АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

Година XLVI | БЕОГРАД 1998. | Број 1–3

UDC 34/35 | (јануар–јун) | 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: Мирјана Јосић
Коректор: Биљана Цукавац
Преводи у овом броју: Нада Варничић-Donjon 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 XLVI, бр. 1–3, јануар–јун 1998, стр. 1–320
UDC 34/35 YU-ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Јаков Радишић, Разграничење имовинске и неимовинске штете – – – – – – – – – – – – – – – – 5–24

Стеван Ђорђевић, Међународно право – дефиниција и назив – – – – – – – – – – – – – – – – – 25–38

Марина Јањић Комар, Сексуална и репродуктивна права младих – пристанак детета – – – – – – – – – 39–53

Слободан Панов, О заједничкој својини у браку – – – – – 54–72

ПРИЛОЗИ

Драган М. Митровић, Легитимност, законитост, изборност – Власт између силе и исправности – – – 73–87

Војин Димитријевић, Људско право на живот и физички интегритет – – – – – – – – – – – – – – – 88–102

Ђурица Крстић, Институт траста (Trust) у англо-америчком праву – – – – – – – – – – – – – – 103–109

Ђорђе Николић, Уговор у корист трећег у Римском праву – – – – – – – – – – – – – – – – – – 110–126

Коста Чавошки, Нарушавање унутрашње суверености некад и сад – 127–131

Славољуб Б. Поповић, Еколошки правни проблеми и етика – – – – – – – – – – – – – – – – – – 132–138

ПРАВНА КУЛТУРА И ЈЕЗИК

Валтазар Богишић, Стручно називље у законима – – – – – 139–150

СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Грађанско право – Милан Субић – – – – – – – – – – – – – 151–235

ПРИКАЗИ

Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* (2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York 1996, XXXIII + 598) (Јаков Радишић) – – – – – – – – – – – – – – – – – 236–243

Esser/Weyers, *Schuldrecht,* Band II, *Besonderer Teil* (7. völlig neubearbeitete Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991, XXX + 707) (Јаков Радишић) – – – – – – – – – – – – – – – – – 244–253

Hein Kötz, *Deliktsrecht*, (Siebente, überarbeitete Auflage, Lucterhand Verlag, Berlin, 1996, str. XVI + 292) (Јаков Радишић) – – – – – – – – – – – – – – – – – 254–263

Михаило Илић, *Администратативно право и други радови* (Јавно предузеће „Службени лист СРЈ", Београд 1998) (Зоран Јелић) – – – – – 264–267

Драган Милков, *Управно право,* I–III, (Универзитет у Новом Саду – Правни факултет и Центар за издавачку делатност, Нови Сад 1997–1998) (Зоран Јелић) – – – – – – – – – – – – 268–274

ПОВОДИ

Стеван К. Врачар, *Социјална садржина функције државно-правног поретка* (Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1996, друго издање) Драган М. Митровић, Коста Чавошки, Данило Баста, Радмила Васић, Јасминка Хасанбеговић, Миодраг А. Јовановић, Стеван К. Врачар – – – – – 275–300

IN MEMORIAM

Александар Стојановић (1931–1998) – – – – – – – – – – – 301–303
Вера Бачић (1925–1998) – – – – – – – – – – – – – – – – – 304–306

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

(Милько Ваљаревић)

Избори наставника и сарадника Правног факултета у Београду од 1. јануара до 30. јуна 1998. године – – – 307

Одбрањене докторске дисертације од 1. јануара до 30. јуна 1998. године – – – – – – – – – – – – – – – 307–308

Одбрањене магистарске тезе од 1. јануара до 30. јуна 1998. године – – – – – – – – – – – – – – – 308–309

ПРЕГЛЕД ПРЕТПЛАТНИКА

Преглед претплатника (1997) – – – – – – – – – – – – – – – 310–314

UDC 347.426
(Изворни научни рад)

Јаков Радишић*

РАЗГРАНИЧЕЊЕ ИМОВИНСКЕ И НЕИМОВИНСКЕ ШТЕТЕ

Писац најпре говори о појму штете уопште, о разлици између штете у лаичком и штете у правном смислу. Потом следи излагање о подели штете на имовинску и неимовинску, са посебним освртом на значај ове поделе, на релативност и критеријум поделе, и на разлику између субјективне имовинске и афекционе вредности. Последњи део рада посвећен је неким посебним видовима штете, чија је природа у теорији и пракси спорна.

Кључне речи: *Појам штете. – Имовинска и неимовинска штета. – Накнада штете.*

А. О појму штете уопште

I. Штета у лаичком смислу

У обичном, свакидашњем говору реч „штета" има веома широко значење. Та реч подразумева губитак уопште, губитак у вредности, стање нечега што је постало горе него што је било, затим квар нанесен неком апарату, механизму и сл. Сем тога, штета означава нешто што је неповољно, рђаво, зло; сажаљење, жалост, тугу за неким или нечим[1]. Најпосле, штетом се назива свако изгубљено или пропуштено задовољство. Каже се, на пример, да је штета што је сунце прекрио облак па је постало хладно, или што нисмо видели неку позоришну представу, прочитали неку књигу или отишли на излет. Међутим, најопипљивији смисао има стварни или природни појам штете, који значи губитак или погоршање неког животног добра човековог.

---

* Др Јаков Радишић, редовни професор Универзитета.

1 Видети *Речник српскохрватског књижевног језика*, књига шеста (Нови Сад, 1976), стр. 1007.

Појам штете јесте појам релације. Штета, наиме, постаје видљива тек ако се сравни садашње стање прикраћеног добра са његовим ранијим стањем, при чему се може узети у обзир и будући развитак који је већ известан. О штети може бити речи само уколико постоји негативна разлика тих стања. За штету у лаичком смислу није битно ни како је до ње дошло, ни ко ће, у крајњој линији, њу поднети: оштећени или неко други.[2]

II. Штета у правном или нормативном смислу

1. Лаички или природни појам штете није употребљив у праву јер је сувише широк. Стога се правници служе *правним* или *нормативним* појмом штете, који има уже значење и обухвата само оне губитке који су достојни правне заштите.[3] Он се надовезује на лаички или природни појам штете, али не обухвата сваку врсту шкођења коју човек доживљава, тј. сваку фактичку или истинску штету. За њега је значајно и како је до штете дошло и ко ће је напослетку сносити. Правни појам штете означава *ушрб неког правно заштићеног добра или интереса, што настаје мимо воље погођеног лица и који је неко трећи дужан да надокнади.* Ако оштећени није овлашћен да надокнаду за претрпљени губитак захтева од неког трећег, него губитак мора да сноси сам, тада није реч о штети у правном смислу или правно релевантној штети. Такав је, на пример, случај кад неког задеси штета услед поплаве, суше или града. Али, ако се оштећено лице осигурало за случај тих непогода, оно стиче право да захтева надокнаду по основу уговора о осигурању, па стога његов губитак представља штету у правном смислу.

2. Штета је губитак који оштећени *трпи*, пошто настаје мимо његове воље, услед поступка неког другог или услед природног догађаја. Ако је губитак настао вољом оштећеног, тада се не ради о штети него о *отуђењу* или *утрошку* имовине. Иста је ситуација кад неко добровољно повећава своју пасиву (на пример, преузимањем туђег дуга).[4] Отуђење или трошење имовинских вредности може имати карактер правно релевантне штете само у овим случајевима: 1) кад су потребе које се отуђењем или трошењем желе подмирити настале противно вољи лица о чијим је потребама реч (на пример: трошкови лечења од телесне повреде коју је други нанео, и трошкови одбране од опасности штете коју је други изазвао); 2) кад неко отуђи или утроши одређену имовинску вред-

2 Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I Band: *Allgemeiner Teil*, 13. Auflage (München, 1982), стр. 396.

3 *Исто*, стр. 396-397.

4 Karl Oftinger, *Schweizerisches Haftplichtrecht*, I Band: *Allgemeiner Teil*, 4. Auflage (Zürich, 1975), стр. 54.

ност под утицајем противправног деловања на његову вољу (на пример: због силе или претње); 3) кад је осујећен циљ ради којег је имовина отуђена (на пример: неко купи улазницу за концерт па услед телесне повреде за коју је одговоран неко други буде спречен да оде на концерт).[5]

3. Поред шкођења одређеним вредностима, појам штете обузима и оптерећење правном обавезом, настало због поступка неког трећег (тзв. *пасивна штета*). Настанак обавезе значи да је „оштећени", мимо своје воље постао дужник и да зато мора начинити одређени трошак да би исплатио дуг. Тиме је његовој имовини запретила опасност да буде умањена, отворен је пут за *активну штету*. Али се поставило питање може ли се оптерећење обавезом сматрати штетом и у случају кад је дужник платежно неспособан, тако да у догледно време не може бити принуђен на исплату дуга. Немачки судови, на пример, на ово питање раније су одговарали негативно, сматрајући да за дужника који инсолвентан обавеза не значи, практично, никакав терет. Данас, међутим, они имају супротно становиште и држе да према мерилима поштеног саобраћаја и лице без имовине има оправдан интерес да не повећава своју пасиву.[6] Пасивна штета постоји, на пример, у случају кад жена, услед кривице лекара, роди нежељено дете. Тада за родитеље детета настаје штета у виду обавезе издржавања детета. У неким земљама западне Европе и у САД, судови признају родитељима право на накнаду те штете.[7] Али, у пасивну штету можемо убројити и оне облике штете за које одговара неко други мимо починиоца, уз право на регрес према починиоцу.

4. Иако је правни појам штете од велике важности, већина грађанских законика њега само употребљава али га не дефинише. Аустријски Општи грађански законик био је дуго времена једини у Европи који је имао дефиницију појма штете. У његовом § 1293 стоји: „Штета је сваки губитак који је некоме причињен на имовини, правима или на његовој личности. Од тога се разликује измакла добит коју је неко, према редовном току ствари, могао очекивати." Наш Закон о облигационим односима, у члану 155, дефинише, такође, појам штете али на другачији начин: „Штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другоме физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета)." Пада у очи чињеница да је овај „нормативни" појам штете непотпун. Законодавац

5 Пример наведен према von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, Lieferung 1 (Zürich, 1974), стр. 84.

6 Staudinger/Medicus, *Kommentar zum BGB*, zweites Buch, 12. Auflage (Berlin, 1980), коментар уз § 249, маргинални број 11д.

7 О томе видети Hans Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht* (Heidelberg, 1993), стр. 280-286.

је штету дефинисао као чисто емпиријски појам, који обухвата само оно што је у пракси прихваћено и потврђено. У томе не треба видети никакав недостатак, јер се од законодавца не може ни очекивати да се при дефинисању појма штете служи већом мером апстракције. Одређивањем појма штете у самом закону не решава се питање докле сеже круг правно заштићених добара човекових. Просто зато што је немогуће да се унапред и до детаља наброје сви губици на тим добрима који се сматрају штетом и који заслужују да буду надокнађени. То треба да решавају судови у сваком конкретном случају. Појам штете, као и сви други правни појмови, извучен је из емпирије и мора се стално прилагођавати пракси.

5. Правна теорија није успела да изгради јединствен појам штете за све случајеве одговорности. Јер штета није нека апстрактна појава, односно чињеница која се даде појмити сама по себи; она је *функционални појам*, који се може разумети једино у контексту његове свакидашње примене.[8] Стога већи практични значај има раздељивање штете на поједине врсте неголи одређивање њеног општег појма. Међутим, теорија се мора бавити и једним и другим. Довољно одређен и дефинисан појам штете може, без сумње, бити користан, уколико представља кратку формулацију достигнутог резултата у истраживању појединих врста штете. Но, ти резултати нису, нажалост, још довољно чврсти и неспорни, па зато ваља бити опрезан при њиховом коришћењу. То ће показати и подела штете на имовинску и неимовинску, чије излагање следи.

Б. Подела штете на имовинску и неимовинску

I. Значај поделе

Деоба штете на имовинску (материјалну) и неимовинску[9] (нематеријалну) има велик практични значај. Кратко речено, неимовинска штета има знатно неповољнији третман у праву него имовинска. То долази отуда што је она са становишта принципа компензације ненадокнадива. Јер компензација претпоставља губитак који се може проценити независно од индивидуалне реакције

8 Esser/Schmidt, *Schuldrecht*, Band I: *Allgemeiner Teil*, 2. Teilband (Karlsruhe, 1976), стр. 129.

9 Швајцарски правници не прихватају ову поделу, јер сматрају да штета у правном смислу представља искључиво *умањење имовине*, користећи при том појам имовине у ширем смислу, тј. као економски значајна и мерљива добра која неком припадају. Ако је повређено право личности које не спада у имовину и ако та повреда није повезана са оштећењем економске природе, тада није реч о штети него о *нематеријалној неугодности* (Unbill), која се не може поправити накнадом, него задовољењем (Oftinger/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Zürich, 1995, стр. 71-72).

оштећеног (дакле, објективно) и давање неког еквивалента.[10] Ниједан облик неимовинске штете није, међутим, за то подесан, а само неки практично незнатни облици даду се поправити путем реституције.[11]

Но, и поред тога, могућност новчане надокнаде неимовинске штете призната је као израз заштите човековог права личности. Само што та могућност није неограничена, него зависи од посебних услова. Мали је број правних поредака који генерално изједначују услове одговорности због имовинских и неимовинских штета. Такав је, на пример, случај са француским правом.[12] Већина правних поредака новчану накнаду неимовинске штете дозвољава једино у случајевима који су законом изричито одређени (*принцип енумерације*). Тако чини и наш Закон о облигационим односима.[13] На тај начин дошло се до знатне разлике и на нормативном плану и у судској пракси појединих земаља. Сем тога, извесни правни системи накнаду неимовинске штете условљавају кривицом штетника и његовом деликтном одговорношћу (на пример: немачко право). Други опет траже да неимовинска штета буде знатна (члан 200, ст. 1 ЗОО), сужавају круг поверилаца надокнаде (члан 201 ЗОО) и ограничавају могућност наслеђивања и уступања права на накнаду (члан 204 ЗОО), тј. сматрају га строго личним правом.

II. Релативност поделе

1. Свака штета може се објаснити као уштрб једног од два добра човекова: имовинског и неимовинског. У центру пажње правног поретка не стоји, ипак, имовинско добро као такво, него човек коме оно служи. Другим речима, ни ствар није правно заштићена због њене властите физичке егзистенције, него због тога што припада неком правном субјекту, што је он користи.[14] И штета на имовини односи се, дакле, на носиоца имовине. Штетно деловање на ствар не погађа њу саму, него лице у чију имовину она спада. Ако ствар није ничија, њено уништење или оштећење не представља штету са становишта права, јер правну заштиту не ужива имовина већ субјект имовине.

2. Ова околност казује да подела штете на имовинску и неимовинску има условну (релативну) вредност. У појмовном смислу, те две врсте штете представљају, додуше, категорије које се

10 Stoll, *наведено дело*, стр. 287.

11 На пример: опозивање јавне увреде, повраћај или уништење неовлашћено сачињених фотокопија приватних писама или снимљених магнетофонских трака, козметичка операција ради отклањања насталих телесних ожиљака, и сл. Видети и члан 199 ЗОО.

12 Stoll, *исто*, стр. 286-287.

13 Видети његове чланове 200 и 202.

14 Hans-Joachim Mertens, *Der Begriff des Vermögensschaden in Bürgerlichen Recht* (Stuttgart, 1967), стр. 128 и даље.

међусобно искључују, али сврставање неке штете у једну од тих категорија не искључује могућност да се она уврсти и у другу. Имовинска штета јесте веома често и неимовинска. На пример: власник оштећеног аутомобила, поред материјалне штете на аутомобилу, трпи и личну, нематеријалну штету јер мора да се брине за оправку аутомобила, да се љути и узбуђује због штетног догађаја и изгубљеног времена. А колико тек узбуђење власника изазива уништење ствари која за њега представља драгу успомену на некога! Кад се те чињенице имају у виду, тада се неизбежно намеће закључак да готово сваку имовинску штету прати и неимовинска.[15] С друге стране, непосредни напад на лична добра може имати за последицу посредну имовинску штету. На пример: повреда тела или оштећење здравља изазива трошкове лечења и губитак зараде. Имовинску штету може проузроковати и повреда части. Стога, да би се одредила врста штете у конкретном случају, није довољно обратити пажњу једино на непосредно нападнуто правно добро, него ваља водити рачуна и о карактеру претрпљеног губитка.[16]

3. Релативност поделе штете на имовинску и неимовинску очитовала се и у пракси наших судова. Тако је Врховни суд Југославије, у својој одлуци Гз-37/56, од 18. V 1956, заузео став да физички бол узрокован повредом тела и здравља не треба третирати као нематеријалну, већ као *материјалну штету*.[17] То становиште овај суд ће убрзо променити у одлуци Гз-117/56, од 22. XII 1956, у којој каже да физички бол представља *повреду личности*, тј. нематеријалну штету.[18] Исти суд мењао је свој став и о карактеру штете у виду унакажености, сматрајући је, најпре, материјалном па потом нематеријалном штетом.[19] Најпосле, Врховни суд Југославије је у једном случају имао мишљење да страна уговорница која од друге стране није на време добила стан трпи нематеријалну штету, у облику смањеног комодитета, док у другој одлуци сматра то имовинском штетом.[20]

4. Из наведених примера даде се закључити да недостаје поуздано мерило за деобу штете на имовинску и неимовинску, али о томе ће бити речи мало доцније. Овде ваља указати на околност

15 Giuseppe Tamburrino, „Der Begriff des Vermögensschadens im italienischen Recht", у: *Der Begriff des Vermögensschadens im deutschen und italienischen Recht – Internationale Aspekte des Arbeitsrechts in den deutsch-italienischen Rechtsbeziehungen* (Karlsruhe, 1973), стр. 18.

16 Hermann Lange, *Schadensersatz* (Tübingen, 1979), стр. 35.

17 Видети *Збирку судских одлука*, књ. 1, свеска 2, број одлуке 378.

18 *Збирка судских одлука*, књ. 1, свеска 3, број одлуке 697.

19 Упоредити његове одлуке Рев. 608/58, од 4. X 1958, и Рев. 248/68, наведене у раду Богомира Костањевца „О неимовинској штети", *Наша законитост*, бр. 4/1971, стр. 262.

20 Рев. 346/62, од 1. III 1963. (Архива Савезног суда); Рев. 880/58, од 17. II 1959, *Збирка судских одлука*, књ. 4, свеска 1, одлука бр. 49.

да су називи „нематеријална штета" и „морална штета", који се у наведеним одлукама користе као синоними за неимовинску штету, у суштини погрешни. Јер лични интерес чија повреда заснива неимовинску штету, веома је отелотворен, и у томе смислу нематеријалан, тј. односи се на стварни и смислено опажајни свет, за разлику од човековог унутрашњег света, у облику интелекта и осећања. Предметна и стварна неимовинска штета није само телесна повреда, него и погоршање телесног здравља. Сем тога, није тачно да неимовинска штета погађа људе увек само у идеалном и моралном смислу; настали губитак задире често и у економско подручје, па је и у том смислу материјално релевантан.[21]

III. Критеријум поделе

1. Под појмом неимовинске штете подводе се обично сви они губици и погоршања која се не могу убројити у имовинске штете у смислу принципа компензације. Стога је њихово одређивање негативно. Ради се, наиме, о губицима који се не одражавају на *супстанцу имовине* и који се не могу отклонити новчаним чинидбама. Док се имовинска штета тиче, отприлике, онога што неко има, неимовинска се тиче претежно његовог личног интегритета, тј. онога што он јесте.[22] Неимовинска штета своди се на психичко узнемирење, у виду физичког или душевног бола, страха, неугодних осећања и сл. Имовинска, пак, штета може настати у виду одузимања, уништења или погоршања неког имовинског добра, на пример, неке ствари или неког имовинског права, или у облику опште имовинске штете, тј. умањења имовине у целости или спречавања пораста имовине који се могао основано очекивати.[23]

2. Кључ за разликовање ових двеју штета ваља тражити у самом појму имовинског и неимовинског добра. Под имовинским добрима подразумевају се она добра човекова чија је вредност мерљива у новцу, која се за новац могу отуђити и прибавити. Пошто имовинско добро може, на уобичајен начин, бити од користи у рукама свакога, оно изазива жељу за поседовањем и код оних лица која га немају. Та су лица спремна да га прибаве разменом за друга добра. Имовинско добро јесте, дакле, добро од *општег* интереса. У тржишној привреди та општа заинтересованост води ка куповини имовинског добра за новац. Ниједно имовинско добро (per definitionem) не може бити без новчане вредности. Зато се и каже да су имовинска сва добра која су мерљива новцем, а мерљива

21 Stoll, *наведено дело*, стр. 342.

22 Rudolf Hammann, *Methoden und Problematik der Schadensberechnung* (München, 1972), стр. 13.

23 Larenz, *наведено дело*, стр. 398.

су зато што су имовинска. Узрок њихове новчане вредности лежи у општој (интерсубјективној) подобности за задовољење одређених потреба.[24]

Супротно томе, неимовинска добра су она за која су заинтересована само лица којима та добра припадају. За остала лица она немају никакву вредност, ни употребну ни прометну. Чак ни теоријски та се добра не даду размењивати за друга нека добра, јер су неодвојива од лица коме припадају. Зато само та лица имају праву представу о њиховој вредности. Другим речима, неимовинска добра немају општу (тржишну), већ само *индивидуалну* вредност, коју није могуће мерити уобичајеним тржишним еквивалентом, тј. новцем.[25] Тачније речено, тешко је наћи објективно мерило за обрачунавање вредности губитка на неимовинским добрима у новчаном износу. Пошто се на тржишту уопште не појављују, та добра и немају тржишну цену, па се њихова вредност за лице коме припадају мора ценити искључиво према властитом нахођењу. У лична добра спадају, на пример, живот, телесни и психички интегритет, здравље, част, углед, достојанство, лични подаци, идентитет, и сл.[26]

3. Између чисто нематеријалних штета, које се отимају процени у новцу, и правих имовинских штета, које се даду изразити у новчаној вредности, постоје широке „сиве зоне" амбивалентних међуоблика штете.[27] Њихово сврставање и оцена задају тешкоће, јер се ту материјални и нематеријални аспекти међусобно повезују. Такве штете, упркос материјалним примесама, не даду се експлицитно изразити цифарски, него се морају, ако устреба, проценити. То су тзв. „субјективно-економске штете", као што је, на пример, губитак који се састоји из оштећења личног угледа као таквог. Код те штете преовлађује нематеријални аспект, али се истовремено, по правилу, погоршава и материјална позиција дотичног лица, иако још није наступио мерљив губитак у заради. С друге стране, у случају отежаног бављења професионалним занимањем услед телесне повреде, у првом плану стоји материјална страна штете, иако дотично лице не трпи, такође, губитак зараде. Отежање је, међутим, истовремено и умањење личности, па је утолико нематеријалне природе.[28] Немерљиве штете, са тешко одвојивим материјалним и нематеријалним последицама, настају и у случају кад штетни догађај делује на имовинско добро које служи искључиво

24 Karsten Küppers, *Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht* (Karlsruhe, 1976), стр. 89, 95 и 96.

25 *Исто*, стр. 52.

