће нас у будућности, путем успомена или на други начин, обавестити ондашњи генерални секретар УН Б. Б. Гали (а и други судеоници), иначе интернационалиста, писац по вокацији, који је спречен за други мандат у УН, обавестиће нас о стварању новог светског поретка и, с тим у вези, о догађајима у овом страшном сукобу на тлу претходне Југославије: волшебни нестанак извештаја снага UNPROFOR-а генералном секретару УН о догађајима у улици Васе Мискина у Сарајеву последњих дана маја 1992. (тако да извештај до Савета безбедности стиже после усвајања резолуције о санкцијама против Југославије 31. маја 1992. године); муслиманска одговорност за масакр на пијаци Маркале у Сарајеву фебруара 1994, кад је тај догађај искоришћен за притисак на српску страну (тада је погинуло 70 лица и било је много рањених; сви „ауторитети" били су обавештени, и то на време, али се за то сазнало 20 месеци касније); смењивање непоћудних службеника мировних снага УН и односи са снагама NATO-а; непосредно ангажовање појединих мировних снага УН и служби на једној зараћеној страни и кршење ембарга увоза оружја; диригована острашћена медијска кампања; итд. А шта рећи за поступак тужиоца Трибунала у вези са оптужбом против високих интендантских официра Републике Српске, генерала Ђ. Ђукића и пуковника А. Крсмановића, са изразитом политичком конотацијом, који је на крају доживео дебакл и остаје као негативна успомена за пристрасност Трибунала.

ЗАКЉУЧАК

Расправа о дуалистичкој и монистичкој концепцији о односу унутрашњег и међународног права, по нама, корисна је за правну мисао али не у сразмерној мери и за праксу, која је врло разнородна и разноврсна и тешко ју је подвести у теоријске оквире уобличавања и уопштавања. То посебно важи за почетне приступе у овим концепцијама, чији су значај и домашај, у битноме, већ исцрпљени, да не судимо престрого, превазиђени. Проблем вуче корене из изворног питања правне природе и основа међународног права и везан је са другим изведеним питањима која проистичу из овог основног.

Од почетне дуалистичке тезе (H. Triepel, D. Anzilotti) доктрина се све више удаљује или се прилагођава стварности (италијанска правна доктрина данас), а од решења која су браниле или за која су се залагале присталице монистичке тезе (H. Kelsen, A. Verdross, G. Scelle и многи други) још смо далеко, или су то, пак, више теоријске конструкције. Нормативистички правац монистичког приступа (аустријска школа чистог права) полази од тзв. основне норме и војује у корист првенства међународног права, али дозвољава алтернативно и могућност првенства унутрашњег права, зависно од избора. Овај став није добио ширу подршку ни приликом прокламовања, те је већ од првих следбеника коригован искључиво у корист првенства међународног права. Објективистички приступи – такође са монистичком тезом о првенству међународног права над унутрашњим правом – полазе од различитих филозофских, социолошких, политичких и правних становишта, доживљавају сталне допуне, и у различитим варијантама садрже објашњења која се доказују и данас.

Првобитни британски слоган „International Law is part of the Law of the Land" везан је за англосаксонску праксу, а она је под сталним утицајем тежњи ка садржинској промени, посебно ако је реч о односу са тзв. комунитарним правом садашњих европских заједница.

Разлике између самих привржених монистичке тезе покаткад су веће него оне што их деле од присталица дуалистичког приступа. Показује се да су унутрашње право, прецизније речено, унутрашњи правни пореци држава, с једне, и међународни правни поредак, с друге стране, два круга правила која се не само додирују већ и секу, и то непрекидно, било тако што се та правила поистовећују, било да су супротна једна другима (извори права; субјекти примене и тумачења права; поступак решавања спорова; одговорност и др.).

Дуалистичка теорија инсистира на томе да не може бити сукоба између норми двају различитих система, унутрашњег и међународног, који су независни и самостални. По њој, ова два система не регулишу исте друштвене односе; различити су им корисници и субјекти, те сваки систем има своје поље примене. Посебним поступком се једно правило из једног система уводи у други; један систем регулише међудржавне односе (међународни), а други односе међу појединцима (унутрашњи); итд. За дуалисте, спор се, упрошћено, ако је настао међу државама, решава пред међународним судом, а ако је међу појединцима у оквиру унутрашњег права, онда је пред националним судом.

Монистичка теза пориче ове разлике и њихову правну основаност, даје им супротно значење и то, успешно или мање успешно, праксом доказује. Не може се просто занемарити да је постојање сукоба између ова два система норми могуће и неспорно. У доктрини су изражена мишљења којима се само делимично подржава једна или друга теорија, а траже се одговори у прожимању, тј. еклектичком спајању најбољих решења оба приступа, решења која су сагласна међу собом и која одговарају стварности, за шта се и аутор овог рада изјашњава.

Док присталице дуалистичке теорије прати незаинтересованост за систем хијерархије унутрашњих и међународних норми, пошто одбијају јединство ових двају различитих правних система, то за присталице другог приступа, монистичког, постоји само јединствени правни поредак, који даје потврду и оправдање за хијерархију норми.[69]

Свака држава има свој систем усвајања правила међународног права и не постоји општи принцип по којем се она уводе у унутрашњи правни поредак. На снази су и владају системи различитих и широких скала примене међународног права у државама: од строгог увођења у живот правила међународног права посебним актом, по унапред предвиђеном поступку, до непосредне њихове примене од стране судских и других органа државе и појединаца, без посебног унутрашњег акта који би то налагао и којим би ова међународна права и обавезе били прихваћени. Значи, постоји свакодневно прилагођавање међународном правном систему начела и правила, који још није целовит, пун је празнина, недовољно је јединствен, и стално је у развоју и изградњи, укључујући и регионалну различитост. Непотребно је и сувишно сада говорити

69 N. Q. Dihn, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, pp. 93, 95. – Писци приписују дуалистичкој тези одбрану класичне теорије о парламентарној суверености и светости закона, као и правни национализам унутрашњих правних поредака; а монистичкој, пак, на рачун суверености, успешнију међународну узајамност и довођење у склад права наклоњеног појединцима.

о потпуном и брзом ишчезнућу свих несавршености садашњег општег међународног права, па и очекивати да ће оно једног дана прерасти у „светско" право, тј. унутрашње право једне међународне заједнице, како наговештавају неки теоретичари. Самим тим, излишно је објашњавати приступ односу унутрашњег и међународног права. Да не предвиђамо ни далеку будућност потоњих генерација, нити односе изван наше планете.

Заузимање за овај или онај правац (монизам или дуализам) не пружа још доказе о напредности или правилној научној заснованости избора, односно о правом одговору на питање односа између правила унутрашњег и међународног права, тачније речено, корпуса правила општег међународног права и правила различитих унутрашњих правних поредака. Постоје многи технички проблеми у вези са преузимањем правила међународног права у унутрашње правне поретке, као и различити приступи изради норми међународног права и њиховој правној снази и др. Из тих разлога писци се уздржавају да пруже безрезервну подршку дуалистичкој или монистичкој концепцији; не опредељују се ни за једну ни за другу (међу такве спада и аутор овог рада) већ подржавају елементе једне или друге, зависно од конкретног случаја, а траже решења и ван оквира обеју концепција.

Ранија схватања да је свака држава апсолутно суверена и правно неограничена, што је одавно прошлост, дошла су у сукоб са садашњим стањем да не постоји апсолутни суверенитет држава. Све су оне ограничене међународним правом у смислу његових извора, како је то формалноправно најбоље изложено у члану 36 Статута Међународног суда правде од 1945. године, уз додата правила ius cogens, тзв. *принудне норме, истина досад још неутврђене поименце по садржини. Из односа према начелу суверенитета држава настао је и проблем односа унутрашњег и међународног права.*

Субјекти међународног права (државе, међународне владине организације, а делимично и неке друге, евентуално и појединци и друге целине, ослободилачки покрети у ограниченом обиму и др.) у међусобним односима примењују изворе међународног права. Унутар држава се примењују извори унутрашњег права, а и међународни, у оној мери у којој су укључени у унутрашњи правни поредак, било посебним унутрашњим правним актом било да се поштују и непосредно примењују (општа правна начела и правила међународног права, међународнообичајна правна правила и др.), о чему одлучује сваки унутрашњи правни поредак. За међународне судске органе унутрашњи прописи су само „просте чињенице". Засад нема општег правила о првенству међународног права над унутрашњим правом, тј. проблем хијерархије норми не поставља се код зачетника дуалистичке теорије пошто тај сукоб норми за њих не постоји. Међутим, државу не могу ослободити одговорности њени унут-

рашњи прописи уколико су у несагласности са њеним прихваћеним међународним обавезама. Уставни прописи и законодавство државе могу предвидети да у спорним ситуацијама несагласности правила која проистичу из међународних уговора и других извора међународног права са прописима унутрашњег права, укључујући, истина ретко, и устав дате земље – имају првенство ови први. То није опште правило у свим државама, а поготово се ово првенство не прокламује тако генерално. Али, има и државних правних поредака (таква мишљења посебно заступају теоретичари унутрашњих правних дисциплина) који несагласности ових двају система норми (тј. несагласности између унутрашњих прописа, најчешће закона и подзаконских аката, с једне, и одредаба међународних уговора које су ратификоване и уведене у правни поредак дате земље, с друге стране) решавају по основу општих правила о хијерархији норми, а њихову правну снагу начелно изједначују (lex posterior legi priori; виша је снага закона у односу на подзаконске акте уколико су међународноправни акти уведени у унутрашњи правни поредак нижим актом од закона и др.). Спорови се решавају од случаја до случаја, а одговори зависе од правног поретка државе у питању.

Некад норме унутрашњег права могу да иду испред у односу на постојеће опште међународноправне норме (права појединаца у скандинавским земљама, или својевремено у СФРЈ права тзв. народности и мањина у односу на правила из исте области у важећим међународноправним актима и др.). Међутим, постоје и многобројни примери у пракси, а и у законодавствима неких земаља, који иду у супротном смеру, и они су много чешћи (апартхејд и, својевремено, други прописи у Јужноафричкој Републици у односу на правила међународног права о расној недискриминацији; неодговарајућа заштита мањинских група данас у многим земљама и др.). Међународни односи и међународноправна правила изазивају одговарајуће промене и утичу на унутрашња законодавства, али и обрнуто, истина много ређе (нпр. Међународна организација рада и њена делатност, и њен утицај на унутрашње прописе о радном и социјалном законодавству држава и др.). Постоји упоредни утицај. Најважније при свему томе је каква је садржина норми у оба правна система; које су државе, односно снаге учествовале у њиховом стварању и доношењу, које од тих норми имају преовлађујући утицај и како се примењују.

Првенство међународног права у односу на унутрашња законодавства и прописе потврђено је у међународној судској пракси, а то гледиште је углавном заступљено и у међународноправној доктрини. Тврди се да „међународно право може да постоји само уколико се призна његово првенство у унутрашњем праву". То није случај ако је реч о судској пракси разних држава, о ставу писаца унутрашњих правних дисциплина, као и о понашању држава у

међусобним односима. У пракси држава постоји непрестани сукоб између унутрашњег и међународног права, зависно од државе у питању. Не потврђује се увек првенство међународног права. Многобројни су национални судови који ни данас међународним уговорима и осталим правилима међународног права не признају првенство у односу на унутрашње законодавство, будући да таква изричита одредба није уписана у устав дате земље. Државе су правилима међународног права хабилитоване за своје поступање у међународним односима преко својих устава. Чак ни код свих мониста није нужно да њихове тезе воде до првенства међународног права. Изузетно, раније, залагање за првенство унутрашњег права над међународним правом практично би довело до порицања постојања међународног права. Такав је случај са тумачењем да је међународно право „спољно јавно право" сваке државе, тј. истиче се супериорност унутрашњег права за сваку државу посебно. Та теорија је напуштена. Нема никакву подршку у међународној јурисприденцији, али има практичну примену у односима међу државама.

Упоредо са оваквим ставовима, ефикасност норми унутрашњих правних система постоји независно од међународноправног поретка, што не значи да нема одговорности државе у оквиру примљене међународне обавезе. Ако једна унутрашња норма предвиди нешто што је супротно међународним обавезама државе, та околност не утиче, у начелу, на вредност те норме у унутрашњем правном поретку. Дејство међународног права само изузетно проузрокује признање незаконитости и поништење унутрашњег акта. У унутрашњем праву се спорови решавају на основу легалитета, а у међународном праву последица је само међународна одговорност држава (нпр. за штету). Унутрашњи прописи су пак гаранција ефикасности међународноправних правила. С временом све више јача тенденција која иде ка првенству међународног права, ка потчињавању унутрашњих правних поредака међународном, ка институционализацији таквих односа. А и систем међународних санкција се проширује.

Ова непрекидна, истина блага, тенденција ка апсолутном првенству међународног права над унутрашњим правом у пракси држава тиче се у првом реду одредаба међународних уговора у односу на унутрашње законодавство. Ово апсолутно првенство много је више изражено у међународној судској пракси. Међутим, то није постала општа стварност понашања држава, будући да се понашају пристрасно, утолико пре што је проблем у томе ко тумачи које је правило међународно а које није. Напуштено је становиште о првенству унутрашњих прописа над међународним правилима, а и првенство ових потоњих још зависи од унутрашњих правних поредака. У перспективи међународних односа је првенство међународног права над унутрашњим правом, за шта се опре-

дељује и писац овог рада. Њихова узајамна испреплетеност је свакодневица данашњих међународних односа.

Садашња Југославија, као и претходна, следи ову тенденцију према првенству међународног права. Посредно је то првенство изражено у најновијем уставном тексту из 1992. године (такве одредбе није било у досадашњим уставима Југославије). Међутим, ово првенство је ограничено само на одредбе међународних уговора у односу на законе. Следи пракса коју треба истраживати и која је најбољи судија.

Stevan Djordjević*

THE RELATIONSHIP BETWEEN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW

Summary

The author presents the initial idea of the dualistic and monistic theories with later supplements, based on extensive, foreign and domestic literature and also on international and internal cases. This also applies to the position regarding the priority of the body of rules of general international law, on the one hand, and the rules of internal legal systems, on the other. The work contains a broad selection of texts about the constitutions of many states about the relationship of national and international law, and it also presents a historical survey of the doctrine and practice of the Yugoslav state prior to and after the Second World War, including an analysis of the recent Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia of 1992.

The author believes the debate on the dualistic and monistic conceptions is useful for legal thought, but not in the same measure for practice, as well. Doctrine is moving farther and farther away from the initial, dualistic thesis, yet we are still far away from the solution to the monistic theory, or this rather involves theoretical constructions. National and international law are two circles that not only converge but constantly intersect each other; the existence of a conflict between these two systems of norms is possible and undisputed. The author advocates the eclectic combination of the best solutions of both theories, does not give his unreserved support either to one or the other theory, and also searches for a solution to the problem outside both conceptions.

According to the author, the precedence of international law over the national legislation of a state is fully accepted in international cases predo-

* Dr Stevan Djordjević, Professor at the Faculty of Law of University of Belgrade.

minantly in international legal doctrine, but is rejected in the views of writers on internal legal disciplines, in cases of internal law and especially in the behaviour of states in international relations. This moderately mild but persistent tendency towards the supremacy of international law over the national law of a state, primarily relates to the precedence of the provisions of international conventions over national legislation, but not always over the constitution of a given country. The future holds the prospect of an explicit and broader priority of international law, which the author himself advocates.

Like its predecessor, present-day Yugoslavia is following these general tendencies. The author especially highlights Article 124 of the current Constitution of the FR Yugoslavia, according to which the Federal Constitutional Court decides on the conformity of laws, other regulations and general acts with the Constitution of the FR Yugoslavia, and with ratified and published international conventions. Such a provision has not existed in Yugoslav constitutions till now, therefore it indirectly represents a step towards the precedence of international conventions.

Key words: *The Relationship between National and International Law. – National Law. – International Law. – Monistic Theory. – Dualistic Theory.*

Stevan Djordjević*

LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT INTERNATIONAL ET LE DROIT INTERNE

Résumé

Le problème de l'opposition entre le droit international et le droit interne a fait l'objet de l'une des plus grandes controverses ayant animé les débats en doctrine, depuis la création de l'Académie de droit international jusqu'à nos jours. Selon la thèse dualiste, le droit international et le droit interne sont deux systèmes juridiques distincts et donc séparés. Ce sont comme disait l'un des partisans (Triepel) de cette conception "deux cercles qui se touchent mais qui ne se superposent jamais". Par conséquent il ne peut exister de conflit entre le droit international et le droit interne. Selon la deuxième conception, dite moniste, le droit international et le droit interne forment une unité logique et par conséquent ces deux branches du droit ne représentent pas deux systèmes juridiques différents, mais des parties d'un système unique. C'est pourquoi, d'après les défenseurs de cette école de

* Dr Stevan Djordjević, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

pensée il est nécessaire de substituer à la théorie dualiste la conception moniste.

L'auteur constate qu'à l'heure actuelle la doctrine s'éloigne de la conception dualiste jadis dominante, sans atteindre pour autant tous les postulats de la thèse moniste. Ainsi si l'on peut dire que le droit international et le droit interne restent deux cercles séparés il faut préciser qu'il existe une zone d'interférence et que là, contrairement à la théorie dualiste, le conflit entre deux ordres juridiques est possible.

Un autre problème intimement lié au précédent c'est celui de la primauté de l'un des deux systèmes. Il est vrai que cette antinomie avait beaucoup moins d'importance pour les partisans de la conception dualiste que pour ceux qui soutenaient la thèse moniste. Alors que pour les premiers il s'agit de deux systèmes séparés et par conséquent indépendants l'un de l'autre, la question de préférence voire de la suprématie, à proprement parler ne peut se poser. Les deux ordres juridiques existent l'un à côté de l'autre comme deux sphères différentes. Par contre, pour les défenseurs de la thèse opposée c'est un problème majeur qui divise les monistes en deux camps: les uns soutiennent la préférence du droit international et les autres la primauté du droit interne.

C'est dans ce cadre que l'on peut observer une légère tendance en faveur du droit international. La thèse de la primauté de droit des gens est soutenue par l'opinion quasi-unanime de la doctrine des internationalistes, ainsi que par la jurisprudence internationale. En revanche, elle est fortement contestée par les spécialistes de droit interne, assez souvent par la jurisprudence des tribunaux nationaux, et chose curieuse, par le comportement des états dans les relations internationales.

Il est à noter que la Yougoslavie actuelle, comme d'ailleurs la précédente, reconnaît la primauté des clauses des conventions internationales, par rapport aux lois (mais pas par rapport à la Constitution) de droit interne. L'auteur, qui soutient lui-même la priorité du droit des gens, termine en exprimant son espoir que dans l'avenir la primauté du droit international va s'élargir et englober non seulement les conventions internationales mais encore l'ensemble des règles de l'ordre juridique international. En fait, tout dépendra du contenu et de la valeur des textes internationaux et c'est la jurisprudence des tribunaux qui en dernier ressort tranchera la question.

Les mots clés: *Droit international. – Droit interne. – Rapports entre le droit international et le droit interne. – Thèse moniste. – Thèse dualiste. – Primauté du droit internationale.*

UDC 616.314-089.28.001.34
(Изворни научни рад)

Јаков Радишић*

УГОВОР О ИЗРАДИ И УГРАЂИВАЊУ ЗУБНЕ ПРОТЕЗЕ

Уговор о изради и уграђивању зубне протезе веома је чест у свакодневном животу, али судска пракса и правна теорија неких европских земаља имају потпуно различите ставове о његовој правној природи. Писац овог рада излаже детаљно те ставове и налази у њима идеје које сматра прихватљивим и са становишта југословенског права. Сем тога, говори о садржини уговора о изради и уграђивању зубних протеза, о појму и врстама зубних протеза и о њиховој терапијској вредности.

Кључне речи: *Зубна протеза. – Уговор о делу. – Мане ствари. – Одговорност.*

А. УВОД

1. Међу најчешће болести које погађају савременог човека спадају, засигурно, и обољења стоматогнатог система. Она немилосрдно пустоше по човековој усној дупљи, расклимавају и уништавају његове природне зубе. Крезубост и безубост постале су неизбежна судбина огромне већине људи, и то не само у старијим годинама живота него и у млађем животном добу. Делимични или потпуни губитак природних зуба изискује њихову замену вештачким зубима, у облику протеза. Уграђивање зубних протеза представља неминовност јер су зуби орган за гризење и жвакање хране, а храна је услов живота.

2. Своју потребу за зубном протезом људи задовољавају склапајући са стоматологом уговор о изради и постављању зубне протезе. Услуга на коју се стоматолог тим уговором обавезује паци-

* Др Јаков Радишић, редовни професор Правног факултета у Крагујевцу, у пензији.

јенту има своје особености и није је лако обухватити класичним правним категоријама. Међутим, пракса је наметнула неизбежну потребу да се утврди правна природа уговора који међусобно закључују стоматолог и пацијент који жели да се лечи помоћу зубне протезе. Јер од природе тог уговора зависи одговор на питање шта бива у случају кад се испостави да уграђена зубна протеза не функционише како треба. Тачније, има ли стоматолог тада право на накнаду за свој труд и како решити проблем пацијентовог обештећења? Судска пракса и правна теорија неких европских земаља показале су да се правна веза између стоматолога и пацијента о којој је овде реч може ценити веома различито. То њихово искуство могло би, у извесној мери, бити од користи и југословенским правницима, па ћемо га зато у овом раду подробно изложити.

3. Међутим, проблем правне квалификације уговора о изради и уграђивању зубне протезе није могуће решити без претходног сагледавања његове садржине, тј. оних мера које је стоматолог дужан да предузме. Правнику као медицинском лаику те мере нису довољно познате, па их је зато потребно донекле разјаснити. Сем тога, ваља најпре дати кратко објашњење појма зубне протезе и њене терапијске вредности. Сва та питања изискују мању или већу обраду да би се схватио прави смисао и значај уговора о коме је овде реч.

Б. ПОЈАМ И ВРСТЕ ЗУБНИХ ПРОТЕЗА

1. Протезе уопште представљају направу која служи човеку као замена за изгубљени део тела, као што су, на пример, дрвене ноге, вештачки зуби и др.[1] Зубна протеза надокнађује нестале природне зубе. Под тим појмом у ширем смислу подразумевају се зубне круне, мостови, делимичне и потпуне или тоталне зубне протезе.[2] Тотална зубна протеза замењује све изгубљене зубе и припадајућа ткива једне или обеју вилица, док делимична или парцијална протеза замењује један или више зуба и њихова околна ткива.[3] Парцијалне протезе могу бити мобилне (покретне) или фиксне (непокретне). Мобилну протезу пацијент може сам стављати и вадити из уста ради одржавања хигијене усне дупље и саме протезе.[4] Насупрот томе, фиксна протеза је непокретна јер је

1 Радомир Алексић, *Речник страних речи и израза* (Београд, 1978), стр. 610.

2 *Стоматолошки лексикон* (главни уредник Владимир Лаптев), Загреб, 1990, стр. 331.

3 *Исто.*

4 Бранислав Бабић, *Клиничка протетика, парцијална протеза* (Горњи Милановац, 1990), стр. 20.

цементом неодвојиво везана за природне зубе, њихове коренове или имплантате.[5]

2. Вештачка круна зуба чини најмању протетску јединицу. То је навлака на зубу од метала или акрилата, односно порцулана. Њоме се лече зуби чије су природне круне, услед каријеса или несрећног случаја, разорене у толикој мери да је њихова трајна обнова путем пуњења постала немогућа.[6] Док мост подразумева фиксну замену једног или више зуба, којој као носачи служе природни зуби или њихови коренови на које је фиксирана круницама, тј. додацима природном зубу од алопластичног материјала.[7]

В. ЗУБНА ПРОТЕЗА КАО ТЕРАПИЈСКО СРЕДСТВО

1. Делимичан или потпун губитак зуба медицина поима као стање болести, као „трауматско искуство и одређену инвалидност".[8] Болест се може испољавати у тешким функционалним оштећењима и у смањеној естетској вредности човека.[9] То важи нарочито за безубе пацијенте, који су због тога хендикепиране личности. Они не могу да жваћу, лоше се хране, пате од дигестивних поремећаја, лоше говоре, њихов изглед је наружен, а однос са околином потпуно је измењен. То су све симптоми губитка природних зуба и њихових потпорних ткива.[10]

2. Терапија крезубих и безубих пацијената могућа је помоћу зубних протеза. Њима се врши замена једног, два или више зуба, или чак свих зуба једне или обеју вилица. Протеза омогућује анатомско-функционалну рехабилитацију јер меру инвалидности своди на минимум, те тако битно побољшава квалитет живљења.[11] Особито је велика улога тоталних протеза, јер оне не само што надокнађују све изгубљене зубе и масу потпорних ткива несталих услед процеса ресорпције, него реконструишу и изворне односе у пределу вилице, подупиру околна мека ткива која су изгубила своју природну потпору и успостављају функцију жвакања.[12] Поред

5 *Стоматолошки лексикон*, стр. 331.

6 Körber, *Zahnärztliche Prothetik*, 3. Auflage (1985), стр. 190. Наведено према: Angela Könnig, „Zur Rechtsnatur des Zahnarztvertrages", *Versicherungsrecht*, бр. 7/1989, стр. 224.

7 *Стоматолошки лексикон*, стр. 272 и 273.

8 М. Крстић, А. Петровић, Д. Станишић-Синобад, З. Стошић, *Стоматолошка протетика, тотална протеза* (Горњи Милановац, 1991), стр. 21.

9 Данило Брановачки и Будимир Соколовић, *Тотална зубна протеза* (Ниш, 1980), стр. 7.

10 Видети дело наведено у фусноти број 1.

11 *Исто*, стр. 21.

12 *Исто*, стр. 13.

функције жвакања, протезама се обнавља и говорна функција, која је код безубих пацијената увек, мање или више, поремећена.[13] Напослетку, треба истаћи и *превентивно* деловање зубних протеза, јер су оне у стању да очувају преостала ткива и преостале функције.[14] Према томе, замена природних зуба вештачким нема само за циљ да се попуни безуби простор; једном речју, зубна протеза има терапијску улогу.

Г. САДРЖИНА УГОВОРА О ИЗРАДИ И УГРАЂИВАЊУ ЗУБНЕ ПРОТЕЗЕ

I. Одређивање садржине уговора

Пацијент и стоматолог закључују међусобно уговор о изради и уграђивању зубне протезе. Садржину тог уговора, као и сваког другог, чине обавезе његових страна, али битно обележје дају му обавезе стоматолога. Тим уговором стоматолог се обавезује да учини све што је уобичајено и потребно како би пацијент губитак својих природних зуба надокнадио вештачким зубима. Шта је то уобичајено и потребно не одређује се према правним него према медицинским мерилима. Говорећи апстрактно, рекли бисмо да стоматолог дугује све оне радње које налажу важећа правила његове струке. Будући да чине стандард професије, те радње постају садржина уговора и без изричитог споразума. Њих је стоматолог дужан да изврши са повећаном пажњом, тј. са пажњом доброг стручњака.[15] Од тих радњи одлучујуће зависи правна квалификација овог уговора, па ћемо их зато укратко изложити.

II. Обавезе стоматолога

а) Обавеза да постави индикацију за зубну протезу

1. Пре него што пацијенту предложи уграђивање зубне протезе, стоматолог је дужан да постави дијагнозу и одговарајућу индикацију. Јер индикација је разлог који изискује или налаже уграђивање зубне протезе као целисходне медицинске мере коју је пацијент у стању да поднесе.[16] Уграђивање протезе је индиковано у случају кад недостају један или више зуба или кад су они сломљени, односно покварени тако да се више не могу поправити. Самим тим већ је оштећена функционална способност органа за жвакање или прети опасност да до оштећења дође.

13 Брановачки и Соколовић, *исто*, стр. 10.

14 Дело наведено у фусноти број 8; стр. 14.

15 То налаже члан 18, став 3 Закона о облигационим односима.

16 Упоредити Wilhelm Uhlenbruck, у: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts* (München, 1992), стр. 312, маргинални број 1–3.

2. Приликом постављања индикације, стоматолог треба да се руководи искључиво својом стручном проценом; не сме се поводити за пацијентовом неоснованом жељом да му угради протезу, нити без провере прихватити дијагнозу коју је пацијент сам себи поставио. Стоматолог одговара ако је индикацију за уграђивање протезе утврдио погрешно зато што се ослонио на пацијентово мишљење. Ваља увек имати на уму правило по коме уграђивање зубне протезе које није стварно индиковано, без обзира на пристанак пацијента, остаје без правне важности, и повлачи одговорност због телесне повреде.

3. Индикација за зубну протезу треба да произиђе из клиничког прегледа пацијента, који обухвата више различитих ствари: 1) анамнезу; 2) клинички преглед преосталих зуба; 3) радиографски преглед зуба и безубих предела вилице; 4) преглед оралне слузокоже; 5) анализу међувиличних односа, оклузалних односа и међусобног односа гребенова.[17] На основу анамнезе стоматолог долази до сазнања о општем стању пацијентовог здравља и о интерним обољењима која су од значаја за протетски третман.[18]

б) Обавеза да пацијента обавести

Стоматолог је дужан да о својим налазима обавести пацијента и да му разјасни потребу за уграђивањем протезе на конкретном случају. Обавештење треба да обухвати све врсте протеза које долазе у обзир, њихову функционалност, трајност и продајну цену. Стоматолог је посебно дужан да приликом предлагања врсте и опсега замене природних зуба вештачким води рачуна о анатомским, патолошким и хигијенским датостима органа за жвакање конкретног пацијента, укључујући и његове физичке особине.[19] Сем тога, пацијент треба да буде обавештен и о тзв. *препротетској припреми* коју ваља обавити у његовом случају. Сва та обавештења морају се дати пацијенту на њему разумљив начин и по сопственој иницијативи, не чекајући на одговарајућа питања. Али, ако пацијент жели додатну информацију, стоматолог је дужан да му је пружи. Јер пацијент има право да зна стварно стање болести своје усне дупље и органа за жвакање, како се то стање даде поправити, и шта у том смислу од стоматолога може очекивати. Само под тим условима његов пристанак на уграђивање зубне протезе може се сматрати пуноважним.

17 Бабић, *исто*, стр. 151.

18 *Исто*.

19 О томе видети тачку 6 „Смерница Савезне комисије немачких зубних лекара и служби за социјално осигурање, за случај болести које се тичу сврсисходног и економичног социјалног збрињавања заменом за зуб и зубном круном", објављених у: Oexmann/Georg, *Die zivilrechtliche Haftung des Zahnarztes* (Düsseldorf, 1989), стр. 215.

в) Обавеза да изврши препротетску припрему

Пошто пацијента обавести о дијагнози и индикацији за зубну протезу и пошто се пацијент сагласи са свим предложеним мерама, стоматолог може приступити препротетској припреми. Она подразумева, пре свега, санацију усне дупље, тј. одређене хируршке захвате, конзервативну припрему, пародонтолошку припрему, и протетско-ортодонтску припрему.[20] Те радње треба да омогуће терапију крезубости помоћу протезе и да побољшају квалитет терапије.[21]

г) Обавеза да планира и начини зубну протезу

Планирање зубних протеза јесте превасходно задатак стоматолога, јер је он, долазећи у непосредан контакт са пацијентом, у стању да процени комплетну клиничку слику крезубости и поремећаја у орофацијалном систему, насталу губитком зуба.[22] Међутим, израда зубних протеза не обавља се, по правилу, у стоматолошким ординацијама, оне и не располажу одговарајућим лабораторијама. Протезе најчешће израђују зубни техничари, по налогу стоматолога. У том случају стоматолог је дужан да провери квалитет израде протезе. При том мора водити рачуна да протеза буде начињена од материјала који је довољно клинички испитан и нешкодљив за пацијента, да може издржати хемијске и физикалне утицаје у устима и очекивана напрезања.[23] Стоматолог је искључиво пацијенту одговоран за израду зубне протезе, за њену функционалност и естетску исправност. Као једини уговорни партнер пацијентов, он одговара и за лица која раде по његовом налогу „на послу који је преузео да изврши, као да га је сам извршио".[24] Између пацијента и зубног техничара не заснива се никакав правни однос, јер је техничар само „продужена рука." стоматолога. Међутим, уговор између стоматолога и зубног техничара о изради зубне протезе производи извесно дејство и према пацијенту. То је видљиво из члана 612 Закона о облигационим односима, који каже: „За наплату својих потраживања од посленика његови сарадници могу се обратити непосредно наручиоцу и захтевати од њега да им исплати та потраживања на терет своте коју у том часу дугује посленику, ако су та потраживања призната."

д) Обавеза да угради и преда зубну протезу

Готову зубну протезу стоматолог је дужан да испроба и подеси према устима пацијентовим, да је угради и присаједини целини стоматогнатог система одређеног пацијента. На крају следи

20 Опширније о томе видети: Бабић, *исто*, стр. 152.
21 *Исто*.
22 *Исто*, стр. 41.
23 Видети дело наведено у фусноти број 19; стр. 216.
24 Видети члан 610 и 611 Закона о облигационим односима.

предаја протезе пацијенту. Тиме се, међутим, не исцрпљују све обавезе стоматолога. Он је још дужан да пацијенту даде потребна упутства за употребу протезе, да обави накнадну контролу њене функционалности и да се увери да протеза не делује негативно на околно ткиво. То су све радње које спадају у чисто медицинску услугу, и стоматолог мора да их изврши lege artis.

III. Обавезе пацијента

а) Обавеза да плати накнаду за рад

Уговор о изради и уграђивању зубне протезе јесте, по правилу, обострано обавезујући и теретан. Пацијент се њиме обавезује на плаћање одређене накнаде стоматологу, чију висину утврђују саме стране уговорнице или јавноправни прописи о обавезним тарифама. Осим новца, награда се може састојати и у некој другој користи за стоматолога. Међутим, овај уговор може бити и доброчин. И у том случају стоматолог је дужан да поступа у свему према правилима струке и пажљиво, јер квалитет заштите пацијентовог здравља не сме зависити од надокнаде.

б) Обавеза да сарађује са стоматологом

1. Пацијент је дужан да учини све како би омогућио стоматологу да израду и уграђивање зубне протезе обави како ваља. Кратко речено, он има *обавезу сарадње*. Пацијентова сарадња представља битан чинилац лечења помоћу зубне протезе, и она је значајна колико и тачна дијагноза и беспрекоран избор врсте протезе.[25] Без пацијентове сарадње стоматолог не би био у стању да обави никакав протетски рад. Сарадња се може очитовати у давању потребних обавештења о симптомима болести, у подвргавању одређеним стоматолошким захватима, у придржавању извесних правила исхране и у одржавању хигијене уста, као и у поштовању уговорених термина.

2. Пацијентова обавеза да сарађује са стоматологом темељи се на уговору који су они међусобно закључили. Међутим, није у питању правна обавеза чије се испуњење може изнудити преко суда; реч је о дужности у властитом интересу.[26] Ипак, кршење те дужности може имати значај кривице оштећеног или условити право стоматолога да захтева накнаду штете или да уговор раскине.

25 Oexmann/Georg, *исто*, стр. 138, маргинални број 408.

26 Erwin Deutsch, *Medizinrecht*, 3. Auflage (Berlin, 1997), стр. 53–54, маргинални број 75.

Д. ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О ИЗРАДИ И УГРАЂИВАЊУ ЗУБНЕ ПРОТЕЗЕ

I. Општи поглед

1. У савременим грађанским законицима не постоји ниједан тип уговора који је скројен специјално за однос лекар–пацијент. Уговори о пружању неких других услуга, као што су, на пример, заступничке, превозничке, посредничке и банкарске, одавно су нашли своје место у грађанским и трговинским законицима, док је уговор о медицинским услугама све до данас остао правно нерегулисан. Чињени су само малобројни покушаји да се и тај уговор правно уреди. Тако је немачком Савезном министарству за правосуђе, још 1982. године, био поднет одговарајући предлог закона, али се све на томе и завршило.[27]

2. Стога су правници принуђени да уговор о пружању медицинских услуга подводе под неки од већ постојећих именованих уговора, али се у том настојању међу њима испољавају значајне разлике. Француски правници уговор о лекарским услугама оцењују као уговор посебне врсте (sui generis).[28] По немачким,[29] аустријским[30] и грчким правницима[31] ради се претежно о уговору о тзв. „слободној служби", док швајцарски правници сматрају да је у питању уговор о налогу.[32] Ова разлика условљена је тиме што по немачком и аустријском праву постоје два типа уговора о служби: један је уговор о раду, а други уговор о самосталној услужној делатности, каква је, на пример, делатност лекара и адвоката. Међутим, по швајцарском праву вршење самосталних услуга представља засебан тип уговора, па зато оно потпада под уговор о налогу. Тај се уговор уопштено дефинише као „уговорно стање о пренетим пословима и услугама". Под њега се подводе сви „уговори о радном учинку који по закону нису подвргнути прописима ниједне посебне врсте уговора"[33], тј. ни уговора о служби ни уговора о делу.[34] Тако је дошло до формалне терминолошке разлике

27 Тај предлог објављен је у: Deutsch, *Medizinrecht*, стр. 59–61.

28 Видети Erwin Deutsch и Michael Geigel, „Medizinischer Behandlungsvertrag", у: *Gutachten und Vorschläge zur Überbearbeitung des Schuldrechts*, Band II (Köln, 1981), стр. 1085.

29 Уместо свих видети Wilhelm Uhlenbruck, „Der Arztvertrag", у: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts* (München, 1992), стр. 227, маргинални број 10.

30 Koziol/Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I: *Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, 8. Auflage *(Wien*, 1987), стр. 367.

31 N. S. Fotakis и други, у: *Medical Responsibility in Western Europa* (Heidelberg, New York, 1985), Greece, стр. 307.

32 Moritz Kuhn, „Die rechtliche Beziehungen zwischen Arzt und Patient", у: Heinrich Honsell (редактор), *Handbuch des Arztrechts* (Zürich, 1994), стр. 22.

33 Члан 394 швајцарског Закона о облигацијама.

34 Karl Schroeder, *Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes* (Zürich, 1982), стр. 24.

у односу на уговор о лечењу између немачког, аустријског и швајцарског права, док у материјалном погледу међу њима разлике нема.[35] Најпосле, са становишта југословенског права, уговор о лекарској услузи треба поимати као уговор о делу, у смислу члана 600 Закона о облигационим односима.[36]

3. У већини случајева, предмет уговора о лекарским услугама није одређени резултат рада, него сâм рад. Тиме се лекар штити од претераних очекивања пацијентових. За лекара је, наиме, битно да уговором не прихвата гаранцију да ће пацијента излечити или његово здравље побољшати, нити да ће одређено стање здравља одржати или напредовање болести спречити; лекар се једино обавезује да ће потребне медицинске мере предузети у складу са правилима своје струке. Успех тих мера не зависи искључиво од вештине и пажње лекара, него и од физиолошких и психичких чинилаца на страни пацијентовој. Укратко, лекар има *обавезу средства*, а не обавезу резултата.[37] Ипак, није искључено да уговор о лекарској услузи, у већој или мањој мери, има и другачији карактер, да се односи не само на рад него и на његов резултат. Стога ваља закључити да корист од апстрактног промишљања правне природе уговора о лекарским услугама не треба прецењивати, јер таква промишљања оцену сваког конкретног уговора те врсте не чини излишном. Уз све то ваља рећи да правну природу уговора о медицинским услугама стране уговорнице могу одредити и саме, и тада ће њихова воља бити једино меродавна.

4. Правна квалификација уговора о стоматолошким услугама поклапа се, великим делом, са изложеном квалификацијом уговора о лечењу уопште. Међутим, медицинска делатност стоматолога има извесних особености; она је више него делатности других лекара скопчана са техничким средствима и ручним радом, па стога подсећа на занатску радиност. То важи особито за протетски рад стоматолога. Зато је уговор о пружању стоматолошких услуга био предмет расправа и несугласица међу правницима у знатно већој мери неголи уговор о медицинским услугама друге врсте.

II. Различити ставови у иностраној судској пракси и правној теорији

а) Узроци различитих ставова

1. У неким европским земљама, за правну квалификацију уговора о изради и уграђивању зубне протезе велики значај има разграничење уговора о служби од уговора о делу. Такав је, на

35 Jost Gross, *Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz* (Bern, 1987), стр. 32.

36 Тако и Слободан Перовић у: *Коментар Закона о облигационим односима* (главни редактор Слободан Перовић), Београд, 1995, II књига, члан 600, стр. 1080.

37 Uhlenbruck, *исто*.

пример, случај по немачком праву. Немачко право под уговором о служби подразумева сваки уговор којим се, уз накнаду, обећавају услуге ма које врсте. Оне се могу састојати у физичком или умном раду, при чему није нужно да тај рад претпоставља нарочито знање или умеће.[38] Али се прави разлика између уговора о служби који је усмерен на заснивање радног односа, тј. *уговора о делу*, и уговора о служби лица која раде *самостално*, која нису везана туђим упутствима и не подлежу туђој организацији посла. Ови други називају се уговори о „слободној служби", и они су типолошки блиски уговорима о делу. Стога разликовање таквог уговора о служби и уговора о делу није увек лако.[39] Немачки Грађански законик уговором о делу означава уговор којим се неко обавезује да, уз надокнаду, изради одређену творевину. Предмет тог уговора може бити како израда или прерада неке ствари тако и неки други резултат који се постиже радом или услугом.[40] Из тога се даде закључити: у случају кад је предмет обавезе *рад или услуга као таква*, тада је реч о уговору о служби; а кад је предмет обавезе *резултат који се радом постиже*, тада је у питању уговор о делу.[41]

2. Швајцарски Закон о облигацијама уговор о делу дефинише на исти начин као и немачки Грађански законик, али вршење самосталних услуга изван радног односа не подводи под уговор о служби него под уговор о налогу. Стога је за одређивање правне природе уговора о изради и уграђивању зубне протезе, са становишта швајцарског права, значајно разграничење уговора о налогу и уговора о делу.

3. Међутим, код медицинских услуга уопште, па и стоматолошких, разграничење уговора о служби, односно о налогу, од уговора о делу ствара нарочите тешкоће, јер се рад и његов резултат не даду потпуно разлучити. То је нарочито случај код протетског збрињавања пацијената, јер оно представља комплексну али јединствену услугу, која се састоји не само од чисто медицинских него и од занатских радова техничке природе. Због тога је дошло до различитих ставова немачких и швајцарских правника о правној природи уговора о изради и уграђивању зубне протезе. Једни га оцењују као уговор о служби, односно о налогу, други као уговор о делу, а трећи као мешовит уговор. Те различите ставове вреди подробније објаснити.

б) Став да је у питању уговор о делу

1. Према ранијој правној пракси немачких судова, делатност зубног лекара која се тиче израде и уграђивања зубних протеза третирана је као и делатност умешног и искусног зубног техничара,

38 Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, *Besonderer Teil*, 12. Auflage (München, 1981), стр. 250.

39 *Исто*, стр. 251.

40 Видети § 631 немачког Грађанског законика.

41 Larenz, *исто*.

тј. искључиво као ручни рад. Стога је важило схватање да уговор између пацијента и зубног лекара о таквом раду подлеже прописима уговора о делу, јер је реч о изради и испоруци незаменљиве ствари. Такво схватање дошло је официјелно до изражаја у једној пресуди немачког Reichsgericht-а од 11. IV 1919. године.[42] Међутим, данас се на зубарско-протетички рад стоматолога гледа друкчије него на рад зубног техничара. Сматра се, наиме, да протетска делатност стоматолога није само ручна делатност, јер стоматолог који лечи зубном протезом мора најпре да изврши опсежну препротетску припрему пацијента и да води рачуна о свим аспектима његовог телесног устројства.

2. Упркос томе, гледиште по коме је за лечење зубном протезом меродаван уговор о делу није се потпуно изгубило, него је само донекле модификовано. Поборници овог схватања сматрају да треба правити разлику између чисто медицинске делатности стоматолога (припрема вилице и усне дупље за уграђивање зубне протезе) и израде протезе. Обе те радње стоје у односу извесне зависности, јер прва чини, већином, нужну претпоставку друге. Чињеница да се радови који се тичу способности жвакања (тј. подешавање протезе према вилицама и шупљини уста) убрајају у лечење и потпадају под уговор о служби, не говори ништа против тога да се код зубарско-протетичког третмана ради генерално о уговору о делу.[43] Прави предмет услуге код уговора јесте, наиме, *израда протезе* која треба да омогући поновну способност жвакања зубног низа. Из тога се изводи закључак да зубни лекар не дугује пацијенту једино медицинску делатност као такву, него управо резултат делатности. Пацијент очекује да му напокон буде уграђена протеза која одговара његовим устима и вилицама, да ће она функционисати како ваља, и да неће деловати накарадно. Очекивани стоматолошки учинак јесте, према томе, стварање стручно беспрекорног резултата рада. Тај резултат чини суштину уговора о изради и уграђивању зубне протезе, а не они медицински третмани који њему претходе. Успешно привођење крају тог резултата стоји код овог уговора *у првом плану* и даје му печат уговора о делу.[44] За разлику од осталих медицинских третмана, који потпадају под уговор о служби и код којих лекар не гарантује успех своје услуге, циљ овог уговора једнозначно је усмерен на израду одређене творевине. Зубни лекар обећава пацијенту израду протезе коју ће моћи да користи за редовно гризење и жвакање хране, па стога пацијент очекује од зубног лекара да тај циљ уговора и постигне.[45]

42 Oexmann/Georg, *исто*, стр. 1 и 2, маргинални број 1 и 2.

43 Ово је становиште Врховног земаљског суда у Карлсруеу, исказано у његовој чувеној одлуци од 3. V 1967, која је опширно изложена у: Oexmann/Georg, *исто*, стр. 4, маргинални број 10.

44 *Исто*, стр. 4–5.

45 Став Земаљског суда у Хановеру, изражен у његовој одлуци од 19. III 1980; Oexmann/Georg, *исто*, стр. 5, маргинални број 11.

в) Став да је у питању мешовити уговор

1. За разлику од правника који сматрају да уговор о изради и уграђивању зубне протезе треба у целости подвести под уговор о делу, Савезни врховни суд Немачке стоји на становишту да је у питању *мешовити уговор*.[46] И овај суд раздваја чисто медицинску делатност зубног лекара од „техничке израде зубне протезе", али држи да на те тако раздвојене делове треба применити различите правне прописе. По њему, „техничка израда зубне протезе" нема карактер лечења јер за њу није толико битна примена сазнања медицинске науке, па стога и не спада у типично стоматолошки посао. Без обзира на то да ли протезу израђује стоматолог или зубни техничар, тај посао треба подвести под уговор о делу.[47] За такву правну квалификацију није од значаја ни чињеница да ли је реч о уговору који се односи и на конзервативно и на протетичко лечење зуба или само на замену сломљене протезе. Сви остали радови који су повезани са протетским збрињавањем пацијента, особито уграђивање протезе у пацијентова уста, спадају у лечење и представљају услуге „више врсте" ако лекар покушава да њима предупреди настанак обољења којих се иначе треба бојати. Зубни лекар не гарантује успех већ само обећава лечење према правилима стоматолошке науке и струке.[48] Да ли ће лечење довести до очекиваног резултата – то не зависи једино од медицинске вештине стоматолога него и од посебне физичке и психичке конституције пацијента, на коју зубни лекар може да утиче само у ограниченој мери. Зато за чисто медицинске поступке стоматолога важе правила уговора о службу.[49] У крајњој линији, то значи да лечење помоћу зубне протезе потпада укупно под прописе уговора о служби; само се јемчење за техничку израду протезе управља по прописима уговора о делу, док за радове који су својствени стоматолошкој струци важе правна правила уговора о служби.[50] И швајцарски Савезни суд је, све до 1984. године, уговор о лечењу помоћу зубне протезе третирао као мешовит уговор који садржи елементе уговора о налогу и уговора о делу.[51]

2. Гледиште о мешовитом уговору изазива питање: које појединачне мере стоматолога треба убројити у „техничку израду протезе", а које не треба. Пракса је показала да су и на то питање могући различити одговори. Тако је, на пример, Врховни земаљски суд у Келну у једном случају одлучио да о мањкавом нацрту про-

46 То становиште заузео је у често цитираној одлуци од 9. XII 1974, коју је опширно изложила A. Könnig, *исто*, стр. 225–226.

47 A. Könnig, *исто*, стр. 226.

48 *Исто*, стр. 225.

49 *Исто*, стр. 226.

50 *Исто*.

51 О томе видети Karl Schroeder, *наведено дело*, стр. 23 и 27; Kuhn, *исто*, стр. 23.

тезе треба судити са становишта прописа који важе за уговор о служби.[52] Већина судова и представници стоматолошке науке деле то мишљење. Они држе да планирање протезе и препротетска припрема уста, контрола рада зубног техничара и уграђивање протезе у уста пацијента спадају у медицинску услугу коју стоматолог треба да обави lege artis.[53] Међутим, неки правни писци сматрају да се нацрт плана протезе, који чини претпоставку за конструкцију протезе, мора убројити у техничку страну израде протезе, што повлачи примену правних правила својствених уговору о делу. У исту категорију требало би, по њима, сврстати и остале радње које следе после планирања протезе, све до њене коначне израде, укључујући и доцнију прераду.[54] Напослетку, извесни правници праве разлику између мобилних и фиксних протеза, па мисле да се техничка израда првих управља према уговору о делу, а других – према уговору о служби.[55]

г) Став да је у питању уговор о служби, односно о налогу

1. У новијој судској пракси и правној теорији влада готово једнодушно схватање да зубарско-протетичке услуге стоматолога потпадају глобално под уговор о служби, односно о налогу, али да се међу тим услугама, у конкретном случају, могу наћи и елементи својствени уговору о делу. За правну квалификацију уговора о зубарско-протетичком третману одлучујући значај има *укупни карактер лекарске услуге*, док технички рад стоји у другом плану.[56] Зато уговор који има за предмет зубарско-протетички рад треба, узев у целини, ценити као уговор о служби.[57] Али, ако је реч о самосталној техничкој услузи без одговарајућег стоматолошког лечења, што је иначе редак случај, тада нема сумње да ваља применити прописе уговора о делу. Примена тих прописа може доћи у обзир и у случају кад се техничка услуга, као што је израда зубне протезе, даде правно одвојити од медицинске услуге. Међутим, у пракси такве одвојиве услуге готово и не бивају.[58]

52 A. Könnig, *исто*, стр. 229.

53 Oexmann/Georg, *исто*, стр. 9, маргинални број 21.

54 A. Könnig, *исто*.

55 Gerd K. H. Fallschüssel, „Die Stellung der künstlichen Zahneinpflanzung im allgemeinen Arztrecht", *Medizinrecht*, бр. 4/1985, стр. 148.

56 Uhlenbruck, *исто*, стр. 232, маргинални број 19; одлука Врховног земаљског суда у Келну од 24. XI 1993, *Medizinrecht*, бр. 5/1994, стр. 198.

57 *Исто*; Deutsch, *Medizinrecht*, стр. 30, маргинални број 39 и страна 144, маргинални број 221. Савезни суд Швајцарске, почев од 25. септембра 1984, заступа гледиште по коме уговор између пацијента и зубног лекара има карактер уговора о налогу, и то и у делу који се тиче техничких послова. Тиме је он изменио своју ранију праксу да је у питању мешовит уговор (Kuhn, *исто*, стр. 23).

58 Uhlenbruck, *исто*.

2. Међу поборницима овог схватања има и оних који протетске услуге стоматолога хоће у целости и у сваком случају да подведу под уговор о служби. Они мисле да са становишта правних прописа о стоматолошким услугама и са становишта медицинских научних сазнања, није основано да се зубарско-протетички рад цени према прописима уговора о делу ни у одломку који се тиче техничке израде протеза.[59] Сматрају да ни разлика између мобилних и фиксних протеза није од правног значаја. Јер обе те врсте протеза, иако су са техничког становишта различите, неодвојиви су део интегралног стоматолошког труда. Ни у припремној фази ни у фазу подешавања оне се не могу разграничити од праве стоматолошке лечеће делатности. Правници који „техничку израду протеза" посебно издвајају не воде рачуна о научним сазнањима зубне медицине. Са становишта ове научне дисциплине, бесмислено је да се пука техничка израда протеза, у правном односу између стоматолога и пацијента, посматра одвојено.[60] Јер „техничка израда протезе", ако се посматра сама за себе, потпуно је ништавна. Само претходни и накнадни стоматолошки третман, који се управља према индивидуалним особинама стоматогнатог пацијентовог система, у стању је да осигура поновно успостављање функционисања направе за жвакање.[61] Протетика није само вештина замене природних зуба вештачким; она значи и осигурање даљег постојања преосталих зуба у зубном низу.[62]

III. Практични значај различитих ставова

1. Правна квалификација уговора о изради и уграђивању зубне протезе има не само теоријски него и практични значај. Он долази до изражаја у случају кад се постави питање грађанске одговорности стоматолога због тога што зубна протеза не функционише како ваља. Ако се узме да је реч о уговору о делу, стоматолог би морао да одговара због материјалних недостатака зубне протезе, и то без обзира на кривицу.[63] Јер § 633, став 1 немачког Грађанског законика прописује: „Предузимач је дужан да дело начини тако да оно има обећана својства и да нема недостатке који његову вредност или способност за уобичајену, односно уговором предвиђену употребу поништавају или умањују." То значи да право стоматолога на награду настаје тек ако је протеза начињена и уграђена, и ако функционише како ваља. Стоматолог као предузимач ради, дакле, *на сопствени ризик* и гарантује за одређени резултат свог рада.

59 Ockmann/Georg, *исто*, стр. 11, маргинални број 28.
60 *Исто*.
61 *Исто*, стр. 13, маргинални број 33.
62 *Исто*, стр. 13, маргинални број 34.
63 *Исто*, стр. 3, маргинални број 4.

2. Међутим, ствар стоји другачије ако се узме да између стоматолога и пацијента постоји уговор о служби. На темељу тог уговора стоматолог *не ради на сопствени ризик*, јер има право на награду и у случају кад његова услуга није довела до жељеног резултата.[64] Разуме се, стоматолог је и по том уговору дужан да обећану услугу изврши са потребном пажњом и према најновијем стоматолошком стандарду. Ако рђавим радом и својом кривицом узрокује штету пацијенту, дугује надокнаду по основу тзв. *позитивне повреде уговора*. У том случају, пацијент може захтеву стоматолога за плаћање награде супротставити властити захтев за накнаду штете, и без изјаве да врши пребијање потраживања.[65] Ако је зубна протеза за пацијента неупотребљива, то практично значи да стоматолог не може захтевати никакву награду за свој труд. Правила о јемчењу за својства протезе и о одговорности због мана, која важе за уговор о делу и уговор о купопродаји, не важе и за уговор о служби. Рђаво начињена протеза не даје пацијенту право да уговорену надокнаду умањи, нити право да истакне приговор неиспуњеног уговора.[66] С друге стране, уговор о служби претпоставља посебно поверење међу његовим странама, и зато може бити отказан и без нарочитих разлога, чим се дотично поверење изгуби.[67]

IV. Став југословенског права

1. Са становишта југословенског права, уговор о изради и уграђивању зубне протезе могуће је квалификовати једино као уговор о делу, у смислу члана 600 Закона о облигационим односима. У том члану, појам уговора о делу дефинисан је шире него што је то учињено у немачком, аустријском и швајцарском праву. Њиме је обухваћен не само посао којим се постиже одређени резултат него и рад који се може окончати без жељеног резултата. Другим речима, посленикова обавеза може бити и *обавеза средства*, не само *обавеза резултата*.[68] Тиме је избегнута потреба да се уговор о служби засебно регулише. У то нас на најбољи начин уверава аустријски Општи грађански законик, који у § 1151, став 1 дефинише оба ова уговора: „Ако се неко обавеже на чињење услуге другоме за извесно време, тада настаје уговор о служби; ако неко преузме да уз надокнаду начини извесно дело, настаје уговор о делу."

64 A. Könnig, *исто*, стр. 227.

65 Uhlenbruck, *исто*, стр. 232, маргинални број 22 и 23.

66 Видети пресуду Врховног земаљског суда у Келну, од 24. XI 1993, *Medizinrecht*, бр. 5/1994, стр. 198.

67 A. Könnig, *исто*, стр. 228.

68 Тако и Слободан Перовић у: *Коментар Закона о облигационим односима* (главни редактор Слободан Перовић), књига II (Београд, 1995), стр. 1080.

2. Из ове дефиниције јасно се види разлика у предмету обавезе службопримца и посленика. На основу тога може се закључити да је уговор о делу по југословенском праву *мешовиш* именовани уговор, јер се састоји од елемената типичних за уговор о делу и елемената који су својствени уговору о служби. Иако су ти елементи формално обједињени, не изгледа упутно да се на сваки уговор о делу, па и на овај о изради и уграђивању зубне протезе, примењују у целости истоветна правила о одговорности, а посебно правила о јемчењу за уговорена, односно уобичајена својства ствари. У том погледу чини се пробитачним гледиште оних немачких и швајцарских правника који праве разлику између мера *йравоī сшомашолошкоī лечења* и „техничке израде зубне протезе". Већ је више пута истакнуто да успех стоматолошког лечења не зависи једино од лекарске вештине, него и од физиолошких и психичких чинилаца на страни пацијента. Није ни разумно ни правично очекивати од стоматолога да јемчи за успех лечења који зависи од чинилаца из пацијентовог организма, јер су ти чиниоци за стоматолога несазнатљиви и несавладиви. Кад се ради о лечењу, обавеза лекара своди се на пажљиво поступање и придржавање важећег стоматолошког стандарда. Примењује се, дакле, правило садржано у члану 607, став 1 Закона о облигационим односима, које гласи: „Посленик је дужан извршити дело како је уговорено и по правилима посла." Стоматолог би, дакле, могао одговарати пацијенту само ако је одступио од меродавних правила своје струке, ако је начинио стручну грешку која му се може уписати у кривицу. Штавише, пошто је реч о обавези средства, пацијент се не може користити ни законском претпоставком о кривици стоматолога за неуспех дела, него његову кривицу мора да докаже.[69] Ту примена строгих законских правила о одговорности за недостатке не долази у обзир.

3. Друга је ствар са техничком израдом зубне протезе, јер она зависи искључиво од занатске умешности стоматолога, односно зубног техничара. Пацијент може с правом очекивати оно што је објективно могуће, тј. уграђивање технички беспрекорне и функционалне зубне протезе. За такав резултат рада стоматолог је дужан да јемчи као и сваки други занатлија, односно посленик. Прописи о одговорности за материјалне недостатке долазе до пуне примене, а они не претпостављају кривицу стоматолога. Тачније, ако је реч о уговору код којег се дугује одређени резултат, лако је проверити да ли је дужник поступио са потребном пажњом: то се види из самог резултата. Али код уговора где се не дугује резултат, таква провера је знатно тежа.

69 Упоредити: Слободан Перовић, *Облиīационо йраво*, књига прва (Београд, 1980), стр. 94.

Ђ. ЗАКЉУЧАК

1. По правилу, протетско збрињавање пацијента представља јединствену али ипак сложену услугу, која се састоји од медицинских и од занатских поступака. То је разлог што у извршењу те услуге учествују два лица различите струке: стоматолог и зубни техничар. Међутим, стоматолог је једини уговорни партнер пацијентов, и он одговара за цео посао који се тиче израде и уграђивања зубне протезе. У правном смислу ради се, дакле, о јединственој услузи, док у стварности имамо две услуге два лица. Таква ситуација ствара извесне правне тешкоће, којих не би било (или би их макар било мање) кад би стоматолог и зубни техничар радили независно један од другог, као две уговорне стране наспрам пацијента. Међутим, њихов заједнички рад и водећа улога стоматолога као медицинског стручњака условљени су самом природом посла, који има лечећи карактер.

2. Упркос томе, није реч о обичном уговору о лечењу. Однос између стоматолога и пацијента у овом случају је сложенији, и то узрокује одређене правне проблеме. Са становишта југословенског права, проблем није у одређивању правне природе тога односа, као што је случај по праву неких других земаља, јер је сасвим јасно да такве односе Закон о облигационим односима подводи под уговор о делу. Проблем се своди на питање да ли због стручних грешака начињених у медицинској и занатској делатности следује истоветна грађанска одговорност. На то питање ваљало би одговорити негативно. Занатска израда зубне протезе као незаменљиве ствари спада у послове који су типични за уговор о делу. Како ће протеза бити начињена зависи искључиво од умешности зубног техничара. Од њега се очекује да начини технички беспрекорну и функционалну протезу. За такву израду стоматолог је дужан да јемчи, и да одговара због недостатака, по прописима уговора о делу, што значи без обзира на кривицу. Ту одговорност он не може избећи позивајући се на особеност уговора о лечењу помоћу зубне протезе.

3. Међутим, послови стоматолога који су везани за израду и уграђивање зубне протезе имају претежно другачију природу, спадају у медицинску делатност. Њихов успех не зависи само од стоматолога, него и од физиолошких и психичких фактора на страни пацијента. Будући да су ти фактори непредвидљиви и да је зато немогуће унапред о њима водити рачуна, стоматолог није у стању да гарантује за успех својих медицинских поступака. То изискује потребу да се ти поступци и правно другачије оцењују. Због неиспуњења или рђавог испуњења уговорних обавеза које спадају у ту категорију, стоматолог би требало да одговара само ако се није придржавао стандардних правила струке, и под условом да му се то непридржавање може уписати у кривицу. Разуме се, ваљало би

у сваком конкретном случају најпре утврдити какав је карактер посла у коме је стоматолог начинио стручну грешку, тј. да ли је посао медицински или само технички.

Jakov Radišić*

CONTRACT ON THE CONSTRUCTION AND INSTALLATION OF DENTAL PROSTHETIC APPLIANCES

Summary

A contract on making and installing a dental prosthesis is a frequent practice in everyday life, but in the cases and the legal theory of some European countries are expressed very different views the as to its legal nature. Some consider it to be a mandate some consider it to be a mixed contract, and others believe it is a service contract, or contract for work. The paper gives a detailed account of these views. Apart from that, it discusses the content of contracts on the construction and delivery of dental prosthetic appliances, the definition and types of dental prosthetic appliances, and their therapeutical value.

From the standpoint of Yugoslav law, there is no ambiguity in determining the legal nature of the relationship between the dentist and the patient because the Law on obligations prescribes that it should be subject to a contract for work. However, since providing prosthetic appliances to a patient consists of activities that combine skills of a technical nature, on the one hand, and of a medical nature, on the other, another legal problem arises. It is the question of whether identical rules of civil responsibility should be applied when professional mistakes are committed in the medical and technical activities. The author considers that the answer to this question should be negative. A prosthetic appliance, as a rule, is made by a dental technician, and that work falls within the domain of a craft. How the prosthetic appliance will be produced depends entirely on the skill of the dental technician. He is expected to produce a technically faultless and functional prosthesis. The dentist is obliged to guarantee and is liable for physical defects regardless of any fault. The provisions of the contract for work call for this.

The activities of the dentist that are connected with the construction and delivery of dental prosthetic appliances are mainly of another nature and belong to the domain of medicine. Their success does not depend only on the dentist, but also on physiological and psychological factors pertaining to the patient. Given that these factors are unpredictable, the dentist is not able

* Dr Jakov Radišić, Professor at the Faculty of Law of the University of Kragujevac.

to guarantee the success of his medical activities. This gives rise to the need to legally assess the said activites in a different manner. Because of failing to fulfill or faultily performing the contracted obligations that belong in that category, the dentist should be held liable only if he did not abide by the standard rules of the profession, and on condition that this failure to abide by them can be ascribed to his responsibility.

Key words: *Dental Prosthetic Appliances. – Contract for Work. – Physical Defects. – Liability.*

Jakov Radišić*

CONTRAT DE FABRICATION ET DE POSE D'UNE PROTHESE DENTAIRE

Le contrat de fabrication et de pose d'une prothèse dentaire se retrouve fréquemment dans la vie quotidienne, mais la jurisprudence et la doctrine ont des positions diamétralement différentes sur sa nature juridique. D'après les uns il s'agit du louage d'ouvrage, d'après les autres du contrat mixte, d'après d'autres encore du contrat de service ou du contrat de mandat. Cet article présente en détail tous ces points de vue. En plus, on parle de l'objet de ce contrat, de la notion de prothèse et de ses différents types, aussi bien que de leurs valeurs thérapeutiques.

Selon le droit yougoslave il s'agit sans conteste du contrat de louage d'ouvrage. Cependant, un autre problème juridique se pose puisque l'amélioration de l'état dentaire du patient consiste en interventions d'ordre artisanal et médical : à savoir si en cas d' erreurs professionnelles médicales ou artisanales, il faut appliquer les mêmes règles de la responsabilité civile. L'auteur opte pour la réponse négative. La prothèse, en principe, est fabriquée par le technicien dentiste, dont le travail est considéré comme artisanal. La façon dont la prothèse sera faite dépend exclusivement du savoir faire du technicien dentiste. C'est de lui qu'on attend que la prothèse soit faite d'une manière technique et fonctionnelle impeccable. D'une telle fabrication le stomatologue doit être garant et doit en prendre toute la responsabilité en cas d'imperfection et cette responsabilité n'est pas fondée sur la faute. Ceci est réglé par les dispositions du contrat de louage d'ouvrage.

Les travaux du stomatologue liés à la fabrication et à la pose de la prothèse dentaire sont, en principe, d'un autre caractère et font partie des activités médicales. Le succès de ces travaux ne dépend pas uniquement du stomatologue mais aussi des facteurs physiologiques et psychologiques du

* Dr Jakov Radišić, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Kragujevac.

patient. Étant donné que ces facteurs sont imprévisibles, le stomatologiste n'est pas capable de garantir le succès des interventions médicales. Cela nécessite, du point de vue juridique, un jugement différent sur ces procédés. La responsabilité du stomatologue en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution des obligations contractuelles, n'est engagée que dans le cas où celui-ci n'a pas respecté les normes professionnelles et si elles sont imputables à sa faute.

Les mots clés: *Prothèse dentaire. – Contrat de louage d'ouvrage. – Contrat d'entreprise. – Vices rédhibitoires. – Responsabilité contractuelle.*

Слободан Перовић*

ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО ЛАЗАРА МАРКОВИЋА КАО ДЕО ЊЕГОВОГ СИСТЕМА КЛАСИЧНОГ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА**

Виши степен културе права испољава се општим систематизованим делима која живе на различитим меридијанима – права као науке и права као праксиса.

Таква дела, полазећи од богатства појединих области, творе интегритет научне целине. Она претпостављају већ изграђену и публиковану мисао о конкретним правним и животним питањима.

Не може бити научног универзума без капилара који га чине. Нема сазвежђа без елемената који му припадају.

Када је реч о таквој целини, о оној грани права којом се регулишу односи у имовинској сфери појединца и заједнице и коју традиционално називамо грађанским правом (ius civile), стоји један памјатник: старост ове гране права се не утврђује бројем година већ бројем столећа.

Еволуција те гране права, а посебно облигационог, као врха јуристичког стабла, почевши од првих писаних извора па све до наших дана, донела је у наслеђе не само аксиоме просторне и временске стварности већ и нове установе и појмове или модификоване старе.

Та еволуција била је стално праћена „организованом сумњом" научног погледа и теоријским уопштавањем као атрибутом неопходности заједничке мисли.

Ако се оставе по страни различите правне школе које су се у прошлости формирале и које су, без сумње, имале утицаја и на материју облигација, може се рећи да је створена једна општа

---

* Др Слободан Перовић, редовни професор Правног факултета у Београду.

** Текст који овде износимо пред правничку јавност, представља предговор академика др Слободана Перовића за књигу Лазара Марковића *Облигационо право*, објављену у библиотеци „Класици југословенског права" – издање *Службеног листа СРЈ*, Београд 1997. Захваљујемо аутору и издавачу што су дали дозволу за објављивање у *Анализа*.

теорија облигација која се карактерише високим степеном уопштавања конкретних облигационих односа.

Инструменти ове теорије су појмови и категорије у којима је кондензован развој правне мисли у области оних правних односа који настају између две одређене стране на основу којих је једна страна (поверилац, creditor) овлашћена да захтева од друге стране (дужник, debitor) одређено давање, чињење или уздржавање од нечега што би иначе имала право да чини, а друга страна је дужна да то учини.

Реч је о једном скупу апстрактних правила (dare, facere и non facere) насталих индуктивним путем, тако да су конкретни облигациони односи у општој теорији облигација представљени уопштеним формулама, које су, према одређеним критеријумима, систематизоване у шире и уже целине.

То је поље јасних али уопштених појмова, поље на коме правна логика, по начину математичара, добија своје пуно и право место.

Али, не само правна логика у неком уском и правно-техничком смислу, већ у смислу сазнања да та правила долазе као израз читавог распона изванправних чинилаца чија садржина зависи од природе и степена развоја друштвене средине, њеног културног статуса, економске конституције и организације, филозофског опредељења, моралне еманципације.

На тој основи, почевши од средњовековне рецепције римског права па све до наших дана, у европској римско-пандектној литератури, нарочито немачкој и француској, никла су бројна систематска дела која потпуно обухватају област грађанског права, и то у његовом класичном изразу: уводни или општи део грађанског права, стварно право са својином као основном установом грађанскоправних односа, наследно и породично право, и, разуме се, облигационо право којим се регулишу они правни односи који настају у области промета материјалних и интелектуалних добара.

То су прави трактати јуристичке науке који својим обухватом и прецизношћу правне лингвистике и аксиологије представљају „изворе" и за друге гране права које ту налазе већ изграђене теоријскоправне појмове а који су саобразни њиховом предмету регулисања (нпр. обавеза, уговор, штета, одговорност, поверилац, дужник, рок, доцња, кауза, солидарност, субјективитет, аутономија воље).

На тај начин, поред поља цивилистике, ова дела добила су универзалну вредност. За њих се може рећи да увеличавају богатство правне заједнице.

Виша или нижа култура права одређене земље мери се и по броју и по квалитету оваквих дела. У правничком свету таквим делима се користе како они који се уче праву тако и они који право

примењују или га научно обрађују. Ту су изложена не само елементарна и продубљена знања већ су дати и одговарајућа јуриспруденција и компаративан поглед, као и богата литература, углавном са немачког и француског језичког подручја.

Такво систематско дело, за наше језичко и правно подручје, у првој половини XX века сачинио је др Лазар Марковић, тадашњи професор Правног факултета у Београду. За живота, он је научно обрадио и све делове класичног грађанског права у смислу система ове гране права, и тиме пришао породици аутора оваквих дела оних европских земаља које имају дужу традицију права и богатије изворе правне књижевности.

Међутим, његов систем грађанског права, иако научно заокружен, морао је да чека пуних шест деценија да би био у потпуности објављен. Наиме, сви делови грађанског права, изузев облигационог, били су му још давно публиковани: *Општи део грађанског права* и *Стварно право* (1912), *Породично право* (1920), *Наследно право* (1930). Тада, па све до данас, недостајало је објављено *Облигационо право*, да би његово укупно дело на пољу грађанског права могло да понесе епитет система, првог у нашој правној литератури у овој области права.

Опште ратне неприлике Другог светског рата, а нарочито оне поратне, спречиле су да рукопис *Облигационо право* Лазара Марковића угледа светлост дана. Настао у само предвечерје ратне и револуционарне катаклизме културе законитости (leges) и владавине права (ius), овај рукопис није могао добити заслужена крила, већ прашину ковчега који је сачувала родбина нашег аутора.

Библиотека „Класици југословенског права", у издању *Службеног листа Југославије*, објављивањем овог рукописа отргла је једну интелектуалну и правничку вредност из света равнодушног безгласа, из немоћи тишине, устајалог незнања.

Учинила је то редакција ове библиотеке својим избором и овог правничког дела у круг оних дела која заслужују епитет „Коло класика". Тако је, уз сталну и племениту наклоност нашег издавача према култури опште и наше прошлости, овај рукопис, после дугог времена самовања и тамновања у скученом простору неког сандука, угледао траку штампарског рођења, а то значи и ширину поља правничке и опште јавности.

Захваљујући предузимљивости господина Симона Симоновића, књижевника, по образовању правника, одличног ђака београдске Правне школе, познаваоца научног и животног опуса професора права Лазара Марковића, редакција библиотеке „Коло класика југословенског права", добила је Марковићево *Облигационо право*, рукопис тог знаменитог интелигента српске и југословенске правне науке у првој половини нашег века.

Ношен изворним и ученим ентузијазмом, Симон Симоновић је, уз сагласност родбине Лазара Марковића, овај рукопис, који је сам аутор до перфекције био спремио за штампу, предао редакцији и тиме испунио дуг части свих нас правника који чинимо генерацијску парентелу Правног факултета у Београду.

Замољен да за ову прилику сачини основне биографске и библиографске податке, за многе већ заборављеног Лазара Марковића, професора права са берлинским докторатом, писца знаменитих правничких дела, министра правде, представника Краљевине Југославије у Лиги народа – Симон Симоновић је своју општу спремност одмах претворио у готовост сачинивши фактографију и своје виђење текста који би био примерен потребама библиотеке „Коло класика југословенског права".

Без тог текста, ова књига би „патила" од оскудице, не само у односу на Марковићев животопис већ и на ставке неопходне за разумевање његовог опуса. А то је, чини се, значајно и за оне који ће доћи после нас и који ће бити у могућности да дају потпун и објективан научни и политички портрет Лазара Марковића и оцену времена у коме је живео, стварао и страдао.

Некада, када је Симоновић започињао своје основне студије на београдском Правном факултету (шездесетих година) а писац ових редова започињао будућност свог универзитетског живота, није се могао ни замислити долазак непредвиђеног дана када ће се опет наћи на заједничком правничком послу, овога пута издавачком. Можда, у тој неизвесности, бар једним делом, лежи и мотив интелектуалне радозналости, itus et reditus.

Објављивањем овога дела постижу се бројни позитивни ефекти. Наша правна наука добија заокружену и кохерентну целину система класичног грађанског права. Са овим системом она равноправно може стати у ред с таквим или сличним делима која већ одавно постоје у европској правној цивилизацији, нарочито немачкој и француској.

Компаративни преглед овога дела користиће нашој правничкој јавности да се свестраније упозна са решењима страног права, решењима оних питања која су сасвим конкретна у материји облигација, тим пре што им је природа таква да у великој мери зависе од различитости простора и времена. Управо због тога, та питања су данас често предмет међународних унификација и конвенција, тих мостова који спајају различите државе и њихове правне конституције.

Указивање на ширу правну књижевност, нашу и нарочито иностране, посебно је одличје овога дела. Код сваког значајнијег питања читалац наилази на потпуни библиографски преглед који га упућује на свестранији, често и дубљи теоријски поглед, чиме ово дело врши и едукативну функцију за све оне правнике који

студирају, примењују или теоријски уопштавају конкретна правила облигационог права.

Дело карактерише примерен научни метод. Свако решење и сваки теоријски став систематски је изложен и образложен потребном дозом научне убедљивости, уз примену чисте и традиционално прецизне терминологије у овој области права. На примеру овог научног дела може се видети и учити како се јасна мисао јасно саопштава. То није од малог значаја када се зна да смо често сведоци конфузних, неразумљивих, па и неразумних законских и стручних ставова и погледа.

Када је реч о решењима југословенског права и његовом компаративном односу са решењима страног права, треба приметити да ово дело углавном има у виду решења такозване Предоснове за Грађански законик Југославије, настале у годинама које су непосредно претходиле Другом светском рату у Југославији. Тај текст никад није постао закон, али је у предратној правној литератури био предмет теоријских погледа и различитих мишљења.

За наше сагледавање значаја Марковићевог *Облигационог права* ова околност није од пресудног значаја, стога што су правила облигационог права углавном традиционално изграђена на истој римско-пандектној основи, тако да се ту неке велике и радикалне разлике и не могу видети, што не значи да оне не постоје код неких сасвим конкретних питања везаних за поједине појмове и категорије облигационог права.

У сваком случају, цео тај мозаик различитих решења чини ову књигу богатијом и више употребљивом, нарочито са становишта компаративног сагледавања ширих и ужих целина материје облигација. Посебно, ово важи за оцену вредности изложених решења са становишта наше савремене кодификације у виду постојећег Закона о облигационим односима, као и са становишта решења de lege ferenda.

Најзад, објављивањем ове књиге увеличава се правна, па и етичка култура наше прошлости, чиме се постиже већи степен ауторитета права и правне науке. У условима опште кризе правног система, оваква дела представљају и чин ренесансе права, што је нека врста путоказа за излазак из те кризе.

Отуда, може се само пожелети да поред ове књиге издавач смогне снаге да изда цео систем грађанског права Лазара Марковића, с обзиром на то да су, као што смо већ напоменули, други делови тог система публиковани пре више од пола века, тако да се још једино могу наћи у некој приватној или јавној библиотеци.

Поступајући по традиционалном моделу, аутор *Облигационог права* изложио је читаво поље облигација најпре поделом на

два велика дела: Општи део облигационог права и Посебни део облигационог права. Разуме се, сваки од ових делова има своје даље поделе на поједине одељке и одсеке, већ према природи материје која је предмет обраде. Оба дела су по величини приближно иста, с тим што је Посебни део нешто већи у односу на Општи део.

Општи део садржи, пре свега, уводна разматрања која се односе на појам и садржину тражбених или дуговинских односа, а затим следе излагања о извршењу чинидбе (место, време и задоцњење) и о кривици и одговорности за штету на основу кривице. После тога се прелази на излагање општих питања уговора као основног извора дуговинских односа. Тај део је детаљно обрађен, почев од појма уговора, услова за његову пуноважност, врста и обезбеђења, све до питања престанка уговора.