26 Обрен Станковић и Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право* (Београд, 1995), стр. 123.

27 Stoll, *исто*, стр. 291.

28 *Исто*.

или претежно неекономском интересу одређеног лица. То бива, на пример, кад дође до оштећења или уништења породичне слике или рукописа научног дела.[29]

IV. Разлика између субјективне имовинске и афекционе вредности

1. Кад се ради о штети на ствари, ваља имати у виду да ствар може имати двојаку вредност: *општу* или *прометну* и *посебну*.[30] Општом се назива вредност коју ствар исте врсте и истог квалитета има за свакога, у датом тренутку, на тржишту (pretium commune), без обзира на посебне прилике оштећеног. Она се утврђује апстрактно, према чисто објективним мерилима, не водећи рачуна о томе који је имовински губитак нанесен конкретном повериоцу.[31] Општа вредност се мора надокнадити у сваком случају, па и кад губитак ствари за оштећеног, субјективно, не представља штету. Извесни правници сматрају да општа вредност репрезентује сâмо повређено право имаоца ствари и да ступа чак на његово место.[32]

2. Посебна или субјективна вредност је она коју уништена ствар има управо за конкретног повериоца (pretium singulare). Она се још назива и *интерес*.[33] Утврђивање те штете врши се с обзиром на посебне прилике у којима се оштећени налази, али не и с обзиром на његову наклоност и расположење. Пошто се жели обештетити одређено лице, њему треба дати онолико колико губитак за њега лично вреди, а не колика је његова вредност за свакога.[34] Интерес може бити једнак објективној вредности ствари, али не мањи од тога, јер је објективна вредност она коју ствар има за свакога, па и за конкретног повериоца. Сматра се да је интерес већи од опште вредности у случају кад је уништена ствар била од посебно велике користи за оштећеног, или кад је заједно са другим његовим стварима чинила *економску целину*, па је услед њеног губитка и вредност тих ствари сада мања. На пример: од два дресирана пса, који су навикли један на другог и који су служили за извођење извесне акробације у циркусу, буде убијен један.[35] У том случају интерес власника није раван тржишној вредности једног дресираног пса исте расе, старости и пола. Мора се, наиме, водити рачуна о чињеници да и преживели пас, услед губитка његовог пара, сада мање вреди. И измакла добит представља,

29 *Исто*.

30 Видети § 305 аустријског *Општег грађанског законика*.

31 Hans Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, 12. Auflage (München, 1984), стр. 201.

32 О томе видети Helmut Koziol, *Oesterreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil, 2. Auflage (Wien, 1980), стр. 25.

33 *Исто*, стр. 33.

34 Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Auflage, Band 2. (Darmstadt, 1963), стр. 56.

35 Пример узет од Oftinger-a, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, erster band: *Allgemeiner Teil*, 4. Auflage (Zürich, 1975), стр. 251.

такође, посебну или чисто субјективну штету. Иако је штета погодила најпре само једну ствар, њу треба одмерити према диференцији која је, услед пропасти те ствари, настала у целокупној имовинској позицији власниковој (*теорија диференције*). То произлази из смисла накнаде штете, који изискује да оштећени буде постављен у ситуацију у којој би се налазио кад не би било догађаја који обавезује на надокнаду.[36]

3. Од субјективне вредности или интереса треба разликовати тзв. *афекциону вредност ствари* (pretium affectionis), чији губитак не представља имовинску него неимовинску штету. Она постоји само у индивидуалној представи конкретног лица и резултат је његове емотивне везаности за одређену ствар, тј. особите љубави или нарочите наклоности. Једна по себи безвредна ствар може за њеног власника имати знатну индивидуалну вредност („вредност осећања") из чисто личних разлога, зато што представља драгу успомену на некога или на нешто. На пример: почасна диплома, породична слика, љубавно писмо и сл. Разлику између субјективне вредности или интереса и афекционе вредности показаћемо на примеру: Лице А има скупоцен порцелански сервис, какав се више не може набавити. Ако неки од делова тога сервиса буду поломљени туђом кривицом, тада треба водити рачуна не само о вредности коју су ти делови појединачно имали, него и о штети коју је лице А претрпело услед тога што његов сервис није више комплетан. Тако обрачуната штета представља интерес. Али, ако је сервис био и драга успомена од неког претка, он за оштећеног има још и афекциону вредност.[37] Правило о накнади афекционе вредности ствари садржи § 1331 аустријског Општег грађанског законика. По његовом узору формулисан је и члан 189, ст. 4 ЗОО, али је та формулација непрецизна и више личи на имовински интерес него ли на афекциону вредност ствари. Међутим, немачки и швајцарски правници не признају могућност накнаде афекционе вредности, зато што она није обухваћена прописима који изричито утврђују одговорност због неимовинске штете.[38]

В. Спорни случајеви поделе штете на имовинску и неимовинску

Иако је мерило за разликовање имовинских и неимовинских штета јасно, оно ипак није у стању да осигура јединствено вредновање свих облика штете који се у пракси појављују. Неки од тих облика изазвали су чак жучне спорове међу правницима, па стога

36 Тако је прописано у § 249 немачког Грађанског законика и у члану 190 ЗОО.

37 Пример узет од Larenz-a, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I Band, 11. Auflage (München, 1977), стр. 386.

38 Brox, *наведено дело*, стр. 201; Oftinger/Stark, *исто*, стр. 71.

заслужују да се о њима посебно говори. То су: штета услед привремене немогућности употребе ствари, трошкови који су због штетног догађаја постали бескорисни, и штета због губитка плаћеног одсуства и слободног времена.

I. Штета услед привремене немогућности употребе ствари

1. У судској пракси и правној теорији појединих земаља изречена су различита мишљења о томе да ли сâм привремени губитак могућности употребе ствари, који је последица одређеног штетног догађаја, представља имовинску или неимовинску штету. Битно је да се ради о стварима чија употреба не доноси економске користи своме власнику. Највећи практични значај имало је ово питање код штета на моторним возилима. Њихови власници лишени су могућности да употребљавају своје возило за време док се оно налази на оправци, односно док не купе друго уместо уништеног. У судској пракси њима је признато право да за то време могу узети у закуп друго возило, а трошкове закупа превалити на штетника.[39] То становиште објашњава се правом оштећенога да буде постављен у ситуацију у којој би се налазио да штетни догађај није наступио. Начињени издаци на име закупнине спадају у позитивну имовинску штету, чија накнада није спорна.[40]

Међутим, тешкоће настају у случају кад оштећени није узео у закуп туђе возило за време док је лишен могућности да употребљава своје, тј. кад није начинио имовински издатак. У том случају неупотреба возила значи за њега једино губитак *угодности и слободног времена*. Аустријски и швајцарски правници поимају тај губитак као неимовинску штету и не признају оштећеном право на накнаду.[41] Исто гледиште заступљено је и у нашој судској пракси,[42] док су у теорији мишљења о томе подељена.[43] Супротно томе,

39 Видети ближе о томе Friedrich Hartl, *Schadensersatzrecht des Kraftfahrers* (Wien, 1969), стр. 174; Helmut Becker, *Kraftverkehrs-Haftpflichtschäden*, 12. Auflage (Karlsruhe, 1973), стр. 143.

40 Koziol, *наведено дело*, стр. 42.

41 *Исто*, стр. 46; Rolf Veit, *Das Eisenbahn-und Kraftfahrzeug-Haftpflichtgesetz*, 3. Auflage (Wien, 1971), стр. 50; Oftinger, *исто*, стр. 257-258.

42 На саветовању судија Грађанског одељења Врховног суда Југославије и судија – представника грађанских одељења републичких и покрајинских судова, које је одржано 26. и 27. јуна 1969, заузет је правни став да „за привремену немогућност употребе оштећеног аутомобила не припада накнада неимовинске штете" (*Збирка судских одлука*, књ. 14, свеска 2, стр. 110). Потпуно исто гледиште исказао је у својим одлукама Врховни суд Србије (*Зборник судске праксе Врховног суда Србије*, свеска 2-3, од 1971, стр. 138, број 253) и Врховни суд Македоније (*Политика*, од 9. октобра 1973, стр. 19).

43 Против накнаде ове штете залаже се Станковић Обрен, „Накнада штете за привремену немогућност употребе ствари", *Правни живот*, бр. 6-7/1970, стр. 35. За надокнаду залаже се Стојановић Драгољуб, „Привремена немогућност коришћења аутомобила: имовинска или неимовинска штета?", *Правни живот*, бр. 2/1970, стр. 54.

Савезни врховни суд Немачке третира штету због губитка могућности употребе моторног возила као имовинску штету, и досуђује оштећеном новчану надокнаду обрачунату апстрактно, на темељу „фиктивних трошкова закупа".[44] Овај суд прави разлику између ствари које служе за свакодневну употребу и луксузних ствари. Кад су у питању луксузне ствари (као што је, на пример, спортски моторни чамац), ризик губитка могућности употребе треба да сноси власник, али кад је реч о обичним стварима које се свакодневно употребљавају, губитак могућности употребе треба накнадити.[45] У позадини тога става стоји расуђивање да свако ко утроши знатна новчана средства да би купио моторно возило чини то из *економских разлога*. „Он то ради у циљу да своје време рационалније употреби, особито да своју радну снагу боље и успешније искористи и одржава, да ужива у пријатностима које пружа вожња аутомобилом, и да, пре свега, не зависи од јавног саобраћаја, те да тако може брже да стигне на посао и врати се са посла и потражи одмор." Холандски судови стоје, такође, на становишту да свако ускраћивање или умањење могућности употребе ствари које је изазвано недопуштеним радњама, представља штету коју ваља надокнадити, уколико се могућност оштећеног да ствар употребљава темељи на неком праву што спада у његову имовину. То објашњавају мишљењем да могућност употребе ствари чини *засебну вредност*, али је у теорији ипак спорно да ли штету треба обрачунавати апстрактно или конкретно.[46]

2. Становиште по коме привремени губитак могућности употребе ствари представља имовинску штету почива на тзв. *тези комерцијализације*, која појам имовине проширује. Присталице ове тезе кажу, наиме, да у имовину не спадају искључиво ствари и права, него и све користи од употребе ствари које се на тржишту могу за новац прибавити. Пошто могућност употребе спада у имовинску вредност која се даде утврдити према објективним мерилима, лишавање употребе значи штету мерљиву новцем.[47] Своје гледиште о имовинском карактеру штете због привремене немогућности да се возило користи, Савезни врховни суд Немачке образлаже и промишљањем о апстрактно обрачунатој измаклој добити. Он, наиме, полази од тога да би аутомобил који није одмах употребљив имао мању тржишну цену у случају продаје, а при теоријски могућем давању у закуп губила би се закупнина. Шкођење могућности употребе возила *комерцијализује се*, тј. његова подобност да се у свако време употребљава представља економску корист. Међутим,

44 Видети његову одлуку од 30. IX 1963, *Juristenzeitung*, бр. 13/1964, стр. 420.

45 Erwin Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*, 3. Auflage (Köln, 1995), стр. 222, маргинални број 459.

46 Küppers, *наведено дело*, стр. 37.

47 *Исто*, стр. 38-42.

оштећени мора бити у стварној могућности да ствар користи. Таква могућност недостаје, на пример, ако је власник аутомобила болестан или ако му је привремено одузета возачка дозвола.[48] С друге стране, довољно је ако су макар чланови породице оштећеног у позицији да возило користе. У томе је знатна разлика у односу на услове обештећења због губитка саме супстанце ствари, јер због њеног уништења власник има право на накнаду штете без обзира на то да ли би је икад користио.

3. Противници овог схватања не оспоравају чињеницу да се могућност употребе ствари даде изразити у новцу и да она има извесну имовинску вредност. Међутим, они тврде да је неодржива премиса да ствар, поред своје тржишне вредности, има још и *вредност употребе* као самосталну имовинску вредност. По њиховом мишљењу, власниково право употребе представља само израз својине, и оно је при процени својине већ узето у обзир. Приликом утврђивања тржишне вредности ствари, вођено је, наиме, рачуна о њеној способности за употребу. Ако би се поред вредности супстанце рачунала одвојено и могућност употребе, то би значило да се ова друга вреднује два пута. Јер својина претпоставља увек и супстанцу ствари и могућност да се она употребљава. Обе ове вредности чине вредност својине.[49] Само у случају кад су својина и овлашћење за употребу ствари раздвојени (на пример, ако је ствар дата у закуп) могућност употребе има засебну вредност, која се изражава у одговарајућој цени закупа.[50]

4. При разматрању овог проблема, поред већ изложених, ваљало би имати на уму још неке околности. Пре свега, треба имати у виду да материјална добра могу служити човеку за задовољење различитих потреба (економских и неекономских), али да се при утврђивању њихове тржишне вредности не води рачуна о потреби конкретног купца. На пример: сасвим је свеједно да ли неко купује аутомобил зато што хоће да се бави такси-превозом или због боље организације приватног живота и личног задовољства које осећа при вожњи. Највећи број људи не купује аутомобил из економских, него из неекономских разлога. Са становишта правичности и са моралног становишта, не би се могло рећи да њихов разлог куповине аутомобила није вредан правне заштите, зато што у случају привременог губитка могућности употребе не трпе штету

48 У теорији има и супротних мишљења, по којима услов за накнаду штете није ни воља ни могућност оштећеног да ствар користи. Поборници оваквог става кажу да питање диспозиције постојећом имовином не спада у питање појма имовине. Видети о томе Wolfgang Grunsky, *Aktuele Probleme zum Begriff des Vermögensschadens* (1968), стр. 77. И судови у САД деле то мишљење (Stoll, *исто*, стр. 307).

49 Koziol, *исто*, стр. 46.

50 Eike Schmidt, *Grundlagen des Haftungs-und Schadensrechts. Athenäum-Zivilrecht* I (1972), стр. 586.

на својој имовини. Ако су купци аутомобила, ради боље организације живота, платили тако високу цену као што је цена аутомобила, у име којих принципа њима треба ускратити право да траже надокнаду штете од онога ко им је такву организацију онемогућио?

Стварна тешкоћа да се штета изрази у новчаним јединицама не може бити оправдање да се она окарактерише као неимовинска. Теорија диференције, која имовинску штету види само као разлику између два стања имовине, није довољна. Мада штетни догађај у ситуацији коју разматрамо не доводи ни до умањења одређене имовине нити до измицања одређене добити, он, ипак, погађа и имовинску сферу оштећеног. Одлучујући значај требало би придати питању да ли се корист које је неко лишен може за новац прибавити. *Ако је такво прибављање могуће, онда је сама природа користи небитна*. Осећање задовољства што га изазива употреба ствари јесте лично добро човеково које се не може пренети на другога, али се може пренети ствар чије коришћење такво задовољство изазива. Цена употребе ствари представља, у неку руку, и цену задовољства које она изазива. Није ни задовољство које се има од гледања позоришне представе имовинско добро, али се ипак сматра да је онај коме је одузета улазница за позоришну представу претрпео имовинску штету у виду цене коју је за улазницу платио. Појам имовинске штете у смислу правила о накнади требало би, дакле, проширити. Њиме би ваљало обухватити и штету услед привремене немогућности да се ствар употребљава, ако се континуирана могућност употребе може стећи уз новчану надокнаду (на пример, ако се ствар исте врсте може узети у закуп), и ако је ствар прибављена ради свакодневне употребе). Само тако могуће је следити прокламовани циљ надокнаде: да се оштећени доведе у ситуацију у којој би се налазио да није било штетне радње или пропуштања.

II. Трошкови који су услед штетног догађаја постали бескорисни

1. У случају оштећења ствари коју власник трајно користи у одређене сврхе, намеће се питање да ли у штету треба убројити и трошкове које је власник начинио да би ствар могао да употребљава. На пример: за моторно возило се, поред куповне цене, морају периодично плаћати трошкови регистрације, осигурања од ауто-одговорности, гаражирања, порез и сл. Ако возило за неко време не може да се употребљава због оштећења, сви ови трошкови постају узалудни и бескорисни. Стога се поставља питање да ли власнику оштећеног возила, поред накнаде осталих видова штете, треба признати и право на накнаду сразмерног дела тих генералних трошкова. Одговор на то питање отежавају два проблема: проблем узрочне везе и проблем природе ове штете. Они су условили и два

опречна гледишта правника. По једном гледишту, између штетног догађаја и штете, у овом случају, не постоји узрочна веза. Јер власник возила је, својом слободном вољом начинио одговарајуће трошкове пре саобраћајног удеса и независно од њега, па се стога не може рећи да их је починилац штете проузроковао.[51] Починилац није изазвао те трошкове, него је спречио употребу аутомобила, а губитак употребе представља неимовинску штету.[52]

2. У земљама чије право накнаду неимовинске штете допушта само у виду изузетка ово становиште води ка негирању права на обештећење. Међутим, неки судови нису хтели поћи тим путем, него су се приклонили гледишту по коме учињени трошкови имају карактер имовинске штете, коју треба надокнадити. Присталице овог схватања истичу у први план чињеницу да је услед саобраћајног удеса *осујећен циљ* ради којег су трошкови начињени. Трошкови значе ефективно умањење имовине за које није добивен очекиван еквивалент у виду сталне могућности употребе ствари. Између штетног догађаја и губитка еквивалента постоји, дакле, узрочна веза, услед које је имовински издатак накнадно стекао карактер штете.[53] Потребно је рећи да се извесни правници залажу за једно средње решење. Они, наиме, мисле да се ради о неимовинској штети коју треба накнадити зато што се она даде лако обрачунати у новцу.[54] Ту, дакле, отпада могућност истицања познатог аргумента да нематеријална штета није мерљива новцем и да је зато не треба надокнађивати. Ипак, та околност не може водити ка надокнади сразмерног дела свих тзв. „фрустрираних трошкова", јер би то било неподношљиво. Постоји, на пример, сагласност међу правницима да право на накнаду сразмерног дела трошкова који омогућују употребу ствари, не треба признати лицу коме је други нанео телесну повреду или му оштетио здравље. За време док се налази у болници на лечењу, такво лице лишено је могућности да користи, на пример, свој стан, свој аутомобил и свој телевизор. Уколико нема ни породице која би те ствари могла користити, трошкови закупа стана, осигурања од ауто-одговорности и телевизијске претплате бивају, такође, узалудни. Међутим, њихова се накнада не признаје због тога што се они убрајају у „трошкове нормалног вођења живота".[55] Али се признаје право на накнаду трошкова начињених у посебне сврхе, као што су, на пример,

51 Albrecht Zeuner, „Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden", *Archiv für die civilistische Praxis,* Band 163, стр. 393.

52 Koziol, *исто*, стр. 49; Brigitte Keuk, *Vermögensschaden und Interesse* (Bonn, 1972), стр. 248.

53 Karl Larenz „Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden", *Revolution der Technik, Evolution des Rechts,* Festgabe dür Karl Oftinger (Zürich, 1969), стр. 161.