Када је реч о подели облигација које аутор овде назива чинидбама, треба најпре истаћи његова излагања о поштеном и савесном одређивању садржине чинидбе, као и о искључењу неморалних, немогућих и закону противних чинидби. После овога следе опширна излагања о поделама чинидби по врстама или групама. Ту су изложене: позитивне и негативне чинидбе; имовинске и неимовинске чинидбе; личне и стварне чинидбе; одређене и неодређене чинидбе; обавезе по врсти и специјалне чинидбе; пролазне и трајне чинидбе; алтернативне обавезе или обавезе по избору; обавезе са алтернативном могућношћу испуњавања; дељиве и недељиве чинидбе; главне и споредне чинидбе; правне обавезе и природне обавезе; тражбине као имовински објекти; обавезе на полагање рачуна и на давање ствари на увид; тражбине као узгредна права или припаци. Овај део се завршава излагањем тумачења и извршења обавеза на поштен и савестан начин.

Извршењу чинидбе аутор је посветио три одсека, и то: место извршења чинидбе (правни значај места чинидбе и одређивање места чинидбе); време извршења чинидбе (правни значај времена чинидбе и одређивање времена извршења чинидаба) и задоцнелост у извршењу чинидаба, где је посебно посматрао задоцнелост дужника (услови и претпоставке за задоцнелост дужника и правне последице задоцнелости дужника) за разлику од задоцнелости веровника (услови и претпоставке за задоцнелост веровника, као и правне последице задоцнелости веровника).

После дела о извршењу чинидбе, следе излагања о кривици и одговорности за кривицу. Поред општег разматрања о појму кривице у грађанскоправном смислу, изложено је степеновање кривице на умишљај и нехат, а затим следе питања одговорности за кривицу, искључење одговорности, одговорност за туђу кривицу и одговорност за случај. Овај део аутор је завршио излагањем о штети и њеној накнади, и то: узрочна веза код оштећења; одговор-

ност за штету причињену кривицом као и неморалном радњом; одговорност за штету без кривице, као и степен одговорности. Затим следе излагања о накнади штете и ту су обрађена питања: натурално обештећење и накнада у новцу; утврђивање износа одштете; накнада материјалне штете и, најзад, питање застарелости права на накнаду.

Почевши још од Гајевих *Институција* у којима је стајало да све облигације настају или из уговора (ex contractu) или из деликта (ex delicto), уговор као општи извор облигација заузима прво место у редоследу извора. Тако је учинио и аутор овога дела додељујући уговору знатно више простора него осталим изворима облигација, посебно проузроковању штете деликтном радњом.

Међутим, од времена настанка овога дела па до данас, одговорност која се јавља као последица проузроковања штете ван уговора, није само правно питање или неки скромни извор обавеза већ читава установа која представља заједницу правних правила различитих по својој природи и карактеру. Са више или мање простора, она данас прожима готово цео правни поредак, не обазирући се на границе појединих правних дисциплина које су у прошлости тако ревносно биле изграђиване.

Еволуција одговорности за вануговорну штету донела је два основа одговорности: одговорност на основу кривице (субјективна одговорност) и одговорност без кривице када су у питању опасне ствари и опасне активности (објективна одговорност).

Значај кривице имао је у прошлости своје осцилације, почевши од Аквилијевог закона о штети средином трећег века старе ере, па преко средњовековне римско-пандектне концепције, све до наших дана. Свој пуни смисао кривица је добила на почетку XIX века, када је, под утицајем индивидуалистичке филозофије, била схваћена као неопходан услов сваке накнаде. Тада кривица осваја све просторе, због чега ће Јеринг казати да „не обавезује на накнаду сама штета, већ кривица". Као индивидуална категорија, она успева, путем субјективне одговорности, да обухвати све штетне догађаје јер су ови „ретки" у поређењу са савременим животом.

Дуго се веровало да се не може десити ништа што би поколебало веру у једно такво правило. Оно је одговарало и правном и моралном осећању да ништа није природније него да неко одговара за штету коју је другоме својом кривицом проузроковао.

Ипак, крај прошлог века и почетак XX века донео је и крај апсолутне владавине кривице као основа одговорности. То време бележи пад кривице као основа субјективне одговорности и настајање објективне одговорности која се заснива на створеном ризику

услед употребе или постојања тзв. опасних ствари, а не на кривици као субјективној категорији.

Објективна одговорност тада осваја своје просторе као последица наглог развоја техничке цивилизације. У таквим условима кривица се, као једини основ одговорности, показала недовољном и нејаком да правно обухвати читав нови свет случајева у којима узрок штете остаје анониман. Кривица постаје општа јер смо сви „криви" што техничком прогресу подносимо „данак у крви". Штета постаје неминован пратилац општег развоја техничког ума и начина живота савременог човека. Антиномије напретка и опасности, програма и жртве, представљају праву епидемију од које савремени свет није способан да се излечи.

То су били поводи и разлози што је правна организација одговорности за штету морала да претрпи битне измене. Класична школа о доказаној кривици штетника као услова накнаде није могла да издржи снажан талас техничког напретка а да не остави жртву без накнаде.

Уведен је дуалитет основа одговорности који траје већ пуних сто година и наше правничке генерације ту појаву виде као сасвим нормалну и уобичајену: одговорност без кривице када је у питању штета од опасних ствари и опасних активности, и одговорност на основу кривице када штета долази из других извора.

Међутим, данас се може рећи да је и овај дуалитет одговорности нејак да обухвати све енормне, често и катастрофалне штете. Ако је објективна одговорност, везана за опасне ствари и опасне активности, проистекла из актуелног степена развоја техничког ума и захтева за већом социјалном правдом, онда је њено присуство данас само увод у снажнију фазу социјализације одговорности засноване на начелу комутативне и дистрибутивне правде и штете која произлази из „опште кривице".

Може ли се путем објективне одговорности макар и делимично накнадити штета која долази као последица великих катастрофа, еколошких, нуклеарних, и које не знају за државне, па ни за природне границе. Чини се да је, у таквој ситуацији, социјализација одговорности једини пут којим ће се право у овој области убудуће кретати. Само снажни социјални фондови, организовани од неког колективитета (држава, осигуравајућа друштва) и по правилима једне нове појаве и нове теорије социјализације одговорности, могу у извесним случајевима да буду ефикасни и правични, док у другим (случајеви великих катастрофа) то могу само делимично да остваре, а у трећим – никако. У овој последњој ситуацији право је потпуно беспомоћно у смислу интегралне накнаде, и штету тада треба прихватити као случај више силе који остаје без еквивалентне накнаде.

Све ово говори у прилог тези да се у извесним приликама масовних и катастрофалних штета, накнада одваја од одговорности. То је нека врста „револуције" у општој еволуцији основа одговорности. Огромне штете захтевају и другачији редослед досадашњих теорија у овој области. Међутим, и то није довољно за ефикасну и интегралну накнаду. Биће, сигурно, случајева који се ни уз помоћ теорије социјализације одговорности не могу решити, и где неће бити адекватне чак ни било какве накнаде. Како ће се, и поред свих социјалних фондова, накнадити она штета која настаје, рецимо, услед квара у некој атомској централи?

Узимајући у обзир савремени начин живота који неумитно прати штета као последица атака на наш физички и психички интегритет, као и на имовину коју поседујемо, чини се да је пут којим ће се кретати даља теорија одговорности у њеној трихотомији. Биће увек случајева кад ће кривица остати основ одговорности тамо где нема опасних ствари и опасних активности (субјективна одговорност). Тамо где се штета јавља као последица опасних ствари и опасних активности, ето нам објективне одговорности (одговорност без кривице), која је данас ту и коју правнички свет добро познаје. И најзад, теорија социјализације одговорности треба да обухвати ону област деликтне штете која долази као последица групне или индивидуалне опасне активности, којом се у већем степену угрожавају бројна лична и материјална добра. Ту се, по природи саме ствари, кривица учиниоца губи као титулус одговорности. За разлику од „обичних" опасних ствари и активности, овде су последице и штетни ефекти такви да доводе у питање личну и материјалну егзистенцију већег броја људи, све до степена могуће катастрофе (нпр. извори акумулиране енергије).

Код оваквих штета, применом теорије социјализације одговорности, потребно је организовати обавезно осигурање и формирање социјалних фондова из којих ће се, по посебним правилима, вршити накнада сваком лицу које је жртва одређеног штетног догађаја.

У том смислу, у мањем броју држава учињен је први корак у правцу обавезног осигурања од штета које долазе из аутомобилског саобраћаја, и то не само обавезног осигурања од одговорности већ обавезног потпуног осигурања и потпуне накнаде штете жртвама саобраћајних удеса. Ту се полази од нове концепције осигурања према којој све жртве саобраћајне незгоде треба да добију одговарајућу накнаду, а не од кривице као основа одговорности.

Ови први весници опште теорије социјализације одговорности доказ су да предложена трихотомија правно организоване одговорности у ствари одговара данашњој разуђености извора опасности и мноштву њихових штетних последица. Ако би се поставило

питање будућности међусобних односа у изреченој трихотомији, чини се да социјализација одговорности чека да на шира врата уђе у правни живот XXI века. Рекло би се да таквом путу припада и наше право и наш правни поредак у области одговорности за проузроковану штету.

Разумљиво је што Лазар Марковић, у своме *Облигационом праву*, није могао ићи „испред времена" и расправљати о штети и њеној накнади у савременом смислу теорије и праксе у тој области. Он је, као што смо видели, овом извору облигације посветио у Општем делу ону пажњу која је била примерена времену у коме је живео. Међутим, његова излагања о кривици и накнади штете не завршавају се на страницама Општег дела, већ он продужава да ову материју излаже и у Посебном делу под насловом „Дуговни односи из недопуштених радњи". Ту су обрађени посебни случајеви оштећења и то: оштећења ствари, повреда тела, повреда личне слободе, повреда части, завођење жене, нетачно представљање и погрешни савети, повреда службеног звања или службене дужности и прикраћење поверилаца у смислу паулијанске тужбе. За овим следе излагања о одговорности за накнаду штете и без кривице, и ту је, поред општих напомена о овој врсти одговорности, изложена штета, а и њена накнада, коју могу проузроковати животиње, упаљиве ствари и опасна предузећа, грађевине или неке направе, падање и бацање покретних ствари, као и други слични удеси.

Овим питањима аутор је завршио излагање о штети и њеној накнади, која је, као што је већ истакнуто, у потпуности била на потребном степену развоја правне теорије у тој области у времену кад је књига била написана.

Вратимо се уговору, коме је аутор посветио највећи број страница своје књиге. У Општем делу, он започиње излагање о уговорима изношењем појма уговора, а затим говори о правном значају понуде, пријему понуде, форми закључења уговора, времену закључења уговора и предуговору.

После овога, аутор нас уводи у материју услова за пуноважност уговора и ту разматра следећа питања: правну способност уговорника, стварност изјављене воље, допуштену садржину уговора. Изложена су значајна места која се односе на слободу уговора и њено ограничење, на уговор о немогућој чинидби, забрањени уговор, неморални уговор и зеленашки уговор.

Врстама дуговних уговора аутор посвећује посебну пажњу. После општег разматрања о врстама уговора, он набраја врсте уговора, и то овим редом: каузални и апстрактни уговори; апстрактно обећање дуга и апстрактно признање дуга; наплатни и ненаплатни уговори; једнострано и двострано обавезни уговори (немогућност чинидбе код реципрочних уговора, приговор због

неиспуњења уговора и приговор због несигурности испуњења); задоцнелост код реципрочних (двостраних) уговора, где су изложена питања: општа разматрања о последицама задоцњења, право да се тражи испуњење уговора и накнада штете због задоцњења, право на одустанак од уговора, право на накнаду потпуне штете, случајеви изузетног поступања код задоцњења. Најзад, овај део се завршава излагањем о уговорима у корист трећих лица, као и уговорима на прибављање чинидбе трећих лица.

На овом месту, у посебном одељку, аутор је изложио питање појачања и обезбеђења уговора и ту говори о капари, одустаници и уговорној казни.

После овога, следе детаљна излагања о престанку уговора уопште, а посебно о одустанку од уговора.

Следеће поглавље аутор је посветио заснивању обавеза једностраним правним послом, где је нарочито разматрао питање јавног обећања награде и питање обавеза из папира од вредности, а посебно папира на доносиоца.

Завршавајући општи део уговора и једностране правне послове, аутор је прешао на значајно питање заједничких и солидарних обавеза које је изложио под насловом „Субјекти обавеза и тражбина". Најпре су изложене заједничке обавезе, као и поједине врсте ових обавеза, а затим сложена материја солидарних обавеза (заснивање, правни карактер, дејства, право регреса).

Променама субјеката у облигационом односу посвећена је посебна пажња, и то у два вида: пренос тражбине – цесија (услови и правне последице) и преузимање дуга (врсте преузимања, транслативно преузимање, правне последице преузимања дуга и посредно преузимање дуга по основу прибављања имања или предузећа).

Општи део облигационог права завршен је одељком који је посвећен престанку дуговних односа. Разуме се, ту је на првом месту обрађено питање испуњења обавезе, односно исплата дуга (услови у погледу предмета чинидбе, услови у погледу учесника у исплати, урачунавање код више дугова), а затим поједини начини престанка: полагање дуга код суда, пребијање дуга за дуг (компензација), опроштај дуга и одрицање од тражбине, сједињење права и обавеза у истој личности (конфузија), новација или пренов обавезе, пропаст дуговне ствари и, уопште, немогућност чинидбе, смрт дужника или веровника, протек времена и застарелост права.

Посебни део Марковићевог *Облигационог права* углавном је посвећен појединим именованим уговорима, што је уобичајен начин излагања, како у облигационим кодексима тако и у науци ове гране права. Ту су изложени и минуциозно обрађени следећи уговори: уговор о куповини и продаји, уговор о размени (трампи),

уговор о најму (кирији) и закупу, уговор о поклону, уговор о зајму, уговор о чувању или остави, уговор о послузи (посуди), уговор о налогу, уговор о служби, уговор о изради дела, уговор о издавању или штампању дела, уговор о друштву (ортаклуку), уговор на срећу, уговор о јемству, уговор о поравнању (нагодба), упут (асигнација), уговор о осигурању.

Сви ови уговори су обрађени са становишта њиховог појма, права и обавеза уговорних страна, њиховог дејства, правне природе, модификације, поништаја и раскида, и других питања која се покрећу сходно природи сваког појединог уговора.

Разуме се да је излагање појединих уговора започето уговором о купопродаји, што је традиционални начин излагања посебног дела облигационог права. Због своје друштвене важности и учесталости у правном промету, уговор о купопродаји фигурира као први и основни уговор облигационог права. Правила којима се регулише материја овог уговора чине највећи део правног режима уговорног права уопште. Она у извесном смислу значе и узор и индикацију за формулисање читавог низа правила других облигационих уговора. При томе, треба нагласити да су основно правно дејство и основни правни појам овог уговора одређени још у старом веку, посебно у римском праву, и да се тај уговор као правни аксиом примењује у разним временима и друштвеним системима.

Дакле, основни уговор облигационог права аутор је изложио, најпре, општим разматрањем (предмет куповине, куповна цена, форма закључења, место извршења, време извршења), а затим је анализирао правне односе засноване овим уговором, а то су: правни односи у међувремену (ризик за пропаст или погоршање купљене ствари, приходи и користи од ствари у међувремену) и правни односи између купца и продавца (обавеза исплате цене, последице неисплате, обавеза преузимања ствари и обавеза на накнаду трошкова учињених за ствар). Код обавеза продавца анализирана су следећа питања: обавеза продаје ствари, друге допунске обавезе продавца, правне последице неиспуњења продавчеве обавезе. Даље, следе излагања о недостацима у продавчевом праву на ствар (одговорност продавца за недостатке у праву на ствар, услови и правна средства против продавца). У посебном одељку обрађено је питање одговорности за физичке мане (јемчење продавца за мане и недостатке ствари, јемчење за обећаване односно уговорене особине ствари, неодговарање за очигледне, односно за купцу познате мане, моменат одговорности). Затим су изложена права купца у случају мана и недостатака ствари: права купца да тражи опозивање куповине, правне последице опозива куповине, право купца да тражи смањење цене, право купца да тражи поправку ствари, право купца на накнаду штете. Овај део се завршава излагањем о престанку одговорности за мане и недостатке ствари, као и излагањем материје поништаја уговора због оштећења преко половине.

На крају излагања о купопродајном уговору аутор је изложио посебне врсте овог уговора, и то: уговор о откупу ствари (придржај откупа), уговор о повратној продаји (придржај повратне продаје), уговор о прекупу ствари (придржај прекупа, куповина на пробу, као и остале врсте посебних куповина: куповина по мустри или узорку, куповина ради пробе, продаја с придржајем бољег купца, продаја по продајном налогу и судска продаја).

Из прегледа изложених питања код уговора о куповини и продаји види се оквир и начин обраде, који су примењени и код свих других појединих уговора, сходно њиховом значају и правној природи. Отуда, нема разлога да се за потребе овога предговора излажу сва обрађена питања и код других уговора, већ се читалац упућује на то да их сам сазна, проучи и, можда, прихвати.

Поред поменутих појединих облигационих уговора, који чине sedes materiae Посебног дела, аутор је овде изложио још неке обавезе које настају, по његовим речима, без уговорног односа. То су дуговни односи из пословодства без налога (права и обавезе пословође и господара посла), као и недопуштено пословодство и неправо пословодство.

На овом месту је, затим, изложена материја дуговних односа по основу неправедног обогаћења, и ту су обрађена следећа питања: дуговински односи из неоправданог коришћења ствари (услови, предмет берсионске тужбе, специјални случајеви искоришћења ствари), дуговински односи који настају из безразложних чинидби (услови за признање кондикција, као и поједини случајеви кондикција: повраћај датога због непостојања дуга, због изостанка очекиваног или презумираног резултата, због неважности правног посла, због неовлашћеног располагања и у случају посредног обогаћења). Затим следе излагања о садржини права на повраћај услед обогаћења и престанак права на повраћај.

Према редоследу излагања материје Посебног дела, следе дуговни односи из недопуштених радњи, и то посебни случајеви накнаде штете, о чему је већ било речи.

Најзад, аутор завршава Посебни део, а то значи и целу књигу, излагањем дуговних односа из заједнице ствари или права. Ту је, најпре, изложено питање појма заједнице ствари или права, а затим су анализирани правни односи за време трајања заједнице, као и правни односи при престанку заједнице.

Као што се из целокупног прегледа обрађених питања види, реч је о класичном делу облигационог права, којим је обухваћено широко поље облигација. Објављивање овог дела је за нашу правничку јавност неизмерно корисно, како са становишта праксе, тако и са становишта теорије облигација, па и опште теорије права. Вредност овог дела је још већа када се зна да се његовим објав-

љивањем први пут у нашој литератури достиже заокружени систем грађанског права, који потиче из пера једног аутора. О осталим деловима тог система већ је било речи.

Остаје нам да ово дело примимо са научним миром и обавезом настављања, без обзира на то да ли се придружујемо мишљењу аутора о многим покренутим питањима из облигационог права или нам се научни путеви удаљавају или разилазе. То нам налаже научна савест и култура права.

Пред крај живота, Лазара Марковића стигла је зла коб. Уместо сталности научног славолука, добио је трновит венац политичке пролазности. Сачињен и изречен бодљама једне фарсе; разуме се, „у име народа". Оног коме је свим бићем припадао, и коме је дао све што је знао, јер друго он није ни имао. За ову прилику рецимо само то: оставио је први систем грађанског права на нашем језику и тиме нас, бар за један корак, приближио неким дубљим слојевима цивилизације права.

Само мојре, грчке богиње судбине, знају зашто је то тако. Можда и због тога да би генерације правника које долазе биле, људски и професионално, храбрије и спремније да граде општу интелектуалну и правничку образованост на темељима културе правде као стожерне врлине, а не на тренутном налогу „воље владајуће класе", како су то, глобално, чиниле послератне генерације наших правника.

Будућност правничке вокације уопште, па и наше, не може побећи од неминовности факта: сви смо дело и део природе. Слободни и исти у достојанству и правима. Једнаки у доласку и једнаки у одласку. Откуд онда „правна одјећа" као инструмент насиља чулности над умношћу индивидуалног и заједничког бића?

Симон Симоновић*

БИБЛИОГРАФИЈА И ОСНОВНИ БИОГРАФСКИ ПОДАЦИ [ЛАЗАРА МАРКОВИЋА]**

Лазар Марковић рођен је 8. 9. 1882. године у Београду, од оца Петра (родом из Параћина) и мајке Стане, рођене Петровић. Основну, „теразијску" школу завршио је 1893, а Трећу мушку гимназију 1901. Правни факултет (економско-политички одсек Правничког факултета српске краљевске Велике школе) уписао је 1901, а дипломирао 17. 6. 1905. Од 1905. до 1907. радио је као приправник деловођа у пореској управи Министарства финансија. Правне студије наставио је на Универзитету у Берлину од 1907. до 1909. године. На истом универзитету докторирао је 17. 2. 1910, код професора Јозефа Колера. Његова докторска дисертација, иначе објављена исте године на немачком језику у Берлину, гласи: *Das Problem der Sonderrechte der Körperschaftsmitgleiderer* (*Проблем посебних права чланова корпорације*).

Први научни рад објавио је 1906. године у Београду (*Меничко јемство* – студија из Меничног права). Године 1910. изабран је за доцента Правног факултета, а 1914. за ванредног професора. На Правном факултету остао је до 1920. године. Његова главна правна дела су: *Хипотекарно право* (1911), *Грађански законик Краљевине Србије*, с кратким објашњењима (1913) и систем грађанског права – *Општи део* и *Стварно право* (1912), *Породично право* (1920) и *Наследно право* (1930).

Политиком почиње да се бави 1910. године, као присталица Радикалне странке. Већ наредне године постао је главни уредник радикалског часописа *Дело* и стални политички сарадник листа *Самоуправа*. У Женеви је покренуо политички лист *La Serbie*, који је два пута месечно излазио на француском језику. У краћој и недовршеној *Библиографској ноти*, писаној у трећем лицу, највероватније 1940. године, на француском језику (Марковић је писао и објављивао на српском, француском, немачком и енглеском је-

---

* Симон Симоновић, књижевник, дипломирани правник.

** Текст је штампан као поговор уз књигу Лазара Марковића *Облигационо право*. Захваљујемо аутору и издавачу што су дали пристанак за објављивање у *Анализма*.

зику, а служио се и италијанским), он највише говори о својој политичкој делатности. Тако истиче да издања листа *La Serbie*, за годишта 1916, 1917, 1918. и 1919. „представљају најбоље изражену документацију српског и југословенског националног програма на пољу мисли и разума".

Занимљиво је да се због листа *La Serbie* Марковић политички сукобио и разишао са двојицом својих колега, професорима Правног факултета у Београду. Најпре са др Божидаром Марковићем због његовог захтева да се лист назове *La Yougoslavie*. „Одговорио сам да појам Србија није у супротности са појмом Југославија, ако се лојално и трезвено ради на уједињењу свих Јужних Словена." Са др Живојином Перићем, иначе другим кумом из првог брака (у другом браку Перића је „заменио" др Момчило Нинчић), који му је био професор Грађанског права, Марковић је дошао у сукоб због једне његове изјаве, дате у Цириху, у којој је напао српску, радикалску владу, што је увукла Србију у рат, несрећан по последицама за народ у Србији, и за Србију као државу. „Перић није знао", забележио је касније Марковић, „да сам га ја по повратку у земљу, у 1919. години, био заштитио од сваког кривичног гоњења због његових несмотрених изјава у Швајцарској."

Марковић је себе сматрао „верним и оданим пријатељем Николе Пашића", наглашавајући да су његове идеје и савети били често одлучујући за Радикалну странку „у свим тешким питањима како унутрашње тако и спољашње политике". Био је министар за Уставотворну скупштину (1920–1921), министар правде (1922–1923. и 1939–1941), делегат Краљевине Југославије у скупштинама Лиге народа (1923, 1925, 1927), од 1927. до 1930. делегат је у Комитету за арбитражу и безбедност у Женеви и на припремној конференцији о разоружању. За народног посланика, на листи Радикалне странке, биран је 1925, 1927. и 1938. године.

У Београду је 1933. године покренуо лист *Београдски дух*, који је излазио два пута месечно на француском језику, „али после шест месеци излажења, тај лист је, услед сувише строге превентивне цензуре престао да излази". Године 1939. покренуо је радикалски лист *Дело*, са жељом да уједини све радикале „тренутно растурене". Последњи, 78. број *Дела*, у импресуму има датум: 6. април 1941. године.

Политички списи Лазара Марковића односе се на унутрашњу и спољну политику Србије и Југославије. На француском језику објавио је три књиге: *La Serbie et l'Europe 1914–1920* (*Србија и Европа 1914–1920*, Женева, 1920), *Le désarmement et la politique de Belgrade 1922–1932*, (*Разоружање и политика Београда 1922–1932*, Париз, 1932) и *La politique extérieure de la Yougoslavie 1933–1936* (*Спољна политика Југославије 1933–1936*, Париз, 1936).

На српском језику објавио је две књиге. Његова *Политика* (Београд, 1925), коју, занимљиво, не помиње у *Библиографској ноти*, представља критику владе Љубе Давидовића, пре свега начин споразумевања с Хрватима. За књигу *Југословенска држава и хрватско питање 1914–1929*,[1] која је штампана 1935. године истовремено у Београду и у Загребу, Марковић каже да „представља најзанимљивију и најбоље документовану студију развитка односа између Срба и Хрвата у сједињеном краљевству".

Други светски рат Марковић је провео у Београду. Значајан је податак, који се први пут јавно износи, да су га Немци два пута хапсили, 1942. и 1943. године. Зна се да је био један од 533 потписника „Апела српском народу", објављеном у *Новом времену*, 13. августа 1941. Познато је и да је септембра и октобра 1944. године, са другим опозиционим личностима, учествовао у стварању Одбора опозиционих странака и да је написао „Меморандум", односно „Декларацију удружених српских странака", намењену савезницима.

Ухапшен је 10. 11. 1944. да би се појавио као оптужени, у процесу Дражи Михаиловићу. У том процесу, осуђена су још тројица професора Правног факултета у Београду: др Слободан Јовановић, др Момчило Нинчић и др Коста Кумануди. Лазар Марковић је осуђен на шест година затвора с принудним радом и одузимањем свих политичких и грађанских (сем родитељских) права у трајању од три године, уз конфискацију целокупне имовине. Најпре, као потписник „Апела српском народу" (због чега је Кумануди добио осамнаест месеци затвора), а највише због студије о односима Срба и Хрвата. Тако је он први интелектуалац у Другој Југославији који је осуђен због расправе коју је написао а коју није објавио.[2]

Свих шест година одробијао је у Сремској Митровици, и један дан више, не желећи да изађе из затвора док му се не врате рукописи. Поново је ухапшен 28. 9. 1954. и у Централном затвору провео три месеца. Разлог је био то што се ректор Сорбоне обратио југословенским властима да му издају пасош, јер је у Француској требало да одржи предавања из међународне политике. Из затвора је пуштен када се тешко разболео. Умро је 15. 4. 1955. у Београду, у стану своје сестре.

За собом је оставио више од 7.000 страна необјављених рукописа, који су настали у периоду од неколико деценија, а које је

1 Репринт издање ове Марковићеве књиге појавило се у Зрењанину 1991. године, а две године касније објављена је, на основу рукописа, његова књига *Парламентарно право*.

2 Књигу *Срби и Хрвати 1914–1944* (Београд, 1993) приредио је аутор ове библиографије на основу превода рукописа Лазара Марковића на француском и енглеском језику, јер му је оригинални рукопис био одузет.

он скривао, дајући их пријатељима (неки су однети у иностранство), тако да је тешко дати потпун попис.

У његовој заоставштини налази се грандиозан систем српског грађанског права: *Општи део* (435 прекуцаних страна), *Стварно право* (630), *Облигационо право – Општи део* (447), *Облигационо право – Посебан део* (519)[3] и *Породично право*.

На француском језику остао је рукопис *Царство права – Оглед о положају права у људској култури* (198), писан крајем четрдесетих година. На спрпском језику написао је *Политичку историју Југославије, I и II део* (529 и 347), на којој је, што се види у записнику са саслушања на суђењу, радио 1941. године. На француском језику остали су: *Владавина Павла Карађорђевића* (248), *Од Србије до Југославије* (400) и припремљена за штампу студија *Никола Пашић* (322). На енглеском језику Марковић је написао *Ревизију устава* (144), на српском *Историју Србије 1903–1918.* (писао ју је у затвору, у мањим свескама и на клозет-папиру). Остало је сачувано и десетак његових политичких чланака мањег обима.

Најзад, ту су и *Успомене*, које је почео да пише 15. августа 1946, у затвору у Сремској Митровици. Обухватају период од 1892. до 1941. године и имају око 1.400 страна. У њима се осврће и на тројицу угледних професора Правног факултета. О др Глигорију Гершићу, „чувеном правнику, професору Универзитета, бившем министру и радикалском прваку", Марковић пише дирљиво и са много уважавања. О свом колеги, др Томи Живановићу, пише мало заједљиво и наводи његов „малер" да од универзитетског савета не буде *потврђен* за професора и да остане доцент, све до краја рата, до 1919. године. Наиме, Марковић је 1914. године „био потврђен" за ванредног професора, „а Тома је сносио последице једне своје непажње, да се тако најблаже изразим". Реч је о афери са „подметнутим грлом" на коњским тркама у Београду, о којој је Живановић дао правно мишљење.

Највредније су, барем што се тиче правне теорије, полемике које је Марковић водио са Слободаном Јовановићем. Обе су занимљиве и са данашњег гледишта. Прва се односила на проблем постанка и карактера Краљевине СХС. Делом је уврштена у *Сабрана дела* Слободана Јовановића, а потпуније је дата у књизи Лазара Марковића *Југословенска држава и хрватско питање 1914–1929*. У суштини спора јесте разлика у схватању фактичке и правне државе. Одбацујући мишљење Слободана Јовановића да је Краље-

3 На основу писма које је Марковић 17. 6. 1938. послао Ристи Симоновићу у Врање, у коме пише о свом раду на *Облигационом праву*, може се закључити да је рукопис завршио пре избијања рата.

вина Србија морала претходно пропасти да би се омогућило стварање уједињене краљевине, Марковић напомиње да „наука Државног права зна само за државу, а не за два типа државе: *факшичке* и *йравне државе*. Ми имамо утисак да је Јовановић подлегао утицајима загребачких идеја о нагодбама које су политички можда разумљиве, али које се не могу правдати науком Државног права нити пак начином постанка наше Краљевине.“ Ова полемика вођена је 1920. године и наставак је разговора у Уставној комисији коју је формирао Стојан Протић, као министар Конституанте у влади Миленка Веснића.

Друга њихова полемика односи се на питање распуштања Скупштине. Остала је „непозната“, а вођена је на страницама *Полишике* 1924. године. У *Усйоменама* Марковић истиче Јовановићеву ерудицију, „леп глас научног ауторитета“, чије ће дело о Уставном праву послужити као врло користан уџбеник „не само за студенте права него и за највећи број наших политичара“. Каже да га Слободан Јовановић није волео „ни као ђака ни као наставника“ и о њему говори као о великом противнику радикала, поборнику династије Обреновића и противнику парламентарног система.

Марковић детаљно износи политичку позадину ове полемике, односно покушај Николе Пашића да 1924. године убеди краља Александра у неопходност распуштања Скупштине. По налогу Пашића, Марковић је написао „једно такорећи стручно правно-политичко мишљење да треба ићи на изборе, тј. консултовати народ“, које се заснивало на одредбама устава и на парламентарним обичајима у демократским земљама, у првом реду у Енглеској. „Главно питање је било: ко ће вршити изборе? То питање је решено у Енглеској тако да увек врши изборе она влада која је на 'управи земље'.“ О овој полемици Марковић је записао следеће: „Ја сам био пажљив према Јовановићу, и са свима дужним обзирима према његовом научничком гласу, као и према своме бившем професору. Ја сам доказао да Јовановић нема право, и он је то морао признати, и више се није овако експонирао противу радикала.“

Овим се затвара круг, онако како га је исписао Лазар Марковић, у коме један од најплоднијих класика српског права говори о другим класицима, својим савременицима.

На крају, највећи део *Усйомена* је прекуцан, с незнатним исправкама које је Марковић унео графитном оловком. Можда није имао жељу или времена да тамо где није био сигуран, додуше ретко, у одређене датуме, чак и имена („не сећам се тачно...“, „мислим да је...“), накнадно проверава и исправља. Рукопис *Облиīационоī йрава* Марковић је до ситница поправио.

Момир Милојевић*

САНКЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ**

Већ две године реч „санкција" не силази са усана људи нашега времена. О њој говоре како они који трпе њене последице тако и они који из санкција извлаче користи или мере учинке њихове примене. Време од две године је довољно да сви могу да праве билансе – једни колику су штету претрпели, други колико су зарадили на људској невољи, а трећи да посматрају колико су остварили од жељених намера. Такво посматрање санкција из различитих углова не произлази само из различитог положаја или различитих интереса већ открива различите циљеве мера које се називају *санкције* или, тачније, различита значења латинске речи *sanctio* која је ушла у све правне поретке и језике, прилагођена њиховим фонетским особеностима.

I

У древна времена реч *sanctio* је у свакодневном говору безопасно значила светост, посвећење, посвећивање, освештавање, свечано потврђивање. Као таква, ова побожна реч је у правничком језику (као *sanctio legis*) употребљавана за означавање свечане али у исто време строге наредбе или заповести која је представљала, с једне стране, строгу наредбу поштовања, односно понашања на прописани начин и, с друге стране, забрану кршења заповести праћену одговарајућим тешким последицама. Њоме су се завршавали најважнији правни документи, као што су нпр. енглеска Велика повеља о слободама (1215) и америчка Декларација о независности (1776). Од схватања друштвене средине зависило је да ли ће се санкција задржати на обавезности понашања и забрани кршења или ће ићи корак даље, до прописивања последица за противправно понашање.

---

* Др Момир Милојевић, редовни професор Правног факултета у Београду.

** Излагање на скупу који је, 31. маја 1994, поводом двогодишњице санкција Уједињених нација, организовало Савезно министарство за људска права и права мањина, необјављено у књигама на српскохрватском (*Две године после*, Београд 1994) и енглеском језику (*Two years after*, Belgrade 1994).

Англосаксонске земље су прихватиле први приступ, њима је он више својствен. Европске земље су отишле корак даље. Распете борбом против насиља сваке врсте, оне су прописале и последицу, односно различите последице због непоштовања прописа. На тај начин се тежиште санкције померило на крајњу последицу кршења забране или *казну* у најширем смислу речи. Без обзира на разлике, за повреду обавезе свечано преузете пред Богом, уведене су многе мере. Неке од њих је практичан ум правника наметао, почев од непризнавања учинака противправних аката, преко одузимања противправно стечене користи и раскида уговора, до накнаде штете, новчане и сваке друге казне.

II

У том значењу санкције је познавало и најстарије међународно право. Први познати међународни уговори (закључивани у Египту, Атини и Риму) завршавали су се најстрашнијим клетвама и претњама божјом казном онима који их не буду поштовали. Пошто су вољу божју тумачили несавршени људи, арсенал мера које су се могле примењивати у међудржавним односима током векова обогаћен је бојкотом, блокадом, репресалијама, ратом и, касније, прекидом дипломатских и других односа. Све те мере називане су санкцијама, а једна света реч је, својом употребом и злоупотребом, претворена у нешто сасвим друго од онога што је била у свом изворном значењу. Иако су све имале наизглед казнени карактер, постале су међу собом различите, не само по свом основу већ и по садржини, сврси, поступку примене и, наравно, последицама које су изазивале. То је разумљиво у правном поступку који су државе стварале по мери својих интереса да би се њиме користиле, а не да би им он шкодио. Стваран је и изграђиван да би се примењивао према тзв. нецивилизованим државама. Установљавајући санкције за друге (а не за себе), те државе су задржале пуну слободу оцењивања тежине кршења права и целисходности мера које ће применити као одговор на кршење права. Једино мерило којим су се руководиле била је оцена сопствене снаге, односно способности да примене одређену меру. Зато није чудно што нису желеле да установе никакав систем за решавање међусобних спорова, понајмање судски, чије би одлуке морале да извршавају. Напротив, и када су пристајале на необавезно судско или арбитражно решавање правних спорова, нису пропуштале да изјаве да се тако не могу решавати спорови који се тичу животних интереса (опстанка, безбедности, територијалног интегритета и сл.), части и достојанства. То им је било потребно да би могле саме да одлучују хоће ли прибећи бомбардовању да би наплатиле новчана

потраживања, или ће због увреде владара повести рат. Још мање су државе могле да установе било какав систем санкција. Зато су решавање међународних спорова и санкције несумњиво најмање уређена област међународног права.

III

Највећа мана међународног правног поретка јесте то што су, поред рата који је био и дозвољено средство за решавање националних и других питања, као санкције задржане репресалије које су одувек сматране за кршење права. Сматрало се да се на повреду права може одговорити такође повредом права или да се на тај начин може спречити ново кршење права и натерати друга страна да поштује право, да тиранину треба стати ногом за врат и довести га „познанију права", како рече наш песник горостас. Чак и када је рат забрањен као средство у међународним односима, остале су репресалије иако су оне одувек значиле далеко мању употребу силе од рата. Међународно право није укинуло репресалије већ их је само временски и садржински ограничило захтевајући сразмерност повреда и спојивост с начелима човечности која су временом проширивана. То није спречило фашистичке државе, нарочито Немачку, да прибегну и рату и репресалијама против Југославије 6. априла 1941. Репресалије су остале све до тренутка када је међународно право забранило употребу силе у свим облицима а тиме и прибегавање рату и оружаним репресалијама као санкцијама. Неоружане репресалије су ипак остале.

IV

Покушај организовања међународне заједнице, нарочито стварањем међународних организација, имао је за циљ не само организовање међународне мирнодопске сарадње већ и увођење реда у решавању спорова мирним путем, што би самим тим умањило могућност примењивања силе и утицало и на уређивање проблема санкција. Пактом Друштва народа било је предвиђено предузимање мера ради очувања међународног мира (члан 11) против држава нападача (члан 16). Повеља Уједињених нација је још више разрадила систем мера у којима, поред санкција у правом смислу речи, постоје и мере које Савет безбедности може да предузме како би обезбедио извршавање својих одлука (члан 41) или ради одржавања или васпостављања међународног мира и безбедности (члан 42) ако констатује да постоје претња миру, нарушавање мира или агресија (члан 39). Савет безбедности то може чинити само делујући у складу са циљевима и начелима Уједињених нација

(члан 24, ст. 2). И у другим међународним организацијама је разрађен систем санкција које су далеко од оних за чију су промену овлашћене Уједињене нације. Међутим, тиме није учињено много. То представља само почетак стварања целовитог система у коме би много шта требало да се догради.

V

У међународним организацијама је створен централизован систем одлучивања, али је извршавање одлука остало у највећој мери децентрализовано јер ниједна организација нема свој апарат ни средства принуде. Њих обезбеђују државе и зато је примена свих мера, па и санкција, задржала у великој мери индивидуалан карактер. Савет безбедности своје одлуке спроводи преко држава (чл. 43, 44, 48) или међународних организација којима оне припадају.

Без обзира на различита схватања, треба јасно раздвојити санкције и друге принудне мере које се могу примењивати у међународним односима. То је делимично учињено статутима међународних организација, најмање статутима политичких организација у којима су, с једне стране, спорови најчешћи а, с друге, начини њиховог решавања, утврђивања одговорности и примењивања санкција најмање уређени.

Иако по својој садржини могу да буду различите, санкције морају да буду јасно везане за неиспуњавање међународних обавеза и за утврђивање чињеница и одговорности по прописаном поступку. Само тако схваћене санкције могу бити казна за непоштовање обавеза или накнада причињене штете и средство за поштовање законитости у међународном правном поретку.

VI

Са санкцијама не треба мешати друге мере које надлежни органи међународних организација могу да предузимају ради остваривања основних циљева тих организација. Свакако да највећу пажњу заслужују мере које је Савет безбедности овлашћен да предузима ради очувања или васпостављања међународног мира и безбедности. Иако су на конференцији у Сан Франциску и оне називане „санкцијама", представник Стејт департмента је развејао све недоумице изјавивши да се оне не предвиђају због кршења обавеза већ само за случај претње миру, нарушавања мира или за случај агресије. Савет безбедности није овлашћен да утврђује кривицу, нити може чекати да то други учини. Он мора да делује енергично и да спречи или заустави сукоб.

Због тога Савету безбедности није поверена улога чувара свих вредности Уједињених нација. Њему је поверена главна одговорност за очување међународног мира и безбедности, али он мора да делује у складу са циљевима Уједињених нација, што значи да мерама које предузима доприноси не само очувању мира већ и међународне сарадње решавајући економске, социјалне, интелектуалне или хуманитарне проблеме, развијајући и подстичући поштовање људских права и основних слобода за све. Дужност хитног реаговања ради очувања или васпостављања мира не ослобађа га обавезе да води рачуна да се не угрозе друге вредности којима је мир основна претпоставка. Овлашћење Савета безбедности да интервенише без обзира на то да ли се и како извршавају међународне обавезе и да ли је у питању међународни сукоб, потврђује да мере предвиђене у глави VII Повеље УН нису санкције већ само средства принуде да се изврше одлуке Савета безбедности. Одлуке о предузимању тих мера су политичке и доносе се искључиво на основу политичке оцене целисходности, док су санкције правне мере које се изричу у поступку за утврђивање одговорности за кршење обавезе. Међутим, и политичке мере или одлуке, донете на основу дискреционих овлашћења, морају да буду законите, тј. у складу са основним правилима међународног права, укључујући правила Повеље УН.

VII

Законитост у примењивању санкција и других принудних мера значајна је због тога што одлуке Савета безбедности могу да буду уперене не само против држава чланица Уједињених нација већ и других држава, па и не само против држава. Због тога мора да буде јасно против кога се могу и које санкције примењивати, а против кога и које принудне мере. Проблем очигледно није само у поступку примењивања ма колико он био значајан. Проблем је много дубљи јер задире у питање важења, а то значи у суштину међународног правног поретка. Зато се пре свега мора знати које се мере и против кога смеју или могу примењивати, с којим циљем и какав се учинак жели. У класичном међународном праву то је било једноставно пошто су искључиво државе биле субјекти међународног права и само су се против њих могле примењивати санкције и друге мере. Данас то више није сасвим тако, а и пракса потврђује да се принуда сваке врсте не примењује само према државама.

У данашњем међународном праву субјекти одговорности нису само државе већ то могу да буду и међународне организације, па и појединци. И поред тога несумњиво је да се међународне

санкције још увек примењују углавном против држава. То би требало да значи да санкције или мере које се примењују према државама треба да погађају искључиво њих као субјекте међународног права. Међутим, пракса показује да то није увек тако чак и када се формално мере предузимају против држава. Примењивање „санкција" против држава не због њиховог непоштовања међународних обавеза (које је, иначе ретко, посебно у судском поступку доказивано и утврђивано) већ ради постизања најразличитијих циљева, почев од промене политике до других промена, усмерава санкције према владама. На тај начин се, посредно, са терена међудржавних сукоба и санкција прелази у ствари на унутрашње, међустраначке сукобе између учесника који нису субјекти међународног права. Замена субјеката мења природу предузете акције, која се претвара у интервенцију у унутрашње ствари држава. Тако се долази до парадокса да се једна правно допуштена међународна мера, због промене сврхе или субјеката против којих је уперена, сукобљава са основним нормама међународног права.

Сукоб с међународним правом још је очигледнији ако се посматрају последице примене санкција које су се показале као знатно теже него што су то намеравали они који су одлучили о њиховој примени. Показало се да те „санкције" не погађају толико државу, још мање владу, колико становништво и у њему оне који су најслабији и за чије добро би санкције требало да буду примењене. Тако модерне санкције постају нехуманије од репресалија које међународно право још дозвољава. Биланс санкција против Југославије већ сада је довољан разлог за озбиљно размишљање о томе да ли су штете веће од жељених користи и да ли уопште овакве санкције имају своју сврху, а самим тим и своје упориште у међународном праву.

Војин Димитријевић*

ОДНОС ЉУДСКИХ ПРАВА И МИРА**

Као вредности, мир и људска права могу се доводити у различите односе. У гласној дебати о односима мира, људских права и развоја, која се одвијала у осмој и деветој деценији овога века, групе држава у Уједињеним нацијама и другим међународним организацијама поистовећивале су се с приматом неке од тих вредности. Говорило се да „Запад" подржава људска права, „Исток" мир, а „Југ" највише полаже на развој. Подразумевало се ипак да свака од ових група признаје значај других двеју вредности, мада секундаран, док су све време постојали ванинституционални радикали који су неке од тих вредности потпуно одбацивали.

Расправа о односу мира и људских права сада се води у атмосфери која личи на ону пре Другог светског рата: потпуно одбијање мира и људских права као вредности постало је опет прихватљив интелектуални став. Они који се баве људским правима и миром, морају поново да се суочавају с политички и интелектуално моћним противницима који не верују да су, бар кад су они и њихов народ у питању, мир и људска права потребни или пожељни. Ако се ниједно од тога не жели, однос између мира и људских права постаје ирелевантан. Расправа о том односу има смисла само за људе који признају обе вредности.

„Људска права" испостављају се као група инструменталних вредности, које воде дубљим, суштинским вредностима. Сама идеја људских права, уверење да свако људско биће има урођена права, која му држава не даје па не може ни да му их одузме, вредност је сама по себи. У том смислу људска права се појављују као циљ у Повељи Уједињених нација.

Мир се може посматрати као право. Право на мир је Генерална скупштина Уједињених нација свечано прогласила у Декларацији о праву народа да живе у миру од 12. новембра 1984. године.

---

* Др Војин Димитријевић, редовни професор Правног факултета у Београду.

** Текст представља резиме опширног чланка објављеног у *Аналима* 1–3/1997. на енглеском језику, где је грешком изостављен.

Заступници колективног права на мир неће наћи правну подршку у тој декларацији и околностима под којима је она изгласана. Време када је поднет предлог да се она усвоји, њен предлагач („социјалистичка" Монголија) и њене нејасне и китњасте политичке формулације говорили су одмах да Декларација представља пропагандистички напор СССР-а и његових савезника да још једном охрабре пацифисте у иностранству, који су им увек били од користи. Подршка коју су добили од влада у трећем свету углавном је потекла од њихове склоности да подрже све предлоге да се нова права придодају списку људских права „треће генерације". Диктаторски режими у таквим земљама имали су за то још један разлог: неодређена права „народа" тумачили су као право државе којом такав режим влада, симболизује је и представља у међународној заједници. Истичући магловита колективна права својих народа у односу на иностранство, властодршци су се могли претварати да делају у прилог људским правима, иако су их иначе ускраћивали својим поданицима.

Док колективно право на мир нема неки већи значај нити знатнију садржину, треба обратити пажњу на често занемарена права појединаца која почивају на миру као вредности или се могу користити да би се очувао мир, спречио оружани сукоб или да би се одбило учествовање у рату. Поменута права омогућују појединцима да се супротставе насилним средствима за решавање међународних и унутрашњих сукоба и да контролишу доносиоце одлука који се налазе у положају да намерно или због своје неспособности увуку друштво у оружане сукобе. При томе се, између осталог, мисли на слободе кретања, изражавања, информисања, мирног окупљања, удруживања и политичка права на учешће у вођењу јавних послова, као и на права на приватност и заштиту породице и деце.

Најупадљивије право усмерено против институционализованог насиља и рата повезано је с приговором савести у односу на војну обавезу. Њега признају многе земље уз различита објашњења и оправдања, упућујући на различите поступке с различитим исходима, укључив и последице које су у ствари казне. Нажалост, општа тежња да се приговор савести објасни као испољавање слободе савести оспорена је недавним укључивањем у Конвенцију о правима детета одредбе која дозвољава државама да регрутују малолетнике.

У супротном смислу, људска права се могу користити тако да се угрози мир. Према постојећем режиму људских права, државама се допушта да под одређеним условима ограничавају људска права ако тако штите неки важан интерес. Разлози, пак, због којих постојећи уговори о људским правима дозвољавају њихово

ограничавање не указују на то да су ограничења усмерена на заштиту мира. Они заправо упућују у другом правцу, на првенствену заштиту интереса националне државе. Многе државе остале су резервисане према чл. 20, ст. 1 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, који их обавезује да забране сваку пропаганду рата.

Мир и људска права могу се проучавати и у узрочно-последичној вези. Тада се више не расправља јесу ли они прихваћене и пожељне вредности и у ком су хијерархијском односу, већ о томе како утичу једно на друго. Може се тврдити да људска права воде миру, али се исто тако може рећи да нема мира без људских права. Последњи став може се протумачити тако што се каже да су људска права незаменљив услов мира, што значи да посебна вредност мира не може да се постигне без осигурања посебне вредности људских права. Међутим, може се протумачити и тако да мир не може да постоји без људских права. Људска права су тада саставни део мира, који се одређује позивањем на људска права, а мир и људска права се спајају у један вредносни склоп. Мир без људских права у том случају није само невероватан или немогућ – он постаје незамислив.

У обрнутом смеру постављају се питања да ли мир води поштовању и уживању људских права и могу ли се уопште људска права уживати без мира. У смислу историје општих идеолошких и политичких токова, о овој се узрочној вези почело говорити тек после изношења хипотезе о томе да људска права условљавају мир.

Према већини међународних инструмената о људским правима, поштовање људских права није зависно од предуслова мира. Штавише, цела грађевина хуманитарног права, то јест систем хуманитарних правила међународног права о оружаним сукобима (рату), која је сагрђена пре кодификације права о људским правима, почивала је на уверењу да људска права треба посебно штитити *за време оружаног сукоба и без обзира на рат*. Хуманитарно право покушава да ограничи штету коју оружани сукоби причињавају уживању основних људских права.

Рат угрожава људска права. Мир је један од предуслова за пуно уживање људских права. Али, то не значи да се људска права не могу појмовно представити и без мира. Људска права и мир су одвојени скупови инструменталних вредности. Отуда је методолошки погрешно миром обухватити људска права или пак људским правима мир и то не би имало никакву педагошку или политичку сврху. Пошто су мир и људска права одвојене вредности, могуће је да једна од њих добије предност. Тако, на пример, у случају масовног кршења људских права, опасност од међународног сукоба постаје могућа. Нема сумње да одсуство мира, међународног и унут-

рашњег, у потпуности или делимично онемогућава уживање људских права. Међутим, колективно право на мир, како је формулисано у Декларацији од 1984. године, нема јасно правно значење и не може се претворити ни у какву смислену акцију. С друге стране, многа индивидуална права могу се користити ради одбране мира и спречавања људи и народа да у рату учествују.

ГРАЂАНСКО ПРАВО

1. СТВАРНО ПРАВО

ПРАВО СВОЈИНЕ

1

Када сопственик на основу уговора о продаји пренесе право својине на купца, не може више уговором о поклону располагати том истом непокретношћу.

Из образложења:

У првостепеном поступку утврђено је да је тужени раније живео у кућној заједници са пок. оцем Марковић Раписавом. На кућном плацу су поседовали стару и дотрајалу кућу на кат. парц. бр. 476 у КО Шљивова, где су заједнички направили нову кућу 1970. године. Увидом у списе предмета П. бр. 345/83, суд је утврдио да су тужени и његов отац одмах по изградњи куће, још 1971. године, саставили поравнање о деоби заједничке имовине, које су код Општинског суда у Крупњу оверили 1979. године, а према којем су туженом припале кат. парц. бр. 422, 424, 495, 975 и 369, све у КО Шљивова, као и две зграде (чардак и штала) које су се налазиле на парцели која је у деоби припала тужениковом оцу Раписаву. Целокупна остала имовина, укључујући и кућне плацеве на кат. парц. бр. 476 и 486 у КО Шљивова, припала је деобничару Раписаву.

Тужилац је са пок. оцем туженог – Марковић Раписавом, бившим из Шљивове, који му је иначе био тетка – закључио уговор о купопродаји целокупне његове имовине, укључујући и кат. парц. бр. 476 и 486 у КО Шљивова, са свим зградама. Уговор је оверен код Општинског суда у Лозници под бројем Ов. 2792/86, 2. VII 1986. године. Тужилац је продавцу одмах исплатио купопродајну цену у износу од 2.000.000,00 тадашњих динара. Пошто је тужилац у то време био на привременом раду у Француској, уговорили су да продавац са својом супругом и даље користи имовину која је предмет уговора, све до своје смрти, или док му могућности буду дозвољавале да имовину обрађује и користи. Уговор о купопродаји странке су прописно овериле код суда и платиле порез на промет.

У време закључења наведеног уговора, у катастарским књигама је власник на свим непокретностима које су предмет купопродајног уговора био продавац. Међутим, 1988. године, сада пок. Раписав, када је запао у тешкоће здравствене природе, уговором о поклону овереним код Општинског суда у Крупњу под бројем Об. 589/88 од 29. IV 1988. године, поклонио је свом сину, туженом Милораду, кат. парц. бр. 476 и 486, које је са осталом својом имовином већ продао тужиоцу. Пошто у катастарским књигама иста имовина није била преведена на тужиоца, на основу уговора о поклону сада је на спорним парцелама као власник уписан тужени, који тужиоцу не дозвољава да уђе у његов посед иако је пуноважним уговором тужилац стекао власништво на спорним парцелама.

Према овако утврђеном чињеничном стању, које се ревизијом не може побијати, нижестепени судови су правилно применили материјално право. Будући да је у поступку утврђено да је између туженог и његовог пок. оца Раписава извршена деоба заједничке имовине деобним поравнањем, те да су кућу која се налази на овим парцелама заједнички изградили и заједнички учествовали у стицању исте, то је овим поравнањем туженików отац Раписав остао искључиви власник на заједничкој имовини спорних парцела број 476 и 486, укључујући и кућу која се на њима налази. На основу тога, отац туженог је могао самостално располагати својом имовином, па је пуноважан његов уговор о продаји имовине тужиоцу. Тужилац је постао законити власник купљене имовине, укључујући и спорне парцеле са свим зградама које су се на њима налазиле. Уговор о поклону који је пок. Раписав касније закључио са туженим ништав је, јер Раписав није могао располагати имовином која није у то време била његова, а која је била предмет уговора о поклону, па на основу тога тужени није могао стећи право својине на спорним парцелама и зградама.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3289/97, од 2. јуна 1997)

2

Исплатом купопродајне цене и ступањем туженог у посед спорне шуме, уговор о продаји је у целости извршен, па нису основани наводи тужиоца као продавца да је он остао власник стабала у продатој шуми и да му је тужени извршеном сечом стабала причинио штету.

Из образложења:

Према утврђењу нижестепених судова, тужилац је туженом продао шуму у површини од 30 ари за износ од 375.000 динара, а друге обавезе туженог као купца нису уговорене. Тужени је исплатио купопродајну цену и ступио у посед купљене непокретности. Тужени је након реализације усменог уговора о купопродаји посекао целу парцелу, направио пут и посадио борове.

На утврђено чињенично стање правилно је примењено материјално право када су одбијени захтеви тужиоца за испоруку храстове грађе и за исплату накнаде за посечена стабла. Према усменом уговору о продаји, обавеза туженог као купца састојала се само у исплати купопродајне цене, коју обавезу је тужени испунио, а ступањем у посед туженог уговор о купопродаји је у целости извршен и тужилац као продавац нема правног основа да тражи накнаду за посечена стабла. Стога нису основани наводи ревизије да је тужилац остао власник стабала и да му је тужени извршеном сечом начинио штету.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1133/94, од 30. марта 1994)

СУСВОЈИНА

3

Када постоји споразум о заједничкој изградњи куће на сувласничком земљишту, двојица сувласника не могу спречити трећег да учествује у изградњи, али ни он не може тражити да сам, без учешћа осталих, доврши грађење.

Из образложења:

У првостепеном поступку је утврђено да су тужилац и правни претходници тужених закључили уговор о заједничкој градњи куће, за коју су добили сагласност општине. Сва тројица живела су у заједничком домаћинству до јула 1979. године, када је дошло до сукоба између правног претходника туженог првог реда и тужиоца, па је тужилац морао да оде из куће. Иначе, они су били сувласници на некретнини на којој се градила спорна кућа.

Суд је утврдио да су странке заједнички приступиле изградњи стамбене зграде и да су се споразумеле да стамбену зграду изграде из заједничких средстава, с тим да све три постану сувласници по једне трећине.

Суд је несумњиво утврдио да је тужилац од стране туженог, сада покојног Душана Илића, био спречен да учествује у даљој градњи спорне стамбене зграде, и да је то искључиви разлог што је своје учешће и личним радом и финансирањем прекинуо.

С обзиром на овако утврђено чињенично стање, које се ревизијом не може побијати у смислу одредаба члана 385 ЗПП, другостепени суд је правилно применио материјално право кад је утврдио право тужиоца да на предметној стамбеној згради учествује својим радом и средствима на даљем извођењу радова све до завршетка тих радова, и то на свим просторијама које се налазе на првом спрату зграде, као и на делу просторија у подруму, како је тужбеним захтевом прецизирано, и када је правилно преостали део тужбеног захтева, јер тужилац нема право да сам својим радом и средствима изводи и доврши радове на поменутим просторијама спорне стамбене зграде.

Правилан је и став другостепеног суда да тужилац има право да настави са градњом спорне зграде само заједно са туженима, а не потпуно сам, искључујући њихово учешће. За овакав захтев, и по оцени Врховног суда, тужилац нема правни основ, с обзиром да то не произлази из његовог споразума са осталим инвеститорима у изградњи ове стамбене зграде.

По оцени Врховног суда, правилно је суд применио материјално право, одредбе члана 10 и члана 17 Закона о облигационим односима, које одређују да стране у облигационим односима јесу слободне у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја да своје односе уреде по својој вољи, односно да су стране у облигационом односу дужне да изврше своју обавезу и да су одговорне за њено испуњење. Како су стране слободно уговориле ову заједничку градњу у границама јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја, и како се ова обавеза није угасила сагласношћу њихових воља, већ је тужилац само од једне стране спречен да настави учешће у даљој градњи, то је суд донео правилну одлуку кад је усвојио тужбени захтев као у изреци другостепене пресуде.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1447/94, од 13. јула 1994)

4

Када се сувласничка заједница раскида на такав начин што један сувласник свој удео пренесе на другог уз накнаду, за уговор сувласника о деоби не тражи се да буде закључен према прописима о форми предвиђеним за промет непокретности.

Из образложења:

Из стања у списима произлази да је тужени уступио сувласнички удео тужиоцу уз накнаду, тако да овај исплати осталој његовој деци, сину и кћерки,

новчану противвредност за по 1/4 идеалног дела, да би странке раскинуле своје имовинскоправно учешће у куповини стана.

Самим тим, право својине тужиоца на делу предметног стана нижестепени судови нису могли да оцењују са аспекта правне ваљаности уговора о расподели имовине за живота, чија је форма прописана одредбом члана 107 Закона о наслеђивању, већ са аспекта могућности сувласника да свој удео уступи другом сувласнику.

Према одредби члана 16 Закона о основним својинскоправним односима, сувласник има право да у свако време захтева деобу ствари, која се може вршити вансудским путем на основу споразума сувласника или на основу одлуке суда. Деоба имовине у смислу ове законске одредбе подразумева деобу на физичке делове, тако да сваки од сувласника постане власник реалног дела, или уступање сувласничког удела другом сувласнику, у ком случају овај добија у својину целу ствар. На овај начин, извршеном деобом односно раскидом имовинске заједнице између сувласника, утврђују се односи и одређује право својине на делу непокретности односно целој непокретности, и зато се оваквом деобом не врши промет, па се правна ваљаност извршне деобе не цени са становишта принудних прописа који у случају промета предвиђају законом одређену форму.

То значи да и усмени уговор о деоби представља правно ваљан основ за стицање права својине, па се он, због тако стеченог права, не може раскинути вољом једне уговорне стране, како закључују нижестепени судови. *(Решење Врховног суда Србије Рев. 1795/93, од 1. јуна 1993)*

5

Својство сувласника предузећа не може се стећи ако се не уплати удео у оснивачком улогу.

Из образложења:

Према стању у списима, предузеће „Копродукт" ЛТД Лондон основало је 18. I 1970. године пословно удружење пољопривредне и прехрамбене индустрије „Копродукт" Нови Сад, чији је правни следбеник тужени. Инострано предузеће је уписано у регистар Савезног секретаријата за економске односе са иностранством решењем бр. 17-1350/30 од 18. III 1970. године.

Правни претходници тужиоца и туженог интегрисали су се тако што је РО „Копродукт" приликом те интеграције променила назив фирме у ООУР „Аграр" и под тим називом са ООУР „Продуктива" основала РО „Копродукт", с тим што су обе фирме задржале статус правног лица. Касније, са још две организације долази до интеграције у РО „Интеркоп" Нови Сад. Приликом интеграције у РО „Копродукт" странке су 12. XII 1980. закључиле самоуправни споразум о уређивању самоуправних односа, права и обавеза за рад предузећа у иностранству. Одредбом члана 4 наведеног споразума прописано је да сва затечена основна средства, основни капитал и друга средства у иинопредузећу стичу својство заједничких средстава у односу 50% : 50%. Према истој одредби, правни претходник тужиоца је требало да правном претходнику туженог исплати своју половину оснивачког улога у девизама, и у том случају да правни претходник туженог призна правном претходнику тужиоца статус сувласника. Међутим, правни претходник тужиоца није извршио исплату уговорене обавезе ни уплатом девиза на жиро рачун туженог ни уплатом динарске противвредности у висини половине дела оснивачког улога. С обзиром на

ту чињеницу, парничне странке нису ни сачиниле записник о примопредаји инопредузећа, како је то прописано одредбом члана 6 наведеног споразума. Преко инопредузећа правни претходници парничних странака су пословали и остваривали девизни прилив, а добит делили сразмерно оствареном промету, а не напола.

У току пословања у оквиру исте радне организације (1989. године), правни претходник туженог је искључиво својим средствима купио зграду за инопредузеће. У току 1990. године, у поступку усаглашавања са одредбама Закона о предузећима, долази до распада РО „Интеркоп" и сваки ООУР постаје самостално предузеће. Правни претходници странака потписали су самоуправни споразум по коме свака организација добија она средства која се у књиговодственој евиденцији воде као њена. При томе је инопредузеће књиговодствено непрестано било у својини правног претходника туженог. Сем тога, тужилац никада није био уписан у регистар земље домицила инопредузећа.

На основу овог утврђења, судови су у побијаним пресудама стали на становиште да не постоје законски услови да тужилац стекне право сувласништва на наведеном инопредузећу, пошто на основу закљученог самоуоправног споразума није откупио половину оснивачког улога. Такође, иностранo предузеће није основано у складу са тада важећим Законом о обављању привредних делатности у иностранству, да би тужилац евентуално и по том основу могао да стекне сувласништво на истом.

Супротно становишту судова, савезни државни тужилац налази да се тужбеним захтевом не остварује облигационоправни однос већ да је у питању статусни спор о подели имовине на нивоу радне организације у поступку трансформације.

Наведено становиште савезног државног тужиоца не може се прихватити.

Правилан је став судова изражен у побијаним пресудама да нису испуњени законски услови да тужилац стекне право сувласништва на спорном инопредузећу ни по основу правног посла, нити по основу правног следбеништва радне организације „Интеркоп", о чему су дати ваљани разлози и које у целини прихвата и Савезни суд.

У вези са тим, неосновано се у захтеву за заштиту законитости истиче чињеница да је у конкретном случају у питању статусни спор о подели имовине на нивоу радне организације, те да тужилац као оснивач инопредузећа на основу потписаног самоуправног споразума, а неизвршених обавеза из тог споразума, има право да учествује у подели имовине на нивоу радне организације.

Разлог за овакав став јесте то што тужилац никад није био уписан у регистар земље домицила иностраног предузећа. Према стању у списима, тужилац као оснивач предузећа у иностранству није спорно предузеће основао на начин прописан одговарајућим одредбама тада важећег Закона о обављању привредних делатности у иностранству. Један од битних услова које овај закон прописује јесте да је оснивач дужан да преда савезном органу управе надлежном за евиденцију предузећа у иностранству или доказ о купљеним акцијама или, пак, оверен уговор о преносу права својине, како би предузеће могло да буде уписано у евиденцију иностраних предузећа које води Савезни секретаријат за економске односе са иностранством. То тужилац није извршио, а према садржини списа не постоји ниједан доказ да је тужилац од туженог, односно од његовог правног претходника откупио оснивачки улог а тиме и право сувласништва на спорном иностраном предузећу.

(Пресуда Савезног суда Гзс 21/97, од 11. септембра 1997)

ЕТАЖНА СВОЈИНА – ГАРАЖА КАО ПРЕДМЕТ УГОВОРА О ПРОДАЈИ

6

Утврђивање тачне површине гараже и ништавност уговора о продаји гараже.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Трстенику П-367/93 од 15. X 1993. године, у ставу 1 изреке, одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиоца Јовановић Радивоја из Трстеника, којим је тражио да суд обавеже тужено предузеће „План-копринг" Трстеник да му на име неоснованог обогаћења због зарачунате веће површине купљене гараже, по уговору бр. 117 од 16. III 1993, постојеће на катастарској парцели 4687/6 к. о. Трстеник – исплати износ од 2,52 динара са законском затезном каматом, почев од 20. III 1993. па до исплате. У ставу 2 изреке, одбијен је као неоснован и тужбени захтев тужиоца Јовановић Радивоја из Трстеника којим је тражио да суд пресудом према туженом предузећу „План-копринг" Трстеник утврди да је ништава одредба уговора о купопродаји гараже бр. 4, постојеће на катастарској парцели 4687/6 к. о. Трстеник, закљученог између тужиоца и туженог под бројем 117 од 16. III 1990, и то одредба члана 1, став 1, где је уместо нето површине од 15,59 m^2 наведена бруто површина гараже од 18 m^2.

Пресудом Окружног суда у Крушевцу Гж-2471/93 од 1. I 1994, одбијена је жалба тужиоца као неоснована и првостепена пресуда је потврђена.

Против пресуде другостепеног суда тужилац је изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Тужени је одговорио на ревизију тужиоца и предложио да се иста као неоснована одбије.

Испитујући побијану пресуду у смислу чл. 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да ревизија није основана.

У проведеном поступку нема битних повреда одредаба парничног поступка из чл. 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на које Врховни суд пази по службеној дужности, а ни оних на које се указује у ревизији. Побијана пресуда садржи разлоге о свим одлучујућим чињеницама у овој парници које су у сагласности са изведеним доказима и утврђеним чињеничним стањем, док је другостепени суд оценио све жалбене наводе од значаја, па не стоје ревизијски наводи који тврде супротно.

У првостепеном поступку је утврђено да је дана 16. III 1993. године, под бројем 117, закључен уговор о купопродаји гараже између тужиоца Јовановић Радивоја из Трстеника и туженог предузећа „План-копринг" Трстеник. Из овог уговора је утврђено да је продавац предао купцу гаражу бр. 4, која се налази на катастарској парцели бр. 4687/6 к. о. Трстеник, површине 18 m^2, у Трстенику 2, између магистралног пута М-5 и неизграђеног локалног пута Трстеник 2. У ставу 2 члана 1 стоји да је цена једног метра квадратног од бруто површине 4.000.000.000.– динара, што за површину од 18 метара износи 72.000.000.000.– динара, и фиксна је за извршену уплату до 18. III 1993. године.

На овако утврђено чињенично стање нижестепени судови су правилно применили материјално право када су одбили тужбени захтев тужитеља, зато

што се нису стекли услови из чл. 210 Закона о облигационим односима. О овоме су дати детаљни разлози у нападнутим пресудама које, као правилне, усваја и Врховни суд, па су зато и неосновани наводи у ревизији да је побијана пресуда заснована на погрешној примени материјалног права.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1301/94, од 13. априла 1994)

ЕТАЖНА СВОЈИНА – ЗАЈЕДНИЧКА НЕДЕЉИВА СВОЈИНА

7

За постављање уређаја у заједничке делове зграде потребна је сагласност свих заједничара.

Из образложења:

Из утврђеног чињеничног стања произлази да су странке сувласници са 1/2 дела на заједничком подруму, гаражи и ходнику стамбене зграде у којој станују и да је туженик без сагласности тужиоца као сувласника извео радове на постављању електричног котла, затим на постављању експанзионих судова и цеви за парно грејање у заједничким просторијама које нису подељене.

Имајући у виду изложено, и Врховни суд налази да су нижестепени судови правилно наложили туженику да, у смислу члана 15, став 4 Закона о основним својинскоправним односима, уклони целокупну постављену инсталацију за парно грејање, јер је исту поставио без сагласности тужиоца као сувласника.

Неосновано је истицање туженика у ревизији да је он био овлашћен у смислу члана 14 наведеног закона да овако поступи, јер је постављањем ове инсталације туженик несумњиво повредио права тужиоца као другог сувласника на заједничкој ствари. Уосталом, пошто се овде ради о споредним заједничким просторијама странака, туженик је, у смислу члана 5, став 3 Закона о својини на деловима зграда, сагласност морао да добије од тужиоца пошто они заједнички располажу и управљају овим просторијама. То туженик није учинио, па је несумњиво у обавези да постављену инсталацију за парно грејање уклони и заједничке просторије доведе у пређашње стање, онакво какво је било пре извођења радова.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 397/95, од 19. априла 1995)

СТИЦАЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ

8

Право својине на згради не може се стећи пре него што се заврше сви радови.

Из образложења:

Пре свега, погрешно је правно становиште општинског и окружног суда да се тужиоцима може признати право својине на спорним локалима иако исти нису у потпуности изграђени, нити технички примљени, тако да произ-

лази да су судови тужиоцима признали право својине на непокретностима које још увек не постоје, што правно није могуће.

Уосталом, ова одлука о признању права својине на спорним локалима као завршеним, у супротности је са даљом одлуком у изреци првостепене пресуде, којом се тужени обавезује да изврши многобројне наведене радове у циљу завршавања ових локала, како би се исти тек по завршетку ових радова могли употребљавати.

Даља одлука првостепеног суда, којом се тужени обавезује да тужиоцима на име накнаде штете плаћа одређене износе и после закључења расправе, када ти износи још увек нису доспели, у супротности је са одредбом члана 326 ЗПП, која прописује да суд, са изузетком захтева за издржавање, може туженом наложити извршење одређене чинидбе само ако је она доспела до закључења главне расправе.

(Решење Врховног суда Србије Рев. 4650/95, од 3. априла 1996)

9

Како је пок. М., као деда туженог, усменим уговором из 1970. год. туженом поклонио спорни плац, а тужени уз сагласност деде својим личним средствима 1975. изградио стамбену зграду и 1981. помоћни објекат, отуда сви ови објекти нису били власништво пок. М. да би он њима могао да располаже уговором о доживотном издржавању, него, напротив, власништво туженог.

Из образложења:

У току поступка утврђено је да се сада покојни Милан Павловић 1950. године оделио од сина Радисава и других синова и да је остао да живи у заједничком домаћинству са туженим Витаном у кући сграђеној на кп. број 899. Такође је утврђено да је пок. Милан усменим уговором од 1970. године дао на поклон свом унуку, туженом Милићу спорни плац, те да је тужени Милић својим личним средствима на том плацу саградио стамбену зграду 1975, а помоћне објекте 1981. године.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су одбили тужбени захтев. Наиме, имајући у виду да је пок. Милан живео у заједничком домаћинству са туженим до 1985. године, да се сагласно да се стара кућа поруши 1970. и да се изгради нови грађевински објекат, да је први грађевински објекат завршен 1975, а помоћни 1981. године, Врховни суд налази да се у конкретном случају нису стекли услови за усвајање тужбеног захтева, јер постоји споразум о градњи спорне стамбене зграде. Код таквог стања ствари без утицаја је на законитост и правилност побијане одлуке чињеница што је 1987. године закључен уговор о доживотном издржавању између тужиље и сада пок. Милана, на коме тужиља заснива свој тужбени захтев, односно по ком основу тужиља тражи исплату противвредности за непокретности које су наведене у изреци првостепене пресуде, јер ове непокретности нису ни могле бити предмет уговора о доживотном издржавању пошто нису представљале својину пок. Милана којом је могао да располаже.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 802/94, од 5. октобра 1994)

РЕИВИНДИКАЦИОНА ТУЖБА

10

Реивиндикационом тужбом може се тражити повраћај индивидуално одређене ствари, а не и ствари одређених по роду. Али, ако тужилац по другом чињеничном основу докаже да му је проузрокована штета, он може тражити од туженог да му на име накнаде штете преда исту количину исте врсте (и вредности) ствари.

Из образложења:

Истина, чињенични основ тужбе, укључујући и чињеничне наводе тужиоца на расправама и у поднесцима, упућује на закључак да је реч о својинској тужби (предаја ствари тужиоцу као власнику). Таква тужба не би била основана, јер није у питању индивидуално одређена ствар нити индивидуализована ствар у државини првотуженог, што је прописано чланом 37, став 1 Закона о основним својинскоправним односима.

Међутим, другостепени суд је пропустио да уочи да је тужилац у односу на првотужену Републику Србију истакао чињенице на које би требало применити прописе о накнади штете у односу на исти тужбени захтев, без обзира да ли је тужбени захтев по том основу и основан. Наиме, тужилац је већ у тужби и на расправама навео да су му спорну робу органи првотужене одузели неовлашћено, без правног основа; да је управни орган знао да је тужилац власник робе, а не друготужени; да тужилац није био обавештен од управног органа о покренутом управном поступку и да због тога у њему није учествовао. У свом поднеску од 16. августа 1994. године, тужилац је истакао да према прописима Закона о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода, управни орган није био овлашћен да заплени и одузме његову робу, због пропуста складиштара, а да га о томе не обавести као власника робе, те да га је незаконитим поступањем онемогућио да учествује у управном поступку. И у жалби је тужилац разјаснио да не може да сноси штетне последице због тога што се складиштар није понашао у складу са Законом о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода.

Треба ценити не само битне чињенице наведене у тужби, него и оне које је тужилац навео на расправама и у поднесцима. Исти тужбени захтев може се заснивати на једном чињеничном основу, али и на два па и више основа, као у конкретном случају: на основу чињеница о својини тужиоца и државини туженог, по члану 37, став 1 Закона о основним својинскоправним односима; на основу чињеница о неправилном и незаконитом раду државног органа, по прописима о проузроковању штете. Није од значаја правна квалификација чињеничног основа који је дао тужилац, јер суд за њу није везан (члан 186, став 3 ЗПП). Везан је за чињенични основ на коме се заснива тужбени захтев.

Странка не може у парничном поступку да тражи остварење права за које сматра да јој припада (у конкретном случају предају њене ствари па макар била и индивидуално одређена) и о коме је већ правноснажно одлучено у управном поступку. Али, ако основано тврди да је незаконитим или неправилним радом службеног лица или државног органа претрпела штету, онда има право на накнаду штете (члан 123 Устава Савезне Републике Југославије, члан 25 Устава Републике Србије, члан 385 Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе – *Службени лист СРЈ*, бр. 23/78, 42/90, 74/90 и 35/91), по члану 154 ЗОО.

У смислу наведених прописа, погрешно примењивање прописа или непримењивање прописа од стране државног органа представља чињенични основ за проузроковање, одговорност и накнаду штете, осим ако је у питању погрешно тумачење закона.

Када се захтев заснива на чињеничном основу проузроковања штете, тужбени захтев може гласити на накнаду штете у новцу или на предају ствари, јер поред секундарне новчане накнаде постоји и натурална реституција као примарна (одредба члана 185, став 1 Закона о облигационим односима). Наиме, према овом пропису, успоставу ранијег стања (натурална накнада штете) представља, између осталог, предаја ствари исте врсте и вредности.

С обзиром на чињенице које је тужилац истакао, првостепени суд је правно основано утврђивао чињенице релевантне за одговорност првотужене за штету. На основу тих чињеница закључио је да се финансијска полиција „у свему понашала у складу са важећим Законом, те је у смислу члана 19 Закона о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода, одузела спорну робу".

Другостепени суд је пропустио да цени да ли постоји одговорност првотужене за накнаду штете тужиоцу на подлози чињеница које је тужилац истакао и првостепени суд утврдио, те да донесе мериторну одлуку применом материјалног права. Дакле, исти суд је пропустио да примени одговарајуће материјално право и, доношењем одлуке о одбацивању жалбе због апсолутне ненадлежности суда, починио је битну повреду процесног права из члана 354, став 2, тачка 7 Закона о парничном поступку.

И у погледу одлуке која се односи на другооптуженог ТП „БМВ" из Ковиља, другостепени суд је погрешно закључио да је реч само о својинској реивиндикационој тужби, па пошто је она неоснована, тужбени захтев против друготуженог је одбио. При том је пропустио да уочи да је тужилац своју тужбу против друготуженог предузећа засновао и на другим чињеницама, и то на бројним обавезама друготуженог из уговора о ускладиштењу (члан 730 ЗОО), закљученог између тужиоца и туженог као складиштара, посебно на обавези да ускладиштену робу врати. Првостепени суд своју одлуку заснива управо на обавезама друготуженог из уговора о ускладиштењу, утврђујући и бројне пропусте друготуженог као складиштара, које би евентуално могле да послуже и као чињенични основ за накнаду штете, с обзиром да је тужилац, макар и узгредно, истакао пропусте туженог као складиштара (у поднеску од 16. августа 1994. и у жалби).

Према томе, другостепени суд је, погрешном применом материјалног права и битном повредом процесног права (члан 354, став 2, тачка 13 Закона о парничном поступку), пропустио да цени жалбу тужиоца и првостепену пресуду у односу на друготуженог и по основу уговора о ускладиштењу и по основу проузроковања штете.

Из наведених разлога, захтев за заштиту законитости је као правно основан усвојен и одлучено је као у изреци решења (члан 394, став 1, члан 395, став 2 и члан 415 Закона о парничном поступку).

У поновном поступку другостепени суд ће отклонити указане недостатке и поново одлучити о поднетим жалбама тужиоца и друготуженог, укључујући и жалбу тужиоца против одлуке о укидању привремене мере.

(Решење Савезног суда Гзс бр. 2/96, од 14. марта 1996)

11

За пуноважно стицање својине од невласника потребно је да је ствар прибављена од преносиоца који је овлашћен да у оквиру своје делатности ставља у промет одређене ствари.

Сагласно одредби члана 66 ЗОО, уговор о комисионој продаји не производи правно дејство ако је промет ствари (исплате цене и предаја у државину) обављен пре закључења тог уговора, па купац као несавестан не може на основу одредбе члана 31 ЗОСПО стећи право својине.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу на коме се заснивају побијане пресуде, тужилац је купио путничко возило марке „мерцедес" тип 200 Д на пијаци аутомобила, од М. Р. из Љига, након чега је по рачуну бр. 39 од 2. марта 1992. године преко комисионара легализовао овај правни посао. Предметно возило је уредно регистровао пред надлежним органом. Међутим, након годину дана од дана куповине возила, органи СУП-а су поништили регистрацију предметног возила и тужиоцу одузели регистарске таблице под сумњом да је возило регистровано на основу лажних података. Наведено возило није евидентирано у систему несталих возила МУП-а Србије.

На основу тог утврђења, судови су побијаним пресудама стали на становиште да је тужилац, по основу одредбе члана 31 Закона о основним својинскоправним односима, власник предметног возила.

Наведено правно становиште судова се не може прихватити.

Према одредби члана 31 Закона о основним својинскоправним односима, савесно лице стиче право својине на покретну ствар: ако ју је прибавило уз накнаду од невласника који у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари; затим, од невласника коме је власник предао ствар у државину на основу правног посла који није основ за прибављање права својине; као и на јавној продаји.

Дакле, за стицање својине од невласника један од услова је да је стицалац савестан, односно да је, с обзиром на околности случаја, оправдано веровао да је друга уговорна страна власник, односно да је овлашћена на закључење уговора у име власника. С тим у вези, за ствари које су изашле из државине власника противно његовој вољи, савесно стицање је искључено не само за првог стицаоца већ и за све касније стицаоце. Постојање савесности је фактичко питање о коме суд закључује узимајући у обзир све околности случаја, ценећи га као вредносно мерило које се односи на правила морала и добрих обичаја.

У конкретном случају судови у току поступка нису утврдили све чињенице које су од значаја за оцену савесности тужиоца као стицаоца спорног возила. Прво, с обзиром на утврђену чињеницу да је тужилац спорно возило купио од М. Р. из Љига, на пијаци, где је на лицу места промет обављен (исплаћена купопродајна цена у целини и возило предато купцу у државину), није испитано да ли је продавац (комисионар) овлашћен да у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари. Ако ово лице није овлашћено да, у оквиру своје делатности, ставља у промет аутомобиле, а тужилац је са њим закључио уговор о продаји возила пре комисионе продаје, у том случају је

уговор тужиоца са комисионаром фиктиван, те у смислу члана 66 Закона о облигационим односима, не производи правно дејство, а тужилац је несавестан стицалац.

(Решење Савезног суда Гзс бр. 5/97, од 10. априла 1997)

12

Сопственик украденог аутомобила има право да захтева његов повраћај од Републике Србије, када се аутомобил, пошто је одузет од невласника, налази у државини Министарства унутрашњих послова.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је власник наведеног аутомобила, који је купио у Немачкој, а који му је украден 23/24. VIII 1991. године, приликом боравка у Београду. Тужилац је пријавио крађу СУП-у Београд као и надлежном органу у Минхену, где је овај аутомобил био и регистрован. Тужилац је у Врњачкој Бањи препознао свој аутомобил код туженог Живомира и о томе обавестио СУП у Краљеву, ОУП Врњачка Бања, тако да је наведени аутомобил приликом провере одузет од туженог Живомира и сада се налази на чувању код ОУП Врњачка Бања.

Нижестепени судови су на несумњив начин утврдили да се ради о возилу које је власништво тужиоца, али да је овај аутомобил пререгистрован. Вештачењем од стране СУП-а утврђено је да је утиснут други број шасије који није оригиналан, односно није фабрички утиснут.

Код овако утврђеног чињеничног стања, нашме, да је тужилац власник наведеног аутомобила, што тужени Живомир Смиљанић и не спори, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су обавезали МУП Србије ОУП Врњачка Бања код кога се налази аутомобил да га преда власнику по његовој тужби за повраћај ствари коју је поднео сходно чл. 37 Закона о основним својинскоправним односима.

Наводи у ревизији којима се истиче да нижестепени судови нису утврдили који је број шасије (иако у самој ревизији пуномоћник туженог истиче да признаје власништво тужиоца на спорном аутомобилу), као ни чињеница да се на шасији налази фалсификован број, не могу утицати на обавезу да се аутомобил преда власнику.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 6312/96, од 18. марта 1997)

13

Циљ тужбе за повраћај ствари у смислу одредбе члана 37 ЗОСПО јесте предаја државине власнику, а основ тужбе је право својине тужиоца на одређеној ствари.

Тужиоцу који право својине изводи из одредбе члана 31 ЗОСПО ствар не може бити враћена као претпостављеном власнику пре него што буде доказао да је власник ствари по основу стицања од невласника.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу на коме се заснивају побијане пресуде, тужилац је од Зорана Настевског из Тетова купио предметно путничко возило

које се водило на име Басри Азиса из Београда. Тужилац је возило преузео од трећег лица из Јагодине. После пријема возила у државину, тужилац је преко радника СУП-а у Краљеву проверио исправност саобраћајне дозволе и то да ли је возило украдено, па је по добијању позитивних информација закључио уговор о комисионој продаји. У поступку регистрације возила вештачењем је утврђено да број на шасији возила није оригиналан. МУП Србије – Секретаријат у Краљеву одузео је возило.

На основу овог утврђења, судови су стали на становиште да је тужилац активно легитимисан за подношење тужбе ради утврђења права својине у смислу члана 187, став 2 Закона о парничном поступку и да тужена одузимањем ствари без правног основа узнемирава тужиоца у својини и државини ствари, те да је из тих разлога у обавези да врати одузету ствар.

У ревизијској пресуди, Врховни суд Србије у Београду заузео је становиште да првостепени суд није утврдио све чињенице значајне за примену члана 31 Закона о основним својинскоправним односима, тј. чињенице које се односе на савесност тужиоца као купца, те је из тих разлога укинуо донете пресуде у делу којим се утврђује да је тужилац власник возила. Својом пресудом, Врховни суд Србије је потврдио нижестепене пресуде у делу у којем је тужени обавезан да тужиоцу преда у државину путничко возило, с обзиром на то да тужилац ужива државинску заштиту и има право на повраћај ствари као претпостављени власник у смислу члана 41 Закопа о основним својинскоправним односима, а тужени се налази у државини без правног основа.

Наведено правно становиште није основано.

Тужилац је покренуо спор подижући својинску тужбу за повраћај ствари у смислу одредбе члана 37 Закона о основним својинскоправним односима, дакле rei vindicatio. Према наведеној законској одредби, власник може тужбом тражити од држаоца повраћај индивидуално одређене ствари, с тим што мора доказати своје право својине, као и чињеницу да се ствар налази код туженог. Значи, наведеном законском одредбом су код виндикационе тужбе прописани услови који морају кумулативно бити испуњени. Циљ ове тужбе јесте предаја државине власнику, али је основ тужбе право својине. Из тог разлога није довољно да тужилац само наведе да је власник ствари, већ мора доказати чињенице из којих изводи своје право својине.

У конкретном случају, првостепени суд у току поступка није утврдио све чињенице значајне за оцену савесности тужиоца, тј. није утврдио чињенице одлучујуће за примену члана 31 Закона о основним својинскоправним односима, по коме је тужилац, као савестан стицалац, власник по основу стицања од невласника. Па како у поступку није утврђено право својине тужиоца на ствари, то нема услова ни за доношење одлуке о повраћају ствари у државину тужиоцу, без обзира на чињеницу што се овлашћења туженог исцрпљују само у забрани регистрације возила, али не и у одузимању возила.

Како наведене одлучујуће чињенице у овом спору нису утврђене, а од битног су утицаја на оцену основаности тужбеног захтева, то се основано у захтеву за заштиту законитости указује да су побијаним пресудама повређене одредбе Закона о основним својинскоправним односима.

(Решење Савезног суда Гзс 4/97, од 10. априла 1997)

14

Тужени не може истицати приговор да спорне непокретности представљају заједничку својину ако раније није побијао уговоре о отуђењу на основу којих је тужилац прибавио право својине.

Из образложења:

У поступку је утврђено да је тужиља искључиви власник спорних непокретности које држе тужени: њен син Душан и снаха Миланка. Применом чл. 3 и чл. 37 Закона о основама својинскоправних односа, нижестепени судови су правилно закључили да је основни тужбени захтев да тужени предају тужиљи у својину и државину спорне непокретности, претходно испражњене од лица и ствари. За закључак о основаности тужбеног захтева судови су дали правилне разлоге које прихвата и овај суд.

Ревизијом се наводи да су спорне непокретности припадале сада пок. Љубици Тојић, баби туженог Душана, да је тужени од рођења живео у породичној заједници са бабом и својим привређивањем ту имовину одржао и увећао, и да су стога судови морали да узму у обзир његов допринос у стицању „приновка". Ови наводи ревизије нису од утицаја на одлуку о тужбеном захтеву. Наиме, у поступку је утврђено да су спорне непокретности биле предмет уговора о доживотном издржавању, Р. 287/82, закљученог 21. X 1982. године између примаоца издржавања, сада пок. Љубице Тојић, и даваоца издржавања – њене ћерке, тужиље Мирославе, и унука, туженог Душана. Те непокретности је наредним уговором о поклону, Ов. 596/83 од 24. VI 1993. године, сада пок. Љубица поклонила ћерки, тужиљи Мирослави. Тужбени захтев у спору сада пок. Љубице са тужиљом Мирославом да се ти уговори раскину, одбијен је правноснажном пресудом П. 49/94 од 15. VI 1994. године, а у том спору тужени Душан био је умешач на страни тужиље Љубице. Према томе, нижестепени судови правилно закључују да је о својини тужиље на спорним непокретностима расправљено правноснажном пресудом, па су неосновани наводи ревизије којима се оспорава да је тужиља искључиви власник тих непокретности. Наводи ревизије који се односе на „приновак" и допринос туженог у стицању спорне имовине, нису од утицаја. Заједнички стечену имовину у породичној заједници има право да штити члан породичне заједнице који је учествовао у њеном стицању, побијањем уговора о отуђењу или оптерећењу тих непокретности које извршн члан породичне заједнице уписан као власник у земљишне, односно друге јавне књиге, а под условима прописаним чл. 342, ст. 3 Закона о браку и породичним односима. Тужени Душан предметне уговоре није побијао, па се у овом спору не може основано позивати на предају у државину тужиљи стечених непокретности, да те непокретности потпадају под режим заједничке имовине туженог и његове бабе, сада пок. Љубице.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 179/97, од 7. маја 1997)

15

Тужени као савестан држалац има право да задржи плодове обране до тренутка подношења тужбе.

Из образложења:

Предмет спора у овој парници је тужбени захтев тужилаца као власника к.п. 7682/28 и 7682/27 КО Уздин за предају плодова које су те парцеле дале у економској 1992. години, а које је тужени као њихов тадашњи држалац задржао.

Према чињеничном утврђењу првостепеног суда, на којем се заснива и побијана другостепена пресуда, произлази: да је решењем Комисије за враћање земљишта Општине Ковачица бр. 04-46-113/91 од 11. марта 1992. године, тужиоцима признато право на повраћај земљишта и одређено да, поред осталих парцела, тужена у року од 15 дана по правноснажности решења, тужиоцу Василију преда у посед и државину к.п. бр. 7682/28 од 3 ha, 80 ари и 31 m^2, а тужиоцу Илији к.п. бр. 7682/27 од 3 ha, 73 ара и 77 m^2; да им те парцеле у том року нису предате јер је тужена против означеног решења Комисије за враћање земљишта изјавила жалбу; да се та жалба тужене по којој је одлучивано 30. октобра 1992. показала основаном, и да је због тога раније решење бр. 04-46-113/91 од 11. марта 1992. стављено ван снаге и донето ново решење које је постало правноснажно 22. децембра 1992. У поступку је као чињеница такође утврђено: да су предметне парцеле биле у 1992. години под пшеницом; да су тужиоци у посед и државину тих парцела уведени по скидању пшенице, 10. децембра 1992; да су у посед осталих парцела, које у 1992. нису биле под пшеницом нити предмет туженикове жалбе, уведени 24. априла 1992. године.

С обзиром на тако утврђено чињенично стање, окружни и општински судови су, и по становишту Врховног суда, основано закључили да тужбени захтев тужилаца нема правног основа, па су правилно применили материјално право када су исти одбили.

Разлоге које су за своје одлуке дали нижестепени судови, као правилне, потпуне и основане, прихвата и овај суд.

Указивање тужилаца у ревизији да је основ туженикове државине предметних парцела моментом доношења Закона о враћању земљишта ранијим сопственицима отпао, и да од момента подношења захтева за враћање тих парцела, који се показао основаним, њима као власницима припада и право на користи које су те парцеле до предаје у државину давале, Врховни суд је оценио и налази да је неосновано и без утицаја за другачију одлуку у овој парници. Ово стога јер је чланом 6, став 4 Закона о начину и условима признавања права и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земљишног фонда и конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа, одређено да решење Комисије, којим се утврђује право својине ранијег сопственика на одузето земљиште, обавезује држаоца да то земљиште преда у року од 15 дана од дана правноснажности решења, уколико орган из оправданих разлога не одреди дужи рок.

Пошто је у конкретном случају решење Комисије за враћање земљишта постало правноснажно тек 22. децембра 1992. године, што значи да је туженик у време сетве пшенице у 1992. години био савестан и законити држалац предметних парцела, то његова обавеза на предају парцела тужиоцима пре правноснажности решења није ни постојала, а следом тога ни право тужилаца да од тужене организације по основу измакле добити траже предметне количине пшенице, како су то правилно закључили и нижестепени судови.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1856/94, од 25. маја 1994)

КОМАСАЦИЈА

16

Сразмера у којој постоје сувласнички удели пре поступка комасације, треба да буде иста и после извршене комасације.

Из образложења:

Према стању у списима, нижестепени судови усвојили су тужбени захтев тужиоца и одредили успоставу пређашњег стања у земљишним књигама тако што ће се спорне некретнине уписати у корист парничних странака са једнаким уделима, закључивши да је у поступку комасације учињена грешка јер се на основу података из земљишних књига, деобног уговора и записника са обнове земљишних књига није могао извршити упис права власништва искључиво у корист туженог.

По налазу Врховног суда, до оваквог закључка нижестепени судови дошли су услед погрешне примене материјалног права, због чега је чињенично стање остало непотпуно утврђено, па су обе нижестепене одлуке морале бити укинуте.

Наиме, судови су пошли од чињенице да су пре комасације тужилац и тужени били сувласници спорних непокретности са једнаким уделима пако за такав закључак нема доказа у списима. Будући да је у питању земљиште колониста, судови нису на поуздан начин утврдили да ли су непокретности пре комасације биле уписане само на име парничних странака, или и на друге чланове породице, па је за сада преурањен закључак да су тужилац и тужени сувласници спорних непокретности са једнаким уделима.

У поновном поступку, првостепени суд ће утврдити какво је било стање у земљишним књигама пре поступка комасације, ко су били сувласници спорних непокретности и са коликим уделима и колики су били удели парничних странака, након чега ће на новодобијеним парцелама бити могуће успостављање стања какво је било пре поступка комасације.

(Решење Врховног суда Србије Рев. 4331/96, од 29. јануара 1997)

17

У поступку комасације учесници могу закључити уговор о продаји непокретности, и тада потписи уговорника не морају бити оверени у суду.

Из образложења:

Из чињеничног утврђења првостепеног суда произлази да је у 1976. години између сада пок. Радосава Тодоровића, оца тужиоца Јована, као купца, и сада пок. Видена Ноковића, оца тужене Надежде Петровић, као продавца, закључен писмени уговор о купопродаји дела кат. парц. бр. 2740, површине од око 4,5 ари у тамо означеним мерама и границама, за које је утврђено да су пропзвољно одређене, као и сама површина продатог земљишта.

Међутим, у поступку комасације, по записнику о утврђивању фактичког стања (бр. 1719, од 9. маја 1984. године), учесник Виден, отац тужене, пренео је на учесника Јована, овде тужиоца, део кат. парц. бр. 2740/1 површине од 0.03,99 ха КО Грљан, што су својим потписима обојица и потврдили, по основу продаје Јовановом оцу Радосаву, па је то и проведено у катастру.

Вештачењем на лицу места, од стране вештака геодетске струке, утврђено је да од наведене површине тужилац држи 0.03.71 ha, што значи мање за 0.00.28 ha и тај део је означен у мерама и границама наведеним у изрецп првостепене пресуде.

Код оваквог стања ствари, правилно је одлучено у тужбеном захтеву када је утврђено да је тужилац власник и спорног дела површине и да је тужена обавезна да му тај део преда у државину, јер је тужилац то право стекао после смрти свога оца Радосава, а овај је право својине стекао правним послом, тј. уговором о купопродаји.

Правилно је и схватање судова да тужена, као ни њен правни претходник, нису могли стећи право својине на том делу наведене парцеле одржајем, јер за то није испуњен законом прописан услов у погледу савесности државине, пошто је правни претходник тужене знао да тај део није његов.

Оваква одлука судова заснована је на правилној примени одредаба члана 20. став 1, члана 37 и члана 28, став 2 и 4 Закона о основама својинскоправних односа, па су неосновани наводи ревизије тужене о погрешној примени материјалног права. Осим тога, по одредбама Закона о коришћењу пољопривредног земљишта из 1981. године, са изменама и допунама, који је важио у време предметне комасације, у том поступку се, поред осталог, могао вршити и пренос права својине на непокретности између учесника комасације, а није спорно да су то својство имали тужилац и отац тужене.

За правилност побијане пресуде није од значаја што на наведеном писменом уговору о купопродаји потписи уговорника нису оверени од стране суда, с обзиром на изнето о преносу права својине у поступку комасације.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 6181/96, од 25. марта 1997)

18

Сувласници зграде не могу својим споразумом извршити физичку деобу грађевинског земљишта у друштвеној својини него могу само уредити начин његовог коришћења.

Из образложења:

Према стању у списима, странке су сувласници непокретности и сукорисници катастарске парцеле на којој се непокретност налази, и држе имовину која је предмет физичке деобе. По спроведеном вештачењу, судови су закључили да су катастарска парцела и објекти који се налазе на њој физички дељиви, па је у овом поступку извршено цепање на две засебне парцеле.

Из стања у списима произлази да парцела која је била предмет деобе представља градско грађевинско земљиште на коме, према члану 4, став 3 Закона о грађевинском земљишту, не може постојати право својине већ само право коришћења. Следом тога, такво земљиште би могло бити предмет физичке деобе између носилаца права коришћења само ако би се препарцелисало, што се може извршити само у складу са урбанистичким плановима којима се утврђују критеријуми, смернице и урбанистички нормативи и решења за изградњу, реконструкцију и уређење насељених места (члан 11, ст. 3 Закона о планирању и уређивању простора и просторном плану СР Србије).

Стога је Врховни суд укинуо нижестепене одлуке како би првостепени суд у поновном поступку прибавио извештај надлежног органа за урбанизам о томе да ли је предложена парцелација у складу са усвојеним просторним плановима, као и да би, одлучујући поново о предлогу за физичку деобу, имао у виду да се без сагласности надлежног органа управе не може вршити препарцелација грађевинског земљишта у циљу физичке деобе, већ се између сукорисника може само уредити начин његовог коришћења.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. 2232/94, од 14. јуна 1994)

ЗАДРУЖНА СВОЈИНА

19

По члану 36 Закона о задругама, средства субјеката који се организују у задругу постају средства задруге на дан ступања на снагу тога закона, али се врста и обим тих средстава утврђују деобним билансом заједничког правног лица, тако да задрузи припадају, углавном, постојећа средства која су била унесена у то правно лице и одговарајући део средстава која су заједнички стечена у истом правном лицу, како би, равноправно, преосталом делу правног лица остала постојећа средства која су и раније њему припадала и одговарајући део средстава која су заједнички стекли, без обзира ко је која средства „држао" у време организовања задруге.

Из образложења:

Одлуке судова у захтевом побијаним деловима заснивају се на утврђењу да се тужилац издвојио из састава туженог ДПП „Л. Н." и основао као Земљорадничка задруга „П." у С., да му је 27. јануара 1990. године, када је ступио на снагу Закон о задругама (*Службени лист СФРЈ*, број 3/90), припадала имовина која му је, на основу члана 36 Закона о задругама, и досуђена.

Овакво становиште судова није прихватљиво.

Земљорадничка задруга „П." из С. припојена је ДД „Р. Р." 1976. године, којом приликом је формиран нови правни субјекат, а ранији субјекти су унели у фонд заједничке имовине одређене непокретности и покретне ствари, новчана средства, дугорочна потраживања и обавезе, као и хартије од вредности. У периоду пословања до 1990. године, када се издвајањем Земљорадничке задруге „П." формира нова радна организација од постојећих радних јединица, дошло је до промена у имовном стању, тако да је стечена нова имовина, побољшана је постојећа имовина коју су субјекти унели, или је путем аридације и комасације извршено укрупњавање земљишта, те обављени мелиорациони радови. Тако створеном имовином располагали су сви радници туженог, те она није могла бити у државини било ког дела, па ни задруге.

Фактичко стање, које судови узимају у обзир у побијаним пресудама, у погледу права власништва на непокретностима и покретним стварима, не може бити основ за стицање својине на наведеним покретним и непокретним стварима.

Одредба члана 32 Закона о задругама прописује да су постојеће задружне организације, организације кооперанта и њихови основни облици организовања, као и задружни савези, дужни да се до краја 1990. организују и ускладе самоуправне опште акте са одредбама Закона о задругама. Организације удруженог рада за кооперацију, радне и обрачунске јединице и делови организације удруженог рада, односно предузећа, настали на основама ранијих задруга, могу се личним изјашњавањем њихових радника задругара и кооперанта организовати у задруге. Чланом 36 истог закона прописано је да средства постојећих задружних организација, организација кооперанта и њихових основних облика организовања и задружних савеза, као и организација из члана 32, став 2 и члана 34 овог закона – постају средства задруге. Имовина задруге из става 1 овог члана, настала радом и пословањем тих задруга после 1. јула 1953. године, постаје задружна својина.

Тачно је да закон предвиђа да средства постојећих задружних организација које се организују у задругу, ступањем на снагу овог закона постају средства задруге. Међутим, спорно је, као што се види из читавог тока овог поступка, која су средства припадала задрузи у време када је дошло до спајања бивше Земљорадничке задруге и ДД „Р. Р." 1976. године, а која су средства ДД „Р. Р." у време наведеног припајања, те колики је допринос био бивших радних јединица „П." и „Н.", а који је допринос био осталог дела радне организације, колико је побољшање извршено на имовини која је раније припадала задрузи. Исто тако, није из ваљане документације утврђено шта се унело у радну организацију приликом припајања странака и да ли је сачињен деобни биланс приликом издвајања тужиоца из састава туженика. Будући да је до тада постојећа радна организација функционисала као предузеће, издвајањем из састава предузећа мора се сачинити и деобни биланс и установити какав је био статус тужиоца у том предузећу, односно радној организацији.

Судови ове спорне чињенице нису разјаснили, јер су пошли од погрешне примене одредбе члана 36 Закона о задругама. На тај начин погрешно је примењено материјално право и учињене су битне повреде одредаба Закона о парничном поступку (члан 354, став 2, тачка 13).

У захтеву за заштиту законитости основано се указује на постојање ове повреде Закона о парничном поступку и погрешне примене материјалног права.

(Решење Савезног суда, Гзс бр. 32/94, од 9. фебруара 1995)

ЗЕМЉИШНОКЊИЖНО ПРАВО

20

Укњижба се може захтевати само против земљишнокњижног претходника.

Из образложења:

Решењем Општинског суда у Великој Плани Дн. 117/96 од 19. фебруара 1996. године, одбија се молба Јањић Вере за укњижбу права власништва на парцели 500/1 њива Кључ, од 1.48.26 ha, као и укњижба права власништва на парцели бр. 500/2 њива Кључ, од 3 ha, у корист Петра Миловановића.

Решењем Окружног суда у Смедереву Гж. 1045/96 од 17. септембра 1996, одбија се жалба предлагача и назначено првостепено решење се потврђује.

Против другостепеног решења благовремено је изјављена ревизија предлагача.

Испитујући побијано решење у смислу чл. 386 и 400 ЗПП, Врховни суд је нашао да ревизија није основана.

Према утврђењу судова, предлагач је поднео захтев за упис свог права својине на некретнини парц. бр. 500/1, њива од 1.48.26 ha, као и упис права власништва на парцели бр. 500/2, њива од 3 ha, у корист Петра Миловановића а на основу пресуда судова П. 226/67, П. 880/92, решења О. 136/95 и уговора о купопродаји Ов. 2786/92. Према стању у земљишној књизи, као власник

некретнине у зкњ. улошку бр. 880 КО Ст. Село парц. бр. 500/1, површине од 1.48.26 ha и парц. бр. 500/2, површине од 3 ha, убележен је Радивоје Николић.

Правноснажном пресудом суда П. 880/92 од 17. IX 1992, утврђује се право својине тужиље у односу на парцелу 500, њива од 1.48.26 ha, у односу на тужене у тој парници Слободана Степића, Синишу Степића и Љубинку Влајић. Међутим, тужиља није приклучила и ваљану исправу да су ови тужени и наследници сада пок. Радивоја Николића.

Ценећи утврђене чињенице, судови су правилно применили материјално право када су предлог за упис траженог права као неоснован одбили.

Наиме, у поступку уписа у земљишне књиге важи правило по коме се упис новог титулара права може дозволити само против оног који је у време подношења захтева уписан као ималац права у погледу кога се врши упис и који треба да је материјалноправни власник назначене непокретности.

Како је према стању у земљишној књизи као власник предметне некретнине убележен други овлашћени а не тужени из назначене пресуде о утврђењу права својине предлагача на овој некретнини, то су судови правилно применили материјално право када су предлог за укњижбу траженог права као неоснован одбили.

Овим предлагач није преклудиран у праву да поново тражи упис у земљишну књигу свог права својине, за коју налази да му припада, када достави исправу да су у наведеној парници назначени тужени наследници сада пок. Радивоја Николића, те да су, као правни следници поменутог, предлагачу могли да признају раније стечено право својине.

(Решење Врховног суда Србије Рев. 10/97, од 26. марта 1997)

21

Ималац права трајног коришћења и располагања може тражити брисање укњижења које је извршено без његовог пристанка у корист трећег лица.

Из образложења:

Пресудом Петог општинског суда у Београду П. 4701/93 од 28. септембра 1995. године, усвојен је захтев тужиоца да није правно ваљана укњижба права коришћења, извршена у корист туженог на основу решења Другог општинског суда у Београду Дн. 15832/92 од 20. јула 1992, ближе описано у том делу изреке, и наложено је брисање те укњижбе и успостава пређашњег стања у земљишним књигама. Тужени је обавезан да тужиоцу накнади трошкове парничног поступка у износу од 860 динара.

Пресудом Окружног суда у Београду Гж. 2701/96 од 22. априла 1996, одбијена је као неоснована жалба туженог и првостепена пресуда је потврђена.

Против пресуде другостепеног суда тужени је изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права, и то прво благовременим поднеском од 4. јуна 1996, а затим је поднео и допуну ревизије поднеском од 26. јуна 1996. године, по протеку законског рока за изјављивање ревизије.

Испитујући побијану пресуду у смислу члана 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да ревизија туженог није основана по благовременом поднеску, а поднесак поднет после законског рока за изјављивање ревизије није ни узимао у разматрање.

Побијана пресуда не садржи битне повреде одредаба парничног поступка због којих се, у смислу члана 385, став 1, тачка 1 и 2 ЗПП, ревизија може изјавити.

У првостепеном поступку је утврђено да је тужилац носилац права трајног коришћења и располагања на предметним непокретностима, и то на основу правноснажне пресуде П. 3272/84 од 11. марта 1995. године. Утврђено је да су предметне непокретности изграђене између 1950. и 1954. године, а помоћни објекат 1955, и то средствима из фонда за инвестиције за друштвени стандард, која су дата тужиоцу. Тужилац је добио и грађевинску дозволу за градњу помоћног објекта. Међутим, Општина Вождовац је, уверењем број 356-148 од 12. новембра 1991, на предметним непокретностима, уз сагласност шумско-ловног газдинства као носиоца права коришћења и располагања идеалним делом, извршила пренос права коришћења и располагања на туженог, и то без накнаде за право коришћења национализованог грађевинског земљишта.

Према овако утврђеном чињеничном стању, правилно је примењено материјално право када је захтев тужиоца за брисање укњижбе предметних непокретности на туженог усвојен као основан.

Право трајног коришћења тужиоца утврђено је правноснажном судском одлуком 1985. године, што му даје ваљан правни основ за захтев да се брише укњижба права коришћења и располагања на туженог, коју је извршио орган Општине Вождовац без сагласности тужиоца као легитимног носиоца права трајног коришћења и располагања. Укњижење непокретности у друштвеној својини врши се на основу правноснажне одлуке суда, или другог надлежног органа, којом се утврђује да је непокретност прешла у друштвену својину; на основу овереног уговора који садржи одредбу да се непокретност може укњижити као друштвена својина; и на основу оверене једностране изјаве којом се сопственик непокретности одриче права својине у корист друштвене заједнице.

С обзиром да је у конкретном случају судска одлука П. бр. 3272/84 од 11. марта 1985. ваљана јавна исправа на основу које се може вршити књижење непокретности у друштвеној својини, онда тужилац као титулар тог права, да би се укњижио, мора прво тражити брисање раније извршеног књижења туженог.

(Пресуда Врховног суда Рев. 5105/96, од 19. марта 1997)

22

Шупа као споредна, дворишна зграда може се увести у земљишне књиге ако је сагрђена уз дозволу надлежног органа.

Из образложења:

Предмет тужбеног захтева у овој парници је утврђивање права својине на објекту – дворишној згради, шупи (заједничким просторијама) – и укњижба тог права. Ради се у ствари о два тужбена захтева, јер се првим тражи утврђивање права својине, а другим укњижба тог права.

Утврђено је да се уличина зграда у улици М. која је у зк. ул. број 992 КО Б. уписана под II, састоји од два четворособна стана, с тим што је свако од тужилаца уписан као власник једног стана, затим од гараже и пословне

просторије на којима су тужиоци уписани као сувласници са по 1/2 идеалног дела. У истом зк. ул. под III уписана је и дворишна зграда – шупа (заједничке просторије) али без уписа ко је власник ових просторија. Овај упис извршен је 1970. године на основу пријавног листа градског геодетског завода, а према налазу вештака, ове просторије не представљају споредне просторије у односу на главну уличну зграду.

Тужиоци који полажу право да су власници спорног објекта имају право да то у парници утврђују ако им се то право оспорава, што је овде случај. Питање да ли је спорни објекат изграђен са дозволом надлежног органа или не, може имати само значаја за упис тог права у земљишне књиге.

У овом случају требало је расправити и утврдити да ли су тужиоци изградили спорну просторију и када, те да ли су по том основу власници ове просторије, и тако расправити први захтев за утврђивање права својине.

Што се, пак, тиче другог захтева, захтева за укњижбу права својине на овом објекту, он може бити основан само у случају да тужиоци докажу да су спорни објекат изградили уз дозволу надлежног органа или у време када таква дозвола није била потребна. При томе, Врховни суд прихвата као правилно правно становиште општинског суда да у том случају тужиоци могу тражити само брисање извршеног уписа ових просторија, те да се упис у односу на ове просторије врши уз упис под II, као споредне просторије уз главну зграду, јер се не ради о посебној стамбеној згради, него о шупи, споредној просторији, па је супротан налаз вештака без ослонца на стање у списима. У том смислу тужиоци би морали да уреде тужбу.

(Решење Врховног суда Србије Рев. 1140/92, од 1. априла 1992)

СТВАРНЕ СЛУЖБЕНОСТИ

23

Начело рестрикције службености нарочито се односи на службеност пролаза преко дворишта, јер се њоме ограничавају личне вредности као што је, на пример, породични мир у дому власника послужног добра, без обзира да ли овај трпи какву материјалну штету. Стога се службеност пролаза кроз двориште против воље власника, по правилу, не може дозволити, осим изузетно, када то нарочити разлози и потребе коришћења повласног добра захтевају.

Из образложења:

Право службености уопште, па и право службености пешачког пролаза, или, како ревизијски суд налази, право нужног пролаза – представља оптерећење и ограничење права својине свагдашњег власника послужног добра. Стога важи начело рестрикције, према коме се код заснивања и вршења тога права полази од неопходних потреба за коришћење повласног добра (члан 50, став 1 Закона о основним својинскоправним односима). Начело рестрикције службености нарочито се односи на службеност пролаза преко дворишта, јер се њоме ограничавају личне вредности као што је, на пример, породични мир у дому власника послужног добра, без обзира да ли овај трпи какву материјалну штету. Стога се службеност пролаза кроз двориште против

воље власника, по правилу, не може дозволити, осим изузетно, када то нарочити разлози и потребе коришћења повласног добра захтевају. Насупрот мишљењу судова, у конкретном случају такви разлози свакако нису у томе да другим, јавним путем треба прећи 71 метар више.

Ако су парцеле тужилаца и парцела туженог у време првобитно установљене службености биле пољопривредно земљиште, те ако је та службеност установљена ради убирања пољопривредних производа на парцелама тужилаца, онда се накнадном изградњом стамбених објеката на тим парцелама сврха те службености изменила. А ако измењена сврха службености са становишта начела рестрикције службености преко кућног дворишта није више неопходна, онда постоји правни основ за њено укидање у смислу члана 58, став 2 Закона о основним својинскоправним односима, према коме власник послужног добра може захтевати да престане право стварне службености када престане разлог због кога је она заснована, и то без обзира по ком правном основу је службеност заснована (уговор, одржај и тако даље). Захтев за укидање службености због промењених околности не застарева, па стога, насупрот мишљењу судова, није од утицаја протек времена од настанка промењених околности до подношења тужбе (противтужбе) ради укидања службености, без обзира што је за коришћење повласног добра тужилаца стално постојао алтернативни, јавни пут, и што га они нису користили.

Судови су пропустили да са ових материјалноправних аспеката цене релевантне чињенице. Уз то, није довољно утврђена намена уске стазе поред магистралног пута, да ли је намењена и да ли служи за пролаз пешака, те да ли поред ње постоји и други простор који би могао да користи пешак, као и да ли се део магистралног пута користи за кретање пешака на том простору. Према томе, због погрешне примене материјалног права, чињенично стање је остало недовољно утврђено.

(Решење Савезног суда Гзс бр. 10/96, од 17. октобра 1996)

24

Сагласно начелу рестрикције (члан 50, став 1 ЗОСПО), конституисање права стварне службености колског пролаза преко кућног плаца дозвољено је само изузетно, и то када се повласно добро на други начин или без несразмерно великих трошкова не може користити.

Из образложења:

Како је у првостепеном поступку утврђено да постоји и алтернативни правац којим се службеност може установити, али да установљење службености у том правцу и положају изискује знатна инвестициона улагања, при чему се не наводи колика су та улагања, то је првостепени суд вештачењем и на други погодан начин, требало да испита и поуздано утврди и ту чињеницу, јер се конституисању ове врсте службености преко економског дворишта и кућног плаца прибегава једино онда када се ова ни на који други начин, или без несразмерно великих трошкова, не може остварити. Тек на основу утврђења свих релевантних чињеница и околности, првостепени суд је могао да конституише и да утврди начин и обим коришћења службености пролаза воловском запрегом и моторним возилом којима ће задовољити економско искоришћавање повласних парцела, а у најмањој мери оптеретити послужно добро.

(Решење Савезног суда Гзс. 6/94, од 30. јуна 1994)

25

Стварна службеност врши се на начин којим се најмање оптерећује послужно добро и зато власник тог добра има право да тражи да се прави службености пролаза измести када постојећи прави представља непотребно и превелико оптерећење послужног добра, а иста се економска сврха службености може постићи погоднијим правцем преко земљишта истог власника послужног добра.

Из образложења:

Стварна службеност, у смислу члана 49 Закона о основним својинскоправним односима, представља право власника једне непокретности (повласно добро) да за потребе те непокретности користи непокретност другог власника (послужно добро), тако да овако установљена службеност представља терет за послужно добро и зато се, у смислу члана 50 истог закона, стварна службеност увек врши на начин којим се најмање оптерећује послужно добро.

У конкретном случају, тужени је преко послужне парцеле формирао путно земљиште са тврдом подлогом које и сам користи за пролаз. На другој страни службени пут који су тужиоци користили као титулари права службености пролаза нема тврду подлогу и за његово проширење је потребно не само улагање средстава већ и заузимање веће површине послужне парцеле и сечење постојећих садница. Због тога је правилан закључак нижестепених судова да је у циљу економичнијег коришћења послужне парцеле потребно да тужиоци користе трасу пута коју је тужени формирао, те да се на тај начин изврши измештање службености пролаза, а да тужиоцима престане право службености пролаза путем на коме су раније имали установљено право службености.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. 3042/93, од 13. октобра 1993)

26

Право пролаза преко послужног добра обухвата и право доласка на то добро.

Из образложења:

Према чињеничном стању утврђеном у поступку, тужени, као сувласници повласног добра кат. парц. бр. 2373/1 и 2373/2 у КО Умчари, имају право да, колима, трактором и осталим пољопривредним машинама, као и пешице, прелазе преко послужног добра к. п. бр. 2376/1 у КО Умчари, на којој је тужилац сувласник једне трећине идеалног дела непокретности. Службеност је конституисана пресудом Избраног суда – грочанског суда КО Умчари, број К. 18558 од 16. септембра 1929. године. Правноснажним пресудама Петог општинског суда у Београду, донетим у предметима П. 191/83, П. 2104/84 и П. 2905/88, није укинуто конституисано право службености пролаза.

Полазећи од утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно оценили да је неоснован тужбени захтев да се туженима забрани долазак на кат. парц. тужиоца бр. 2376/1 у КО Умчари. За ову одлуку дати су разлози које у целини прихвата и Врховни суд, па наводи ревизије о погрешној примени материјалног права нису тачни.

Наиме, чланом 49, став 1 Закона о основним својинскоправним односима прописано је између осталог да је стварна службеност право власника једне непокретности (повласно добро) да за потребе те непокретности врши одређене радње на непокретности другог власника (послужно добро).

У конкретном случају је конституисана стварна службеност права пролаза колима, трактором и осталим пољопривредним машинама, као и пешице, преко кат. парц. тужиоца. Право пролаза у себи сублимира и право доласка на парцелу тужиоца. Према томе, у ситуацији када право службености пролаза није укинуто, туженима, као сувласницима повласног добра, не може се забранити долазак на парцелу тужиоца као сувласника послужног добра.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 4294/94, од 29. септембра 1994)

27

Вршење службености црпљења термалне воде са експроприсаног земљишта зависи не само од техничке него и од правне могућности.

Из образложења:

Према члану 72, став 1 Закона о експропријацији, даном правноснажности решења о експропријацији престају на експроприсаној непокретности хипотеке, личне службености и сви стварни терети, осим стварних службености чије је вршење могуће након привођења намени експроприсане непокретности.

Нижестепени судови су се позивали на ову одредбу, али нису испитали да ли постоје услови за примену изузетка. Они су се задовољили чињеницом да тужиоци још увек „захватају и користе воду преко каптаже", али су занемарили да овде није реч само о томе да ли је црпљење воде са експроприсане непокретности технички могуће, него и да ли је правно допуштено. Наиме, предмет службености је црпљење термалне воде, а по члану 3, тачка 7 у вези са чланом 1 Закона о рударству, вода у земљи представља рудно благо које се, због тога што је у друштвеној својини, може експлоатисати и користити по посебном режиму императивних прописа наведеног закона. Без оцене могућности вршења службености црпљења термалне воде са становишта тих прописа, не може се закључити да ли постоје услови за примену изузетка утврђеног чланом 72, став 1 Закона о експропријацији.

Пошто таква оцена није учињена, овај суд је, у смислу члана 395, став 2 ЗПП, укинуо обе пресуде и предмет вратио на поновно суђење.

Правилна примена материјалног права захтева да се разјасне све околности од значаја за вршење службености црпљења термалне воде, а оне се тичу не само техничке него и правне могућности. У ову оцену мора се укључити и околност да је вода неопходан услов живота људи у сваком стамбеном простору. Зато се мора испитати да ли постоји могућност увођења обичне воде у објекте туженик и какви су изгледи да се то, уз обострани напор, учини.

(Одлука Врховног суда Србије Гзз 137/94, од 21. септембра 1994)

28

Власник послужног добра има право да постави капије на улазу и излазу својих парцела уколико се тиме власник повласног добра не омета у вршењу права службености.

Из образложења:

Одлучујући о захтеву тужиоца, као власника послужног добра, да се утврди да има право постављања капија на улазу и излазу својих парцела ради што рационалнијег коришћења истих, правилно је примењено материјално право кад је такав захтев усвојен.

Према одредби члана 49 Закона о основним својинскоправним односима, стварна службеност је право власника једне непокретности (повласно добро) да за потребе те непокретности врши одређене радње на непокретности другог власника (послужно добро), али да захтева од власника послужног добра да се уздржава од вршења одређених радњи које би иначе имао право да врши на својој непокретности. На овај начин стварна службеност представља терет за послужно добро и зато се она у смислу члана 50 истог закона врши на начин којим се најмање оптерећује послужно добро.

Ако је власник повласног добра неосновано спречаван или ометан у вршењу стварне службености, он може тужбом захтевати да то спречавање или ометање престане.

Самим тим, власник послужног добра у остваривању права својине може да врши сва права и да предузима све радње, али само уколико на тај начин не омета титулара стварне службености у вршењу овог права. У конкретном случају, тужилац као власник послужног добра, постављањем капија на улазу и излазу својих парцела не би ометао туженог као власника повласног добра у вршењу његовог права службености, па је правилно закључено да има право да постави капије.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 204/94, од 9. фебруара 1994)

29

Сопственик који је приликом деобе јединствене парцеле пропустио да од деоничара захтева да се установи службеност пролаза до јавног пута, не може доцније тражити да се конституише службеност на терет суседног земљишта које припада трећем лицу.

Из образложења:

Приликом деобе није установљена службеност за излаз на јавни пут у корист тужиочеве к.п. бр. 1097/3 која је формирана деобом јединствене к.п. бр. 1097. За улаз у своју парцелу тужилац је користио суседну парцелу, власништво тужене као трећег лица, која није била у саставу раније јединствене парцеле, а кад му је тужена забранила пролаз, тужилац је тражио да се преко парцеле тужене установи право колске службености.

Нижестепени судови су правилно применили материјално право кад су нашли да је овакав тужбени захтев тужиоца неоснован, јер парцела тужене није дужна да трпи оптерећење службености ради коришћења тужиочеве парцеле, пошто то оптерећење треба да трпе парцеле које су настале деобом

ранијег комплекса и да тако омогуће коришћење парцеле која по свом положају због извршене деобе нема везу са путем.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. 1027/94, од 30. марта 1994)

30

Сопственик има право да захтева укидање стварне службености ако је престала потреба сопственика повласног добра за службеношћу.

Из образложења:

Према стању у списима, правни претходници странака су приликом деобе сувласничке парцеле установили службеност пролаза преко тужиочеве к.п. бр. 1110 као послужног добра, а у корист туженикове к.п. бр. 1108 као повласног добра. Последњих година тужени не користи предметну службеност јер је обезбедио излаз на јавни пут са којим се и граничи његова парцела.

С обзиром на овако утврђено чињенично стање, и по оцени Врховног суда правилно је примењено материјално право кад је усвојен тужбени захтев тужиоца за укидање службености.

Стварна службеност, у смислу одредбе члана 49 Закона о основним својинскоправним односима, представља право власника једне непокретности (повласног добра) да за рачун ове непокретности користи непокретност другог лица (послужно добро). Овако установљена службеност представља терет за послужно добро и зато се увек кад за то постоје законом прописани разлози, цени оправданост даљег постојања службености.

Како је у конкретном случају тужени обезбедио излаз тако да директно из свог плаца излази на јавни пут, то је предметна службеност изгубила корисност за повласно добро, те тужилац основано, у смислу члана 58, став 2 наведеног закона, тражи укидање службености.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. 4090/93, од 24. новембра 1993)

СУСЕДСКО ПРАВО

31

Суседско право је својеврсно ограничење својине, које намеће и обликује живот, зависно од ситуације и месних обичаја.

Из образложења:

Нижестепени судови су правилно закључили да је противтужбени захтев основан, а тужбени захтев неоснован и дали разлоге које прихвата и овај суд. Они су, полазећи од тога да су странке суседи и да спорни прозор, који је отворио правни претходник тужиоца, омогућује продор светлости у туженикову собу, али и отвара видик из те собе према тужениковом дворишту, основано закључили да потреба тужиоца за светлошћу и потреба туженог за спречавањем погледа компромисно задовољавају постављањем дрвеног рама са мат стаклом типа „орламент", јер он омогућује пролазак светла у собу, али и онемогућује гледање из ње, односно у њу. Додуше, ови судови се нису позвали на правила која овакву интервенцију допуштају, на шта указује и

ревизија, али ова мана је отклоњива. Реч је о правним правилима суседског права која од суседа траже да вршење својих својинских овлашћења удесе тако да један другог не узнемиравају. Ово правило садржано је у члану 141 Општег имовинског законика за Црну Гору, а примењује се на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације. Суседско право је својеврсно ограничење својине, које намеће и обликује живот, зависно од ситуације и месних обичаја.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. 2701/94, од 8. јуна 1994)

ХИПОТЕКА

32

I. Заложним правом на покретној и непокретној ствари могу се обезбедити будућа потраживања само из истог правног односа. Када се заложним правом обезбеђују тражбине које могу настати због одобреног кредита, преузетог пословодства, јемства или накнаде штете, онда се у исправи на основу које се врши упис наводи највећи износ који кредит може достићи.

II. Ништава је свака одредба уговора којом се у тренутку закључења уговора о залози на непокретној ствари (хипотека) или на покретној ствари (ручна залога) предвиђа да ће заложена ствар прећи у својину повериоца ако његово потраживање не буде намирено у моменту доспелости.

Образложење:

I. Одредбом члана 971 Закона о облигационим односима предвиђено је да се залога може дати за будућу, као и за условну обавезу. У случају условног потраживања, заложно право зависи од тога да ли ће се остварити будућа неизвесна чињеница која је предвиђена као услов у правном послу. Ако је уговор закључен под одложним условом, поверилац чије је потраживање угрожено може захтевати од дужника да му да ствар у залогу (члан 76 ЗОО).

Залога се може дати за орочено потраживање.

У том случају, примењују се сходно правила о условном потраживању (члан 78 ЗОО). Заложно право се може засновати за будућа потраживања. То је случај кауционе залоге, које се даје за потраживање које може а не мора настати, и кредитне залоге, која се даје за потраживање које може настати из одобреног кредита. Заложно право настаје конституисањем залоге, пако је потраживање будуће. Тако, заложним правом на непокретности могу се обезбедити и будућа потраживања. Правна правила земљишнокњижног права (Закон о земљишним књигама, *Службене новине* од 18. маја 1930) предвиђају да се заложним правом могу обезбедити тражбине које би могле настати због одобреног или отвореног кредита, због преузетог пословодства, због јемства и накнаде штете, с тим што се у исправи, на основу које се врши упис хипотеке, наводи највиши износ који кредит или одговорност сме достићи (кредитна хипотека, параграф 14).

Разлика између обичне и кредитне хипотеке јесте у томе што се код обичне хипотеке осигурава само једно потраживање, а код кредитне хипотеке је осигуран цео скуп, цео низ будућих потраживања. Код обичне хипотеке

мора се навести тачан износ тражбине, бројчано одређен, за који јемчи непокретност, док се код кредитне хипотеке, којом се обезбеђује будуће али и постојеће потраживање, мора навести највиши износ за који одговара хипотекарно добро.

II. Према одредби члана 251б Закона о извршном поступку, може се заснивати заложно право на непокретним и покретним стварима на основу споразума странака. Поверилац и дужник могу сагласно да траже од суда да одреди и спроведе укњижбу заложног права на непокретности дужника, односно да одреди и спроведе попис покретних ствари дужника ради обезбеђења новчаног потраживања повериоца. Суд на предлог странака одређује рочиште на коме утврђује споразум странака о постојању потраживања и времену његовог доспећа и њихову сагласност да се укњижи заложно право на непокретности дужника, односно да се пописом заложног права на непокретним стварима дужнику обезбеђује новчано потраживање. Потписани записник о споразуму странака има снагу судског поравнања.

Ако се има у виду чињеница да поступак обезбеђења заснивања заложног права на основу споразума странака, тј. да судско поравнање које странке закључују пред судом на рочишту има правну снагу, као правноснажна судска одлука, и да представља извршну исправу (члан 19 ЗИП) на основу које се уређује и спроводи обезбеђење успостављања заложног права (члан 251г ЗИП) – јер суд решењем уређује укњижбу и предузима све што је потребно ради спровођења укњижбе заложног права на непокретности дужника, односно одређује и спроводи попис покретних ствари дужника – то значи да се поступак не би могао поједноставити тако што би поверилац и дужник, заснивањем заложног права на имовини дужника, закључили споразум о обезбеђивању новчаног потраживања, који би био оверен у суду. Оверени уговор о заснивању заложног права није извршна исправа на основу које би суд по службеној дужности могао да донесе решење о обезбеђењу и да одреди укњижбу заложног права и попис покретних ствари.

Регулишући ручну залогу, Закон о облигационим односима (чл. 973, ст. 1) предвиђа да је забрањено уговарање lex commissoriae, тј. да странке у уговору о залози предвиде да ће заложена ствар прећи у својину повериоца ако његово потраживање не буде намирено у року доспелости, и предвиђа одредбу по којој ће у том случају поверилац моћи, по унапред одређеној цени, да прода ствар или да је задржи за себе.

Закон о својинскоправним односима (у члану 69) предвиђа да је ништава одредба уговора о хипотеци којом хипотекарни поверилац уговара за себе право да у случају неисплате дуга намири своје потраживање стицањем права својине на заложеној непокретности, убирањем плодова које та непокретност даје, или искоришћавањем непокретности на други начин.

Овакве одредбе уговора о залози су ништаве и не производе ни облигационоправно дејство.

Одредбе члана 973 ЗОО и члана 69 Закона о основним својинскоправним односима имају заштитни карактер, да поверилац не би искористио стање нужде или тешко материјално стање дужника код тражења кредита и за себе уговорио зеленашке клаузуле (члан 141 ЗОО), по којима му заложена ствар веће вредности или остаје у својини или је може продати по унапред утврђеној цени која не одговара њеној стварној вредности.

Због тога Закон о облигационим односима у члану 980 предвиђа да поверилац (залогопримац) има право да своје потраживање наплати из вредности заложене ствари ако то потраживање не буде намирено у року доспелости, с тим што ће захтевати од суда одлуку да ствар прода на јавној лицитацији или по текућој цени кад ствар има берзанску или тржишну цену.

(Закључак са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, републичких и покрајинских судова и Врховног војног суда, од 26. децембра 1991, у Београду)

33

Хипотекарни поверилац чије је потраживање доспело има право да захтева намирење из вредности хипотековане непокретности, а није дужан да претходно у редовном поступку тражи намирење свог потраживања.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је уговором о краткорочном кредиту бр. 291/94, од 17. маја 1994. године, одобрио краткорочни кредит предузећу за производњу и промет „Коштуњац" из Салаша Црнобарског за тов јунади и свиња у износу од 75.000 динара. Уговором бр. 363/94 од 31. маја 1994. године, одобрен је кредит у износу од 45.000 динара, а као обезбеђење ових кредита закључени су уговори о хипотеци бр. 49/93 од 1. IX 1993. и бр. 76/94 од 25. III 1994. године. Затим су тужени дали заложне изјаве: Драгослав Јанковић у Општинском суду у Богатићу, 4. X 1993; Радослав Јанковић у Петом општинском суду у Београду, 8. X 1993; Михајло Јанковић у Општинском суду у Богатићу, 29. III 1993. године. Хипотека је стављена на кат. парцелу бр. 2827 КО Салаш Црнобарски, уписану у пос. лист бр. 193 у КО Салаш Црнобарски заједно са објектима који се на овој парцели налазе а описани су ближе у изреци првостепене пресуде. Кредит ради чијег обезбеђења је стављен терет на наведену непокретност није у целости отплаћен, па је предмет спора захтев тужиоца да се утврди да је он, као хипотекарни поверилац доспелог потраживања према туженима, овлашћен да буде намирен из заложене непокретности.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно усвојили тужбени захтев. За ову одлуку дате разлоге у целини прихвата и Врховни суд, па се у ревизији неосновано указује на погрешну примену материјалног права. Наиме, према чл. 63 Закона о основним својинскоправним односима, ради обезбеђења одређеног потраживања, непокретна ствар може бити оптерећена хипотеком у корист повериоца који је овлашћен, на начин предвиђен законом, да тражи намирење свог потраживања из вредности те непокретности.

Како је у конкретном случају утврђено да је предметна катастарска парцела бр. 2827, заједно са објектима који се на њој налазе, заложена у корист тужиоца као повериоца, а како тужени дуг нису платили, то су нижестепени судови правилно одлучили кад су утврдили да је тужилац, као хипотекарни поверилац доспелог потраживања према туженима, овлашћен да тражи намирење свог потраживања из заложене непокретности.

Истицање у ревизији да је тужилац, претходно, у редовном поступку, требало да тражи намирење свог потраживања а не да одмах иде на намирење путем реализације хипотеке, није од утицаја на одлуку о тужбеном захтеву, јер тужени своје дуговање могу да измире тужиоцу у сваком часу, према томе и пре реализације хипотеке.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 178/97, од 19. фебруара 1997)

34

Одредба у уговору о конституисању хипотеке по којој хипотекарни поверилац стиче право својине на хипотекованој непокретности, ако дужник не плати дуг о доспелости, ништава је, али уговор ослобођен те одредбе остаје у важности.

Из образложења:

Према подацима у списима, тужилац је закључио уговор о кредиту са Н.Н. банком, а као средство обезбеђења уговорено је јемство, па је закључен уговор о јемству те банке са Л.Л. предузећем, овде туженим. Закључен је и уговор тужиоца и туженог бр. 33/4 од 26. априла 1991. године. У том уговору Л.Л. се обавезује да ће дати гаранцију тужиоцу на краткорочну позајмицу од 1.500.000,00 динара, са роком враћања од 60 дана од дана уплате на жиро-рачун тужиоца, и да се наведена позајмица одобрава банци која је дала кредит тужиоцу. Тужилац се обавезује да ће вратити позајмљена средства туженом, с тим да, уколико их не врати у договореном року, тужени преузима све обавезе по уговору за враћање наведеног износа. Чланом 3 наведеног уговора предвиђено је да у случају преузимања обавезе од стране туженог, тужени стиче право својине на спорном пословном простору власништво тужиоца ако у року утврђеном уговором тужилац не врати у целини позајмљени износ средстава. Такође је уговорено и право прече куповине наведених пословних просторија, под истим условима под којима су пренете на туженог, уз умањење износа по основу цене кредита. Тужилац је гарантовао да простор који преноси у својину туженом није оптерећен реалним теретима, нити је издат у закуп са отказним роком дужим од три месеца.

Следом наведеног може се закључити да је уговор број 33/4 од 26. априла 1991. мешовити уговор, са елементима уговора о преузимању дуга, кредита и хипотеке.

Одредбом члана 4 наведеног уговора, на пословном простору уговорена је хипотека „права залоге".

Оваква одредба уговора је ништава и не производи правно дејство, те се њена ништавост, будући да се ради о апсолутној ништавости, може истицати без обзира на рок, а суд о њој мора водити рачуна по службеној дужности.

Закон о облигационим односима, у ставу 1 члана 973, забрањује уговарање lex commissorie, тј. да странке у уговору о залози предвиде да ће заложена ствар прећи у својину повериоца ако његово потраживање не буде намирено до рока доспелости, и садржи одредбу по којој у том случају поверилац може, по унапред одређеној цени, да прода ствар или да је задржи за себе. Законом о својинскоправним односима, члан 69, прописано је да је ништава одредба уговора о хипотеци којом хипотекарни поверилац уговара за себе право да у случају неисплате дуга намири своје потраживање стицањем права својине на заложеној непокретности, убирањем плодова које та непокретност даје, или искоришћавањем непокретности на други начин. Наведене одредбе су прописане баш у циљу заштите, како поверилац не би искористио стање нужде или тешко материјално стање код тражења кредита, и за себе уговорио зеленашке клаузуле из члана 141 Закона о облигационим односима, по којима му или остаје ствар веће вредности у својини или може да је прода по унапред утврђеној цени која не одговара стварној вредности заложене ствари. Наведене одредбе уговора о залози су ништаве и не производе ни облигационоправно ни стварноправно дејство.

Како је наведена одредба уговора о залози закључена противно законском пропису, она је незаконита, те је уговор у том делу, како је правилно закључио другостепени суд, апсолутно ништав и не производи правно дејство. Водећи по службеној дужности рачуна о дозвољености оваквог уговарања странака, Врховни суд Црне Горе је правилно поступио када није пружио правну заштиту овој одредби уговора, с тим што је правилно закључио и то да ништавост ове одредбе, у смислу члана 105 Закона о облигационим односима, не повлачи ништавост самог уговора, па је у осталом делу одбио тужбу тужиоца ради утврђивања ништавости осталих одредаба уговора и о томе дао чињеничне и правне разлоге које прихвата и овај суд.

(Пресуда Савезног суда Гзс 19/94, од 24. новембра 1994)

35

Хипотекарни повериоац има право да намири своје потраживање из вредности хипотековане непокретности без обзира што се непокретност налази и својини лица које ништа не дугује хипотекарном повериоцу.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Трстенику П. бр. 865/95 од 30. маја 1996. године, одбијен је захтев тужиље којим је тражила да она као хипотекарни поверилац има право да тражи намирење свог потраживања за 12.100 DM у динарској противвредности, са одговарајућом каматом из износа који се добије јавном продајом пословног простора у Трстенику, описаног у том делу изреке првостепене пресуде, и да се тужени обавеже да дозволи продају овог пословног простора. Тужиља је обавезана да туженом на име трошкова парничног поступка плати износ од 660 динара.

Пресудом Окружног суда у Крушевцу Гж. 1974/96 од 12. новембра 1996. године, одбијена је као неоснована жалба тужиље, а првостепена пресуда је потврђена.

Против пресуде другостепеног суда тужиља је изјавила ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Тужени је дао одговор на ревизију тужиље и тражио трошкове свог одговора.

Испитујући побијану пресуду у смислу члана 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија основана.

Према неспорном чињеничном стању утврђеном у првостепеном поступку, тужени је писменим уговором овереним пред Општинским судом у Трстенику купио предметну непокретност од Миломира Тошића и ступио у посед те непокретности. Међутим, утврђено је да је Миломир Тошић хипотекарни дужник тужиље, јер је од ње посебним уговором узео на зајам 17.000 DM заједно са каматом коју су уговорили, а са роком враћања од 6 месеци, и ради обезбеђења враћања дуга Миломир је пристао да се његов локал који је предмет овог спора оптерети хипотеком, тако да у случају неизвршења његове уговорне обавезе тужиља има право намирења свог потраживања продајом његовог локала или уписом у јавне књиге као свог власништва. Пошто је тужиља првобитно тужбом тужила само дужника Миломира, а касније у односу на њега тужбу повукла и остала при тужби против туженог Братислава, који је купио предметни локал од Миломира, нижестепени судови су

закључили да тужени Братислав није ни у каквом правном односу према тужиљи и да она своје потраживање може захтевати само од свог дужника Миломира Тошића, па су њен тужбени захтев одбили као неоснован.

Врховни суд је нашао да оваква одлука није законита и да је због погрешне примене материјалног права у првостепеном поступку чињенично стање остало непотпуно утврђено.

У конкретном случају је између тужиље и Миломира Тошића, као њеног дужника, заснована уговорна хипотека, а уговор садржи и клаузулу интабуландо с обзиром да је Тошић пристао да се оптерећена непокретност у његовом власништву, у случају неврађања дуга, прода ради намирења тужиљиног потраживања. У вези с тим, Општински суд у Трстенику је као ванпарнични суд донео решење о дозволи уписа хипотеке по том уговору у деловодни протокол интабулација.

Када је стављена хипотека на непокретност по правно ваљаном основу, што је у конкретном случају новчано потраживање тужиље – хипотека остаје на снази све док то потраживање не буде наплаћено. Пошто је тужени купио непокретност оптерећену хипотеком, а потраживање тужиље није наплаћено, онда и он као нови власник ступа у исти правни однос са тужиљом као хипотекарним повериоцем, јер његова обавеза произлази из обавезе његовог правног претходника Миломира као хипотекарног дужника. То је због тога што се у оваквом случају извршење дуга не односи на личност него на оптерећену непокретност, без обзира што се она налази у власништву лица које није засновало никакав облигационоправни однос са хипотекарним повериоцем. Такође и због тога што се непокретност оптерећена хипотеком углавном продаје испод њене стварне вредности, тако да купац плаћа мању купопродајну цену од оне коју би платио да не постоји хипотека.

Према томе, у смислу члана 63 Закона о основним својинскоправним односима, тужиља може хипотекарном тужбом тражити намирење свог потраживања од туженог Братислава.

Наиме, тужиља је као поверилац имала право избора да, у сопственом интересу, због сигурнијег обезбеђења наплате потраживања, тужбом истовремено обухвати и свог дужника Миломира Тошића и туженог као власника хипотековане непокретности, да би у случају исплате од стране Тошића хипотека била угашена и отпала обавеза туженог Братислава.

Међутим, тужиља се определила само за туженог Братислава, што је право њеног избора, па се у том случају парница мора водити против овог туженог. Ако сматра да је оштећен, јер наводно није знао за хипотеку (што није искључено, пошто у његовом уговору о купопродаји стоји да је непокретност без терета, а Општински суд у Трстенику нема земљишне књиге у које је тужени могао извршити непосредан увид, већ само деловодни протокол интабулација), онда овај тужени са своје стране може у парницу укључити и Миломира Тошића или се од њега на други начин обештетити. Међутим, обавезу према тужиљи не може избећи све док њено потраживање постоји.

У новом поступку ће се испитати да ли је Миломир Тошић делимично дуг исплатио, јер постоји податак у спису да је тужиљи дао 5.500 DM, па ако јесте, то ће суд узети у обзир.

(Решење Врховног суда Србије Рев. 628/97, од 11. марта 1997)

2. ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО

А. Уговорно право

ПУНОВАЖНОСТ УГОВОРА

36

Сваки уговор, да би био пуноважан, мора да изражава стварну и слободну вољу уговорних страна.

Из образложења:

Пре свега, сваки уговор, па и спорни уговор, да би био пуноважан, треба да изражава стварну и слободну вољу уговорних страна. У овом случају нико од странака не напада пуноважност уговора, а саме странке су уговор назвале уговор о удруживању средстава, а не уговор о продаји.

Поред тога, из садржине уговора, а посебно из одредаба члана 1, 3, 5 и 6 произлази да ће се спорни локали градити средствима тужилаца, а не средствима туженог, јер су тужиоци преузели обавезе да 70% од оријентационе вредности спорних локала плате у року од 8 дана од дана потписивања уговора, а преостале износе до 15. марта 1993. године, с тим да у случају пораста цене изградње локала доплате и разлику, док је предаја локала уговорена до 31. децембра 1993. године.

Из ових одредаба произлази да тужени није ни могао да прода тужиоцима спорне локале, јер их није градио својим средствима, па нису ни могле бити његове будуће непокретне ствари, да би их као такве могао продати тужиоцима, што би указивало да се заиста ради о уговору о удруживању средстава, а не о уговору о продаји.

При томе, чињеница да је тужени сам, без учешћа тужилаца, бирао извођача радова, не мора представљати околност која иде у прилог закључку да је реч о уговору о продаји, јер је у том смислу могао постојати споразум странака.

Најзад, пошто уговор представља сагласност воља странака, због околности да је нејасно ради ли се о уговору о удруживању средстава или о уговору о продаји, нужно је било саслушати странке, што међутим првостепени суд није учинио иако је овај доказ извео.

Уколико би се несумњиво утврдило да су странке закључиле уговор о удруживању средстава, онда спорни правни однос треба расправити не само применом одредаба овог уговора, него и применом правних правила о ортаклуку, која дају потпуно другачија решења, имајући при томе у виду не само начело савесности и поштења из члана 12 Закона о облигационим односима, већ и начела једнаке вредности узајамних давања.

(Решење Врховног суда Србије, Рев. бр. 4650/95, од 3. априла 1996)

СПОРАЗУМ О ПОСЕБНОЈ ФОРМИ УГОВОРА

37

Одлуком о расписивању лицитације закупа, између осталог, прописано је да уговор о закупу потписује председник Извршног одбора тужене, што претпоставља закључење уговора у писменој форми. Дакле, судови оцењују

правилно да су се у конкретном случају уговорне стране споразумеле о посебној форми уговора, што је по одредби чл. 69, став 1 ЗОО услов пуноважности уговора.

Из образложења:

Према стању у списима, на основу Закључка Извршног одбора тужене од 27. IV 1995. године расписан је оглас и одржано јавно надметање 1. VI 1995, поред осталог и за пословни простор који се налази у старој Градској кући у Сомбору, и то локал број 15, површине 43,91 m^2. Како је на том јавном надметању тужилац понудио највишу цену закупа (38.600 динара), то је комисија која је спроводила јавно надметање једногласно донела закључак да се њему тај локал и даје у закуп. У закључку је наведено да је предметни пословни простор намењен за пружање специјалних туристичких услуга, услуга банкарства, угоститељства, за продајне галерије, специјализоване модне бутике, апотекарску делатност, за обављање уметничких и других заната који се уклапају у амбијент центра града и за малопродајну трговину.

У расписаном огласу за издавање наведеног пословног простора у закуп, поред осталог је наведено да је најповољнији понуђач дужан да у року од три дана закључи уговор о закупу, као и да одмах по јавном надметању плати закуподавцу износ излицитиране цене закупа. Тужилац је у целини уплатио излицитирани износ закупнине.

Међутим, на основу изјаве тужиоца, коју је овај дао на записник код Одељења за комуналне послове, да наведени пословни простор намерава да користи за продају хлеба, пецива, бурека и колача које ће производити на другом месту, Извршни одбор Скупштине општине Сомбор је, Закључком од 14. VI 1995. године, поништио јавно надметање одржано 1. VI 1995. за наведени пословни простор и одредио да Одељење за комуналне послове распише нови оглас за издавање тог простора у закуп у складу са Решењем о намени пословног простора, које је објављено у *Службеном листу Општине Сомбор* број 9/93, као и да тужиоцу врати уплаћени излицитирани износ закупнине. Одлучујући по жалби тужиоца, исти орган је Закључком од 11. VII 1995. године жалбу одбио.

Након тога тужилац је поднео тужбу суду и примарним тужбеним захтевом тражио предају у посед наведеног пословног простора, а евентуално да се утврди да је између странака закључен уговор о закупу, односно да се тужена обавеже да приступи закључењу уговора о закупу са тужиоцем.

На основу утврђеног, првостепени суд стао је на становиште да није било услова за поништај јавног надметања, налазећи да је оно у свему обављено према одредбама Одлуке о давању у закуп пословног простора чији је носилац права коришћења Општина Сомбор.

Другостепени и ревизијски суд стали су на супротно становиште, налазећи да основаност постављеног примарног тужбеног захтева зависи од основаности евентуалног тужбеног захтева којим је тужилац тражио успостављање закупног односа са туженом општином, јер је у супротном предаја поседа без правног основа. Сем тога, сматрају да је на основу одредбе члана 5, став 3 Одлуке о давању у закуп пословног простора чији је носилац права коришћења Општина Сомбор, комисија овлашћена само да проводи јавно надметање, а не и да својим закључком издаје тужиоцу у закуп локал, већ је за то, према одредбама члана 9, став 1 наведене одлуке, надлежан Извршни

одбор Скупштине општине Сомбор, који је надлежан и да закључи уговор о закупу.

У захтеву за заштиту законитости, међутим, савезни државни тужилац налази да постављени редослед истакнутих тужбених захтева није могао бити основан разлог за одбијање примарног тужбеног захтева. Он сматра, на основу одредбе члана 26 у вези са чланом 39, став 1 Закона о облигационим односима, да је, прихватањем тужиочеве понуде као најповољније, између странака закључен пуноважан уговор о закупу простом сагласношћу воља о битним ставкама уговора на јавном надметању, и истиче да за пуноважност оваквог уговора није потребна писмена форма која се као услов пуноважности може прописати само законом или установити вољом странака (члан 69, став 1 и 3 ЗОО).

Наведено становиште савезног државног тужиоца није прихватљиво.

У захтеву за заштиту законитости неосновано се указује на то да постављени редослед истакнутих тужбених захтева није могао бити основан разлог за одбијање примарног тужбеног захтева. Могућност објективне кумулације захтева прописана је одредбом члана 188 Закона о парничном поступку, по којој тужилац овлашћује суд да одлучи о више захтева који су у међусобној вези, одређујући их редоследом који њему одговара, тако да се усвајањем првог по реду искључује обавеза суда да расправља о сваком даљем захтеву. Код овако истакнутих тужбених захтева пресуда се не може побијати због тога што није одлучено о свим захтевима после оног који је усвојен.

Судови у побијаним пресудама правилно оцењују да не постоје законски услови да тужена тужиоцу преда у посед спорни пословни простор, с обзиром на то да уговор о закупу између парничних странака није закључен у писменој форми, како је прописано одредбом члана 9 Одлуке о давању у закуп пословног простора (*Сл. лист Општине Сомбор* бр. 9/93), о чему су дати јасни и потпуни разлози, које у целини прихвата и Савезни суд.

С тим у вези, не може се прихватити становиште захтева за заштиту законитости да је, прихватањем тужиочеве понуде као најповољније, између парничних странака закључен пуноважан уговор о закупу за чију пуноважност није потребна писмена форма, будући да странке ту форму нису уговориле, иако је она изричито наведена у условима конкурса. Ово из разлога што је оглас на који се тужилац пријавио као лицитант, расписан на основу наведене одлуке, која поред осталог прописује да уговор о закупу потписује председник Извршног одбора тужене, што претпоставља закључење уговора у писменој форми. Дакле, судови правилно оцењују да су се у конкретном случају уговорне стране споразумеле о посебној форми уговора, што је по одредби члана 69, став 1 Закона о облигационим односима услов пуноважности њиховог уговора. Тужилац се сагласио са предузимањем тих радњи, почев од јављања на оглас, којим је, поред осталог, било одређено да је понуђач дужан да у року од 3 дана од дана одржаног надметања са закуподавцем закључи уговор о закупу, па до свог одласка код тужене са намером да такав уговор закључи, а сагласност тужене управо проистиче из наведене одлуке којом је прописано да се уговори о закупу пословног простора закључују у писменој форми. На основу тога, условљавање да се уговор закључи у одређеној форми – даје том уговору формалан карактер, а тиме и његову пуноважност.

(Пресуда Савезног суда, Гзс бр. 36/97, од 25. септембра 1997)

ПОВЕРИЛАЧКА ДОЦЊА

38

Тужени се у односу на тужиоца могао ослободити своје уговорне обавезе и позвати се на поверилачку доцњу само у случају да је све предузео у циљу испуњења своје уговорне обавезе, чиме би оптеретио тужиоца за одбијање пријема новца који му је понудио.

Из образложења:

Када између уговорника дође до неспоразума око начина извршења обавезе, као што се догодило међу дотичним странкама, онда је уговорник који покушава да испуни своју обавезу у свом интересу, а сходно одредби члана 18 Закона о облигационим односима, дужан то да учини на начин којим ће са себе потпуно скинути одговорност, у случају да друга страна не прихвати начин његовог извршавања уговора. То значи да се тужени у односу на тужиоца могао ослободити своје уговорне обавезе и позивати се на поверилачку доцњу само ако је са своје стране све предузео, чиме би оптеретио тужиоца за одбијање новца који му нуди. Према томе, тужени је новац тужиоцу могао уплатити путем поште, или га депоновати код суда, или на други начин којим би своју понуду учинио озбиљном.

Према подацима у спису, тужени је у предмету Р. 531/93 прво депоновао новац на име исплате тужиоцу, а онда га је повукао, тако да се сматра да га није ни уплатио.

Стога се сада тужени не може позивати на одредбе члана 325 и 326 Закона о облигационим односима, јер њему те одредбе не користе да би се ослободио обавезе коју је добровољно по уговору са тужиоцем прихватио.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3856/94, од 14. септембра 1994)

ИЗВРШЕЊЕ СПОРАЗУМА О РАСКИДУ УГОВОРА

39

Споразум о раскиду уговора о заједничком улагању средстава у потпуности је извршен само ако је тужиоцу исплаћено све оно што је споразумом уговорено.

Из образложења:

У проведеном поступку утврђено је да је у септембру 1990. године између парничних странака закључен уговор о заједничком улагању средстава ради куповине путничког аутомобила, да је јула 1991, на предлог уговорника који нису добили аутомобиле, а међу њима је и тужилац, раскинут уговор и постигнут споразум да тужиоцу у 12 месечних рата туженици исплате оно што је до тада уплатио на име своје уговорне обавезе, да је то и учињено и да је тужилац евентуално могао да тражи само затезну камату на износ који му је враћен, а не накнаду противвредности од 24,81% од цене возила на дан исплате, због чега је тужбени захтев и одбијен.

Међутим, у ревизији тужиоца основано се указује на битну повреду одредаба парничног поступка, јер се нижестепени судови нису изјаснили о одлучујућим чињеницама за пресуђење ове правне ствари. Наиме, ниједан суд

се није изјаснио о чињеници да ли је споразум о раскиду уговора о заједничком улагању средстава у потпуности извршен, односно да ли је тужиоцу исплаћено све оно што је и споразумом уговорено, и од каквог је утицаја та чињеница на основаност захтева тужиоца. Тиме је очигледно учињена апсолутно битна повреда поступка из одредбе члана 354, став 2, тачка 13 ЗПП, на коју је тужилац основано указао.

Такође се у ревизији основано указује да је утврђено чињенично стање у супротности са изведеним доказима. Према изведеним доказима у списима, јула месеца 1991. године, на предлог уговорника који су добили аутомобиле а не уговорника који их нису добили, како је посведочио сведок Мирољуб Цветковић, постигнут је споразум по ком уговорници који нису добили аутомобиле треба да буду обештећени на тај начин што ће им у 12 месечних рата бити враћен износ који су на име своје обавезе уплатили, а затим и разлика добијена валоризацијом тих уплата. На овакав споразум посебно указује испитани сведок Цветковић Мирољуб, који је био овлашћени представник свих уговора, а који је посведочио и то да овај валоризовани део уплата није обрачунат нити исплаћен тужиоцу. Према томе, закључак нижестепених судова о неоснованости захтева тужиоца супротан је чињеницама које произлазе из изведених доказа, због чега је погрешан закључак судова да су туженици своју уговорну обавезу према тужиоцу извршили.

У поновном поступку првостепени суд ће оценити да ли је између парничних странака у потпуности извршен споразум о раскиду уговора о заједничком улагању средстава ради куповине аутомобила, а посебно да ли је тужиоцу исплаћен валоризовани износ уплате коју је он извршио на име своје обавезе; а ако туженик то није учинио, суд ће, на погодан начин, ако је потребно и вештачењем, утврдити колики је тај валоризовани износ накнаде који туженици треба да исплате тужиоцу.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 380/94)

ИЗРАЧУНАВАЊЕ ПОТПУНЕ НАКНАДЕ

40

Штета за време доцње код новчаног потраживања надокнађује се преко затезне камате. Ако затезна камата није довољна да покрије штету коју поверилац новчаног потраживања трпи због доцње дужника, тада поверилац, у смислу чл. 278, ст. 2 Закона о облигационим односима, има право да захтева разлику до потпуне накнаде штете. Ова штета за период доцње дужника израчунава се на основу разлике између висине стопе затезне камате и стопе раста цена на мало од момента доспећа па до момента плаћања новчане обавезе.

Из образложења:

Првостепеном пресудом тужиоцу је, поред новчане накнаде непмовинске штете са затезном каматом, досуђена од пресуђења до исплате и накнада штете у висини разлике између затезне камате и штете, која се састоји у порасту цена на мало у односу на досуђени износ од 424.000.000 динара, због губитка вредности ове новчане масе након падања дужника у доцњу, тј. од пресуђења.

Преиначујући првостепену пресуду, другостепени суд сматра да би тужилац имао право на накнаду у висини поменуте разлике између затезне камате и пораста цена на мало само у случају да тужени не плати досуђену накнаду штете у парицином року од 15 дана, тј. од падања дужника у доцњу, што је одређено првостепеном пресудом.

Тужилац ревизијом основано указује да је другостепени суд погрешно применио материјално право када је у овом делу одбио тужбени захтев, занемарујући при том да би у условима хиперинфлације досуђени износ био потпуно обезвређен.