54 Koziol, *исто*, стр. 49-50.

55 Larenz, *исто*, стр. 163.

трошкови куповине карте за биоскоп, за фудбалску утакмицу или за туристичко путовање.[56] Проблем је, међутим, у томе како повући границу између фрустрираних трошкова које треба накнадити и оних које не треба накнадити, јер за то недостаје општепризнато мерило.

III. Штета у виду губитка плаћеног одсуства и слободног времена

1. Услед штетног догађаја, оштећени може бити спречен да, по властитој жељи, користи време свог годишњег одмора, недељних и других празника, или да му коришћење тог времена буде макар „покварено" (на пример, бригом за тражење лекарске помоћи, оправке аутомобила и сл.). У правној пракси и теорији поставља се питање да ли је штетник дужан да накнади и овај вид проузроковане штете, који се, у ствари, састоји у губитку слободног времена. На то питање правници одговарају различито, у зависности од тога какав карактер придају овој врсти штете.

По једном становишту, овај губитак спада у неимовинску штету, коју не треба надокнадити. Њега следе и судови бивше Југославије. То је особито видљиво из одлуке Врховног суда Словеније Гз. 1131/68, од 27. I 1969, у којој стоји да се накнада не признаје „за сваку неимовинску штету нанесену добрима, односно осећањима, као на пример, за неискоришћени годишњи одмор, путовање или излет, несуделовање на скуповима, и слично".[57] Исто гледиште заступљено је и међу швајцарским правницима.[58] По њима би, међутим, ситуација била другачија ако би се радило о штети због неиспуњења уговора. На пример: кад туристичка агенција стави на располагање своме комитенту собу у којој он, због ларме, не може да нађе мир који му је за одмор потребан, па му дани одмора буду „протраћени". Штета се у том случају састоји из трошкова који су плаћени да би се одсуство провело у одмору, јер је циљ уговора са агенцијом и био да се оствари одмор и опоравак.[59]

2. Немачки правници су, у почетку, водили жучне расправе око питања да ли треба признати право на накнаду штете због изгубљеног, односно протраћеног одсуства и слободног времена. Такво стање потрајало је све до чувене одлуке Савезног врховног суда Немачке 10. X 1974. године.[60] У конкретном случају радило

56 *Исто.*

57 *Збирка судских одлука*, књ. 14, свеска 3, број одлуке 269.

58 Oftinger/Stark, *исто*, стр. 88-89.

59 *Исто*, стр. 58.

60 Објављена у: *Entscheidungen des Bundesgerichtsofs in Zivilsachen*, бр. 63, стр. 98 и даље.

се о тужби за накнаду штете због 14 протраћених дана одсуства, јер тужилац и чланови његове породице нису за то време имали одговарајући смештај, исхрану и могућност купања у Црном мору. Другостепени суд осудио је организатора путовања (туристичку агенцију) да тужиоцу врати 60% од плаћене цене, јер су услуге биле знатно горе него што је уговорено. Међутим, тај суд је, у исти мах, одбио захтев тужиоца за плаћање 1.500 немачких марака због упропашћеног времена за одмор, јер је сматрао да сâм губитак слободног времена не представља имовинску штету уколико за организовање тог времена нису начињени никакви трошкови. Међутим, Савезни врховни суд укинуо је ту пресуду са становишта да време одсуства као такво има имовинску вредност, зато што је одсуство запослени „купио" од послодавца својим радом; док они који самостално раде, за време одсуства са посла губе зараду коју би нормално остварили. Поред тога, Савезни врховни суд позива се на свој став о привременом губитку могућности употребе ствари: „Оцена да ли је настала материјална штета, тј. да ли оштећено добро има имовинску вредност, зависи битно од његовог вредновања са економске тачке гледишта, при чему као одлучујуће мерило важи владајуће схватање у промету. Ако се животно добро у промету на известан начин комерцијализује, тј. ако се може 'купити' одговарајућим имовинским трошковима, тада његов губитак представља материјалну штету."[61]

Овај став Савезног врховног суда Немачке потврђен је, у крајњој линији, и Законом о уговору о путовању, од 1979. године. Тај закон је инкорпорисан у немачки Грађански законик, чији § 651ф, ст. 2 гласи: „Ако је путовање осујећено или знатно оштећено, путник може захтевати умерено обештећење у новцу и због бескорисно утрошеног времена одсуства." Међутим, у правној теорији гледиште Савезног врховног суда није наишло на једнодушну подршку. Пре свега, извесни правни писци мисле да се у случају који је решен наведеном одлуком ради о нематеријалној штети, јер тужиочеву штету не чини изгубљено време него изостали опоравак. Сем тога, сматра се да и сâм цитирани текст Грађанског законика указује на нематеријални карактер штете због бескорисно утрошеног времена одсуства.[62] Најпосле, Савезном врховном суду је замерено што време одсуства оцењује као имовинску вредност само зато што је оно купљено радом и што треба да ојача радну снагу. Јер, по тој логици, право на обештећење не би имала она лица у којих недостају наведене претпоставке, као што су, на пример, домаћице, пензионери, ђаци, студенти и незапослени. То

61 *Исто*, стр. 102.

62 Ulrich Magnus, *Schaden und Ersatz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbussen* (Tübingen, 1987), стр. 189-191.

се сматра недопустивим и неспојивим са Законом о уговору о путовању, а у међувремену је и судска пракса признала право на обештећење због бескорисно утрошеног времена одсуства и лицима која не привређују.[63]

Г. Закључак

1. Закон изискује да се прави разлика између имовинских и неимовинских штета, јер је могућност новчане надокнаде ових других ограничена принципом енумерације. Сем тога, имовинске штете се утврђују и обрачунавају другачије него неимовинске. Међутим, границе између ових двеју врста штете нису непомичне. Схватања о томе шта је мерљиво новцем подлеже променама; јер постоји тежња ка комерцијализацији и стандардизацији личних добара човекових. Ипак, и та тежња има своје границе.

2. Резоновања о потреби ограничавања могућности новчане накнаде нематеријалне штете полазе од назора примитивног и необразованог човека, који свој душевни мир не цени онолико колико материјална добра. Сем тога, гледиште да имовинска добра човекова заслужују бољу правну заштиту него неимовинска, израз је материјалног сиромаштва људи: оно чега нема довољно треба боље чувати. Са порастом материјалног богатства то становиште губи своје друштвено оправдање. Зар човеков живот зависи, на пример, више од аутомобила и телевизора него од душевног спокојства, које је свакоме услов доброг здравља? Давање преимућства материјалним добрима над нематеријалним тешко да још може имати неко разумно оправдање, кад се зна, по учењу медицинске науке, да је душевни мир највеће богатство човеково. Ако се томе дода још и чињеница да је критеријум за раздељивање штете на имовинску и неимовинску прилично несигуран, такво преимућство изгледа још мање оправдано. Треба се надати да идемо у сусрет времену када ће неимовинске штете бити правно једнаке са имовинским. И тада њихово разграничење неће правницима задавати толике тешкоће као данас.

63 *Исто.*

Jakov Radišić*

THE DISTINCTION BETWEEN PECUNIARY AND NON-PECUNIARY LOSS

Summary

The author first of all discusses the notion of harm in general, underlining the difference between loss in the lay sense and loss in the legal sense of the word. He defines the notion of loss in the legal or normative sense as detriment to legally protected goods or interests, which occurs without the intention of the person who sustains the loss and to whom compensation is due from a third party. If the person who sustains the loss is not authorised to demand compensation for the sustained loss from a third party, but must bear the harm himself, then this does not signify loss in the legal sense.

The author then gives an explanation in which he makes a distinction between pecuniary and non-pecuniary loss. In this context, he deals with the importance, of the distinction, its relativity and the criteria for this distinction. The author especially emphasises that the difference between pecuniary and non-pecuniary harm has provisional value. As notions, these two kinds of loss are, admittedly, categories that mutually exclude each other. But, to classify one kind of loss in one of these categories does not exclude the possibility of classifying it in the other as well. This is by virtue of the fact that all pecuniary loss also involves non-pecuniary loss. On the other hand, a direct attack on personal goods can result in pecuniary loss as well. In a concrete case, in order to determine the type of damage, it is not enough to pay attention solely to the directly attacked legal goods. Attention should also be paid to the nature of the sustained loss. The key to distinguishing between pecuniary and non-pecuniary should be sought in the very notion of property and non-property goods which the author explains in detail.

The second part of the paper deals with specific aspects of loss, the nature of which is disputable in theory and in practice. They are: 1) loss due to temporary inability to use goods; 2) the costs which due to the damaging event have become useless; and 3) harm in the form of loss of paid leave and leisure. The paper contains a short conclusion.

Key words: *Harm – Pecuniary Loss – Non-Pecuniary Loss – Damages.*

* Dr Jakov Radišić, University Professor.

Jakov Radišić*

DISTINCTION ENTRE LE DOMMAGE MATÉRIEL ET LE DOMMAGE MORAL

Résumé

L'auteur évoque tout d'abord la notion de dommage en général, en soulignant la différence entre le dommage au sens laïc et le dommage au sens juridique. Au sens juridique ou normatif il définit la notion de dommage comme un préjudice à l'encontre d'un bien ou d'un intérêt juridiquement protégé, survenu en dehors de toute volonté de la personné touchée et qu'un tiers est tenu de compenser. L'auteur note toutefois que l'on ne peut parler de dommage au sens juridique lorsque la personne lésée n'a pas le droit d'exiger d'un tiers la compensation de dommage, et doit supporter seule la perte subie.

Suit une première partie exposant la distinction entre dommage matériel et dommage moral. L'auteur note l'importance de cette distinction, son caractère relatif et les critères sur lesquels elle se fonde. Il insiste en particulier sur le fait que la distinction entre dommage matériel et dommage moral a une valeur toute conditionnelle. S'il est vrai qu'au sens propre des termes ces deux sortes de dommages représentent des catégories qui s'excluent mutuellement, le classement d'un dommage dans l'une d'elles n'exclut pas forcément la possibilité de le classer dans l'autre. Car, presque tout dommage matériel s'accompagne d'un dommage moral. A l'inverse, une atteinte à des biens personnels peut avoir pour conséquence un dommage matériel indirect. Afin de déterminer le type de dommage dans un cas concret, on ne saurait se contenter de prendre en considération le seul bien juridique directement atteint, et l'on doit également tenir compte du caractère de la perte subie. Ce problème posé par la distinction entre dommage matériel et dommage moral doit trouver sa solution dans la notion même de bien matériel et de bien moral, comme l'explique en détail l'auteur.

Dans la deuxième partie de ce travail l'auteur évoque plusieurs types de dommages particuliers dont la nature reste litigieuse tant en théorie qu'en pratique, à savoir: 1) le dommage causé par l'impossibilité temporaire d'utiliser une chose; 2) les frais devenus inutiles à la suite d'un fait dommageable; et 3) le dommage constitué par la perte d'un congé payé et de temps libre. Le texte se termine par une brève conclusion.

Mots clés: *Dommage. – Dommage matériel. – Dommage moral. – Compensation du dommage.*

* Dr Jakov Radišić, professeur de l'Université.

UDC 341.01
(Изворни научни рад)

Стеван Ђорђевић*

МЕЂУНАРОДНО ПРАВО – ДЕФИНИЦИЈА И НАЗИВ

Писац даје дефиницију међународног права, односно међународног јавног права, и рашчлањује њене чиниоце (субјекти, својеврстан скуп начела и правила, односи између субјеката међународног права).

У погледу назива изјашњава се за „међународно право" у односу на „међународно јавно право", узимајући их за синониме и стављајући знак једнакости између њих.

Кључне речи: *Дефиниција међународног права. – Назив међународног права. – Ius gentium. – Међународно јавно право.*

1. Дефиниција

Међународно право је својеврстан скуп правних начела и правила којима се уређује посебан вид друштвених односа између субјеката међународног права у њиховим подударним и противречним вредностима и интересима у датој међународној заједници.

Рашчланимо чиниоце ове дефиниције.

Међународно право је пре свега својеврстан, истина још не и свеобухватан, скуп правних начела и правила, који се разликује од одговарајућих норми унутрашњих правних дисциплина; та посебност огледа се у њиховом настанку, правној природи и санкцијама које их прате.

Субјекти међународног права су државе, међународне организације и друге целине, а сасвим изузетно и појединци. Одлика је XX века да се број носилаца међународноправног субјективитета и њихов обим функција проширују, а њихове разлике огледају се

* Др Стеван Ђорђевић, редовни професор Универзитета.

у збиру и степену права и дужности које имају у међународноправном поретку. Већ крајем XIX и почетком XX века напуштају се постепено, али све више и више, схватања у доктрини да су субјекти међународног права само и једино државе.

Начелима и правилима међународног права уређује се посебан вид друштвених односа између субјеката међународног права. Предмет тих односа у међусобном општењу су подударне и противречне вредности и интереси у различитим областима надградње, зависно од датог степена друштвеног и материјалног развитка. Подударне и противречне вредности и интереси тичу се одржања мира и безбедности, привредног развитка и благостања, заштите животне средине и здравља, развоја међународног саобраћаја и општења, те мирног решавања спорова, поштовања људских права и права појединаца, делатности међународних организација, дипломатске заштите сопствених поданика, укључујући међународну одговорност држава и појединаца и право оружаних сукоба, итд. Утврђује се, пре свега, међународна сарадња и остварују општи заједнички циљеви, али и разрешавају противречни и неподударни интереси. То су правни односи. Међународним правом се не исцрпљују сви међународни односи, нити их оно обухвата у целини.

Дефиницијом се ближе одређује да је то скуп правних начела и правила којима се уређују односи у датој, конкретно данашњој, међународној заједници. Тиме се на посредан начин указује на привременост и променљивост појма међународне заједнице, с једне стране и правних начела и правила, односно међународноправног поретка, с друге стране. Појам међународне заједнице треба посебно и раздвојено утврђивати за сваки историјски временски период. Сада се конкретно под тим појмом подразумева заједница држава и других субјеката међународног права, повезана утврђеним правним односима путем међународноправног поретка оличеног у Организацији уједињених нација.

Поред међународноправних начела и правила утврђених у двостраним и вишестраним међународним уговорима, међународно право се такође изражава и кроз општа правна начела (члан 38 Статута Међународног суда правде) и тзв. ius cogens (императивне норме-члан 53 Конвенције о праву уговора од 1969). Тај међународноправни поредак такође је подложан променљивости у формалном и материјалном смислу и важи за краћи или дужи период, зависно од своје садржине.

У прошлости, а и сада, многи писци настојали су да путем дефиниције истакну свој поглед на ову правну дисциплину, тј. да се одреде према њеном обиму и садржини. Сусрећемо се са истоветним или скоро истоветним дефиницијама међународног права, што је схватљиво, с обзиром да је реч о правном уређењу односа

између истих субјеката међународног права. Али има и разлика, било да је реч о временској условљености писца који дефиницију даје, било због различитог поимања формалне или материјалне садржине чинилаца који дефиницију творе.

Одлика дефиниција међународног права које дају писци пре Првог светског рата и касније јесте у томе што они међународно право узимају као скуп правних правила којима се уређују међусобни односи, пре свега између народа, тј. држава.[1] Крајем XIX века сусрећемо се са дефиницијом да је међународно право „скуп начела и правила која управљају односима између народа, то ће рећи, између држава, нација, народа и силе".[2] Али и у овом периоду има писаца који и даље узимају државе као једине субјекте међународног права, односно за које оно „није ништа друго него проучавање односа међу државама".[3] Супротно, поједини писци стављају у први план „односе између људи који припадају различитим националним групама".[4] Занимљиво је напоменути да и пресуда Сталног суда међународне правде у случају „Lotus" из 1927. године остаје на томе да су субјекти међународног права само државе. Прецизније тај суд је утврдио да међународно право „регулише односе између независних држава".[5]

---

1 По E. de Vattel-y, „Le droit des gens est la science du droit qui a lieu entre nations, ou États et des obligations qui répondent à ce droit", Prél, N° 3, наведено по: *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, p. 232; – F. de Martens за предмет ове дисциплине као свеукупност правних норми подвлачи „животне циљеве народа у области њихових узајамних односа", *Современное международное право цивилизованных народовъ*, том I, С. Петербургъ 1895, стр. 16-17; – За J. Westlake-a међународно право је „право заједнице држава или нација", International Law, Part. I, 1904, p. 1; – H. Bonfils даје дефиницију: „Le droit international public (ou Droit des gens) est l'ensemble des règles qui déterminent les droits et les devoirs respectifs des États dans leurs mutuelles relations", Manuel de Droit international public (Droit des gens), Paris 1914, septième édition, p. 2; – L. le Fur проширује међународноправни субјективитет и на друге целине и заједнице народа осим држава, *Међународно јавно право*, превод, Београд 1932, стр. 8-9; – М. Ђувара, релативно касније, каже да међународно право „регулише међународни друштвени живот" створен „постојањем множине држава у свету", „Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye* (даље: *Recueil des cours*), tome 64, 1938, p. 486.

2 А. Ривије, *Основи међународног права*, превод, Београд 1898, стр. 3-4, „On appelle droit des gens l'ensemble des principes ou règles de droit qui gouvernent les relations entre les gens, c'est-à-dire entre les États, les nations, les peuples, les puissances..."

3 Тако, P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Paris 1921-1925, No 1; М. Моа, *Основни појмови Међународног јавног права*, превод, Београд 1925, стр. 9. Овај став је још дуже задржан у: *Encyclopaedia Britannica*, volume 12, Chicago-London-Toronto, 1768, 1947, p. 524, „International Law, public, the general term for the law governing the relations and intercourse of States *inter se*. The parties are States and not nations..."

4 N. Politis, *Les nouvelles tendances du Droit International*, p. 76 (наведено по: Dictionnaire..., *op. cit.*., p. 235).

5 Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.), série A, пресуда 9, p. 18; А. Гођевац, *Принципи и правила међународног права који се излучују из јуриспруденције Сталног суда међународне правде у Хагу*, Београд 1932, стр. 59, 86.

У новијој правној књижевности, код писаца и пре и после Другог светског рата, налазимо истоветне дефиниције међународног права као скупу норми којима се уређују односи између држава али и других целина и међународних организација или, најкраће речено, међународно право се одређује као „право међународне заједнице". Покадкад се ова правна правила којима се регулишу међународни односи обраћају непосредно и појединцима.[6] У дефиницијама се понегде додаје да су „норме међународног права независне од националних права држава", односно да се у оквиру међународног поретка не допушта „однос потчињености између правно организованих држава" или, да субјекти међународног права „нису објекти примене правила унутар права било које државе" и др. Поред побројаних носилаца субјективитета наводе се и устаници, друге врсте покрета отпора, зараћене стране са владама de facto, Ватикан, а изузетно и појединци, тј. физичка и правна лица.[7]

На већ указане чиниоце у дефиницијама наилазимо и код југословенских писаца после Другог светског рата. По некима, „међународно право представља скуп правних правила која регулишу односе између држава и односе у међународној заједници" (М. Бартош) или пак „међународно право је систем правила која уређују односе у међународној заједници признатих субјеката" (J. Andrassy).[8] Постоји једнодушност у проширењу круга носилаца међународноправног субјективитета (пре свега за међународне владине организације), изузев код неких писаца пре Другог светског рата, по којима су субјекти међународног права само државе. У

6 Dictionnaire..., *op. cit.*, p. 234, 235; „Ensemble des règles juridiques régissant les rapports internationaux, ce droit étant entendu comme régissant les rapports entre États que l'action des certaines entités qui ne sont pas des États dans leurs rapports avec ceux-ci et parfois comme s'adressant aussi aux individus", такође: „Ensemble des règles juridiques qui s'imposent aux États indépendants ou aux divers organisations internationales dans leurs rappoorts mutuels".

7 *Larousse du* XXe siècle, p. 970; *Grand Larousse*, 1961, p. 239; *Noveau Larousssse illustré*, Paris, p. 818; – H. Kelsen, „Théorie générale du droit international public, Problèmes choisis", *Recueil des cours*, 42, 1932, p. 3; J. Basdevant, „Règles générales du droit de la paix", *Recueil des cours*, 58, 1936; – L. Oppenheim, International Law, I, 1948, p. 11; R. Ago, Science juridique et droit international, *Recueil des cours*, 90, 1956; P. Ziccardi, „Les caractères de l'ordre juridique international", *Recueil des cours*, 95, 1958, p. 271, 395; G. Dahm, *Völkerrecht*, Band I, 1958, S. 1; M. St. Korowicz, *Introduction to International Law*, The Hague 1959; L. Cavaré, *Le droit international public positif*, Paris 1967, p. 132; P. Guggenheim, *Traité de Droit international public*, I, Genève 1967, p. 1; R. Monaco, „Cours général du droit international public", *Recueil des cours*, 125, 1968, p. 99; P. Reuter, *Droit international public*, Paris 1968; G. Berczowski, „Les problèmes de la subjectivité internationale", *Mélanges offerts à J. Andrassy*, La Haye 1968, p. 35; I. Szaszy, „La règle juridique, le droit subjectif et le sujet de droit en droit international", *Mèlanges offerts à J. Andrassy*, La Haye 1968, p. 30; Ch. Rousseau, *Droit international public*, I, Paris 1970; H. Lauterpacht, International Law, vol. I, Cambridge 1970, p. 9.