Штета за време доцње код новчаног потраживања накнађује се преко затезне камате, према чл. 278, ст. 1 Закона о облигационим односима. Ако затезна камата није довољна да покрије штету коју поверилац новчаног потраживања трпи због доцње дужника, тада поверилац има право на разлику до потпуне накнаде штете, према чл. 278, ст. 2 Закона о облигационим односима. Ова штета за период доцње дужника израчунава се на основу разлике између висине стопе затезне камате и стопе раста цена на мало од момента доспећа до момента плаћања новчане обавезе. Зато поверилац новчаног потраживања које услед изложености инфлацији губи вредност, има право да од дужника у доцњи поред главнице и затезне камате захтева и разлику до потпуне накнаде штете. С тим у вези, дужник накнаде штете пада у доцњу моментом одређивања њене висине, а то је дан доношења првостепене судске пресуде. Према томе, другостепени суд погрешно налази да тужени као дужник накнаде штете пада у доцњу не од пресуђења, већ од истека парицином рока.

Имајући речено у виду, првостепени суд је правилно поступио када је тужиоцу досудио, поред новчане накнаде неимовинске штете са затезном каматом, и накнаду штете у висини предметне разлике до потпуне накнаде штете, за период доцње туженог који се рачуна од пресуђења, као дана доспећа обавезе накнаде штете, до плаћања досуђене накнаде неимовинске штете од 424.000.000 динара.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3954/93, од 2. фебруара 1994)

ПРАВО НА ПОТПУНУ НАКНАДУ

41

Поверилац новчаног потраживања изложеног инфлацијама има право да од дужника у доцњи, поред главнице и затезне камате, захтева и разлику до пуне накнаде штете, која се може састојати у губитку вредности одређене ствари, у губитку камате на штедњу под најповољнијим условима или у каквом другом губитку.

Из образложења:

У односу на обавезу тужених за исплату пет процената од уговором означене камате на главни дуг, за период од доцње до исплате, побијана пресуда је заснована на погрешној примени материјалног права, што је имало за последицу и непотпуно утврђено чињенично стање.

Наиме, правилно је становиште из побијане пресуде да уговором предвиђена камата од 5% дневно за случај доцње у исплати појединих рата, не

представља уговорену камату већ затезну камату везану за доцњу дужника, јер је између странака закључен уговор о бескаматном зајму. Међутим, при оцени основаности тужбеног захтева у овом делу, требало је имати у виду да у случају новчаних обавеза у условима инфлације, поверилац новчаног потраживања изложеног инфлацији има право да од дужника у доцњи, поред главнице и затезне камате, захтева и разлику до пуне накнаде штете, која се може састојати у губитку вредности одређене ствари, у губитку камате на штедњу под најповољнијим условима или у каквом другом губитку, а према наводима ревизије тужиоца, он је висину накнаде штете коју трпи одредио уговором у проценту од 5 посто дневне камате, сматрајући то потпуном и реалном накнадом, са чиме се и првотужени сагласно.

Због тога је, у поновном поступку, потребно утврдити да ли је тужилац, и у ком износу, трпео штету због доцње дужника у извршењу уговорне обавезе, и у зависности од тога треба донети нову одлуку.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 736/94, од 28. априла 1994)

ВАЛОРИЗАЦИЈА НОВЧАНОГ ПОТРАЖИВАЊА

42

Валоризација важи под условом да поверилац није у целини обезбеђен уговореном индексном клаузулом или на други начин, а ако је делимично обезбеђен, валоризација важи за необезбеђени део. Када је новчана обавеза валоризована 3. јула 1993, повериоцу припада затезна камата од тога дана па до исплате.

Из образложења:

Тужиочево потраживање у овој парници односи се на исплату валоризованог износа новчане накнаде, по полисама осигурања, за инвалидност као последицу несрећног случаја.

Делимично усвајајући тужбени захтев тужиоца, нижестепени судови су закључили да тужиоцу, по полисама осигурања, припада део осигуране суме према проценту инвалидитета, по одбитку примљеног износа, а да нема право на накнаду у већем износу без обзира што је осигурана сума у међувремену због високе стопе инфлације обезвређена.

Тужилац у ревизији основано указује да су нижестепени судови погрешно применили материјално право када су закључили да му не припада накнада у износу већем од досуђеног.

Наиме, Закон о облигационим односима прописује да у случају кад обавеза има за предмет своту новца, дужник мора исплатити онај број новчаних јединица на који гласи обавеза, изузев ако закон одређује што друго. Кад је због високе инфлације број новчаних јединица на који обавеза гласи обезвређен, повериоцу припада, сагласно начелу једнаких вредности узајамних давања, валоризовани износ по стопи раста цена на мало, ако законом или уговором није другачије предвиђено. Валоризација важи под условом да поверилац није у целини обезбеђен уговорном индексном клаузулом или на други начин, а ако је делимично обезбеђен, валоризација важи за необез-

беђени део. Када је новчана обавеза валоризована 3. јула 1993. године, повериоцу припада затезна камата само од тога дана па до исплате.

Када се штетно дејство инфлације изражава како у време од дана настанка новчане обавезе до дана падања дужника у доцњу, тако и од дана падања дужника у доцњу до дана главне расправе, па и после тога дана, све до исплате – постоје разлози да се за читаво то време повериоцу призна право на валоризацију новчаног потраживања, па и онда када би поверилац имао право на накнаду штете од настанка доцње до исплате, по чл. 278, ст. 2 ЗОО. Ово се односи на новчане обавезе настале и доспеле пре 3. јула 1993, када је ступио на снагу Закон о висини стопе затезне камате, којим се, за разлику од до тада важећег закона, предвиђа висина затезне камате која треба да покрива инфлацију са +1,2%.

У случају да је новчана обавеза валоризована 3. јула 1993, повериоцу припада затезна камата само од тога дана па до исплате. Иначе, поверилац нема право на затезну камату за време до дана кад је извршена валоризација, без обзира када је она извршена. Полазећи од становишта да валоризација треба да има правно дејство и циљ да успостави равнотежу једнаких вредности узајамних давања повериоца и дужника, дужници на већ успостављени валоризам не би могли бити оптерећени и каматом до дана када је валоризација извршена.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 4972/93, од 2. фебруара 1994)

ЗНАЧАЈ ИНФЛАЦИЈЕ КОД УТВРЂИВАЊА ВИСИНЕ ПОТРАЖИВАЊА

43

Како је код утврђивања потраживања суд пропустио да утврди колико је то потраживање на дан пресуђења износило у немачкој валути у односу на наслеђени валутни износ тужене општине, то због инфлацијом обезвређеног динара у том моменту није ни могао поуздано да утврди стварни однос између новчане вредности тражене накнаде и наслеђених валутних износа, односно колико је износила одговарајућа динарска противвредност тих износа.

Из образложења:

Из стања у списима и образложења побијаних пресуда произлази да су нижестепени судови тужбени захтев тужиоца преко досуђеног износа од 679.888 динара одбили као неоснован, јер су пошли од чињенице да тужена општина као наследник сада пок. Илзе одговара за њене обавезе имовинске природе само до висине вредности наслеђене имовине. Пошто је (решењем Општинског суда у Тополи О. бр. 270/90, од 21. XII 1991) туженој општини после смрти сада пок. Тимотијевић Илзе бив. из Винче (која је умрла 12. јануара 1989. као лице без наследника) предата као заоставштина само девизна штедна књижица (бр. 12-62-21740-9 „Југобанке" Крагујевац – филијала у Тополи) са салдом на дан 31. марта 1991. од 1.370,96 DM и 29,89 америчких долара и пошто је динарска противвредност тог наслеђеног валутног износа на дан 22. децембра 1992, када је вештачење извршено и донета првостепена пресуда, износила 679.888 динара – то су нижестепени судови тужбени захтев

тужиоца усвојили за тај износ, а преко тога као неоснован одбили пако укупни трошкови сахране, према допуни налаза вештака од 22. XII 1992. године износе 1.904.088 динара.

Такав правни закључак окружног и општинског суда се и по налажењу Врховног суда основано ревизијом побија као непоуздан и заснован на погрешној примени материјалног права.

Пре свега, не може се као правилан прихватити закључак нижестепених судова да наслеђена имовина тужене општине представља износ од 679.888 динара, већ је то према стању у списима девизни износ од 1.370,96 немачких марака и 29,89 америчких долара, односно одговарајућа динарска противвредност тих износа.

Сама пак околност што је вештак динарску противвредност тог валутног износа на дан 22. XII 1992. (када је допуна вештачења извршена) утврдио према курсној листи банке која је важила тог дана, на укупан износ од 679.888 динара – не значи да је то реална вредност имовине коју је тужена општина наследила, јер конверзија стране валуте у домаћу валуту у условима високе инфлације по банкарском курсу на дан пресуђења, када је у питању новчано потраживање, какав је случај овде, има за последицу драстичан губитак супстанце самог тог потраживања.

Пошто је првостепени суд у конкретном случају код утврђивања висине спорног потраживања пропустио да утврди колико је то потраживање исказано у немачкој валути износило на дан пресуђења у односу на наслеђени валутни износ тужене општине – то суд, због инфлацијом обезвређеног динара, у том моменту није ни могао поуздано да утврди стварни однос између новчане вредности тражене накнаде и наслеђених валутних износа, односно колико је износила одговарајућа динарска противвредност тих износа, па самим тим ни висина тужбеног захтева.

Осим тога, према стању у списима произлази да вештак Јовановић у допуни свог налаза од 22. децембра 1992. није исказао колико износи камата на наслеђени валутни износ за период од 12. јануара 1989. као дана смрти пок. Илзе па до пресуђења, а што је по становишту овог суда било нужно, јер и тај износ представља њену заоставштину и улази у вредност наслеђене имовине.

Пошто је реч о новчаном потраживању које је у условима високе инфлације, каква је била у нашој земљи, могло бити знатно обезвређено ако његова висина није одређена и уз помоћ начела једнаке вредности узајамних давања, што свакако доводи у питање и начело савесности и поштења странака у облигационом односу (члан 12 ЗОО) – то се, и по налазу Врховног суда, ревизијом основано истиче да је о висини тужбеног захтева, због погрешне примене материјалног права код утврђивања вредности наслеђене имовине, погрешно одлучено.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 34/94, од 19. јануара 1994)

ФИКТИВНИ УГОВОР

44

Имајући у виду да је између странака закључен наведени уговор о заједничкој производњи лозно-садног материјала и да је тужилац произвео уговорену количину од 30.000 лозних калема и туженој задрузи то испоручио,

а задруга му по наплати својих улагања исплатила цену за 20.000 лозних калема, тако да је спорна само количина од 10.000 лозних калема – не може се за сада прихватити као поуздан закључак да је реч о фиктивном и недозвољеном уговору који су странке у већем делу извршиле.

Из образложења:

Према стању у списима, тужилац тражи да му тужени на основу закљученог уговора о производњи лозних калема, број 193 од 27. априла 1988. године, исплати износ од 575 динара, на име разлике цене неисплаћених лозних калема производње 1988. године, са законском каматом, као и да му тужени исплати износ од 2.797,50 динара на име обрачунате камате у исплати за преузету количину од 20.000 лозних калема.

У погледу захтева тужиоца за исплату износа од 575 динара на име разлике цене неисплаћених лозних калема производње 1988. године, према уговору број 193 од 27. априла 1988. године, нижестепени судови су стали на становиште да је наведени уговор фиктиван, да је супротан закону о семену и садном материјалу, те да стога тужилац на основу таквог уговора не може да стиче материјалне користи јер уговор између тужиоца и туженика о производњи и пласману лозних калема није стварно закључен, па је у том делу тужбени захтев тужиоца одбијен као неоснован.

По оцени Врховног суда, који има у виду да је између странака закључен наведени уговор о заједничкој производњи лозно-садног материјала, према којем је тужилац произвео уговорену количину од 30.000 лозних калема, а тужена задруга обезбедила репроматеријал, аванс, средства за заштиту и стручни надзор; да је тужилац предао задрузи 30.000 лозних калема а задруга му по наплати својих улагања исплатила цену за 20.000 лозних калема; да је спорна само количина од 10.000 лозних калема у вези са којом је ранијом правноснажном пресудом усвојен тужбени захтев тужиоца за износ од 575 динара, јер се тужена задруга на тај део није жалила – не може се за сада прихватити као поуздан закључак да се ради о фиктивном и недозвољеном уговору који су странке у већем делу извршиле.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 1313/91, од 14. новембра 1991)

ВАЛУТА ОБАВЕЗЕ

45

Конверзија стране у домаћу валуту у овом случају извршена је у условима високе инфлације и нереалног курса динара, а то, са аспекта начела једнаке вредности узајамних давања (чл. 15, ст. 1 ЗОО), побијане одлуке чини и неправичним, будући да за последицу имају драстичан губитак супстанце самог тог потраживања.

Из образложења:

Предмет спора у овој парници је тужбени захтев тужиоца за исплату износа од 115.526 динара на име накнаде за коришћење другог дела годишњег одмора у 1992. години. Тај износ представља разлику између динарске противвредности валутног износа од 690,43 USA долара обрачунатог по званичном курсу банке на дан 30. јуна 1992, и тог истог валутног износа обрачунатог по истом курсу 17. јула 1992. године као дана испуњења туженикове новчане обавезе која је гласила у страној валути.

Првостепени суд је овај тужбени захтев одбио као неоснован. Пошао је од чињенице да је обрачун динарске противвредности предметног валутног износа – који је тужиоцу на име коришћења другог дела годишњег одмора у 1992. години (искоришћеног у периоду од 18. маја до 30. маја те године) припадао – извршен у свему у складу са чл. 13, ст. 1 Правилника о накнадама и издацима за послове у иностранству.

Такав правни закључак првостепеног суда прихватио је и другостепени суд.

Сама пак околност што је у моменту исплате важио други обрачунски курс долара и што је у међувремену (од 30. јуна 1992, када је обрачун извршен, па до 17. јула 1992, када је туженик по том основу тужиоцу исплатио износ од 22.560 динара) реална вредност тако обрачунатог исплаћеног износа умањена, према становишту нижестепених судова нема значаја за другачију одлуку у овој парници зато што је обрачун извршен задњег дана у месецу (30. VI 1992), како је то прописано чл. 13, ст. 2 Правилника који је у том моменту као нормативни акт био на снази, дакле за туженика обавезујући без обзира да ли је био у сагласности са уставом и законом или није.

Изложено становиште нижестепених судова и по налажењу Врховног суда основано се ревизијом побија као неоуздано и засновано на погрешној примени материјалног права.

Наиме, новелираним одредбама чл. 395 Закона о облигационим односима прописано је да се испуњење новчане обавезе која гласи на плаћање у некој страној валути или злату може захтевати у домаћем новцу према курсу који је важио у тренутку испуњења обавезе.

У конкретном случају туженик је висину своје обавезе, супротно цитираној императивној законској одредби, утврдио сходно чл. 13, ст. 2 Правилника према курсу који је важио на дан 30. јуна 1992. године а не према курсу од 17. VII 1992, кад је исплатом износа од 22.560 динара своју обавезу испунио. Код таквог стања ствари, и по налажењу Врховног суда основано се ревизијом указује да је тужилац обрачуном извршеним у складу са чл. 13, ст. 2 Правилника без своје кривице оштећен, односно да Правилник није могао бити примењен јер је у супротности са Законом и да су због тога и побијана и првостепена пресуда засноване на погрешној примени материјалног права.

Ово утолико пре јер је спорни обрачун односно конверзија стране валуте у домаћу валуту у овом случају извршена у условима високе инфлације и нереалног курса динара, а то са аспекта начела једнаке вредности узајамних давања (чл. 15, ст. 1 ЗОО) побијане одлуке чини и неправичним, будући да за последицу имају драстичан губитак супстанце самог тог потраживања.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 2120/94, од 18. маја 1994)

РАСКИД УГОВОРА И ИСПУЊЕЊЕ ОБАВЕЗЕ

46

У конкретном случају дошло је до раскида уговора о заједничкој куповини возила у смислу чл. 132 Закона о облигационим односима, али је тужилац пре тога испунио своју уговорну обавезу према туженом. Сходно

томе, и тужени је дужан да испуни своју обавезу према тужиоцу, а питање раскида уговора и правних последица овог раскида релевантно је за односе са другим уговорницима према којима нису испуњене обавезе из уговора.

Из образложења:

Тужилац је у овој парници тражио од туженог као сауговорника из уговора о заједничкој куповини означених аутомобила, исплату тридесет првог дела цене аутомобила, и то на дан исплате.

Из списа предмета произлази да је тужилац са туженим и другим сауговорницима закључио уговор о заједничкој куповини означених путничких возила, и то тако да сви уговорници месечно исплаћују одговарајући део цене возила која важи на дан испоруке возила. Из чињеничног стања које је утврдио првостепени суд такође произлази да неколико уговорника, укључујући и тужиоца, нису могли да наставе са исплатом одговарајућег дела цене, па су се уговорници споразумели да се ова лица и даље рачунају као учесници групе и да се према њима измире обавезе из уговора.

Судови су основано закључили да тужилац, који је испунио своју уговорну обавезу према туженоме, има право да од туженог тражи исплату одговарајућег дела вредности возила.

Неосновано се у ревизији указује да је тужени према члану 132 Закона о облигационим односима дужан да тужиоцу врати само исплаћени новчани износ. Наиме, у конкретном случају јесте дошло до раскида уговора о заједничкој куповини возила у смислу наведене законске одредбе, али је тужилац пре тога испунио своју уговорну обавезу према туженоме. Сходно томе, и тужени је дужан да испуни своју обавезу према тужиоцу, а питање раскида уговора и правних последица овог раскида релевантно је за односе са другим уговорницима према којима нису испуњене обавезе из уговора. Поред тога, из чињеница које је утврдио првостепени суд произлази да су се уговорници споразумели да се обавезе из уговора (исплата одговарајућег дела вредности) измире и према онима који су одустали од уговора.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 829/94, од 15. марта 1994)

Б. Проузроковање штете

СОЛИДАРНА ОДГОВОРНОСТ

47

Ако и постоји одговорност првотуженог, у питању је одговорност више лица за исту штету, сагласно одредби чл. 206 Закона о облигационим односима, као врста солидарне одговорности, што не дозвољава могућност да један солидарни дужник искључује своју одговорност тако што доказује и истиче постојање одговорности другог одговорног лица, како то тужени Фонд у току поступка и у ревизији чини.

Из образложења:

По оцени Врховног суда, у проведеном поступку изведеним доказима несумњиво је утврђено постојање основа одговорности друготуженог Фонда за накнаду штете коју је тужилац трпео. Ова одговорност произлази из одредаба Закона о путевима (*Службени гласник СРС* бр. 45, од 30. IX 1989)

који је важио у време настанка штетног догађаја (1. XI 1989). Из одредбе чл. 53 овог закона произлази да Фонд за путеве поверава одговарајућим предузећима пројектовање, изградњу и реконструкцију путева и путних објеката, као и друге радове на путевима, а одредбом чл. 46, ст. 4 истог закона прописано је да се поверавање редовног одржавања и заштите локалних и некатегорисаних путева и улица у насељима које не чине делове магистралних и регионалних путева врши у складу са прописом скупштине општине, Скупштине града Београда, односно скупштине градске заједнице.

Из цитираних прописа је несумњиво да је за стање путева одговоран Фонд за путеве, који је законом обавезан да се стара о заштити и да врши поверавање на редовно одржавање локалних и некатегорисаних путева. Сама чињеница да је била оштећена улица у насељу, која не чини део магистралног или регионалног пута, те да је због тога тужилац претрпео штету, указује да Фонд за путеве није одговорио својој обавези, није обезбедио заштиту пута, квалитетним и несумњивим поверавањем на редовно одржавање предузећу за путеве, односно другом овлашћеном субјекту.

Указивање туженог фонда да је за штету крив првотужени, не искључује одговорност Фонда, јер чак и да постоји одговорност првотуженог, у питању је одговорност више лица за исту штету, сагласно одредби чл. 206 Закона о облигационим односима, као врста солидарне одговорности, што не дозвољава могућност да један солидарни дужник искључује своју одговорност тако што доказује и истиче постојање одговорности другог одговорног лица, како то тужени Фонд у току поступка и у ревизији чини. Тужени Фонд може да искључи своју одговорност само доказивањем да апсолутно нема никаквог основа за његову одговорност, што није тачно, јер постоји цитирана законска одговорност друштвеног фонда за заштиту и поверавање на редовно одржавање улица у насељима.

По оцени Врховног суда, неоснован је и приговор подељене одговорности, који је тужени Фонд у току поступка и у ревизији истицао. Из околности под којима је дошло до незгоде у којој је оштећено возило тужиоца и он тиме претрпео штету, несумњиво произлази да тужилац није крив за штету, те се нису стекли услови да се применом одредбе чл. 192 Закона о облигационим односима смањи накнада штете коју је трпео тужилац, јер његовог доприноса проузроковању штете нема.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3876/93, од 17. августа 1994)

ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА КРИВИЦЕ

48

У овој правној ствари терет доказивања кривице што је дошло до угинућа пчела био је на страни тужиоца, па се тужени нису могли обвезати да тужиоцу накнаде насталу штету само на основу претпоставке о њиховој кривици.

Из образложења:

Према стању у спису, тужилац је одбио да дâ узорак угинулих пчела како би се хемијском анализом утврдило да ли постоји узрочна веза између угинућа његових пчела и поступка тужених приликом прскања воћа хемијским средствима.

Према томе, суд није могао утврдити да ли постоји кривица туженихшто је дошло до угинућа тужиочевих пчела, па пошто је у овој ствари терет доказивања био на страни тужиоца, то и Врховни суд налази да се тужени на основу претпоставки о њиховој кривици нису могли обавезати да тужиоцу накнаде насталу штету.

Код таквог стања, неосновано се у ревизији тврди да су нижестепени судови погрешно применили материјално право кад су одбили захтев тужиоца. Напротив, и Врховни суд налази да тужилац није доказао кривицу тужених за претрпљену штету, и да су нижестепени судови правилно поступили кад су му одбили захтев дајући разлоге које као правилне прихвата и Врховни суд.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3036/91, од 10. децембра 1991)

УСЛОВИ ЗА СУБЈЕКТИВНУ ОДГОВОРНОСТ

49

Да би настало право тужиоца за накнаду штете, односно одговорност туженог по основу кривице за накнаду штете, потребно је да се испуне следећи, законом предвиђени услови: да штета постоји, да је проузрокована противправном радњом или пропуштањем, да се радња или пропуштање може приписати у кривицу штетнику, као и да постоји узрочна веза између радње или пропуштања и настанка штете.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу првостепеног суда на којем се заснива и побијана другостепена пресуда, тужилац је са катастарске парцеле бр. 5604 КО Заовине, за коју је несумњиво знао да је према споразуму странака о деоби припала у својину и државину туженом, посекао једно чамово стабло; то стабло је без знања и одобрења туженика о свом трошку исекао на три дела, од којих су два била дужине по 6 метара, а један 8 метара; туженик је одвукао са лица места два дела тог стабла дужине од по 6 метара, чија је укупна вредност износила 77.000.000 тадашњих динара; трећи део од 8 метара остао је тужиоцу; а трошкови тужиоца у вези са сечом чамовог стабла и његовом обрадом износили су укупно 14.280.000 тадашњих динара.

Полазећи од тако утврђеног чињеничног стања, окружни суд је, и по мишљењу Врховног суда, правилним тумачењем одредаба чл. 154, ст. 1 Закона о облигационим односима, закључио да се у конкретном случају нису стекли законски услови за примену правила о одговорности туженог за штету чију накнаду тужилац овом тужбом потражује, па је правилно поступио када је усвајајући део првостепене пресуде, ту пресуду преиначио и захтев одбио.

Наиме, да би настало право тужиоца за накнаду штете односно одговорност туженог за штету која је проузрокована, потребно је да се испуне следећи услови одређени законом: да штета постоји, да је проузрокована противправном радњом или пропуштањем, да се радња или пропуштање може приписати у кривицу штетнику, као и да постоји узрочна веза између радње односно пропуштања и настанка штете.

У конкретном случају тужилац тужбом није доказао да су испуњени наведени законски услови за постојање одговорности туженог, јер је сечу

чамовог стабла из парцеле туженог сам извршио, без знања и одобрења туженог, па тужени није крив ни одговоран за трошкове које је тужилац без икаквог повода и кривице туженог сам себи проузроковао.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 2040/94, од 22. јуна 1994)

РАД СУДА И ШТЕТА

50

Нема незаконитог и неправилног рада суда, као основа за накнаду штете, ако је поступак у парници окончан решењем којим је констатовано повлачење тужбе, у смислу чл. 216 Закона о парничном поступку, после поновног испуњења услова за мировање поступка.

Из образложења:

У првостепеном поступку је утврђено да је тужиља у предмету II општинског суда у Београду П. број 243/87-89, поднела тужбу 21. јануара 1987. године, ради накнаде штете против тужених: радне организације „21. мај" и Јовановић Бранка. Тај поступак је окончан решењем П. број 243/87-89 од 7. XI 1990, којим је након поновног испуњења услова за мировање поступка констатовано да је тужба повучена у смислу одредаба члана 216 ЗПП. Ово решење је остало на снази с обзиром да је правноснажно одбијен предлог тужиље у том поступку за повраћај у пређашње стање, и то решењем II општинског суда у Београду П. број 243/87-89 од 7. XII 1991. године, које је потврдио Окружни суд у Београду решењем Гж. бр. 1543/92 од 27. II 1992.

Имајући у виду овако утврђено чињенично стање, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су одбили тужбени захтев тужиље. У конкретном случају неоснован је тужбени захтев тужиље према првотуженој Републици Србији јер нема законитог и неправилног рада II општинског суда у Београду.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3199/94, од 17. августа 1994)

УЗРОК ШТЕТЕ

51

Пошто се налази и мишљење вештака М. Ш. и налази и мишљење вештака Електротехничког факултета Универзитета у Приштини битно разликују у погледу нађених података, као и у погледу закључака о узроцима настанка пожара у штали тужиоца, суд је био дужан да отклони ове разлике поновним саслушањем вештака, а у случају да у томе не успе, био је дужан да обнови вештачење са истим или другим вештацима.

Из образложења:

Предмет овог спора је тужбени захтев тужиоца за накнаду штете коју је трпео на дан 27. III 1988. године избијањем пожара у штали.

Првостепени суд је, ради утврђења одлучујуће чињенице шта је узрок пожара и штете коју је тужилац трпео, одредио извођење доказа вештачењем.

Тако је дипломирани инжењер технике Мухамед Шаља дао писмени налаз и мишљење у коме је истакао да је главни узрок избијања пожара у штали тужиоца – електрична сијалица. Због појаве већег напона, након укључивања прекидача за светло, дошло је до пуцања електричне сијалице и појаве искре, што је главни узрочник избијања пожара, у коме је изгорела тужиочева штала. У свом налазу вештак је навео да је узрок штете несрећено стање на трафо-станици, због чега није требало да се дозволи пуштање трафо-станице у рад: да одговарајућа заштита од напона на трафо-станици не постоји, да је преношење ниске напонске мреже спроведено помоћу дрвених стубова, да су лишће климаве а њихова висина је испод 5 метара, што такође није дозвољено по техничким правилима. При том је вештак нашао да је инсталација електричне мреже у кући и штали тужиоца извршена сагласно условима и стандардима и да испуњава услове за одређено оптерећење, као и да та инсталација, иако монофазна, одговара условима за нормалан рад.

Поред налаза и мишљења овог вештака, општински суд је у току доказног поступка одредио и вештачење од стране Електротехничког факултета Универзитета у Приштини. Комисија састављена од три члана дала је писмени налаз и мишљење у коме није прихваћена претпоставка вештака Шаље о могућем узроку пожара, већ је установљено да инсталација у штали тужиоца није била израђена према правилима, као и да снабдевање проводника није одговарало техничким правилима. Тако је активирањем електричне сијалице дошло до кратког споја, који је последица застарелости изолације и изражене слабости електричне мреже, што је убрзало загревање сијалице, проток велике енергије по контактима где је проузрокован велики пад напона.

Општински суд је прихватио налаз и мишљење Електротехничког факултета Универзитета у Приштини и закључио да је штета настала као последица дејства односно недејствовања самог тужиоца, који за конкретан објекат није обезбедио одговарајућу инсталацију по техничким нормама, што је изазвало неуредно снабдевање за ниски напон електричне струје, с тим што је повећању обима штете помогла и присутност прашине и другог лако запаљивог материјала као што је сточна храна, сено и др.

По оцени Врховног суда, тужилац у жалби основано указује да је суд учинио битну повреду одредаба парничног поступка из чл. 354, ст. 1, у вези са чл. 261 ЗПП. Пошто се налази и мишљење вештака Мухамеда Шаље и налази и мишљење вештака Електротехничког факултета Универзитета у Приштини битно разликују, у погледу нађених података као и у погледу закључка о узроцима настанка пожара у штали тужиоца, суд је био дужан да недостатке отклони поновним саслушањем вештака, а у случају да се у томе не успе, био је дужан да обнови вештачење са истим или другим вештацима.

Општински суд је пропустио да поступи на такав начин, што је проузроковало и погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање.

Општински суд није покушао да битно разилажење у налазима и мишљењима вештака отклони, њиховим поновним саслушањем или мишљењима других вештака, како би отклонио несугласице, већ се приволео налазу и мишљењу вештака Електротехничког факултета Универзитета у Приштини, не дајући довољне и убедљиве разлоге за свој став.

С обзиром на изложено, за сада се не може прихватити уверење првостепеног суда да је узрок штете коју је тужилац трпео у његовом посту-

пању односно непоступању, па како је ова одлучујућа чињеница остала неутврђена, то је нужно да првостепени суд у поновном поступку поступи сагласно члану 261 Закона о парничном поступку, да битне чињенице о којима суд нема довољно стручно знање несумњиво утврди вештачењем, тако што ће позвати вештаке да отклоне противуречности и несагласности у датим налазима и мишљењима.

Пошто несумњиво утврди шта је узрок пожара на штали тужиоца, правилном применом материјалног права општински суд ће поново одлучити о тужбеном захтеву.

(Решење Врховног суда Србије Гж. бр. 150/92, од 29. јуна 1994)

ОДГОВОРНОСТ ЗА СЛУЧАЈ

52

На страни туженог нема кривице за насталу штету, па самим тим ни грађанскоправне одговорности за њену накнаду, јер је реч о случају који погађа онога коме се десио.

Из образложења:

Предмет тужбеног захтева у овој парници је потраживање накнаде штете коју је тужиља претрпела због тешке телесне повреде у виду прелома доњег дела десне бутне кости са дисколицијом, задобијене на дан 5. децембра 1987. године.

У току поступка пред општинским судом утврђено је да је тужени тога дана помагао тужиљи и њеном супругу док су вукли конопац да би оборили дрво, те да се у једном тренутку, с обзиром на стрм терен и чињеницу да храмље, оклизнуо и том приликом одгурнуо тужиљу и оборио је на земљу, а потом, пошто је пао преко ње, нагазио је ногом и нанео јој наведену телесну повреду.

Имајући у виду утврђено чињенично стање, општински суд и окружни суд правилно су закључили да у овом случају на страни туженог нема кривице за насталу штету, јер је у питању случај који погађа онога коме се десио, па нема ни грађанскоправне одговорности туженог.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1204/94, од 20. априла 1994)

ОБИМ НАКНАДЕ ШТЕТЕ И СУМА ОСИГУРАЊА

53

1. Обавеза заједнице осигурања на основу уговора о осигурању корисника односно сопственика моторног возила од одговорности за штете причињене трећим лицима цени се према уговореној осигураној суми.

2. Лимит обавезе заједнице осигурања утврдиће се према укупној штети у једном штетном догађају, без обзира на број оштећених лица.

Износ штете према којем се утврђује обим одговорности заједнице осигурања обрачунава се тако што се новчана штета узима у износу у којем

је настала, а неновчана материјална штета и нематеријална штета утврђују се према ценама, односно критеријумима у време штетног догађаја. Штета која се надокнађује у страној валути обрачунава се по курсу на дан штетног догађаја. Ако тако утврђени износ штете не прелази износ осигуране суме, заједница осигурања дужна је да потпуно накнади штету, а такође и кад висина штете према ценама односно критеријумима у време судске одлуке прелази износ осигуране суме. Ако је износ штете утврђен на начин из претходног става већи од осигуране суме, заједница осигурања дужна је да накнади део штете према сразмери између осигуране суме и тако утврђеног износа штете.

3. Затезне камате и парнични трошкови досуђују се без обзира на лимит осигурања.

4. Кад се у парници по захтевима више оштећених из истог штетног догађаја утврди да укупна штета прелази осигурану суму, суд ће сваком од тужилаца досудити сразмеран део накнаде, тако да збир досуђених износа не пређе лимит обавезе заједнице осигурања.

(Начелни став са заједничке седнице Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда, од 26. и 27. октобра 1988)

НАКНАДА МАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

54

Да би се закључило ко је крив за насталу штету, потребно је утврдити да ли је до штете дошло услед погрешног постављања инсталација или због укључења у електричну мрежу, којом приликом је дошло до замене фаза пропустом радника тужене.

Из образложења:

Према чињеничном стању утврђеном у поступку, тужиоцу је причињена штета у износу 18.318,00 динара: оштећен ТВ пријемник у колору „спејс", видео рикордер „тенсај", касетофон РКС 40/2 Д, веш-машина „обод" и фрижидер „обод". До штете је дошло на тај начин што је приликом повезивања проводника, уместо проводника „0" повезан проводник фазе, због чега је у објекту тужиоца дошло до високог напона од 380 вати.

Полазећи од утврђеног чињеничног стања, првостепени суд је нашао да је до штете дошло кривицом тужене, али да је тужилац поставио превисок одштетни захтев, због чега је тужбени захтев делимично усвојен за износ од 18.318,00 динара. Међутим, другостепени суд је установио да не постоји кривица на страни тужене, јер су повезивање извршили радници „Косовомонтаже" из Приштине, а не радници тужене. Поред тога, тужилац се укључио на електричну мрежу без овлашћења, пре него што је извршен технички пријем инсталација. Због тога је пресуда првостепеног суда преиначена и тужбени захтев одбијен.

Међутим, ревизијом се основано истиче да је због погрешне примене материјалног права чињенично стање у овом случају остало непотпуно утврђено.

Наиме, првостепени и другостепени суд су утврдили да је тужилац претрпео штету. Међутим, с тим у вези је потребно у наставку поступка

утврдити чијом је кривицом до штете дошло. „Косовомонтажа" је постављала инсталацију на објекту тужиоца, али тужена је извршила укључење. Због тога је потребно утврдити да ли је до штете дошло услед погрешног постављања инсталације, или услед укључења у електричну мрежу, којом приликом је дошло до замене фаза пропустом радника тужене. Поред тога, ревизијом се истиче да је тужена критичног дана послала своју екипу на лице места, па ће се у наставку поступка утврдити да ли је задатак те екипе био и да изврши технички пријем инсталација на објекту тужиоца, или само укључивање у електричну мрежу. Разуме се, у склопу свега изложеног расправиће се и питање удела тужиоца у насталој штети, уколико постоји и његова одговорност, или делимична одговорност, због тога што се укључио у електричну мрежу пре него што је обављен технички пријем инсталација.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 899/92, од 22. јуна 1994)

ШТЕТА НА СТРАНОМ ВОЗИЛУ

55

Ради правилне одлуке о обавезивању туженог на накнаду материјалне штете, било је нужно да се утврди да ли је у Југославији, где је штетни догађај настао, оштећено возило тужиоца могло да се поправи, у ком случају би тужиоцу припала накнада у висини трошкова потребних да се возило поправи у Југославији.

Из образложења:

Ради правилне одлуке о обавезивању туженог на накнаду материјалне штете, било је нужно да се утврди да ли је у Југославији, где је штетни догађај настао, оштећено возило тужиоца могло да се поправи, у ком случају би, по оцени Врховног суда, тужиоцу припала накнада у висини трошкова потребних да се возило у Југославији поправи. При том је остало неутврђено и то да ли су сви плаћени радови на поправци возила били нужни и да ли одговарају оштећењу возила.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3876/93, од 17. августа 1994)

МАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА

56

Висина материјалне штете у досуђеном износу утврђена је путем вештачења, па је тужена несумњиво у обавези да тужиоцу надокнади штету у том износу, у смислу чл. 154 и 155 Закона о облигационим односима.

Из образложења:

Из утврђеног чињеничног стања произлази да је тужилац власник и држалац спорне парцеле на којој је 1991. године сам засејао детелину, да је тужена на основу правноснажне пресуде првостепеног суда П. 1273/93 већ обавезана да тужиоцу на име накнаде штете за покошену детелину са наведене парцеле плати износ од 18.920.000.000 тадашњих динара, као и то да је тужена неовлашћено у јесен 1993. ову тужиочеву парцелу преорала.

Имајући у виду изложено, као и то да је висина материјалне штете у досуђеном износу од 241.136.000 динара утврђена путем вештачења, и Врховни суд налази да је тужена несумњиво у обавези да тужиоцу надокнади штету у досуђеном износу, према чл. 154 и 155 Закона о облигационим односима, што су правилно закључили и нижестепени судови.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3073/94, од 29. јуна 1994)

УКЛАЊАЊЕ ИЗВОРА ОПАСНОСТИ

57

Одредбом чл. 156 Закона о облигационим односима прописано је да свако може захтевати од другог да уклони извор опасности од кога прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица, као и то да ће суд на захтев заинтересованог лица наредити, поред осталог, и да се извор опасности отклони на трошак држаоца извора опасности ако он то сам не учини.

Из образложења:

У поступку пред општинским судом утврђено је да су странке граничари, и то тужилац као власник стамбеног објекта у ул. С. Погачаревића бр. 29 у Каравукову, и тужени као власник стамбеног објекта у бр. 31 у истој улици и месту. На основу налаза и мишљења вештака грађевинске струке, који је у том својству и саслушан, утврђено је да се у дворишном делу куће туженог налази септичка јама, ширине 1,50 m, и то на удаљености од 1,50 m од тужиочевог стамбеног објекта, у правцу подрума. На исти начин је утврђено да се фекалне воде из септичке јаме туженог изливају у подрумске просторије тужиочевог стамбеног објекта, чиме је тужиоцу онемогућено да користи подрум, као и да се тиме угрожава стабилност његовог стамбеног објекта.

Имајући у виду овако утврђено чињенично стање, општински и окружни суд применили су материјално право правилно када су усвојили тужбени захтев тужиоца као у изреци пресуде, па су стога неосновани ревизијски наводи туженог да је побијана пресуда донета уз погрешну примену материјалног права. Одредбом чл. 156 Закона о облигационим односима прописано је да свако може захтевати од другога да уклони извор опасности од кога прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица, као и то да ће суд на захтев заинтересованог лица наредити, поред осталог, и да се извор опасности отклони на трошак држаоца извора опасности ако он то сам не учини.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 261/94, од 6. априла 1994)

ВИСИНА НОВЧАНЕ НАКНАДЕ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

58

Висина новчаног износа накнаде нематеријалне штете треба да буде тако утврђена да оштећеном пружи она задовољства која ће бити у стању да му компензују нематеријално добро којег је лишен, односно онај степен задовољства и уживања који би имао да такво добро није изгубио. При том, накнада не сме погодовати тежњама које нису сходиве са њеном природом и сврхом.

Из образложења:

Закон о облигационим односима оштећеном даје право на правичну накнаду за претрпљене душевне болове због умањене животне активности, за претрпљене физичке болове и претрпљени страх, у смислу одредбе чл. 200, ст. 1 ЗОО. То значи да основни принцип о коме суд мора водити рачуна приликом одмеравања накнаде налаже да сатисфакција која се даје оштећеном у облику новчаног износа треба по свом обиму да буде адекватна обиму штете коју је оштећени претрпео повредом. Дакле, висина новчаног износа на име накнаде треба да буде тако утврђена да оштећеном пружи она задовољства која ће бити у стању да му компензују нематеријално добро којег је лишен, онај степен задовољства и уживања који би имао да такво добро није изгубио. При томе, накнада не сме погодовати тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

Једно од значајних питања за примену правила о правичној новчаној накнади односи се на утицај инфлације на износ досуђене накнаде, па је стога суд дужан да приликом одлучивања о висини правичне накнаде узме у обзир и време протекло од настанка штете до доношења пресуде.

Наиме, кад се штетно дејство инфлације изражава како у време од дана настанка новчане обавезе до дана падања дужника у доцњу, тако и од дана падања дужника у доцњу до дана главне расправе, па и после тога све до исплате – постоје разлози да се за читаво то време повериоцу призна право на валоризацију новчаног потраживања, па и онда кад би поверилац, по чл. 278, ст. 2 ЗОО, имао право на накнаду штете од настанка доцње до исплате. Ово се односи на новчане обавезе настале и доспеле до 3. јула 1993. године, када је ступио на снагу Закон о висини стопе затезне камате, којим се, за разлику од до тада важећег закона, предвиђа висина затезне камате која треба да покрива инфлацију са плус 1,2%. У случају да је новчана обавеза валоризована 3. јула 1993, повериоцу припада затезна камата само од тога дана до исплате. Међутим, ако је штета коју је поверилац претрпео због дужниковог задоцњења већа од износа који би добио на име затезне камате, он има право да захтева разлику до потпуне накнаде штете (чл. 278, ст. 2 ЗОО). Према томе, ако штету због доцње не покрива затезна камата, уместо валоризације новчане обавезе на наведени начин поверилац има право да од дана падања дужника у доцњу тражи разлику до потпуне накнаде штете – по основу поменутог члана Закона о облигационим односима. Ово право повериоцу припада на основу општих начела о накнади штете јер је оно засновано на закону. Ово право припада повериоцу од дана падања дужника у доцњу па до исплате, ако висина затезне камате не покрива пуну штету.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 1414/94, од 11. маја 1994)

СВРХА НОВЧАНЕ НАКНАДЕ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

59

Сврха новчане накнаде нематеријалне штете јесте у томе да отклони или ублажи поремећај емоционалне односно психичке равнотеже изазване субјективним трпљењем због задобијене повреде. Немогуће је у потпуности отклонити неимовинску штету коју тужиља у овом случају трпи. Међутим, приликом одмеравања новчаног износа, суд треба да настоји да се

досуђеним износом тужиљи омогући прибављање извесног задовољства у животу којим ће се што више ублажити патња због претрпљених телесних повреда.

Из образложења:

Сврха новчане накнаде нематеријалне штете услед повреде у саобраћајној несрећи јесте у томе да се отклони или ублажи поремећај емоционалне односно психичке равнотеже због субјективног трпљења изазваног повредом у саобраћајној незгоди. Немогуће је у потпуности отклонити неимовинску штету коју тужиља у овом случају трпи. Међутим, приликом одмеравања новчаног износа, суд треба да настоји да се овим новчаним износом тужиљи омогући прибављање извесног задовољства у животу којим ће се што више ублажити патња због претрпљених телесних повреда.

У конкретном случају, посебно имајући у виду раније постојећа инфлаторна кретања и пад вредности динара, сврха накнаде нематеријалне штете није постигнута. Она није постигнута ни захтевом за камату која је досуђена на износ главнице. Због тога ће у наставку поступка, одлучујући у границама захтева тужиље, нижестепени судови утврдити висину нематеријалне штете у моменту пресуђења по свим траженим видовима, па ће од овако утврђених износа одбити раније досуђене износе процентуално у односу на време пресуђења. Тужиља на овако утврђени износ главнице има право и на затезну камату, према Закону о висини стопе затезне камате (*Службени лист СРЈ*, бр. 32/93). Доношењем овог закона и ступањем на снагу 3. јула 1993. године, висина стопе затезне камате одређена је према стопи раста цена на мало са увећањем од 1,2% месечно, па тако израчуната висина стопе затезне камате садржи у себи и инфлаторни део који је раван висини раста цена на мало и реално позитивни део од 1,2% месечно на стопу раста на мало. Због тога, овако утврђена камата по правилу покрива висину претрпљене штете од доношења првостепене пресуде.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 851/92, од 17. августа 1994)

ИЗГУБЉЕНА ЗАРАДА

60

Утврђујући да је тужени задоцнио са испуњењем обавезе и да је због тога тужилац претрпео штету у досуђеном износу, јер у периоду доцње туженог није остварио зараду коју би извесно остварио да је тужени своју обавезу испунио у року – нижестепени судови су утврдили како висину штете, тако и кривицу туженог за настанак штете.

Из образложења:

Тужбени захтев за исплату спорног износа заснован је на чињеници да је тужилац због неблаговременог испуњења обавезе туженог из уговора од 27. марта 1992. године и 25. маја 1992. године изгубио зараду у траженом износу.

У поступку пред првостепеним судом утврђено је да се тужени споразумом од 27. марта 1992. обавезао да најкасније до 5. маја 1992. о свом трошку изгради за тужиоца металну конструкцију сплава и да му је тог дана испоручи,

заједно са металним цевима за надградњу над сплавом. Како тужени није своју обавезу испунио о року, странке су 25. маја 1992. закључиле нови писмени споразум, којим су, између осталог, регулисале тужиочев губитак у заради од 10. маја 1992, и тужени се обавезао да тужиоцу по том основу до 1. јуна 1992. исплати 1.000 DM, а убудуће по 50 DM за сваки дан доцње. Своју обавезу тужени је испунио 17. јуна 1992, па је тужилац са радом на сплаву, на коме је отворио ресторан, без дозволе отпочео 22. августа 1992. године.

Полазећи од ових утврђених чињеница и од чињенице, која је међу странкама неспорна, да зарада у ресторану на сплаву у летњим месецима износи 50 DM дневно, судови су правилно закључили да је тужбени захтев тужиоца за исплату досуђеног износа немачких марака у динарској противвредности основан, јер је тужилац, због доцње туженог у испуњењу уговорне обавезе, за 37 дана изгубио зараду у овом износу, коју му је тужени, као претрпљену штету његовом кривицом, дужан накнадити.

Тужени у ревизији неосновано истиче да се у конкретном случају ради о уговорној казни коју тужилац не може захтевати због доцње туженог, јер је примио испуњење обавезе а туженом није саопштио да задржава право на уговорну казну. Ово стога што је у проведеном поступку утврђено да су странке приликом закључења споразума од 25. маја 1992. имале у виду стварни губитак тужиочеве зараде у случају доцње туженог, а која је према њиховом обостраном искуству из ортаклука износила по 50 DM дневно, па се тужени обавезао да тужиоцу накнади изгубљену зараду а не да му овај износ плати као казну због доцње у испуњењу уговора.

Утврђујући да је тужени задоцнио са испуњењем обавезе и да је због тога тужилац претрпео штету у износу од 1.850 DM јер у периоду доцње туженог није остварио зараду коју би извесно остварио да је тужени своју обавезу испунио о року, нижестепени судови су утврдили како висину штете (која је иначе и споразумом странака одређена) тако и кривицу туженог за настанак исте. Зато се у ревизији неосновано истиче да због погрешне примене материјалног права у проведеном поступку нису утврђене све чињенице битне за доношење одлуке о захтеву за накнаду штете због изгубљене зараде.

Ценећи и друге наводе за које налази да су неосновани и без утицаја на одлучивање о ревизији туженог, Врховни суд је из свих речених разлога, а на основу члана 393 ЗПП, одлучио као у изреци.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 2531/94, од 5. јула 1994)

ЛАКЕ ТЕЛЕСНЕ ПОВРЕДЕ И НАКНАДА ЗА ФИЗИЧКЕ БОЛОВЕ И СТРАХ

61

Тужиоцу као оштећеном, на основу одредбе чл. 200 Закона о облигационим односима, припадају досуђени износи правичне новчане накнаде за претрпљене физичке болове и страх. То у смислу ове одредбе оправдавају јачина и дужина трајања болова и страха (средње и лаке јачине), као и околности случаја. На то није од утицаја чињеница да су повреде означене као лаке, јер то узето само за себе, у околностима овог случаја, не искључује

право тужиоца на правичну новчану накнаду нематеријалне штете по овим основима.

Из образложења:

Према сагласном утврђењу судова, у саобраћајној несрећи која се догодила 29. септембра 1992. године искључивом кривицом осигураника туженог као возача камиона, тужилац је као бициклиста задобио телесне повреде (потрес мозга са губитком свести, раздерано нагњечена рана на глави и угрuваност грудног коша, због чега је боравио и у болници) праћене физичким боловима средње јачине у трајању од 2 до 3 дана и повременим лаким боловима у трајању до 10 дана, и страхом средње јачине у трајању око три дана и слабим, лаким страхом у трајању од око месец дана. При таквим околностима, судови су законито поступили кад су на изложени начин уважили део тужбеног захтева тужиоца.

И по нахођењу овог суда, тужиоцу као оштећеном, на основу одредаба чл. 200, став 1 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ* бр. 29/78) припадају досуђени износи правичне новчане накнаде за претрпљене физичке болове и страх. У смислу наведених одредаба, то оправдавају јачина и дужина трајања болова и страха, као и околности случаја. Тужилац је без своје кривице претрпео наведене телесне повреде и не би се могло прихватити схватање да му спорне накнаде не припадају. На то нема утицаја чињеница да су повреде означене као лаке, јер околности овог случаја не искључују тужиочево право на спорну правичну новчану накнаду.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 2728/94, од 29. јуна 1994)

В. Остали извори облигација

СТИЦАЊЕ БЕЗ ОСНОВА

62

Пријемом и задржавањем цене за продати телефонски број, иако телефонски прикључак нису предали тужиоцима, туженици су без правног основа увећали своју имовину на рачун имовине тужилаца, па су у обавези да тужиоцима исплате утврђени износ као накнаду за постигнуту корист.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, тужиоци су од тужених купили трособан стан, с тим што је у цену стана урачуната и цена телефонског броја која износи 2.208,00 динара. Туженици су испунили уговор у погледу стана, тако што су стан предали тужиоцима, али не и телефонски прикључак, који према одлуци надлежних органа, сходно чл. 67 и 68 Закона о ПТТ услугама, не може бити предмет промета, па су га туженици задржали за себе и пренели у други стан. Тако је уговор о купопродаји телефонског броја остао нереализован, а туженици су задржали примљени новац.

Полазећи од тако утврђеног чињеничног стања, а примењујући материјално право садржано у чл. 210 и 214 ЗОО, нижестепени судови су правилно закључили да су туженици, пријемом и задржавањем новца за продати телефонски број, увећали своју имовину на рачун имовине тужилаца у вредности

од 2.208,00 динара, и то без правног основа, па су у обавези да исплате тужиоцима овај износ као накнаду за постигнуту корист.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 6993/97, од 4. марта 1998)

ПОСЛОВОДСТВО БЕЗ НАЛОГА

63

Вршењу туђег посла без налога, према одредби чл. 220 Закона о облигационим односима, може се приступити само ако посао не трпи одлагање, те ако предстоји штета или пропуштање очигледне користи.

Из образложења:

Указивање тужиоца у ревизији да је спорни правни однос странака требало расправити применом правила о пословодству без налога, те у складу са одредбама члана 222 и 223 Закона о облигационим односима, усвојити тужбени захтев за износ трошкова сече и обраде предметног стабла као нужних и корисних трошкова – није основано јер се вршењу туђег посла без налога, према одредбама члана 220 Закона о облигационим односима, може незвано приступити само ако посао не трпи одлагање, те ако предстоји штета или пропуштање очигледне користи за лице чији су послови, што овде није случај.

Према томе, пошто тужилац у поступку ничим није доказао да је као пословођа без налога сечу предметног стабла предузео из разлога које закон у одредбама члана 220 предвиђа, а још мање да је то извршио у намери да помогне туженом – неосновано је, и за другачију одлуку у овој парници без утицаја је позивање ревизије на права тужиоца као пословође без налога, а с тим у вези и на примену одредаба чл. 222 и 223, ст. 2. Закона о облигационим односима.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 2040/94, од 22. јуна 1994)

Г. Престанак облигација

РАЧУНАЊЕ РОКОВА ЗАСТАРЕЛОСТИ

64

Моменат сазнања оштећеног за штету и за учиниоца штете основна је релевантна чињеница за коју је везан почетак субјективног рока застарелости потраживања накнаде штете, из чл. 376, ст. 1 Закона о облигационим односима, па се због тога овај рок и назива субјективним роком. Међутим, ради правне сигурности, с једне стране, а са друге стране, ради заштите права оштећеног, у ставу 2 истог члана предвиђен је и објективни рок застарелости потраживања накнаде штете, који износи пет година. Почетак објективног рока застарелости закон је везао за само једну објективну чињеницу, а то је моменат настанка штете, тако да сазнање оштећеног код овог рока нема никакав релевантан значај, због чега се овај рок и назива објективним роком. Из овога даље произлази да објективни рок застарело-

сти потраживања накнаде штете не може почети да тече док штета није настала. Настанак штете, пак, не мора се поклапати са штетним догађајем, јер штета може настати и после штетног догађаја.

Из образложења:

Предмет тужбеног захтева у овој парници је потраживање накнаде штете проузроковане повређивањем тужиоца у саобраћајној незгоди која се одиграла 3. октобра 1988. године, и то: потраживање накнаде материјалне штете по основу изгубљене зараде због смањене радне способности за период од 8. новембра 1991. до 30. септембра 1994. и убудуће, по истом основу, у виду ренте; и потраживање нематеријалне штете због наружености.

Полазећи од тога да се штетни догађај (саобраћајна незгода) одиграо 3. октобра 1988. године, а да је тужба у овој парници поднета 4. октобра 1993, дакле после протека објективног рока застарелости потраживања накнаде штете од пет година (према чл. 376, ст. 2 Закона о облигационим односима), општински и окружни суд усвојили су приговор о застарелости и због тога одбили тужбени захтев.

Овакво правно становиште општинског и окружног суда за сада се не може прихватити као правилно.

Застарелост потраживања накнаде штете, осим ако се ради о штети проузрокованој кривичним делом, регулисано је чланом 376 Закона о облигационим односима.

Према одредби става 1 овог члана, потраживање накнаде проузроковане штете застарева за три године од када је оштећеник дознао за штету и за лице које је штету учинило. Овим прописом предвиђен је субјективни рок застарелости у трајању од три године, а почетак рока везан је за сазнање оштећеног за штету и за учиниоца. Тек од момента сазнања оштећеног за ове две чињенице, почиње да тече субјективни рок застарелости потраживања накнаде штете. Значи, момент сазнања оштећеног за штету и за учиниоца штете основна је релевантна чињеница за коју је везан почетак субјективног рока застарелости потраживања штете, па се због тога овај рок и назива субјективним роком.

Међутим, ради правне сигурности, с једне стране, а са друге стране, ради заштите права оштећеног, у ставу 2 члана 376 Закона о облигационим односима предвиђен је и објективни рок застарелости потраживања накнаде штете, који износи пет година. Почетак објективног рока застарелости закон је везао за само једну објективну чињеницу, а то је моменат настанка штете, тако да сазнање оштећеног код овог рока нема никакав релевантан значај, због чега се овај рок и назива објективним роком.

Из овога даље произлази да објективни рок застарелости потраживања накнаде штете не може почети да тече док штета није настала. Настанак штете, пак, не мора се поклапати са штетним догађајем, јер штета може настати и после штетног догађаја.

Према томе, у овом случају, било да се ради о субјективном или објективном року застарелости потраживања накнаде штете, мора се утврдити када је штета настала, тако да се почетак рока застарелости никако не може рачунати од момента штетног догађаја, тј. саобраћајне незгоде, како то погрешно закључују општински и окружни суд.

У односу на тражену накнаду нематеријалне штете, због наруженості лица, почетак рока застарелости тече од момента када је повреда лица залечена, односно од момента када је ожиљак, као последица те повреде, постао видљив и због тога код тужиоца проузроковао душевне патње.

У односу на материјалну штету, на потраживање изгубљене зараде, ради правилне примене наведених прописа потребно је утврдити да ли су се и у ком моменту код тужиоца манифестовале штетне последице због смањене радне способности, односно од када тужилац губи зараду због последица штетног догађаја у виду умањења радне способности. Од тог момента и тече рок застарелости потраживања материјалне штете. Међутим, како је реч о штети која континуирано траје а сукцесивно настаје, рок застарелости би почео да тече од настанка штете, односно, субјективни рок – од момента кад је тужилац за њу сазнао. Тако би након протека тог рока застаревало потраживање и за штету која ће се манифестовати у будућности.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 4459/95, од 15. новембра 1995)

ПРЕКИД ЗАСТАРЕЛОСТИ

65

Прекид застарелости тужени није учинио ни на један од начина предвиђених чл. 387, ст. 2 ЗОО, па је за оцену основаности истакнутог приговора о застарелости предметног потраживања ирелевантно да ли је и какво је обећање давао радник туженог.

Из образложења:

Предмет спора у овој парници је тужбени захтев тужилаца (по основу стицања без основа) за исплату разлике између исплаћеног личног дохотка према уговорима на основу којих су упућивани на рад у Општу болницу у Зуари (Либија) и оног предвиђеног правилником туженог и одредбама протокола о техничкој сарадњи на попуњавању Опште болнице у Зуари.

Према чињеничном утврђењу првостепеног суда на којем се заснива и побијана другостепена пресуда, предметну накнаду тужилац Александар потражује за период од 16. новембра 1977. до 19. децембра 1980; тужиља Марица, као правни следбеник сада пок. Бранка – за период од 5. новембра 1974. до 5. новембра 1976. и од 5. априла 1979. до 16. фебруара 1980; тужиља Вера Ђорђевић – за период од 15. јула 1977. до 1. новембра 1981; тужилац Михаило – од 16. новембра 1977. до 30. јула 1980; тужилац Славољуб – за период од 16. новембра 1977. до 5. децембра 1980; и тужилац Благоје – од 16. новембра 1978. до 31. октобра 1981.

Полазећи од тих чињеница и од чињенице да су тужиоци тужбу у овој парници поднели 22. јула 1988. године, нижестепени судови су, и по становишту Врховног суда, основано закључили да је потраживање тужилаца застарело, па су правилним тумачењем и применом чл. 371 Закона о облигационим односима приговор туженог усвојили и пресудом одбили тужбени захтев тужилаца као неоснован.

Разлоге које су за своје одлуке окружни и општински суд дали у свему као правилне, потпуне и основане, прихвата и Врховни суд.

Неоснован је, и за другачију одлуку у овој парници без битног утицаја, навод ревизије који се односи на околност да је Милетић Љубиша у својству секретара туженог обећавао предметну исплату након окончања спорова које су по истом основу водили и други радници туженог, односно, да је због тога дошло до прекида застарелости. Услов за прекид застаревања, по одредбама члана 378 Закона о облигационим односима, јесте да туженик призна дуг.

Пошто у конкретном случају туженик то није учинио ни на један од начина предвиђених чланом 387, став 2 ЗОО, то је за оцену основаности истакнутог приговора о застарелости предметног потраживања irелевантно да ли је и какво је обећање тужиоцима давао радник туженика Милетић Љубиша, како је то правилно оценио окружни суд.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 2103/94, од 18. маја 1994)

ГАРАНЦИЈА И РОК ЗАСТАРЕЛОСТИ

66

Уколико је гаранција за купљени креп дата на време од 10 година, онда нема застарелости ако је тужба поднета у том року.

Из образложења:

Тужилац је тражио да му туженици испоруче нови креп, јер је креп који је купио неквалитетан.

Првостепени суд је усвојио приговор туженог о застарелости потраживања тужиоца и утврдио да тужилац рекламацију због квалитета крепа није извршио у року од 5 година.

Међутим, тужилац је у првостепеном поступку истицао, што понавља и у ревизији, да је гаранција купљеног крепа 10 година. То је првостепени суд првобитно покушавао да провери, али у томе није успео јер није добио никакве податке. Иако тај доказ није даље проводио, првостепени суд је усвојио приговор о застарелости и закључио главну расправу.

Врховни суд је нашао да ревизијски наводи, којима се истиче да је гаранција купљеног крепа 10 година, доводе у сумњу правилност побијане пресуде, јер је, због погрешне примене материјалног права, чињенично стање у првостепеном поступку остало непотпуно утврђено.

Наиме, уколико би била тачна тврдња тужиоца, онда је тужба поднесена у року у којем је још трајала гаранција, пошто је креп купљен 1983, а тужба поднесена 1990. године.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 1607/94, од 4. маја 1994)

ПРЕСТАНАК ОБАВЕЗЕ ИСПУЊЕЊЕМ

67

Предмет испуњења, у смислу чл. 307 Закона о облигационим односима, јесте оно у вези са чим је настао облигациони однос, односно оно што чини садржину обавезе уколико је предмет уговора неко давање, чињење, или нечињење.

Из образложења:

Из чињеничног утврђења првостепеног суда, на којем се заснива и побијана другостепена пресуда, произлази да су тужиоци са првотуженом, дана 30. октобра 1980. године, закључили уговор о уступању на коришћење неизграђеног земљишта у друштвеној својини, уз накнаду, ради изградње куће за одмор. Према уговору, тужиоци су били обавезни да на уступљеним парцелама започну изградњу куће за одмор у року од 15 месеци, а знатније радове изврше у року од 2 године. У супротном, то право губе. Тужиоци су исплатили одређену накнаду за уступљено земљиште. Уговор је оверен код општинског суда, али пренос у земљишним књигама није извршен. Тужиоци раде у иностранству и у предвиђеном року нису отпочели са радовима на изградњи куће за одмор. Првотужена је накнадно, у 1983. и 1984. години, предметно земљиште уступила трећим лицима на коришћење, па је предмет спора у овој парници захтев тужилаца за измену уговора о уступању земљишта на коришћење у односу на предмет уговора, утолико што захтевају да им се на име првобитно уступљених парцела, које су накнадно уступљене трећим лицима, уступе на коришћење друге две парцеле.

С обзиром на тако утврђено чињенично стање, нижестепени суд је правилно применио материјално право када је тужбени захтев тужилаца одбио као неоснован. И према налажењу Врховног суда, пресудом се не могу вршити измене уговорних одредаба у том смислу што би био измењен предмет испуњења уговорне обавезе.

Предмет испуњења у смислу чл. 307 Закона о облигационим односима јесте оно у вези са чим је настао облигациони однос, односно оно што чини садржину обавезе уколико је предмет уговора неко давање, чињење или нечињење.

Парничне странке могу само сагласношћу својих воља да изврше измену појединих одредаба уговора, да траже извршење уговора или раскид уговора уз евентуалну накнаду штете.

При том, за правилност и законитост побијане пресуде немају значаја наводи у ревизији да су предметне парцеле незаконито уступљене трећим лицима на коришћење и да тужиоци свој захтев заснивају на начелима савесности и поштења, у смислу чл. 12, 15 и 17 Закона о облигационим односима.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 4197/93, од 15. децембра 1993)

ИСПУЊЕЊЕ ОБАВЕЗЕ

68

Тужени није извршио у целини своју уговорну обавезу из спорног уговора, па је на извршење исте законито обавезан на основу чл. 124 Закона о облигационим односима.

Из образложења:

Према сагласном утврђењу судова, тужени се по усменом споразуму, закљученом са тужиоцем 2. септембра 1992. године, обавезао да ће му на име узетог зајма у новцу испоручити 712 килограма бодљикаве жице, али ту своју уговорну обавезу није у целини извршио и остао је дужан да испоручи спорна

262 килограма бодљикаве жице. При таквим околностима, судови су законито поступили када су на изложени начин уважили тужбени захтев тужиоца. Тужени није извршио у целини своју уговорну обавезу из спорног уговора, па је на извршење исте законито обавезан одлукама судова, на основу одредаба чл. 124 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ* бр. 29/78).

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1616/94, од 11. маја 1994)

Д. Посебни уговори

РИЗИК КОД УГОВОРА О ПРОДАЈИ

69

Тужени су предали сено тужиоцу у моменту закључења уговора о продаји, па је на тужиоца, у смислу чл. 456, ст. 1 ЗОО, прешао ризик случајне пропасти или оштећења ствари.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је крајем септембра 1993. године купио од тужених три пласта сена која су се налазила у кругу фабрике „Балкан" у Великом Боњинцу и која су тежила по 1.000 kg. Цену у износу од 670 DM тужилац је одмах исплатио. Но, пошто тужилац није могао да сено одмах одвуче, странке су се споразумеле да он по сено може доћи кад хоће и узети га без присуства тужених, о чему су обавестили чувара фабрике. Међутим, после неколико дана тужилац је сазнао да је непознато лице запалило два пласта сена. Пошто је одвукао само један пласт сена, тражио је да му тужени предају још 2.000 kg сена или плате противвредност сена по ценама у време исплате.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, првостепени суд је нашао да тужени нису предали сено тужиоцу већ да је требало да му га предају кад он по сено дође, и да, према томе, у смислу чл. 456, ст. 1 ЗОО, они сносе ризик оштећења сена, па су дужни да тужиоцу предају 2.000 kg сена или плате противвредност сена по цени у моменту исплате.

Међутим, имајући у виду утврђено чињенично стање, другостепени суд је нашао да из околности случаја произлази да су тужени предали сено тужиоцу у моменту закључења уговора о продаји; да је, у смислу чл. 456, ст. 1 ЗОО, ризик оштећења сена прешао на тужиоца и да он нема право да тражи од тужених да му предају сено или исплате његову противвредност.

Врховни суд налази да је другостепени суд правилно применио материјално право кад је усвојио жалбу тужених, преиначио пресуду првостепеног суда и одбио захтев тужиоца.

Наиме, у смислу чл. 454, ст. 1 ЗОО, уговором о продаји обавезује се продавац да пренесе на купца право својине на продату ствар и да му је у ту сврху преда, а купац се обавезује да плати цену и преузме ствар.

С друге стране, у смислу чл. 34, ст. 1 Закона о основним својинскоправним односима, на основу правног посла право својине на покретну ствар стиче се предајом те ствари у државину стицаоца.

С обзиром на изложено, и на одредбу чл. 70 наведеног закона, државина се стиче успостављањем фактичке власти над ствари. Међутим, стицање државине не мора увек бити праћено предузимањем апрехензионих радњи од стране стицаоца. Напротив, државина се може пренети и на фиктиван начин, сагласношћу воља уговорних страна. Сем тога, у смислу чл. 34, ст. 6 истог закона, предаја покретне ствари сматра се извршеном и када из конкретних околности произлази да је предаја ствари извршена.

У овом случају, тужилац је као купац тек неколико дана после закључења уговора о куповини и продаји предузео вучу сена. Но, то не значи да он сено није примио још у моменту закључења уговора иако се о томе странке нису изричито сагласиле. Али, странке су се сагласиле да тужилац сено може одвући кад хоће без присуства тужених, и о томе су обавестиле чувара фабрике у чијем кругу се сено налазило. Како је тужилац у сваком моменту од закључења уговора о продаји могао предузети радњу вуче сена, несумњиво се, с обзиром на утврђене конкретне околности случаја, намеће закључак да је он ствар преузео већ у моменту закључења уговора.

Пошто су, дакле, тужени предали сено тужиоцу у моменту закључења уговора, на тужиоца је, у смислу чл. 456, ст. 1 ЗОО, прешао ризик случајне пропасти или оштећења ствари, па тужилац, и по схватању Врховног суда, неосновано тражи да му тужени предају сено или плате његову противвредност.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3437/94, од 10. августа 1994)

ПРАВА И ОБАВЕЗЕ БАНКЕ ПО УГОВОРУ О НОВЧАНОМ ДЕПОЗИТУ

70

Према чл. 1035 Закона о облигационим односима, када је реч о уговору о новчаном депозиту, банка стиче право да располаже депонованим новцем, али и обавезу да га врати према условима предвиђеним у уговору, односно штедној књижици која замењује уговор.

Из образложења:

Према чињеничном стању утврђеном у поступку, тужиља је код тужене банке отворила девизну штедну књижицу, односно закључила уговор о девизном депозиту у износима стране валуте из изреке пресуде првостепеног суда, с тим што се радило о штедњи по виђењу. Тужена одбија да изврши исплату депонованих средстава.

Полазећи од утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно усвојили тужбени захтев и тужену обавезали да изврши исплату депонованих средстава, дајући разлоге које у целини прихвата и Врховни суд, па нису исправни наводи ревизије о погрешној примени материјалног права.

Наиме, према чл. 1035 Закона о облигационим односима, уговором о новчаном депозиту банка стиче право да располаже депонованим новцем, али и обавезу да га врати према условима предвиђеним у уговору, односно штедној књижици која уговор замењује. У конкретном случају, у питању је штедни

улог по виђењу, па је према чл. 1038, у вези са чл. 1046 истог закона, тужена банка била у обавези да у сваком моменту на захтев тужиље изврши исплату целог салда или једног његовог дела.

Ревизијом тужене неосновано се указује на подзаконска акта у погледу ограничења исплате девизних штедних улога грађанима. Парничне странке су уговор о новчаном депозиту закључиле као дозвољен правни посао, регулисан Законом о облигационим односима као императивним прописом. Одредбе оваквог уговора не могу се мењати изјавом једне стране, па ни актом носиоца монетарне власти. Због тога подзаконска акта не могу утицати на другачије решење спорног односа.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 5950/94, од 21. децембра 1994)

ОДГОВОРНОСТ ПРОДАВЦА ЗА МАТЕРИЈАЛНЕ НЕДОСТАТКЕ И БЛАГОВРЕМЕНОСТ РЕКЛАМАЦИЈЕ

71

Продавац одговара за материјалне недостатке ствари које је она имала у часу преласка ризика на купца, без обзира да ли му је то било познато, као и за оне који се појаве после предаје ствари купцу, тј. преласка ризика на њега, ако су последица узрока који је постојао пре тога. При томе, купац је дужан да ове недостатке рекламира у роковима одређеним законом, односно гаранцијом.

Из образложења:

Нижестепени судови су, одбивши тужбени захтев, одлуке заснивали на протеку времена у којем је тужилац могао остваривати права која следе због скривених недостатака, односно на томе да није предузео потребне радње у гарантном року. У вези с тим, основаност тужбеног захтева зависи од чињеница које је потребно утврдити да би се могао извести закључак о томе да ли продавац одговара за материјалне недостатке на стварима, односно да ли одговорност продавца и произвођача произлази из гаранције за исправно функционисање продате ствари (одредбе чл. 478 до 507 ЗОО). Нижестепени судови нису утврдили све чињенице, зато што су погрешно применили материјално право. Осим тога, из тако утврђених чињеница произлази противуречност чињеничног стања са чињеничним закључком суда да тужилац није предузео радње у одређеним роковима те да стога нема право ни на накнаду штете. Међутим, нижестепени судови сагласно утврђују исказ вештака Љубише Костића да се приликом замене главе мотора, односно блока мотора на трактору тога типа, мења и комплетна гарнитура заптивки, да се он не сећа да ли је тужилац тада извршио први сервис свог трактора код сервиса првотуженог у Бошњацу, али да је био дужан да први сервис изврши пре истека рока од 50 радних часова, односно пре истека рока од два месеца од куповине трактора. Судови налазе да је по мишљењу истог вештака тужилац уредно обавио први сервис пошто је на одсечку гарантног листа и сервисне књижице стављен печат сервиса првотуженог али без датума и потписа овлашћеног лица, што по њему није пракса тог сервиса. Но, исти вештак се сећа да је тужилац свој трактор дотеривао у сервис у Бошњацу и да се жалио да му

трактор меша воду и уље, да сумња на главу мотора, да је иста замењена, да се и након замене појављивао исти квар, те да се тек након тога посумњало у порозност блока, па се због тога тужилац касније ангажовао приватно да се на трактору угради нови блок мотора који је сам купио. Даље, нижестепени судови утврђују да је у извештају Индустрије мотора – Раковица, Београд, недвосмислено утврђена порозност блока мотора, те да би произвођач свакако рекламацију уважио да је учињена у гарантном року.

На основу тако утврђених чињеница, није јасно зашто су нижестепени судови извели закључак да рекламације није било у благовременом року, на чему се и заснива одбијање тужбеног захтева, када изјава вештака, коју иначе нижестепени судови прихватају, гласи да се „сећа да је тужилац свој трактор дотеривао у сервис у Бошњацу и да се жалио да му трактор меша воду и уље", и да је „тужилац уредно обавио први сервис, јер има печат на одсечку гарантног листа и сервисне књижице" итд. Томе треба додати и поменути извештај произвођача трактора који потврђује порозност блока мотора, тиме и последицу мешања воде и уља. По становишту ревизионог суда, ако је последица мешања уља и воде била предочена произвођачу, односно продавцу, благовремено у роковима одређеним законом односно гаранцијом, то је несумњиво од значаја без обзира колико је времена прошло до дана када је блок мотора замењен другим.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 2797/94, од 29. јуна 1994)

ДЕВИЗНА ШТЕДЊА

72

С обзиром да из закљученог уговора о депоновању девизних средстава не произлази да су, у смислу чл. 1035, ст. 2 Закона о облигационим односима, странке уговориле посебне услове и рокове приликом враћања депонованих девизних средстава, то је тужена банка у обавези да тужиоцу као депоненту и власнику спорних девизних средстава иста врати на његов захтев.

Из образложења:

Из стања у списима предмета произлази да су странке, у смислу чл. 1035 Закона о облигационим односима, закључиле уговор о депоновању девизних средстава, да је на основу овог уговора, у смислу чл. 1043 истог закона, тужена банка тужиоцу издала штедну књижицу, као и да тужена банка тужиоцу као власнику депонованих девизних средстава није хтела на његов захтев да врати спорна девизна средства којима је слободно располагала према закљученом уговору.

С обзиром да из наведеног уговора о депоновању девизних средстава не произлази да су странке, у смислу наведене одредбе чл. 1035 т. 2 ЗОО, уговориле посебне услове и рокове приликом враћања депонованих девизних средстава, и Врховни суд налази да је тужена банка несумњиво у обавези да тужиоцу као депоненту и власнику спорних девизних средстава иста врати на његов захтев, што су правилно закључили и нижестепени судови.

За правилност израженог становишта прелевантни су наводи ревизије туженика о одредбама Закона о Народној банци Југославије као и Закона о девизном пословању, будући да наведени уговор странке нису закључиле по

одредбама ових закона већ по наведеним одредбама Закона о облигационим односима, а што није било забрањено нити супротно тада важећим императивним законским прописима.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 2940/94, од 22. јуна 1994)

ПОСЛЕДИЦЕ НЕПЛАЋАЊА ПРЕМИЈЕ КОД ОСИГУРАЊА ОД ПОСЛЕДИЦА НЕСРЕЋНОГ СЛУЧАЈА

73

Иако се осигурање лица дели на осигурање живота и осигурање од последица несрећног случаја, за случај неплаћања премије код осигурања од последица несрећног случаја не примењују се исте законске одредбе као и за случај неплаћања премије код осигурања живота (чл. 945 ЗОО). На осигурање од последица несрећног случаја, које по својој природи представља осигурање од одговорности, (уподобљава се са осигурањем имовине), треба применити заједничке одредбе за имовинска осигурања и за осигурања лица 1. одељка XXVII главе Закона о облигационим односима, које се односе на последице неплаћања премије осигурања (чл. 913, ст. 4 ЗОО).

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, тужиоци су као радници ГП „П. пут" 25. V 1990. године повређени на раду у Танзанији, с тим што је код тужиоца Б. Т. настао трајни инвалидитет 85%, а код тужиоца В. П. 20%. Предузеће тужилаца закључило је уговор о колективном осигурању својих радника са правним претходником туженог. Прва рата премије плаћена је 20. II 1990. у предвиђеном року, док је друга рата уплаћена 19. XII 1990, али је због општепознатих околности у Хрватској иста враћена 14. II 1991. Након прекида платног промета са Хрватском вођени су преговори, али писмено није тражена исплата друге рате премије осигурања од ГП „П. пут".

На основу изложеног чињеничног стања да је из уговора плаћена само једна премија осигурања, првостепени суд је заузео становиште да је, према ставу 3 члана 945 ЗОО, уговор раскинут због неплаћања премије, тако да је неоснован тужбени захтев тужилаца да им се исплате износи према уговореној премији а према назначеном проценту инвалидитета.

Будући да препорученим писмом од стране правног претходника туженог није тражена исплата друге рате премије осигурања, окружни суд преиначује пресуду јер налази да нису испуњене претпоставке за раскид уговора по ставу 3 члана 945 ЗОО, и да је тужбени захтев оштећених тужилаца основан.

Врховни суд има становиште да је на правилно утврђено чињенично стање окружни суд погрешно применио материјално право када је усвојио тужбени захтев тужилаца. Врховни суд налази да је из више разлога ваљало преиначити другостепену пресуду и потврдити првостепену пресуду.

Осигурање лица дели се на осигурање живота и осигурање од последица несрећног случаја. У конкретном случају ради се о осигурању од последица несрећног случаја а не о осигурању живота, када би могла да дође у

обзир примена законских одредаба о потреби писменог позивања на исплату премије (препорученим писмом).

Колективно осигурање радника од последица несрећног случаја, за које премију плаћа предузеће код којег су радници запослени, сматра се осигурањем од одговорности таквог предузећа за штете које радници могу да претрпе за време рада и у вези са радом. Овде се примењују заједничке одредбе за имовинска осигурања и за осигурања лица 1. одељка XXVII главе Закона о облигационим односима, и то одредбе чл. 913 ЗОО које говоре о последици неисплате премије. Осигурање од последица несрећног случаја јесте она врста осигурања лица која по својој природи представља осигурање од одговорности, те стога има обештећујући карактер и уподобљава се са осигурањем имовине, тако да се имају применити општа правила о последицама неплаћања премије из члана 913 ЗОО.

Према томе, како осигуравач због неплаћања премије није раскинуо уговор о осигурању, није подигао тужбу за наплату премије, нити се догодио осигурани случај да би била могућа компензација – уговор о осигурању престао је по самом закону након истека године од доспелости премије. По одредбама чл. 913, ст. 4 ЗОО, уговор о осигурању у сваком случају престаје ако премија не буде плаћена у року од годину дана од доспелости. Уговор, према томе, престаје по самом закону, што значи да за наступање ове последице неисплате премије није потребна никаква изјава осигуравача, па ни писмено препоручено позивање на исплату премије – након протека једногодишњег рока, последице неисплате премије у виду престанка уговора наступају аутоматски.