8 М. Бартош, *Међународно јавно право*, I, Београд 1954, стр. 9, J. Andrassy, *Medunarodno pravo*, Загреб 1984, стр. 1.

дефиницију се, код неких од њих, такође укључује ,,међународно-правни положај физичких и правних лица уколико су регулисани правилима међународног права" или ,,санкционисани од стране државе и међународних организација".[9]

Са појавом совјетске доктрине међународног права после Октобарске револуције 1917. године, појавили су се нови прилази у дефинисању међународног права. То се може пратити у радовима првих совјетских интернационалиста па до скорашњих дана. На међународно право као правну дисциплину гледа се са доста ограничења и секташтва. Указује се на посебност ,,међународног права прелазног периода" као на мост постављен између две половине света; истиче се изричито класна природа међународног права, као што се то чини и у свим другим правним дисциплинама – међународно право се тумачи као ,,облик привременог споразума између два система супротстављајућих класа" и као ,,један од облика борбе двају система". При томе се посебно потцртава улога принуде ,,коју државе остварују индивидуално или колективно" у процесу борбе и сарадње држава.[10] Поједини писци, међународно право одређују као правну надградњу створену на светској економији.[11]

У совјетској правној књижевности каснијег датума примећује се проширивање субјеката међународног права и на остале целине (међународне организације, народе, ослободилачке покрете и др.), уз истовремено наглашавање класне природе међународног права

9 М. Новаковић, *Основи међународноīа јавноīа īрава*, књига прва, Београд 1936, стр. 2; А. Магарашевић, *Основи међународноī īрава*, Нови Сад 1965, стр. 1; С. Аврамов, *Међународно јавно īраво*, Београд 1989, стр. 1; такође: Б. Јанковић, *Међународно јавно īраво*, Београд 1981, стр. 3; V. Ibler, *Rječnik medunarodnog javnog prava*, Загреб 1972, стр. 157, друго издање: 1987, стр. 166, 169.

10 Е. А. Коровин, *Международное право переходного времени*, Москва 1924. (превод са руског на немачки: *Völkerrecht der Übergangszeit*, Берлин 1929, S. 139). По писцу, овај привремени споразум (компромис) закључен је за период у коме један од система (буржоаски) није више у стању да обезбеди искључиву превласт, а други (пролетерски или социјалистички) још није стекао власт. Код каснијих писаца (Стучка, Пашуканис) још више се истиче класни карактер права, те и насиље на којем се заснивају односи међу државама. – Шире: J. Y. Calvez, *Droit international et souveraineté en U.R.S.S.*, Paris 1953, pp. 73, 101, 115; – За А. Вишинског: ,,Међународно право је скуп правила која регулишу односе између држава у процесу њихове класне борбе и сарадње, изражавајући вољу владајућих класа држава, и обезбеђује је принудом коју државе остварују индивидуално или колективно", *Международное право и международная организация, Советское государство и право*, 1/1948, стр. 22. – Скоро истоветна дефиниција даје се и у: *Юридический словарь*, Москва 1956, стр. 563. – Такође: Е. А. Коровин, *„Некоторые основные вопросы современной теории международного права"*, *Советское государство и право*, 6/1954, стр. 42 (писац је изменио донекле своја првобитна гледишта); *Международное право, Институт права Академии наук СССР*, Москва 1947, стр. 5; Ф. И. Кожевников, *Учебное пособие по международному публичному праву (Очерки)*, Москва 1947, стр. 24.

11 S. B. Krylov, ,,Les notions principales du droit des gens (La doctrine soviétique du droit international), *Recueil des cours*, 70, 1947, pp. 414-415.

и истицање сарадње и надметања између социјалистичких и капиталистичких држава са циљем обезбеђења општег мира и мирољубиве коегзистенције, али и указивање на јединствени и општи међународноправни поредак.[12] Критикујући ставове А. Вишинског, Г. Тункин примећује да је код њега био приметно изражен утицај дефинисања правних дисциплина из унутрашњег права и да преувеличава улогу принуде уопште, па и у међународном праву. Принуда, по њему, није једино средство да се обезбеди поштовање правних норми.[13]

Многобројни покушаји су чињени и чине се да се дâ једна задовољавајућа општа дефиниција међународног права. Најчешће су то нормативистичке, правне дефиниције. Оне би се могле свести на то да је међународно право скуп правних правила којима се уређују међународни односи, тј. односи у међународној заједници. У томе постоји и велика подударност. То је разумљиво, с обзиром да је међународно право правна дисциплина и дефиниција те дисциплине мора да садржи у првом реду правна обележја. Зато су само делимично биле оправдане неке замерке совјетских писаца који су писцима на Западу пребацивали да се ограничавају само на формалне елементе у дефинисању међународног права.

У доктрини има и радова који изложене дефиниције међународног права уопштавају у неколико категорија: а) према адресантима, тј. субјектима чији се односи регулишу; б) према садржини, тј. материји која се уређује правилима међународног права; в) тзв. техничке или процедуралне дефиниције по којима се правила међународног и унутрашњег права разликују по начину стварања.[14] Временом, и сада, међународно право поприма карактер опште међународноправне дисциплине којом се уређују односи у целој

12 Р. Л. Бобров, *Современное международное право*, Москва 1962; *Курс международного права*, Москва 1967, том I, стр. 37-38; *Международное право*, Колл. авторов, Отв. ред. Л. А. Маджорян и Н. Т. Блатова, Москва 1967, стр. 3.

13 Г. И. Тункин, *Вопросы теории международного права*, Москва 1962 (Droit international public, problèmes théoriques, Paris 1965, p. 165). – Писац проширује субјективитет у међународном праву и на народе који се боре за своју независност а нису још створили своју државу (национално-ослободилачки покрети), p. 50. У неким пак другим радовима, исти писац пише о непомирљивим супротностима између два система; о немогућности идеолошке коегзистенције два система; о јединственом универзалном правном поретку на основи мирољубиве коегзистенције; о сагласности воља држава као главном извору међународног права и др. – Видети: *Советский ежегодник международного права*, Москва 1958, стр. 24; „Улога међународног права у међународним односима", у књизи: V. Ibler, *Medunarodni odnosi*, Загреб 1971, стр. 425.

14 E. Suy, „Sur la définition du droit des gens", *Revue générale de Droit International Public*, 4/1960, pp. 760-770. – После критичке анализе све три категорије дефиниције, писац закључује да се треба задовољити несавршеном дефиницијом као што је и само међународно право („ce dernier n'étant que l'ensemble des normes, qui, à un moment donné, et sans égard à l'objet ordonné ou au sujet obligé, à la suite d'une procédure autonome, deviennes internationales").

међународној заједници и у целокупним њеним испољавањима и делатностима. Није више реч само о односима између држава већ се област уређења стално проширује и на друге целине (међународне организације, народе, ослободилачке покрете, људска права и појединце и др.). Реч је о разноврсним процесима у међународној заједници. Зато се писци у најновијим радовима заустављају на најопштијој дефиницији међународног права као права које се примењује у међународном друштву.[15] Међутим, постоје велика противстављања и противречности у интересима субјеката међународног права, посебно оних најважнијих, а то су државе. То су разлози који су нас определили да дамо дефиницију међународног права онако како смо је на почетку изложили, истичући оне чиниоце који су, по нашем мишљењу, сада најопштији, и залажући се за јединствени међународноправни поредак у будућности, који ће се непрестано доградивати. Тај поредак ће бити централизован и јединствен, али истовремено и различит и особен у појединим деловима.

2. Назив

Данас је у доктрини и пракси општеприхваћен и уобичајен назив ове правне дисциплине: *међународно право* односно *међународно јавно право*.[16] Назив „међународно право" се и одраније проширивало, рекли бисмо све чешће, додавањем, речи „јавно", да би се тиме указало на његов јавноправни карактер и тако разграничило од правне дисциплине међународног приватног права (тј. да би се ово последње искључило). У нашој литератури с правом је указано на проблеме терминолошке природе и њихов значај кад је у питању употреба назива „међународно право", „међународно јавно право" и „међународно приватно право".[17]

15 N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 5e édition, Paris 1994, p. 33. – По писцима, подразумева се да постојање међународног друштва различитог од националног или унутрашњег, или државног. Такође, поред разграничења примене међународног и унутрашњег права, формулом се потврђује социолошка веза између права и друштва. Свако друштво, по њима, има потребу за правом и свако право је друштвени производ (ubi societas, ibi jus). – Иста дефиниција и текст у ранијем издању: N. Q. Dinh, *Droit international public*, Paris 1975, p. 19.

16 Франц.: Droit international, droit des gens; енгл.: International Law, Law of nations; рус. *международное публичное право*; нем.: Völkerrecht; итал.: Diritto internazionale; шпан.: Derecho internacional, итд. Такође: Droit international public; Public International Law; *Международное публичное право*; Diritto internazionale publico; Derecho internacional público, итд.

17 М. Живковић – З. Радивојевић, „О називима 'међународно право', 'међународно јавно право' и 'међународно приватно право', *Југословенска ревија за међународно право*, 1/1990, стр. 93-105. – Писци, врло нијансирано, указују на неспоразуме, покаткад на могућност бесплодне доктринарне расправе, с обзиром да се два или три назива употребљавају за означавање истог појма, односно да се један термин користи за означавање више појмова.

Данашњи назив је дошао као последица и израз буржоаске револуције и националног буђења у XVIII и XIX веку, да је, наиме, народ носилац суверене власти у држави. Упоредо са овим називом постојао је и други: „међудржавно право", као оправдање за то што су се дуго само државе узимале за субјекте међународног права.[18] Предност називу „међународно право" давала се још од почетка XIX века, будући да су се њиме изражавале и упечатљивије потврђивале демократске тежње о томе да је носилац суверенитета народ, што је тада доприносило савременој теорији за стварање појма суверенитета.

Кратак осврт уназад на историјат ове дисциплине довео би нас до првобитног појма ius gentium (лат. ius – право; gens – племе, род, народ) у римском праву. Ближе и подробније, порекло овог појма означује правни статус додељен странцима у оквиру Римског царства, док је појам ius civile био намењен само за положај римског грађанина. Однос између ius gentium и ius civile не може се поистоветити са данашњим односом међународног и унутрашњег права, зато што су ius civile и ius gentium у суштини римско право. Битно обележје класичног и садашњег међународног права је, поред осталог, сарадња субјеката међународног права, што по свом смислу и садржини римски појам ius gentium није садржавао. Ова два појма у систему римског права представљају однос правних система појединих области и регија, свакако са извесним посебностима. У ствари, реч је о односима средишне и јединствене целине, то јест Рима (ius civile), према њеним, мало или више издвојеним деловима (ius gentium).[19] Израз „ius gentium" су дуго употребљавали писци који су се својевремено служили латинским језиком, сада напуштеним.[20] Одржао се преко превода на француски језик (droit des gens) и служио као синоним за назив „међународно право".

18 Посебно се у аустријској правној школи овај назив дуже задржао. Такође, код југословенских писаца пре Другог светског рата (Л. Питамиц, И. Томшич). – С. Крилов га употребљава упоредо са називом „међународно право" у предавањима на Хашкој академији 1947. године – напомена 11.

19 По ius gentium-у, није се уживао потпун статус римских грађана, који је важио за његове поданике (ius civile). Реч је, пре свега, о једној јединој, наиме, римској држави, те зато назив „ius gentium" нема значење које би се могло аналогно изједначити са називом „међународно право", без обзира на његово етимолошко порекло. – Видети шире: P. Guggenheim, „Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", *Recueil des cours*, 1958, 94, p. 5 и даље.

20 И поред разграничења на које се указује, у доктрини се ипак у изразу ius gentium тражи зачетак назива дисциплине међународног права, с обзиром на карактер односа у многонационалној, разнородној римској држави. Исцрпно се указује и на то да је тај римски појам означавао нешто друго и различито, и да се истовремено тицао и ужег и ширег (обухватнијег) каснијег појма и назива „међународно право". Значи, насупрот и упоредо са uis civile (римско национално право) изграђивало се ius gentium. – P. Guggenheim, *op. cit.*, p. 5 и даље.

Употребљавани су такође и други називи, као ius inter gentes, jus inter civitates, jus inter potestates и др.[21]

Назив „међународно право" први пут користи енглески писац J. Bentham у свом делу: *Увод у правна и законодавна начела* из 1789. године. Он је указивао на то да израз није нов, и да он не мисли да је одговарајући и у потпуности разумљив.[22] Преко превода на француски, енглески International Law прелази у француски Droit international. Писци у Француској више се опредељују за назив Droit international у односу на Droit des gens, који се употребљава и даље, до данашњих дана.[23] У енглеској литератури назив „International Law", ређе „Law of Nations", употребљава се насупрот унутрашњем праву „National Law" или „Municipal Law". Називом „међународно право" не пориче се *„међудржавни елемент"*, с обзиром да је он сада најизраженије присутан у међународним односима. Али има критике и на сам назив *„међународно право"*, иако је он општеприхваћен.[24]

Преко назива *„међународно право"* указује се на суштину савременог међународног права у тежњи за остварењем начела самоопредељења народа, учешћа народа у демократском преображају других начела међународног права, као и заинтересованости за њихово поштовање и остварење. Овај назив је у сваком случају бољи од назива „међудржавно право". Он је најопштији, дуго је у употреби и чврсто је уграђен и учвршћен у међународноправни поредак. Њиме се сада практично означавају правила која се при-

21 Главни оснивачи савременог међународног права H. Grotius, Pufendorf, E. de Vattel и др., поред „ius gentium", употребљавају и „jus inter civitates", а Abbé (опат) de Saint Pierre пак: jus inter gentes". – У енглеској литератури оживела је латинска формула *jus inter gentes*, усвојена још у XVI веку од Vitoria-e, преузета каније од енглеског писца R. Zouch-a 1650. године, а И. Кант је 1795. овај израз заменио са „међународно право". – P. Guggenheim, *op. cit.*, p. 5 и даље; такође: P. Guggenheim, *Traité de Droit international*, Tome I, Genève 1967, p. 3 и даље; видети и: М. Марковић, „Структуралне промене у схватању међународног права, посебно у вези са положајем појединца", *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1-2/1972, стр. 199-200.

22 „An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", pp. 326-327. Такође, он први употребљава израз „међународна јуриспруденција", и истовремено помиње један ранији француски текст где се уместо „droit des gens" препоручује употреба „droit entre gens" – наведено по: *Encyclopaedia Britannica, op. cit.*, p. 524; А. Ривије, *op. cit.*, стр. 4 и 6.

23 G. Scelle инсистира на називу *Droit des gens*, дајући му шири смисао и садржину (*Précis de droit des gens*, 1932, I, préface, p. VII).

24 Међународно право као правна дисциплина улази у свој „класични" стадијум са Вестфалским уговором од 1648. године. Оно се у то доба, претежним делом развијало и утврђивало као право које уређује међусобне односе суверена, тј. владара који су располагали сувереношћу, а не као право народа (ius gentium, droit des gens, међународно право и сл.). Тако, неки писци назив „међународно право" сматрају погрешним од почетка. – O. Kimminich, „Нов поглед на међународну заштиту", JRMP, 1/1971, стр. 3; видети и: *Encyclopaedia Britannica, op. cit.*., p. 524.

мењују у међународној заједници, тј. правила која уређују односе између држава, правни статус извесних других целина односно међународних организација, а понекад се односи и на појединце и правна лица створена по нормама појединих државних поредака.[25] И неки наши југословенски писци после Другог светског рата, заузимајући се за назив „међународно право" односно „међународно јавно право", а одбацујући онај „међудржавно право", с правом примећују да се у самој Повељи Уједињених нација говори о стварању *међународне* организације а не *међудржавне*, а да се у Уводу Повеље УН каже: „Ми, народи Уједињених нација", а не „Ми, високе стране уговорнице", како је гласио уобичајен текст за вишестране уговоре и конвенције.[26] То исто, примећујемо, имамо после Првог светског рата са стварањем међународне организације, уређене међународне заједнице „Société des Nations", односно „League of Nations".

Раније више, сада знатно мање, било је критика и објашњења у вези са употребом назива „међународно право", с обзиром да су досад првенствено државе носиоци субјективитета у међународним односима. Подразумевајући његову ширу садржину оно свакако није *само* „међудржавно право", али нећемо порицати да је начело суверенитета најизраженије везано за државе и да оно и даље лебди у односима између држава и прожима данашњи међународноправни поредак, тј. односе у међународној заједници. Правила о односима између народа, преточена кроз савремени систем међународног права функционишу пре свега преко држава, које их симболизују и представљају.[27] Чини нам се да је садашњи међународноправни поредак на „прелому и средокраћи" између међудржавног права, права међу народима и мало даљег, више жељеног, права човечанства у будућности.

Даље, из разлога структуралних промена у савременом друштву, има писаца који сматрају да данашње међународно право поприма, истина споро, вид општечовечанског, опште људског права или интерсоцијалног, интердруштвеног права. Проширење надлежности међународног права на нове просторе и области, са укључењем међународних организација, различитих корпорација и удружења као и појединаца, по овим писцима, утиче на распад

25 Југословенски писац М. Илић, пре Другог светског рата, ангажује се за назив „међународно право", не само зато што је тај назив потврђен традицијом, него нарочито због тога што му се чини, да ће иако не одговара данашњици, одговарати будућности, коју у неку руку наговештава. Тај назив означава циљ ка којем иде постепени развој међународних односа. – „Општа разматрања о Друштву народа и његовом праву", докторска теза на француском 1919, превод, Београд 1996, стр. 46.

26 Б. Јанковић, *op. cit.*, стр. 1.

27 N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 34.

строгих граница између међународног јавног права и међународног приватног права. Изналазе се нови називи као „транснационално" право односно „наднационално" право – „светско" право, или „право међународних односа", у које би се укључило и међународно јавно право и међународно приватно право и сва друга правила која не спадају у потпуности у ове стандардне дисциплине али су уско везана с њима.[28]

И нама се чини да је у овом моменту назив „међународно право" најприхватљивији. Истина, назив изражава више политичко-друштвену садржину правне дисциплине него уређење односа између постојећих међународноправних субјеката. Није реч о уређивању односа само између народа, већ првенствено између држава, држава и међународних организација и између међународних организација међусобно. Кад је реч о односима између међународних владиних организација и других правних субјеката са њима, њихове чланице су у првом реду државе. Међународне организације имају самостални међународноправни субјективитет, независан од субјективитета држава – њихових чланица. У ствари, сада је преображен ранији објекат међународног права који се сводио на односе између држава, а они су били искључиво предмет регулисања. Сада додајемо и односе држава поводом права својих припадника. Тако, у најширем смислу речи, у оквиру међународне заједнице имамо односе који укључују државе, међународне организације, народе, друге целине и појединце.

Доктрина и пракса се мире са овим називом, не противрече му, а уосталом, како се с правом истиче, има се у виду да су називи само ствар договора самих носилаца субјективитета у међународним односима. И новији југословенски писци, задржавајући овај назив, чине упоређење његове употребе у односу на његово значење на страним језицима.[29] Назив није и правнички идеалан, али у овом моменту изгледа да није могуће наћи бољи, нити га

28 J. Andrassy, *op. cit.*, стр. 1; N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 36 (у литератури: Ph. Jessup, Transnational Law, 1956; R. Pinto, *Droit des relations internationales*, 1972 и др.). Међутим, ови нови називи нису успели да истисну назив „међународно право", нити су, пак, стекли неку ширу подршку.

29 М. Живковић – З. Радивојевић, *op. cit.*, стр. 94-95. – Писци наводе да у француском и енглеском језику егзистирају три назива за означавање правне дисциплине која има за предмет уређивање међусобних односа чланова међународне заједнице („droit des gens", „droit international" и „droit international public" у француском, односно „International Law", „Law of Nations" и „Public International Law" у енглеском језику). И даље, немачки назив „Völkerrecht" одолео је свим променама, па се и даље искључиво употребљава у данашњој немачкој доктрини у смислу сва три наведена израза, мада се изузетно срећемо и са изразом „Internationales Recht", што служи као најопштији и најшири појам. – У нашем језику, називом „међународно право" односно „међународно јавно право" покрива се садржина наведених назива у француском, енглеском и немачком језику.

доктрина жели мењати. У очекивању бољег, одговарајућег назива, посебно кад је реч о даљој будућности са променама у данашњој међународној заједници или о новим техничким проналасцима у откривању и савладавању космоса итд., треба остати при овом називу, све док не постане узак или ограничавајући. Засада он подразумева уређење односа између субјеката међународног права у оквиру међународне заједнице, везаних просторно за планету Земљу, а појединим начелима и правилима уређују се и односи између субјеката у вези са објектима ван наше планете (космичко право).