И даље, одредбе става 5 члана 913 ЗОО не примењују се на осигурање живота. У погледу последица неплаћања премије постоје велике разлике између уговора о осигурању живота (што иначе регулишу одредбе чл. 945 ЗОО) и осталих уговора о осигурању. Наиме, код дугорочних осигурања (какво је доживотно осигурање) која немају обештећујући карактер (а имају неке карактеристике уговора о штедњи), осигуранику се у првим годинама исплаћује повећан износ премије – ствара се одређен фонд (резерва) одакле ће се покрити повећање ризика у каснијим годинама живота осигураника. На основу изложеног, кроз капитализацију осигурања, уговорник осигурања који је престао да плаћа премију за осигурање живота не губи раније уплаћене премије, с тим да се сразмерно смањује и обавеза осигуравача. У том смислу, исплата откупне вредности полисе (чл. 954 ЗОО) представља посебан начин престанка уговора о осигурању живота, и то оних уговора о осигурању закључених за цео живот осигурашка.

Факултативност плаћања премије и последице неплаћања предвиђене у чл. 945, ст. 2 и 3 ЗПП, не односе се, дакле, на осигурање лица од последица несрећног случаја. Према томе, за случај неплаћања премије код осигурања од последица несрећног случаја не примењују се исте законске одредбе као и за случај неплаћања премије код осигурања живота. Како се овде, значи, не ради о осигурању живота већ о осигурању од последица несрећног случаја, то се има сматрати да је уговор о осигурању, закључен између предузећа тужилаца и правног претходника туженог, престао по самом закону 16. VII 1991. године, по истеку године дана од рока плаћања друге рате премије.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3224/97, од 1. октобра 1997)

УГОВОР О КОМИСИОНУ

74

Комисионар је приликом извршења уговора о комисиону дужан да се придржава налога, упутстава и инструкција комитента са пажњом доброг привредника, водећи рачуна о заштити интереса комитента. Основно је правило да комисионар одговара по принципу претпостављене кривице само за своје радње и пропусте приликом извршавања својих уговорних обавеза из уговора о комисиону, сем у случају када је у уговору о комисиону изричито уговорено да комисионар јемчи комитенту за уредно испуњење обавезе од стране трећег лица.

Из образложења:

Према доказима из списа и утврђењу судова, парничне странке су закључиле комисиони уговор 25. VIII 1988. године, на основу кога се тужени као комисионар обавезао да у своје име, а за рачун тужиоца као комитента, извршши увоз калупа односно алата за производњу дечјих играчака према понуди иностраног продавца, у укупној вредности од 51.700 USA долара. На основу тог уговора тужени је као комисионар, 2. IX 1988, закључио уговор са иностраним продавцем из Хонгконга, којим се инострани продавац (у складу са налогом тужиоца као комитента датог туженом) обавезао да изда гаранцију о квалитету продате робе – да се за четири године тим калупима може произвести 2.000.000 комада играчака. У закључењу уговора између туженог и инопродавца учествовао је и представник тужиоца који је дао сагласност да се тај уговор закључи. Тужилац је робу примио 10. V 1989, када је и констатовао да испоручени калупи нису за даљу употребу због дотрајалости и оштећења. Тужилац је благовремено преко туженог приговорио иностраном продавцу на квалитет испоручених калупа. На захтев туженог да инострани продавац пошаље своје стручњаке ради прегледа и оправке калупа, овај је тражио да му се калупи врате ради поправке, с тим што је условио да трошкове транспорта и све друге трошкове везане за враћање робе сноси тужени. Такав предлог тужени није прихватио јер је инострани продавац одбио да му изда гаранцију у вези са враћањем, поправком и поновном испоруком робе. Тужилац је покушао да изврши поправку калупа, али у томе није успео у потпуности јер је само један део калупа оспособио за производњу, и то са знатно мањим капацитетом од уговореног.

При оваквом утврђењу, првостепени и другостепени суд су заузели становиште да је тужени у обавези да накнади штету тужиоцу јер је, на основу чл. 751, у вези са чл. 772 Закона о облигационим односима, комисионар дужан да заштити интересе комитента, поступајући при том као савестан стручњак и добар привредник. Ови судови закључују да се тужени није придржавао налога које му је дао тужилац.

Супротно становишту нижих судова, ревизијски суд је према садржини комисионог уговора заузео становиште да тужени као комисионар није преузео одговорност према тужиоцу као комитенту за испуњење обавезе инопродавца, те да, сагласно одредби чл. 781 Закона о облигационим односима, није одговоран за спорну штету.

Савезни државни тужилац, међутим, налази да је ревизијски суд извео погрешан закључак да тужени није одговоран за накнаду штете, јер из спроведеног доказног поступка произлази да је представник туженог који ради у Хонгконгу дао усмено уверавање представнику тужиоца да су у питању нови

калупи иако је у том моменту знао да су калупи половни, те да такав однос туженог према предметном послу указује на елементе преваре из чл. 65 ЗОО, па стога постоји одговорност туженог за неиспуњење обавезе иностраног продавца.

Наведено становиште савезног државног тужиоца не може се прихватити.

Комисионар је приликом извршавања уговора о комисиону дужан да се придржава налога, упутстава и инструкција комитента, са пажњом доброг привредника, водећи рачуна о заштити интереса комитента. Основно је правило да комисионар одговара по принципу претпостављене кривице само за своје радње и пропусте приликом извршавања својих уговорних обавеза из уговора о комисиону, сем у случају када је уговором о комисиону изричито уговорено да комисионар јемчи комитенту за уредно испуњење обавезе од стране трећих лица.

У конкретном случају, на основу спроведеног доказног поступка, Савезни суд оцењује да је тужени у свему поступио у складу са закљученим комисионим уговором, придржавајући се налога који му је дао тужилац, и то како у вези са условима за закључење уговора са иностраним продавцем тако и у вези са приговором тужиоца на квалитет испоручене робе, те изналажења начина за решавање тог приговора.

Не може се прихватити становиште савезног државног тужиоца, изражено у захтеву за заштиту законитости, да однос туженог према предметном послу садржи елементе преваре пошто је тужени знао да се не ради о новим већ о половним калупима. Одредбом члана 1 Уговора закљученог између туженог као комисионара и иностраног продавца 2. IX 1988. године, продавац је обавезан да изда гаранцију да је роба нова и израђена од првокласног материјала, те да као таква у одређеном времену може да произведе одређену количину играчака. То што инострани продавац није извршио своју уговорну обавезу онако како је уговором закљученим са туженим обавезан, не значи да је комисионар одговоран за накнаду штете тужиоцу по том основу, јер је тужени при закључењу уговора са иностраним продавцем поступао стручно, уносећи у тај уговор све оно што је потребно да се заштити интерес тужиоца као комитента.

(Пресуда Савезног суда Гзс бр. 13/96, од 27. јуна 1996)

УГОВОР О ПРЕВОЗУ

75

Одредбе Закона о уговорима о превозу у железничком саобраћају, како је прописано чл. 1 тог закона, примењују се на односе настале из уговора о превозу путника и ствари у унутрашњем железничком саобраћају и у међународном железничком саобраћају, ако међународним уговором није другачије одређено.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу судова, тужилац је 22. VIII 1991. године све ствари које су ближе описане у изреци првостепене пресуде картирао и предао на превоз железничкој станици у Илирској Бистрици, где су ствари по товарном листу број 01-948 од 26. VIII 1991. утоварене у железнички вагон број 50123 са означењем крајњег одредишта – железничка станица Алексинац.

Међутим, вагон којим су ствари отпремљене са железничке станице Илирска Бистрица није стигао до крајњег одредишта, већ је последњи пут транзитиран 28. VIII 1991. на железничкој станици Добава, која се налази на територији ЖТП Загреб, где је вагон опљачкан и од тада му се губи сваки траг.

На основу овог утврђења, побијаном пресудом заступљено је становиште да је, на основу одредбе чл. 67 Закона о уговорима о превозу у железничком саобраћају, као и на основу одредбе чл. 677 Закона о облигационим односима, тужбени захтев основан. Превоз тужиочевих ствари железницом требало је извршити на одређеној редовној линији преко подручја и мрежа више железничких транспортних предузећа, па је сваки од превозника уговорна страна са правима и обавезама солидарног дужника и повериоца.

Супротно наведеном становишту, у захтеву за заштиту законитости савезног државног тужиоца истиче се да у конкретном случају нема солидарне одговорности у смислу чл. 67 Закона о уговорима о превозу у железничком саобраћају, јер у тренутку када је тужилац отпремио ствари са железничке станице Илирска Бистрица, није постојала јединствена југословенска железница с обзиром да је тужени почео са радом као самостално предузеће 1. VII 1991, односно два месеца након предаје ствари на воз.

Наведено правно становиште савезног државног тужиоца не може се прихватити.

Одредбе Закона о уговорима о превозу у железничком саобраћају, како је прописано чланом 1 тог закона, примењују се на односе настале из уговора о превозу путника и ствари у унутрашњем железничком саобраћају и међународном железничком саобраћају, ако међународним уговором није другачије одређено.

У конкретном случају у питању је превоз робе у унутрашњем железничком саобраћају, јер је у време предаје тужиочевих ствари на превоз још увек постојала јединствена југословенска железница за подручје ондашње СФРЈ, коју је сачињавало више железничко-транспортних предузећа, па се између осталих у саставу Југословенске железнице налазило и Железничко-транспортно предузеће „Београд" из Београда.

С тим у вези, евентуалне статусне и организационе промене које су настале код туженог предузећа, сходно чл. 187а, ст. 2 Закона о предузећима, не утичу на одговорност туженог предузећа везано за обавезе оног предузећа које је престало да постоји. Дакле, и тужено Јавно железничко-транспортно предузеће „Београд" из Београда један је од учесника у реализацији превоза тужиочевих ствари.

Према изложеном, Савезни суд не налази да је побијана пресуда донета уз битне повреде одредаба парничног поступка и уз погрешну примену материјалног права на које савезни државни тужилац захтевом указује, јер према наведеном утврђењу судова и према стању у списима, и овај суд оцењује да је, према одредби чл. 67 Закона о уговорима о превозу у железничком саобраћају, тужено предузеће као супревозилац један од солидарних дужника. Ово из разлога што је превоз тужиочевих ствари требало да буде извршен на редовној линији у тада још увек домаћем железничком саобраћају, преко подручја више железничко-транспортних предузећа, па између осталих и преко подручја које покрива тужено предузеће.

(Пресуда Савезног суда Гзс бр. 13/97, од 15. маја 1997)

ПРОДАЈНИ НАЛОГ

76

У насталој правној ситуацији странке су накнадно ушле у други уговорни однос у коме се тужени обавезао да ће продати означено гвожђе и тужиоцима исплатити постигнуту купопродајну цену. Према садржини њиховог уговорног односа, реч је о уговору о продајном налогу из одредбе чл. 554, ст. 1 ЗОО, у коме су тужиоци налогодавци, а тужени налогопримац.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу, тужиоци су имали девизну штедњу код „Иносбанке" из Параћина, и то тужилац Предраг Гајић у износу од 2.000 DM, Радмила Ђорђевић у износу од 3.000 DM, и Милован Јовић у износу од 1.000 DM. У току 1993. године, када је дошло до затварања „Иносбанке", тужиоци су са туженим постигли договор да им на име девизних штедних улога обезбеди бетонско гвожђе у односу: 1 kg гвожђа = 1 DM. Тужилац Предраг Гајић је на дан преузимања гвожђа туженом дао сва три уговора о девизној штедњи и потписао отпремницу о пријему 6.000 kg гвожђа. Тужилац Предраг Гајић и тужени накнадно су се договорили да тужени прода гвожђе и исплати тужиоцима постигнуту купопродајну цену. У поступку је утврђено да је тужени робу продао, али да добијени новац није исплатио.

На основу оваквог чињеничног утврђења, првостепени и другостепени суд стали су на становиште да је захтев тужилаца, у смислу одредбе чл. 262 Закона о облигационим односима, основан.

Врховни суд Србије у Београду, међутим, заузео је супротно становиште, налазећи да се, према одредби чл. 544, ст. 1 Закона о облигационим односима, ради о уговору о продајном налогу, па како је у конкретном случају тужени као налогопримац ствар продао, то га суд није могао обавезати на враћање ствари.

Наведено правно становиште Врховног суда Србије није основано.

Према чињеничном утврђењу, међу парничним странкама постојала су два уговорна односа која су самостално егзистирала. У првом уговорном односу тужени се обавезао да ће на име девизних штедних улога тужиоцима обезбедити бетонско гвожђе у договореном односу, а њему ће припасти уговори о девизној штедњи тужилаца. Овај уговорни однос је у целости реализован, јер је тужени тужиоцима предао у посед бетонско гвожђе и на име вредности дате робе примио од тужилаца сва три уговора о девизној штедњи. Дакле, испуњењем у целини овог уговорног односа, тужиоци су постали власници предметног бетонског гвожђа.

Странке су накнадно ушле у други уговорни однос у коме се тужени обавезао да ће продати означено гвожђе и тужиоцима исплатити постигнуту купопродајну цену. Према садржини њиховог уговорног односа, ради се о уговору о продајном налогу из одредбе чл. 54, ст. 1 Закона о облигационим односима, у коме су тужиоци налогодавци, а тужени налогопримац.

Одредбом чл. 556, ст. 1 Закона о облигационим односима прописано је да ако налогопримац не прода ствар и не преда одређену цену налогодавцу до одређеног рока, нити је врати у том року, сматра се да је он ствар купио. Како је у конкретном случају тужени бетонско гвожђе продао, али добијену продајну цену није исплатио тужиоцима, то је тужени као налогопримац стекао правни положај купца, а тужиоци као налогодавци правни положај

продаваца. Из тог разлога на њихове односе треба применити правила уговора о продаји, са свим последицама које овај уговор производи. У насталој правној ситуацији тужиоци као налогодавци остају власници ствари све до момента док тужени као налогопримац не исплати куповну цену. Према томе, ствар коју је налогопримац купио, заправо са одложеним условом исплате цене, не може ући у састав његове имовине, јер је он само држалац ствари све до момента док не исплати тужиоцима купопродајну цену за ту ствар.

(Пресуда Савезног суда Гзс бр. 10/97, од 15. маја 1997)

УГОВОР О КРЕДИТУ

77

За правилно решење овог спора нужно је поуздано утврдити какав је био споразум странака у вези са враћањем средстава кредита према уговору о кредиту, те у том смислу – да ли је тужени пао у доњу са плаћањем приспелих ануитета, односно целог дуга.

Из образложења:

Тужиочево потраживање у овој парници односи се на повраћај средстава кредита одобреног за изградњу мини фарме за производњу прасади и на накнаду штете због неиспоручене уговорене количине прасади, према уговору о заједничкој производњи прасади.

Према чињеничном стању утврђеном у првостепеном поступку на којем се заснива и побијана другостепена пресуда, произлази да су тужилац (Земљорадничка задруга) и туженик, дана 11. августа 1983. године, закључили уговор о кредиту, којим је тужилац одобрио туженику кредит ради изградње мини фарме за производњу прасади, капацитета 12 крмача. Рок отплате кредита је 10 година. Туженик је одобреним средствима, уз лично учешће, изградио фарму, а тужилац је обезбедио основно стадо. Надаље је у току поступка утврђено да је туженик у три турнуса испоручио тужиоцу одређену количину прасећег меса, односно прасади, а затим је на фарми дошло до угинућа прасади, па је туженик вратио тужиоцу основно стадо, а затим је, уз сагласност тужиоца, адаптацијом извршио промену намене објекта – фарму је прилагодио за чување крупне стоке. Цео износ кредита, по уговору о кредиту од 11. августа 1983, туженик је вратио тужиоцу одједанпут, 24. децембра 1991, а по признаницама на износе од 100.000 и 50.000 динара.

Код таквог стања ствари нижестепени судови су сагласно закључили да је туженик вратио тужиоцу кредит, те да је према томе измирио своју уговорну обавезу према уговору о кредиту, и то пре утужења. У односу на захтев за накнаду штете нижестепени судови налазе да и уколико је тужилац претрпео штету, исту је претрпео својом кривицом а не кривицом туженика, па стога нема основа за накнаду штете од стране туженика.

Одбијањем тужбеног захтева од стране нижестепених судова, по нахођењу Врховног суда, погрешно је примењено материјално право, због чега је чињенично стање остало непотпуно утврђено. Наиме, нижестепени судови утврђују да је туженик вратио тужиоцу средства одобреног кредита и то пре утужења, односно 24. децембра 1991, а при томе није разјашњено када је туженик према закљученом уговору о кредиту био дужан да отпочне са отплатом кредита. За правилно решење овог спора нужно је поуздано утвр-

дити какав је био споразум парничних странака у вези са враћањем средстава кредита, према уговору о кредиту, те у том смислу да ли је туженик пао у доцњу са плаћањем приспелих ануитета, односно целог дуга. Надаље, нижестепени судови утврђују да тужилац није претрпео штету, односно да штету није претрпео кривицом туженика, те да нема основа за накнаду штете, а при томе нису дали разлоге за овакав свој закључак. Наиме, из образложења побијане пресуде не види се да је дошло и када је дошло до промене намене производње, да ли су и на који начин уређени односи између парничних странака у вези са новом производњом, това јунади, и како су регулисани односи у погледу неиспоручене количине прасећег меса, односно прасади.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 4375/93, од 11. јануара 1994)

УГОВОР О ПРОДАЈИ – ОДГОВОРНОСТ ПРОДАВЦА ЗА МАТЕРИЈАЛНЕ НЕДОСТАТКЕ ПРОДАТЕ СТВАРИ

78

Када се купчев налог односи на продају друге ствари без недостатка уместо продате и предате ствари која има недостатак, суд ће, ако је отклањање недостатка могуће и економски оправдано, обавезати продавца да уклони недостатак.

Из образложења:

Побијаном пресудом потврђена је пресуда Општинског суда у Крагујевцу П. 1594/91 од 10. II 1992. године, у делу у којем је одбијен као неоснован првородни тужбени захтев којим је тужилац тражио да суд солидарно обавеже тужене да му предају ново путничко возило марке „југо 101 – скала" – 55/Б, а да узму његово возило исте марке, све у року од 15 дана. Затим је одбијен као неоснован другородни тужбени захтев којим је тужилац тражио да суд обавеже туженике да на његовом возилу изврше замену шасије и плате све трошкове у вези са заменом, а уколико то не ураде, да се овласти тужилац да то учини преко трећих лица на терет туженика. Истом пресудом потврђена је првостепена пресуда у делу у којем је одлучено о трошковима поступка.

Против наведене пресуде тужилац је изјавио ревизију због битних повреда одредаба ЗПП и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу чл. 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да ревизија није основана.

Побијана пресуда није обухваћена апсолутном битном повредом из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП на коју Врховни суд пази по службеној дужности, нити апсолутном битном повредом из т. 13 наведеног члана, на коју се ревизијом неосновано указује, јер побијана пресуда садржи правилне и јасне разлоге о одлучујућим чињеницама, па се иста може са сигурношћу испитати.

И Врховни суд налази да тужилац као купац нема права на замену возила, нити замену школьке, како истиче, будући да се корозија на возилу појавила по истеку гарантног рока од годину дана. Ово због тога јер из допунске гаранције, која је саставни део уговора о купопродаји возила, не произлази обавеза првотуженог да замени возило нити школьку због наведеног недостатка, већ има право да отклони недостатак у погледу антикорозионе заштите возила, што је и учињено. Како и поред отклоњених недостатака возило има умањену вредност, то је евентуално основан захтев тужиоца за накнаду по овом основу, који је утврђен од стране вештака у досуђеном износу

од 46.000 динара, а што је у складу са одредбом члана 488 ЗОО. Јер, кад купац тражи да му продавац преда ствар без недостатка, а уклањање недостатка је могуће и економски оправдано, онда ће суд обавезати продавца да недостатак уклони, што су правилно закључили и нижестепени судови.

Стога су неосновани наводи тужиоца да је суд погрешио кад у смислу члана 501 наведеног закона није обавезао солидарно произвођача и продавца возила да замене шасију или замене возило, пошто се, с обзиром на изложено, ова законска одредба у конкретном случају не може применити.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1083/93, од 5. априла 1993)

79

Купац има право да захтева од продавца да му преда другу ствар без недостатка, ако недостатак на продатој и предатој ствари није могао да буде у потпуности уклоњен.

Из образложења:

У досадашњем поступку је утврђено да је тужилац од туженог купио путничко возило „застава 128/1100" дана 14. новембра 1984. године, када му је исто и испоручено, да је тужилац у гарантном року приметио да се фарба на шкољки аутомобила љушти и да је овај недостатак пријавио туженом као продавцу и сервисеру. О томе је отворен и радни налог бр. 341548. У радном налогу је наглашено да треба извршити фарбање са унутрашње стране на поклопцу гепека и скидање напрслог слоја по целој страни возила од друге боје. Утврђено је такође да се са овако понуђеном оправком тужилац није сагласио већ је тражио испоруку новог возила. Вештачењем пред првостепеним судом утврђено је да се недостатак на возилу може потпуно отклонити заменом нове шкољке, а да не би било економски оправдано вршити оправку лима јер се на тај начин уочени недостатак не би могао уклонити.

Код тако утврђеног чињеничног стања, првостепени суд је у целости усвојио постављени тужбени захтев применом одредбе члана 488 ЗОО, уз оцену да је тужилац према наведеној законској одредби имао право да тражи и замену возила новим возилом и да ће једино на тај начин бити потпуно обештећен.

Преиначујући првостепену пресуду, окружни суд је применом исте одредбе оценио да кад ствар има недостатак, купац може тражити од продавца испуњење уговора предајом друге ствари без недостатка само ако се недостатак не може уклонити или је његово уклањање економски неоправдано. С обзиром да је вештак установио да се недостатак на тужиочевом аутомобилу могао уклонити заменом шкољке, а пошто тужилац овакав захтев није поставио, преиначио је првостепену пресуду и тужбени захтев одбио.

Врховни суд прихвата становиште изражено у другостепеној пресуди да би тужилац имао право на предају друге ствари без недостатка под условом да недостатак на возилу није могао да се уклони. Вештачењем је утврђено да је уочени недостатак могао да се уклони заменом шкољке. Из радног налога умешача број 341548 утврђено је да је тужиоцу понуђено отклањање недостатка на возилу фарбањем са унутрашње стране на поклопцу гепека и скидањем напрслог слоја по целој страни возила од друге боје. Вештак се изјаснио да се оваквим радовима недостатак не би могао потпуно уклонити. Тужилац је одбио да прихвати да се на возилуураде ови радови а није му понуђена замена шкољке. Из свега изложеног произлази да тужени није понудио адекватну поправку, којом би се потпуно уклонио недостатак на возилу.

Нижестепени судови ову чињеницу нису ценили, а иста би по оцени Врховног суда била од утицаја на правилну примену материјалног права.

Из наведених разлога стекли су се услови да се нижестепене пресуде укину и да се предмет врати првостепеном суду на поновно суђење. У поновном поступку првостепени суд ће поступити по изложеним примедбама, тако што ће приликом поновног одлучивања оценити да ли је тужени понудио адекватну поправку возила, којом би се недостатак потпуно уклонио, и каквог утицаја ова чињеница има на право тужиоца да му се преда ствар без недостатка.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 1810/93, од 1. јуна 1993)

УГОВОР О СТИПЕНДИРАЊУ

80

Уговорник се не може позивати на промењене околности ако су оне наступиле по истеку рока за испуњење његове уговорне обавезе.

Из образложења:

Предмет овог спора је тужбени захтев за испуњење уговора о стипендији.

У доказном поступку је утврђено да су странке, дана 5. децембра 1994. године, закључиле уговор о стипендији, по коме се тужени обавезао да тужиљи као студенту I године Економског факултета у Крагујевцу плаћа стипендију почев од 1. октобра 1994. године па до 30. септембра 1999. године, у 12 месечних рата сваке школске године и у износима утврђеним општим актом и одлуком туженог. Такође, истим уговором тужиља се обавезала да редовно уписује наредну годину и да о томе достави туженом потврду Факултета. Тужиља је са своје стране испунила уговорне обавезе и редовно уписала II годину Економског факултета, о чему је на време доставила званичну потврду, али тужени није исплатио ниједну рату стипендије, већ је обавестио тужиљу да је једнострано раскинуо уговор због измењених околности насталих после закључења уговора, које се огледају у западању туженог у тешку материјалну ситуацију. Иначе, тужени није оспорио висину износа неисплаћених рата стипендије, већ је оспорио само основ.

Полазећи од оваквог чињеничног стања, нижестепени судови су правилно закључили да је тужени дужан да испуни своју уговорну обавезу, предвиђену чл. 4 уговора и да исплати тужиљи доспеле рате стипендије, ближе означене у изреци првостепене пресуде. Такође, правилан је став нижестепених судова да се у конкретном случају нису стекли услови из чл. 133 Закона о облигационим односима за једнострани раскид уговора о стипендији, јер је у време закључења уговора пословање туженог било стабилно, а и за случај да су промењене околности наступиле, на њих се тужени према ставу 3 наведеног члана не може позивати, јер су настале по истеку рока одређеног за испуњење обавезе.

У ревизији се истичу две чињенице: да пре закључења уговора о стипендији није расписан конкурс и да је уговор о стипендији испред туженог потписало неовлашћено лице. Ово су у ствари једина два разлога због којих је ревизија изјављена, али по налажењу ревизионог суда, и ове чињенице не могу представљати разлоге за неиспуњење и једнострани раскид уговора.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1339/97, од 23. априла 1997)

УГОВОР О ОСТАВИ

81

Уговор о остави може закључити као оставодавац и лице које није сопственик ствари. Пошто истекне рок на који је закључен уговор, оставопримац је дужан да врати ствар своме сауговорнику, оставодавцу, и када овај није сопственик.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, спорне ствари, ближе описане у изреци првостепене пресуде под I, биле су у државини код тужиоца на његовом рибњаку, с тим што су се налазиле у контејнеру туженика. Туженик је преузео контејнер не знајући за његову садржину, али су се странке касније споразумеле да тужени чува ствари тужиоца. Ово је поступајући суд утврдио увидом у списе предмета П. бр. 915/96, где се налази и записник о примопредаји од 29. III 1993. године који су овлашћена лица парничних странака потписала и оверила печатом. Међутим, према записнику од 30. III 1996. године, спорне ствари туженик је, уместо тужиоцу, предао умешачу ЗЗ „Пољопривреда", који се позивао на то да му исте ствари припадају по основу деобног биланса између њега и тужиоца.

Привредни судови су сматрали да су парничне странке закључиле уговор о остави ствари, да је реч о стварима које су биле у државини тужиоца, и да је тужени ове ствари као оставопримац чувао и био у обавези, применом члана 714 ЗОО, да их врати тужиоцу, с тим да ће се питање својине над самим стварима решити у посебном поступку код деобе ствари, деобним билансом између тужиоца и умешача на страни туженог.

На основу изложеног чињеничног стања, привредни судови су правилно применили материјално право када су усвојили тужбени захтев тужиоца на повраћај ствари, дајући за то разлоге на које упућује и овај суд.

Врховни суд налази да се у ревизији неосновано позива на то да је спорни однос између странака расправљен уз погрешну примену материјалног права. Наводи на које се указује у ревизији већ су истицани у проведеном поступку и исте наводе привредни судови су правилно оценили. У ревизији се наново указује на то да су спорне ствари подељене у поступку проведеном пред првостепеним судом под бројем И. 324/95 према записницима од 30. I 1996. године и 27. VI 1996. године. Међутим, привредни судови су цитиране записнике приложене уз поднесак умешача на страни туженог од 30. VIII 1996. године извели као доказе у проведеном поступку и правилно закључили да се питање својине има решити деобним билансом између тужиоца и умешача на страни туженог, а да тужени оставопримац није смео да дозволи да ствари које су предмет спора однесе треће лице.

У проведеном поступку утврђено је постојање активне легитимације на страни тужиоца. Виши привредни суд правилно указује на то да уговор о остави може пуноважно закључити у своје име и лице које није сопственик ствари, с тим да је оставопромац дужан да врати ствари управо њему, изузев ако би дознао да је ствар украдена.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 287/97, од 4. јуна 1997)

Приредио Милан Субић,
судија Врховног суда Србије,
у пензији.

Karl Larenz:
Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: *Allgemeiner Teil*
(14. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, XX + 668)

А. Опште карактеристике дела

1. Пред нама је четрнаесто издање *Општег дела облигационог права*, чији је аутор један од најпознатијих и најпризнатијих правних писаца овог века: Карл Ларенц (Karl Larenz).[1] За њега се може заиста рећи да је „духовни отац" великог броја правника, и то не само у својој земљи него и изван ње. Јер Ларенцов двотомни уџбеник облигационог права преведен је на више страних језика, а многи инострани правници читали су га и у оригиналу. Спада у ред „великих" уџбеника, који ниједан домаћи истраживач проблема из домена облигационог права није могао да заобиђе. Сем тога, то је дело на које су се немачки врховни судови, у својим одлукама, највише позивали. С друге стране, Ларенц у овом уџбенику обилато презентује одлуке Савезног врховног суда Немачке и бившег Reichsgericht-a. И то не само оне које су подударне са његовим ставовима, него и одлуке које одударају од његовог мишљења. Ларенцов уџбеник тако верно одражава стање немачке судске праксе и правне теорије, али и властите идеје пишчеве. Све што је у овом уџбенику изложено, казано је јасно и уверљиво, образложено и поткрепљено примерима из судске праксе и ставовима из правне теорије. Здружили су се у њему велика правна култура, изванредни резони и говорна моћ писца. Једном речју, уџбеник се одликује познатим Ларенцовим даром и маром.

2. Из предговора пишчевог дознајемо да је он и у овом издању књиге следио исти циљ као и у претходним издањима: тежио је да напише уџбеник чији ће сви делови бити међусобно повезани, читљиви и по себи разумљиви, тако да пруже заокружену слику изложених правних института. Као и раније, писац се и овог пута трудио да читаоцу разјасни и садржину и смислену повезаност правних норми. Промењене су само теме на које су стављени

1 О Ларенцу као правном писцу и човеку уопште видети приказ његовог прерађеног *Општег дела грађанског права*, објављен у: *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–3/1997, стр. 240–241.

посебни нагласци и неке старије судске одлуке замењене су новим. Но, Ларенц се није задовољио пуким актуализовањем свога уџбеника, него је многе његове делове побољшао и проширио. Због тога је ово издање (последње за живота пишчевог) за целих 60 страница веће од претходнога. Ако се има у виду чињеница да га је Ларенц припремао у време кад је већ био премашио осамдесету годину живота, онда постаје јасно колико је он био неуморан у своме раду. Ларенц је бивао све старији и немоћнији, али је његов уџбеник остао млад и моћан. Не само што је надживео писца, него ће још задуго трајати.

Б. Садржина дела

1. Ларенцова књига се састоји из увода и седам поглавља, којима претходе дугачки спискови одговарајуће литературе. На почетку стоји детаљан садржај целог уџбеника и објашњење употребљених скраћеница, док на крају следују стварни регистар појмова и регистар законских параграфа са назнаком места њиховог навођења. Све то, међутим, није нека особеност Ларенцовог уџбеника, него је немачки стандард.

2. Уводни део има три параграфа, од којих је, и по обиму и по садржини, најважнији други. Он носи назив „Структура облигационог односа" и обухвата ова питања: 1) Обавезе из облигационог односа; 2) Потраживања; 3) Спроводљивост потраживања; 4) Дуг и одговорност; 5) Облигациони однос као склоп и као процес; 6) Трајни облигациони односи.

3. Прва глава је посвећена заснивању облигационих односа путем уговора и „пословног контакта". Њен „грађевински материјал" распоређен је у шест параграфа, који долазе овим редом: 1) Слобода уговарања и њене границе у облигационом праву; 2) Прописи о форми у облигационом праву; 3) Одређивање садржине уговорног облигационог односа; 4) Предуговор, уговор о промени, новацији и поравнању; 5) Првобитна немогућност чинидбе и првобитна неспособност дужника; 6) Законски облигациони односи без примарне обавезе на чинидбу.

4. Друга глава је насловљена са „Права и обавезе из облигационог односа", а раздељена је у осам параграфа: 1) Принцип верности и веровања (Treu und Glauben);[2] 2) Релативна неодређеност предмета чинидбе; 3) Новчани дуг; 4) Посебно регулисана потраживања; 5) Делимично испуњење, испуњење преко трећих, место

2 То значи бити веран и веровати у верност друге стране у облигационом односу, што одговара, приближно, начелу савесности и поштења, којим баратају наши правници.

и време чинидбе; 6) Узајамни уговор; 7) Опште право придржаја; 8) Укључивање трећих у облигациони однос.

5. Треће поглавље гласи: „Гашење потраживања и окончање облигационог односа". Оно има само два одељка: 1) Испуњење и другачије намирење повериоца; 2) Остали разлози гашења потраживања и окончање целог облигационог односа.

6. Четврта глава заузима једно од двају централних места у уџбенику и попуњава простор од 144 странице. Њен наслов је: „Кршење обавезе и ометање испуњења". Тако насловљена проблематика обрађена је у осам мањих делова, тј. параграфа: 1) Одговорност дужника; 2) О препрекама испуњењу за које није одговоран нико од учесника; 3) О немогућности испуњења за коју је одговоран дужник; 4) Доцња дужника; 5) Шкођење рђавим испуњењем, остала кршења обавезе и споразум о уговорној казни; 6) Суодговорност повериоца, посебно о повериочевој доцњи; 7) Свршетак уговорног односа после учињеног одустанка; 8) Примена облигационих норми и одговорности на посебне чинидбене односе јавног права.

7. Пета глава односи се на обавезу накнаде штете. Њен текст захвата простор од 149 страна, што је јасан доказ њеног централног места у уџбенику. Сва изложена грађа ове главе смештена је у шест параграфа: 1) Претпоставке и опсег обавезе на накнаду штете уопште; 2) Предмет обавезе на накнаду штете (натурална реституција и новчана накнада); 3) Надокнада имовинске штете у новцу; 4) Фактори који умањују штету; 5) Отпадање или ограничење обавезе на накнаду из посебних разлога; 6) Питања регреса у праву која се тиче накнаде штете.

8. У шестој глави обрађена су питања под насловом „Правно следовање у потраживања, у обавезе и у облигационе односе". Последње, седмо поглавље посвећено је „Множини поверилаца и дужника".

B. Одабрана места

Из мноштва питања која су у овом уџбенику обрађена, издвајам два, која ми изгледају посебно интересантна за домаће читаоце. То су: 1) Непажња као типична кривица у грађанском праву, и 2) Узрочна веза као претпоставка одговорности због штете.

I. Непажња као типична кривица у грађанском праву

1. Према § 276, ст. 1 немачког Грађанског законика (скраћено: BGB), „непажљиво поступа онај ко занемари пажњу која је у саобраћају потребна". Ако из таквог поступања проистекне ште-

та за неког другог, следује прекор због непажње, тј. кривице. По Ларенцу, тај се прекор упућује зато што је лице у питању штетну последицу свог понашања могло предвидети и избећи, само да се понашало другачије, тј. како треба. Стога, предвидљивост и избежљивост штете чине елементе кривице у облику непажње. Ако је човек крив због својих поступака и њихових последица, тада је он, према основном закону етике, за њих *лично* и одговоран. У тој одговорности садржани су, истовремено, признање бића његове личности и његова везаност за моралне и правне норме (стр. 276).

2. Ларенц ће, међутим, приметити да лична одговорност налази свој пуни израз у кривичном, али не и у грађанском праву. Инсистирање на строго личној одговорности није прихватљиво за грађанско право, јер би иначе многе узроковане штете морале остати ненадокнађене. Човека можемо учинити лично одговорним због његових поступака само уколико је он, „према својим духовним и телесним способностима, био у стању да спозна и учини оно што је потребно". Стога су немачки судови, одавно, стали на становиште да у грађанском праву важи *објективизовано или типизирано мерило за непажњу*. То гледиште следи и претежан део правне теорије (стр. 285). Према том схватању, грађанска одговорност због непажње уопште зависи од *типичних знања и способности* припадника одређеног занимања или одређене групе учесника у саобраћају (на пример, возача моторних возила), или одређене старосне групе. Онај ко обавља позив лекара, занатлије, земљорадника или трговца, тај треба да јемчи барем за просечне способности и знања припадника тих професија, као и за пажњу мерену према способностима и знањима њених уредних посленика. Њега, међутим, не треба ослободити од прекора због непажње зато што не располаже типичним знањима и способностима, који су својствени људима његовог занимања или старосног доба, и чији недостатак он *лично* није скривио. Као илустративан пример, Ларенц наводи случај возача моторног возила који је, због њему непознате слабости свога вида, прегазио непримећеног бициклисту. У пресуди о том случају, Савезни врховни суд Немачке је истакао да је „оптужени морао спознати барем границе своје индивидуалне могућности виђења, као и сваки возач моторног возила". Ту се није постављало питање да ли је управо тужени возач могао постати свестан граница своје недовољне способности виђења, него да ли би то спознао возач нормалних способности, брижљив возач. Лично незнање или несазнатљивост самог туженог возача не ослобађају га од терета кривице (стр. 286). С друге стране, индивидуални прекор кривице због непажње долази у обзир само кад је у питању лице које располаже специјалним знањима, већим од просечних. Јер онај ко више може, тај је више и дужан.

3. По Ларенцу, ово схватање значи да одговорност због непажње у грађанском праву садржи у себи елементе и *објективне одговорности*. Кад су у питању уговорни односи, разлог томе лежи у потреби да се свако може ослонити на веровање да његов партнер поседује типичне способности људи своје професије или своје групе. Вођење рачуна о чисто индивидуалним моментима, који појединце оправдавају, лишило би саобраћај потребне заштите до извесног степена. Ни за деликатне радње „субјективно" мерило није у складу са потребом за прикладним намирењем штете. Јер у грађанском праву није реч о казни него о правичном раздељивању штете; а за ту сврху није довољно строго индивидуално мерило кривице. Истина, у многим случајевима у којима се замерка због непажње темељи на објективном мерилу, она ће бити основана и у односу на конкретног починиоца штете. Утолико се, дакле, остаје у оквирима принципа кривице. Али у мањем броју ситуација, у којима то није случај, примена објективног и типизираног мерила за кривицу води, у ствари, ка одговорности за ризик, тј. ка одговорности због немања властите способности. То је, у неку руку, цена коју грађанско право плаћа због начелног признања принципа кривице (стр. 286–287).

4. У закључном делу свога излагања Ларенц ће поново подвући да „објективно" мерило за нехат захтева да се води рачуна о способностима различитих група људи. Отуда: што је више подела на групе, све се више враћамо поново субјективном мерилу. Сем тога, у извесним прописима грађанског права појам непажње употребљен је као строго индивидуални појам (на пример: § 161, ст. 1 и § 254 BGB). Објективно мерило за нехат не долази у обзир ни кад се ради о накнади неимовинске штете у смислу задовољења, нити у случају кад неко, помажући другоме у невољи (непрофесионално), проузрокује штету зато што је објективно непажљиво поступио јер су његове снаге или способности биле недовољне. За појам „непажња", који правни поредак тако често употребљава, не мора да важи увек исто мерило. Такво поимање не произлази нити из језичког сазвучја, нити из природе ствари, нити из постулата правичности (стр. 287–288).

II. Узрочна веза као претпоставка одговорности због штете

1. Ову тему је Ларенц обрадио најпре у својој докторској дисертацији (1927. године), а и доцније, у више махова, поново се бавио њоме. И у уџбенику он узрочној вези придаје посебан значај, те о њој говори на целих 27 страна, од којих је најмање једна трећина штампана ситним словима. Цело излагање сместио је под наслов који је за нас необичан: „Однос између чињеничног стања које заснива одговорност и даљих штетних последица". После тог главног наслова следи више поднаслова, чије су формулације такође изненађујуће, али ће убрзо све постати јасно и разумљиво.

2. Готово на самом почетку, Ларенц ће указати на потребу да се прави разлика између *каузалитета који заснива одговорност* и *каузалитета који одговорност испуњава*. Први се тиче узрочне везе између одређене човекове радње и повреде туђег правног добра или штитећег закона. Таква је, на пример, веза између радње дужника накнаде и повреде тела или оштећења ствари. Ако из тога још настану и даље штетне последице, ради се о узрочној вези која испуњава одговорност. Узрочна веза која заснива одговорност нормативно је ограничена захтевом за противправношћу радње и кривицом њеног извршиоца. Али узрочну везу која испуњава одговорност закон не коригује, него то мора да чини судија у сваком конкретном случају. И ту је управо оно што задаје тешкоће, о којима ће Ларенц говорити у своме даљем излагању о овој теми. Али, пре него што отпочне ту причу, он ће (ситно штампаним текстом) разјаснити поближе разлику између те две врсте узрочности, на два примера из судске праксе.

а) Мало псето претерано плашљиве госпође А напао је велики пас лица Б. Видевши да је њен љубимац у озбиљној опасности, госпођа А се онесвестила. И док се њеном љубимцу није ништа догодило, она је, онесвешћена, пала на степениште и задобила телесну повреду. У овом случају је пас лица Б само привидно напао пса госпође А, али не и њу лично. Нападом изазвана несвестица и из тога произишла телесна повреда госпође А није, међутим, последица претходно настале повреде њеног пса (да јесте, била би то пратећа или посредна штета, која је проистекла из штете на ствари, па би се могло говорити и о каузалитету који одговорност испуњава), него је непосредна последица понашања великог пса лица Б, које је њу уплашило. Постоји узрочна веза између понашања животиње и телесне повреде жене А, и то је веза која заснива одговорност лица Б. Али се поставља још питање да ли такво оштећење здравља, које је искључиво последица деловања страха, битише у оквирима опасности од животиње за коју се одговара по § 833 BGB? Краће речено, да ли ту штету треба подвести под ризик који § 833 BGB ставља на терет држаоцу животиње? Ако се на то питање одговори позитивно, тиме је потврђена опстојност узрочне везе која заснива одговорност лица Б, и оно је дужно да госпођи А надокнади штету насталу „из" оштећења здравља. Тек ако се постави питање даљих, пратећих штета, њихова накнада зависиће од узрочне везе која испуњава одговорност. У овом случају, то би била веза између оштећења здравља и тиме изазваних даљих губитака, као што је, на пример, губитак зараде.

б) Жена, чији је супруг настрадао у саобраћајном удесу, тражила је надокнаду због штете на своме здрављу, коју је претрпела услед мужевљеве смрти. Она је одраније била зависна од алкохола, али се њено стање, после смрти супруга, погоршало услед губитка

„стабилизирајућег деловања" њеног мужа. Тврдила је да се штета на њеном здрављу манифестује у појачаној зависности од алкохола. Ларенц сумња да се овде уопште може говорити о оштећењу здравља у смислу § 823 BGB. Савезни врховни суд Немачке дао је мишљење да се, „према искуству живота, може сматрати да би се зависност жене од алкохола појачавала и без смрти мужа". Самим тим, тај суд је негирао постојање узрочне везе између саобраћајног удеса и оштећења здравља, која би могла да заснује одговорност (стр. 433).

3. Водећи рачуна о томе да је узрочна веза природна појава, Ларенц констатује да је за одређени догађај „узрочан" сваки услов, тј. свака околност коју није могуће апстраховати а да, услед тога, и ток догађаја не буде другачији, да се догађај уопште не деси или да се не деси барем у одређено време (*теорија conditio sine qua non*). То значи да је узрочна веза у смислу природних наука *безграничнa*. Међутим, одговорност изискује границе, јер дужност накнаде штете не може бити бескрајна и непрегледна. Али, пошто се те границе не дају утврдити из самог појма узрочне везе, морају се наћи други критеријуми који оправдавају приписивање штетних последица подручју одговорности дужника надокнаде (стр. 434–435). Најпре је учињен покушај да се одговорност за сасвим удаљене последице искључи помоћу *правног појма узрока*, али се убрзо увидело да о њему није уопште могуће говорити, јер је појам узрочне везе својствен свим наукама. После ступања на снагу BGB, извесни немачки правници су „лансирали" *теорију адекватне узрочне везе*, сматрајући да једино „адекватна узрочна веза може бити узрочна веза 'у правном смислу'". Ларенц примећује да је тек доцније дошло до спознаје да се не ради о питању узрочне везе него о *проблему приписивања*. Законодавац не располаже појмом узрочности, а осим тога, право, понекад, води рачуна и о узрочним везама које нису адекватне. „Овде се ради о питању колико далеко сама узрочна веза, кад постоји чињенично стање што заснива одговорност, може да образложи одговорност за пратеће штете." Одговор на то питање изискује вредновање које је страно појму узрока (стр. 435).

4. Ларенц ће објаснити да вредновање по теорији адекватности иде за тиме да подручју одговорности дужника надокнаде припише даље штетне последице које су се надовезале на догађај што заснива одговорност, уколико њихово наступање, са становишта *искусног посматрача*, није могло изгледати потпуно невероватно. Тиме треба да буде искључено приписивање оних штетних последица које би могле настати захваљујући једино сасвим необичном спајању околности које, с гледишта замишљеног посматрача, није никако требало очекивати. Такве последице не треба стављати на терет дужнику накнаде, него има да их сноси онај кога су погодиле („casum sentit dominus"). Другим речима, према околностима сазнат-

љивим у време настанка штетног догађаја, овај догађај мора бити подесан да изазове насталу штету. При оцени тог питања ваља узети у обзир сва сазнања којима је дужник у датом тренутку располагао, али и знања искусног посматрача догађаја. Овај критеријум приписивања штете важи, у првом реду, кад се штетни догађај своди на човеково понашање и одговорност по основу кривице. Објективна, пак, одговорност не зависи од адекватности узрочне везе, него од реализације специфичног ризика који је својствен опасној ствари и опасној делатности. Ларенц констатује да је такав став Савезни врховни суд Немачке заузео у три позната случаја. У првом случају, Суд је потврдио одговорност држаоца аутомобила који је аутомобил уступио лицу које је њиме намерно усмртило полицајца. Други и трећи случај тичу се штета узрокованих авионима на млазни погон, који су ниско прелетали куће и аутомобиле (стр. 439).

5. Говорећи даље о теорији адекватне узрочности, Ларенц ће, са негодовањем, истаћи податак да се њено учење, у судској пракси, поима веома широко. Јер у тзв. „накнадну објективну прогнозу" штетног догађаја Савезни врховни суд не укључује само дужника него и треће замишљено лице, које назива „оптималним" посматрачем. Том „оптималном" посматрачу судови приписују знања и таквих околности какве су за дужника накнаде штете биле чак несазнатљиве. Следећи случај то јасно показује: Лице коме је други нанео телесну повреду умрло је од последица повреде која није нарочито тешка, зато што је било срчани болесник. Бивши Reichsgericht је осудио делинквента да надокнади штету због убиства, и то је овако образложио: „Ко недопуштено поступи према човеку слабог здравља, тај нема право да буде третиран као да је повредио здравог човека." Другим речима, то значи да ваља увек рачунати са могућношћу да је повређено лице било већ одраније тако слабо да ће повреда његовог здравља досегнути веће размере неголи повреда здравога. Према схватању немачког Савезног суда, то важи чак и у случају кад су необично тешке последице условљене дотад непознатом болешћу повређеног, која је несрећним случајем само активирана (стр. 437–438). Чак и нова штета, која је настала доцније, сматра се адекватном последицом раније повреде. Тако је у једном случају повређени изгубио ногу и носио протезу, па је после десет година, услед осакаћености, пао и претрпео нове телесне повреде. Reichsgericht је сматрао да је „према општем људском искуству, требало рачунати и са далеком могућношћу да тужилац, услед нестабилности коју условљава ношење вештачке ноге, пре и теже неголи остали људи, падне и при том задобије нове повреде" (стр. 438).

6. Ларенц не одобрава овакво либерално поимање „адекватности" узрочне везе, јер сматра да се оно управља према „свезнајућем" посматрачу тока догађаја, за кога су предвидљиве и сасвим

необичне околности. Он каже да и други немачки правници деле његово мишљење да је појам „адекватности" неодређен и да судовима оставља сувише широк простор за оцену. Неки су чак сматрали да теорија о адекватности није у стању да одговорност због штете доведе у разумне границе, па зато предлажу друга мерила. Међутим, правна пракса се и даље чврсто држи овог учења. Па ипак, она је прихватила, уз то, и извесне допунске критеријуме. Ту је, на првом месту, *теорија о циљу норме*, која тражи да се питање домашаја одговорности због штете решава тумачењем смисла и досега прекршених правних норми, објашњењем њиховог штитећег циља. По правилу, штитећи циљ норме изискује приписивање одговорном лицу само оних штетних последица које са догађајем што одговорност заснива стоје у адекватној узрочној вези. Али, циљ норме може, изузетно, захтевати и накнаду неадекватне штете, тако да је довољна „природна" узрочна веза. То се догађа кад је у питању одговорност због штете узроковане опасним стварима и опасним делатностима, али и штете изазване вакцинацијом. У тим случајевима ваља гарантовати намирење и због штетних последица са чијим наступањем не треба, по правилу, рачунати, али које се, иако ретко, могу ипак показати. И веома мали ризик штете, који није узет у обзир, треба да буде покривен. То значи да се теорија адекватне узрочности и теорија о циљу штитеће правне норме морају примењивати напоредо, јер оне једна другу не искључују (стр. 445–446).

7. Међутим, Ларенц ће убедљиво показати да се проблематика узрочне везе овим не исцрпљује. Са догађајем који заснива одговорност могу, наиме, бити повезане и радње трећег лица или самог оштећеног, које доведу до увећања штете. И те даље штетне последице ваља приписати одговорном лицу, уколико су оне условљене радњама оштећеног или трећег које не представљају необичну реакцију на штетни догађај, тј. уколико је узрочни ланац био „адекватан". Ради се, већином, о погрешним поступцима, учињеним у намери да се већ настала штета умањи или отклони, али и о трошковима које оштећени начини да би дужника накнаде идентификовао и од њега затражио намирење. Али, приписивање је искључено у случају кад су даље штете узроковане радњом оштећеног или трећег која почива на њиховој слободној вољи, и која није „изазвана" догађајем што одговорност заснива. Ту је реч о радњама које су продуковале нови ризик штете, који се управо и остварио. Обе изложене ситуације Ларенц је зачинио са много примера из судске праксе. Ево неких од њих: Приликом операције једног повређеног лица, лекар је открио diverticulum (побочни џеп) на његовом цреву, па је и њега операцијом одстранио, али је повређени умро од последица те друге операције. Савезни врховни суд стао је на становиште да првобитни штетник не треба да одговара за смрт повређенога (стр. 450). Али, ако је повређено

лице погрешно лечено, зато што је његова повреда погрешно дијагностикована, па услед тога претрпи даљу штету на своме здрављу, сматра се да је првобитни штетник и за њу одговоран. Пракса немачких судова одбија одговорност првобитног штетника само због *грубих лекарских грешака* у лечењу повређенога, јер сматра да за те грешке недостаје адекватна узрочна веза. Ларенц мисли да је такво образложење погрешно, јер, по њему, лекар треба да одговара зато што је његов допринос штети знатно претежнији од доприноса првобитног штетника. Другим речима, допринос првог починиоца штете узрочном ланцу сасвим је безначајан. Међутим, ни то правило није неограничено, јер приликом оцене степена одговорности ваља водити рачуна и о степену кривице. Ако је први штетник намерно нанео другоме телесну повреду, треба да му одговара и за пратеће штете које су резултат грубе лекарске грешке (стр. 450).

8. Ларенц подвлачи да ова проблематика није својствена само штетама због телесне повреде, него се јавља и у области уговорних односа. Тако је у једном случају нотар извршио погрешну оверу уговора о куповини непокретности. Продавац је хтео да ту околност искористи као разлог за разрешење уговора. Стога је тужио купца и тражио да суд утврди да је уговор ништав. Пошто је ту парницу изгубио у свим судским инстанцама, продавац је захтевао од нотара да му надокнади парничне трошкове. Савезни врховни суд је одбио тај захтев, сматрајући да „властита одлука оштећенога није изазвана понашањем штетника“ (стр. 451).

9. Излагање о узрочној вези Ларенц завршава објашњењем нечињења као узрока штете. Ту је реч о непредузимању неке радње која би одређену штету спречила или бар умањила. У том случају, нечињење се правно изједначава са изазивањем конкретне штете позитивним чином, али само уколико је одговорно лице било дужно да штету предупреди и да дела у томе циљу. Даља је претпоставка да је одговорном лицу, у датој ситуацији и уз сву објективно потребну пажњу, било стварно могуће да одговарајућим чињењем штету предупреди или умањи. Јер само ако је таква могућност постојала, његова пасивност има вредност услова штете, макар и „негативног“. Ларенц ће нарочито истаћи да такви негативни услови нису карике реалног узрочног ланца, него их ми само, у мислима, у њега укључујемо. То је могуће зато што је и нечињење облик човековог понашања којим управља његова воља. Међутим, ишло би се сувише далеко ако бисмо од сваког захтевали да свуда, где му је то могуће, дела ради заштите туђих правних добара, као што од свакога тражимо да избегне повреде таквих добара активним понашањем. Једино лицу које је имало правну обавезу да претећу штету од другог отклони, можемо упутити прекор због пасивног држања и приписати му насталу штету (стр. 457–458).

10. По Ларенцовом мишљењу, обавеза да се туђа штета спречи или умањи може произићи, најпре, из уговора или преговора (таква је, на пример, обавеза да се партнер обавести о извесним стварима), из закона или из опште и основне дужности да се властито понашање тако подеси како њиме не бисмо угрозили друге. Онај ко створи опасност штете по другога има поготову обавезу да ту опасност отклони. Он је дужан „да осигура безбедан саобраћај". Ако то не учини, њему приписујемо насталу штету, као последицу његовог пропуштања. При томе се ради, у ствари, о замишљеној, *хипотетичкој* узрочној вези: питамо се које последице не би наступиле да је пропуштена радња предузета. Али, и код овакве оцене не треба водити рачуна о штетним последицама које се не могу сматрати „адекватним" или се не могу приписати одговорном лицу из неких других разлога (стр. 458).

Г. Закључак

1. Књига коју смо приказали заслужује много више од обичне хвале и препоруке читаоцима. Она је право благо од правничке вештине и памети. Читалац који до ње дође и који се упусти у разговор са њоме, спознаће неслућени свет идеја и података. Те идеје не мора прихватити и усвојити, али их мора уважавати. Јер оне су плод вековне правне културе народа од којег су се и многи други народи учили праву.

2. Никакав приказ и оцена књиге нису у стању да надоместе њено поседовање. Огромна је штета што је она, из више разлога, недоступна југословенским правницима. Та штета дала би се отклонити једино њеним превођењем на српски језик и објављивањем. Онај ко се на то одважи, учиниће велику услугу домаћим правницима.

Јаков Радишић

Dieter Medicus:
Schuldrecht I: Allgemeiner Teil
(9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1996, XV + 411)

А. Увод

1. Немачки студенти права имају на располагању две врсте уџбеника: мале и велике (тзв. Kurzlehrbücher или Grundrisse). Мали уџбеници намењени су студентима који се први пут суочавају са

одговарајућом облашћу права, а велики – искуснијим студентима.[1] Стога мали уџбеници морају посебно бити прилагођени потребама неискусних студената и њиховим могућностима разумевања одређене материје. За предмете који се изучавају на самом почетку студија то прилагођавање има нарочит значај. А облигационо право (супротно нашем очекивању) спада управо у такве предмете, јер се изучава у првом семестру, заједно са општим делом грађанског права. Већ на самом почетку студија студенти бивају увучени у сложену проблематику облигационог права, и зато им ваља пружити уџбеник у коме ће поједини правни институти бити изложени и објашњени веома јасно и прегледно. За пословично педантне немачке професоре такав уџбеник није само идеал коме се тежи, него је и животна стварност. Очигледан доказ за ову тврдњу јесте и уџбеник *Облигационо право: Општи део*, чији приказ следи.

2. Његов аутор је познати немачки правник Дитер Медикус (Dieter Medicus), бивши професор на Универзитету у Минхену и дугогодишњи уредник часописа *Archiv für die civilistische Praxis*. На страницама тог угледног часописа објављен је, својевремено, и један рад из наше домаће продукције о кодификацији облигационог права у Југославији.[2] Поред двотомног уџбеника из облигационог права (општи и посебан део), Медикус је аутор и уџбеника *Allgemeiner Teil des BGB* (досад објављен у шест издања) и специјалног приручника за полагање испита *Bürgerliches Recht*, чије је 17. по реду издање објављено још 1996. године. Сем тога, он је један од писаца чувеног Штаудингеровог Коментара немачког Грађанског законика. Већ само Медикусово име много обећава читаоцу његових дела, али објашњава и потребу да се о његовом уџбенику облигационог права обавесте донекле и југословенски правници.

Б. Карактер и садржина

1. Девето издање овог уџбеника појавило се само годину дана после осмог издања, што очито говори колико је интересовање његових читалаца. Оно није напросто понављање претходног издања, него представља његову преураду и допуну. Из пишчевог предговора сазнајемо да се највеће новине налазе у одељку који се тиче накнаде штете, јер је та област облигационог права најживља. Извесне промене у деветом издању проистекле су из најновије праксе Савезног уставног суда Немачке, из праксе Врховног суда

1 Треба имати у виду да немачки студенти за време студија не полажу испите из предмета из којих слушају предавања, него то чине тек после, и то, по правилу, изван факултета на коме су студирали. Студирати значи, дакле, само учити, стицати знање.

2 Перовић Слободан, „Die Kodifikation des Obligationenrechts in Jugoslawien", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 182, Heft 4/1982, 293–315.

Европске уније, и из неких смерница ове организације. Писац се нарочито трудио да изложи основ и циљ важећих правних правила и њихову систематску повезаност. Сматрао је да познавање тих ствари, с једне стране, омогућује оштроумну и правилну примену права, а с друге стране, „чува студенте да се не утопе у бујици несхваћених појединости". Приликом објашњења појединих питања, писац стално истиче њихову повезаност са другим сродним питањима и упућује читаоца на одговарајућа места своје прве и друге књиге. Сва питања у овом уџбенику веома су сређена и распоређена, обележена упадљивим насловима и поднасловима, а на маргинама означена још и бројевима који се ређају без прекида. На крају књиге дат је стварни регистар појмова и регистар места на којима су наведени поједини закони. Све то чини овај уџбеник веома прегледним и подесним за употребу и најнеискуснијем читаоцу.

2. Цела грађа књиге распоређена је у девет делова, који одговарају поглављима и које ћемо, ради лакшег описивања, тако и именовати. Највеће јединице у оквиру главе означене су параграфима, који се продужују из једне главе у другу, док су мање јединице обележене римским и арапским цифрама.

3. Прво поглавље насловљено је са „Основи", и у њему су обрађена следећа питања: облигациони однос, раздељивање облигационог односа, спровођење потраживања, облигационо право у Грађанском законику (скраћено BGB), облигационо право изван BGB, функција и тенденције облигационог права, и литература о облигационом праву. Од другог до деветог поглавља следује излагање проблематике овим редом: 1) постанак облигационих односа; 2) садржина облигационих односа и потраживања; 3) испуњење и сурогати испуњења; 4) сметње испуњењу; 5) гашење облигационих односа; 6) садржина захтева за накнаду штете; 7) замена учесника облигационих односа; и 8) учешће даљих лица. Централно место чини део о сметњама испуњењу. Писац под тиме подразумева ситуацију која настаје кад се потраживање благовремено не испуни нити дође до замене испуњења или до давања ради испуњења. Такви случајеви компликују веома облигационе односе, па се зато у свим немачким уџбеницима облигационог права њима поклања нарочита пажња. Ту проблематику Медикус излаже у три одељка. Најпре говори о општим проблемима, као што су: кривица дужника, одговорност за туђу кривицу, одговорност без кривице, и питање конкуренције захтева. Други одељак посвећен је сметњама испуњењу код једностраних облигационих односа, а трећи сметњама испуњењу код узајамних уговора. У оба ова одељка највећи део текста односи се на разјашњење немогућности испуњења, дужничке и поверилачке доцње, и тзв. „позитивне повреде уговора".

4. Пада у очи чињеница да се у *Општем делу облигационог* права говори готово искључиво о облигационим односима који извиру из уговора. Остали извори облигација спомињу се само узгред, у контексту објашњења одговорности због неиспуњења или рђавог испуњења уговорних обавеза. Једино је накнади штете узроковане деликтним радњама дато више простора, али ће тежиште излагања о грађанским деликтима бити, ипак, у другој књизи, тј. у *Посебном делу облигационог права.* С друге стране, о техници склапања уговора, тј. о понуди за закључење уговора и о прихватању понуде нема готово ни помена, јер је јединствен став свих немачких правника да је томе место у општем делу грађанског права, у материји о правним пословима.

В. Одабрана места

Није ни уобичајено нити је могуће да се у приказу књиге укаже подробније на сва питања о којима писац говори. Зато издвајам само два, која ми се чине посебно интересантним: 1) немогућност испуњења обавеза из узајамних уговора и 2) уговор који твори обавезу заштите трећег.

I. Немогућност испуњења обавеза из узајамних уговора

1. Овом питању Медикус посвећује цео један параграф у оквиру одељка о сметњама испуњењу код узајамних уговора. Полази од констатације да свака страна у овим уговорима може одбити да учини оно што је дужна уколико друга страна не нуди истовремено испуњење властите обавезе. То одбијање врши се истицањем приговора неиспуњеног уговора (exceptio non adimpleti contractus). Међутим, ако је испуњење обавезе за једну страну постало немогуће, приговор неиспуњеног уговора постаје бесмислен; поверилац нема више тражбено право којим би могао да оправда своје одбијање противчинидбе. Стога је нужно правно правило о коначној судбини уговора за случај немогућности чинидбе с једне стране, које би се тицало и правне судбине противчинидбе. Ако је противчинидба већ испуњена, тада настаје питање да ли је њу могуће повратити и који би прописи били за повраћај меродавни. Сва ова питања регулисана су у §§ 323–325 и 327 BGB. У њима је садржано правно правило по коме дужник чинидбе која је постала немогућа, чинидбу више и не дугује. Али се у исти мах поставља питање шта поверилац, уместо те чинидбе, може од дужника захтевати, и да ли поверилац дугује и даље противчинидбу коју је у стању да испуни? По BGB, одговор на сва ова питања зависи, у првом реду, од тога ко је одговоран за немогућност.

а) Немогућност за коју није одговоран ни дужник ни поверилац. – Медикус објашњава да се ради о немогућности која је последица случаја или кривице неког трећег. Кад се то догоди, гаси се и дужниково право на противчинидбу, јер треба да буде плаћено само оно што се мора платити (тзв. *функционална синалагма*). Ако је противчинидба већ испуњена, може се захтевати повраћај по прописима о неоснованом обогаћењу. Међутим, писац указује на чињеницу да је по BGB (§ 818, ст. 3.) право на повраћај или надокнаду вредности искључено ако прималац није више обогаћен, тј. ако је оно што је примио изгубио не добивши за то никакво обештећење. Сем тога, у неким изузетним случајевима поверилац мора своју противчинидбу да изврши иако је испуњење обавезе друге уговорне стране постало немогуће. То бива, на пример, кад продавац задржи својину на продатој ствари до исплате цене (§ 455 BGB), па ствар пропадне услед случаја после предаје купцу. Тада продавац није више у стању да купцу пренесе својину на ствар, па зато ни купац не би требало да плати цену, а уколико је већ платио, морао би имати право да је поврати. То би, међутим, било неправично јер је ствар предајом доспела већ у подручје купчевог ризика. Стога BGB (§ 446, ст. 1) допушта да ризик случајне пропасти или погоршања продате ствари пређе са продавца на купца у тренутку њене предаје. Купац је, дакле, дужан да плати уговорену цену иако је случај онемогућио продавца да на њега пренесе право својине.

б) Немогућност за коју је одговоран дужник. – Медикус сматра да је ова ситуација знатно компликованија од претходне. Немачки законодавац овлашћује повериоца да у овом случају захтева од дужника накнаду штете због неиспуњења или да одустане од уговора (§ 325). Накнадом штете због неиспуњења поверилац би требало да буде доведен у ситуацију у којој би се нашао да је дужник своју обавезу испунио: он добија не само новчану вредност изостале чинидбе, него бива подмирен и за све пратеће штете. Али пошто накнада штете замењује дужникову чинидбу, мора и поверилац испунити противчинидбу. То је садржина тзв. *теорије суротаита*. Да би је објаснио, Медикус ће се послужити овим примером: Лице А купи од лица Б извесну ствар за 80 DM, а препрода је лицу В за 100 DM. У случају да Б ствар не преда лицу А, оно може од њега захтевати 100 DM на име накнаде штете због неиспуњења, а дужан је да плати уговорену цену у износу од 80 DM. Ако купац још није исплатио цену, не мора то ни учинити, него ће доћи до пребијања потраживања, па ће продавац дуговати купцу 20 DM (стр. 230).

2. Писац упозорава читаоца да је проблематика још сложенија у случају кад потраживање накнаде штете због неиспуњења и потраживање које има друга страна нису компензабилни. И ту ситуацију писац илуструје примером: Лице А трампи свој трактор

за путнички аутомобил лица Б. Ако аутомобил пропадне кривицом лица Б, тада А не може своје потраживање накнаде штете пребити потраживањем трактора, које има Б. Но, ако се, упркос томе, хоће допустити лицу А да задржи свој трактор и да од лица Б захтева исплату разлике због веће вредности аутомобила, тада је потребно посебно образложење. Њега покушава да пружи *теорија диференције*. По тој теорији, поверилац чинидбе чије је испуњење постало немогуће, може противчинидбу, на коју се уговором обавезао, да задржи, и да на име накнаде штете захтева од друге стране само разлику у вредности између трактора и аутомобила (стр. 231).

3. Међутим, Медикус ће обавестити читаоца како неки правни писци сматрају да теорија диференције није у сагласности са BGB. Јер, ако поверилац хоће да задржи обећану чинидбу, морао би да одустане од уговора, и у том случају не може тражити накнаду штете због неиспуњења. Теорија диференције представља, дакле, незаконито проширење повериочевих права. Но, упркос том приговору, Медикус подвлачи да у правној теорији преовлађује став који допушта повериоцу да се користи учењем те теорије, поред учења што га нуди теорија сурогата (стр. 231). Претпоставка је да поверилац своју противчинидбу још није испунио, јер после испуњења је обрачунавање штете могуће једино по теорији сурогата. У наведеном примеру уговора о трампи, лице А може свој непродати трактор да задржи и да захтева накнаду штете обрачунате по теорији диференције. Али оно може и да трактор понуди лицу Б и да тражи накнаду штете по теорији сурогата. Ова друга могућност стоји му једино на располагању чим трактор преда лицу Б (стр. 231).

4. Уместо накнаде штете због неиспуњења, чији је обрачун могућ на један од два изложена начина, поверилац чинидбе која је постала немогућа може одлучити да одустане од уговора.[3] Одустанак има за последицу гашење неиспуњених обавеза, а оно што је већ дато мора се вратити, и то по правилима о одустанку или о неоснованом обогаћењу. Уговор чије је испуњење in forma specifica осујећено, не реализује се, дакле, ни путем накнаде штете због неиспуњења, него се уништава. Писац сматра да ће се поверилац одлучити на одустанак, пре свега, кад му је уговор бескористан (стр. 231).

II. Уговор који створи обавезу заштите трећег

1. Овај уговор представља спецификум немачких и аустријских правника, а непознат је правницима осталих европских земаља. Његовом објашњењу писац прилази постепено, поредећи га са

3 У томе се састоји битна разлика у односу на наше право, по коме се одустанак од уговора и накнада штете због неиспуњења међусобно не искључују.

правим уговором у корист трећег. При томе наглашава да треће лице у чију је корист уговор склопљен може непосредно од дужника тражити не само да испуни оно што је обећао, него и да му накнади штету због неиспуњења или рђавог испуњења. По тој логици би изгледало да је код неправог уговора у корист трећег ситуација потпуно другачија. Ту треће лице нема право да од дужника захтева обећану чинидбу, па самим тим не може захтевати ни надокнаду штете због неиспуњења или рђавог испуњења уговора. Ако оно претрпи штету због рђавог испуњења, изгледало би да може тражити обештећење по основу деликтне одговорности. Но, у том случају ризикује да дужник скине са себе одговорност за лица која су му помогла да своју обавезу испуни (§ 831, ст. 1 BGB).

2. Да би разјаснио ову проблематику, Медикус наводи један случај из праксе немачких судова. У зиму 1914. године, једном манастиру затребао је хитно лекар. Тужени је пристао да тужиоца као лекара до манастира превезе, уз надокнаду, саоницама са коњском запрегом. На том путу тужилац је, кривицом туженикове слуге који је вршио превоз, задобио телесне повреде. Међутим, туженику је пошло за руком да скине са себе одговорност за кривицу свога слуге, па је стога долазио у обзир само уговорни захтев за обештећење. Другостепени суд одбио је тај захтев јер је утврдио да се тужени обавезао на превоз искључиво манастиру. По мишљењу суда, уговором између туженог и манастира тужилац није задобио властито право на превоз. Пошто се није радило о правом превозу у корист трећег, тужилац није могао да захтева од туженога накнаду штете због рђаво обављеног превоза. Али је Reichgericht дао мишљење да обавеза туженог да штету надокнади не сме зависити од тога да ли је тужилац имао према њему властито право на превоз (стр. 368). Медикус примећује да при таквом стању ствари остаје отворено питање да ли право на накнаду треба да припадне оштећеном лекару као тужиоцу или манастиру као уговорном партнеру туженога. Он сматра да би манастир, уколико није одговоран тужиоцу, имао право да тражи надокнаду штете коју је претрпео лекар. Будући да манастир као уговорна страна не трпи сам штету због рђавог превоза него треће лице, овлашћен је да захтева надокнаду за то лице, исто онако као што би могао захтевати обештећење за властиту штету. Таква могућност била је у пракси већ потврђена уз помоћ установе „Drittschadensliquidation" (ликвидирање штете трећег).

3. Међутим, Медикус констатује да су се немачки судови, у одређеним групама случајева, изјаснили против примене установе „ликвидирања штете трећег". Захваљујући управо таквом њиховом изјашњавању, рођена је нова врста уговора, под називом „der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" (уговор који твори обавезу заштите

трећег). То је тип слабијег уговора у корист трећег, тј. *нейрави уговор у корист трећег*. Помоћу њега судови настоје да исправе неке недостатке у законским правилима о деликтној одговорности. Мада нема упориште у BGB, ова правна фигура сматра се данас општеприхваћеном од стране немачких правника (стр. 369). Њоме се трећем лицу не гарантује право на чинидбу која представља примарну обавезу дужникову, али му се гарантује право на накнаду штете коју претрпи због неиспуњења или рђавог испуњења чинидбе. Другим речима, трећа лица у овом случају постају повериоци секундарног уговорног права, и утолико су укључена у облигациони однос и стављена под ,,заштитни плашт" туђег уговора.

4. У даљем излагању писац ће посебно нагласити да се уговорна заштита не може гарантовати сваком трећем лицу које би, на ма који начин, било оштећено неиспуњењем или рђавим испуњењем уговорне обавезе. У противном, поткопале би се границе облигационог односа и увећао ризик дужника да сноси штетне последице својих уговорних грешака. Било би то претерано ако би, на пример, закуподавац куће са оштећеном оградом на степеништу морао да одговара због телесне повреде сваког лица које ходи по степеништу. Стога је могућност увлачења трећих у подручје уговорне заштите ограничена посебним условима, које писац разврстава у четири групе.

а) Пре свега, треће лице мора бити изложено опасностима да претрпи штету услед мањкаве дужникове чинидбе у истој мери као и сам поверилац. То важи, на пример, за сва лица која заједно са закупцем станују у истој кући или стану; али не важи за оне који повремено долазе у посету закупцу, јер се они не налазе у видокругу дужниковом (стр. 370).

б) По правилу, поверилац треба да има неки нарочит интерес за заштиту трећих. Судска пракса је изградила став по коме поверилац ,,мора, такорећи, бити саодговоран за добробит и бол трећег, јер његово шкођење и њега погађа, пошто он има обавезу да штити трећег и да се о њему стара". Медикус ће уз то приметити да ово објашњење одговара за законске обавезе издржавања и за уговоре о служби, али не и за обичне уговоре о куповини и за уговоре о делу. По његовом мишљењу, у наведеном примеру који се тиче манастира не би се могло рећи да уговор о превозу продукује обавезу заштите лекара, јер однос између манастира и лекара није однос личне природе. Али је, с друге стране, нормално да супруга и деца закупца буду обухваћени подручјем заштите уговора о закупу. Међутим, Савезни врховни суд Немачке, у својим најновијим одлукама, допушта да и лица која су веома удаљена од повериоца буду стављена под окриље његовог уговора. То су, у првом реду, лица која су заинтересована за стручна обавештења

која им дају припадници одређених занимања. Зато што та лица верују у стручна обавештења, Савезни врховни суд сматра да би она требало да уживају уговорну заштиту чак и у случају кад су њихови интереси супротни интересима повериочевим, и кад повериоцу није ни стало до њихове заштите (стр. 370).

в) По схватању већине правника, оба претходна услова морају бити позната дужнику у тренутку закључења уговора, или барем мора постојати могућност да их дужник спозна. Јер само у том случају дужник може рачунати са већим ризиком одговорности која се од њега очекује.

г) Све донедавно, уговорна заштита трећих лица била је ограничена на штету због рђавог испуњења обавезе на чинидбу. Сматрало се да онај ко нема право да тражи испуњење чинидбе не може имати ни право да захтева накнаду штете због неиспуњења. У вези с тим Медикус каже да је у једном случају из 1966. године Савезни врховни суд Немачке одлучио, ипак, друкчије. Кривицом адвоката изостало је било сачињавање тестамента у уговорено време, а потом је, због смрти оставиоца, то и коначно постало немогуће. Савезни врховни суд стао је на становиште да лица која је требало да постану тестаментарни наследници могу захтевати накнаду штете од адвоката због губитка наслеђа, иако је адвокат имао уговорну обавезу само према оставиоцу (стр. 371). Објашњење за то правна теорија види у својеврсном карактеру адвокатове обавезе у овом случају: њеним неиспуњењем штету не трпи поверилац, него бивају оштећени потенцијални наследници којима је он хтео да завешта своју имовину. Адвокат је морао знати за могућност да трећа лица претрпе штету због његове доцње и требало је са тиме да рачуна. Сем тога, пошто је поверилац умро, он није у стању да „ликвидира штету" трећих лица, па зато треба њима признати право да то учине сами. Јер, било би очигледно неправично да, због „премештања" штете на трећа лица, страна која није испунила своју обавезу из уговора буде ослобођена од одговорности (стр. 371–372).

5. У закључном излагању о уговору који твори обавезу заштите трећих, Медикус ће посебно истаћи његове најважније карактеристике и упоредити га са установом „ликвидирања штете трећег". При томе каже да је предност уговора који твори обавезу заштите трећих у томе што трећим лицима гарантује властито право на обештећење, и то по правилима о уговорној одговорности. То значи да одређене категорије трећих лица бивају стављене у позицију која је донекле слична позицији што је имају саме уговорне стране. Њихов правни положај није једнак са положајем трећих оштећених лица чију штету може да „ликвидира" само поверилац дужников. Поверилац једино има право да надокнаду

захтева, а оно што добије употребом тога права дужан је да преда оштећеном трећем. Уместо тога, поверилац може своје овлашћење да „ликвидира" туђу штети уступити ономе о чијој се штети ради. Но, обе ове правне установе карактерише недовољна сигурност критеријума за препознавање трећих лица која могу бити обештећена на један или на други начин. Стога Медикус сматра да је мудрије мењати неподесна законска правила о одговорности због штете, неголи њих исправљати несигурним сурогатима (стр. 372–373).

Г. Закључак

Медикусовим уџбеником студентима се нуди објашњење одређене проблематике која задаје тешкоће и искусним правницима, а камоли онима који се тек уче праву. Облигационо право писац види као живу материју са којом се свуда сусрећемо, и зато сматра да теорија која се бави њиме није ту да би водила некакав свој самосталан живот, него да би тумачила оно што се у туђем животу збива. Све правне проблеме он сагледава најпре у људској свакидашњици, па их потом разјашњава као теоретичар. Говори непрестано кроз примере које узима из судске праксе или их конструише сам. Без одговарајућих примера Медикус нити може нити хоће да студенте учи облигационом праву. Сем тога, његов начин казивања и објашњавања лишен је сувишне приче која је у стању да збуни неискусног читаоца и да га удаљи од конкретне теме. Својим примером показао је како треба писати уџбенике да би их студенти боље разумели.

И зато је ова књига достојна сваке хвале, а не само обичне препоруке читаоцима.

Јаков Радишић

Dieter Medicus:
Schuldrecht II: Besonderer Teil
(7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1995, XV + 461)

А. Садржина и карактер

1. Немачки Грађански законик (скраћено: BGB) прави јасну разлику између општег и посебног дела облигационог права. Материју која спада у општи део регулише у шест одељака (§§ 241–

432), и то овим редом: садржина облигационих односа; облигациони односи из уговора; гашење облигационих односа; уступање потраживања; преузимање дуга; множина дужника и поверилаца. Седми одељак, који је знатно већи од првих шест, посвећен је „појединачним облигационим односима" (§§ 433–853). У њему се налазе прописи о облигационим односима који настају путем одређених врста правних послова (већином уговора) и на основу законских наређења (пословодство без налога, неосновано обогаћење и недопуштене радње). Стога немачки правни писци тврде да постоје само два извора облигационих односа: правни посао и закон.