Најзад, у доктрини постоји неуједначеност у погледу употребе назива „међународно право и „међународно јавно право". Најчешће се та два назива узимају као синоними, тј. ставља се између њих знак једнакости, што чини и писац овог рада. Уобичајено је када се каже „међународно право" да се истовремено мисли и на „међународно јавно право". Међутим, тачно је и то да се додатком „јавно" избегава било какав неспоразум о каквим је односима реч, јер се имају у виду начела и правила којима се регулишу односи између субјеката међународноправног поретка. Али, има и другојачих мишљења југословенских писаца, по којима међународно право у ширем смислу обухвата и међународно јавно право и међународно приватно право. Насупрот томе, поједини новији југословенски писци сматрају да је једино правилан назив „међународно право", и да додатак „јавно" није одговарајући.[30] Назив „међународно право" употребљава се без додатка „јавно" и подразумева се да је реч о јединственом и искључивом називу с обзиром на његову првобитну употребу и настанак. Честа замена ова два назива и њихово подразумевање чини се и у унутрашњем законодавству и у најширој јавној употреби.

Назив „међународно приватно право" (раније значило сукоб закона) такође је општеприхваћен у доктрини, мада и ту постоји расправа око тога да ли је најбоље изабрана. Реч је о посебним правним односима који се регулишу правилима међународног приватног права.[31] Овај рад није посвећен разликовању међународног јавног права и међународног приватног права.

---

30 М. Живковић – З. Радивојевић, *op. cit.*, стр. 96-97, 104. За ове писце, атрибут „јавно", због своје амбивалентности, несавршености и интерноправног порекла, не може прецизно да изрази садржину ове правне дисциплине.

31 М. Живковић – З. Радивојевић, *op. cit.*, стр. 99-104. – Писци врло подробно анализирају карактер међународнојавноправних односа и међународнојавноправних односа који стоје у основи међународног јавног права и међународног приватног права.

Stevan Đorđević*

INTERNATIONAL LAW – DEFINITIONS AND TERMS

Summary

According to the view of this author: "International law is a unique collection of legal principles and rules, arranging a special aspect of societal relations between subjects of international law and their corresponding and contradictory values and interests in the given international community."

The paper offers a thorough survey of the definitions of international law, in other words, international public law in doctrine, in the country and abroad, during the last century. The author states that it has changed, especially in regard of subjects, and that the content of relations that have been organised by legal principles and rules has become broader and more comprehensive. The most general definition in doctrine today is that international law is a collection of legal rules whereby international relations are arranged, that is, relations in the international community.

The author traces the name of this discipline, starting from the Roman notion of *jus gentium* and gives a history of its use. According to him the term "international law" is the most acceptable, although even this term is not ideal from the legal point of view. At this moment, it is apparently impossible to find a better term, nor is there a wish in doctrine to change it. In the expectation of an appropriate term – especially in regard of the changes in today's international community in the future, or regarding new technical innovations in discovering and mastering the cosmos, etc. – this term should be retained until it becomes too narrow and limiting.

According to the author it is customary that when we say "international law" we also think of "international public law". However, it is also correct that by using the term "public" we avoid misunderstandings in regard of the content of legal discipline. By adding "public" we point to its legal public nature, thereby distinguishing it from international private law, i.e. it excludes that law.

Key words: *International Law (definitions) – International Law (term) – Jus gentium – International Public Law.*

* Dr Stevan Đorđević, University Professor.

Stevan Đorđević*

DROIT INTERNATIONAL, DÉFINITIONS ET TERMES

Résumé

Selon cet auteur: "Le droit international est un ensemble spécifique de principes et de règles juridiques selon lequel on gère un aspect particulier des rapports sociaux entre les sujets du droit international dans leurs valeurs et intérêts identiques et contradictoires au sein d'une communauté internationale donnée."

L'auteur rappelle les divers énoncés de la définition du droit international, et respectivement du droit international public, en vigueur dans la doctrine tant en Yougoslavie qu'à l'étranger au cours du siècle passé. Il constate que cette définition a subi des changements, notamment en ce qui concerne les sujets du droit, alors que le contenu des rapports gérés par les principes et règles juridiques a progressivement englobé un domaine de plus en plus large et diversifié. Aujourd'hui la définition la plus générale du droit international dans la doctrine est qu'il constitue un ensemble de règles juridiques gérant les rapports internationaux, c'est-à-dire les rapports au sein de la communauté internationale.

L'auteur suit l'évolution des termes de cette discipline depuis la notion romaine de *ius gentium* et retrace l'historique de leur emploi. Selon lui la formulation "droit international" est la plus acceptable bien que n'étant pas idéale du point de vue juridique. A l'heure actuelle, il semblerait toutefois qu'il n'est pas possible d'en trouver de meilleure et que la doctrine, elle-même, ne souhaite pas en changer. Dans l'attente d'un terme plus adéquat – en particulier lorsque l'on a en vue les changements intervenant, ou à venir, au sein de la communauté internationale, ou les innovations techniques qui accompagneront la conquête et la maîtrise de l'espace, etc. – il convient donc de garder ce terme tant qu'il ne s'avérera pas trop étroit et restrictif.

Selon l'auteur, l'usage veut que par "droit international" on pense également parfois au "droit international public". Toutefois l'adjonction de l'épithète "public" permet d'éviter tout malentendu en ce qui concerne le contenu de la discipline juridique en question. Cette précision attire en effet l'attention sur son caractère juridique et, en cela, le différencie et le distingue du droit international privé.

Mots clés: *Droit international (définitions). – Droit international (terme). – Ius gentium. – Droit international public.*

* Dr. Stevan Đorđević, professeur de l'Université.

UDC 347.628-053.6
(Изворни научни рад)

Марина Јањић Комар*

СЕКСУАЛНА И РЕПРОДУКТИВНА ПРАВА МЛАДИХ – ПРИСТАНАК ДЕТЕТА

Сексуална и репродуктивна права омладине актуелизована су као тема у условима једне нове културе која сексуалност оштро одваја од репродукције. Традиционално становиште да се сексуални односи лоцирају у сферу брака разорено је већ чињеницом легализације ванбрачне заједнице и сексуални односи се сматрају доменом људске интиме и слободе. Овај образац је примењен и на децу. Граница допуштених сексуалних односа установљена је у односу на малолетна и пунолетна лица, док се о сексуалности самих малолетника углавном ћути.

У теорији се поставља проблем који је адекватан начин да се у сфери сексуалности и репродуктивних права формулише способност малолетника. Она се одређује или постављањем границе узраста или путем „способности за расуђивање" која подразумева индивидуалну процену способности да се схвате значај и последице одређених поступака.

Контекст остваривања сексуалних и репродуктивних права пре свега је здравље, али и однос према другим правима, на пример приватности. Граница између права детета и права родитеља постаје проблематична и њихова права заштите се губе. Придавање правних дејстава вољи малолетника утиче и на дефинисање неких других права: права на живот, права на идентитет.

Укупан пораст слободе у личној сфери не може се једноставно применити и на омладину. Има приговора да савремене сексуалне слободе указују на један феномен регресије који се различито објашњава. Можда се на децу примењује модел љубави који се везује за одрасле и који значи напуштање детета у име његових права.

Кључне речи: *Сексуална права. – Репродуктивна права. – Способност малолетника. – Пристанак детета.*

---

* Марина Јањић Комар, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

САГЛАСНОСТ ДЕТЕТА

Увод

Питање полности се у западној метафизици мишљења сагледава у опозицији 'природа-култура' и узима као родно место исходишта културе, а да се при том не мисли да оно постаје интегрални део историјског мишљења културе. Принцип полности заснован је у ствари на конвенцији о 'природи' полности и конвенцији о њеној 'култури' с друге стране. Феномен полности представља својеврсно методолошко оруђе у духовном, појмовном структурирању људског света и његовој практичној, историјској и културној конструкцији као једно од конститутивних оруђа за интерпретацију и изградњу људског смисленог света.[1] Такав је случај и са посебно осетљивим питањем полности омладине које је у последња два века остало обавијено ћутањем старије генерације. Омладина се по дефиницији сматрала асексуалном, наивност се одређивала као 'невиност' а гушење сексуалности је било примарни задатак. Сматрало се да је „тајно уживање" адолесцената расипање снаге и угрожавање будућег здравог потомства, што је ангажовало родитеље и лекаре у здушном дисциплиновању тела.[2] Друштвено је функционисао 'механизам сексуалности' као регулатор брака и породице који је посредовао не само сексуалност деце него и сексуалност одраслих.

1. Механизам сексуалности

'Механизам сексуалности' је културно одређен друштвени образац за регулисање сексуалности. У примитивним друштвима природа је била сакрализована и изражавање полности представљало је учешће у 'тајном животу'.[3] Одрастање је било повезано за обреде иницијације који су имали доминантну сексуалну компоненту. За примитивног човека живети значи учествовати у космичком сакралитету, при чему је природа антропоморфизована и идеја живота пројектована на целу природу. Са хришћанством се уводи идеја 'плоти', јединство телесног и духовног, које се реализује у браку. Морализована је сексуална сфера и учвршћене су основне друштвене институције брака и породице. Деца припадају сфери 'невиности', а сексуални живот одраслих, посебно жене, надгледа се и контролише.

---

1 – Ш. Папић, *Опозиција природе и културе као природна дефиниција и интерпретација полне разлике – Леви-Стросова пројекција искона културе као друштвеног уговора између мушкараца*, 1. Женске студије, 1996.

2 М. Фуко, *Историја сексуалности*, 1982, стр. 107.

3 М. Елијаде, *Мистична рођења*, 1994, стр. 78.

Превођење сексуалности у говор започиње темељном десакрализацијом природе, кад чисто биолошко постојање постаје „скорашње откриће у историји човечанства".[4] Започиње пут медикализације секса, једне, како Фуко каже, sciencia sexualis која први пут сексуалност омладине поставља као проблем. Чињенице живота, као што су рађање, пресељење, смрт, постају материјал за демографију и друштвено регулисање становништва. Ови процеси представљају и савремен оквир размишљања о сексуалности омладине изражених у идеји здравственог просвећивања. Управљање животом преноси се и на технике генетске манипулације и биоинжењеринга (партеногенезе, клонирања, ектогенезе, итд.). Ствара се једна нова култура у којој се сексуалност оштро разликује од репродукције, у којој су створени услови да се сексуални односи лоцирају у сферу задовољства у којој је тело постало централни објекат.

2. Право у СР Југославији

Око сексуалности модерно право је развило мрежу правних правила која се односе како на границе допуштености ове врсте активности тако и на поједина права која представљају значајне тековине модерног доба: право на приватност, право на здравље, репродуктивна права. Ниједно право при том није апсолутно већ се мора сагледавати у склопу других права. За децу је пак од пресудне важности питање способности за самостално вршење права чије одређење значајно задире у начин дефинисања основних појмова живота, здравља, идентитета, као и неких основних категоризација као што је разликовање старијих и млађих (однос између генерација). Идеја људских права као индивидуалних права утицала је и на промене основних животних релација брака, родитељског односа (ауторитет родитеља) и основних породичних веза (смањење значаја сродства).

2.1.. Границе допуштених сексуалних односа

Кривично право одређује границе сагласности за учествовање у сексуалним односима. Граница је постављена у односу на одрасле и према врсти радње (обљуба, противприродни блуд и блудне радње). За хетеросексуални однос граница је у југословенском праву 14 година, а за хомосексуални однос потребно је пунолетство. Све доскоро хомосексуалност је била кривично санкционисана као повреда полног морала.[5]

4 Видети supra н. 3.

5 Измене Кривичног закона Републике Србије, *Службени гласник Србије* 47/94. и Измене Кривичног закона Црне Горе, *Службени листи* 42/93. У даљем тексту КЗ Србије и КЗ Црне Горе.

Малолетна лица су посебно заштићена у погледу слободе полног општења и полног морала. Као посебно кривично дело предвиђа се обљуба или противприродни блуд са лицем које није навршило 14 година старости.[6] Пристанак малолетног лица, чак и кад је праћен иницијативом у том погледу, не искључује постојање овог кривичног дела. Малолетно лице се појављује као пасивни субјект и код других дела из групе кривичних дела против достојанства личности и морала: блудних радњи, завођења, подвођења или омогућавања вршења блуда. Код других дела малолетство испод 18 година чини да дело добије тежи облик: силовање и посредовање у вршењу проституције. За кривично дело обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја ирелевантно је од кога је потекла иницијатива. Кривично дело постоји и кад је сам малолетник провоцирао обљубу или противприродни блуд.[7] У вези са овим кривичним делом, у судској пракси се поставило питање да ли је кривично дело ако између извршиоца и малолетника постоји однос заљубљености, једностране или двостране, и заузет је став да је за кривично дело битна злоупотреба положаја – кад ње нема, нема ни кривичног дела.[8] Тежи облик овог кривичног дела постоји кад се обљуба или противприродни блуд врше над малолетним лицем које није навршило 14 година а поверено је учиниоцу ради учења, васпитања, чувања или неге. Природа кривичних дела против достојанства личности и морала јесте таква да се она врше само умишљајем. Ни за једно дело закон не предвиђа одговорност за нехатно извршење.

У групу кривичних дела против брака и породице спада ванбрачна заједница са малолетним лицем и родоскврњење. Ванбрачна заједница је забрањена између пунолетног и малолетног лица. Разликују се два кривична дела: ванбрачни живот пунолетног лица са малолетним лицем и омогућавање ванбрачног живота са малолетним лицем кад усвојилац, родитељ или старалац допусте малолетном лицу које је навршило 14 година да живи у ванбрачној заједници.[9] Ако дође до закључења брака са малолетним лицем са којим се живи у ванбрачној заједници, гоњење се неће предузети. Ванбрачна заједница малолетних лица није у принципу забрањена ако је израз слободне воље малолетника. А сматра се друштвено непожељном заједницом из више разлога. Пре свега, закључење брака се дозвољава само лицу са навршених 16 година живота за које суд утврди да има довољну психофизичку зрелост и ако за то

6 КЗ Србије, *Службени гласник Србије* 26/77 и члан 106 КЗ Црне Горе, *Службени лист* 22/77, члан 89.

7 КЗ Србије, чл. 106, *Службени гласник Србије* 26/77; КЗ Црне Горе, члан 89, *Службени лист* 22/77; КЗ Србије, члан 107 и КЗ Црне Горе члан 90.

8 Љ. Лазаревић, *Кривично право Југославије, посебни део* (1995) стр. 464.

9 КЗ Србије, члан 115 и КЗ Црне Горе, члан 97.

постоје оправдани разлози.[10] Телесна и душевна зрелост малолетника се не претпоставља већ се утврђује од стране здравствене организације. Посебно се саслушавају родитељи, подносилац предлога и лице које намерава да са малолетником закључи брак, и тражи се мишљење органа старатељства који је задужен да штити интересе малолетника. Ванбрачна заједница се сматра сличном браку по функцијама које остварује иако ужива заштиту тек по прекиду заједнице. Као и брак, она подразумева одређен степен самосталности у социјалном и економском смислу. Иако је право практично суочено са фактичким постојањем ванбрачног односа, оно нема механизме за регулацију.

Кривично дело родоскрвњења постоји и ако се обљуба врши између малолетних лица, брата и сестре.[11] Заштита код овог кривичног дела претпоставља здраве и нормалне односе између чланова породице. Раније се сматрало да се кривичним делом родоскрвњења тешко вређа друштвени морал у погледу полних односа, па је родоскрвњење сврставано у групу кривичних дела против морала. Пошто примарни заштитни објекат није полни морал, овим делом није обухваћено вршење противприродног блуда или блудних радњи између сродника.[12] Под утицајем терапеута који су истакли да крвно сродство не одређује инцест на најбољи начин предлаже се да се користи нова дефиниција инцеста. Инцест се одређује као сексуално злостављање учињено кршењем постојеће везе поверења и љубави. Шта више, инцест није обавезно сâм сексуални однос већ и други начини на који дететов простор или осећаји могу бити изложени сексуалном насиљу.[13]

2.2. Концепт способности малолетника

За детињство као посебну фазу живота везује се, по правилу, културна претпоставка о неспособности детета за предузимање правних послова. Ова претпоставка је доведена у питање променом концепта детињства и индивидуалним правима детета која је предвидела Конвенција о правима детета и посебно законодавство. Способност малолетника за доношење правно релевантних одлука, тј. питање његове 'зрелости', заокупља и правну теорију и праксу. Зрелост се стиче са 18 година, пунолетством, кад се стиче и способност за самостално вршење права и обавеза. У југословенском праву, кад је способност малолетника у питању разликују се глобално две категорије малолетника: потпуно пословно неспособни

10 Закон о браку и породичним односима Србије, члан 49, *Службени гласник Србије* 22/1980, у даљем тексту ЗБПО Србије.

11 КЗ Србије, члан 121 и КЗ Црне Горе, члан 103.

12 Видети supra н. 8, 538.

13 З. Мршевић, *Инцест између мита и стварности*, 1997, стр. 18.

малолетници испод 14 година и делимично способни малолетници између 14 и 18 година. Подела је извршена с обзиром на способност малолетника за закључивање правних послова и има примену у имовинском праву. Пословно неспособни малолетници не могу закључивати правне послове, док делимично способни малолетници могу закључивати правне послове уз дозволу или одобрење законског заступника – родитеља или старатеља. Способност малолетника да схвати значај својих поступака, у овом другом случају се претпоставља, али интересе малолетника штите родитељи у односу на трећа лица путем давања сагласности. Како се посебним законима све више индивидуализују права малолетника, њихова 'зрелост' се одређује на основу година, прописивањем узраста за остваривање појединих права и обавеза, или на основу 'способности за расуђивање' која подразумева индивидуалну процену способности да се схвате значај и последице одређеног поступка. Оба критеријума су заступљена у југословенском праву иако постоји могућност њихове колизије. За остваривање репродуктивних права предвиђена је 'способност за расуђивање', али се за поједина права, као што је право на прекид трудноће, предвиђа само узраст, те је могуће да се постави питање самосталног остваривања права малолетнице која је млађа од 16 година а способна је за расуђивање. Запажа се да се у личним правима малолетник више и чешће 'еманципује' од својих родитеља него у имовинским правима: са 16 година може признати очинство ако је способан за расуђивање,[14] може дати сагласност са признањем очинства,[15] или је за усвојење малолетног детета старијег од 10 година потребна сагласност итд.[16]

Зрелост има свој психолошки и социјални вид. Зрелост личности означава степен постигнуте интеграције личности: степен постигнутог склада између развојних потенцијала и постигнућа и степен успешности интеграције у друштвену средину уз поштовање потреба и вредности других. Као практични критеријуми зрелости, поред интелектуалног (реалистично просуђивање, отвореност ка новом искуству, процена компетентности), емоционалног (способност успостављања емоционалних веза, толеранција на фрустрацију), социјалног (слобода од доминације ауторитетом, константност базичних вредности и етичка нерелативност), и психо-сексуални критеријум је битан као разумевање и успостављање веза са особама другог пола.[17] Способност успостављања веза са другима, пре него аутономија, јесте дефиниција зреле особе. Права су ствар међузависности узајамног одређења.[18] Стога је 'способност за ра-

14 ЗБПО Србије, члан 93.
15 ЗБПО Србије, члан 95, став 1.
16 ЗБПО Србије, члан 1566, став 3.
17 С. Хрњица, „Зрелост личности", *Психолошка истраживања*, 3/1984.
18 M. Minow, *Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover*, The Yale Law Journal, в. 96, н. 8, 1987, стр. 1884.

суђивање' примеренији правни израз за давање сагласности малолетника него одређивање 'аутономије' на основу година. Способност за расуђивање треба схватити као довољно разумевање и разумну процену предности или недостатака одређене врсте активности. 'Зрелост' малолетника је фактичко питање и процењује се у сваком конкретном случају.

2.3. Сагласност за сексуални однос и сексуална права адолесцената: аргументи pro et contra

Конвенција о правима детета предвиђа да ниједно дете не може бити изложено произвољном или незаконитом мешању у његову приватност, породицу, дом или преписку, нити незаконитом нападу на његову част и углед. Дете има право на законску заштиту против таквог мешања или напада.[19] Овом одредбом укинута је разлика деце и одраслих и посебно је индивидуализовано дете као субјект и у најосетљивијој сфери људске приватности – интимним односима. Утолико пре што се у теорији појам приватности знатно проширио на све што једно лице сматра својом приватном сфером.[20] Иако законодавац и пракса ћуте о сексуалним односима младих, у југословенском праву се предвиђа да је за остваривање права на слободно родитељство довољна 'способност за расуђивање', која се може ограничити само из разлога здравља.[21] Ова одредба ослања се на уставну норму која предвиђа право човека да слободно одлучује о рађању деце, и то без икаквих посебних ограничења.[22] Она имплицитно претпоставља постојање сексуалних односа који су претпоставка за остваривање репродуктивних права. Док, као што смо видели, кривично законодавство предвиђа узраст за давање сагласности на сексуални однос између одраслих лица и малолетника, ова граница се не поставља између малолетних лица. Да ли је у овом случају реч о постојању сексуалних права адолесцената или је неопходно да се размотри сфера приватности малолетника у односу на права које родитељи остварују као и у погледу њиховог здравља?

Кад је у питању здравље као аргумент, тешкоће изазивају не само различите дефиниције здравља него и различити ставови у односу на природу раних сексуалних односа. У енглеској судској пракси је изражено мишљење да постоји ризик за здравље ако се

19 Конвенција о правима детета од 20. новембра 1989, ступила на снагу 2. септембра 1990, члан 16. Југославија ју је ратификовала Законом о ратификацији, *Службени лист СФРЈ* 15/90.

20 М. Јањић Комар и М. Обретковић, *Права детета – права човека*, 1996, стр. 120.

21 ЗБПО Србије, члан 4.

22 Устав Републике Србије од 28. децембра 1990, члан 27.

рано ступи у сексуални однос, и то ризик који контрацепција не може елиминисати. Поводом исте ствари изражено је и супротно мишљење: да неупотребљавање контрацептивних средстава угрожава и физичко и ментално здравље адолесцента.[23] Спор је у ствари пре о праву на сексуалну активност адолесцената него о здрављу. Иако, са становишта медицине, треба превентивно деловати тако да се сексуалне активности одложе за зрелије године, медицински модел одговорности налаже пружање помоћи у сузбијању нежељених последица сексуалног односа по здравље и социјалну добробит адолесцента.[24] У питању је и култура сексуалних односа а не само здравствени разлози.

Да ли родитељско право обухвата и сагласност за сексуалну активност детета у склопу права родитеља да се стара о развоју и добробити детета? Конвенција о правима детета предвиђа одговорност, права и дужности родитеља да у складу са развојним могућностима детета пруже одговарајуће усмеравање и саветовање у остваривању права признатих овом конвенцијом.[25] Осим тога, истиче се да родитељи или, зависно од случаја, законски старатељи имају превасходну одговорност за подизање и развој детета. Највиши интерес детета биће њихова основна брига.[26] У овом случају могуће је да дође до несагласности око тога шта је интерес детета у склопу његових развојних потреба и права на приватност. Право на приватност у основи укида дужност обавештавања родитеља. Ако су родитељи ипак обавештени, родитељска сагласност има само „консултативни карактер" и није услов дозвољености акта. У случају конфликта, родитељи могу довести у питање само зрелост малолетника. Ипак, родитељска одговорност налаже да обавесте дете о значају и природи сексуалних односа и укажу на одговорности које из њих произлазе. Према истраживању које је епидемиолошки спроведено над 507 адолесценткиња на територији Београда, за часове сексуалног васпитања у школи изјаснило се само 13,8%, истакавши родитеље или лекара као пожељан извор знања у области хумане репродукције и контрацепције. Због тога је предложена едукација родитеља као носилаца здравственог васпитања.[27]

2.4. Репродуктивна права

Репродуктивна права у СР Југославији загарантована су Уставом, а посебни закони регулишу услове остваривања тих права. Закон о браку и породичним односима Србије предвиђа на општи

23 S. M. Cretney и J. M. Masson, *Principles of Family Law*, 1997, стр. 591.
24 Д. Мијановић, *Регулација фертилитета у адолесцентном периоду*, 1995.
25 Конвенција о правима детета, члан 5.
26 Конвенција о правима детета, члан 18, став 1.
27 Supra н. 24, стр. 232.

начин способност за остваривање репродуктивних права – способност за расуђивање.[28] Иако се може ограничити само из разлога здравља, на репродуктивна права се не примењују одредбе Закона о здравственој заштити које се односе на сагласност родитеља за предузимање терапеутских поступака у односу на дете. У недостатку посебних прописа, репродуктивна права сматрају се сфером слободе и приватности појединца, а здравље се у ужем значењу схвата као одсуство болести.

Малолетник који је способан за расуђивање има право на контрацепцију без сагласности родитеља. О контрацепцији постоје посебне одредбе, само Закон о поступку прекида трудноће садржи једну одредбу која обавезује лекара коме се трудница обратила за прекид трудноће да је упозна са средствима и методама спречавања трудноће.[29] Предлог закона о планирању породице од 1989. године предвиђао је да свака употреба средства за контрацепцију мора бити под надзором лекара.[30] Тај закон није никада ступио на снагу.

Док код примене контрацептивних средстава није предвиђен никакав узраст као услов реализације права, код прекида трудноће се захтева сагласност родитеља ако је малолетница млађа од 16 година. Ако нема родитеља или законског заступника, или су они одсутни или спречени, потребно је прибавити мишљење надлежног органа старатељства. Изнад 16 година малолетница има самостално право на прекид трудноће до 10. недеље старости плода.[31] Потребна је само писмена сагласност малолетне труднице. Пристанак труднице је пуноважан тек ако је трудница обавештена о значају и домашају интервенције која се предузима. Сагласност се једино захтева ако је трудница у стању нужде, односно у таквом стању да не може самостално донети одлуку. Тада је лекарска интервенција а не уговорна обавеза.[32] Тако у хитним случајевима, због потребе брзог деловања, сагласност се не мора прибавити од законског заступника, односно од труднице која се налази у тешком стању.[33] Одсуство нужности мора бити доказано од стране оног ко тврди да она не постоји. Узраст од 16 година усклађен је са правом малолетника да, из оправданих разлога, са 16 година закључи брак уз дозволу суда, под условом да се утврди да је малолетно лице достигло телесну и душевну зрелост потребну за вршење права и дужности у браку.[34] Међутим, код прекида трудноће законски је одређен само узраст од 16 година без утврђивања

28 ЗБПО Србије, члан 4.

29 Закон о поступку прекида трудноће у здравственој установи, *Службени гласник Србије*, број 18, од 12. маја 1995, члан 5. У Даљем тексту ЗППТЗУ.

30 Закон о планирању породице, члан 29.

31 ЗППТЗУ, члан 2.

32 З. Поњавић, *Прекид трудноће – правни аспекти*, 1997, стр. 157.

33 Закон о здравственој заштити Србије, *Службени гласник Републике Србије* 17/1992, члан 10.

34 Supra н. 10.

способности за расуђивање. Подразумева се да је малолетница са 16 година достигла довољан степен способности за расуђивање да може самостално да одлучује о прекиду трудноће. Способност за расуђивање се претпоставља. Малолетница, без обзира на узраст, сама покреће поступак за прекид трудноће.

Нејасан је положај малолетнице између 16 и 18 година која нема за њену доб одговарајућу способност расуђивања. Да ли би се могло доказивати њено непостојање пошто се она код малолетнице овог узраста претпоставља, јер у југословенском праву није предвиђен поступак за лишење ограничене пословне способности ако наступе разлози који би то оправдали?[35] Предвиђен је само поступак продужења родитељског права ако пунолетно дете, услед душевне болести, заосталог душевног развоја, телесних мана и других разлога, није у стању да се само стара о својој личности, правима и интересима.[36] Одлуку о томе доноси суд. Дете се тада сматра као особа лишена пословне способности и за њу важи правило о сагласности родитеља или стараоца за прекид трудноће.

Сагласност родитеља је услов да се право оствари. Сагласност се може схватити двојако: као законско заступање интереса детета у конкретном случају или као остварење родитељског права у смислу одлучивања о здрављу малолетнице.[37] Потребна је сагласност оба родитеља. Ако родитељи не могу да се договоре или се сагласност ускраћује из неразумљивих или религиозних разлога, лекар се мора обратити органу старатељства ради постављања посебног, колизијског старатеља који ће уместо родитеља дати сагласност или је ускратити. Сагласност се даје у писменој форми и може се опозвати све док није почео хируршки захват. Жалба није предвиђена.

Лекар може да предузме прекид трудноће само ако трудна жена дâ свој пристанак, те је тако призната аутономија малолетнице у односу на родитеље кад се не жели прекид трудноће.[38] Закон је израз једне пронаталитетне политике.

У Југославији стерилизација није уопште правно регулисана као и у већини земаља. По природи ствари, стерилизација малолетника била би апсолутно забрањена, као што је то случај у немачком Грађанском законику према изменама из 1990. године.[39] Нема посебних прописа о поступцима вештачког оплођења или промени пола.

---

35 Supra н. 32, стр. 135-136.

36 ЗБПО Србије, члан 143.

37 К. Зупанчић, *Способност за остваривање права на слободно одлучивање о рађању деце путем здравствених начина и средстава. Правни аспекти остваривања уставног права човека да слободно одлучује о рађању деце*, 1987, стр. 284.

38 Supra н. 32, стр. 141.

39 Х. Мујовић-Зорнић, *Уговор о стерилизацији; Медицинско право и медицинска етика*, 1994, стр. 82.

3. Стандард одговорности

Узраст малолетника мора се сагледавати у склопу опште обавезе државе да обезбеди услове за реализацију људских права. Могуће је дефинисати један међународни стандард одговорности који захтева цивилизовано друштво. За сексуална и репродуктивна права здравље је постављено као оквир остваривања права. Као мера друштвене акције појављује се здравствено просвећивање за које су задужени лекари и школске установе. За одлучивање о битним питањима реализације ових права захтева се пристанак. Законским изменама мења се природа породичних односа, посебно односа родитеља и деце. Уместо сродства као основног критеријума дефинисања односа, појављује се поверење (Труст). Полни морал излази из оптике друштвеног регулисања, а регулативни принципи подржавају укупан пораст слобода и права појединаца. Из родитељског права постепено се издвајају права деце за која се прописују посебни услови реализације права. Укида се разлика између деце и одраслих посебно у осетљивим питањима личних права. Сагласност детета постаје битна компонента остваривања многих права. У најмању руку, дете мора бити саслушано при доношењу одлука или у поступцима који се тичу његовог живота. Истина, продужено школовање утиче да се у материјалном смислу продужава зависност детета од родитеља, али индивидуализација детета као субјекта указује на нову културу односа родитеља и деце. Еманципација детета од родитеља остварује се много лакше у личним односима, па нека права предвиђају могућност да у целини престану родитељска права над малолетником који је постао родитељ.[40] О обавезама детета се ништа не говори.

4. Сексуална и репродуктивна права у склопу других права

Питање сагласности детета испољава се као самостално одлучивање о односу (ступање у полни однос, на пример) или је битан елемент доношења одлуке о неком праву (сагласност за прекид трудноће). Придавање правних дејстава вољи малолетника утиче и на дефинисање неких других права: право на живот, право на идентитет, право на здравље. Идеја људских права отворила је низ питања повезаних са аутономијом појединца, па се могло очекивати и да ће се логиком развоја саме идеје поставити питање аутономије адолесцента при остваривању сексуалних и репродуктивних права. Традиционално право је ово питање препуштало родитељима а да је при том ћутање старије генерације било правило. Шта-

40 Закон о браку и породичним односима Словеније, *Ур. лист СРС*, 15/76, члан 117, став 3.

више, сматрало се да сексуалност омладине није правно питање, те да заједно са другим односима као што су љубав, пријатељство, остаје подручје морала а не права.

Ипак, признавање одређеног степена аутономије детета у сексуалним и репродуктивним правима повлачи за собом и измену значења неких основних права. Пре свега мења значење право на живот, које је традиционално схваћено као трајање, које има свој почетак и крај. Навикнути да о животу размишљамо као о континуитету, у том оквиру постављамо питање о његовом почетку, трајању и непоновљивости. Тако посматрамо и вредност живота, па су и друга права ограничена на промовисање његовог трајања: право на здравље, физички и психички интегритет, па чак и право на приватност. Кад је држава благостања наставила развој оваквих односа, повећање очекивања у социјалној сфери пратили су доктринарни ставови о квалитету живота. Различите теорије о животу у рукама институција постајале су својеврсна идеологија, где су постављене вредности изражавале социјална очекивања као схему о којој је у крајњој линији одлучивао неко трећи. Да би се о животу донела смислена одлука, потребно је поставити човека у контекст постојања а не трајања. Питање смисла је ексклузиван домен појединачне одлуке какав живот и које могућности чине постојање истинитим и аутентичним.[41]

5. Закључак

Еманципација у домену сексуалних и репродуктивних права малолетника одвија се према моделу одраслих. У последњих неколико деценија овај модел трпи значајне измене. Норме породичног права у европским државама напуштају традицију доживотне брачне љубави и комплементарног односа мушкарца и жене. Мења се и одговорност за избор, јер брак полако губи економска обележја и разведени брачни другови се упућују све више на самостално обезбеђивање средстава за живот. У сексуалној и репродуктивној сфери прокреација престаје да се формулише као циљ брака и обавеза полног општења. Друштвено етаблирана идеја љубави ипак постоји и изражава се правним прописима. Норма односа је хетеросексуална веза, моногамна и брачна. Односи су симетрични – партнерство. Репродукција се одваја од сексуалних односа и жељено дете постаје центар породичног живота. Емоционална веза мушкарца и жене је окосница брака, а љубав је схваћена као полна љубав и сексуални односи у браку разматрају се као питање њихових права.

41 Supra н. 20, стр. 55-56.

Својеврсни детерминизам слободне воље који обележава савремене односе утиче и на представе о сексуалности омладине и наговештава један у основи permисиван став друштва.[42] Реалност постаје битно обележје права. Сексуалне слободе захватају и свет адолесцената. Има приговора да савремене сексуалне слободе указују на један феномен регресије који се различито објашњава. Наводе се социјални разлози као општа клима једног друштва у коме влада егалитаризам, где се разлике одбацују, где се фаворизује промискуитет и где влада материјализам.[43] Психолошки гледано, ослобађање од сексуалне спутаности и лажног односа према сексуалном нагону не ослобађа аутоматски и стварну сексуалну слободу.[44] „Миодраг Павловић је сасвим тачно написао да еротизам модерном човеку изгледа као један од последњих начина да се враћа колективном... да у еротизму нађе заједнички именитељ са осталим људима, да у еротизму промискуитета, групних бракова или групних ситуација доживи биолошку стопљеност са бићима са којима нема иначе начина да се сретне и зближи."[45] Сходно томе, решења треба тражити у остварењу идеје заједништва у породичним односима и идеји љубави која признаје друго биће као самостално и слободно у узајамности припадања. Таква слобода која не признаје разлику између чисте љубави, полне везе и друштвене условљености, тек чека своје остварење. До тада одговорност лежи на друштву да омогући да се 'грешке' младости исправе. Можда адолесценти имају право на разлику, на сопствену културу емоција, право да буду слободни од сексуалности одраслих. Можда ми намећемо деци одређен концепт љубави који значи напуштање деце у име њихових права.

42 В. Јеротић, *Човек и његов идентитет*, 1990, стр. 101.
43 Ј. Евола, *Метафизика секса I*, 1990, стр. 87.
44 Supra 42, стр. 95.
45 Supra 42, стр. 94.

Marina Janjić Komar*

SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS – AGE OF CONSENT

Summary

In modern thought, the language of sexuality and the process of the medicalization of sex both began with the secularization of nature. In sexual science, adolescent sexuality is observed as a matter of medical information. The limits of lawful sexual activity are prescribed in penal law. In civil law, the common presumption of a child's incapacity has been altered and the capacity of the child is defined according to age or according to understanding. A minor who has sufficient understanding has reproductive rights. Only for abortion the age limit is 16 years. In the modern state, information on the consequences of sexual practice has become the central point of society's response to new rights and individual freedoms. The Convention on the Rights of the Child has introduced some rights that indicate that childhood is integrated in society in an adult manner. The increase in the number of rights in the sphere of intimate relations does not mean that autonomy reduces human relations to isolated individuals. Perhaps adolescents have the right to a difference in the domain of sexual and reproductive rights, the right to their own culture of emotions and the right to be free from adult sexual culture. Perhaps we impose on adolescents a certain concept of love that neglects youth in its rights.

Key words: *Sexual Rights – Reproductive Rights – Child's Capacity – Consent of the Child.*

* Dr. Marina Janjić Komar, Professor of the Faculty of Law, of the University in Belgrade.

Marina Janjić Komar*

DROITS SEXUELS ET REPRODUCTIFS – ACCORD DE L'ENFANT

Résumé

Dans la pensée moderne, la sécularisation de la nature s'accompagne de l'apparition d'un "langage de la sexualité" ainsi que d'un processus de médicalisation du sexe. Dans la science traitant du sexe, la sexualité des adolescents est considérée comme un problème relevant du domaine de l'information médicale. Les limites de la sexualité sont prescrites par le droit pénal. Par ailleurs, les droits individuels des enfants ont modifié la présomption générale de leur incapacité de telle manière que dans le Droit civil moderne la capacité de l'enfant varie selon son âge et sa faculté de discernement. Ainsi un mineur doté de la capacité de discernement possède aussi les droits reproductifs. Ce n'est qu'en cas d'interruption de grossesse qu'un âge minimum de 16 ans est requis pour prendre en compte le consentement de l'enfant. Dans un État moderne l'information sur les conséquences de la pratique sexuelle revêt donc un caractère primordial lorsqu'il s'agit de la réponse de la société face aux nouveaux droits et nouvelles libertés individuelles. La Convention des droits de l'enfant a attribué certains droits traduisant une intégration et perception adulte de l'enfance. Toutefois, l'augmentation des droits dans la sphère intime ne doit pas forcément se traduire par une réduction des rapports humains à des individus isolés. Il est possible que les adolescents aient droit à une différence dans le domaine des droits sexuels et reproductifs, droit à leur propre culture des émotions, et enfin droit d'être libres vis-à-vis de la culture sexuelle des adultes. Il est possible que l'on impose aux adolescents un concept précis d'amour qui néglige les jeunes au nom de leurs droits.

Mots clés: *Droits sexuels. – Droits reproductifs. – Capacité des mineurs. – Accord de l'enfant.*

* Dr Marina Janjić Komar, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

UDC 347.626
(Изворни научни рад)

Слободан Панов*

О ЗАЈЕДНИЧКОЈ СВОЈИНИ У БРАКУ

У раду се најпре говори о разлозима постојања заједничке својине у браку и о примерима измена правних установа услед брачног својства субјеката. Аутор полемише са уобичајеним ставовима о недопуштености располагања заједничком имовином од стране једног супружника правним пословима међу живима и о статусу поклона као делу посебне имовине супружника.

Кључне речи: *Заједничка својина у браку. – Алтерација. – Располагање. – Поклон у браку.*

1. Увод

1.1. Институт заједничке својине јесте genus proximus чији су различити модалитети присутни у стварном, наследном и породичном праву. Упоредна анализа ових модалитета показује различите разлоге њиховог постојања. Конкретно, у стварноправној сфери, постојање режима заједничке својине на деловима породичне стамбене зграде узроковано је чиниоцем који има фактички карактер[1] и има специфичне правно-вредносне последице (неодређеност удела, недељивост и акцесорност права заједничке својине). У наследноправној сфери исти разлози, али на други начин, дефинишу правни статус предмета домаћинства мање вредности који служе за свакодневну употребу законом одређених субјеката (нужни плурал) који су са оставиоцем живели у истом домаћинству. Наиме, овај модалитет заједничке својине одређен је правно-прагматским разлогом[2] разло-

---

* Др Слободан Панов, доцент Правног факултета у Београду.

1 Намена и врста ствари – заједничке просторије, по својој природи, упућују на избор својинског режима где су имаоци права власници посебних делова породичне стамбене зграде којима користе заједнички делови зграде.

2 Избегавање неповољне ситуације да се, због предмета мање вредности и уобичајене намене, воде дуготрајни судски спорови и претпоставка, утемељена у животном искуству, да означени круг лица у чл. 1 ст. 3 ЗОН Србије id quod plerumque fit наставља заједницу живота.

гом који има правно-вредносни карактер (законодавац у Србији опредељује се за режим заједничке својине, а у Црној Гори за режим сусвојине).

Постојање режима заједничке својине у санаследничкој заједници (од тренутка смрти оставиоца до правноснажности решења о наслеђивању) последица је правнотеоријских начела нашег права.[3]

Разлози постојања дају темељна обележја правне природе наведених модалитета заједничке својине. Осим овог критеријума, може се утврдити разлика и на основу критеријума предмета, односно времена трајања наведених модалитета заједничке својине. Наиме, прва два модалитета заједничке својине за предмет имају непокретне, односно покретне ствари, уз додатне правне квалификативе, док се трећи облик заједничке својине односи на све ствари и права које улазе у састав заоставштине. Сходно времену трајања овог својинског режима, код првог модалитета ради се о трајној недељивој својини, други модалитет није временски дефинисан, док је трећи модалитет по својој природи често привремен.

1.2. У породичноправној књижевности, метаправна оправданост постојања института заједничке својине (имовине) у браку тражена је у логичко-правној сфери. Прецизније казано, разлог заједничке својине тражен је у нужним потребама заједнице, а начин постојања овог института обликован је вредносном компонентом. Према једном старијем тумачењу, сваки систем нужно, зарад гаранта властитог опстанка, подразумева принцип превласти.[4] У новијем, примеренијем схватању идеје заједнице, брачна заједница живота у својој унутрашњој имовинској компоненти (имовински односи супружника, деце и других сродника[5]) или спољњој имовинској компоненти (имовински односи брачних другова и тре-

---

3 Заједничка својина у санаследничкој заједници логична је последица непостојања установе лежеће заоставштине, односно чињенице да наследник постаје ималац права (и обавеза) које улазе у састав заоставштине тренутком смрти оставиоца, а да се величина наследног дела утврђује правноснажним решењем о наслеђивању.