2. Медикусов уџбеник *Облигационо право: Посебан део* следи у свему систематику BGB. Састоји се из увода и десет засебних делова или поглавља. У првој глави обрађени су „уговори о трајном уступању": куповина, трампа и поклон. Далеко највећи део простора писац посвећује уговору о куповини. Указује најпре на разлику између куповине ствари и куповине права и предузећа, а потом одвојено говори о куповини индивидуално одређених ствари и ствари одређених по роду, о куповини аутомобила и куповини непокретности. Друга глава обухвата „уговоре о привременом уступању": закуп, послугу и зајам; а трећа – „уговоре о служби и о делу". Међу уговорима о служби посебно је обрађен уговор о медицинским услугама, а међу уговорима о делу – уговор о путовању, грађењу, превозу, налогу, посредовању и остави. Четврта глава је насловљена са „Облигациони односи о заједничком деловању" (друштва и ортаклуци), а пета носи наслов „Уговори са ризиком" (игра, опклада, јемство, доживотно издржавање, и осигурање). Шеста глава има неуобичајен наслов: „Уговори о утврђивању или мобилизацији потраживања" (поравнање, обећање дуга, признање дуга, вредносни папири, упут). Седма глава односи се на мешовите и неименоване уговоре (лизинг, факторинг и франшизинг), а осма – на пословодство без налога.

Последње две главе посвећене су неоснованом обогаћењу и одговорности због штете. Њима писац поклања нарочиту пажњу, што се даде закључити и из броја страница на којима је ова проблематика изложена. Поглавље о неоснованом обогаћењу подељено је на три одељка: 1) кондикције због обогаћења чинидбом другога; 2) кондикције због обогаћења на други начин; 3) кондикције у односима са више лица. Глава о одговорности због штете има доминантан значај иако јој је припало последње место у уџбенику. Она је рашчлањена на четири одељка: 1) недопуштене радње у ужем смислу; 2) одговорност због угрожавања; 3) одговорност државе; 4) гранична питања. Готово да је и непотребно рећи да на крају књиге долазе стварни регистар појмова и регистар места на којима су наведени поједини закони, јер то су стандардни делови немачких уџбеника.

3. И посебан део Медикусовог уџбеника о облигационом праву, као и онај из општег дела, спада у ред „кратких уџбеника", што се даде видети из самог његовог наднаслова („Kurzlehrbücher"). Међутим, за наше појмове он и није баш кратак, јер има преко 460 страница. Писан је по истоветном шаблону као и уџбеник о општем делу облигационог права од истог писца. То, између осталог, значи да су у њему посебно истакнути основ и циљ важећих правних правила и њихова систематска повезаност. Сем тога, на почетку сваког одељка наведена је опсежна стручна литература, а приликом разјашњавања свих питања аутор се обилато служи примерима из судске праксе и указује на схватања заступљена у правној теорији. Југословенски читалац може бити изненађен распоредом грађе, јер се он у много чему не поклапа са распоредом који је код нас уобичајен. Сем тога, изненађење може изазвати и чињеница да су се у уџбенику нашли и неки уговори које наши студенти не изучавају у облигационом него у привредном праву (на пример, уговор о оснивању друштва, о лизингу, факторингу и франшизингу). Но, то нису једине и најзначајније разлике између нашег и немачког облигационог права. И оно што је подударно наши и немачки студенти изучавају на различите начине, а то је могуће спознати и поређењем њихових и наших уџбеника.

Б. Одабрана места

Југословенски читалац овог уџбеника у прилици је да упозна многе интересантне ствари из немачког облигационог права. За оне који га неће читати издвајам два питања, посебно разјашњена: 1) уговор о путовању, и 2) зашто немачки Грађански законик не садржи генералну деликтну норму.

I. Уговор о путовању (Reisevertrag)

1. Полазећи од констатације да су туристичка путовања немачких грађана веома честа, писац нам саопштава да се таква путовања обављају на два начина: индивидуално и колективно. У првом случају путник сам организује свој пут и закључује одговарајуће уговоре са железницом или авиопревозником, са хотелом итд. У другом случају неко трећи (тзв. организатор путовања) нуди путнику све потребне услуге (превоз, смештај и исхрану) за паушално утврђену цену. Тада путник не мора да склапа неколико различитих уговора са разним партнерима, него само један једини уговор са организатором путовања. И управо такав уговор немачки правници називају „уговором о путовању" (Reisevertrag). Под тим именом он је, 1979. године, постао саставни део немачког Грађанског законика (§§ 651a–651k), јер правила класичног уговора о делу, због њихове уопштености, нису могла дати јасан одговор на

многа специфична питања везана за туристичко путовање (стр. 178). Уговор о путовању тиче се најчешће боравка у иностранству, великог кружног путовања или само једнодневног излета са ручком. Организатор путовања не мора бити неко ко се тиме бави у виду занимања, него у тој улози могу иступати спортска и друга удружења, парохије и сл. (стр. 179). Медикус наглашава да уговор о путовању треба разликовати од уговора о посредовању, којим се туристичка агенција обавезује, на пример, да путнику прибави авионску или железничку карту и да му резервише смештај у хотелу. Такве услуге агенција не пристаје да обави на сопствену одговорност, као што чини организатор путовања.

2. Посебну пажњу Медикус посвећује квалитету услуга које дугује организатор путовања и његовој одговорности због недостатака. BGB прописује да је организатор путовања дужан да путовање оствари према обећаним својствима, без недостатака који вредност или погодност за уобичајене или, према уговору, претпостављене користи поништавају или умањују (§ 651ц). Услуге које путник добије морају одговарати опису садржаном у проспекту намењеном путницима. По мишљењу писца није сасвим извесно да ли и са којом јасноћом треба путнику указати на недостатке. Може ли се, на пример, назнака да хотел има „централни положај" сматрати као довољно упозорење на јаку саобраћајну буку која се у њему чује? Или: да ли се формулацијом „то није далеко од аеродрома" указује довољно јасно на аеродромску буку? Медикус сматра да захтеви који се тичу јасноће упозорења морају бити велики, јер ако се путовање путнику не допадне, није га могуће вратити натраг, као што, на пример, купац који је купио ствар према каталогу може њу да врати зато што му се не допада. С друге стране, не би требало захтевати упозорење на уобичајене и општеочекиване околности. На пример: онај ко путује у јужне земље, тај, по правилу, мора рачунати са извесном лармом што је стварају водомери, уколико хотел није изричито означен као „миран". И веома ниску цену путовања ваља схватити као упозорење да не треба превише очекивати. Кад се ради о необичном (пустоловном) путовању, мора се рачунати са неудобностима и физичким напорима (стр. 181).

3. Што се тиче правних последица које повлаче недостаци у путовању, Медикус ће истаћи да оне, претежним делом, не зависе од тога да ли је организатор путовања одговоран за недостатке. Ако се они покажу, путник може захтевати одговарајућу помоћ од организатора (Abhilfe), што је слично праву на поправку код уговора о делу. Међутим, организатор путовања не мора поступити по захтеву ако његово испуњење изискује несразмерне трошкове. Путник, на пример, не може тражити да се обустави рад предузећа које ствара буку, али као помоћ долази у обзир премештање у мирнију собу или у други хотел. Ако организатор путовања тра-

жену помоћ не пружи у примереном року што га је одредио путник, овај има право да сам себи помоћ прибави. Но, одређивање рока за помоћ није потребно у случају кад организатор путовања не пристаје да помогне (зато што сматра да је пружена помоћ сагласна уговору) или ако путник има неки нарочити интерес за хитну помоћ (на пример, кад постоји опасност по здравље). Организатор путовања је дужан да путнику намири трошкове самопомоћи (стр. 182).

4. Писац примећује да досад описане врсте помоћи нису довољна заштита путника од недостатака путовања. Зато што помоћ може бити немогућа и зато што је организатор може и одбити. Сем тога, самопомоћ путника може изостати због непознавања језика земље у којој борави или због немања потребног новца. Најпосле, за ефикасну помоћ често је потребно извесно време. Стога BGB допушта да се цена путовања, за време док недостаци трају, умањи, под условом да путник није својом кривицом пропустио да недостатак пријави (§ 651д). Умањење бива по сили закона, тако да путник свакако дугује само умањену цену, а ако је платио више, има право на повраћај. Што се тиче процента умањења, у пракси су већ изграђени одређени ставови. Посебан значај у том погледу има правна пракса Земаљског суда у Франкфурту, који је месно надлежан за спорове против важних организотора путовања. Његово 24. веће за грађанске спорове развило је „Франкфуртске табеле о умањењу цене путовања", и оне су, у два маха, објављене у стручном часопису *Neue Juristische Wochenschrift* (стр. 182).

5. Једна од мера заштите путника од недостатака путовања јесте и право на отказ уговора (§ 651е BGB). Истина, за то није довољан било који недостатак; мора бити у питању недостатак који знатно шкоди путовању или такво путовање, из разлога који су за организатора сазнатљиви, путник није требало да очекује. Медикус сматра да прву ситуацију треба разумети у генералном смислу (на пример, кад нема воде у хотелу), а другу – с обзиром на личне прилике путника (на пример, недостатак лифта у хотелу, ако је путник инвалид). Сем тога, отказ претпоставља примерен рок за пружање помоћи и безуспешан протек тога рока. Остављање рока није потребно у случају кад је помоћ немогућа, кад организатор путовања помоћ одбије или кад нарочит интерес путника изискује хитан отказ. Ако до отказа уговора дође, организатор путовања губи, по правилу, право на уговорену цену. Он може тражити да му буду плаћене само оне услуге које су путнику заиста користиле (стр. 183).

6. Коначно, због недостатака за које је организатор путовања одговоран, путник може захтевати накнаду штете, независно од умањења цене или отказа уговора. Ако му је путовање осујећено

или му је знатно нашкођено, путник може тражити прикладно обештећење у новцу и због бескорисно утрошеног времена одсуства (§ 651ф BGB). Овај пропис своди се на идеју о комерцијализацији одсуства, која је прихваћена у судској пракси. Пошто је одсуство запосленог купљено радом или губитком зараде, његова вредност одговара износу зараде на послу. Писац каже да је ова аргументација била у прво време нужна да би се заобишао пропис § 253 BGB, који ограничава могућност накнаде неимовинске штете. Међутим, данас преовлађује схватање које у § 651ф види даљи законски изузетак од § 253 BGB. Зато се ова надокнада не мора више мерити једино према заради, него се могу узети у обзир и друге околности, особито интензитет шкођења што га недостатак условљава (стр. 184–185).

II. Зашто BGB не садржи генералну деликтну норму

1. У одељку о недопуштеним радњама у ужем смислу, Медикус детаљно објашњава због чега немачки законодавац није хтео да пропише „велику" генералну клаузулу, којом се утврђује право на накнаду штете. При томе ће се указати на податак да су писци BGB имали, у почетку, супротну намеру, јер је у Нацрту BGB (§ 704, ст. 1) постојала оваква одредба: „Ако је неко противправном радњом, учињеном намерно или из непажње, неком другом штету нанео... обавезан је према том другом на накнаду штете коју је радњом проузроковао." Та „велика" деликтна генерална клаузула установљена је по узору на члан 1382. француског Грађанског законика, и изгледало је да такво једноставно правило треба понудити за сваку врсту противправног и скривљеног наношења штете. Међутим, даљим размишљањем дошло се до закључка да таква клаузула има две важне слабости.

а) Прво, она је изискивала потребу да се *противправност* као обележје прецизира. Јер не може се поћи напросто од тога да је свако шкођење другоме противправно. Ко, на пример, паркира свој аутомобил на празном месту паркинг-простора, ускраћује другоме такву могућност, али не чини ништа забрањено. И зато би ту обавеза да се штета надокнади била бесмислена. То исто важи и за штету изазвану пословном конкуренцијом. Једноставност опсежне норме о накнади штете плаћа се, дакле, нужношћу да се даљим правним нормама раздвоји забрањено од допуштеног (стр. 349).

б) Друго, „велика" деликтна генерална клаузула доводи до тешкоћа при *одређивању лица овлашћеног на надокнаду* (подвукао Медикус). Јер једна иста радња узрокује често штете већем броју лица, тј. штета настала најпре код једног лица прошири се у неку

руку и на друге. На пример: у случају повреде радника, штету трпи и његов послодавац, јер радник није у стању да ради док не оздрави, а уз то послодавац мора још да му плаћа и зараду за извесно време. Чак и колеге повређеног радника могу бити оштећене пошто морају да обављају његове послове док се он налази на боловању. Слично се дешава и у случају убиства човека који, на пример, као пензионер није више радио али је био стална муштерија код одређених продаваца и угоститеља. Сви су они његовом смрћу претрпели одређени губитак. Једна широко схваћена генерална деликтна клаузула могла би користити и таквим лицима која су само *посредно* оштећена. Међутим, то би водило ка потпуно непрактичном гомилању захтева за обештећење, од којих би неки гласили на мале износе чији би обрачун био веома несигуран (стр. 350).

2. Да би наведене тешкоће ублажио, BGB је пошао другим путем. Он у § 823 право на обештећење гарантује једино онима који сами претрпе штету на одређеним животним добрима или на правима (живот, тело, здравље, слобода и својина). Овлашћење за надокнаду концентрисано је, дакле, на *непосредно оштећене.* Остала лица, која су таквом штетом погођена само посредно (на својој имовини), немају, по правилу, властито право на обештећење. Тако у наведеном примеру продавци и угоститељи не могу захтевати накнаду измакле добити условљене убиством њихове муштерије, нити такво право припада послодавцу чијем је раднику неко нанео телесну повреду. Имовинска штета узрокована овим лицима не представља неизоставно деликт.

3. Медикус ће, међутим, истаћи да ни BGB не затвара очи пред чињеницом да се штета многоструко премешта, јер њу од оштећеног преузимају најпре трећа лица а не штетник. На пример: радник не губи зараду због телесне повреде за време док му је исплаћује послодавац. Ако би он од починиоца штете могао да тражи надокнаду због фиктивног губитка зараде, неосновано би се обогатио. Немачко право то спречава, јер допушта да накнада коју плаћа починилац штете дође коначно у руке *посредно оштећеном лицу.* То бива већином путем законске цесије: право повређеног према штетнику прелази по сили закона на посредно оштећеног (стр. 350–351). Тако на пример, у случају повреде радника, послодавац је дужан да му, за извесно време, исплаћује зараду, иако је радник неспособан за рад. Али послодавац стиче радниково право да од штетника захтева накнаду штете због фиктивног губитка зараде. Међутим, то туђе право, стечено путем законске цесије, битно се разликује од послодавчевог властитог права на обештећење: помоћу изведеног права могуће је, наиме, захтевати само накнаду штете првобитног повериоца, тј. накнаду фиктивног губитка радникове зараде. За то право нису од значаја околности које би биле битне за властито право послодавца на накнаду, тј.

колики је губитак у производњи он претрпео или колико је морао да плати замену радне снаге или прековремени рад. Са становишта штетника, битно је да интерно преваљивање штете између радника и послодавца и законска цесија доводе једино до замене повериоца права на надокнаду, али не мењају садржину тога права (стр. 351).

4. У завршном излагању ове проблематике Медикус ће показати да се ни BGB није сасвим одрекао уопштавајућих формулација, јер садржи три „мале" генералне клаузуле.

а) Већ у § 823, поред „одређених" правних добара и права, именује се још „неко друго право", чија повреда рађа такође захтев за обештећење. Писац сматра да приликом тумачења појма „друго право" треба увек имати у виду одбацивање „велике" генералне клаузуле од стране BGB, те стога под тај појам не треба доводити имовину.

б) У ставу другом § 823, дужност накнаде штете везује се за скривљену повреду „неког закона чији је циљ да неког другог штити". Тиме су конкретни закони, уколико сами не прописују дужност накнаде штете, снабдевени додатном правном последицом. Ширина ове клаузуле произлази особито из тога што штитећи закони не морају спадати у приватно право, него могу бити из било које правне области.

в) Трећа „мала" генерална клаузула налази се у § 826 BGB, по којој свако намерно и неморално наношење штете другоме обавезује на накнаду. То право на обештећење не зависи од врсте повређеног правног добра него од врсте наношења штете (стр. 351–352).

В. Закључак

1. Претходна реченица овог приказа сувише је конкретна да би била последња. И само због тога одлучих се да кажем још нешто што би могло личити на крај и поруку читаоцу, а можда и на закључак.

2. Уџбеник облигационог права о коме је досад било говора пун је драгоцених података. Иако је намењен студентима, он може бити од велике користи и свршеним правницима. Никоме није на одмет да прочита барем она питања у њему која је заборавио или која му нису до краја јасна. Медикусов уџбеник помаже свакоме да своје знање из облигационог права провери и допуни. И то на начин који читаоца не замара, него га одмара. Јер је написан необично лако и приступачно, па стога прија за душу и остаје у памћењу. Право је задовољство имати га у рукама.

Јаков Радишић

Alan Watson:
Legal Transplants. An Approach to Comparative Law
(The University of Georgia Press, Athens and London, 1993)

Др Алан Вотсон, познати професор права из САД (предавао на правним факултетима универзитета у Вирџинији, Луизијани, Калифорнији и на Универзитету у Единбургу, а сада је професор Универзитета у Џорџији – Ернест П. Роџерс), припремајући се за предавања, у зимском семестру 1970. године, на Правном факултету Универзитета у Вирџинији, дошао је до закључка, да до тада владајућа еволуционистичка теорија нема тако чврсте основе како се то најчешће узимало. Прво издање књиге о том проблему, објављено 1974, изазвало је све осим равнодушности – како бујицу покуда, тако и похвала!

Последњих деценија, под утицајем наглог развоја социологије права, као и резултата рада историјскоправне школе и великих ауторитета у правној науци, који су били носиоци ових схватања, изгледало је да непосредна корелација увек постоји: да развој друштва води еволутивном развоју права, односно да разлог постојања позитивног права представља народ, тако да позитивно право живи у заједничкој свести једног народа – ergo, да дух народа ствара позитивно право (како је то поставио још Савињи), и да теза о корелацији развоја друштва и права не може бити доведена у питање.

Професор Вотсон је, међутим, дошао на идеју да је однос права и друштва у коме се једно позитивно право примењује, далеко сложенији и да је један од изузетно значајних и веома честих чинилаца у том односу *позајмљивања, трансплантација* правних установа, решења, па и система. Пошто је разматрао различите системе током дужег временског периода, приметио је константу широког позајмљивања, као и дуговечност тако позитивних правила и институција. Распрострањеност позајмљивања је наговестила, како сам аутор каже, кључни начин помоћу кога би модели и промена права могли да се разумеју, односно: ти системи, међусобно везани низом позајмица, могли би да у својим сличностима и разликама укажу на покретачку силу која је довела до њиховог развоја. Јер, ако је једна правна установа широко позајмљивана са једног сасвим другог места и из сасвим другог времена, дакле, опстала је у својој примени у сасвим другачијим економским, социјалним и политичким условима, тада су веома спорне и теорије које су се заснивале на идеји тесне везе друштва и права.

Аутор, у крајњој линији, указује и инсистира на томе да право, у реалном правном животу, ужива већу аутономију но што се то у упоредноправној теорији узима. За настанак правног пра-

вила или институције, за њихово позајмљивање или промену, неопходна је интервенција званичног акта. Такав акт, пак, доноси суверен или законодавно тело, али иза тога увек стоји за власт прихватљива делатност субординираних стваралаца права, као што су судије, научници и други правници, тако да на одређени приступ праву, увек и свуда, утиче специфична правничка култура таквих субординираних стваралаца права. Део те културе чини и упоредноправна опција, одн. конкретан избор система који је подобан за позајмљивање. Управо се та специфична култура најчешће не узима у обзир, а она је неопходан састојак једначине од које се мора поћи при теоријском разматрању права и друштва у коме се дато право примењује.

Књига *Правни трансплантати (Приступ упоредном праву)* обухвата седамнаест поглавља на сто двадесет једној страни, а почиње кратким предговором и завршава се дужим поговором.

Прва глава носи наслов „Упоредно право као академска дисциплина". У овом делу аутор наводи да упоредно право није само један од метода изучавања права већ и независна академска дисциплина која се бави изучавањем веза између система. Проф. Вотсон стоји на становишту да су у прошлости границе упоредног права биле сувише широко постављене и да би их требало свести на такву област каква је нпр. упоредна лингвистика. Другим речима, те границе би ваљало поставити тако да се наука упоредног права бави сличностима и разликама у контексту њихове историјске повезаности.

У другој глави, „Опасности упоредног права", аутор налази да је упоредно право ипак дало мали допринос схватању или развоју права. Разлоге за то проф. Вотсон налази у неколико елемената. Упоредно право је, по његовом мишљењу, пре свега, плитко, јер познавање макар и једне гране одређеног правног система, само по себи, довољно је тешко, а познавање историје те гране и њене везе са одговарајућом граном другог правног система готово да је сасвим немогуће. С друге стране, страно право се може погрешно схватити и зато аутор истиче да је правна заблуда вероватно најчешћа управо у упоредном праву. У упоредном праву чак и хомоними представљају замке, јер немају исто значење (нпр. уговор, пребивалиште, јавни бележник, мировни судија као потпуно исте речи у француском и енглеском праву). Упоредно право, даље, тешко може бити систематично. Напротив, оно најчешће носи печат субјективног схватања сваког појединог аутора. То даље значи да системи одабрани за изучавање можда и немају никакву стварну везу. Отуда и једна од највећих опасности упоредног права – жеља да се одређени правни модел, бар у најопштијим цртама, види као заједнички за све или многе различите системе. Коначна

опасност упоредног права састоји се у томе што и у случају када су правне чињенице доказане за један систем, на основу њих се може, можда и сувише лако, доказивати ситуација у другом систему, тако да резултати добијени тим методом не могу бити сасвим поуздани.

„Вредности упоредног права" назив је треће главе књиге. Аутор налази да је највећа теоријска вредност упоредног права та што оно пружа могућност да се допре до природе самог права и посебно до суштине развоја права. Са практичног становишта, упоредно право је од великог значаја, јер онима који се баве реформом одређеног правног система или неке правне установе омогућава њихово боље разумевање, као и спознају да ли је и у којој мери оправдано позајмљивање, одн. пресађивање решења из других система. Другим речима, правник чији рад има наднационални карактер и који ради на реформи сопственог права, може лакше наћи основ за побољшање решења у домаћем праву. Аутор нарочито инсистира да упоредно право није само изучавање иностраног права. Напротив, упоредно право се мора бавити проучавањем веза између различитих правних система и правних правила која важе у њима. При томе, мора се приметити да онај који користи упоредно право доноси одлуку које ће системе и које правне институте упоређивати, при чему саму одлуку условљавају чиниоци који у први план постављају историјску везу.

Четврта глава је „Увод у правне трансплантe". У овом делу књиге аутор поставља суштину своје тезе. Насупрот схватањима, пре свега немачких ауторитета, о праву које живи у заједничкој свести једног народа и зато представља народно право (Volksrecht), тј. право које се ствара у духу једног народа (Volksgeist), проф. Вотсон указује да су преношење и пресађивање правила или система из једне у другу земљу или из једног народа у други уобичајени још из времена најраније писане историје. На тај начин аутор, слично истраживачима антрополозима који су дошли до закључка да се и културе највећим делом развијају кроз позајмљивања услед случајног додира, поставља своју главну тезу да су правни трансплanти веома значајни у настанку и развоју права, као и да не представљају изузетак, већ правило и то током целе правне историје. Доказујући своју основну тезу, аутор нуди велики број примера (којима иначе обилује књига), од Месопотамије, преко Хамурабија и Мојсија, грчког и римског права, до холандских и шпанских правника. Овај део завршава се закључком да се правни трансплanти (дакле, преношење правних система или његових делова у ново окружење) могу сврстати у три основне категорије. Прва је случај када један народ пресељењем на нову територију, на којој нема цивилизације сличне његовој, донесе и своје право. Друга се односи на ситуацију када народ пресељењем на нову територију, на којој постоји цивилизација сродна његовој, унесе и

своје право. Коначно, трећа се тиче случаја када народ прихвати велики део система другог народа или више других народа.

Пета глава – „Римљани и римско право у римском Египту". После римског освајања Египта, 30. године пре н. е., уведена је и примена римског права и то кроз царске конституције, преторске едикте, Senatus consulta и прецедентно право. Ипак, одступања од римског права у Египту била су значајна. Противно римском праву по коме је склапање брака било забрањено сродницима до четвртог степена сродства, у Египту се још готово двеста педесет година примењивало правило да се могу венчавати и рођена браћа и сестре. Римљани у Египту, супротно римском праву у Италији, имали су право да продају своју децу; син је (поред живог патер фамилијаса) имао правну способност; жена је могла бити постављена за старатеља; робови су могли поседовати имовину, итд. У уговорном праву, у римском Египту, грчка форма и терминологија постају уобичајене, а јављају се битне разлике у односу на изворно римско право у области заступништва, форме купопродаје и др.

У шестој глави, „Римска систематика у Шкотској", на самом почетку аутор констатује да је усвајање римског права у Шкотској био веома спор процес, који чак ни до данас није сасвим окончан. Тај утицај римског права на шкотско право јавља се како у односу на позитивно право тако и у погледу саме правне систематике, којој аутор посвећује посебну пажњу. Нарочито разматра утицај Јустинијанових *Институција*, чију систематику прихватају велики правни ауторитети Шкотске, што се огледа и на плану организовања универзитетске наставе (распоред предмета и садржина уџбеника имају систематику по узору на *Институције*). Систематика *Институција* присутна је и у одређеном броју европских грађанских законика. Разуме се да прихватање одговарајуће систематике има одређене последице и на плану саме садржине правних институција.

Седма глава је логички наставак претходне и гласи: „Усвајање римског права у Шкотској". У овом делу аутор анализира римски утицај на садржину шкотског права, од извора који датирају са самог почетка XII века, а затим посебну пажњу посвећује најзначајнијој књизи средњовековног шкотског права *Regiam Majestatem*. Ту аутор указује на утицај римског и канонског права, нарочито када је реч о консенсуалним уговорима разних врста, њиховој пуноважности или ништавости и једностраним обећањима, затим о арбитрима и арбитражи, о ослобађању сељака робова, о поклонима између супружника и др., и закључује да је римско право, у тој материји, у Шкотску стигло посредним путем, преко канонског права. У материји парничног поступка такође се налазе трагови утицаја римског права. Знатан део расправе који се односио на тзв. „велику ствар Шкотске", заправо онај део о праву

наслеђивања престола (крајем XIII века), био је везан управо за римско право. Утицај римског права био је појачан и чињеницом да је велики број шкотских студената одлазио у значајне европске универзитетске центре, где се неговало изучавање римског права. Утицајни шкотски аутор Томас Крејг (крај XVI и почетак XVII века), у свом делу *Jus Feudale*, пише да су сви у Шкотском краљевству обвезани законима Римљана, уколико су ови били у складу са природним законима и здравим разумом. Проф. Вотсон наводи и читав низ примера из којих јасно произлази да се римско право у Шкотској примењивало као опште право. Објављивањем Стаировог дела *Институције права Шкотске* (1681), које се сматра најзначајнијим догађајем у развоју шкотског права, утицај римског права на шкотско право постао је још очигледнији и аутор на једном месту каже да макар било и непризнато као право које обавезује ауторитетом власти, римско право је поштовано због своје правичности. На основу тог опширног излагања, поткрепљеног бројним примерима, проф. Вотсон је извео неколико закључака. Прво, да правни трансплантати могу да дугују захвалност и неправним историјско-политичким чиниоцима. Друго, да национализам може да игра значајну улогу када се одлучује о избору система који ће бити извор пресађивања (тако је Шкотска, због своје озлојеђености према Енглеској, прихватила римско право). Треће: пресађивање права показује уједно недостатак снажног домаћег права, као и непостојање система у домаћем праву. Четврто: чак и потпуно погрешно схватање значења пресађеног правила не мора бити кочница за стварање нове доктрине, која, напротив, у домаћем праву може постати ауторитативна и значајна. Пето: изузетно дуг период у којем је римско право вршило утицај на Шкотску, показује да нека земља на другачијем степену развоја може из високо развијеног система права успешно да позајми и прилагоди одговарајуће институте, па чак и значајне делове система права. Шесто: иностранo правило може успешно да се интегрише у сасвим другачији систем, па и у грану права изграђену на начелима која су потпуно другачија од домаћих начела.

Наслов осме главе је „Значење и ауторитет". На самом почетку ове главе аутор подсећа на раније изнет став да је ауторитет система даваоца играо значајну улогу у позајмљивању права. Међутим, такав ауторитет може понекад да доведе до необичних последица. Прихватање римског права у Холандији је, констатује аутор, било далеко потпуније него што је то био случај у Шкотској. У Холандији се, наиме, римско право примењивало увек као опште право, осим када неким посебним прописом (статутом) није било укинуто или изашло из употребе. У ствари, до XVII века право у Холандији је било тзв. учено право, јер су највећи ауторитет у праву имали они научници који су боље разумевали римско право.

Холандски правник из XVII века Воут сматрао је да пијанство искључује пуноважност купопродајног уговора, осим ако је намера и даље постојана. Римски извори су у тој материји изузетно скромни, а оних који би се бавили питањем правног дејства закључења уговора под дејством алкохола уопште нема. Да би дао одговарајућу тежину свом ставу, Воут цитира, као ауторитет, три римска извора. Међутим, ни један од ових текстова не говори о било ком уговору који је закључен у стању пијанства. Ту се, дакле, ради о позивању на ауторитет римског права, иако римски текстови о томе не говоре ништа, а само правило да пијанство води ништавости купопродаје није било никаква новина у Холандији тога доба (о томе је писао и Гроцијус). Постоје, с друге стране, и случајеви када се користи ауторитет римског права и то у заблуди. Управо такав случај се односи на део римског закона Lex Aquilia. Друга глава овог закона одобравала је да stipulator поднесе тужбу против adstipulator-a који је ослободио дужника али stipulator-у није предао обећано, при чему је та глава била застарела и у римском праву, те је била ван употребе. Око тог текста биле су многобројне спекулације. Утицајни Воут полази од претпоставке да се та глава вероватно односила на моралну корумпираност робова и доказује да она није никада укинута, већ је једноставно изашла из употребе када је уведено боље правно средство: actio servi corrupti. На крају закључује да би, чак и у времену у коме он живи, одредбе другог поглавља Lex Aquilia могле да се примењују ако би се аналогијом проширили на корупцију моралних начела синова, монаха, вазала и сл.

Један од најчуднијих случајева који се одиграо у вези са правним трансплантима потиче из VIII века и односи се на Lex Romana Raetica Curiensis, намењен римском народу из источне Швајцарске, коришћен и у Тиролу, као и у северној Италији. У ствари, тај Lex и није државни пропис. Њега је сачинило приватно лице, и то у циљу објашњења старих римских закона који су се примењивали и у његово време. У књизи 1.4. Lex-a изложена су правила познатог римског закона о цитирању из 426. године. Поред погрешно наведених имена римских ауторитета, наведено је да у парничном поступку свака страна мора да обезбеди *присталище*, и да спор добија она око које се сакупи више *добрих људи*. У науци је, међутим, утврђено да тај текст никако не одговара изворнику и да је то у ствари примитивна немачка форма одбране части заклетвом сведока, која је ту убачена како би јој се ауторитетом римског права ојачала позиција.

Девета глава – *Lo Codi*. После открића Јустинијановог *Corpus iuris civilis*-а, многи коментари су објављени као предавања. Током средњег века објављене су многе збирке глоса (*Summae...*). Једна од најзначајнијих збирки те врсте је *Lo Codi*, написна вероватно 1149.

године у Прованси, у Арлу. Преведена је на неколико језика и извршила значајан утицај на средњовековно право, а посебно на *Livre des Assises des Bourgeois*. Из овога аутор извлачи два закључка. Прво, правна правила из тако значајног дела какав је Јустинијанов *Кодекс*, могу да се прошире преко неког посредног извора који је мање сложен и који више одговара савременим потребама. Друго, пошто *Lo Codi* није био званични акт, изгледа да сам извор транспланата није у другим срединама имао обавезујућу снагу. Завршавајући ову главу, аутор пореди утицај *Дигеста* и *Кодекса* и закључује: пошто многа поколења користе обиман и сложен зборник као што је *Corpus iuris civilis*, свако доба може бити привучено нечим другим, дакле усредсређено на оно што му се чини за њега значајно. Отуда, неки важан извор из кога се врши трансплантација не треба сматрати монолитним.

У десетој глави, „Рано право колоније у Масачусетском заливу", аутор се бави питањем утицаја *Библије* и енглеског права, у смислу правних транспланата, на формирање права првих колониста у Масачусетском заливу. Тешкоће настале због правног основа везаног за насељавање, као и права чланова-колониста, условиле су да краљ Чарлс I изда повељу на основу које су се у колонији могли формирати судови и доносити прописи, али да нису у супротности са енглеским правом. Временом су сепаратистичке тежње колониста и специфични услови живота довели до удаљавања од одредаба Повеље (нпр. регулисање висине надница и цена, одређивање неких врста робе за законито средство плаћања, одступање од система наслеђивања који је важио у Енглеској), да би 1648. године био објављен први законик модерног западног света под називом: *Општа права и слободе који се односе на становништво Масачусетса*. У складу са пуританским схватањима колониста, *Библија* је била непосредно надахнуће и извор читавом низу кривичноправних одредаба. Од 15 одељака који су се односили на капиталну казну, 14 је било непосредно засновано на Светом писму. Но, ма колико да су се пуритански досељеници држали *Библије*, било је и одређених одступања. С друге стране, енглеско право је вршило утицај преко свог прецедентног система, као и кроз одређене енглеске локалне обичаје, суд правичности и друге правосудне установе, али и писано право (нпр. Закон о занатлијама, Закон о радницима, Закон о сиротињи и др.). Законик *Општа права и слободе*... концептуално и терминолошки потпуно је у складу са енглеским правом. Трговинско право је такође почивало на енглеском прецедентном систему и правилима lex mercatoria.

Једанаеста глава има наслов „Енглеско право на Новом Зеланду". Године 1840. проглашена је британска сувереност над Новим Зеландом. У Закону о прописима енглеског права који је донео парламент Новог Зеланда 1858, било је предвиђено да треба сма-

трати да су енглески прописи, у мери која је применљива на услове те колоније, били на снази од 14. јануара 1840. године. Енглеско право се директно односило на британске досељенике, али је обично имало утицај и на староседеоце Маоре. Иако се енглеско право примењивало у целини, интересантно је да је новозеландски законодавац у многим појединостима чак предњачио у односу на свој узор. Тако је на Новом Зеланду склапање брака са сестром покојне супруге било допуштено Законом из 1880, а у Енглеској је такав пропис донет 1907. године. Слично томе, склапање брака са братом покојног мужа било је допуштено у тој колонији 1900, а у Енглеској 1921. Нови Зеланд је у оквиру Комонвелта био први који је дозволио усвојење још 1881, а енглески Закон о усвојењу донет је 1926. Енглеска је позакоњење увела 1926, а Нови Зеланд 1894. године. Законом из 1900. године уведено је овлашћење врховног суда Новог Зеланда да, супротно одредбама завештања, збрине тестаторову супругу, одн. супруга и децу, док је слична одредба унета у енглеско право 38 година касније. Нови Зеланд је био прва земља која је ограничила права хипотекарних поверилаца уочи Првог светског рата, да би је годину дана касније следила и матица. Слично је било и са прописима који су се односили на пренос својине на непокретностима, као и у материји накнаде штете, где Нови Зеланд у самом приступу апсолутно предњачи.

Усвајање енглеског права на Новом Зеланду био је случај када досељеници доносе своја права на територију на којој нема цивилизације упоредиве са њиховом. Најупечатљивија одлика новозеландског права јесте, како задржавање сличности са енглеским правом, тако и узајамни утицај приликом промена у правном режиму. Уочљиво је, такође, да је у праву Новог Зеланда тежња ка социјализацији (моралзацији) грађанскоправних установа много већа него што је то случај у Великој Британији.

Дванаеста глава представља нам један аспект римског права: „Римско право у периоду позне републике". Подразумевајући да је пресађивање правило, аутор сматра да од тог правила постоје изузеци и посвећује пажњу управо једном таквом изузетку. Констатујући да су за развој римског права била значајна два последња века из периода републике (нарочито I век пре н.е.), а то је време у коме је грчки утицај на римски живот био најзначајнији, аутор наводи низ области (историја, песништво, беседништво, уметност, филозофија) у којима се тај утицај увелико осећао. Већина модерних научника отуд сматра да је грчки утицај на римско право у то време био исто тако знатан, па су та два века названа *хеленистичким периодом римске јуриспруденције*. Проф. Вотсон, насупрот томе, сматра да нема довољно доказа да је грчко право утицало на римско, даје неколико примера за то (actiones iniuriam, aqua – општа систематизација) и закључује да је савршено могуће да се моћан

правни систем развије захваљујући природној надарености, без помоћи трансплантa, као и да земља чији су закони углавном настали извођењем из туђег права, може понекад да покаже велику оригиналност. За ово последње узима пример Шкотске, која је у првој половини XV века, када је била под великим утицајем енглеског права, ипак била прва земља у Европи која је увела бесплатну правну помоћ за сиромашне у грађанским парницама. Чини се да је аутор овако постављени изузетак у односу на основе сопствене теорије морао да образложи много шире и утемељеније. По нашем мишљењу ова глава је најрањивији део рада.

„Lex Aquilia: усвајање или неусвајање" – наслов је тринаесте главе. Римски Lex Aquilia превасходно се односио на штету нанету имовини. Пропис је у време ренесансе био прихваћен у Западној Европи, па и Холандији XVII века. Оно што се, пак, данас назива Аквилијевом тужбом у Јужноафричкој Републици јесте стандардно правно средство за већину деликата који укључују финансијске губитке. Имајући у виду да је расправа о том римском закону била значајна и за касније правнике, чак и у питањима од мање важности, аутор сматра да би се морало прихватити становиште да је он заиста био трансплантиран. На крају поглавља наводи да је Lex Aquilia, нарочито део о непажњи, био значајан и за наредна поколења, али да средњовековни и ренесансни правници нису преузели и његове посебне одлике. Као и у неким другим случајевима, углавном је преузета терминологија, док је садржина права остала већим делом неизмењена, али софистицираниja. На основу изложепог, аутор опрезно закључује да треба водити рачуна да се не преувелича значај трансплантa.

Четрнаеста глава се бави проблемом који гласи: „Пренос својине и ризика код купопродаје". Римски купопродајни уговор emptio venditio, према аутору, представља можда једини институт римског права који је био најприхватљивији и као такав остао је најмање мењан до данашњих дана. Нарочито је значајно да је идеја о консенсуалним уговорима заиста римско откриће и да је, по свој прилици, први консенсуални уговор био управо *emptio venditio*. Код савремених купопродајних уговора, међутим, постоје разлике у односу на римске. Једна од најзначајнијих разлика односи се на пренос ризика и својине на купца.

Код Римљана је, наиме, ризик од оштећења и пропасти одређене ствари, по правилу, преношен на купца у тренутку закључења уговора. Својина је пак, и у таквом случају, преношена на купца тек када се стекне и modus aquirendi, дакле у тренутку када је извршена предаја ствари. У савременим правима код овог питања постоје разлике.

У Француском грађанском законику ризик и својина се истовремено преносе на купца и то у тренутку закључења уговора. У Немачком грађанском законику ризик и својина се преносе на

купца тек у тренутку предаје ствари. Швајцарско право делимично поштује римску традицију: ризик се преноси на купца у тренутку закључења уговора, док се својина преноси у тренутку предаје ствари.

Римско право је о питању предмета уговора било јасно, али зато врло сложено кад је посреди био проблем непажње продавца или проблем доцње код предаје ствари на страни продавца, као и доцње код пријема ствари на страни купца. Имајући у виду да су римска правила о преласку ризика и својине била прихваћена у Француској пре Грађанског законика, а иста правила прихватио је и Пруски законик из 1794, поставило се питање откуд ове новине. Аутор налази одговор у ставу утицајних писаца, нарочито оних из XVII века, припадника школе природног права, нпр. Гроцијуса и Пуфендорфа (који су сматрали да је римско право у том погледу противно природном праву), али и других значајних правника, као нпр. Кујакијеа и Барберака, и закључује да су њихови ставови о преносу својине и ризика код купопродаје били одлучујући за формирање правила садржаног у Француском грађанском законику. Немачки грађански законик, који је ступио на снагу тек 1900, предвиђа истовремени пренос својине и ризика, али тек по предаји ствари. Индикативно је да швајцарско право (Законик из 1907, и Закон о облигацијама из 1911) ипак усваја римско решење, које прелазак својине и ризика не везује за исти тренутак. Из тога аутор закључује да француско одбацивање римског правила није резултат слабости античког решења или социјалног развоја, већ једноставно гледишта да ће сопствено решење бити прикладније, при чему је случајност играла значајну улогу.

„Поново о ауторитету" – наслов је петнаесте главе. Ту аутор посебно истиче значај ауторитета за процес трансплантације. Пре свега, подсећа на древне прописе: десет божјих заповести, и спартанске, крићанске, египатске законе који свој ауторитет такође извлаче из „воље" божанстава. Слично томе, кодификације се веома често стварају за националне хероје, деспоте и војсковође или настају по њиховом захтеву. Примере за то аутор налази од XIX века пре наше ере, па све до XIX века наше ере: краљ Липит-Иштар, Хамураби, Јулије Цезар, Помпеј, Јустинијан, Фридрих Велики, Наполеон. Жеља је сваког националног ауторитета да остане запамћен као мудар и мирољубив човек, јер су право и правда највећа добра мира, те да створи систем који је сам за себе ауторитет, систем у коме се може наћи одговор на свако сложено питање. Ауторитет римског права је, како каже аутор, западном свету „испрао мозак", јер су све поделе у праву, главни правни институти, граничне линије између њих, практично копиране из тог права, док су многи институти античког грчког права или исламског права игнорисани.

Један од разлога због којих је римско право тако широко прихваћено био је и тај што је *Corpus iuris civilis* био писан на латинском, дакле на језику који су вековима користили сви образовани људи Европе. У том фаворизовању латинског ишло се дотле да предавања на универзитетима нису држана из оних делова *Corpus*-а који су били писани грчким језиком (Greca non leguntur). Други разлог широког прихватања *Corpus*-а, а тиме и римског права, састојао се у томе што је то био готов систем права, подробан али не гломазан. Римско право је чак и у Америци, после револуције, имало велики број присталица, али су ауторитет и популарност Блекстонових коментара о законима Енглеске пресудно утицали на прихватање енглеског прецедентног права. Нама се чини да би ту требало додати и чињеницу да су се Американци много боље сналазили у енглеском него у латинском језику.

„Нека општа запажања" – наслов је и предмет излагања шеснаесте главе књиге. У ствари, запажања, како их аутор скромно назива, представљају његове закључке о правним трансплантима:

1. Трансплантација великих делова или појединачних правила неког правног система веома је уобичајена током целокупне правне историје, од антике до данас;

2. Трансплантација је најобимнији извор развоја, јер највећи број промена у већини правних система представља резултат позајмљивања;

3. Право је у запањујућој мери укорењено у прошлости;

4. Трансплантација права је у социјалном погледу лака, јер се правна правила лако крећу из система у систем, а у крајњој линији, за општу људску срећу није од битног значаја које ће правило бити усвојено;

5. Значајнији трансплант увек укључује и промену у праву која може да настане из различитих разлога, као што су: клима, економски услови, верски погледи или, пак, случајност. Када би неко покушао да у свом праву пронађе „дух народа", тада не би требало да посматра систем као целину, већ само оне појединости у којима конкретно право одступа од других;

6. Ниједна област приватног права не може да се означи као област изузетно отпорна на промене које настају услед иностраног утицаја. Аутор узима за пример породично право које је, због верске основе, неретко отпорно на спољне утицаје, али зато се понекад догађају изненадне и велике промене, као што је то био случај у Риму у време Августа, у Енглеској 1920-их, или у Турској 1926;

7. Време усвајања често је и време кад се врши реформа права или његово усавршавање, дакле време подробног изучавања одредаба које се мењају;

8. Усвајање права је могућно и лако када се друштво које га усваја налази на нижем материјалном и културном степену развоја, али тада трансплант најчешће води поједностављењима, па чак и варваризацији решења даваоца;

9. Иностранo право може да има утицаја чак и ако је погрешно схваћено;

10. Трансплантиу ствари пружају увид у изузетан значај улоге коју ауторитет има у праву. Отуда потиче и доктрина прецедента у енглеском праву, затим обичај римских правника да наводе цитате својих колега, а коначно и учесталост трансплантa;

11. Нација која је домишљата у погледу права углавном не зависи од прихватања трансплантa, чак ни у време кад је иностранu утицај врло значајан за друга питања у друштву;

12. Право, као и технологија, представља резултат људског искуства. Мали је број људи и нација смислио значајна правна правила, чија је вредност, кад је откривена, могла одмах да се процени, усвоји и примени од стране других нација;

13. Народи се крећу и развијају својим сопственим правцем и ако у једној области испоље изразит културни напредак и домишљатост, то не значи да ће сличан напредак да остваре и у другим областима. Према аутору Римљани и Енглези су имали суштински значај за развој приватног права, док су италијански, француски, холандски, немачки и други европски правници дали приватном праву допринос у смислу рационализације, усавршавања и прилагођавања правила римског права.

На крају ове главе, имајући у виду изложено, а нарочито лакоћу и једноставност трансплантације, аутор поставља логично питање: да ли је могуће и пожељно да бар цео западни свет има један уједначен правни систем? Закључује да истоветан правни систем ипак није ни могућ ни пожељан, пре свега због психолошког значаја: свако треба да има сопствени правни систем. Заједнички правни систем био би могућ и пожељан само у материји трговинског права.

Последња глава носи назив „Упоредно право и правна историја".

Аутор има за циљ да покаже до којих се открића у правном развоју може доћи, на основу сазнања о посебним случајевима који се тичу везе између правних система. Многи новији законици налазе се у тесној вези са неким иностраним системом, нпр. грчки са немачким, турски са швајцарским, етиопски са француским. Систем давалац и систем прималац могли су да деле исту правну традицију, али то не мора бити одлучујуће. Могуће је да је систем давалац стекао тај статус због тога што је био први који је коди-

фиковао свој систем и обезбедио такву формулацију која је подобна за лако позајмљивање.

У сваком случају, упоредно право је незамисливо без правне историје, али треба имати у виду да тај однос није једносмеран. Аутор наводи и два интересантна примера: један из грађанског, други из кривичног права. Први пример се односи на Грађански законик Луизијане и ту са математичком прецизношћу изводи утицаје, одн. позајмљивања из француског, шпанског и римског права. Други пример је везан за шкотско кривично право, где је Д. Хјум (прва половина XIX века) оспорио ауторитет римског права у Шкотској: „...чини се да је тачно да у сваком случају постоје врло велике препреке да се кривично право неког народа пренесе другом. Јер, у свакој земљи оквир и карактер тог дела њених прописа увек су у много тешњој зависности од посебних специфичности које се тичу тог народа, него од појединости њених обичаја и прописа у већем делу грађанског права." Да ли је то разлог због кога су раније цитирани инострани ауторитети ишчезли из шкотских кривичних случајева? У сваком случају, упоредно право помаже при уобличавању питања, као и при процењивању могућних одговора.

Књига се завршава „Поговором" у коме аутор резимира своја вишегодишња проучавања упоредног права. Ту пре свега констатује да разматрање различитих система, током дужег временског периода, показује слику непрестаног широког позајмљивања и дуговечности правила и институција. Системи везани међусобно низом позајмица, могли би да укажу на покретачку силу која је довела до њиховог настанка и развоја. И управо чињенице позајмљивања и дуговечности транспланата, увериле су аутора да између друштва и његовог права не постоји једноставна веза, а та веза би се најмање могла објаснити „духом народа". Дакле, теорије које су се заснивале на идеји тесне везе између друштва и права веома су спорне. Овај став аутор илуструје примером из брачног имовинског режима и објашњава позајмљивање које је ишло од Визигота, преко Шпаније, до Калифорније и одатле до других држава у западном делу САД.

Аутор истиче да ни у теорији не постоји ниједна једноставна корелација између друштва и његовог права, као што су нпр. многи тврдили за еквивалент „невидљиве руке" економије. У ствари, на приступ стваралаца права увек и свуда утиче њихова специфична правничка култура, а део те културе је и избор система који је прикладан за позајмљивање. Аутор то илуструје кроз три примера.

Први се односи на Блекстонове коментаре о законима Енглеске, који су обезбедили матици, а затим и САД, корисно и врло значајно систематско разврставање. Главни, пак, извор Блекстоно-

вог надахнућа био је покушај Швајцарца Годфроа (1549–1622) да објасни структуру *Институција* цара Јустинијана из 533. Дакле, енглеском неструктурираном праву дата је римска структура, а структурисање система има дубок, како аутор каже, често скривен, утицај на садржину.

Други пример се односи на материју колизије закона, одн. права у САД. С разлогом би се очекивало да једно тако значајно питање узајамних односа 50 права савезних држава у САД мора бити уређено неким федералним прописом. Ипак, до тога није дошло. Сукоб права се у САД развио на основу три аксиома из *Praelectiones Iuris Civilis et Hodierni* холандског писца Хубера (1635–1694). Хубер је постао такав ауторитет у Енглеској због утицаја лорда Менсфилда, који је пак свој углед стекао тако што је у Дому лордова подносио шкотске жалбе на разматрање. Иначе, Шкоти су у великом броју студирали право у Холандији, те су донели Хуберова објављена предавања, тако да су његови ставови постали приступачни шкотској правничкој јавности. Дакле, Шкоти су усвојили Хуберове ставове о сукобу права, Енглези преузели од Шкота, а преко енглеског common law-a прихватиле их САД. Аутор наводи и један куриозитет. Када је, наиме, Џозеф Стори погрешно схватио трећи Хуберов аксиом и када је његова погрешна верзија сукоба права била прихваћена у САД, такве се верзије држала и Енглеска!

Трећи пример односи се на директни утицај римског права у материји одговорности за штету по основу деликта и квазиделикта који је евидентан у чл. 1382–1386 Француског грађанског законика.

Изнети примери, по аутору, указују да је разумевање правног позајмљивања *једини* кључ разрешавања специфичних питања која се тичу правне промене.

Поред већ изнетих „Општих запажања" (поглавље XVI), аутор разматра и могућност додатних закључака.

Једно од питања које поставља јесте да ли обим позајмљивања одсликава на известан начин самоувереност правничке елите у смислу: више самопоуздања, мање позајмљивања. Аутор, ипак, закључује, имајући посебно римско право у виду, да ту није нашао адекватну корелацију.

Друго питање је степен селективности: да ли постоји одлучно трагање за најбољим решењем; да ли се системи бирају на основу заједничких друштвених, политичких и економских вредности и услова? Аутор констатује да није нашао потврдан одговор на ова питања. Напротив, уочава да је основни критеријум селективности једноставно – приступачност. Приступачност пак постоји када је инострани систем изнет у писаном облику, када је у форми коју је лако открити и разумети, када је одмах доступан.

Аутор на крају посебно напомиње да се упоредно право као академска дисциплина може најбоље разматрати кроз изучавање веза између система права, а такво изучавање, нарочито када везе проистичу из позајмљивања, представљају главну компоненту предмета проучавања. Познавање одређеног броја система омогућава, сматра аутор, да изведемо неколико општих закључака:

1) Владе често показују мало интересовања за стварање права;

2) Обимно законодавство, као што је кодификција, не садржи никакву специфичну друштвену поруку која одговара конкретном друштву;

3) Стварање права је у знатној мери препуштено субординираној правничкој елити;

4) Субординирани ствараоци права теже да стварају такво право какво одговара правничкој култури коју они стварају за себе.

Коначно, ако позајмљивање представља главни начин развоја права, и ако је правничка елита везана својом правничком културом, и ако је та култура ограничена оним што елита познаје (односно не познаје) – тада произлази да квалитет правничког образовања, укључујући и сусретање са упоредним правом, игра врло значајну улогу у реформи права.

Књига проф. Алана Вотсона *Правни трансплантти (Приступ упоредном праву)* изузетно је интересантно виђење стварања и развоја права. У ствари, и пре Вотсона било је аутора који су обрађивали идеју правних позајмљивања, тј. трансплантације – нпр. Ф. П. Волтон (Walton) већ двадесетих година овог века – али је проф. Вотсон први који је дао целовиту теорију правних трансплантација. Његова теорија, изнета у овој књизи, обилује примерима, аргументима и противаргументима. Аутор се понекад смело одлучује на одређене закључке, а понекад уздржано наговештава свој став, који ће у каснијем тексту појачати. Рад је научно фундиран са око 450 фуснота, а садржи и бројне директне наводе у тексту. Савладана је огромна литература из упоредног права и правне историје. Иако говори у извесној мери и о јавном праву, ипак се главна аргументација и најубедљивији примери односе на приватно право, и можда би, по нашем мишљењу, прикладнији наслов био: Правни трансплланти у приватном праву. На тај начин аутор би избегао и део значајних приговора које му упућују критичари, а његова би теорија, чини се, била знатно конзистентнија. Ипак је много лакше доказати да власт није нарочито заинтересована за стварање норми које уређују област грађанског, приватног права, него то исто тврдити за област нпр. уставног, кривичног или управног права. Тиме би се у знатној мери потврдили и други ауторови ставови, нарочито о препуштању стварања права субординираној правничкој елити, непосредном утицају правничке културе на избор правца развоја и реформе права.

Књига је написана лаким стилом, чита се готово у једном даху и представља сигурно озбиљан допринос науци упоредног права, а са друге стране, нарочито методолошки, и историји права. Сваки образовани правник наћи ће у овом делу читаву једну нову димензију права, која му је, изгледа, била ту при руци и чекала прилику да буде откривена. Та се прилика не сме пропустити. Да закључимо: књигу не само да препоручујемо, она се једноставно *мора* прочитати.

Оливер Антић

Душан Мрђеновић (приређивач):
Темељи нове демократије. Избор декларација и повеља о људским правима (1215–1989)
(„Нова књига", Београд, 1989, 238 стр.)

После више година игнорисања или маргинализовања проблема људских права и слобода у Југославији је Савез удружења правника Југославије, у додатку часописа *Архив за правне и друштвене науке* бр. 4/1968, на преко 200 страница објавио најважније до тада познате националне и међународне документе о људским правима, закључно с међународним пактовима о људским правима (1966) и Техеранском прокламацијом (1968).[1] Пошто је тиме обележавана Међународна година људских права (1968), чему су посебно обележје дали студентски немири у многим земљама, укључујући Југославију, поменути документи су објављени у облику посебне збирке и дељени су учесницима свечане академије поводом Дана људских права која је 9. децембра 1968. одржана на Коларчевом народном универзитету у Београду. Несумњиво је да је каснији развој у области људских права, који се огледао како у усвајању многих докумената тако и у постепеном мењању оцене ранијих докумената и уопште става о људским правима налагао потребу за новим, потпунијим и нешто другачијим збиркама основних текстова из ове области. То сазнање је сазрело како у међународним организацијама[2] тако и у појединим државама.

1 До тада су поједини документи објављивани у часописима. Тако су, на пример, у *Југословенској ревији за међународно право* објављени Свеопшта декларација о људским правима (бр. 3/1958) и међународни пактови о људским правима (1–3/1967) у преводу професора др Милана Марковића. Таква пракса је настављена и касније.

2 Нарочито у Уједињеним нацијама и Европском савету који су објавили више издања таквих збирки.

У том светлу треба посматрати избор докумената који је објавила „Нова књига" из Београда. Већ наслов и поднаслов показују став приређивача да се савремена демократија не може замислити без постојања минимума политичких права и слобода појединаца. Са друге стране су потребна ограничења свемоћи већине, како се обично назива демократска владавина. Демократији и људским правима је заједничко то што се остварују у друштву и што се, према томе, могу остваривати само дотле док не вређају права других и права друштва.[3] У складу с тим је и садржина збирке у коју су унети само текстови који се, по схватању приређивача, односе на остваривање демократије. Како се демократија остварује у државама, разумљиво је да су неупоредиво више места добили документи усвојени у појединим државама, а знатно мање међународни. То, уосталом, одговара и историјском развоју идеје о заштити основних људских права и слобода, иако је сврха ове збирке другачије одређена. Без обзира на то историјска димензија није запостављена; она је нарочито видљива у пропратним коментарима.

Документима претходе предговор и текст о старогрчкој баштини, а после сваког текста на оригиналном језику и у преводу дата су опширна објашњења. На крају сваког коментара наведена је основна литература.

У предговору професор Војин Димитријевић зналачки и одмерено указује на еволуцију људских права од теоријске мисли појединаца до свеопштег прихватања од стране свих народа на свим континентима. Зато се људска права могу сматрати заједничком баштином човечанства.

О старогрчкој баштини надахнуто пише професор Сима Аврамовић указујући да је реч о Атини у VI и V веку пре н. е. и о демократији за релативно мали број слободних пуноправних грађана у полису. Пажњу наших читалаца мора да привуче занимљиво истицање великог броја државних органа с великим бројем чланова и с једногодишњим мандатом што је омогућавало релативно малом броју слободних грађана да учествују у обављању јавних послова. Оцену вредности је дала већ атинска филозофија. У старој Атини је поникло разликовање на себичне, заокупљене само својим пословима (*idiotes*) и друштвене, заинтересоване за полис, односно политику и државне послове (*politikos*). Атина је и колевка законитости јер су се односи између државе и грађана заснивали на закону, односно на схватању о владавини права.

Стога сва достигнућа имају свој, у најмању руку, идејни извор у старој Хелади, иако стварне побуде могу да буду другачије јер произлазе из различитог схватања вредности. Атинска демократија

3 На том схватању почива и теорија о злоупотреби права.

је подстицала развој индивидуалних способности доконих робовласника, доприносећи тако личној еманципацији и развијању личних слобода. Али све то служи општем интересу друштва или државе, интересу који је изнад интереса појединца или је бар једнак с њим. У томе је разлика између античког схватања и данашњег, развијеног под англосаксонским и француским утицајем, по коме су људска права и слободе основне вредности којима држава треба да обезбеди уживање (стр. 18).[4] Атинска демократија је развијала своје схватање у време када се није правила разлика између јавног и приватних интереса. Јавни интерес је истовремено и лични јер су држава и појединац чинили јединство. Зато Фистел де Куланж истиче да антички човек није имао представу о „слободи" у данашњем смислу. То није било потребно јер учешће у јавном животу (јавним пословима) није било израз само права већ и дужности и значило је неопредељеност између јавног и приватног живота, неотуђеност човека од политичке сфере (стр. 19), за разлику од каснијих система владавине појединаца или група. Грчка демократија је особена јер се разликовала од свих до тада познатих и владајућих политичких облика (стр. 19) али је свакако значајнија по начелима и идејама које су остваривање током каснијих векова, укључујући владавину права којом су се Грци поносили (стр. 19).

Врло дискретно се указује на наличје такорећи апсолутне слободе мишљења и говора и широко схваћеног поротног суђења, које је „редуцирало скоро до апсурда организацију правосуђа, изложивши грађане ризику да буду оптуживани од стране неморалних сикофаната, могућности да се порота опредељује према симпатијама или политичким уверењима, обавези да често морају наручивати судску беседу од професионалних састављача говора – логографа, како би оставили што бољи утисак на поротнике" (стр. 21).

Међутим, Атина је остала да се помиње као пример непосредне демократије у чијем је средишту слободан човек који има право на живот по сопственом избору (стр. 21). Таква слобода личности се „супротставља свим видовима доминације моћних и неограничених појединаца или система" (стр. 21–22).

Они који се буду помније бавили питањима на која се односе објављени документи, мораће да се суоче не само са разним изворима већ и са различитим преводима текстова. Велика је корист што су текстови објављени упоредо на оригиналном језику и у преводу, али то може послужити само за упоређивање. Тиме се не отклања тешкоћа због недовољне поузданости извора (уз увек могуће штампарске грешке) и због начина превођења.

4 Није ли у Европској унији прихваћен антички став?

У том погледу треба на првом месту поменути Велику повељу о слободама чији је наслов у тексту на енглеском језику: *Magna charta (1215)* (како се првобитно називала) док је у преводу Шефка Куртовића: *Велика повеља о слободама Енглеске (1215)*. Добро је што је наслов употпуњен али је непотребно додата реч „Енглеске". Такав назив се јавља тек 1297. али се у преводу морала избећи забуна пошто је реч о слободама у Енглеској те у том смислу документ припада Енглеској. Та грешка није поновљена у коментару С. Аврамовића (стр. 47). Нема сумње да би се истраживачи више радовали да превод упоређују с оригиналом на латинском. Овако је добијен превод превода који је дакле, имао два преводиоца. Професор Куртовић истиче да се највише ослањао на Девисов превод с латинског са изменама које је унео Ценингс. То је значајно због указивања преводиоца (нејасно је да ли Девиса, Ценингса или Куртовића; стр. 35, бел. 1) на то које су одредбе, дате у тексту, измењене 1225. Повељом Хенрика III а изостављене у каснијим издањима Повеље. Пошто сваки преводилац истиче да се трудио да сачува дух и смисао, то значи да су наши читаоци добили текст који су тројица преводилаца дотеривали трудећи се да омогуће његово разумевање. Ипак је пропуштено да се означи када су додате ознаке чланова (чега није било у оригиналу), а тој напомени енглеских преводилаца професор Куртовић је додао своју опаску да је такав начин обележавања данас у науци општеприхваћен.[5] Осим тога, за значења неких израза дата су објашњења која могу бити корисна али нису неопходна. Чини се да је од те користи већа штета зато што није објављена Петиција о праву (Petition of Right, 1628) која се ослања на члан 39 Велике повеље, истиче неповредивост својине и личне слободе, тј. начело законитости.

За осигурање минимума личне слободе најзначајнији је Habeas Corpus Act (1679) чији тачан назив гласи „Habeas Corpus Amendment Act (1679)", а поднаслов „An Act for the Better Securing the Liberty of the Subjects and for the Prevention of Imprisonment beyond the Seas". Као што се види, реч је о измени закона (или измењеном закону) чији је циљ боље обезбеђење слободе појединаца и спречавање хапшења.[6] Закон је усвојен 1640. Како је омогућавао изигравање (ослобођени су поново хапшени, премештани из једног затвора у други, у Шкотску или преко мора, ван домашаја закона), морало је доћи до измена новим законом са чвршћим гарантијама. Нико није могао бити поново ухапшен за дело за које је био ослобођен – уведена је застарелост за гоњење. Изменама из 1816. дејство је

5 Можда је само то требало да каже у бел. 1, а да остале напомене преводилаца остави на почетку, технички исто као што је дат текст на енглеском.

6 Не знамо зашто је професор Куртовић реч „prevention" превео са „забрана".

проширено на грађанско право и на забрану ропства. Са изменама из 1862. важи и данас.

И у овом случају је професор Куртовић у фуснотама дао објашњења појединих израза на латинском који су остали непревеђени и у енглеском тексту, као и неких специфичних енглеских израза. Та су објашњења веома корисна јер нашем читаоцу пружају могућност за боље разумевање једног од најважнијих аката из области људских права у англосаксонском свету, како каже професор Сима Аврамовић (стр. 75). Штета је што се у литератури не наводи ниједан рад наших писаца иако их има.[7]

Ни за „Бил о правима" (1689) не би се могло рећи да је сасвим добро преведен. Док је наслов „Bil of Rights" преведен као „Закон о правима", дотле је поднаслов „An Act Declareing the Rights and Liberties of the Subject and Setleing the Succession of the Crown" професор Куртовић превео као „Закон који проглашава права и слободе поданика и који одређује наслеђе круне". Тај наслов углавном прихвата и професор Аврамовић (стр. 97–98), али он употребљава и реч „наслеђивање" (стр. 99), што је по нашем мишљењу исправније. Понекад је и наш „мали" језик богатији од „великих". Иначе, Аврамовић употребљава и полупревеђени наслов („Бил о правима").

Техничка неуједначеност се може запазити и код других националних докумената. Тако се, на пример, превод поднаслова америчке Декларације о независности, од 4. јула 1776, не поклапа у потпуности са текстом на енглеском језику. Непознати преводилац је и наслов превео недовољно јасно: „Декларација независности" (стр. 107), а тај израз употребљава и професор Аврамовић у коментару (стр. 111). Могу се употребљавати оба израза али имају различито значење. „Декларација независности" значи проглашавање независности, а „Декларација о независности" је формални акт о проглашавању. Осим тога, постоји разлика између насловне странице факсимила и текста на енглеском језику. На факсимилу је само потпис председника Конгреса (који је потписао „по налогу и у име Конгреса"), док су у тексту наведени потписи свих представника држава. У преводу на наш језик нема ниједног потписа. Очигледно је да се ради о различитим издањима истога текста.

Сличан је случај са амандманима на амерички устав. У оригиналу су „чланови" означени словима, а у преводу римским бројевима као и у америчким издањима. Испод наслова сваког „амандмана" на нашем језику стоји (у заградама) да је „ратификован" 15. децембра 1791. Тога у тексту објављеном на енглеском језику нема. Према овоме како је написано, стиче се погрешан утисак да су сви

7 На пример, Ј. Милићевић: „Habeas Corpus Acta или јемства за личну слободу", *Бранич*, 1888, стр. 197–232.

амандмани „ратификовани" (у ствари прихваћени) истога дана у државама. То није тачно. Вирџинија је као десета држава 15. децембра 1791. прихватила првих десет амандмана, па је тако испуњен услов за њихово ступање на снагу.[8] У вези са амандманима могло би се рећи да је за прву групу од десет амандмана требало задржати уобичајени назив Bill of Rights, пошто је тешко преводив на наш језик, и утолико пре што свих десет амандмана чине целину иако је сваки од њих представљен као посебан члан. Осим тога, ако превод треба да буде веран оригиналу, требало је дословно превести наслов и поднаслов (са стр. 119) а не скраћено и препричано (стр. 121).

Уношење декларација о правима човека највише је практиковано за време Француске револуције. Разумљиво је да се најчешће наводи и објављује Декларација права човека и грађанина из 1789, која је касније стављена на чело устава из 1791. Када се у опширном коментару већ помиње та чињеница онда је ваљало рећи да су сличне декларације садржали и уводни делови устава од 1793. и 1795. За истраживаче ће бити занимљиво то што су и ти текстови објављени.[9] То треба нагласити пошто они омогућавају занимљиво поређење. Исто тако, чини се да констатација да су америчке декларације потврђивале права која су грађани уживали као британски поданици а да је француска декларација проглашавала права која грађани до тада нису уживали (стр. 143) није добила свој логични закључак о „природи" права. Питање извора права је у овом случају кључно, јер од одговора на њега зависи како заштита самих права тако и право државе да ограничи њихово уживање. Ако права човека проистичу из природног права које представља неку врсту „надустава" (стр. 141), онда она нису створена Декларацијом већ су само преточена у „практично-политичку праксу" (стр. 141). Декларација не произлази из једне теорије већ представља компромис разних струја (стр. 144). Ако се с тим ставом можемо сложити, онда то није могуће у целини с тврдњом да је Декларација, иако стављена на чело устава од 1791, остала „формално-правно... одвојена од њега и практично без правних гарантија" (стр. 150). Декларација је одувек представљала целину за себе, али то не значи да је остала без „правних гарантија". Оне су биле за њу исте као за устав у целини. Устав од 1791. у првом делу садржи „Основне одредбе које гарантује Устав", у којима су начела Декларације. Формална одвојеност од устава је Декларацији добро

8 Остале три државе које су 1787. прихватиле устав (Џорџија, Масачусетс и Конектикат) учиниле су то тек 1939. и тако симболично потврдиле да су амандмане формално прихватиле све америчке државе.

9 Објављени су у часопису *Безбедност и друштвена самозаштита*, бр. 5 1990, стр. 29–33.

дошла, јер устав није трајао ни годину дана (иако је у погледу начина измене сматран једним од „најтврђих"), а Декларација је остала у важности упркос пракси[10] и надживела све уставе до наших дана да би постала основа устава од 1946. и 1958. и зато подлеже одговарајућој правној заштити.

Такође је штета што није довољно истакнут непријатељски став француских револуционара према свим облицима плурализма. То је сматрано за обележје старог режима па је, као у свим револуцијама, уздизан општи интерес нације и јединство. У Француској су 1793. укинути Академија наука и сва књижевна друштва а 1794. је конфискована целокупна имовина. Право на удруживање је признато тек 1901. Да ли су националсоцијалисти у Немачкој и ту нашли неки извор инспирације?

Национални документи о људским правима завршавају се Декларацијом права народа Русије (1917) и Декларацијом права радног и експлоатисаног народа Русије (1918) чији преводилац није означен. И у овом случају је то важно јер превод није сасвим тачан иако је смисао приближно исти. И за ове текстове се може рећи да технички нису уједначени. На пример, није јасно зашто се одлуке Трећег сверуског заседања Савета[11] наводе у увученом тексту а не обично као што је дат руски текст. Исто тако у првом тексту извесне речи се наводе шпационирано у преводу верзалом а последњи став курентом. Ни потпис није стављен на место на ком је у оригиналу већ на супротну страну. У другој декларацији је изостављен текст испод наслова у коме се каже да га је донело Треће сверуско заседање Савета радничких, војничких и сељачких депутата 12. (25) јануара 1918. Уместо тога стоји: „Уставотворна скупштина одлучује". У превођењу оваквих текстова толико слободе је превише, поготово када се мешају два потпуно различита органа. Из историјата настанка Декларације права радног и експлоатисаног народа произлази зашто текст такве садржине није усвојила Уставотворна скупштина већ Треће сверуско заседање Совјета радничких, војничких и сељачких депутата. Њоме су одбачена либерална схватања а јавно су прокламовани диктатура и насиље као главна средства социјалне револуције. То је утолико важније што је тај документ постао основа совјетског устава од 1918, а преко њега и устава земаља тзв. народне демократије. Радикализма није лишена ни Декларација права народа Русије Савета народних комесара, од 15. новембра 1917, у којој се помиње право народа на самоопредељење „све до отцепљења и стварања самосталне државе". Шта је донела примена тако схваћеног начела

10 Следећи устав (1793), чији је уводни део представљала Декларација о правима човека и грађанина, имао је још гору судбину јер није уопште примењиван.

11 У преводу: „Уставотворна скупштина".

добро је познато. Штета је што није унет и део из устава РСФСР (1918) као што је учињено у поменутом броју *Архива* из 1968. То још више важи за део заиста демократског Вајмарског устава Немачке (1919).

За кориснике ове збирке несумњиво највећу вредност може имати објављивање Повеље Међународног ПЕН-а (1934) чији је текст мало познат широј јавности упркос значају за развој слободе мишљења и изражавања која превазилази област културе. У ствари, дати су изводи из Повеље, такође прилично слободно преведени (и у овом случају без имена преводиоца). Та комотност се огледа не само у наслову већ и у додавању текста који не постоји на енглеском, а то је нека врста објашњења да је Повеља „заснована на одлукама донетим на међународним конгресима" што је требало рећи у фусноти. Томе је додато и: „Становиште ПЕН-а је следеће" (стр. 173), чега такође нема на енглеском језику. Правничка прецизност недостаје не само у представљању текста (или извода) Повеље већ још више у коментару у коме се могло и морало рећи како је дошло до текста Повеље који је више пута пречишћаван и дотериван. Вредело би труда и простора да је дат потпуни текст Повеље уз евентуалне ознаке када је који став усвојен. Непрецизности има и када је реч о организацији и њеним члановима. Ова међународна невладина организација назива се „светска асоцијација писаца", па се не зна ко су њени чланови: да ли сви ПЕН центри или национални ПЕН центри,[12] а говори се и о „приступању" писаца (стр. 176) – вероватно националним центрима, како би се из ове збирке могло разабрати.

Није познато ни одакле је узет превод текста Свеопште декларације о људским правима, ни ко је преводилац. Очигледно је да то није коментатор (професор Војин Димитријевић) јер он употребљава други назив. Иако је реч о документу који је највише објављиван и који је, док је у Београду радио Информациони центар УН, био најдоступнији најширем кругу корисника – његово увршћење у збирку је оправдано. То је ван сваке сумње један од најважнијих међународних докумената не само по садржини већ и по томе како је примљен од најшире јавности (стр. 193). Могло би се додати да је у том погледу превазишао и најсмелија очекивања својих твораца, који су га замислили као први и необавезујући део међународне повеље о људским правима. То је омогућило релативно брзо усвајање Декларације без званичног противљења иједне државе. Тако се може разумети да је један документ коме је порицана правна обавезност постао општеприхваћен и обавезан и

12 Каже се исто тако да је „Југославија обновила своје чланство у Међународном ПЕН-у" (стр. 176), што наводи на закључак да само један центар из једне државе може бити члан.

ван Уједињених нација у већој мери од докумената чија правна вредност није спорна, међу којима су на првом месту међународни пактови о људским правима. Није познато зашто нису објављени и пактови чији преводи одавно постоје. Да ли су они толико познати и доступни да би у оваквој збирци само непотребно заузимали простор? Нека нам буде допуштено да не мислимо тако.

Највећу тешкоћу за објављивање представља несумњиво Завршни акт КЕБС-а (1975) и завршни документи каснијих састанака представника држава потписница зато што се само мањим делом односе на људска права. Како с правом примећује професор В. Димитријевић, људска права нису била средишна тема Конференције о безбедности и сарадњи у Европи, нити повод за њено одржавање. Њих је наметнуо Запад као противтежу захтевима Истока (стр. 234). Због тога не звучи убедљиво истовремено тврђење да су за уношење начела поштовања људских права у Завршни акт нарочито заслужне несврстане и неутралне земље (на истом месту). Њихова заслуга пре може бити у формулисању текста. У збирку је из Завршног акта унето само Начело (VII) поштовања људских права и основних слобода. Поред тога су објављени изводи из Завршног документа Бечког састанка (1989). У коментару се каже да нису објављени делови који се односе на олакшавање људских контаката, на спајање породица и слична питања јер то „не занима много југословенског читаоца" (стр. 234). Можда не занима „много", али ипак занима пошто има раздвојених породица. Нема ни објашњења зашто су изостављени делови о сарадњи у култури и образовању, а пре свега о положају радника миграната којих има много из Југославије. Може се нагађати да ли због своје уопштености нису објављени ни делови Завршног документа Мадридског састанка (1983), у којима је први пут нешто више речено о потреби поштовања људских права. Завршни документ Бечког састанка иде корак даље и улази у нека конкретнија питања, посебно у питања заштите права мањина.

Нема сумње да је објављивање докумената Конференције о безбедности и сарадњи у Европи који се односе на људска права веома значајно. Они су, а нарочито Завршни акт из 1975, донекле доживели судбину Свеопште декларације о људским правима из 1948, па је чак можда и превазишли. Док је Декларација у целини посвећена указивању на основна људска права и слободе, дотле су акти КЕБС-а то у мери која се сматра основом или условом међународне безбедности и сарадње. Иако им је заједничко истицање политичке а оспоравање правне вредности и, с временом, све шире прихватање – Свеопшта декларација се не позива ни на један правни документ, док Завршни акт то чини па се мора тумачити у њиховом светлу, утолико пре што садржи уже формулације (стр.

234). Непосвећен људским правима, Завршни акт је добио најшири одјек баш у вези с њима, па се сви „хелсиншки одбори" само њима баве (стр. 235), као што се механизми предвиђени Бечким документом односе само на поштовање одредаба Завршног акта о људским правима. На тај начин се „први корак ка јединственом европском правном простору" (стр. 237) чини у области која није била замишљена као главна. Али то је несумњиво боље него да се ужи регионални системи намећу другима.

Вероватно да због тога нису објављени регионални акти из области људских права. То је оправдано јер цела збирка одише духом универзалности. Зато је требало унети још неке универзалне документе који би збирку учинили у много чему потпунијом и кориснијом. То пре свега важи за међународне пактове о људским правима, односно за њихове делове који се односе на права и слободе, а можда и за нека друга акта од општег значаја (о разним видовима недискриминације) чији су прописи уграђени у темеље савременог демократског друштва. Можда је недостатак потребних средстава утицао на обим и употребљивост ове збирке.

Међутим, много више од тога сметају, поред поменутих, технички недостаци који се огледају у непотпуним и тешко разумљивим подацима о изворима, преводиоцима и коментаторима. Објашњењима или коментарима је заједничко правило: што је млађи коментатор, то је дужи коментар. Не зна се да ли због недостатка искуства у сажетом излагању или због жеље да се покаже како не заостаје у учености. Без обзира шта је у питању, остаје утисак да ту није било уредника или да је имао велику толерантност према бројним сарадницима. Није у питању ограничавање слободе мишљења већ потреба да постоје јасна мерила у погледу чињеница неопходних за разумевање сваког документа уз нарочиту пажњу на приказ његовог настанка и коментарисања. Ако се дужина документа није могла одређивати, мера и врста коментара свакако јесте. Коментари према утврђеним мерилима знатно би олакшали поређење између докумената што је суштинско а не техничко питање.

Врло лепа замисао да се пре текста на оригиналном језику дâ факсимил документа, не само да је допринела побољшању естетског изгледа већ је, у случају репродукције насловне стране, омогућила да се види и извор. Нажалост, то није спроведено доследно. Можда то није било могуће у сваком појединим случају, нарочито када је реч о најстаријим документима до чијих се потпуних текстова неретко долазило реконструкцијом и комбиновањем разних верзија, које су се понекад међусобно доста разликовале па им је и наслов мењан (као што је случај са енглеском Великом повељом о слободама). Због тога је штета што је изос-

тављено навођење извора текста на страном језику или је то остављено преводиоцима што су они, нажалост, врло ретко чинили (на пример професор Шефко Куртовић). То ће несумњиво причињавати тешкоћу будућим истраживачима који ће морати поново да трагају за изворима а ова збирка им може послужити само као полазиште.

У вези с појединим текстовима споменули смо да се наводе имена преводилаца. То се, на пример, односи на америчку Декларацију о независности, Декларацију права радног и експлоатисаног народа Русије, Повељу Међународног ПЕН-а, Свеопшту декларацију о људским правима, Завршни акт КЕБС-а и Закључни документ Бечког састанка. Пошто су у садржају збирке поменути преводиоци неких текстова, читаоцу преостаје да преводе осталих текстова приписује коментаторима или да их упоређује с раније објављеним преводима. Било би коректно да су тачно наведени извори оригинала и то да ли су преводи однекуд преузети и прештампани или се први пут објављују. Документи овакве вредности такве податке у потпуности заслужују. Нема сумње да би нова збирка, у којој би се нашле врлине и оне из 1968. и ове, била радосно дочекана не само као водич кроз историју људских права и слобода већ и као књига која би се с великим уживањем читала.

Момир Милојевић

Зборник радова са научног скупа поводом двестоте годишњице објављивања *Метафизике морала* Имануела Канта (Правни факултет у Београду и Гетеов институт у Београду, 1997)

Научни скуп[1] посвећен Кантовим *Метафизичким начелима науке о праву*, одржан у Београду септембра 1997. године, други је по реду сличне природе. Први је, на тему: „Правна држава – порекло и будућност једне идеје", такође одржан у Београду предратне 1991. године. Оба пута организатор је био, на једној страни, Правни факултет Универзитета у Београду, а на другој, Немачки културни и информативни центар, односно Гетеов институт у Београду. Оба пута повод је био јубилеј: први пут, стопедесетогодишњица постојања београдског Правног факултета, а други, две-

1 Скуп је одржан у Београду 26. и 27. септембра 1997. године у организацији Правног факултета у Београду и Гетеовог института, а његовим радом непосредно су руководили Данило Н. Баста и Петер Волф (Peter Wolf). Уз присуство невеликог броја привржeника Кантове филозофије, своје радове су представили: Рихард Заге (Richard Saage), Стеван К. Врачар, Данило Н. Баста, Јован Бабић, Јасминка Хасанбеговић, Бернд Лудвиг (Bernd Ludwig), Томас Мертенс (Thomas Mertens) и Коста Чавошки.

стогодишњица објављивања Кантове *Метафизике морала* (или ћудорећа, какав је превод понуђен у претходном издању сарајевског издавача „Веселина Маслеше"). Оба пута, поред домаћих, учествовали су угледни научници и филозофи из Немачке и по један из Босне, први пут, и из Холандије, други пут. Оно по чему ће се памтити оба скупа јесу дакако теме, али не толико или не само због појединачног и укупног постигнућа као одговора на њих, већ много више због чињенице да као латентан актуалитет опстају без обзира на реално или појавно оспоравање или потврђивање. Због оспоравања пре свега и свакако. Уз то, долазак гостију из иностранства није био тек гест беневоленције, премда је и то према околностима и те како значајно, већ, више од тога, показивање да вера у постојаност разума, чак и када је овај пред највећим искушењима, није пољуљана, бар када су у питању посленици културе.

Пратећа публикација – *Против произвољности. Кантова „Метафизичка начела науке о праву" после два века*[2] – јесте највреднији допринос, наравно према древном латинском науку scripta manent. О њој се могу изрећи само похвале. Приређивачи ништа нису препустили случају. Чак је и њен преднаслов или наднаслов – *Против произвољности* – намеран да случајног читаоца или почетника упути на Кантов меридијан, а ономе ко са Кантом није први пут да предочи intentio principalis као перемпторни налог времена. Штавише, редослед радова, смишљен или случајан, уприличен је тако да се на почетку излажу методолошке премисе а на крају емпиријске провере.

У овим радовима сагледане су безмало све велике, капиталне идеје које је Кантова филозофија промовисала. У њиховом разматрању уочава се изузетна преданост Кантовим текстовима, ерудиција и минуциозност. Илустрације ради, у приказивању Кантових идеја и обликовању сопствених ставова о њима коришћени су и припремни радови и претходеће белешке, као што су они за *Спор међу факултетима* (1798) и за спис о *Вечном миру* (1795). Напомене интервенишу чак и у форму оригиналног текста, у распоред, редослед параграфа првог дела *Метафизике морала (Метафизичка начела науке о праву)*, чиме се постиже успешнија реализација Кантових замисли.[3]

---

2 Издање Правног факултета у Београду и Гетеовог института у Београду, 1997. Приредили Данило Н. Баста и Петер Волф (Peter Wolf). Текстове с немачког језика превео Данило Н. Баста, а са српског на немачки Данка Стојаковић и Петер Волф.

3 Непроцењива је заслуга Бернда Лудвига, учесника овог скупа, што је устрајао у исправљању и реконструисању редоследа одељака у Кантовом спису *Метафизичка начела о праву*. Овако преуређен текст, веран изворном облику, објављен је у књизи: Immanuel Kant: *Metaphysische Anfangsgünde der Rechtslehre*. Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Neu herausgegeben von Bernd Ludwig (Felix Meiner, Hamburg, 1986). О преуређивању и поновном успостављању структуре текста Лудвиг је објавио књигу: *Kants Rechtslehre*. Mit einer Untersucchung zur Drucklegung Kantischer Schriften von Werner Starck (Felix Meiner, Hamburg, 1988).

Секундарна литература о Кантовој филозофији заправо је својеврсни феномен. Она је до те мере озбиљна и обимна да се ознака „секундарна" може користити једино у првобитном значењу и само утолико. Она има своје, аутономне, критеријуме и зато јој свако придруживање мора бити смотрено и скрупулозно. Имајући ову напомену на уму, ваља признати да је веома тешко бавити се Кантовим штивом, макар и посредством објављених реферата, када је сврха, као што је ова, ограничена. Па ипак вреди.

Два се утиска намећу као доминантна. Први се може означити као херменеутичке могућности и интенције, а други, који је блиско повезан са првим као претходећи, тиче се предмета тумачења.

Говорећи о „логичкој припреми" за „појам права" оних „познавалаца права" (правницима који филозофирају), који, дакле, „желе" да своју правну науку „уздигну" до „метафизичких начела", Кант саветује неравнодушност према „*подели* правних појмова".[4] Штавише, поделу сматра нужном за изграђивање науке као „*умног система*", у којој „*топика принципа*" постиже потпуност означавањем места за један појам „које је према синтетичкој форми поделе отворено за тај појам".[5] При том је логичка подела „увек дихотомија", док метафизичка подела може да буде и тетрахотомија (...) и тако даље.[6]

Кантова представа о значају подела, нарочито ових дихотомних или бинарних, заузела је средишње место, место комуникацијског посредника на овом скупу. То је и разумљиво, јер мислити у систему, крајње упрошћено говорећи, значи мислити у поделама. Тако филозофија може бити теоријска и практичка; метафизичка начела науке о праву сапостоје са метафизичким начелима науке о врлини; уз a priori замишљени систем, као пример уз начело, постоји емпиријска разноликост правне праксе; постоји прописивање помоћу ума или самовољом; дужности врлине уз јуридичке дужности; легалитет наспрам моралитета; слобода и принуда; природно (умно) и позитивно право; јавно и приватно право; и тако даље.

Оно на шта су све расправе сводљиве, дакле оно што представља предмет контроверзних расправа, омеђено је Кантовом очигледном интенцијом затварања система помоћу бинарних подела чији се семантички статус (појмовних парова) појављује поглавито као критичко супротстављање, упоредност или логичко следбеништво.

4 И. Кант: *Метафизика морала*. Превела Душица Гутеша, редактор превода Данило Н. Баста, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци – Нови Сад, 1993, Додатак: примедбе и разјашњења уз метафизичка начела науке о праву, стр. 158.

5 *Ibidem*.

6 *Ibidem*.

На том се узорку уздижу две интерпретацијске могућности. Једну, као ортодоксију и сакросанктност, заступају кантовски настројени тумачи. Држећи се строго текста, његовим везивањем за историјско-социјални контекст, боље рећи, помно ослушкујући ехо историјских збивања, они настоје да покажу плаузибилност Кантове критичке филозофије, с намером да је учине неоспоривом, и то линијом чврсте аргументације кад год је то могуће. Основна је накана проистекла из ове интерпретацијске парадигме – одбрана Кантових начела од критичких импетуса. Каткада се противречне семантичке ситуације показују и доказују као привид, а каткада превазилазе мање или више успешним усклађивањем. Тек напослетку, скрушеним прихватањем немоћи, апоретичности се остављају онаквим какве јесу.

На другој страни од интерпретација прирођених тексту или са њим срођених, установљава се, бар као равноправна, интерпретацијска парадигма даљег развијања. Њен статус је легитиман бар као и оне прве. У том смислу Рихард Заге (Richard Saage) предочава „своју" перспективу интерпретације. Уместо уврежених премиса о априорности метода (као оних за истину способних) и утемељености садржине исказа у историјски контекст (као и о њиховој ненужној повезаности), Заге истиче систематско јединство правнофилозофске парадигме. Она тумачење усмерава на доказивање да „ни неприхватљиви садржаји нису историјски случајни, па отуда ни ирелевантни, већ да су „логички нужан израз [...] премиса" Кантове филозофије права.[7] Овако конципирана „критичка херменеутика" има ту предност што, с једне стране, полази од Кантове, већ поменуте, интенције затварања система – што подразумева могућност испитивања „априорности централних премиса и исказа" – а са друге стране, омогућава да се разреше „тобожње" противречности идеолошко-критичким отварањем поменуте херменеутике.[8] Загеов херменеутички модел омогућава интересовање за – како каже – „скривена стања друштвених интереса у Кантовим конструкцијама".[9]

Херменеутика развијања, она која дозвољава екстерне интерпретаменте, каткада је боље повезана са текстом – мисли Заге – неголи она која прокламовано потиче из система, а заправо само брише разлике између интерног и развојног тумачења. Штавише, тек се таквом реконструкцијом може код политичких идеја разумети оно што претиче, штрчи, што је „вишак", и можда генерализовати у један нови субсистем.[10]

7 Р. Заге: „Кантова *Метафизика морала* и поседнички индивидуализам". У: *Против произвољности. Кантова „Метафизичка начела науке о праву" после два века*, стр. 10.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 *Ibid.*, стр. 11.

Оваквим се потхватима, ослобођеним диктатуре класичних херменеутичких канона, чини, дакле, могућом реконструкција система. Каткада се то чини показивањем, са интерног или екстерног становишта, неспојивости онога што је претходним тумачењем обједињено и прихваћено као неспорно или бар као извесно.

Тако Бернд Лудвиг (Bernd Ludwig) оспорава једно етаблирано тумачење по коме је Кант у просвећеној монархији видео најбољу могућност (средство или „службу") „да републику од регулативне идеје" преведе у „пример у искуству".[11] Он показује неспојивост различитих теоријских концепата, а затим списа и времена у коме су настали (из којих критикована констатација потиче), и доказује имплицитне претпоставке „да постоји тако нешто као *једно* 'Кантово државно право'".[12] Успут, али не и узгред, он прочишћава и учвршћује средишњу појмовну гарнитуру политичке филозофије у Канта, коју чине respublica noumenon и respublica phaenomenon, и тако, управо развојним тумачењем, отклања, или бар ублажава показујући им разлог, неке терминолошке и стварне некохерентности које су биле предмет жестоких напада.

Respublica noumenon, „држава у *идеји*", „каква треба да буде према чистим правним принципима", „путоказ" или „вечна норма", платоновски идеал државе, увек је једна те иста. На другој страни, реализација ове регулативне идеје, правна држава, respublica phaenomenon, може имати три облика. Аналогно овом, успоставља се однос између чисте идеје поглавара државе, која проистиче или припада појму res publica latius dicta (политичка заједница уопште), и физичке особе, физичког поглавара, који идеју поглавара чини делатном представљањем народне воље као опште кроз три државна облика – аутократију, аристократију и демократију. Потпуно чисто државно уређење, као „стање највише сагласности [...] са правним принципима", испуњава „идеју републике".[13] Наспрам „чисте републике" (која није исто што и истинска република као најпотпунији приказ идеје републике у некој реалној држави) положена је „република у појави", као одговарајућа реализација државе према критеријумима представљања и одвајања легислативе и егзекутиве.

Према старијој концепцији, монархија би била превасходно подесна за остварење потпуно чистог државног уређења. За не-представничку демократију, демократију атичког типа, у предложеној систематици уопште не би било места управо у смислу критичке филозофије. Изгледа као да је једно первертирање идеала залутало у учење о облицима државе. Лудвиг, даље, показује да првобитну, аксиолошки успостављену хијерархију државних облика Кант задржава, али умањује њен прескриптиван значај сво-

11 Б. Лудвиг: „Идеал државе и политички облик. Теорија државе у Кантовој *Метафизици морала*, као одговор на једну успелу револуцију". У: *Кантова „Метафизичка начела науке о праву" после два века*, стр. 89.

12 *Ibidem*.

13 *Ibid.*, стр. 93. Преузето из: И. Кант: *Метафизика морала*, § 49, стр. 120.

дећи је на практично упутство према формули: „симплификовање је разумно“ или „најједноставније је најбоље“.[14]

Вредносни суд о демократији се, дакле, мења: од омраженог, за деспотизам свагда отвореног не-представничког облика, демократија, наравно представничка већ према показаном обележју појма, „постаје“ најпотпунији приказ „идеје републике“ у некој реалној држави [...] у једном примеру искуства“.[15] А све док држава таква не постане, сваки други облик у коме се влада „према принципима који су примерени духу законâ слободе (какве би народ зрелог ума сам себи прописао)“, и када би се питао, биће легитиман.[16]

У сусрет овоме иде Загеова тврдња да се демократски потенцијал *Метафизике морала*, који се њему самом не чини баш прихватљивим, може установити тек херменеутичким развијањем, али никако не и оном интерпретацијом која се држи текста на уобичајен начин.

Херменеутиком изван догматски успостављених правила, или само мимо њих, посредно је осветљена идеја повезаности, боље рећи нераздвојности („појмовне“ или „реалитетне“) државе и права, којој је посвећен реферат Стевана Врачара. Исто место о аналогном односу „координисаности и подређености“ трију власти у држави са поставком практичног (правног) силогизма послужило је Бернду Лудвигу да покаже да је „идеја државе код Канта идентична са идејом институционализованог права“.[17]

Уза све ово, ваља истаћи да је највредније од свега то што развојна херменеутика даје могућност стратешком уму да идеју универзалне владавине људских права и замисао о вечном миру повеже и учини крајњом сврхом светског грађанског поретка.

Ако сада сигнатуру новог света треба довести до правнофилозофског појма, онда се то може учинити и тако што ће се већ постојећи правнофилозофски наук протегнути на време које неодложно тражи да се „мислима обухвати“. Променом херменеутичке парадигме формиране према традиционалним канонима, могуће је Кантову науку о праву увести не само у модерни већ и у постмодерни дискурс. Другим речима, околностима времена условљене, и утолико привремене представе могуће је учинити трајним. Чак и када би биле изван Кантовог експлицитног наума. Уосталом, на то наводи и поменути наднаслов ове публикације.

Радмила Васић

14 Види: Б. Лудвиг: *op. cit.*, стр. 99; И. Кант: *Метафизика морала*, § 51, стр. 140.

15 Б. Лудвиг: *op. cit.*, стр. 101.

16 *Ibidem.*

17 *Ibid.*, стр. 93.

Giovanni Santini:
Dal'Ilirico romano alla Jugoslavia moderna. Le strutture territoriali della Penisola Balcanica attraverso i secoli
(Giuffrè, Milano 1997, 125 p.)

Већ у самом наслову ове монографије (*Од римског Илирикума до савремене Југославије. Територијална структура Балканског полуострва кроз векове*) садржана је сва необичност подухвата који је њен аутор желео да оствари: изложити преглед јавноправних структура на територији екс-Југославије од античких времена до, дословце, најновијих дана. Рад започиње Диоклецијановом реорганизацијом административне поделе Римског царства, а завршава се – после свега стотинак страница – Дејтонским споразумом. У сажетом предговору овај професор правне историје на Универзитету у Модени разлоге за настанак свог дела налази у потреби да својим студентима, али и самом себи, објасни дубље историјске корене најновијих страдања кроз које пролазе словенски народи насељени на југу Европе. Полазећи од уобичајене констатације о Балкану као раскрсници на којој се укрштају путеви, народи и континенти и где су се Словени нашли на првој линији нетолеранције, шизме и неразумевања између Истока и Запада, између хришћанске Европе и Ислама, аутор покушава да разлоге за савремене неспоразуме и конфликте пронађе у даљој прошлости. Али, при том он не сматра да је историја фатум коме се морамо нужно повиновати, већ да сусрет и прожимање различитих цивилизација и култура из аспекта једне универзалистичке визије морају чинити део будућег „новог хуманизма". Критичко преиспитивање савремене (зло)употребе историје и њено боље разумевање, по мишљењу овог аутора, један је од путева ка остварењу тога циља.

Јавноправном структуром средњовековне и модерне Европе Сантини се бавио и у својим ранијим студијама: *Europa medioevale. Introduzione allo studio delle strutture territoriali di diritto pubblico* (Милано 1986) и *Gli spazi giuridici regionali. Le strutture comuni dell'Europa moderna* (Милано 1991).

Овај рад је подељен у два дела без посебних наслова, од којих први (стр. 3–72) садржи десет краћих целина, а други (стр. 73–108) свега три, за којима следи преглед извора и литературе – у који је укључена знатно шира библиографија о екс-Југославији од оне која је цитирана у тексту (стр. 107–125). Праћење ауторовог излагања олакшава и 13 историјских мапа.

У уводном поглављу (стр. 3–10) анализиран је настанак поделе Балканског полуострва, односно формирање Западног и Источног Илирика. Сантини сматра нетачном уобичајену тврдњу да

је за то заслужан Диоклецијан, већ мисли да је до тога дошло крајем владавине Константина Великог (335. г.) У другом одељку (стр. 11–18) аутор прати функцију praefectus pretorio у оба Илирика до краја IV века и констатује да је територијална подела повремено варирала све до 386. године, када је Теодосије дефинитивно учврстио поменуту административну границу. У трећем одељку (стр. 19–21) указује се на појаву нових територијалних јединица у оба Илирика и настанак comites Panoniae Sirmiensis, comes Saviae и comes Dalmatiae. У четвртом одељку (стр. 22–25) аутор анализира последице настанка утврђене границе Сава–Драва на територијално организовање Ilirico superiore, доказујући да је формирање тзв. „краљевства Острогота" у Панонији (455–473) имало посебан значај за касније историју Балкана. Позивањем на античке изворе (Jordanes XXXII, 77) аутор у следећем одељку (стр. 26–31) показује да су Римљани уз помоћ Острогота успели 427. г. да врате limes до Дунава и да су они потом остали у Панонији већински варварски народ. У шестом одељку (стр. 32–36) аутор покушава да изнађе одговор на питање какав је однос постојао између римске административне власти и варварске војне организације на територији Паноније између 380. и 473. године. Он га види као 'дуалистичко друштво' у коме су *федерати* били потчињени римској војној администрацији, мада је варварски војни старешина добијао висока звања у тој организацији. Отуда ни именовање Аларика за dux Illyrici (397. г.) није значило да су римске трупе на том подручју биле стављене под његову команду, већ само то да је он био укључен у државну хијерархију и да му је истовремено била додељена римска територија која је формално спадала у надлежност федерата. Због тога ће dux, или magister militum per Illyricum, бити потчињен шефу римске цивилне администрације за ову област у звању *praefectus pretorio*, чије су компетенције биле заиста веома широке. По овом аутору, поменута пракса ће постати 'институционални модел' који ће се користити и касније у сличним ситуацијама, што ће довести до очувања већ раније успостављених административних граница, упркос продору бројних варварских народа на територију Римског царства и њиховом трајном насељавању у тим областима.

У седмом одељку (стр. 37–43) започиње анлиза периода досељавања Словена на Балкан. У заједници са Аварима они су на западу окупирали простор обе Паноније (Superior и Inferior) и дела Noricum-a који су претходно (568. г.) напустили Лонгобарди, дотадашњи федерати императора Јустинијана. И овде се намеће проблем сукцесије власти, овог пута између последњег римског dux Norici и првог словенског dux Carantorum по имену Борут – који је уз помоћ Баваpаца савладао Аваре (743. г.), али и убрзо потпао под франачку супремацију. Аутор посебно инсистира на чињеници да је и у овом случају могуће запазити поштовање континуитета,

не само у погледу места које је вековима било административно средиште те области, већ да би се приликом устоличавања карантанских кнезова очувала и древна инаугурациона церемонија. Она се обављала код 'кнежевог камена' (у ствари капитела из срушеног римског града Virunum-a, тј. Клагенфурта-Целовца) и 'војводског престола' (односно каменог престола под отвореним небом са двоструким седиштем: једно је окренуто западу, а друго истоку). Аутор сматра да симболична предаја власти од стране сељака новом кнезу у присуству народа до сада није правилно схваћена: у њој треба видети претходно историјско сучељавање између локалног становништва (Римљани) и новопридошлих странаца (Словени) са чијим представником староседеоци склапају споразум по коме ће се војводска власт морати обављати према прецизним јавноправним регулама. То је она иста схема по којој римски rector provinciae при ступању на дужност издаје edictum, који ће се овде само преобразити у consuetudo Carantorum. Тиме је dux Sclavorum заправо очувао континуитет са римским dux-ом, преузимајући на истом месту исте функције (одбрамбену и управну), опет уз *consensus* локалног становништва које углавном чине земљорадници, као што су то раније били римски колони. У оквиру тзв. Самовог племенског савеза (623–658) – који Сантини назива првом словенском *државом* – Карантанија ће сачувати своју индивидуалност у односу на суседне области, а одређени степен унутрашње аутономије постојаће све до 820. године.

У осмом одељку (стр. 44–52) аутор указује на проблем сукцесије власти између dux Norici Mediterranei и dux Carantorum, односно тачног лоцирања metropolis Norici. Наиме, последњи остроготски војвода (Ursus vir spectabilis) изгледа да је око 500. године столовао у граду Teurnia док се 'церемонија устоличавања' словенског војводе, као што је већ речено, обављала на остацима античког града Virunum-a. Позивајући се на најновија истраживања Ж. Годемеа (Gaudemet) аутор показује да је и у римско доба rector provinciae столовао у различитим палатама на својој територији, а да је само de iure постојала једна регионална 'метропола', из чега Сантини закључује да је то вероватно био случај и кад је у питању dux Norici Mediterranei.

У деветом одељку (стр. 53–57) аутор даје приказ етничких слојева који су се смењивали на поменутим просторима и закључује да је најстарији илирски етнички stratum већ у III в. пре н. е. обогаћен Таурисцима, народом келтског порекла, потом долазе Римљани, а крајем VI века Словени. Приликом насељавања Балкана, словенска култура, језик и религија неминовно су претрпели утицаје својих историјских претходника али су такође, према овом аутору, наследили и затечену административно-територијалну поделу. Као што је показао Волфрам (Wolfram), током миграција *генс* није сам по себи некаква затворена политичко-територијална једи-

ница са поптпуно формираним етничким идентитетом, већ он представља отворену социјалну структуру која ће постати *популус* тек када зе веже за одређену територију и формира своју *патрију*. Отуда ће, закључује Сантини, Словенци тек средином VIII века достићи 'статичност' типичну за постномадску фазу развоја и под утицајем својих суседа Лонгобарда поћи поменутим путем развоја. У последњем поглављу првог дела књиге (стр. 58–69) аутор ће аргументацију за своју тезу тражити и у археолошким налазима који указују на постојање континуитета између насеља римских *limitanea* и лонгобардских насеобина у области Noricum и Pannonia.

Други део књиге започиње поглављем (стр. 73–84) у коме потврду за раније изложене тезе аутор жели да изнађе кроз анализу историје досељавања Хрвата (602. г.), стварања њихове најстарије државе, губитка самосталности (1102. г.) и њене касније судбине. И овом приликом Сантини у првобитној територијалној подели на Croazia dalmatica и Croazia pannonica (из које ће тек касније настати јединствен државни ентитет) види паралелу са касноримском облашћу Dalmatia (северозападни део) и Pannonia Savensis. Такође и са становишта црквене организације, запажа аутор, одлукама црквеног концила у Салони (Сплит), 530. и 533. године, надлежност надбискупа овога града поклапала се са административном поделом поменутих римских провинција – додуше, тада у рукама Острогота. Чак и када се много касније успоставила самостална Дубровачка надбискупија (999. г.), под њеном јурисдикцијом ће бити само градови јужног Јадрана, односно Dalmatia inferior (или Croatia rubea), а не и они у области Dalmatia superior (или Croatia alba) која се простирала северно од Салоне (Сплита), традиционалног средишта истоимене римске провинције. Сантини и код Хрвата уочава процес фузије са различитим староседелачким становништвом (Liburni, Iapodes, Dalmati, Ardiei, Daorsi, Scordisci и др.) из које се рађа једна нова реалност у којој велики број *малих ентитета* прераста у мали број *великих ентитета*. Они се формирају у 'народ' у оквиру већ успостављених 'калупа' или 'модела' (аутор их назива contentitori territoriali) који су се на одређеној територији формирали на основу претходних етничких субстрата, тј. структуре *колективне свести* успостављене код становништва које живи у истом географском, културном и религијском амбијенту. Отуда, по овом аутору, скоро сваки регион карактерише *хомогени културни простор* у коме људи живе око неког средишта или метрополе – како су називани у доба Римљана градови у којима је сазиван concilium episcoporum. У средњем веку овакви регионални простори (у ствари римске provinciae) трансформисаће се и постати јавноправне територијалне структуре са одбрамбеном, административном и судском функцијом (тзв. ducati). Генерално посматрано, закључује Сантини, Словенци су продукт територијалног 'калупа'

баварско-медитеранског типа, а Хрвати јадранско-угарског. У следећем одељку (стр. 85–91) аутор своју теорију о континуитету територијалних 'средишта' (capoluogo) поткрепљује анализом примера везаних за област Pannonia romana, која се ипак претежно односи на историју мађарског народа, док у завршном поглављу (стр. 92–108) доказује да су Срби формирани у 'калупу' насталом од провинција Praevalitana, Moesia Superior и Dardania. Везујући се за pars Orientis Римског царства, српски народ тако постаје баштиник византијске државноправне идеологије и православне вере, а Хрвати и Словенци остају везани за латинску културу и Римокатоличку цркву. Тиме се на Балкану успостављају две цивилизације: једна mitteleuropea и друга levantina, док ће присуство муслиманске компоненте у Босни овај мозаик још више искомпликовати. Ова три различита 'погледа на свет' ипак повезује сродан језик и Сантини закључује да се једино међусобном толеранцијом може превазићи разлика у менталитету и религијама, поготово уколико се оне схвате као једна 'универзална религија' попут оне која је већ откривена у доба хуманизма и ренесансе.

Основни утисак после читања ове студије остаје да је она настала у искреној жељи да се што боље разумеју балкански народи према којима историја очигледно није била ни најмање наклоњена. Чињеница да сам аутор не припада тој средини чини подухват још вреднијим. Тиме се у основи постиже и већа научничка објективност, без пристрасности од које нису увек лишени историчари са балканског тла. Додуше, непознавање јужнословенских језика (судећи бар по цитираној литератури) учинило је да Сантинију остану недоступни радови многих еминентних историчара, поготово из источног дела екс-Југославије. Тако ће му, на пример, за периодизацију српске историје ауторитет постати извесни Ф. Г. Мајер (Maier) (стр. 97) – али за то део кривице сносе и наше научне средине: резултати наших истраживања нису преведени на светске језике, па тако нису ни доступни страним научницима. Није, отуда, чудо што се Сантини у својим разматрањима веома често позива на одреднице из италијанских енциклопедија које, и поред свога угледа, не могу бити много више од почетне информације. Могуће да је због тога и дошло до неких непрецизности: у тексту остаје нејасно да ли је најстарија хрватска држава 'настала после 626. године' (стр. 74) или је 'већ око 852. г. формиран ембрион те државе'; владар Дукље Михајло није добио титулу краља од византијских владара већ од римског папе, вероватно пре 1077. године (стр. 97); Дубровачка надбискупија није основана 999. г. (стр. 79), јер је до тога могло доћи после пропасти Самуиловог царства и настанка друге теме (Далмација) са седиштем у Дубровнику: тек папском булом из 1022. епископ овога града ће постати архиепископ; становништво Босне у прошлости, а ни данас, није било

већином муслиманско (стр. 68), нити муслимани искључиво потичу од средњовековних јеретика *богомила* или *патарена* (стр. 104); тешко је прихватити и тврдњу да је нуклеус најстарије српске државе био на Јадрану (стр. 93 и 99); Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца није настала 1914, него 1918. године (стр. 107), итд.

Ипак, ова непрецизна фактографија не утиче пресудно на основну тезу коју Сантини заступа. Она почива на изразито 'романистичком' приступу и, генерално гледајући, полемика са премисама од којих такав став полази, захтева далеко већи простор него што то пружа једна сумарна рецензија. Треба, међутим, имати у виду да је у научној литератури „једногласно прихваћено гледиште да не постоји континуитет између античке градске општине и средњовековне комуне" (Л. Маргетић: *Антика и средњи вијек*, Загреб 1995, стр. 249), па је овај став индикативан и онда када се говори о ширим административно-територијалним целинама у којима су живели балкански народи од антике до данас. Сувише су велики прекиди у нашим сазнањима о историјским токовима на овом тлу да би се могли извлачити некакви коначни закључци, поготово када се иде дубље у прошлост. И поред тога, теорије „тисућлетног" континуитета веома су омиљене у идеологизованим историографијама од Триглава до Ћевђелије, и штета је што студија Сантинија углавном почива на монографијама тога типа. Управо су оне, као „државотворни" пројекти, и доживеле највећу промоцију у иностранству.

Сложили бисмо се, отуда, са академиком С. Ћирковићем, који у својим радовима констатује да се државноправни, територијални, па и етнички континуитети конструишу занемарујући огромне разлике међу епохама и творевинама које би требало да проистичу једна из друге: не знамо колико је Зета непосредан наставак Дукље о којој говори Константин VII Порфирогенит, али се поуздано може тврдити да територија Балшића није наставак зетске краљевине Михајла и Бодина, као што знамо да Црна Гора, ни као територија ни као политичка творевина, није наставак осамостаљене области Балшића; Црна Гора из XVIII и XIX века није прости наставак државе Црнојевића, као што ни Србија кнеза Милоша није наставак Српске деспотовине, нити је, шире посматрано, савремена Грчка наставак Византијског царства. Континуитети се не смеју негирати тамо где заиста постоје, али их највише „научно откривају" управо они који Балкан желе да виде распарчан, разједињен и омеђен прастарим историјским границама. Највећи парадокс Сантинијевог подухвата јесте у томе што дезинтегрисан Балкан није његова визија, али је ипак тој идеји дао посредно свој допринос и аргументацију.

Жика Бујуклић

Драгован Шепић:
Влада Ивана Шубашића
(„Глобус", Загреб 1983, 422 стр.)

Постојање заједничке југословенске државе одувек је било предмет научних расправа, у земљи и иностранству, историчара, политичара и војних стручњака, а нарочито период између 1918. и 1945. Отуда се може чинити да је о југословенској краљевини мање-више све познато и да је врло мало тога остало по тајним архивама, првенствено у САД, Великој Британији, Русији и Ватикану. Ипак, један сегмент из живота Југославије можда је најполемичније обрађен. То је период од 1939. до 1945. године. О збивањима у овом периоду постоје два супротна виђења, нарочито о кризи 1939/40. и војном слому 1941. Једно је виђење југословенских историчара и политичара који су писали у земљи под окриљем званичних власти и комунистичког режима, а друго је виђење Југославије у емиграцији, као и бројних историчара и политичара у САД и Великој Британији. Када се упореде радови једних и других, подударни су само основни оквири – године почетка кризе и војног пораза Краљевине Југославије. Све остало је супротно једно другоме и може се рећи да је у служби одређене политике. А ако су аутори били и учесници у догађајима, онда је то нека врста правдања сопствених поступака.

Према радовима домаћих писаца о узроцима кризе југословенске краљевине, један од генератора биле су и саме краљевске владе. До тога закључка се може доћи и на основу књиге Драгована Шепића о влади Ивана Шубашића, која је у историји Краљевине Југославије означена као последња влада (од 1. априла 1944. до 5. марта 1945). У књизи се може наћи низ драгоцених и до сада недовољно познатих података јер је аутор користио и бројна документа из архива у САД, Великој Британији и Италији, као и радове многих страних писаца, понајчешће мемоаре, успомене и политичке белешке активних учесника догађаја од 1940. до 1945.

Имајући у виду да је криза Југославије као краљевине трајала дуже него влада Ивана Шубашића, писац је грађу поделио на два дела (две књиге). Први део означава као доба политичког рада бана Хрватске од одласка из земље априла 1941. с краљем и владом, преко Грчке, Јерусалима, Каира и Лондона, до Америке и избора за председника краљевске владе. С мером правог историчара писац се концентрише на рад И. Шубашића ван Југославије, па не залази у анализу априлског рата 1941, свакако и због опречних ставова око улоге Хрватске сељачке странке и вођства с Влатком Мачеком у стварању НДХ и држања у периоду од 27. марта до 10. априла 1941. Шепић покушава да осветли како је званична власт (двор, влада и већи део емиграције) наставила свој

рад и какви су односи били с Великом Британијом која јој је дала уточиште и била главни ослонац, може се рећи и једини заштитник и савезник у даљој борби. Кроз деловање Ивана Шубашића писац приказује држање чланова ХСС у емиграцији, а на одређени начин и правда остајање Влатка Мачека и дела вођства странке у земљи, правда их настојањем да утичу на смиривање прилика у Хрватској и истиче њихово дистанцирање од екстремних елемената (франковаца и вођства усташког покрета).

Политичко деловање бана у емиграцији највише је везано за његову мисију у Америци у периоду 1942–1943: за покушаје политичког обједињавања исељеника, приближавање Срба и Хрвата и за успостављање сарадње њихових клубова и организација. Међутим, од самог почетка, по тврђењу писца, долази до сукоба између Шубашића и званичних представника Краљевине Југославије у Вашингтону из редова Срба предвођених послаником Константином Фотићем, кога ће и бан у својим мемоарима означити као вођу великосрпских кругова, заједно са црквеним великодостојницима на челу са епископом Дионисијем. Упоредо с тим писац приказује сукобе у влади генерала Симовића, која је била потпуно потчињена Британцима па је за све своје одлуке морала да тражи претходну сагласност Министарства спољних послова, Ратног кабинета или самог премијера Черчила. Неке личности из британске политике, као Ралф Стивенсон и Пирсон Диксон, директно су учествовале у стварању политике југословенске емиграције. За такав однос Британаца и краља с владом писац не даје објашњење, али се кроз кризу и пад Симовићеве владе наслућује да је јака струја пучиста од 27. марта 1941. била незадовољна својим положајем после пуча и држањем Симовића од 27. марта до 15. априла 1941. Крајем 1941. године у политичку емиграцију се увлачи и обавештајна служба SOE из Каира која тежи да добије непосредан приступ и у окупираној земљи и у свим емигрантским круговима. За ову делатност у земљи ангажовано је вођство четничког покрета, а у емиграцији су ангажовани политичари у Јерусалиму, Каиру, Турској и Португалији, што је унело још већу забуну у емигрантској средини.

Даље излагање, све до краја првог поглавља, посвећено је деловању И. Шубашића у Америци. Ту се пре свега износи продубљивање сукоба између српских и хрватских организација након што је у Лондону примљен Меморандум Српске православне цркве о страдању Срба и злочинима почињеним над њима у НДХ од маја 1941. до пролећа 1942. и пошто је послат владама Велике Британије и САД. Наводе се и извештаји из Македоније, са Косова и из Војводине о прогонима Срба од стране Бугара, Мађара и Албанаца у служби Италије, поводом којих је требало реаговати код савезника. Према мишљењу аутора, тада је настала извесна полариза-

ција у самој емиграцији. Краљ и део владе из реда Срба јавно су оптужили неке домаће политичаре који су негирали злочине, посебно из ХСС и Католичке цркве, као и присталице организације „Збор" (Д. Љотића). У том су најактивнији били посланици К. Фотић и Ј. Дучић. На другој страни је била већина из ХСС у Лондону и Швајцарској, као и неки Срби у Америци (С. Косановић) – они говоре да су извештаји из окупиране земље непријатељска пропаганда у циљу још веће заваде југословенских народа и спречавања њихове борбе.

Да би ове сукобе колико-толико зауставио, И. Шубашић пристаје да учествује у организацији Конгреса исељеника америчких Хрвата у Чикагу, 20. фебруара 1943, на који су позвани и Срби исељеници. Присуство и учешће левичара и појединих синдикалних функционера претвориће Конгрес у неку врсту супротстављања политици краља, владе и српских политичара у емиграцији, а слање телеграма подршке борби Совјетског Савеза, НОП-у и АВНОЈ-у у окупираној земљи само открива у ком смеру иде акција исељеника. Овом приликом Д. Шепић индиректно открива известан политички заокрет бана Хрватске, наводно у циљу прихватања реалистичке политике и опредељења тобожње већине у Југославији. У прилог оваквом ставу И. Шубашић наводи подршку Саве Косановића и неких српских политичара из Босне. Настао је отворени сукоб с владом Слободана Јовановића око става према Дражи Михаиловићу и његовој сарадњи с Италијанима коју не осуђују. Овај заокрет наговештава и појаву два табора у емиграцији, што почиње да личи на стање у земљи где доминирају два покрета (четнички и НОП) у отвореном међусобном сукобу, и заокрет Енглеза према окупираној Југославији и давање подршке НОП-у од средине 1943. године.

Тада је дошло и до оставке И. Шубашића на рад у Америци и до сукоба са краљем. После кризе и пада владе Слободана Јовановића долази „чиновничка влада" Божидара Пурића, али, како писац каже, без икакве подршке Британаца јер је тада британска политика ишла у правцу придобијања Стаљина и Рузвелта за активнију акцију на Балкану, ослонац на НОП и ускраћивање подршке четничком покрету. Тако нас писац доводи до тренутка кад ће Иван Шубашић постати председник краљевске владе и када ће почети да се води сасвим друга политика.

Читава друга књига (други део) посвећена је раду владе И. Шубашића у раздобљу од априла 1944. до марта 1945. и садржи низ података о деловању не само владе и њеног председника него и осталих чинилаца у тадашњим ратним збивањима. На првом месту су представници Британаца, премијер Черчил, министар Идн, шеф мисије код НОП-а Маклејн, затим са совјетске стране Стаљин и Молотов, као и представници НОП-а Јосип Броз, Едвард Кардељ,

Моша Пијаде, Владимир Велебит и други. Кад се посматра њихова делатност, одмах се може закључити да ће у бурним догађајима пресудну улогу имати дипломатска вештина и истрајност актера, а то ће, према писцу, бити Британци и представници НОП-а, док ће краљевска влада, сам краљ и већи део емиграције играти споредну улогу и, може се рећи, бити нека врста губитника.

Истини за вољу, Д. Шепић, у својству шефа кабинета председника владе, трудиће се да са личности председника скине сваку одговорност за крах политике краљевске владе. Тврдиће да се све и даље одвијало под утицајем Британаца и њихове политике. На основу сазнања о договорима са Совјетима, као и увида у промене у земљи, Шубашић је водио реалну политику у интересу Југославије и свих њених народа. Зато се о споразуму на Вису и у Београду са представницима НКОЈ-а о уједињавању југословенских политичких снага, а пред крај рата и о формирању заједничке владе, говори као о позитивним актима краљевске владе који имају безрезервну подршку Велике Британије, Совјетског Савеза и делимично Америке.

Овакво држање владе донекле се правда и опредељењем дела политичких снага у земљи (левог крила земљорадника, дела демократа и републиканаца као и групе ХСС) за отворену подршку НОП-у, па чак и израженом жељом неких политичара из емиграције да се што пре врате у земљу и допринесу победи. Истовремено писац истиче све већу усамљеност младог краља Петра II, на кога су Енглези вршили све већи притисак да одобри деловање председника владе, да прихвати споразуме са НОП-ом, а после сусрета Черчила с Јосипом Брозом у Казерти (августа 1944) и да упути позив присталицама четничког покрета да се прикључе НОП-у који треба признати као једину оружану групацију у земљи.

Из тих разлога се све касније акције председника владе не могу сматрати капитулантством већ вођењем реалне политике. У том светлу се тумачи и пристанак на именовање тројног намесништва од лица прихватљивих НОП-у, пут у Москву (крајем 1944), без одобрења краља и договора с Британцима, заједно са члановима НКОЈ-а и АВНОЈ-а, и прихватање обећања вођства НОП-а да ће после рата у земљи бити демократске слободе без икакве комунистичке владавине или диктатуре.

Без обзира на све изнето, слободно се може рећи да је ово била потпуна капитулација политике једне владе и њеног председника, напуштање политике одбране монархије и прелазак у блок федералиста и заговорника републиканског уређења. Толики заокрет није лако растумачити, а то не чини ни писац, па се зато читаоцима оставља да сами извлаче закључке.

Књига се завршава излагањем стања у земљи после Конференције на Јалти, када су све три савезничке силе захтевале да у Југославији коначно дође до формирања јединствене управе, што

ће се остварити формирањем тројног намесништва и заједничке владе 7. марта 1945. Томе следи пишчева оцена да је последња краљевска влада одиграла историјску улогу у превазилажењу постојања два паралелна војно-политичка представника Југословена и да је пружила могућност да САД, Велика Британија и СССР признају јединствену владу државе која ће, под именом Демократска Федеративна Југославија, заузети место међу победницима у Другом светском рату.

Посматрајући рад Ивана Шубашића у целини – од одласка у емиграцију као бан Хрватске па до повратка у земљу као председник краљевске владе – може се рећи да је био плодотворан само у настојањима да се Бановина Хрватска из 1939. очува у целини и у слободној федеративној Југославији, да се са Хрвата скине хипотека злочина над Србима и да се ХСС-у омогући несметан рад и после рата. Све друго што је требало да буде у домену рада владе – брига о нашим људима у емиграцији, ратним заробљеницима и интернирцима и о положају народа у окупираној земљи, посебно у Србији 1944. – није се могло приметити или о томе писац не говори. Постоји, истина, само један помен о трагичној судбини бројних цивила и домаћих војних лица који су били жртве савезничких бомбардовања српских градова (Београда, Ниша, Лесковца, Краљева, Подгорице, Андријевице, Пећи и др.) између априла и септембра 1944, али се за то кривица пребацује на британску команду у Напуљу (генерал Вилсон) и споразум са вођама НОП-а о одбрани Виса и обале, и о ваздушним ударима по правцима повлачења Немаца из Грчке ка северу (Косово – Србија – Црна Гора, до мора), без обзира на објекте и стварне потребе.

Дело Драгована Шепића представља занимљиву књигу како по садржини тако и по приступу обради једне теме, где је нужно историјску збиљу одвојити од личних импресија и активног суделовања. Начин описивања је врло јасан, документован и лако се може прочитати све оно што писац излаже. Читаоце подстиче на упоређивање догађаја изложених у књизи са истим догађајима у другим делима и на процењивање степена објективности. У књизи је дата одлична основа за све оно што ће се дешавати после марта 1945, а за један народ, за Србе – почетак зле коби и неизвесне будућности. Имајући то у виду, овој књизи се може дати још једна карактеристика: она верно одсликава антисрпски однос Хрвата, католичког клера у Југославији и Ватикана. У британској политици Срби су савезници само у кризним тренуцима, да би касније били напуштени и одбацивани уколико се не уклапају у свеопшту политику „великих сила". То је добра поука поколењима ако правилно разумеју и схватају своју историју.

Мирослав Милојевић

Владимир Ћоровић:
Црна књига. Патње Срба Босне и Херцеговине за време светског рата 1914–1918.
(„Досије", Београд 1989, 228 стр.)

Страдања цивилног становништва била су огромна у свим великим ратовима XX века, праћена многим недаћама, патњама и жртвама. Последице су сагледаване после окончања сукоба и тек тада се могло установити право стање народа који су претрпели све страхоте минулих догађаја. Извлачене су неке поуке за будућа времена а за истраживаче, посебно се историчарима пружала могућност за темељнија трагања о узроцима и токовима недаћа цивила и за давање оцене о актерима тих збивања.

У српској историографији су истраживања о страдањима током великих ратова започела одмах после Првог светског рата јер су жртве које је српски народ поднео током сукоба 1914–1918. биле огромне, како ратника (војске Србије и Црне Горе) тако и цивила. Суровост којој су били изложени неборци често је превазилазила границе људских односа и изазивала опште згражање. У жељи да се нешто више каже, нарочито о положају Срба у Босни, посебно се истакао наш знаменити историчар Владимир Ћоровић. Он је већ до 1920. године сакупио бројне податке о трагичној судбини српског народа у Босни и Херцеговини и то назвао „Црном књигом". Актуелност тог списа и догађаји на истим просторима за време Другог светског рата и деведесетих година овог века нагнали су публицисту Луку Мичету да поново објави Ћоровићеву књигу са још два додатка.

На почетку ове књиге, као нека врста предговора и увођења у проблем страдања Срба цивила током рата, налази се спис српског политичара Јована Бањанина о Јужним Словенима у Аустроугарској, настао у Нишу 1915. године. За Бањанина све почиње атентатом на Видовдан 1914. и прогласом опште мобилизације, после чега настаје општа харанга на Србе, у чему су предњачиле полицијске и судске власти, затим део домаћег становништва (Бошњаци, махом Муслимани и Хрвати), а посебно представници неких политичких странака (праваши Јосипа Франка и већи део Хрватске републиканске сељачке странке браће Радић). Уз то је ишло и деловање католичког клера, посебно у Словенији око вође Шуштершича, и у Босни око надбискупа Штадлера. Мобилизацијом свих пунолетних лица, међу којима су у оквиру балканских земаља Аустроугарске царевине најбројнији били Срби и Хрвати, желео се изазвати још жешћи међунационални сукоб. Слање Југословена из Монархије у прве походе на Србију (Церска битка), а потом масовно упућивање на источни фронт ка Русији (Галиција и кар-

патско подручје), као и на италијанско ратиште (око Падове и Пијаве), имало је за циљ да искористи наше војно способно становништво у корист Царевине и да спречи евентуално иступање против рата и Монархије. Тежак положај Срба Бањанин објашњава и чињеницом да се само мала група високо образованих интелектуалаца Хрвата и Словенаца огласила критиком званичне политике према Србији, али су и они били изложени прогонима, осудама, интернацији, а неки и насилној мобилизацији, што се дешавало нарочито у Истри, Далмацији и дубровачком приморју. Помоћ Србима су пружили само Југословени ван Монархије, они који су било у емиграцији и почели да се окупљају око Југословенског одбора, али то није донело веће побољшање Србима у Аустроугарској.

Владимир Ћоровић своје излагање почиње објашњењем мотива који су га руководили да прикупља записе које ће садржати „Црна књига". То су сећања на бројне жртве и страдалнике у рату и преживеле мученике који су заувек зачутали после рата, свакако разочарани због неостварења идеала за које су се борили. Као затвореник, Ћоровић је бележио све што је доживео и чуо од бројних затвореника који су доживели иста искушења и били сведоци многих страхота. Томе су додате белешке из дневне штампе до које су долазили затвореници (махом немачке, а мањим делом домаће хрватско-босанске) од смрти Фрање Фердинанда до краја рата октобра 1918. Користио се и списима Требињског војног суда, „Белешкама једног таоца" (брата Светозара) и Меморандумом босанских политичара (који је израдио Данило Димовић) предатим грофу Стефану Тиси, председнику мађарске владе, у Сарајеву (1918). Ради потпуности, Ћоровић је у целини пренео изјаву генерала Стјепана Саркотића, ратног заповедника Босне, дату у Загребу где га је Народно веће задржало на путу за Беч, пропраћену кратким коментаром. Захваљујући свим тим белешкама и списима, могла је настати књига о патњама и страдањима Срба у Босни током рата.

Прве белешке се односе на демонстрације после атентата широм Хабзбуршке монархије (нарочито се наводе примери из наших крајева) и писање штампе (наводи се писање *Хрватског дневника*, гласила франковаца у Хрватској). Ћоровић посебно издваја демонстрације у Загребу, не толико због масовности колико због изговорених речи против Срба. Наводе се речи др Ивана Франка: „Данас паде у Сарајеву под убојничком руком дика и понос цијеле Хабзбуршке монархије, нада, узданица, спас, заштитник Хрвата, хрватски престолонасљедник. Срби, тобожња наша браћа, убише бранитеља хрватства и славенства у монархији." У сличном тону су биле и речи омладинца Љубомира Маштровића: „Овај грозни чин је дело великосрпских присташа и изведоше га

Срби и то на Видовдан. Видовдан је дан српске освете а од данас нека буде и дан наше освете јер тко се не освети тај се не посвети и ми ћемо се тога држати, осветит ћемо хрватског престолонаследника, осветит ћемо Хрватску." Слични су и описи демонстрација у Сарајеву од 29. јуна 1914, на којима се у нападу на Србе посебно истицао надбискуп Штадлер. Демонстрације су пратили отворени напади на куће и другу имовину угледних Срба (наводе се имена породица као што су Јефтановићи, Новаковићи, Трифковићи, Векићи, Бајчетићи). Ради раздраживања масе Бошњака и Хрвата, власти су дозволиле пљачкање, паљевине и отворени линч, што се потврдило најпре у Мостару нападом на породицу Атанасија Шола. Званичне власти су то правдале наводним упадима српских комитских чета код Тузле, Шамца и Брчког и налажењем веће количине бомби донетих из Србије за рат против Монархије.

Према Ћоровићевим белешкама, још пре Ултиматума и напада на Србију почео је притисак на све српске јавне и културне установе, соколска друштва и дружине, а узимањем талаца у Далмацији, Херцеговини и Срему Србима је стављено до знања шта могу да очекују. Посебан вид застрашивања представљало је формирање „заштитних чета", тзв. „шуцкора", од припадника најгорег друштвеног слоја (олоша), муслиманског и католичког, понајвише сиромашних и непросвећених људи, ради одржавања реда у позадини али и ради терора над Србима. Током рата шуцкори ће ићи иза војске и упадати у освојене крајеве ради пљачке, а понегде ће предњачити у злочинима. На подгревању мржње према православнима на почетку рата се доста ангажовала и полузванична штампа у Босни. Тако се већ у јуну 1914. у *Bosnische Post*-у могла прочитати порука босанске владе муслиманима, католицима и „лојалним Србима": „Међу нашим Србима има људи који већ толико година воде политику и развијају делатности које су морале уродити оваквим плодом као што је атентат од недеље. Штитити државу од таквих елемената мора сада бити једна од главних задаћа за то званичних фактора." Нимало бољи однос није био ни према противницима Царевине са подручја Далмације. Владимир Ћоровић наводи сећање заступника у Царевинском већу у Бечу Анте Тресића-Павичића: „Када су нас стотину укрцали у вагоне у Сплиту, ставише нас са најокорелијим зликовцима, а затим, при претовару у Ријеци, оставише нас по јакој киши без хлеба и воде као и српске заробљенике. При проласку кроз Загреб и Будим били смо изложени погрдама мађарске светине, пљувани, каменовани, од мађарске солдатеске ударани кундацима и праћени псовкама. Многи су тада полудели, а видео сам и једног несретника који је кроз прозор воза који јури пуном брзином скочио у тамну ноћ и смрт." Опхођење затворских чувара, иследника и лекара по логорима било је крајње нехумано, сви су јавно говорили да би све заверенике и велеиздајнике једноставно требало побити или потровати.

Таоци и затвореници по тамницама или логорима често су били убијани без разлога. Писац наводи случајеве из Босне где су жртве били таоци – „чувари" пруга, рудника и мостова, зато што нису „спречили" упаде српских комитџија и њихове нападе на војску, возове и раднике у рудницима.

Са Србима се није боље поступало ни ван наших крајева. Писац наводи сећања интернираца и њихова страдања у логору у Араду, где су, почев од августа 1914, довођени углавном „политички" сумњиви Срби. Прве групе су биле из Дубровника, Сплита, Шибеника и Задра, а придружили су им се они из Босне, већином учитељи, свештеници и државни чиновници. Због превеликог броја интернираца, лоше исхране, нехигијенских услова и тешког физичког рада, била је велика смртност, а врло рано се појавила и епидемија. Тако је само у овом логору до новембра 1915. од 5.500 интернираца умрло више од 1.700, мањи део (нешто око 1.000) пуштен је кућама, док су остали преведени у Нежидер (доста стараца, жена и деце), а око 1.900 је присилно мобилисано и послато на фронт у Галицији. Према овим подацима дâ се закључити да је Арад био једна од већих костурница Срба у рату, где и данас постоји спомен-гробље Срба 1914–1918. Године 1917, суђењем заповеднику логора Арад, потпуковнику Едуарду Хегедишу, покушано је да се ублажи писање немачке штампе о стању у овом и другим логорима. Међутим, све се завршило осудом заповедника на једну годину затвора због злоупотребе положаја, и неким оптужбама на рачун судства и надређене команде. Деградиран је и уклоњен из Арада. За Ћоровића је све то било доказ да се систематски радило на уништавању што већег броја Срба и затирању српског имена.

Владимир Ћоровић наводи да су после атентата, а нарочито после почетка оружаних сукоба, зло над Србима почеле да чине и регуларне јединице широм Босне и Херцеговине, а жртве су најчешће били цивили. Разлог за такво поступање војне власти налазе у наводној сарадњи становништва са српском и црногорском војском и омогућавању упада комитских чета на територију Царевине. О томе говори и један немачки проглас: „Пошто су српске и црногорске чете које се налазе у турском Новопазарском Санџаку пуцале на тамошња муслиманска насеља и почеле прави рат уништавања према нама пријатељски расположеним муслиманским становницима, продрле су наше чете у Санџак све до Пљеваља и спречиле да муслимани буду истребљени, а да не би касније били изложени новим разбојничким нападима, морали смо да гонимо све Србе из ових крајева..." За ове акције су коришћене аустро-мађарске чете предвођене њиховим официрима, а уз помоћ домаћих снага шуцкора. Овакви напади су били праћени бројним жртвама, па писац наводи имена страдалих, доба старости, занимање, место боравка, а често и начин уморства. Од оваквих поступака није био поштеђен ниједан део босанске територије (нарочито у долини реке Праче,

Сребрница, Пале, Подриње, Јужна Херцеговина), а наводе се и случајеви са далматинских острва (подручје града Вела Лука на Корчули). Облици насиља били су готово свуда исти – премлаћивање, убиства, вешање, спаљивање у кућама, пљачкање целокупне имовине или предавање властима за преке судове и интернацију.

Суровог поступања нису били поштеђени ни Срби војници, војни обвезници, па чак ни привремено неспособни, оболели или ослобођени регрути. Сви су они слати у кажњеничке јединице по Мађарској, на руски фронт (Карпати, Галиција), а било је и логора по Босни у које су слати бегунци и дезертери. Војни логори су тек били права мучионица за све Србе који су ту довођени. Писац посебно наводи стање у логору Комарно у зиму 1914. Војници су боси сатима вадили из Дунава песак за насип, а на примедбу да би то могло имати рђаве последице, одговорено је: „Морају у воду па макар сви покрепали." Неколико дана касније већина тих војника је пребачена у болницу са промрзлим ногама. Ако се томе додају подаци о лошој храни, оскудици у одећи и обући (често су били боси и на фронту) и о појавама епидемије (као у логору Хебрин децембра 1917), не чуде појаве дезертирања или масовног предавања непријатељима (руски фронт). Те појаве није могла да сакрије ни аустроугарска команда, па В. Ћоровић наводи извештај из фебруара 1915, према коме су, због осипања броја војника, из списка регименти на фронту брисани 28. чешки пук и 32. домобранска пуковнија из Хрватске.

Заокружујући слику о страдањима Срба из Монархије, посебно из Босне, Ћоровић истиче да су у логорима Добој, Арад, Нежидер, Шопрон интернирци из реда интелектуалаца (државни чиновници, чланови босанског и далматинског Сабора, црквени достојанственици од архимандрита и свештеника до монаха, као и књижевници, новинари, лекари) платили највећу цену, вероватно због схватања царске власти да су сви они носиоци јавног живота Срба које треба избрисати као народ. Зато Ћоровић бележи и деловање грађанских власти, за које каже да у односу према Србима нису ћимало заостајале од војних власти. За време рата оне су спроводиле тзв. „ратно судство". Одмах су забрањене многе српске организације и удружења („Привредник", „Просвјета") и српски часописи (*Српска ријеч*, *Отаџбина*, *Слобода*, *Српско коло)* а читаонице и библиотеке су запечаћене од Сплита и Загреба, преко Бањалуке, Шида, Винковаца, до свих већих места широм Босне. Истовремено су културни посленици са ових простора (као Бранко Анђелиновић, Никола Барбуловић, Оскар Тартаља, Стеван Мољевић) ухапшени, баш као и бански заступници Богдан Медаковић и већ поменути Анте Тресић-Павичић. Докле је ишла грађанска власт у Босни може се закључити и на основу одлуке о забрани употребе ћирилице, обележавања крсне славе код Срба, ношења српских капа (шајкача и шубара), а крајем 1914. и почетком 1915. забрањен је и рад Босанског сабора.

Поступке цивилних власти оправдавале су војне власти, о чему сведоче речи генерала Саркотића, заповедника Босне 1915: „Свештенство, позвато да негује душу народа, отровало је ту душу, а учитељство, коме је поверено васпитавање духа, тај дух." Зато, према мишљењу Ћоровића, не изненађују бројни процеси пред тзв. „грађанским судовима" у Бањалуци, Сарајеву, Тузли и Добоју, најчешће за измишљене кривице, свођене на подривање „моћи" Царевине и позивање на побуну. Све су одлуке у суштини биле политички мотивисане, најчешће са циљем да се што јаче распири антисрпско расположење у Монархији. Довољно је погледати списе са суђења у Сарајеву атентаторима на Франца Фердинанда па видети да се на сваком месту уз кривицу (уморство члана царске куће) додају политички разлози (рушење монархије, онемогућавање реформи царевине, изазивање немира међу народима царства). На крају ових записа Ћоровић наводи пример „велеиздајничког" процеса у Бањалуци на коме ће бити осуђени скоро сви најугледнији интелектуалци Босне и Херцеговине. Тиме је по његовом мишљењу царска власт желела да са простора Босне избрише српско име и све што се за њега везује.

Сматрајући да Ћоровић није дао закључак нити оцену општег положаја Срба у Монархији током рата, приређивач овог издања је додао на крају омањи спис Пере Слијепчевића, члана „Младе Босне", под насловом „Аустроугарска против својих поданика", и поговор Луке Мичете. Слијепчевићев текст допуњава Ћоровићева излагања јер даје општи поглед на положај Срба у Аустроугарској и на однос Краљевине Србије и Аустроугарске пре 1914. Тиме се читаоцима омогућава да још боље сагледају и схвате сву тежину положаја српског народа на целом простору Царевине од 1914. до 1918, не занемарујући штетне последице политике Аустроугарске према Србији и свему што обележава српски род. Указујући на држање других народа из Царевине (дела Чеха, Словенаца и посебно Хрвата) према Србима, Слијепчевић упозорава да Срби у будућности морају да буду на опрезу кад су у питању односи са суседима, због могућег оживљавања антисрпске политике и нових страдања. Догађаји из Другог светског рата су то, нажалост, потврдили. Зато у поговору Лука Мичета закључује да списи Владимира Ћоровића, Јована Бањанина и Пере Слијепчевића, обједињени на једном месту, књигу чине актуелном у сваком времену. Више од тога, Мичета упозорава да се још перфиднија и погубнија варијанта геноцида спроводи на Косову и у Метохији. Зато ова књига има велики значај за Србе у тражењу правог пута политичког, друштвеног, економског и културног развоја и очувања имена на крају XX века.

Мирослав Милојевић

Марина Јањић Комар и Мирјана Обретковић:
Права детета – права човека
(„Досије" и Удружење правника Србије за социјално право, Београд 1996, 191 стр.)

Књига *Права детета – права човека* појавила се управо у периоду када нам свакодневни живот намеће дилеме у вези са људским правима и посебно правима детета. Традиционално интересовање за дете и посвећеност његовој заштити у нашој средини уобичајено су постављани у оквире породичног, социјалног или кривичног права. Таквог карактера су бројни објављени стручни текстови и књиге. Међутим, свако ко се бави правима детета најзад је у могућности да у рукама има једну свеобухватну студију о овој теми.

Књигу чине текстови др Марине Јањић Комар и др Мирјане Обретковић (коаутор једног текста је и др Зорица Мршевић) о правима детета, који су методолошки сложени у два дела.

У првом делу аутори се баве дететом, породицом и правом, анализирајући еволуцију концепта детињства и права детета, савременим проблемима породице као људске заједнице, породицом са становишта права, аутономијом породице у светлости равнотеже између слобода одраслих и права деце и правима будућих генерација.

Други део књиге посвећен је правима детета и подељен је на шест делова: појмовно класификациони оквир права детета, права на живот и развој, права на заштиту од злоупотребе и занемаривања, права на самоодређење, права на једнак третман у правном поретку и посебна подручја заштите дечјих права.

Аутори прилазе питањима мултидисциплинарно, укључујући драгоцена сазнања филозофије, историје, социологије, психологије и права. У првом делу посебно долази до изражаја вештина да се, у неким сегментима готово поетски, одговори на питања као што су нови погледи на права деце, хуманизам и породица, морална димензија права или права будућих генерација. Права детета се, како поручују аутори, не смеју схватати само у контексту позитивног права већ се мора ићи даље, све до схватања слободе као такве а у вези са временом у коме живимо. У том смислу, људска права, а тако и права детета, посматрају се као нешто више од пуког, макар и достојног, опстанка. Сам живот човека је виђен у светлу богатих духовних садржаја, који, ако се остваре, чине битан део слободе. Др Марина Јањић Комар тако и пише: „Изгледа да се баш у наше време поставља ово питање: какав живот је вредан живљења тако да живот сам по себи има смисла; другим речима, каква је то воља која поставља границе људском уму."

Правима детета аутори такође прилазе са мултидисциплинарног становишта, с тим што се сада детаљније баве међународним правом, а пре свега Конвенцијом о правима детета донетом у окриљу Уједињених нација, и домаћим законодавством. Уз то, често је примењен и упоредноправни метод анализирања појединих

права. Свако од права посматрано је у суштинском смислу и анализирани су појам и садржај, а затим и контекст остваривања права. Како произлази из саме Конвенције, тако и ови аутори породицу сматрају битним елементом у остваривању права детета, а државу као основну институцију помоћи породици. И у случају кршења права детета, највећа одговорност опет лежи на породици и држави. Наравно, значајну улогу имају у оба случаја и школа и локална средина. Др Мирјана Обретковић посебно занимљиво обрађује тему положаја малолетника као окривљеног у кривичном поступку и расправља о малолетничком суду.

Посебно су занимљива разматрања неких нових права детета, а то су пре свега грађанска и политичка права, која су доскоро сматрана привилегијом одраслих. Право на информисање, право на приватност, право на слободу мишљења, право на удруживање и мирно окупљање чине се многима као права потпуно непримерена деци, а у праву на приватност детета често се види велика опасност по ауторитет родитеља.

Најзад, питање односа родитеља и детета суштинско је у остваривању многих његових права. Тај однос се често манифестује кроз сукоб, а проширује се на добро познати појам сукоба генерација. Аутори се у оба дела често враћају овом питању и баве се њиме у суштинском смислу. Наиме, слика света коју старија генерација преноси на млађу јесте, како каже др Марина Јањић Комар, „претпостављена и важећа, те је тако незадовољство постало битан елеменат генерацијске везе". И стварно, не можемо да не поставимо питање да ли је могуће да једино старија генерација, односно држава (тј. друштво) знају шта је за дете добро а да оно само ништа о томе не зна. Зато је питање слушања детета и уважавања његовог мишљења једно од суштинских за промену дискриминаторског односа према детету и посматрања детињства као ирационалне, неодговорне и помало несвесне фазе у човековом развоју.

У нашој средини се у овом тренутку осећа велика потреба за сазнањима која нам ова књига пружа. Било да је реч о истраживачима, службеницима у администрацији, центрима за социјални рад, судијама, адвокатима, тужиоцима, просветним радницима, активистима у невладиним организацијама или о самим родитељима, потребно је да се понекад, у свом раду са децом или у односу са децом, зауставе и упитају шта је у основи проблема са којим се суочавају. Сигурна сам да ће их реченице из ове књиге навести на размишљање, а и дати им многе одговоре. Ова књига, без обзира на потенцијални круг читалаца који сам имала у виду, није популарна у смислу да ће бити лако разумљива потпуном лаику. Најзад, намера аутора је и била да се права детета осветле са стручног аспекта и на високом научном нивоу, у чему су и успели.

Невенка Вучковић Шаховић

Група аутора:
Уставне претпоставке за демократску Србију
(Београдски центар за људска права, Београд 1997, 38 стр.)

Имамо ли стварно устав који аутори означавају као парадигму антитранзиције – питање је које група аутора (др Лидија Баста, др Драгољуб Поповић, др Весна Ракић-Водинелић, мр Горан Свилановић и др Зоран Томић) поставља у књизи *Уставне претпоставке за демократску Србију*. Њихова дијагноза немилосрдно квалификује садашњи устав као зрео за промену.

Донет када се комунистички режим одлучио на формално одрицање од сопственог идентитета а зарад одлагања питања о том идентитету, устав се и даље схвата као инструмент власти а не као правни основ за њено ограничење. Како аутори кажу, он служи као средство мимикрије за стварни идентитет Србије као недемократске, претполитичке заједнице. То значи да уставна начела и институције важе само у мери у којој ће омогућити да се политичке одлуке првог реда и уставне садржине доносе ван уставног система. Као такав он је солидна основа за један аутократски режим. Етничкодемократски утемељена државност уместо грађанскодемократског суверенитета уз постојање паралелизма између формално проглашеног грађанскодемократског и реално постојећег етничког легитимитета, систематски онемогућавају конституисање Србије као модерне политичке заједнице. Устав из 1990. не испуњава елементарна мерила демократске правне државе и због одсуства ефикасне заштите права и слобода човека и грађанина, недовољно гарантованог уставног положаја и улоге странака као стожера политичке демократије, као и система власти под плаштом рационализованог парламентаризма с елементима председничке владавине.

Да не буде забуне, *Уставне претпоставке за демократску Србију* представљају стручни а не политички предлог, то је студија за пројекат новог устава. Настао је у Институту за федерализам у Фрибуру (Швајцарска) и у Београдском центру за људска права. Састоји се из три дела: у првом се анализира значај уставних промена, у другом се даје дијагноза проблема у виду анализе садашњих уставних темеља Србије, а у трећем, најобимнијем, кроз осам потпоглавља дата је визија аутора о циљевима и битним питањима уставне реформе у Србији.

Сви кључни политички сукоби пре или касније се испољавају као уставни сукоби. Уставноинституционални оквир не треба прилагођавати тако да одражава већ дате, легитимне политичке односе и структуре, већ да буде канал за демократски легитимисану владавину права као основа нове политичке заједнице. Нови устав тако има кључну легитимацијску функцију. Током периода тран-

зиције постоје две тенденције етнички хомогених држава и вишенационалних држава, нелегитимних заједница, тоталитарних претполитичких друштава. Уставне промене биће легитимне само ако успеју да успоставе темељне уставносистемске претпоставке за демократско реконструисање Србије као модерне политичке заједнице и државе легитимне за грађане свих етничких заједница које у њој живе.

Један од суштинских проблема налази се у начелном ставу према ограничењима. Наиме, слободе и права се остварују а дужности испуњавају на основу устава, осим када је уставом предвиђено да се услови за остваривање појединих права и слобода утврђују законом. Аутори сматрају да је ту реч о логици: прво заштитити поредак па тек онда појединца. Дакле, устав принципијелно одбацује права и слободе као меру правности за политичку власт. Он има концепцију по којој је државна власт извор права и слобода човека и грађанина а не њен гарант. Даље, слобода штампе и синдикалног и другог организовања и деловања може бити укинута одредбама о разлозима забране коришћења права и слобода.

Полупредседнички систем је у уставнодемократском смислу најспорнији јер успоставља кореспонденцију са Србијом као недемократском и неполитичком заједницом. Аутори доказују да је однос између основних органа власти с једне стране, и унутар извршне власти с друге, одбацивање конституционализације подељеног и уравнотеженог вршења власти. Уставнодемократско начело ограничавања и контроле уставних носилаца врховне власти неспојиво је с таквом концепцијом председника Републике која у форми бицефалне организације извршне власти оставља изузетно јаког „шефа државе" изван традиционалне трихотомије власти. Устав доследно примењује комбинацију елемената парламентарног и председничког система која принципијелно оспорава оба и ствара заокружени уставни основ за политичку неодговорност и неконтролисану личну власт оличену у председнику Републике.

Основни циљ је успостављање глобалних уставносистемских претпоставки за демократску реконструкцију Србије. Треба да се одговори захтевима за демократску транзицију друштва које се нашло у новој држави још увек оптерећеној перманентном легитимацијском кризом и континуитетом предуставног стања, без елементарне стабилности и кредибилитета уставних институција. Србија се налази на самом почетку превладавања ауторитарног комунистичког система.

Легитимацијски темељи се траже у основном ставу аутора да Србија неће бити демократска држава све дотле док и несрпском становништву на својој територији не обезбеди уставносистемске механизме да заједно с већинском нацијом изгради демократски

легитимитет нове, модерне државе. Србија се мора одрећи етничке легитимисаности државности да би операционализовала начело грађанског суверенитета. Аутори уочавају проблем у недовољно операционализованом уставном начелу уставног гарантовања доследног раздвајања партије од државе. Предлаже се изричито проглашавање противуставном делатност сваке оне странке која преко контроле државних органа тежи да се представи или наметне као „државна" партија.

У погледу права и слобода, аутори сматрају да савремена уставнодемократска заштита права и слобода претпоставља, с једне стране, достојанство човека као темељну вредност од које полази систем заштите права и слобода, а са друге стране, уважавање међународноправних стандарда као обавезујућих, како у материјалноправном тако и у процесноправном смислу. Домет уставне заштите права и слобода треба да се, по мишљењу аутора, заснива и на интегративном приступу личним и политичким правима, и на социјалним и економским правима такође. Тиме аутори уважавају постојање само тзв. прве и друге генерације људских права, негирајући постојање треће (женска људска права, дечја права, права на здраву и заштићену човекову околину, права лица хомосексуалне оријентације), негирајући тако и савремени приступ људским правима све три генерације као целине. Ту пажњу завређује још и веома интересантан предлог аутора да се прогласи противуставном активност државних органа и појединаца која има за циљ доношење тајних, нерегистрованих прописа којима се крше лична и политичка права грађана (нисмо знали да и тога има).

Интересантно је становиште аутора о правима етничких мањина којима би, по њиховом мишљењу, требало посветити целу једну главу новог устава. Ту би требало да се гарантује седам категорија права мањина (право на различитост, на сопствене школе и медије, образовање на сопственом језику, право на политичко представљање, на коришћење матерњег језика у јавним поступцима, на коришћење застава и симбола и право на несметано комуницирање). Такође би целокупан положај националних мањина морао да буде окарактерисан присуством тзв. позитивне дискриминације (афирмативна акција), којим механизмом би им се омогућавало уживање додатних права. То уједно представља најконтроверзнији део овог предлога и то из неколико разлога, од којих би као прво требало навести непостојање политичког расположења међу већинским народом да се мањинама (а пре свега Албанцима, Ромима и Мађарима) омогуће доследно сва предложена мањинска права, тако да на данашњој политичкој сцени Србије не постоји политичка партија која би у свом програму заступала сличан став. С друге стране, припадници најбројнијег мањинског народа (албанског) све мање имају интереса за ма каквим, па и

много ширим мањинским правима, артикулишући као свој политички циљ независност. Као треће, у политичкој, уставној и законској пракси не постоји традиција примене механизама афирмативне акције (позитивне дискриминације) ни за побољшање положаја жена већинског народа (око половине становништва), при чему се негира чак и само постојање потребе за нечим таквим услед потпуног превиђања основа кршења женских људских права (специфично полно засновано насиље и дискриминација). У исту категорију актуелног непознавања и непризнавања неких политичких пракси спада и тзв. право на „другост" (различитост). Оно што се негира појединим категоријама већинског народа (које чине заправо већину унутар већине), тешко да се може прво признати „другој страни", дакле без претходне афирмације у већинском народу, одмах имплементирано мањинским народима.

Следи опширан приказ уставног гарантовања независности судова, који управо због детаљности разраде говори највише о актуелном непостојању те независности. Део уставног система заштите права и слобода јесте и оно што аутори називају застарелом терминологијом („омбудсман" уместо „омбудсперсон") јер да би институт постигао свој циљ, не сме ни терминолошки да се имплицира како је реч о мушкарцима који штите права мушкараца. Аутори предлажу постојање две врсте таквих омбудсперсона, за права човека и грађанина (боље би било рећи људска права, да би се избегло везивање за особе само мушког пола) и етничких мањина.

Систем власти би морао да буде промењен с обзиром на оно што аутори дефинишу као негативно искуство са системом власти који је уставно легализовао ауторитарног шефа државе. Они се залажу за чист модел рационализованог парламентаризма са председником Републике кога бира Народна скупштина (без могућности обнове мандата) и чије функције су углавном церемонијалне природе. Не помиње се при том начело медисонијанизма (власт је тако подељена међу разним носиоцима да они једни друге ограничавају), и плурализма (на органе власти ограничавајућег утицаја имају не само други органи власти већ и сам народ, организован у своја удружења, различита од политичких партија, углавном кроз разне невладине организације – тзв. цивилно друштво).

Аутори идентификују такође и већи значај и активнију улогу уставног суда као циљеве уставних реформи. Наиме, једна од основних тенденција уставних промена у периоду демократске транзиције у Источној Европи јесте и уставно оснажено и активно уставно судство, које представља квалитативно нов моменат у функционисању уставног система ових земаља. Тиме би се обезбедило да уставни актери политичког одлучивања у врховним органима власти морају поштовати уставом утврђена правила игре.

Последњи на списку циљева уставне реформе била би, по ауторима, политичко-територијална децентрализација Косова и Метохије. Залажући се за децентрализацију Србије, аутори предлажу висок степен самоуправе територијалних јединица, општина, региона и покрајина. Као једна од новина предлаже се различит статус градских општина. Кад су у питању покрајине, предвиђа се да имају најширу аутономију без државних обележја. Демократизација Србије не треба да буде везана искључиво за решење проблема Косова и Метохије; тачније, она не сме њиме бити ни условљена ни блокирана с обзиром на неизвесност решавања овог проблема, што значи да евентуално успешно спровођење уставне реформе у Србији, по мишљењу аутора, не сме да затвори албанско питање. Они предлажу дијалог владе и представника опозиционих странака Србије, с једне стране, и представника Албанаца и Срба са Косова и Метохије, са друге стране, што би било праћено отвореном политичком дискусијом у јавности целе Србије о садржини решења о посебном асиметричном статусу Косова и Метохије.

Зорица Мршевић

Roberto Papini, Antonio Pavan, Stefano Zamagni (уредници):
Живот у глобалном друштву
(Ashgate: Aldershot, 1997)

„Будимо уз радио јапанске марке, произведен у Малезији. Наше одело је од аустралијске вуне, а кафа коју пијемо, док на телевизији пратимо CNN, из Колумбије је. Аутомобили које возимо састављени су од делова произведених у различитим крајевима света, док многи од нас раде у мултинационалним компанијама, чије централе вероватно нису на овом континенту. Глобално тржиште није нешто што нас сачекује на државној граници, већ реалност наше свакодневице." Овако Renato Ruggiero, директор Светске трговинске организације, у зборнику *Живот у глобалном друштву* илуструје глобализацију, чија суштина и јесте све израженија повезаност националних привреда, праћена невероватном експанзијом тржишне логике. Ипак, бар у једном смислу овај процес не заслужује да буде назван глобалним – напредак који доноси заобилази чак читаве континенте, попут Африке или готово половине Европе. Сужавајући маневарски простор за економску политику националних влада, светско тржиште ствара губитнике и унутар земаља захваћених глобализацијом. Идеја социјалног старања од колевке до гроба, оличена у држави благостања како ју је замислио William Beveridge, и иначе озбиљно уздрмана „конзер-

вативном револуцијом" (Thatcher, Reagan) осамдесетих година, прети да буде жртвована на олтар међународне конкурентности. Државе смањују социјалне издатке и толеришу до сада неприхватљиво високе стопе незапослености, а све у име опстанка на међународном тржишту. Како спречити да глобализација постане извор неправде и доведе до маргинализације и осиромашења оних који су најмање способни да буду изложени конкуренцији? На ово питање покушава да одговори *Живот у глобалном друштву*, зборник радова презентованих на међународној конференцији одржаној у Риму 1995. године. Конференцију су организовали Међународни институт Jacques Maritain и Институт за моралну теологију Универзитета у Фрибуру у сарадњи са Maria SS. Assunta универзитетом у Риму и завршни је део пројекта о истраживању односа религија у свету према проблемима економске етике.

Руководећи се идејом да глобализацију прикажу не само као економски већ као општедруштвени процес, организатори су учеснике потражили у земљама различитог степена развијености, у различитим областима јавног и интелектуалног живота. Тако су се међу ауторима нашли и Michel Camdessus, извршни директор Међународног монетарног фонда, Antonio Fazio, гувернер Банке Италије и Amedee Grab, женевски бискуп.