4 Сви системи – брак, породица, држава – морају имати центар коме се гравитира и који све своје делове чини солидарним елементима једне целине, како не би надвладале средобежне, центрифугалне силе – вели проф. Ж. Перић у делу *Лично Брачно право по СГЗ*, Београд, 1934, стр. 63.

5 Упоредно законодавство, изузетно, познаје и другачији правни резон. Тако, у праву Аустралије супружници су слободни да уређују своје односе. Стога, супруга нема законско право да тражи од свог супруга плаћање извесне новчане своте у циљу управљања кућом. У браку, управљање кућом и друге накнаде јесу питања која уређују сами партнери индвидуално, в. „Australia" by J. Neville Turner, *International Encyclopaedia of Laws*, General Editor prof. dr. R. Blanpain, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1997, str. 161, пар. 358.

њих лица[6]) нужно производи имовинске обавезе за чије извршење мора постојати одговарајућа имовинска вредност. Начин постојања овог имовинског фонда одређен је правно-вредносним критеријумом. Правна суштина брака, еволутивно посматрана, означена је принципом доминације мужа у патријархалном обрасцу и принципом равноправности супружника у тзв. модерном обрасцу регулисања породичноправних односа. У првом обрасцу, привид постојања посебне имовине супружника, по пар. 771 СГЗ, нестаје услед правне супрематије мужа тј. његовог права да самостално располаже и користи приходе са параферналног добра жене, чак и без обавезе подношења рачуна. Ову специфичну форму заједничке својине (титуларно женину, а заправо мужевљеву са аспекта ius utendi, ius fruendi и делом ius disponendi) проф. Ж. Перић објашњава „логичном последицом интимности брачнога односа".[7] По другом обрасцу, правно-вредносни критеријум равноправности супружника другачије и боље дефинише начин правног постојања заједничке својине,[8] иако претпоставка да су супружници једна личност није увек прихваћена у модерном праву.[9]

Говор о разлозима постојања заједничке имовине у браку нужно подразумева још неке чињенице. Наиме, поред заједничких обавеза које су својствене браку, као узроци настанка института заједничке својине могу се навести и следеће чињенице:

1. *Заједничка права супружника.* – Правно-логички посматрано, заједничким обавезама супружника нису нужно корелативна њихова заједничка права. Ипак, правна реалност казује да је брачним односима својствено постојање заједничких права: ако не максимално са својинским овлашћењем, онда свакако минимално са правом коришћења. Потврду овог става налазимо у шведском праву – у коме „за време брака брачни пар има право да ужива исти економски животни стандард и где постоји одговорност супружника, према њиховој индивидуалној способности, за допринос

6 У француском праву, према члану 1413 Грађанског законика, „плаћање дугова за које је сваки супружник одговоран, по било ком законском основу, за време трајања заједнице може се увек наплатити из заједничке имовине", в. Salvatore Patti, „Intra-Family Torts", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume IV Persons and Family, Mary Ann Glendon Chief Editor, Max-Planck Institute, 1998, стр. 16. п. 15.

7 Видети: Ж. Перић, *Специјални део Грађанског права*, III, Београд 1928, стр. 18 и 19.

8 Unity of spouses doctrine у већем степену обезбеђује солидарност, заштиту породичних вредности и заштиту мајке и детета, в. М. Младеновић, М. Јањић Комар, Christa Jassel-Holst, „The Family in Post-Socialist Countries", *Интернационал Енцикlопедиа оф Цомпаративе Лаw*, Волуме ИВ Персонс анд Фамилй, Марй Анн Глендон Цхиеф Едитор, Мац-Планцк Институте, 1998, стр. 55, пар. 126.

9 Видети C. Hamilton, K. Standley, „Family Law in England and Wales", у *Family Law in Europe*, ed. by C. Hamilton, K. Standley, D. Hodson, London, Dublin, Edinburgh 1995, стр. 71 и 75.

заједничким и персоналним потребама“[10] – и у праву Холандије, где су супружници дужни да буду узајамно верни, да дају помоћ и подршку и да обезбеде један другом нужне животне потребе.[11]

2. *Правна ефикасност.* – Институт заједничке својине са респектном правном ефикасношћу доприноси заштити брачног мира и породичне хармоније. Наиме, заједничка имовина делује тако да правно неутрализује власнички нагон у браку који може бити узрок и увод у брачно несагласје. Конкретно, привремено се не поставља питање власништва добара која се стекну током брака. Наиме, економски конфликт супружника је „привремено обустављен“ правним механизмима и у облигационој сфери (застој застарелости потраживања супружника док траје брак) и у стварноправној сфери (законска претпоставка о супружницима као власницима непокретности). Истине ради, заједничка имовина у браку умањује квантитет спорова, али не и њихов квалитет тј. правну занимљивост. Рецимо, аустралијско право познаје занимљиве спорове на тему утврђивања доприноса супружника који обавља кућне послове и утврђивања његовог нефинансијског доприноса. Рецимо, у случају Potholf and Potholf, муж је саградио фарму, док је нефинансијски допринос супруге био у извршењу обавеза као мајке, домаћице и радника на фарми. Првостепена судска инстанца допринос мужа је квантификовала са 80%, а супруге са 20% власништва. Другостепена инстанца је прихватила наводе жалбе и, потенцирајући чињеницу дуготрајности брака и приступ „једнаке стартне позиције“, својински квантум супруге дефинисала као власништво са 40%. Овакав став судске праксе био је владајући до 1984. године, када Врховни суд Аустралије, у случају Mallet v. Mallet, овакав резон проглашава погрешним, истичући потребу за пажљивом анализом нефинансијског доприноса супружника који обавља послове у домаћинству. Нефинансијски допринос је врло тешко проценити, о чему илустративно сведочи случај Whiteley and Whiteley, у коме супруга глумца Brett-a Whiteley-a сматра да је њен нефинансијски допринос у стицању имовине супружника у форми инспирације за рад и тражи да њен својински квантум буде 30% мужевљеве имовине. Аутори феминистичке оријентације сматрају, поврх овога, да судска пракса не даје једнаку тежину нефинансијском доприносу жена чиме се појачава полна неравноправност у сфери рада као „својствена појава у аустралијском друштву“. Допринос homemaker-a није лимитиран на кућни амбијент и породично власништво, већ се као посредан допринос проширује и на business assets.[12]

---

10 Видети A. Saldeen, „Family Law in Sweden“, у *Family Law in Europe*, ed. by C. Hamilton, K. Standley, D. Hodson, London, Dublin, Edinburgh, 1995, стр. 480.

11 О чл. 81 Грађанског законика в. J. Chorus, P. Gerver, E. Hondius, A. Kockkock, *Introduction to Dutch Law*, Kluwer, 1993, стр. 45 и 46.

12 Видети „Australia“ by J. Neville Turner, *International Encyclopaedia of Laws*, General Editor prof. dr. R. Blanpain, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1997, стр. 173 и 174, пар. 387, 388 и 393.

3. *Правно-културни аспект.* – Анализа узрока постојања заједничке својине у браку показује заправо две компоненте. С једне стране посматрано, просторно и временски је, скоро, универзалан правни обичај да супружници чешће бирају режим заједничке својине. Популарност овог брачноимовинског режима је и иностранн[13] и домаћи давнашњи[14] правни манир.

С друге стране посматрано, заједничка својина у браку може се разумети и као морално-правни елемент, специфичан и допуштен само за брак. Наиме, у оним правно-вредносним системима где се штити породица заснована на браку,[15] режим брачне својине се не примењује на ванбрачне заједнице (права Белгије, Ирске и Шпаније).[16]

Списак наведених погодности не значи и апсолутизацију оправданости института заједничке својине у браку.[17]

1.3. У правнотеоријском и законодавном смислу занимљиво је поменути нека решења овог питања у упоредном праву, која у различитом степену прихватају установу заједничке својине у браку.

Режим заједничке својине у браку најприсутнији је у холандском праву. Наиме, право Холандије „има јединствену позицију у односу на друге европске земље по промоцији законског режима заједнице добара". Уколико супружници не сачине уговор пре венчања, они ступају у законски режим заједнице добара који обухвата сву постојећу и сву будућу имовину, и све дугове. Холандско право познаје три система брачних уговора:

– тотално искључење заједнице добара (the total exclusion of community of goods), где је основни принцип система да сваки супружник има и задржава своју посебну имовину, дакле имовински је независан и не одговара за дугове другог супружника;

---

13 Конкретно, већина холандске популације (око 80%) не сачињава the marriage settlements, – в. J. Chorus, P. Gerver, E. Hondius, A. Kockkock, *Introduction to Dutch Law*, Kluwer, 1993, стр. 47.

14 „У нас је врло редак случај да супрузи уговором утврђују узајамне имовинске односе..." (Ж. Перић, *нав. дело*, стр. 18) и законски имовински режим „супрузима штеди труд око постављања разних правила о томе како ће се управљати њиховим имовинским односима" (Л. Марковић, *Породично право*, Београд 1920, стр. 127).

15 Article 41 of the Consitution Ireland, в. W. Duncan, „Family Law in the Republic of Ireland", у *Family Law in Europe*, ed. by C. Hamilton, K. Standley, D. Hodson, London, Dublin, Edinburgh 1995, стр. 259.

16 Видети *Family Law in Europe...*, стр. 28, 259 и 468. У Италији за време трајања ванбрачне заједнице сваки ванбрачни партнер самостално стиче, управља и располаже имовином. За време трајања и по престанку ванбрачне заједнице, власништво је регулисано општим правилима стварног права, иако ванбрачни уговори у последњих неколико година имају индиректно признање од Уставног суда. – В. M. Timoteo, „Family Law in Italy", у *Family Law in Europe...*, стр. 297.

17 Видети С. Панов, „Брак – равноправност или слобода", *Правни живот* бр. 9/97, стр. 668 и 672.

– систем ограничења заједнице добара (the limited community) и
– систем слободе уговарања са лимитираном заједницом добара.

Ово је релативно нов принцип у правној пракси, али већ прилично популаран и односи се на рачунање будућих прихода и пензија.[18]

У односу на холандско право, режим заједничке својине у браку мање је присутан у шведском праву. У Шведској, док траје брак, сваки партнер задржава засебно власничко својство. Међутим, ако супружници својину прибаве заједно, она мора бити разматрана као заједничка својина. Имовина која није узета у обзир као посебна имовина супружника на основу брачно-имовинских уговора или условљена приликом наслеђа или поклона, сматра се као одгођена (одложена) заједничка имовина. Овај систем одложене заједничке својине почиње да дејствује после смрти или развода брака. По том систему, кад се одбију дугови, сваки партнер, у начелу, има право на половину од укупне вредности обе задржане заједничке својине.[19]

У Common Law својина у браку уређена је по сасвим различитим принципима од оних у европском правном систему. Главна разлика је у чињеници да Common Law права и обавезе супружника никад неће подвести под законску форму. Владајућа филозофија је да је свака породица различита и да су супружници слободни да регулишу своје односе у браку како мисле да им одговара. Дакле, опште правило је да су супружници слободни да одлуче о свом власништву. У Енглеској, супружници се у имовинском праву третирају као независне особе са истим правилима (conrtact and trust) која важе и за друге особе,[20] док се у праву Аустралије за време трајања брака предвиђа законски имовински режим одвојених имовина.[21]

2. Алтерација

2.1 У породичноправној књижевности алтерација се дефинише као измена уговора која је последица чињенице да су уговорне стране брачни другови.[22] Као разлог алтерацији наводи се „двоструки филтер" за брачне уговоре: услови пуноважности по обли-

18 J. Chorus, P. Gerver, E. Hondius, A. Kockkock, *Introduction to Dutch Law*, Kluwer 1993, стр. 46 и 47.

19 Видети A. Saldeen, „Family Law in Sweden", у *Family Law in Europe...*, стр. 481 и даље.

20 Видети C. Hamilton, K. Standley, „Family Law in England and Wales", у *Family Law in Europe*, ed. by C. Hamilton, K. Standley, D. Hodson, London, Dublin, Edinburgh 1995, стр. 71 и 75.

21 Видети „Australia" by J. Neville Turner, *International Encyclopaedia of Laws*, General Editor prof. dr. R. Blanpain, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1997, стр. 162 пар. 360.

22 Видети Р. Суџум, „Уговори између брачних другова и уговарање брачног имовинског режима", *Реформа породичног законодавства*, Београд 1996, стр. 403.

гационом праву и императивне одредбе брачног права у личним и имовинским односима.

Алтерација се може дефинисати и шире: као модификација правних установа узрокована брачним својством субјеката. Са овог аспекта, алтерацију можемо анализовати у скоро свакој правној дисциплини:

– у кривичном праву (према чл. 103 КЗС не постоји инкриминација супруга за силовање извршено у брачној заједници или, сходно чл. 185 КЗС, гоњење по приватној тужби ако је учинилац у блиском сродству са оштећеним);

– у грађанскопроцесном праву (законска благодет недавања исказа сведока по 238 ЗПП);

– у наследном праву (правила ЗОНС о смањењу наследног дела супружника у првом и другом наследном реду, губитак законског наследног права супружника, специфичан правни статус брачног друга код одређивања величине нужног дела, код задржаних права уступилаца, код уговора о уступању и расподели имовине за живота, код уговора о доживотном издржавању...);

– у стварном праву (ревизија земљишнокњижних правила учињена одредбом 322 ст. 2 ЗБПОС о претпоставци својине супружника иако је само један од њих уписан као власник непокретности);

– у облигационом праву (застој застарелости потраживања, сходно и одржаја, према супругу за време трајања брачне заједнице, круг „сумњиве породице" код Actio Pauliana, накнаде нематеријалне штете...);

– у породичном праву (сам законски брачни имовински режим може се посматрати и као општа алтерација имовинских односа супружника). Врло занимљив пример алтерације у породичном праву јесте специфичан правни статус који има форма брачних уговора и брачни дом.

2.2. Што се тиче форме брачних уговора, у Шведској се овај уговор, уопштено узевши, чини пре брака и мора имати писану форму и бити потписан од стране брачних партнера. Уговор није важећи све док се не подвргне регистрацији у суду тј. у уреду за статистику који води регистрацију свих ових уговора у Шведској. У Шпанији, брачни уговор мора бити потписан, нотиран и регистрован у грађанском регистру и као јавни документ отворен је за јавни увид. Амандмани се могу давати увек, уколико постоји довољно публицитета и ако су регистровани у регистру својине. И холандско право за брачне уговоре предвиђа јавну белешку.[23]

23 Видети Family Law in Europe..., стр. 481, 452 и 310.

2.3. Кад је у питању правни положај брачног дома, у шведском праву важи начело да сваки супружник слободно располаже својом имовином. Ово право је ограничено уколико се односи на приватно становање супружника и њихова добра домаћинства. Супружник не може пословати са таквом својином, преносити је датом речи или писмено без одобрења другог супружника. Одобрење другог супружника потребно је како за заједничку тако и за посебну имовину (осим ако је реч о подељеној својини на основу услова у тестаменту или поклону). Заједничка добра покућства укључују намештај, кућне апарате и друге ствари намењене заједничком дому. Добра покућства за искључиву употребу једног супружника и добра за првенствену употребу у рекреативне сврхе не узимају се у обзир као household goods.[24]

Брачни дом и добра покућства имају посебан режим и приликом деобе заједничке имовине. Опште правило је да приликом деобе супружник има право да му се додели њено/његово право власништва. Међутим, у случају развода, у поступку деобе заједничке имовине, супружник који има веће потребе има право да му се додели право становања у дому и добра домаћинства, с тим што ће се у тој вредности повећати вредност удела другог супружника. Ако је вредност удела другог супружника незнатна, супружник који је у стању потребе за становањем – има право доделе својине без било каквог одбијања. Супружник који има већу потребу за становањем може узети брачни дом и кад је брачни дом формиран делом од посебне имовине припадајуће другом супружнику, ако је то разумно. Супружник са већом потребом за брачним домом јесте супружник који ће по разводу брака имати старање над дететом или, у случају заједничког старања, фактичку бригу о детету.[25]

Слично решење познаје и шпанско право. Власништво брачног дома зависи од владајућег својинског режима у браку. Ипак, државина брачног дома мора бити ефективна за оба супружника. Уколико један супружник неоправдано одбија сагласност у овој ствари, судска одлука може заменити одобрење супружника. Када су деца под patria potestas, брачни дом припада, у начелу, супружнику који врши родитељско право. Када дете живи са оба родитеља, суд одлучује ко ће имати државину брачног дома, зависно од тога коме је од родитеља потребнија ова мера заштите. Уколико нема деце, суд може одлучити да супружник-невласник заузме брачни дом на дуже време, ако је то неопходно за заштиту супружника. Суп-

24 Видети A. Saldeen, „Family Law in Sweden", у *Family Law in Europe...*, стр. 483.
25 Видети A. Saldeen, *ibidem*, стр. 491.

ружник-власник мора постићи договор о томе или ће суд ауторизовати тај споразум и решити о сваком праву поводом овог питања.[26]

У праву Холандије, право на становање тј. државину брачног дома независно је од права власништва. За време трајања брака супружник има право становања у брачном дому, без обзира ко је власник дома. Продаја брачног дома без сагласности супружника-невласника није важећа. Право становања завршава се престанком брака. Ипак, суд може дозволити супружнику-невласнику право становања у брачном дому највише шест месеци по разводу брака ако је његов интерес за становањем већи од интереса власника.[27]

У Енглеској, приликом развода брака, „будућност брачног дома" може се одредити споразумом супружника или судском одлуком. Суд има дискрециono овлашћење да донесе одлуку о томе, не узимајући у обзир власничко својство. Уколико је треће лице власник, суд нема такво овлашћење. У крајњој линији, суд може право својине на кући пренети са супружника-власника на супружника-невласника. Суд углавном дозвољава да страна са којом живи дете остане у брачном дому, уколико нема алтернативни смештај на располагању, најчешће док дете не заврши образовање (a Mesher order).[28]

„Право брачног дома" није општеприхваћено и за ванбрачну заједницу. У Ирској, Article 41 of the Constitution штити породицу базирану на браку и заштита предвиђена у Family Home Protection Act 1976, која укључује право супружника-невласника да стави забрану на продају породичне куће, не важи за ванбрачну заједницу. Насупрот томе, италијанско право ванбрачном партнеру дозвољава да остане у квазибрачном дому (the quasi-matrimonial home) после смрти ванбрачног друга, као станар (закупац).[29]

3. Располагање заједничком својином

У породичноправној књижевности општеприхваћен став о начину располагања заједничком својином супружника садржи две компоненте: о субјекту и о предмету располагања.

---

26 Art. 1320 CC и art. 96, 103 и 1320 CC, в. E. Rosa, „Family Law in Spain", у *Family Law in Europe...*, стр. 452 и 461.

27 Правни стандард „већег интереса" подразумева ситуацију када супружник нема смештај, уз плаћање разумне цене закупа. Ако супружнику-власнику прети банкрот, у већини случајева се не продужава право становања, в. A. Struycken and W. Hammerstein Schoonderwoerd, „Family Law in Netherlands", у *Family Law in Europe...*, стр. 310 и 311.

28 Видети C. Hamilton, K. Standley, „Family Law in England and Wales", у *Family Law in Europe...*, стр. 89 и 90.

29 Видети *Family Law in Europe...*, 259 и 297.

3.1. Правна природа института заједничке својине у браку дедукцијом нужно ствара начело о двојном субјекту.[30] Ради поједностављења и убрзања правног промета, предвиђени су изузеци од правила „брачноимовинског консенсуса". С једне стране, изузетак може бити предвиђен уговором брачних партнера о поверавању овлашћења управљања и/или располагања једноме од њих, са специјалним или генералним пуномоћјем. Према стилизацији у чл. 325 ст. 3 in fine ЗБПОС, овај уговор је раскидив „у свако доба", дакле, и у невреме. С друге стране, сам закон може предвидети изузетке од овог начела. У холандском праву, акт располагања заједничком имовином нужно подразумева сагласност другог брачног партнера, осим ако се ради о уобичајеним или скромним поклонима.[31] У упоредном праву, једна група законодавстава захтева изричиту сагласност оба супружника за акт располагања који прелази оквир редовног пословања (Чешка, Пољска, Словачка), док друга група законодавстава претпоставља постојање дозволе за располагање (право Русије, Мађарске, Румуније).[32]

3.2. Поред тога, у литератури о породичном праву влада јединствено мишљење о немогућности располагања, од стране једног супружника, заједничком имовином правним пословима inter vivos.[33] Уосталом, законодавац је изричит да „својим делом у неподељеној заједничкој имовини не може брачни друг ни распола-

30 „Заједничком имовином брачни другови у току брака управљају и располажу заједнички и споразумно" – каже чл. 324 ЗБПОС. Законодавац је заједнички и споразумни начин располагања нетачно временски лимитирао на период „у току трајања брака", будући да деоба заједничке имовине није појмовно ни правно-технички услов престанка брака (разводом или поништајем). Наиме, без обзира на начин деобе заједничке имовине (споразумно или судском одлуком), постоји самостална, ничим условљена одлука о престанку брака. Дакле, лошу стилизацију у закону треба исправити у смислу да, по природи ствари, заједничко и споразумно управљање и располагање заједничком имовином постоји у току брака, али и након престанка брака разводом или поништајем. Непостојање законске обавезе да се у тренутку или у извесном периоду након престанка брака разводом или поништајем реши ова имовинскоправна димензија брака (као код алиментације), ствара правну могућност да установа заједничке имовине постоји и након престанка брака. Тиме, док год постоји заједничка имовина након развода или поништаја брака постоји и обавеза о заједничком и споразумном начину управљања и располагања. Престанак брака смрћу или проглашењем несталог лица умрлим другачије делује на начин управљања и располагања заједничком имовином. О издвајању из састава заоставштине на основу заједничке имовине и о наследничкој заједници в. О. Антић, *Наследно право*, стр. 45.