Само наизглед неповезани, радови доприносе поимању механизама и резултата глобализације, као и стања у коме се налази стручна расправа. Груписани су у четири дела. Први део, „Развијеност и неразвијеност", уводног је карактера и покушава да дефинише покретачку снагу, механизме и циљеве развоја, наглашавајући потребу одбацивања искључиво економског критеријума, који може сакрити погоршање социјалне структуре и квалитета живота становништва (Sarpellon, Универзитет у Удинама) или занемарити културне разлике, пренебрегавајући потребу поштовања културног идентитета (Baeck, Католички универзитет Leuven). Теоријски радови комбиновани су са студијама појединих региона и њихових проблема у превазилажењу неразвијености, попут студија о Латинској Америци (Olivares, Централни универзитет у Каракасу и потпредседник Међународног института Jacques Maritain) и Африци (Adedei, директор Афричког центра за развој и стратешке студије). Ситуација у Азији предмет је анализе бискупа Калкуте Orlanda Queveda. Имајући у виду да је конференција на којој је овај рад изложен одржана још 1995. године, када није било ни помена о проблемима у функционисању привреда азијских тигрова, критика коју Quevedo упућује елитистичком понашању властодржаца и неравнотежи у структури власти веома је далековида. Ипак, препоруке о начину на који се проблеми могу отклонити (ослањање на сопствене снаге уз минимум помоћи споља, како би био остварен концепт интегралног и аутентичног развоја) тешко да спадају у

домен реалног. Свестан је тога и сам аутор, али ипак сматра да би заједнички глас бар једног процента од стотина милиона сиромашних у Азији могао много тога да промени. Нажалост, како актуелни догађаји у Индонезији потврђују, сиромашни чешће непријатеља виде у припадницима друге нације него у глобалним силама које ограничавају аутентични развој овог региона.

Други део, „Опасности регионализма и маргинализације", посвећен је потенцијалним губитницима у процесу глобализације, а то су незапослени, сиромашни и сви други превасходно усмерени на социјална давања која су, из већ поменутих разлога, предмет драстичних смањења. Ту спадају и неразвијени региони изван глобалних токова, чије ће становништво у блиској будућности готово извесно наставити да тавори у затвореном кругу сиромаштва и неразвијености. Не много боља ситуација очекује оне који, обесхрабрени оваквом прогнозом, одлуче да емигрирају у економски привлачније крајеве света, где их домаће становништво тешко прихвата, љубоморно чувајући достигнућа државе благостања. Готово сви аутори истичу потребу за постојањем неке врсте коректива, будући да само тржиште неће довести до стварања интегрисаних и толерантних друштава. Потребу за интервенцијом већих размера види једино Ivan Szabo, бивши мађарски министар финансија. У раду „Глобализација – историјски изазов са којим су суочене прокомунистичке земље", Szabo као решење које би уклонило јаз између Источне и Западне Европе, и тиме поправило шансе земаља у транзицији да се успешно укључе у процес глобализације, предлаже трансфер средстава по узору на уједињење Савезне Републике Немачке са својим источним суседом. Пад животног стандарда грађана Западне Европе, који би неминовно уследио, био би вишеструко надокнађен користима од чињенице да су границе хришћанске Европе овим цементиране за наредних неколико столећа – аргумент који у Западној Европи сигурно не звучи ни приближно тако моћно као на Балкану.

Тема трећег дела, „Потрага за новом међународном економском и политичком равнотежом", најбоље је обрађена у радовима Stefana Zamagnija, професора Економског факултета у Болоњи и Rudda Lubbersa, бившег премијера Холандије и професора Економског факултета Католичког универзитета у Тилбергу. Теза Zamagnija је да је економија глобална, док политика није, што доводи до губитка дела државног суверенитета и немогућности државе да се на одговарајући начин одазове глобалним изазовима. Са друге стране, да би невидљива рука тржишта могла да савршено функционише и, путем покушаја и грешака, доведе до равнотеже, потребни су услови који више нигде не постоје, јер је привредно окружење свуда више или мање измењено државном интервенци-

јом. Овако, ни слаба држава, нити јако али несавршено тржиште, не могу довести до трајне равнотеже. Решење је договор међу владама који би успоставио економски и финансијски поредак. Пошто је глобализација компатибилна са различитим политичким решењима, ствар је личног избора грађана и политичког избора влада какав ће то ред бити. Lubbers, пак, сматра да је глобализација довела до конвергенције циљних вредности – готово све земље прихватају тржишну економију, плурализам и демократију. Проблем настаје због чињенице да светско тржиште, националне владе и грађанска друштва не функционишу уиграно као што је то био случај на нивоу појединих држава. Држава је ослабљена, што подрива кредибилитет међународних уговора и организација. Да би дошло до равнотеже на глобалном нивоу, потребно је да постоји пандан националним владама (било у форми међународних или наднационалних организација) и грађанском друштву. Имајући, вероватно, у виду проблематичне преговоре и ратификацију Мастрихтског уговора, Lubbers истиче потребу да политика буде ближа људима (принцип супсидијарности), као и да се улаже у изградњу система вредности, што би одговорило на потребу људи да се осећају припадницима заједнице, а што сада испољавају инсистирањем на културном идентитету или окретањем религији, чак сектама и фундаментализму. Само тако ће проблеми света без граница, попут корупције, међународног криминала, тероризма, избегавања пореза и многи други, постати решиви.

Док су прва три дела била углавном аналитичке природе, четврти је више у форми предлога за евентуалне будуће правце деловања. Намерно парадоксалан наслов, „Ка кооперативној конкуренцији", уредници су одабрали да би истакли потребу за новим облицима конкуренције који би допринели хармоничнијем функционисању тржишта. Или, како то тврди Ricardo Petrella, бивши директор Друштвених истраживања Европске комисије, светска економија се мора „разоружати", пословни људи морају одбацити своје „генералске" ставове, а пословне школе „ратне" планове. Процес економског разоружања захтева нове институције и механизме, па Petrella предлаже формирање светске организације за друштвени развој, којој би се придружили и реорганизовани Међународни монетарни фонд, Светска банка, Светска трговинска организација и Међународна организација рада, а чији би најважнији задатак био промена садашњег еколошки неприхватљивог и социјално неодрживог модела. Реалнијим се чине ставови Williama Ryana, директора Језуитског програма о етици и политици, који сматра да су жељене промене размера револуције, те се не могу извести у кратком року. Ипак, елементи новог се појављују свакодневно, и то деловањем мултинационалних корпорација, влада и међународних организација и невладиних организација. У ове по-

следње Ryan полаже велике наде да могу допринети изградњи светског грађанског друштва, дајући тако глобализацији веома важну, а сада недостајућу димензију.

Догађаји у претходне три године, колико је прошло од одржавања конференције, дају за право организаторима који су још 1995. године уочили потребу да се разговара о социјалној димензији глобализације. Окретање грађана већине западноевропских земаља лево оријентисаним партијама само потврђује значај који бирачи придају економским и социјалним проблемима, не желећи да буду препуштени на милост и немилост светском тржишту. „Нова" европска левица обећава решења, али ће их, како су то исправно предвидели учесници конференције, формулисати на начин компатибилан са функционисањем глобалне економије. Нема, дакле, некажњивог посезања за буџетским средствима, јер ће глобално тржиште одмах реаговати, обарајући валуту земље о којој је реч. Можда је најбољи пример понашање лабуриста у Британији, који су укинули аутоматска социјална давања самохраним мајкама, нудећи им, заузврат, целодневна обданишта која ће бринути о њиховој деци док оне буду тражиле посао.

Живот у глобалном друштву представља и успешан покушај да се феномен глобализације анализира са различитих страна. Томе свакако доприноси чињеница да су аутори радова из области толико различитих као што су академски живот, светска политика, пословни свет и верске организације. Приметна окренутост интелектуалцима хришћанско-социјалне оријентације разумљива је ако се има у виду да је Jacques Maritain, чије име Институт носи, био угледни католички филозоф, познат по тумачењу учења Светог Томе Аквинског. Нема, нажалост, представника других цркава и религија осим католичке, а расправа би, свакако, била богатија да је било и учесника из невладиних организација, чији је значај за глобализацију, по неким мишљењима, паралелан ономе који је нација имала за капитализам деветнаестог века, и које су често помињане на конференцији. Настојање да се данашњи свет окрене хуманијим вредностима задатак је који на крају двадесетог века не може обавити ниједна црква нити религија самостално, мада може много допринети финансирањем пројеката и организовањем конференција попут ове. Преточена у зборник, речито упозорава читаоце да протекционистичке мере, антиимиграциони закони или тражење етничких и културних оправдања за сукобе који се лакше могу објаснити економским и политичким разлозима, нису начин да се реше проблеми. Решења треба тражити у укључивању неразвијених и сиромашних у глобално друштво, јер ће се једино тако избећи ћорсокак беде и ратова.

Милица Делевић Ђилас

Будимир Бабовић:
Интерпол и Југославија – сарадња, искључење и ратни злочини
(МСТ Гајић, Београд 1994)

Књига *Интерпол и Југославија – сарадња, искључење и ратни злочини* Будимира Бабовића појављује се пред стручном и читалачком јавношћу у веома актуелном тренутку. С једне стране, у овој материји већ дуго нема значајнијих научних радова, а с друге стране, као што је познато, наша криминалистичка полиција искључена је из редова Интерпола. Такође, књига има одређени значај у смислу реафирмисања чланства наше организације у Интерполу, те даље сарадње СРЈ са другим државама у борби против криминалитета. Објављена у издању куће МСТ Гајић из Београда, она је наставак досадашњег ангажовања аутора у Интерполу, где је обављао дужност потпредседника организације. Исто тако, она је и у континуитету са ауторовим досадашњим писаним радовима из ове области, нарочито са књигом *Интерпол – мит и стварност*, објављеном 1986. године. У претходној књизи аутор је разматрао методологију рада Интерпола, док је у овој изложио неке правне аспекте статуса СРЈ након одлуке о искључењу из Интерпола.

Концептуално, књига има три дела која чине кохерентну целину.

Први део обрађује историјат Интерпола, некадашње међународне контакте и скупове као претече међународне полицијске сарадње. Аутор полази од државноправног континуитета и субјективитета Србије и Црне Горе, који су им признати још 1878. године на Берлинском конгресу, те наводи међународну активност Србије и Црне Горе и њихове међународне односе са другим државама. Део тих односа, у ширем смислу, чине и односи међународне полицијске и судске сарадње. Још 1898. Србија је учествовала на међународној антианархистичкој конференцији у Риму, којом приликом је донета посебна резолуција о томе да се убиство шефа државе, или члана његове породице, сматра криминалним актом, а не политичким злочином. Дакле, реч је о класичном кривичном делу и сарадња држава у расветљавању, кажњавању и екстрадицији починилаца могућа је и нужна.

У истом делу аутор даље развија идеју о неопходности међународне сарадње држава у борби против криминалитета и наглашава да је Србија марта 1904. у Санкт Петербургу потписала тајни протокол у борби против анархизма. Представник Србије учествовао је и на Конгресу међународне судске полиције 1914. године у Монаку, а врхунац међународних напора у тој борби чини настанак Међународне комисије криминалистичке полиције (МККП) 1923. године. После оснивачког конгреса у Бечу, органи-

зација је 1956. добила данашњи назив Интерпол – Међународна организација криминалистичке полиције. У периоду пре II светског рата кључна питања рада организације била су питања односа са Друштвом народа, стварања међународне полиције и њено место и улога у борби против криминалитета. Током 1936. године Југославија је чак била домаћин XII заседања комисије у Београду. У току II светског рата рад организације скоро је замро, организација је била под патронатом Немачке и због тога се не може говорити о међународној сарадњи држава у овој области. После рата долази до промене идеолошке оријентације у организацији и њеном раду, па је Југославија тада била једина комунистичка земља чланица организације.

Други део књиге, централни, посвећен је одлуци о искључењу наше организације из Интерпола на 62. заседању Генералне скупштине, одржаном 1993. у Аруби. Резолуцијом бр. АГН/62/РЕС/1 Југославија је „лишена" чланства, односно упућена је да поново поднесе молбу за пријем у чланство. Иако се директно не помиње термин „искључење" већ „лишење чланства", евидентно је да се ради о искључењу чланице из редова једне међународне организације. Утемељеном правном аргументацијом аутор је изложио критици ову одлуку, за коју је исправно навео да је несагласна са циљевима организације и супротна правној природи Интерпола. Такође, аутор износи да је одлука супротна доктрини и пракси рада Интерпола, да је супротна предвиђеној процедури и штетна за будуће односе и међународну и међуполицијску сарадњу држава и њихових органа у борби против криминалитета.

Формалноправно, одлука о искључењу супротна је Статуту организације и Општем правилнику јер, како констатује аутор, уопште се и не заснива на овим документима. Напротив, искључење се заснива на одлуци друге међународне организације, тачније на Резолуцији бр. 47/1. Генералне скупштине ОУН. Одлука Интерпола иде корак даље од ове резолуције, чак је рестриктивнија од одлуке ОУН да СРЈ не учествује у раду само једног органа ОУН (Генералне скупштине). Такође, аутор истиче да Статут Интерпола уопште не предвиђа институт искључења чланице из организације, па је одлука мањкава и у том делу. Аутор указује да се за пријем у чланство Интерпола захтева тајно гласање, док у случају искључења СРЈ гласања није било. Посебно наводи чл. 11 Општег правилника који регулише утврђивање дневног реда Генералне скупштине организације 30 дана пре заседања, те наводи да је предлог за искључење СРЈ уследио свега шест (6) дана пре заседања. Исто тако, питање чланства наше организације није било предмет расправе Извршног комитета Интерпола, иначе органа који је извршни, оперативни и задужен за утврђивање дневног реда Генералне скупштине организације. Супротно чл. 12 наведеног правилника, ова тачка дневног реда уврштена је у дневни ред на

самом заседању Генералне скупштине. Своје процедуралне примедбе аутор закључује примедбом о повреди чл. 31, ст. 3 Општег правилника, у смислу да се искључењем чланице из организације она лишава чланарине, у којим случајевима је иначе предвиђено одлагање расправе.

Са аспекта правне технике, наведена резолуција ГС Интерпола такође је мањкава јер не предвиђа датум ступања на снагу и органе овлашћене за њену примену (Извршни комитет, Генерални секретаријат и др.).

Материјалноправне примедбе аутора односе се на то да су одлуке о искључењу супротне циљевима организације, будући да је чл. 2 Статута предвиђено да је циљ организације узајамна сарадња у спречавању и кажњавању извршилаца кривичног дела из домена тзв. општег права. Одлука је посебно супротна начелу аполитизма организације и њеној аутономности у односу на актуелну политику држава, јер у одлуци провејавају политичке конотације. Одлука је несагласна и са осталим познатим принципима организације: са антикриминалном солидарношћу чланица, њиховом равноправношћу итд. Како нема упориште у основним документима организације, одлука значи заузимање политичког става у овом чисто правном питању и прејудицирање одлуке о том питању. Аутор посебно наглашава да је оваква одлука ригидна и штетна са становишта будуће сарадње у борби против криминалитета, посебно ако се има у виду простор СРЈ и Балкана.

Полазећи од криминалитета као светског проблема, аутор истиче да је одлука супротна принципу универзалности организације, јер је Интерпол међународна организација која има светску вокацију. Уосталом, то је потврђено и официјелним признањем Интерпола као међународне организације – 1971. године, односно 1982, од стране ОУН. Формалноправно, по Статуту, државе нису чланице Интерпола већ су то њихове организације криминалистичке полиције. Stricto sensu, држава не би ни могла да буде искључена из организације пошто није ни чланица, што је у овом случају урађено навођењем СРЈ (Србије и Црне Горе). Апсурдност ове одлуке показала је и пракса међусобних односа чланица и после њеног доношења, јер је велики број чланица наставио да одржава какве-такве односе са CNB Интерпола у Београду. Аутор подсећа на еластичан став организације у прошлости у случајевима територијалних промена (сукцесије, континуитета), па чак и у случајевима ентитета (Тангер, Трст, Сар, и др.). Интерпол је увек давао предност борби против криминалитета у односу на политику, што је нарочито истакнуто у случају наставка сарадње са Камбоџом и поред тзв. празне столице у ОУН, и сарадње са Јужном Африком и поред општепризнатих ставова света о апартхејду у овој земљи.

Трећи део књиге, последњи, посвећен је ангажовању Интерпола у откривању лица осумњичених за ратне злочине на просторима бивше СФРЈ. На 63. заседању ГС Интерпола у Риму 1994. усвојен је извештај о последицама стварања Међународног суда за извођење пред суд лица осумњичених за тешке повреде међународног хуманитарног права на територији бивше СФРЈ. Истом приликом је усвојена посебна резолуција о примени чл. 3 Статута у вези са овим повредама. Став о сарадњи Интерпола са Трибуналом у Хагу, иако је досадашња пракса у односу на ратне злочине била супротна, аутор објашњава некадашњом конфронтацијом Истока и Запада у ери „хладног" рата. Ново тумачење исте одредбе Статута официјелно се објашњава променама у свету, односно „еволуцијом међународног права". Геноцид и ратне злочине Интерпол више не третира као политичке деликте, па је донета одлука о ангажовању организације у потрази за осумњиченим особама за тешке повреде Женевске конвенције из 1949, за злочине против човечности, повреде ратног права и обичаја, за геноцид. Одлука се формалноправно ослања на ранију одлуку из Луксембурга, 1974. године, која се односи на борбу против тероризма. Узимање талаца и слични криминални акти спадају у домен деликата инкриминисаних међународним конвенцијама, а идентичан став је заузет и у погледу кршења међународног хуманитарног права из корпуса тзв. општег права.

Аутор посебно указује на враћање организације раније напуштеној теорији предоминације из 1951. године. По овој теорији, у свакој конкретној ситуацији вршена је дискрециона процена кривичноправних, политичких, верских, расних и других елемената, те се доносила одлука о ангажовању организације. Враћање на ову теорију аутор оцењује као превагу политичких и ванправних елемената над правним. И поред тога, одлука из Рима има далекосежан значај за примену одлука ОУН и Трибунала у Хагу, и омогућава нормалну и редовнију комуникацију чланица Интерпола. Посебно се изражава жеља да се ова одлука поштује pro futuro у евентуалним каснијим случајевима кршења међународног хуманитарног права.

Да закључимо: *Интерпол и Југославија – сарадња, искључење и ратни злочини* представља допринос аутора изучавању како историјата организације тако и будућег рада у борби против криминалитета. Имајући у виду да је криминалитет не само наш проблем већ светски и универзални, значај књиге је такође евидентан, а посебно се огледа у жељи да СРЈ поново заузме своје место у Интерполу, што је реално очекивати с обзиром на геостратегијски положај наше земље.

Жељко Никач

Миодраг Зечевић, Јован П. Поповић (приређивачи):
Документи из историје Југославије. Државна комисија за утврђивање злочина окупатора и његових помагача за време Другог светског рата
(Архив Југославије, Предузеће за издавачко-графичку делатност ЗАД, Београд 1996)

У издању Архива Југославије и Предузећа за издавачко-графичку делатност из Београда ЗАД, у тиражу од 500 примерака, јула 1996, објављена је књига: *Документи из историје Југославије* са поднасловом: *Државна комисија за утврђивање злочина окупатора и његових помагача за време Другог светског рата*. Књигу су приредили др Миодраг Зечевић, професор Универзитета и Јован П. Поповић, директор Архива Југославије.

Књига докумената је систематизована на следећи начин: Први део – текст завршног извештаја председника комисије; други део – један број *саопштења* Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и његових помагача и један број *саопштења* земаљских комисија о злочинима окупатора и његових помагача; трећи део – *одлуке о проглашењу* за ратне злочинце једног броја југословенских држављана; четврти део – *документа о конституисању* Државне комисије; пети део – документа на основу којих је та комисија радила и шести део – обавештајна *средства фонда* „Ратни злочини".

У предговору су приређивачи указали на кључне унутрашње и спољне догађаје из 1943. године, који су утицали на образовање Државне комисије, дали су краћи приказ активности организације, уз оцене о њеној посебности као државног органа новонастајуће југословенске власти.[1]

Подвучено је да су југословенске комисије[2] за утврђивање злочина окупатора и његових помагача, у складу са међународним

1 У предговору као и у одабиру докумената, приређивачи су се држали оквира из чланка који је о Државној комисији за утврђивање злочина окупатора и његових помагача, у *Аналима Правног факултета у Београду* (број 4, 1961), објавио др Алберт Вајс, професор Правног факултета у Београду, који је и сам био учесник у њеном раду. Чланак је писан на бази завршног извештаја о раду Државне комисије, који је 12. IV 1948. год. поднео њен председник, проф. др Душан Недељковић, на основу увида у документацију и на основу личних оцена. Професор А. Вајс врло садржајно описује организацију и рад Државне комисије и даје оцене о историјском и правном значају њеног постојања. Ради ширег обавештења о овој материји, читаоци се упућују на поменути чланак проф. А. Вајса.

2 Осим Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и његових помагача, образоване Одлуком АВНОЈ-а, 30. XI 1943, касније, у току 1944. год., образовано је и шест земаљских комисија (по републикама) и једна за покрајину Војводину, а затим две обласне комисије (Косово и Метохија и Санџак), 65 окружних, 299 срески и 1210 општинских комисија повереника и сабирача.

правом и захтевима и активностима међународних организација, за период 1943–1948, „остварили успешно један обиман и изузетно значајан посао и истражиле најтеже ратне злочине и утврдиле њихове извршиоце, али целовито утврђивање злочина окупатора и његових помагача није извршено нити завршено касније..."

Констатовано је да су ове комисије нагло престале са радом и активностима, а прикупљени документи проглашени су државном тајном и стављени под посебну контролу и заштиту, односно, успостављен је посебан режим њиховог коришћења. У недостатку познавања правих разлога и мотива, као „вероватне" узроке наглог прекидања њиховог рада аутори наводе концепцију братства и јединства и тежњу Комунистичке партије да се што брже превазиђу национални раздори и потисну из друштвене свести страшни злочини које су вршили помагачи окупатора, посебно припадници војних формација одређених народа.

Приређивачи износе и оцену да су „сложеност југословенске ситуације и немогућност да се у условима који су постојали успоставе јединствени критеријуми за делатност земаљских комисија, довеле да њихов рад буде неуједначен са становишта мерила за утврђивање пре свега тежине радњи на основу којих се проглашава лице за учиниоца ратних злочина", а „да ће даља истраживања показати да је постојала територизација критеријума, да је уношен политички субјективизам и да је постојала неуједначена примена критеријума у раду земаљских комисија када су проглашавана лица за учиниоце ратног злочина".

Када је реч о разлозима прекидања активности Државне комисије и земаљских комисија на утврђивању злочина окупатора и његових помагача, приређивачи подвлаче и чињеницу да је Други светски рат на нашим просторима поред народноослободилачког имао и „снажна обележја националног, верског и грађанског рата, а да су злочини извршени на националној и верској основи били изузетно тешки и имали геноцидни карактер, пре свега према српском становништву, Јеврејима и Циганима.

У књизи су углавном објављени документи: извештаји, саопштења, одлуке и сл., који показују, условно речено, резултате о успешности рада Комисије – количину прикупљене, евидентиране и публиковане грађе, пропагандну и међународну активност и др., са оскудном примарном документацијом. Потврду или оповргавање неких оцена аутора изнетих у предговору још боље би омогућили документи, каквих је у књизи мало, као што су изјаве сведока или окривљених, пресуде, документи „друге стране" и други подаци и докази који су били под ембаргом, као и неки документи који су нестали[3] из фондова Државне комисије.

3 Приређивачи наводе да завршни извештаји земаљских комисија нису пронађени у Фонду Државне комисије, а Архив Црне Горе и Архив Србије не поседују ни завршне извештаје својих земаљских комисија. Видети: *Документи...*, стр. 73.

Оцена приређивача да је Други светски рат на тлу Југославије поред народноослободилачког носио и снажна обележја националног, верског и грађанског рата, по нама, изискује проширивање поља истраживања, историјску оцену ове делатности и евентуално превредновање тадашњих критеријума о извршиоцима ратних злочина и квалификације самих злочина.

Историчари, правници и други научници имаће задатак да осим назначеног истражују и друге видове постојања и рада Државне комисије и почињених злочина у Другом светском рату, нпр., да доказују или оспоравају тезу о утицају евентуалног прикривања података (о злочинима и злочинцима) из тог времена на избијање грађанског рата 90-их година на деловима исте територије, када су по структури и садржини почињени слични ратни злочини.

С обзиром на актуелност истраживања ратних злочина и злочина против хуманости почињених у недавно окончаном грађанском рату на деловима територије претходне Југославије, и широј јавности је неопходна доступност оваквих докумената. Сматрамо корисном појаву ове публикације и изражавамо жељу да се настави са објављивањем и других докумената из ове области којима располаже Архив Југославије и друге државне и научне институције.

Предраг Алексић

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ ОД 1. ЈУЛА ДО 31. ДЕЦЕМБРА 1997. ГОДИНЕ

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 4. јула 1997. године, изабрало је:

др ВЛАДИМИРА СТОЈИЉКОВИЋА, асистента, у звање *доцента* за предмете Међународно привредно право и Право осигурања.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 8. септембра 1997. године, изабрало је:

др ДУШАНА ЈАКОВЉЕВИЋА, ванредног професора, у звање *редовног професора* за предмет Кривично право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 7. октобра 1997. године, изабрало је:

др ЈОВИЦУ ТРКУЉУ, ванредног професора, у звање *редовног професора* за предмет Политички систем;

мр ВОЈИСЛАВА СТАНИМИРОВИЋА, асистента, поново у звање *асистента* за предмет Општа правна историја.

ОДБРАЊЕНЕ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОД 1. ЈУЛА ДО 31. ДЕЦЕМБРА 1997. ГОДИНЕ

Мр СЛАВОЉУБ ВИЋИЋ, виши предавач у Вишој хотелијерској школи у Београду: „Правни положај јавних предузећа" – одбранио 19. јула 1997. године.

Мр БРАНКИЦА ГАГИЋ, запослена у Економском институту у Београду: „Опорезивање корпорација и друштава лица (теоријске и практичне основе различитог пореског третмана и могућности његовог уједначавања)" – одбранила 29. децембра 1997. године.

ОДБРАЊЕНЕ МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ ОД 1. ЈУЛА ДО 31. ДЕЦЕМБРА 1997. ГОДИНЕ

ДРАШКО ПЕТРОВИЋ, асистент на Саобраћајном факултету Универзитета у Београду: „Краљевина (СХС) Југославија и међународно-правно регулисање копненог саобраћаја 1918–1941" – одбранио 2. јула 1997. године.

МАХМУД НАСР ЕСФАХАНИ, шеф Одсека у Министарству иностраних послова Техеран – Иран: „Геополитички значај и улога Персијског залива у међународним односима" – одбранио 7. јула 1997. године.

ЈЕЛЕНА ПЕЈОВИЋ-ЛУКОВАЦ, професор у Економској школи „Мирко Вешовић" у Подгорици: „Радни односи и други облици радног ангажовања радника у установама образовања" – одбранила 5. септембра 1997. године.

САЊА ГРАИЋ-СТЕПАНОВИЋ, консултант „Cesmekon"-а у Београду: „Правни појам монопола и монополског споразума" – одбранила 18. септембра 1997. године.

БРАНКО ВУЧКОВИЋ, председник Окружног суда у Котору: „Кривично дјело угрожавања јавног саобраћаја из члана 172 КЗ Републике Црне Горе" – одбранио 19. септембра 1997. године.

СНЕЖАНА ЈАКОВЉЕВИЋ, кореспондент за односе са иностранством у Југобанци Београд: „Настанак и развој управног права у Србији" – одбранила 13. новембра 1997. године.

ОЛИВЕРА ПУРИЋ, виши стручни сарадник у III општинском суду у Београду: „Нормативна регулатива учешћа федералних јединица у спољнополитичком одлучивању" – одбранила 19. новембра 1997. године.

СЛАВИЦА МИРИЋ, асистент на Грађевинском факултету Универзитета у Београду: „Јавно предузеће у области просторног и урбанистичког планирања" – одбранила 24. новембра 1997. године.

ДРАГАНА ЈЕРЕМИЋ, приправник у Привредном суду у Београду: „Одговорност шпедитера са посебним освртом на осигурање" – одбранила 4. децембра 1997. године.

СРЂАН ПАВИЋЕВИЋ, незапослен правник из Подгорице: „Политичке партије у Црној Гори крајем XIX и почетком XX века" – одбранио 18. децембра 1997. године.

БРАНИСЛАВА ИСАИЛОВИЋ, на припремама у Адвокатској школи при Адвокатској комори Париза: „Своп уговор у теорији и пракси" – одбранила 24. децембра 1997. године.

ДОДЕЛА НАГРАДА И ДИПЛОМА СТУДЕНТИМА

За показани успех у школској 1996/97. години, дипломом Правног факултета у Београду и комплетом књига награђени су студенти који су завршили годину са просечном оценом од 9,00 до 10,00 (положени сви испити):

ПРВА ГОДИНА

1.	Антић Адела	96/7	10,00
2.	Арсић Јелена	96/285	10,00
3.	Лучић Соња	96/21	10,00
4.	Милутиновић Милена	96/207	10,00
5.	Андрић Катарина	96/533	10,00
6.	Лазић Мирјана	96/130	9,83
7.	Пећанац Бранка	96/259	9,83
8.	Мићановић Марко	96/316	9,83
9.	Тиосављевић Ивана	96/388	9,66
10.	Томашевић Марина	96/105	9,66
11.	Костић Јелена	96/69	9,50
12.	Новаковић Тања	96/44	9,50
13.	Стајић Марија	96/83	9,50
14.	Маринковић Јелена	96/630	9,50
15.	Шулејић Милош	96/720	9,50
16.	Врањевић Ана	96/57	9,33
17.	Јовановић Марко	96/118	9,16
18.	Сапунџи Андон	96/178	9,16
19.	Поповић Милица	96/203	9,16
20.	Павловић Дејан	96/506	9,16
21.	Јукић Радомир	96/31	9,16
22.	Коњевић Марко	96/442	9,16

23.	Спасић Ивана	96/678	9,16
24.	Лукић Маја	96/101	9,16
25.	Мишовић Миодраг	96/4	9,00
26.	Несторовић Манф	96/47	9,00
27.	Марковић Горан	96/189	9,00
28.	Косановић Соња	96/257	9,00
29.	Чабаркапа Дејан	96/641	9,00
30.	Мићовић Александар	96/733	9,00
31.	Томашевић Катарина	96/610	9,00

ДРУГА ГОДИНА

1.	Мартић Марија	95/110	10,00
2.	Караникић Марија	95/121	10,00
3.	Ђорђевић Душка	95/140	10,00
4.	Маринковић Танасије	95/162	10,00
5.	Радовић Вук	95/150	9,83
6.	Цвијан Владимир	95/126	9,66
7.	Арсић Гордана	95/10	9,66
8.	Татаревић Марија	95/105	9,50
9.	Радојчић Бранислав	95/610	9,33
10.	Радић Момир	95/128	9,16
11.	Николић Иван	95/139	9,16
12.	Миленковић Драгана	95/332	9,16
13.	Давидовић Владимир	95/2277	9,00
14.	Тешић Ненад	95/47	9,00
15.	Станковић Мирослав	95/198	9,00

ТРЕЋА ГОДИНА

1.	Синђелић Жарко	94/845	9,40
2.	Муратовић Данијела	94/83	9,20
3.	Илчић Драгана	94/338	9,00

ЧЕТВРТА ГОДИНА

1.	Ђурђевић Дејан	93/273	9,88
2.	Марковић Чедомир	92/700	9,77
3.	Јевремовић Татјана	93/155	9,77
4.	Рајић Владимир	92/192	9,22

ДИПЛОМИРАО СА НАЈВЕЋОМ ПРОСЕЧНОМ ОЦЕНОМ

1.	Ђурђевић Дејан	93/273	9,90

Припремио Миљко Ваљаревић

ПРОФЕСОР ДР АНДРИЈА ГАМС (1911–1997)

Поштована Миљо, цењене колеге, радници Правног факултета и пријатељи!

Завршио се напорни животни пут нашег драгог великог професора и пријатеља. Преко 60 година професор др Андрија Гамс се истицао својим научним, педагошким и блиставим правничким радом.

Професор др Андрија Гамс рођен је 6. јануара 1911. године у Суботици. Завршио је Правни факултет у родном граду и стекао докторат правних наука у Београду. Одбраном докторске дисертације: „Одговорност за радње трећих лица у приватном праву" (1938), определио се за науку грађанског права. Успешно започету каријеру, научну и адвокатску праксу прекинуо је рат. Од 1941. до 1954. преживео је страхоте рата у злогласним заробљеничким логорима као резервни официр бивше Југословенске војске. У логорима се активно укључио у Народноослободилачку борбу од самог почетка. Непосредно после рата врши низ значајних дужности у правосуђу Војводине. Године 1948. изабран је за доцента за предмет Грађанско право на Правном факултету у Београду. Од тада непрекидно траје успон овог сјајног цивилисте и правног теоретичара не само југословенског већ и светског значаја.

Професор А. Гамс је објавио неколико стотина научних радова из области права, а посебно грађанског права. Нарочито се истичу дела: *Увод у грађанско право, Основи стварног права, Стварно право, Брачно и породично имовинско право, Сиводина* и многа друга. Сва ова дела су доживела велики број издања и представљају изузетан допринос науци грађанског права и правној теорији уопште. Као изузетан правник и ерудита, професор Гамс се није зауставио само на правној науци у ужем смислу речи; написао је и неколико изузетно запажених дела из опште цивилизације. Посебно се истиче дело *Библија у светлу друштвених борби*, у којем на својствен и оригиналан начин научно објашњава ову значајну друштвену област.

Професор А. Гамс је не само борац у науци, већ је и изузетно одважан борац за идеале правде и истине, па се принципијелно залагао у бурним годинама, 1968. и посебно 1971. и 1973, због чега је био и неправедно прогоњен. Све је то стоички издржао и духовно победио.

Професор А. Гамс потиче из сиромашне занатлијске породице из Суботице. Често је говорио: „Ја сам девето дете занатлије који је својим радом издржавао породицу." Вероватно је та околност из његовог детињства и младости утицала да наш драги про-

фесор постане упорни борац за истину и правду. Понекад је некоме у тим својим настојањима изгледао и опор. Међутим, наша истина је била често опора. Није делио правду на малу и велику. Са истим ентузијазмом се залагао за правично решавање и тзв. „малих" и „великих" ствари. Сећам се са каквим је жаром деловао као председник Суда части Привредне коморе – истичући да Суд части није „музејски, украсни предмет" већ да мора имати своју друштвену улогу. Професор Гамс није био „кабинетски професор", њега је интересовала свака друштвена појава која се тицала права и морала. Био је изванредан и радо слушан говорник на научним скуповима, трибинама и другим јавним окупљањима. Његове изразе „у сенци друштвене својине", „добри другови", „вешти људи", „корисне махинације", „неформалне групе", „интелектуалне силеције" и сл. прихватала је јавност и они су постајали речи крилатице. Професор Гамс је био човек чврстог карактера. Сматрао је да моралне и правне норме морају имати одлучујућу улогу у друштву. Међутим, то његово настојање није увек наилазило на подршку средине. Није због тога малаксавао. Упорно се и даље борио за своје идеале правде, правичности и истине. Оно до чега је дошао у научним истраживањима смело је и искрено јавно износио и истицао у својим радовима. Није марио да ли ће се истина до које је дошао некоме свидети или не. То је посебно дошло до изражаја у његовом капиталном делу *Својина*.

Професор А. Гамс није само изузетан правни писац. Он је велики педагог и друштвени и јавни радник. Зналачки је повезивао теорију и праксу. Генерације правника се сећају PRIMUSA и SEKUNDUSA, или примера „Ја вам дам мој сат – шта сте ви постали?" Професору Андрији Гамсу припадало је најистакнутије место у наставном и педагошком раду на редовним и последипломским студијама Правног факултета у Београду. Многи правници су истицали и данас истичу да су били студенти професора А. Гамса и да су код њега полагали испит. Свима су остала у дубоком сећању надахнута предавања професора Гамса. Та предавања су са лакоћом уводила у најсложенија питања грађанског права и права уопште. Сигурно да је професор А. Гамс, поред свог изванредног талента, у своје научно и педагошко дело уграђивао и огроман труд. Он је велики и упорни радник. Полиглота, говорио је више светских језика. Био је професор светске класе. Нема правног факултета у свету који не би пожелео да у својим редовима има таквог професора. И Правни факултет у Београду се поносио нашим драгим великим професором. Чини ми се да му је за живота остао дужан, али ми, његове колеге, хиљаде његових студената и пријатељи, носимо га у својим срцима и трајној успомени.

Нека је вечно хвала професору А. Гамсу!

Нека му је слава!

Радомир Ђуровић

АНДРИЈА ГАМС

I

Успон Србије и југословенске идеје у другој и трећој деценији овога века довели су Андрију Гамса у додир са српским народом и он ће том народу остати привржен и одан целог живота.

Рођен је 1911. године као девето дете у сиромашној јеврејској породици у Суботици, на периферији нове државе. Промене које су тек наступале, како је сам сведочио, доживео је као велико олакшање. Аустроугарска је, иако правна држава, била и земља социјалних и националних неједнакости, са веома наглашеном мађаризацијом у угарском делу. Стварање Југославије утицало је да престану многе невоље које су притискале седмогодишњег дечака. „Са отвореним очима и зачуђено гледао сам", рећи ће доцније, „одједном ме нико више није кињио, и ја сам био захвалан тим новим људима што су ме ослободили злостављања које деца у том добу болно преживљавају."

Основну школу започео је у родном граду на матерњем, мађарском језику, и тек је у трећем и четвртом разреду научио српски, којим ће доцније као професор универзитета овладати до у танчине. Најизразитије обележје мађарског језика, онај особени и препознатљиви нагласак, задржао је до краја живота, што је његовом богатом и занимљивом излагању давало посебан шарм.

После завршене основне школе и гимназије, уписао се на новоотворени Правни факултет у Суботици, на коме је дипломирао 1933. године. Међу осталима похађао је и предавања професора Михаила Константиновића, са којим ће доцније сарађивати на Правном факултету у Београду, на Катедри за грађанско право.

После дипломирања и пошто је одслужио војни рок, радио је најпре као волонтер у суду, а затим повремено и као адвокатски приправник. Адвокатски испит положио је марта 1939. године. Иако је сматран за доброг правника, често је бивао незапослен, јер су ондашњи адвокати примали првенствено приправнике које су им пријатељи препоручивали, а државну службу није могао да добије. Желећи да се даље усавршава, уписао се 1934. године на докторски курс Правног факултета у Београду, као један од првих слушалаца из Суботице. До тада је већина правника из тих крајева ишла у Будимпешту или у Загреб. Усмени докторски испит положио је априла 1937, а докторску дисертацију под називом „Од-

говорност за радње трећих лица у приватном праву" одбранио је новембра 1938. године, пред комисијом коју су сачињавали истакнути стручњаци наше правне науке: Велизар Митровић (као председник), Михаило Константиновић и Божидар С. Марковић (као чланови). Нешто касније, у предвечерје рата, дисертација је и објављена у Београду, 1940. године.

Ветрови рата прекинули су каријеру младог доктора правних наука. Седмог априла, сутрадан по бомбардовању Београда, резервни потпоручник Андрија Гамс пошао је као добровољац у Југословенску војску, али су га убрзо заробили Немци. У великој несрећи која га је задесила, имао је и нешто среће, ако се о срећи уопште може говорити. Захваљујући униформи југословенског официра, није отпремљен у концентрациони логор (Немци су поштовали ратне конвенције) у коме би га као припадника јеврејске националности чекала сигурна смрт. Био је у разним војним заробљеничким логорима, а најдуже у Оснабрику.

По повратку из заробљеништва радио је најпре у јавном тужилаштву у Суботици и Новом Саду, а затим је, маја 1948, изабран за доцента на Правном факултету у Београду, и тако је Андрија Гамс започео своју универзитетску каријеру.

Даље напредовање обележено је звањем ванредног професора 1955, и избором за редовног професора 1960. године.

У лето 1973. године, усред јунског испитног рока, редовни професор универзитета др Андрија Гамс удаљен је са Правног факултета у Београду и пребачен у пензију.

II

Три су велике области којима се бавио професор Гамс: а) увод у грађанско право, б) стварно право, в) друштвена теорија. Прве две су биле предмет научног истраживања и истовремено наставног рада на Правном факултету, трећом се бавио само научно, и то претежно после удаљавања са факултета. Кад је реч о правним наукама, може се слободно рећи да је професор Гамс поставио основе и изградио контуре наставних предмета Увод у грађанско право и Стварно право на Правном факултету у Београду. Треба напоменути да су његове књиге из ових области представљале уџбенике са највећим угледом у земљи, који су били коришћени и на другим правним факултетима а не само у Београду. Уосталом, књига *Основи стварног права* доживела је осам издања, а *Увод у грађанско право* седамнаест (при чему је у последњим издањима сарађивала професорка Љиљана Ђуровић). Већ ова чињеница, сама по себи, довољно говори о вредности његових

радова. Књиге су настале као резултат научног истраживања и продубљеног изучавања правних институција у нашем друштву и њиховог поређења са иностраним искуствима. У праћењу основних правних токова у другим правним системима, професору Гамсу је помагало знање страних језика; поред српског и матерњег мађарског језика, служио се немачким и француским, а познавао је и енглески и руски. Велика ерудиција, изузетно познавање марксизма и других филозофских и социолошких теорија обогаћивало је садржину његових предавања и научних радова, а ретка јасноћа и леп стил излагања омогућавали су студентима и осталим његовим слушаоцима, као и читаоцима, да прихвате и асимилују његове идеје.

Поред наведених уџбеника из области које је предавао на Правном факултету, објавио је и књигу *Брачно и породично имовинско право*, која је такође доживела више издања.

Због ограниченог домашаја српског језика, наши наставници ретко имају прилику да се подвргну иностраним оценама, а излагање на страним језицима, готово увек, означава мањи или већи хендикеп. Стицајем околности, о дометима научног рада професора Гамса могао је да се изјасни један правник са енглеског говорног подручја – А. Г. Клорос (Chloros), професор упоредног права на Кингс колеџу (King's College) Универзитета у Лондону. У својој књизи о југословенском грађанском праву, проф. Клорос је поводм два тада водећа уџбеника у Југославији (А. Гамс: *Основи стварног права*, четврто издање, 1966; В. Спаић: *Стварно право*, треће издање, 1962) рекао:

„Ове књиге садрже честа упућивања и наводе из судских одлука. Природно је стога што сам се у погледу информација ослањао на ове уџбенике и желео бих да истакнем колико дугујем у том погледу обојици аутора. Иначе, било би веома тешко прикупити сав материјал који ми је био потребан. Било би неугодно да упоређујем ове две књиге: књига професора Спаића је изузетно јасно написана, али четврто издање уџбеника професора Гамса садржи много нових материјала и обухвата битне промене у праву до којих је дошло између 1964. и 1966. године. Стога сам се више ослањао на ову књигу. Такође, у њој се на крају излагања налазе законски текстови, исцрпна библиографија и листа важећих закона, што је од велике важности за проучавање постојећег законодавства."

III

По природи свог наставничког позива и рада на Правном факултету у Београду, професор Гамс је обрађивао низ питања у

областима увода у грађанско право и стварног права. Али нису све теме за њега имале подједнак значај. У центру његовог научног интересовања налазило се откривање смисла и разумевање човековог постојања и односâ у друштву. Отуда је испитивање појединих правних институција привлачило његову пажњу само ако је представљало нову етапу у истраживању све дубљих слојева човековог економског и социолошког бића и у том смислу означавало кључ за његово разумевање. Тако су у области увода у грађанско право (или општег дела грађанског права) његова истраживања била упућена пре свега на појам имовине и појам кауза у уговорима. Оба питања су се односила на утицај економских појава на правне појмове и указивала су на повезаност грађанског права и економске основе друштва.

У оквиру стварног права, у средишту професорових истраживања налазило се питање својине у разним појавним облицима и аспектима. Разуме се, право својине је иначе најважније питање у стварном праву и спада у најзначајније теоријске проблеме грађанског права уопште. Али за професора Гамса је истраживање својине имало још дубљи смисао, јер га је водило ка разумевању човекове природе и друштвених односа. Отуда је пажња коју је поклањао овом проблему вишеструко премашала бављење осталим институцијама стварног права (хипотека и заложно право уопште, стварне и личне службености, државина итд.). Он се својином бавио пасионирано, почевши од првих предавања на Правном факултету па до последњих дана живота.

Већ од првог издања уџбеника *Стварно право* (1949) могло се наслутити каква је улога намењена својини, којој је посвећен далеко највећи део излагања. У следећим издањима уџбеника својина ће задржати ово повлашћено место и улогу у објашњењу утицаја економских односа на право уопште и на стварно право напосе. Према становишту аутора, својински односи одређују структуру друштва, „а својина као 'надградња' над основним економским односом – присвајањем одређује у основи структуру нормативног па и правно-нормативног уређења друштва". На другом месту ће рећи да „привредни и друштвени систем у којем се производи роба је она база на којој се развија грађанско право као надградња", а у продужењу те идеје у стварном праву, „да приватна својина као непосредна правна надградња над робом индукује и цео систем имовинског права, а у дубљој перспективи поделу права на приватно (имовинско) и јавно. Основна тенденција робе да се слободно размењује на тржишту, пројицира се у праву у начело аутономије воље."

Формулишући на наведени начин полазишта свога схватања о својини, професор Гамс рано поставља основе своје научне независности у односу на официјелна гледишта, па је често сам био супротстављен веома ауторитативним мишљењима оних теоретичара који су били блиски ставовима званичне политике.

Особито су се биле распламсале расправе о појму и правној природи друштвене својине. Ослањајући се на своја становишта о робној производњи и о својини као њеној надградњи, професор Гамс је у својим радовима изградио једну логичну, кохерентну и веома једноставну теорију о друштвеној својини као подељеној својини. Према тој теорији, друштвена својина је сложено, комплексно право и има више носилаца (а сви носиоци су друштвене организације, што ће рећи друштвено-политичка заједница, радне организације, и сл.), и то са разноврсним овлашћењима. Отуда је друштвена својина подељена својина и састоји се од две групе овлашћења која чине јавноправну и грађанскоправну компоненту. Грађанскоправна компонента је израз првог основног кретања у друштву, тј. робе, робног (карактера робне производње), а јавноправна је израз другог основног кретања – усмеравања (планирања). „Јавноправну компоненту чине пре свега она овлашћења политичко-територијалних заједница по којима, на основу свог својства носиоца јавне власти и под јавноправном санкцијом, заједница може присвојити један део укупног прихода привредне организације или другог друштвеног правног лица."

Насупрот томе, грађанскоправну компоненту чини право коришћења привредне организације. То је најважније имовинско право које имају предузећа, и како представља надградњу над робом, оно мора садржати два основна овлашћења: овлашћење слободног коришћења и овлашћење располагања. Истина, пошто су код нас роба и робно тржиште ограничени, и право коришћења као грађанскоправна компонента ограничено је законским оквирима који означавају јавноправну компоненту.

И поред наведених ограничења, теорија о подељеној својини доводила је до консеквенци које су, мада неизречене, јасно наговештавале на шта се мисли. Иако су је због њене једноставности радо прихватали судије и уопште правници у пракси, теорија о подељеној својини, са ретким изузецима, наишла је на готово јединствени фронт одбијања, па се и на њу и на њеног творца сручила права лавина оспоравања и друштвене критике. Уверен у исправност својих погледа, професор Гамс је истрајавао у њиховој одбрани не осврћући се на тешкоће и нападе који су долазили са многих страна. Понекад је изгледало да су појединци, присталице официјелних становишта, сма-

трали својим задатком да се опробају у теоријској критици схватања професора Гамса и у полемици са њиме.

Епилог је познат. Бројна теоријска схватања однео је са собом дах времена. То особито важи за тзв. несвојинску или несвојинскоправну теорију друштвене својине. И поред тога, теорија о подељеној својини и данас има вредност документа о једном времену које је за нама.

Сатисфакција је дошла са стране одакле се најмање могла очекивати. А. Г. Клорос се у својој анализи својине у Југославији у првом реду ослањао на теоријске радове професора Гамса.

У предговору књиге *Yugoslav Civil Law*, професор Клорос му је посветио следеће речи:

„Такође се са задовољством сећам гостопримства са којим сам био приман на универзитетима у Београду, Загребу, Љубљани, Новом Саду и Сарајеву. Посебно бих желео да захвалим Андрији Гамсу, професору Универзитета у Београду, чија сам предавања слушао у току једног семестра и са којим сам редовно расправљао о проблемима и питањима која су ме интересовала."

IV

У даљем току својих истраживања о својини професор Гамс је, поред економских и социјалних услова, све више пажње обраћао антрополошкој и психолошкој димензији овог феномена.

Тако је приликом одласка у Енглеску, где је држао предавања на позив Кингс колеџа, као мото свога излагања о својини навео речи које је Блекстон (Blackstone) оставио у својим коментарима.

„Нема ничег што толико подстиче машту и узбуђује страсти човечанства, као право својине: та јединствена и деспотска власт коју један човек захтева и врши на стварима у спољњем свету искључујући у потпуности права било ког другог појединца."

После удаљавања са Правног факултета, ова тежња човечанства још више је привлачила пажњу А. Гамса. Раније га је својина занимала ако не искључиво, онда првенствено као основ економске и друштвене структуре – сада је његово истраживање упућено на дубље слојеве човекове личности, и на његов однос према стварима у спољњем свету и према другим људима.

У делу монографског карактера, под речитим називом *Својина* (штампано 1987), професор Гамс је својим схватањима о својини као правној, друштвеној и економској институцији и о карак-

теру друштвене својине у нас, дао завршни облик. За ту књигу добио је *Нинову* награду за публицистику 1987. године. У њој је изнео схватање о несвојинском карактеру друштвене својине и изложио критици основне постулате система самоуправљања.

V

На крају, када се све сведе, иза професора Андрије Гамса остаје велико дело које ће, уверен сам, и у области грађанског права и у области друштвене теорије, дуго трајати.

Четврт века наставе на Правном факултету у Београду и исто толико развијања научних дисциплина увод у грађанско право и стварно право од њиховог постављања у нашој теорији – неодвојиви су од његовог имена и његове личности.

Његова схватања о својини и посебно теорији о друштвеној својини као подељеној својини, остају трајни део научног наслеђа.

Може ли се уопште Правни факултет за тих двадесет и пет година у научном и наставном погледу замислити без професора Андрије Гамса, када је он инкарнирао и симболизовао много од онога што је београдски Правни факултет дао у тој области?

Подсетимо да је професор Гамс добио само једно званично признање (Орден заслуга за народ са сребрном звездом, 1963) и да је највише на шта је могао рачунати било опоро поштовање идејних противника, који му нису могли оспорити ни посвећеност научном истраживању ни морални интегритет.

„Ни од кога ништа нисам добио и зато никоме ништа не дугујем" – могао је са гордошћу рећи, али је скупо плаћао своју независност.

Изрази поштовања ипак га нису мимоишли у потпуности. Пети сусрет југословенских правника, на Копаонику 1991. године, био је посвећен др Андрији Гамсу, професору Универзитета у Београду, без чијих се радова о својини не може замислити наука грађанског права у Југославији.

Удружење правника Србије, на скупштини одржаној 17. маја 1997, прогласило га је за свог почасног члана.

И то је све. Шкрта награда за велико дело.

Нека је слава и хвала професору Андрији Гамсу.

Миодраг Орлић

СЕНИМА АНДРИЈЕ ГАМСА

После мучног растанка јуна 1973, када је практично избачен са овог факултета, у петак 3. октобра 1997. проф. Андрија Гамс нас је заувек напустио. Мој је задатак да кажем коју реч о његовом трновитом путу и заиста ретком карактеру.

Рођен је на почетку овог века, 1911. године, у сиромашној јеврејској породици, као најмлађи од деветоро деце. Његови родитељи су заиста морали имати вредне руке да подигну и нахране толико гладних уста. Тако бројна породица није била у стању да збрине и добро уда све кћери, нити да високо образује све синове. Али је зато најмлађи Андрија, захваљујући и несебичној помоћи свог старијег брата, вредног и умешног трговца тканинама, постигао све што се у његовој родној Суботици могло стећи – положио је велику матуру и дипломирао на Правном факултету, и то са најбољим оценама. А потом је дошао у Београд да на нашем Правном факултету стекне и највише звање доктора правних наука. Иако је желео да се потпуно посвети науци, морао је да ради као адвокатски приправник, пошто новчана помоћ његовог старијег брата није више била довољна. Већ у својој двадесет и седмој години, 26. новембра 1938, пред комисијом коју су чинили Чедомир Митровић, Михаило Константиновић и Божидар С. Марковић, одбранио је докторску тезу под насловом „Одговорност за радње трећих лица у приватном праву". Све је, дакле, говорило да овако вредном и даровитом зналцу ништа није могло стајати на путу стварања блиставе универзитетске каријере.

Нажалост, ма колико веровали да смо сами ковачи своје среће, у чему има много истине, изгледа да неки други чиниоци предодређују наш животни пут. За старе Грке те силе биле су *ананке*, што преводимо већ заборављеном речју усуд, и *моира*, која означава судбину. Усуд је увек јачи од судбине. То је оно што је приликом рођења уписано и што се ни на који начин не може изменити. Гамсов усуд било је јеврејство које је неумитно одређивало однос према њему кад год је био на животном раскршћу, суочен са највећим искушењима. За разлику од усуда, судбина нема ту врсту неумитности и с њом се човек може борити, па и привремено одложити њено дејство, иако ту битку с властитом судбином, сем ако није истински херој, на крају губи. Гамсова судбина била је његов карактер – чврст као стена, непоколебљив, самоуверен, чворноват, а за оне савитљивије око њега и помало неугодан. Кажу да карактер на старогрчком значи зарез, дубоки зарез у камену, па се због тога и слова на енглеском означавају као карактери (characters), јер су првобитно урезивана у камене плоче. А оно што се у камен једном уреже, ни буре времена ни животне непогоде не могу више да измене, сем да мало поравнају и заобле оно што је већ урезано.

Чврст, непоколебљив, одважан и помало пркосан карактер штитио је проф. Гамса од моралних падова и посрнућа којим су подлегали његови савременици, али му је у исти мах ускраћивао не само брзи успех у животу и каријери, него понекад и оно што је с тешком муком заиста заслужио. Још током служења војног рока по окончању редовних студија имао је неприлика као наводни мађарски националиста, јер је у друштву мађарских регрута певушио мађарске песме. То му ипак није сметало да стекне чин резервног официра, који му је касније у доба рата као Јеврејину спасао живот. А када је дипломирао, с правом је очекивао професуру на Правном факултету у Суботици, основаном, поред осталог, и због изучавања мађарског прецедентног права, које се и даље примењивало на територији Барање, Бачке и Баната. Тога ради замолио је једног од наших најугледнијих старијих професора, тих година и министра у краљевој влади, да га препоручи за доцента у Суботици. Овај га је, с очигледном нелагодношћу, упитао: „А шта сте ви, колега Гамс, по националности?" Схвативши у магновењу на шта ово питање циља, Гамс је пркосно одговорио: „Ја сам Мађар!" На то је старији професор узвратио: „Штета, да сте оно што сам мислио да ви јесте, можда би се нешто и могло урадити."

Рат који је убрзо уследио суочио је њега и његову породицу с највећим животним искушењима. Како је пао у заробљеништво као официр Југословенске војске, упућен је у официрски заробљенички логор у Оснабрику, уместо да попут свог рођеног брата који је убијен 1944, сконча у неком од бројних концентрационих логора смрти за Јевреје. Живот му је, иначе, поштеђен захваљујући мање познатом спору између Gestapo-a и Wehrmachta-a. Док је Gestapo захтевао да се сви Јевреји, укључујући и заробљене официре поражених држава, одмах упуте у концентрационе логоре смрти, Wehrmacht је сматрао да, због могућих репресалија према властитим војницима у савезничким заробљеничким логорима, заробљени војници Јевреји морају задржати, док рат траје, статус заробљеника утврђен женевским конвенцијама.

Па ни такав статус ратног заробљеника није заштитио Андрију Гамса од злослутне море, нарочито када је преко звучника слушао Хитлеров крештав глас и његову погибељну претњу: „Јевреји се морају истребити!" Говорио ми је да га је и после рата понекад у сну мучио кошмарни призор рушења негдашњег ланчаног моста преко Саве на почетку Бранкове улице.

Већ у заробљеничком логору, док је то било опасно, почео је да испољава своја левичарска прокомунистичка опредељења, што га је, у доба расула после немачке капитулације, довело у велику опасност приликом жучне расправе са двојицом, као од

брега одваљених, официра лојалних ђенералу Дражи Михаиловићу. А по повратку у Југославију ставља се у службу новог поретка. Није одмах добио оно што му је као доктору наука припадало, него је као обичан правник био помоћник покрајинског правног тужиоца у Новом Саду. У том својству понекад му је западало и оно што су његове колеге тужиоци вешто избегавали – присуствовање извршењу смртне казне стрељањем, што у сећање урезује страшан, неизбрисив призор.

Тек 1948. изабран је за доцента Правног факултета у Београду. То га је можда и спасло већих неугодности, јер због преласка у Београд није морао да се изјашњава о Резолуцији Информационог бироа, пошто неко време није био, како се то онда говорило, партијски повезан. Био је, иначе, од оних људи који нису могли да се на први миг из Централног комитета бацају блатом на онога који је до јуче кован у звезде. Знајући да су постојаност у уверењима и логичка кохерентност у мишљењу биле за њега и питање части, његови супарници на факултету на сва уста су га оговарали како, као поборник државног социјализма и класичног појма својине, не може искрено да прихвати све тековине самоуправљања, а нарочито друштвену својину, која у исти мах и јесте и није својина.

Много горе од тога било је повремено шиканирање професора Гамса и ускраћивање онога што је другима нештедимице давано. Дуго је, на пример, становао у негдашњој цркви, што је њему самом, помало цинику, пружало прилику да на предавањима каже како и res communis може понекад да постане предмет субјективног, станарског права. Од свих својих исписника, последњи је добио одговарајући стан, па и то уз тешке муке, саплитања и неизвесности до самог уручења решења и кључева. Иако је докторирао још 1938, у звање редовног професора унапређен је скоро у исто време кад и његов млађи колега који је докторирао почетком педесетих година. Приликом избора декана дуго времена после рата поштовало се начело сениората, то јест временски редослед унапређења у највише звање, којег се ми и данас држимо приликом гласања за избор у наставно звање. Када је, пак, на проф. Гамса стигао ред да буде декан, одједном се ово начело сметнуло с ума, па је речено да убудуће за декана треба бирати човека од највећег поверења свих „структура“ на факултету.

Све је то проф. Гамс стоички подносио. И не само да је примао ударце, него је умео и да узвраћа, и то без оклевања, по цену ризика, а увек духовито и готово цинично, па су се његове досетке дуго памтиле и ко зна колико пута препричавале.

Искрено је волео посао који ради и студенте којима предаје, нарочито оне највредније и најбоље. Није му било тешко да своје студенте посећује и на радним акцијама, па је 1961. по ондашњим

макадамским путевима стигао чак у Прждево крај Вардара. На испитима је био строг и праведан. Када би понеко молљакао за прелазну оцену, објашњавао би да је то изван његове моћи, јер он на испиту врши само надлежност, никако субјективно право.

Међу колегама, међутим, није био омиљен због свог оштрог језика и учесталог указивања и на најмању злоупотребу. Нарочито није била радо примана његова склоност да се јуначи и надмеће у критици ондашњег режима, јер је тиме оне друге, наводно умереније и одмереније, суочавао с властитом савитљивошћу и кукавичлуком. Зато су вребали прилику да га ухвате у раскораку не би ли му задали одсудан ударац. На то није требало дуго чекати.

Године 1971. водила се жучна расправа о нацрту амандмана на Устав СФРЈ у којој је професор Гамс својом смелошћу опет предњачио, па је, поред осталих, и због његовог прилога забрањен број *Анала* у којем је та расправа објављена. А онда су тадашњи „либерали" у српском врху, Марко Никезић и Латинка Перовић, на изричит захтев Јосипа Броза, решили да утамниче нашег професора Михаила Ђурића. Одани Ђурићеви пријатељи то нису могли ћутке поднети, па су саставили петицију којом се захтевало Ђурићево помиловање. Када су Војислав Коштуница и Данило Баста посетили проф. Гамса, он је без речи потписао. Касније ми је рекао да је одмах наслутио да то Ђурићу неће много помоћи, а да ће потписницима грдно нашкодити; али да то није могао да каже тим младим људима да они, не дај Боже, не би помислили да се он боји.

Иако је, под притиском и уценом, ова петиција повучена пре него што је послата министру правосуђа, на факултету се одмах подигла хајка на непокорне главе које треба одстрелити. Прва је била Гамсова, наводно због тога што је међу потписницима петиције био најстарији, па тиме и најодговорнији. Најпре је у јунском испитном року 1973. један од наставника одбио да са Гамсом, као озлоглашеним непријатељем народа и државе, седи за истим столом приликом комисијског испита, а потом је декан одузео професору Гамсу већ уручене испитне спискове. Знајући шта га чека, а да би избегао дуге године самоће и понижења, решио је да његов потез буде први: одмах је поднео захтев за раскид радног односа, покупио своје ствари из кабинета, па чак и сам скинуо плочицу са својим именом. Захваљујући двоструком збрајању година проведених у заробљеништву, у шездесет и другој години постао је пензионер, мада су тада универзитетски професори одлазили у пензију тек у својој седамдесетој години.

Под великом незаслуженом неправдом слабије личности обично посрћу, па и неповратно пропадају. Професора Гамса је таква неправда још више очврснула и усправила, па је нама, који

смо га посматрали духовним оком, изгледао прав као стрела, иако је, споља гледано, увек био мало погрбљен. Баш зато су те године његове изопштености из наставе и јавног живота биле и његове најплодније године.

По одласку у пензију написао је и објавио чак пет књига, од којих је само једна – *О својини* – била посвећена предмету који је некада предавао. У њој је сабрао своја најдубља промишљања ове кључне правне установе, да би затим препустио млађим колегама да наставе тамо где је он у стварном праву стао. А потом се посветио историји политичких идеја, психоанализи и социјалној филозофији. Тако су настале две вредне књиге: *Фројд о друштву*, 1988, и *Нагон и норма, путеви и беспућа културе*, 1995.

Напослетку су га непомућена национална самосвест и морална одговорност подсетиле на дуг свом корену, роду и племену – роду Аврамовом и племену Израиљевом. Захваљујући томе, написао је књигу *Библија у светлу друштвених борби*, која је доживела више издања, да би 1993. био објављен њен делимично проширен извод под насловом *Библија и модерна друштвена мисао*. У тој књизи је показао да јеврејски монотеизам, секуларно гледано, садржи и једнакост пред законом и једнаку правну ограниченост свих, па и самог цара „...да се не би подигло срце његово изнад браће његове, и да не би одступило од ове заповијести ни на десно ни на лијево, да би дуго царовао он и синови његови у Израиљу" (*Пета књига Мојсијева*, XVII, 20).

Године 1933, баш када је Хитлер дошао на власт, Михаило Константиновић је, приликом расправе међу суботичким студентима права, споменуо познату изреку: „Срамота је порећи своје порекло, али је такође срамота окривити другог због његовог порекла." Професор Гамс је добро знао ко је и шта је и од кога потиче. Тиме се чак и поносио, јер је био свестан своје припадности том нераскидивом ланцу који, по јеврејском предању, још од искона повезује мртве, живе и још нерођене. Зато је своје последње велико дело *У трагању за Богом* посветио трагичном историјском путу свог народа – јеврејског народа.

Његово порекло и самосвест нису га, међутим, спречавали да не само цени него и воли друге народе. Због језика који је од мајке научио и културе која је на том језику била оваплоћена, духовно су му најближи били Мађари, и то никада није крио, чак ни кад је то могло да му штети. Али су му срцу најближи били Срби. Нас Србе истински је волео и увек бранио, понекад чак и жешће него што смо сами то чинили. Зато му је једном приликом у атељеу покојног Миће Поповића, у којем се редовно састајао некада чувени Одбор за одбрану слободе мисли и изражавања, Младен Србиновић у шали рекао: „Драги професоре, говорите као да се ви презивате Србиновић а ја Гамс."

Такав је ето био наш незаборавни професор Андрија Гамс. Мада је његов живот и живот његове браће и сестара био и мукотрпан и тежак, препун великих недаћа и страшних искушења, то никада није могло да поремети његов унутрашњи мир и спољашњу ведрину. На крају се показало да је Бог према њему био праведан. Подарио му је дуг живот, знатно дужи од века оних који су у његов живот уносили несрећу и немир. А како је проф. Гамс заиста умро као истински праведник, ваља се надати да ће и према њему потоњи нараштаји бити праведни, те да ће у историји нашег факултета и правне науке заиста добити место које заслужује.

Коста Чавошки

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year XLV, No. 4–6, July–December 1997, pp. 321–640

UDC 34/35 YU-ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTCLES

Stevan Vračar, Kant's View on the Connection of Law with the State – – – – – – – – – – – – – – – – – – 325–353

Stevan Đorđević, The Relationship Between National and International Law – – – – – – – – – – – – – – – – 354–395

Jakov Radišić, Contract on the Construction and Installation of Dental Prosthetic Appliances – – – – – – – 396–415

CONTRIBUTIONS

Slobodan Perović, Lazar Markovic's Law of Obligations as a Part of His System of Private Law – – – – – – – – – 416–429

Simon Simonović, A Biography and a Bibliography on Lazar Markovic – – – – – – – – – – – – – – – – – – 430–434

Momir Milojević, Sanctions in International Law – – – – – – – – 435–440

Vojin Dimitrijević, The Relationship Between Human Rights and Peace (Summary in Serbian) – – – – – 441–444

CASES

Civil Law – Milan Subić – – – – – – – – – – – – – – – – – – 445–521

BOOK REVIEWS

Karl Larenz: *Lehrbuch des Schuldrechts,* Band I: *Allgemeiner Teil* 14. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, XX + 668. (Jakov Radišić) – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 522–532

Dieter Medicus: *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil* 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1996, XV + 411. (Jakov Radišić) – – – – – – – 532–541

Dieter Medicus: *Schuldrecht II: Besonderer Teil* 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1995, XV + 461 (Jakov Radišić) – – – – – – – – – – – – – – 541–548

Alan Watson: *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law,* The University of Georgia Press, Athens and London, 1993. (Oliver Antić) – – – – – 548–564

The Foundations of Modern Democracy. A Collection of Declarations and Covenants on Human Rights (edited by Dušan Mrđenović) Publisher "Narodna knjiga" Belgrade, pp 238. – – – – – – – – – – – – – – – 564–574

Collection of Works from the Panel on the Bicentennial of Kant's Metaphysik der Sitten (Radmila Vasić) – – – – – 574–579

Giovanni Santini: *Dal Ilirico romano alla Jugoslavia moderna. Le strutture territoriali della Penisola Balcanica attraverso i secoli* Giuffrè, Milano 1997, pp 125 (Žika Bujuklić) – – – – – – – – – – – – – – 580–585

Dragovan Šepić, Government of Ivan Šubašić, Publisher, "Globus", Zagreb, pp 422 (Miroslav Milojević) – – – – – 586–590

Vladimir Ćorović, The Black Book, The Suffering of Serbs in Bosnia and Herzegovina During the First World War, Publisher "Dosije", Belgrade, 1989 pp 228. (Miroslav Milojević) – – – – – – 591–596

Marina Janjić Komar, Mirjana Obretković, Child Rights – Human Rights, Publisher "Dosije" and Udruženje Pravnika Srbije za socijalno pravo, Belgrade, 1996, pp. 191 (Nevenka Vučković Šahović) – – – – – – – – – 597–598

The Constitutional Prerequisites for Democracy in Serbia (Collected Papers), Publisher Beogradski centar za ljudska prava, Belgrade, 1996. pp. 38 (Zorica Mršević) – – – – – – – – – – – – – – – – – – 599–603

Roberto Papini, Antonio Pavan, Stefano Zamagni (Editors), Life in Global Society, Publisher Ashgate Aldershot, 1997. (Milica Delević Đilas) – – – – – – – – – – – – – 603–607

Budimir Babović, Interpol and Yugoslavia – Cooperation, Exclusion and War Crimes, Publisher, MST Gajić, Belgrade 1994. (Željko Nikač) – – – – – – – – – – – – 608–611

Documents from the History of Yugoslavia, State Commission for Crimes Committed by the Nazi Army of Occupation and Collaborators During the Second World War, (Edited by Miodrag Zečević and Jovan T. Popović) Publisher Arhiv Jugoslavije, ZAD, Belgrade 1996. (Predrag Aleksić) – – – – – – – – – – – – – – – – – – 612–614

FACULTY CHRONICLE

(Miljko Valjarević)

Election of Professors and Assistants of the Faculty of Law, June-December 1997 – – – – – – – – – – – – – 615

Doctors' Degrees Conferred, June-December 1997 – – – – – – – 615

Masters' Degrees Conferred, June-December 1997 – – – – – – – 616

Prizes and Diplomas Conferred to Students – – – – – – – – – – 617–619

IN MEMORIAM – Professor Andrija Gams

Radomir Đurović – 620–621
Miodrag Orlić – 622–628
Kosta Čavoški – 629–634

Annales de la Faculté de Droit de Belgrade

Année XLV, numéro. 4–6, juillet-décembre 1997, pp. 321–640
UDC 34/35 YU-ISSN 0003–2565

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES

Stevan Vračar, La conception Kantienne sur le lien entre le Droit et l'État – 325–353

Stevan Djordjević, Les rapports entre le Droit international et le Droit interne – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 354–395

Jakov Radišić, Contrat de fabrication et de pose d'une prothèse dentaire – 396–415

VARIÉTÉS

Slobodan Perović, Droit des obligations de Lazar Marković, comme partie intégrante de son système de Droit civil – – – – – – – – – – – – – 416–429

Simon Simonović, La biographie et la bibliographie de Lazar Marković – – – – – – – – – – – – – – – – – – 430–434

Momir Milojević, Les sanctions en Droit international – 435–440

Vojin Dimitrijević, Le rapport entre les droits de l'homme et la paix (résumé en serbe) – – – – – – – – 441–444

JURISPRUDENCE

Droit civil – Milan Subić – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 445–521

REVUE DES OUVRAGES

Karl Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil 14. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, XX + 668 p. (Jakov Radišić) – – – – – – – – – – – – – – – – – 522–532

Dieter Medicus: Schuldrecht I: Allgemeiner Teil 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1996, XV + 411 p. (Jakov Radišić) – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 532–541

Dieter Medicus: Schuldrecht II: Besonderer Teil 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1995, XV + 461 p. (Jakov Radišić) – – – – – – – – – – 541–548

Alan Watson: Legal Transplants. An Approach to Comparative Law The University of Georgia Press, Athens and London, 1993 (Oliver Antić) – 548–564

Les fondements de la démocratie nouvelle. Les déclarations et les pactes sur les droits de l'homme (Dušan Mrđenović) éditions "Nova knjiga", Belgrade, 238 p. (Momir Milojević) – – – – – – – – – – 564–574

Recueil des travaux du Colloque consacré au bicentennaire de la publication de la *Metaphysik der Sitten* d'Immanuel Kant (Radmila Vasić) – – – – – – – – – – – – – – – – – – 574–579

Giovanni Santini, *Dal'Ilirico romano alla Jugoslavia moderna. Le strutture territoriali della Penisola Balcanica attraverso i secoli*, Giuffrè, Milano, 1997. 125 p. (Žika Bujuklić) – – – – – – – – – – – – – – – – 580–585

Dragovan Šepić, *Le gouvernement d'Ivan Šubašić*, éditions "Globus", Zagreb 1983, 422 p. (Miroslav Milojević) – – – – – – – – – – – – – – – – – – 586–590

Vladimir Ćorović, *Le Livre Noir. Les souffrances des Serbes de Bosnie et Herzégovine pendant la guerre 1914–1918*, éditions "Dosije", Belgrade, 1989 (Miroslav Milojević) – – – – – – – – – – 591–596

Marina Janjić Komar, Mirjana Obretković, *Droits de l'enfant – Droits de l'homme*, éditions "Dosije" et Udruženje Pravnika Srbije za socijalno pravo, Belgrade, 1996, 191 p. (Nevenka Vučković Šahović) – – – – – – – – – – – – – 597–598

Les conditions constitutionnelles pour une Serbie démocratique, "Beogradski centar za ljudska prava", Beograd 1997, 38 p. (Zorica Mršević) 599–603

Roberto Papini, Antonio Pavan, Stefano Zamagni (rédacteurs) *Life in Global Society*, Ashgate Aldershot 1997, (Milica Delević Djilas) – – – – – 603–607

Budimir Babović, *Interpol et la Yougoslavie – Coopération, exclusion et crimes de guerre*, éditions MST Gajić, Belgrade, 1994, (Željko Nikač) – – – – – – – – – – – – 608–611

Documents sur l'histoire de la Yougoslavie. Commission d'État pour les crimes commis par l'occupant nazi et ses collaborateurs pendant la Seconde guerre mondiale (sous la direction de Miodrag Zečević et Jovan T. Popović), éditions Arhiv Jugoslavije ZAD, Belgrade 1996, (Predrag Aleksić) – – – – – – – – – – – 612–614

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

(Miljko Valjarević)

Élections des professeurs et assistants du 1er juillet au 31 décembre 1997. – – – – – – – – – – 615

Thèses de doctorat soutenues du 1er juillet
au 31 décembre 1997. – – – – – – – – – – – – – – – – – 615
Thèses de troisième cycle soutenues du 1er juillet
au 31 décembre 1997. – – – – – – – – – – – – – – – – – 616
Distribution des prix et remise des diplômes aux étudiants – – – – 617–619

NECROLOGIE – Professeur Andrija Gams

Radomir Djurović – 620–621
Miodrag Orlić – 622–628
Kosta Čavoški – 629–634

Уредништво *Анала*

моли сараднике да рукописе достављају придржавајући се следећих правила:

1. Своје радове (чланке, прилоге, дискусије, приказе, судску праксу итд.) куцати на пуном папиру (не на пелиру), 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 апстракт (скраћени резиме) од 10 до 20 редова, резиме око 25 редова, и кључне речи са највише пет израза, без веза. Апстракт и резиме куцати на исти начин као што је предвиђено под тачком 1.

3. Уз сваки потписан рад доставити потпуне податке о звању, тачну адресу, број жиро-рачуна, телефон на радном месту и у стану.

4. Прикази књига не би требало да буду дужи од 10 куцаних страна.

5. Ако је рукопис куцан писаћом машином, 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).

6. Навођење литературе треба да садржи прецизне податке, и то следећим редом: аутор (прво име, па онда презиме), назив дела, издавач, место и година издања, број цитиране стране или тачке пасуса. ПРИМЕР: Андрија Гамс, *Основи стварног права*, VI издање, Научна књига, Београд 1971, стр. 112; Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil, II Les biens*, Sirey, Paris 1965, стр. 39.

7. За радове објављене у часописима, као и за прописе објављене у службеним гласилима, навести, после аутора и наслова рада, следеће податке: назив часописа (службеног гласила), број и година излажења часописа (службеног гласила), број цитиране стране. ПРИМЕР: Михаило Константиновић, „Основ одговорности за проузроковану штету", *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3/1952, стр. 296; чл. 32 Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978.

8. За радове објављене у зборницима, енциклопедијама и сл. важи исто (навести име и презиме редактора уколико је означено). ПРИМЕР: Pierre Tercier, „Cent ans de responsabilité civile en droit suisse", in *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht*, Universitätsverlag, Freiburg 1982, стр. 203; Владимир Капор, „Купопродаја", N° 37, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, том први, Београд 1978, стр. 805.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, суд, датум када је донесена, публикација 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; Решење Врховног суда Југославије, Рев. 2155/64, од 24. септембра 1964, *Збирка судских одлука*, књ. X, св. 3, одл. бр. 319.

10. 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.*

11. Пошто се *Анали* штампају ћирилицом, црвеном оловком подвући речи или реченице које треба да буду штампане латиницом, што се односи и на фусноте.

12. Уколико аутор инсистира да кроз цео његов текст страна имена увек буду писана у оригиналу, тј. употребом изворне латиничке графије (за шта нема ваљаног оправдања – довољно је да тако буде написано у загради када се име први пут појави), мора водити рачуна да ћирилични слог читавог текста захтева нарочито писање наших падежних наставака: номинатив страног имена латиницом + цртица + наставак ћирилицом (Kelsen-ови, Wolf-у, Stark-ом, итд.).

13. Речи и реченице које треба да буду штампане курзивом подвући црном или плавом оловком. Сви наслови цитираних књига, часописа, зборника, листова, треба да буду *курзивни*, а наслови чланака, одељака, посебних радова који су саставни део неке објављене целине, стављају се само под знаке навода.

14. Речи и реченице које треба да буду штампане латиницом и курзивом истовремено подвући и црвеном и црном (плавом) оловком.

15. Места која се желе истаћнути 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.

16. Поднаслове највишег реда обележити римским цифрама и куцати великим словима. Уже поднаслове обележити арапским редним бројевима и куцати малим словима, а још уже означити словима азбуке и такође куцати малим словима.

17. Моле се сарадници да после прекуцавања рукопис пажљиво прочитају и отклоне евентуалне дактилографске грешке, и посебно да провере тачност изворно написаних речи преузетих из страних језика.

Претплата за *Анале* у 1997. години, за целу годину износи:

1. За правна лица – – – – – – – – – – – – – –	дин.	900,00
2. За физичка лица – – – – – – – – – – – – –	дин.	400,00
3. За студенте (редовне и ванредне) – – – –	дин.	150,00
4. Претплата за иностранство – – – – – – – (плативо у динарима по курсу на дан уплате)	US$	50,00

Поједини примерци часописа за 1997. годину могу се набавити на Правном факултету. Цена једног примерка (троброј) износи 400,00 динара, односно 30,00 US$ за иностранство. За студенте – 140,00 дин.

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду
број: 40803-603-4-4356

Уредништво и администрација
Анала Правног факултета у Београду
Београд, Булевар Револуције 67, тел. 3241–501