31 Видети *Introduction to Dutch Law...*, стр. 46.

32 Видети М. Младеновић, М. Јањић Комар, Christa Jessel-Holst „The Family in Post-Socialist Countries", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume IV Persons and Family, Mary Ann Glendon Chief Editor, Max-Planck Institute, 1998, стр. 62. пар. 140.

33 М. Јањић Комар, З. Поњавић, Р. Корач, *Породично право*, Београд 1996, стр. 364; М. Драшкић, *Породично право*, Београд 1998, стр. 375, и други.

гати нити га може оптеретити правним послом међу живима".[34] Разлог је једноставан: с обзиром на то да код заједничке својине нису одређени власнички удели супружник не може располагати предметом заједничке својине без сагласности другог супружника, осим у случају располагања завештањем.[35] Неодређеност величине власничког удела код заједничке својине у тренутку закључења правног посла inter vivos ствара троструку правну неизвесност: на страни трећег лица – прибавиоца; на страни траденса, тј. супружника који је закључио правни посао inter vivos; и на страни другог супружника. Неодређеност квантума имаоца права и обавеза нужно ствара и неодређеност обима правног следовања трећег лица. Ова правна чињеница, у извесној мери, свакако дестимулише треће лице да буде субјект оваквог правног посла. Неодређеност власничког удела супружника у заједничкој својини узрокује и неодређеност правног положаја брачног друга који располаже заједничком имовином правним послом inter vivos. Неодређеност правне позиције наведеног субјекта постоји у погледу обима права[36] и, корелативно посматрано, у погледу обима његових обавеза.[37] Коначно, али не на крају, једнострано располагање заједничком имовином правним послом међу живима наноси штету другом супружнику, и то дерогирањем његовог ius disponendi, непоштовањем његове аутономије воље у односу на слободу уговарања, и губитком реалних изгледа да, у случају инсолвентности супружника траденса, оствари макар накнаду штете.

---

34 И овом приликом можемо учинити примедбе поводом законске стилизације. Наиме, формулација чл. 323 ЗБПОС садржи два правна плеоназма. Најпре, синтагма „неподељена заједничка имовина" правно-логички је неодржива јер нема њене опозиције – подељене заједничке имовине. Конститутивни елеменат појма заједничке имовине јесте управо неподељеност квантума удела титулара права и обавеза. Стога, чим се подели заједничка имовина, тј. утврди овај квантум, правно-логички истовремено престаје институт заједничке имовине супружника. Надаље, стилска примедба односи се и на кумулативну употребу термина располагања и оптерећења. Један термин је довољан, јер располагање супсумира и правно овлашћење да се оптерети ствар или право.

35 Видети М. Младеновић, М. Јањић Комар, Christa Jessel-Holst „The Family in Post-Socialist Countries", *International Encyclopedia of Comparative Law*..., стр. 59, пар. 135.

36 Најпре, не поштује се начело Nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet. Надаље, непознавање величине удела у заједничкој имовини ствара и немогућност одређења цене као битног елемента уговора о купопродаји, а тиме и ништавост уговора. Ипак, имајући у виду стилизацију у чл. 462, ст. 1 ЗОО, уколико је у уговору поменут критеријум деобе заједничке имовине као начин дефинисања обима права која се уговором преносе (може се бранити и став да је довољно рећи да је предмет уговора ствар или право из заједничке имовине супружника), могла би се применити одредба да „уговор садржи довољно података помоћу којих се цена може одредити" и тиме избећи ништавост уговора.

37 Хипотетички, уколико би брачни друг уговором пренео више права него што је његов удео у заједничкој имовини, тиме би настала његова обавеза да надокнади штету другом супружнику.

У породичном праву је апсолутизовано начело о забрани располагања заједничком имовином од стране једног брачног партнера правним послом међу живима. Сматрамо да постоје аргументи који могу релативизовати овако дефинисану забрану располагања. Најпре, из саме формулације чл. 323 ЗБПОС произлази да се забрана располагања односи само на „удео у неподељеној заједничкој имовини". Правно-формално посматрано, недопуштен предмет располагања јесте само удео у заједничкој имовини. Правно-семантички посматрано, поставља се питање да ли се може располагати поједином ствари или правом из заједничке имовине.[38] Са тог аспекта, неодређеност величине власничког удела за појединu ствар или право из заједничке имовине узрокује у мањем степену непрецизност правног положаја наведена три субјекта. Ипак, релативизација принципа забране располагања заједничком имовином основанија је уколико имамо у виду посебна породичноправна и грађанскоправна правила. Наиме, чл. 329, ст. 2 ЗБПОС допушта да се утврди удео брачног друга у појединој заједничкој ствари односно праву који су економски самостални а у чијем стицању је један супружник у знатној мери учествовао приходима из своје посебне имовине. Удео брачног друга у појединој ствари-праву из заједничке имовине може бити утврђен, теоријски и практично, и у износу од 100%.[39] Тиме нестаје животни и правни резон о недопуштеном једностраном располагању предметом заједничке имовине. У том случају, иако је предмет располагања правним послом inter vivos, ствар из заједничке имовине, нема никакве неизвесности нити штете у правном положају релевантних субјеката: стицаоцу је дефинитивно одређен обим сукцесије, преносилац зна обим свог права, а други брачни друг, онај који није субјекат овог правног посла inter vivos, нема право на накнаду штете јер његово право није повређено.

Дакле, ако се стварју или правом из заједничке имовине располаже у обиму који не повређује власничка права другог супружника, правни посао inter vivos без икаквих модификација производи правно дејство. Ипак, могућа је и друга правна ситуација: да обим располагања буде већи од власничког квантума супружни-

38 Правно формализована логика дала би негативан одговор: премиса 1: део (ствар, право) припада целини (уделу); премиса 2: забрањено је располагати уделом; конклузија: забрањено је располагање и поједином ствари или правом из заједничке имовине.

39 Ако се ради о ствари која је стечена приходима из посебне имовине, нпр. наслеђеним новцем, и радом једног супружника, његов удео у власништву може бити стопроцентан. Иако ствар има статус заједничке имовине јер је стечена радом у току трајања брачне заједнице, на основу доприноса, у поступку деобе ималац права својине биће само један супружник.

ка који је закључио правни посао међу живима. Рецимо, кад власнички удео супруга који је закључио правни посао међу живима износи 70 или 80%, право акципијенса може бити стечено на основу грађанскоправних начела. С обзиром на начела стварног права, ако је због сигурности правног промета могуће стицање од невласника, тим пре је оправданије стицање од делимичног (не)власника.[40] И правила облигационог права у наведеној правној ситуацији могу бити аргумент да се стекне право: пуноважност уговора о продаји који за предмет има спорно право (чл. 461 ЗОО), обавезност уговора о продаји туђе (тим пре, делимично туђе) ствари, уз могућност да савесни купац раскине уговор (чл. 460 ЗОО), и правило да се не може раскинути уговор због неиспуњења незнатног дела обавезе (чл. 131 ЗОО). Уколико је један супружник правним послом inter vivos располагао вредношћу која је већа од вредности његовог удела у тој ствари-праву, наравно да настаје његова обавеза да надокнади штету другом брачном партнеру. Приговор да се стварноправни карактер удела једног супружника сада трансформише у облигационоправни вид, може се отклонити подсећањем на правило из чл. 332 ЗБПОС о новчаној накнади вредности несразмерно мањег удела једног супружника.[41]

Релативизација начела забране располагања заједничком имовином од стране једног супружника правним послом међу живима може бити и радикалнија. Поставља се питање да ли је, без изузетка, недопуштеност располагања оправдана и самим уделом у заједничкој имовини. Општа грађанскоправна начела могу оправдати располагања и уделом (потпуно или делимично) у заједничкој имовини. Такво је правило облигационог права о модификацији купопродајних уговора чији предмет може бити будућа или туђа (као и делимице туђа а делом своја) ствар или право. Ако је по чл. 458, ст. 3 ЗОО допуштено да предмет купопродаје буде будућа ствар која не постоји у тренутку закључења уговора, тим пре је оправданије да предмет овог уговора буде удео у заједничкој имовини, који неспорно постоји само је непознат његов обим. Приме-

40 Правна могућност стицања је већа ако се ради о покретним стварима где државина (привидно) легитимише власника. Код непокретних ствари, могућност стицања одржајем је мања због потребне савесности у погледу земљишнокњижног стања (услед претпоставке заједничког власништва иако је један супружник уписан као власник) и фактичког стања.

41 Може се поставити питање о смислу (ризика) подвргавања наведеним комплексним правним правилима, уместо да супружник који је у знатној мери учествовао у стицању поједине ствари-права једноставно захтева деобу пре закључења правног посла inter vivos. Мотив за овај правни потез може бити избегавање непријатне и дуготрајне судске процедуре око деобе заједничке имовине. До окончања деобе, супружник чији је удео незнатан може, на основу правила о заједничком и споразумном располагању, онемогућити (правовремено) закључење правног посла.

рениje је да овај уговор буде комутативан, али је допуштен и алеаторан уговор (emtio spei). У прилог допуштености удела у заједничкој својини супружника као предмета уговора, говори и начело облигационог права о продаји туђе ствари или права. У нашем правном систему, где уговор има облигационо а не транслативно дејство, уговор о продаји делимично туђе ствари или права пуноважно настаје, а ако наступи немогућност извршења уговорне обавезе (у случају располагања у већем обиму од ex post утврђеног удела у заједничкој имовини), наступа уговорна одговорност продавца.[42] Према чл. 50 ЗОО, предмет овог уговора је одредив било на основу података у самом уговору било на основу одлуке трећег лица (нпр. суда).[43]

И у наследном праву може се поставити питање да ли је допуштено да предмет уговора о доживотном издржавању буде удео једног супружника у заједничкој имовини?[44]

Први аспект анализе правне допуштености односи се на одређеност предмета уговора.[45] У овом контексту већ смо поменули чл. 50 ЗОО, који се на основу чл. 25, ст. 3 ЗОО може применити. Надаље, чл. 194, ст. 2 ЗОН Србије предвиђа да предмет уговора могу бити ствари или права, који постоје у тренутку закључења уговора. И овај услов је испуњен, тим пре што „као предмет уговора и непокретне и покретне ствари могу бити одређене аликвотно".[46]

---

42 С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1981, стр. 534–536.

43 Може се поставити питање уговорног мотива купца или поклонопримца да се обим његовог права дефинише након закључења уговора. Разлози могу бити разноврсни, некада је то и стицање законског права прече куповине.

44 Уколико је предмет уговора посебна имовина супружника, наследноправна литература и судска пракса не споре допуштеност његовог закључења.

45 Код уговора о доживотном издржавању, уобичајена је алеаторност у погледу субјекта, тј. дужине трајања живота примаоца издржавања. Осим наведене „субјективне алеаторности", у овом случају могућа је и „објективна алеаторност" – у погледу обима предмета уговора. У правном промету настоји се избећи или минимизовати уговорни ризик или неизвесност. По нашем мишљењу, код тзв. објективне алеаторности уговорна неизвесност је мања (често је лакше проценити висину удела примаоца издржавања у заједничкој својини него дужину његовог живота или квантум потреба) и хуманија (без еуфемизма казано, у правном животу давалац издржавања ће, по логици свог уговорног интереса и, пракса говори, упркос моралистичком ставу, овај уговор теже закључити са особом одличног здравственог стања).

46 Видети О. Антић, *Наследно право*, стр. 313. Сасвим је реална ситуација да предмет овог уговора буде део удела у заједничкој имовини (нпр. 20 или 30%). Уколико давалац издржавања предвиђа, без знатнијег уговорног ризика, да ће удео примаоца издржавања бити утврђен у већем обиму (нпр. уобичајних 50%), онда је лако објаснити његов уговорни мотив који је чак, успоставиће се, без елемената алеаторности. У случају да је ex post дефинисан удео примаоца издржавања у заједничкој имовини мањи од утврђеног у уговору о доживотном издржавању, уз претпоставку савесности примаоца издржавања, примениће се правило о алеаторности овог уговора.

Други аспект анализе указује на повезаност претходно дефинисаног предмета уговора и уговорних субјеката. Наиме, ако је давалац издржавања други супружник, тј. супружник примаоца издржавања, не постоје никакве правне могућности угрожавања његове правне позиције. У крајњој линији, овај уговор између супружника може се тумачити, и материјално и формалноправно, и као уговор о деоби заједничке имовине учињене током брака. По нашем мишљењу, овај уговор није неважећи због чл. 326, ст. 2 ЗБПОС о одрицању унапред од права која супружницима по закону припадају. Уколико је давалац издржавања треће лице – (не)сродник – његов уговорни интерес може бити повређен једино у случају да је ex post дефинисан удео примаоца издржавања у заједничкој имовини мањи од утврђене вредности у самом уговору о доживотном издржавању. Ради избегавања оваквог ризика, треће лице – давалац издржавања – може користити материјалноправне установе (нпр. мере обезбеђења на посебној имовини примаоца издржавања или на преосталом делу у уделу у заједничкој имовини, или на уделу у заједничкој имовини која је настала по закључењу уговора, или мере личног обезбеђења) и процесноправне установе (нпр. давалац издржавања може бити умешач у поступку деобе заједничке имовине, како би отклонио могућност, услед комплота, рђаво вођене парнице од стране примаоца издржавања, или може поднети тужбу главног мешања).

Аналогна примена наведених правила могућа је и ако је удео у заједничкој имовини предмет уговора о уступању и расподели имовине за живота. Правни положај супружника уступиоца повољнији је стога што је у чл. 188 ЗОН Србије предвиђено да уступилац за себе, свог брачног друга или треће лице може задржати право доживотног издржавања, доживотне ренте или доживотног плодоуживања.

4. Такозвани недопуштени уговори супружника[47]

4.1 Следеће типично мишљење у литератури о породичном праву јесте да брачни другови не могу међусобно да закључе уговор о закупу, остави или послузи јер је то супротно природи брака. Овим поводом можемо анализовати две ситуације:

1) Предмет уговора о закупу је посебна имовина (нпр. наслеђена викендица једног брачног друга), а закупци су супружни-

47 О споразумима који не производе правно дејство (споразуми из породичних односа, споразум „subject to contract", Honour Clause и џентлменски споразум), в. М. Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд 1993, стр. 430-437.

ци.[48] Висина закупнине одређена је нпр. у износу од 1.000 динара месечно. Свеједно да ли се закупом задовољава текућа потреба брачне заједнице или не, удео у заједничкој имовини супружника невласника закупљене ствари (нпр. 60%) одређује и висину његове обавезе (нпр. 600 динара). Овај износ на име закупнине платиће се или из посебне имовине тог супружника или ће бити сматран његовим дугом према заједничкој имовини.

2) Предмет уговора о закупу је заједничка имовина (нпр. викендица, ауто), а закупопримац је један од супружника (нпр. заједничка ствар или право може бити потребна супружнику ради његове туристичке агенције која је у посебној имовини). У овом случају, висина удела у заједничкој имовини (нпр. 70%) одређује и висину права на закупнину (700 динара).

4.2. Коначно, још једно типично мишљење у породичноправној књижевности односи се на дефинисање правног статуса поклона који су добили брачни партнери. У нашем и у упоредном праву, поклони учињени супружницима током брака сматрају се њиховом посебном имовином. У холандском праву, уколико супружници не сачине уговор пре венчања, настаје режим заједнице добара. Изузетно, овај режим не садржи објекте (ствари) за које је поклонодавац изричито изјавио да неће улазити у овај режим или имовина која је посебно поверена једном супружнику.[49] И у праву Шведске, које познаје другачији законски брачноимовински режим, режим одложене заједничке имовине не постоји за имовину која је у брачном уговору дефинисана као посебна имовина или која је наслеђена или добивена на поклон под оваквим условом.[50] У Common Law, у одсуству изричите намере која потиче од једне стране у породици или од пријатеља, постоји претпоставка да је поклон намењен супружнику који припада тој фамилији или чији је пријатељ поклонодавац.[51] И у праву Енглеске, то да ли ће поклон припасти једном или другом супружнику зависи од donor's intention. Ово правило важи и за свадбене поклоне. Суд може узимати у обзир чињеницу да ли је поклон добивен од пријатеља супружника, или га поделити подједнако између супружника.[52]

Према нашем мишљењу, правна судбина поклона које добију супружници може се решити помоћу више критеријума.

---

48 У овом случају нема могућности за примену чл. 353 ЗОО јер нема потпуног сједињења својства повериоца и дужника у једном лицу. Овде се аналогно може применити правна логика исказана принципом Nulli res sua servit који важи само ако су две непокретности у искључивој својини истог лица. Исто лице може бити сувласник повласног добра и искључиви власник послужног добра или обрнуто, в. О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд 1982, стр. 285.

49 Art. I 94 CC, в. *Introduction to Dutch Law...*, стр. 46.

50 Видети A. Saldeen, „Family Law in Sweden", у *Family Law in Europe...*, стр. 481.

51 Видети „Australia" by J. Neville Turner, *International Encyclopaedia of Laws*, General Editor prof. dr. R. Blanpain, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1997, str. 173 пар. 388.

52 Видети Bromley P. M., *Family Law*, Butterworths, London, 1981, стр. 365.

1. Најпре, према критеријуму изричите изјаве воље поклонодавца.

2. У одсуству поменуте чињенице, поклони ће се расподелити сходно врсти поклона (некада природа ствари, на пример женска козметика или гардероба, или природа права, на пример музичка стипендија, пређутно исказују намеру поклонодавца) или сходно поводу за поклон (нпр. дипломирање мужа или специјализација супруге).

3. Уколико у конкретном случају није могуће применити претходне критеријуме, припадност поклона одредиће се према „припадности поклонодавца" тј. на основу субјективне релације поклонодавца са поклонопримцем (нпр. пријатељ мужа, рођак супруге).

4. Следећи критеријум за дефинисање власништва поклона јесте околност ко је од супружника или његове породице сносио трошкове организације свечаности на којој је поклон учињен. Посебно је правична корективна функција овог начела. Наиме, било би супротно начелу савесности и поштења да једна страна сноси трошкове организације свечаности, а друга страна се „истиче" скупоценим поклонима свом рођаку.

5. Уколико није могућа примена претходних критеријума, супружници над поклоном стичу право сусвојине.

У резимеу можемо констатовати да је правна судбина поклона супружницима непроменљиво (у нашем праву) или променљиво (у холандском или шведском праву, ако постоји тако дефинисан услов поклонодавца или оставиоца) посебна имовина супружника. Одредбе нашег права (заједничка имовина може се стећи и без рада) и одредбе у упоредном законодавству (argument a contrario наведеном решењу у праву Холандије и Шведске) могу оправдати став да поклон у нашем праву може бити и део заједничке имовине брачних другова. Наиме, изричитом вољом поклонодавца (или оборивом законском претпоставком у том смеру) поклон може бити дефинисан и као део заједничке имовине. Величина својинских овлашћења супружника-поклонопримаца може бити условљена, судском одлуком или споразумом, дефинисаним критеријумом доприноса брачних другова у стицању заједничке имовине. Оваква стилизација услова је правно допуштена и има благотворно правно-педагошко дејство.

Slobodan Panov*

COMMUNITY OF PROPERTY IN MARRIAGE

Summary

The reasons for community of property of a husband and wife in Yugoslav law are the same as in other legal systems (the fulfillment of everyday needs in a marriage, the community of rights and obligations of the spouses, the effective protection of conjugal and family harmony, and last but not least, legal and cultural values). To this one may add the examples of alliteration in Family Law (special legal features of the forms of the matrimonial property and the institution of the matrimonial home in comparative law. When referring to the alienation (e.g. sale) of community property in a marriage, the author contests the well-established opinion that it is impossible for one party in a marriage to sell the property that is owned by both parties. First of all, he stresses that there are provisions of Family Law, permitting the division, hence the constitution of quotas (co-owner shares) belonging to each marital party. Sometimes, it may even emerge that some item is jointly owned only in formal terms but in actual fact it belongs to only one party. Moreover, if one party sells an item of property and thereby does not encroach upon the rights of the other party, the sale has full legal effect. Whereas, if that party goes beyond his quota and does encroach upon the rights of the other party, where movables are involved, the buyer may nevertheless acquire the right of ownership *a non domino*. There are also provisions of the Law of Contracts permitting the sale of an item that is the subject of litigation and the sale of an item belonging to a third party (in this case to the other spouse) which the buyer, also, may acquire, the seller only being liable to his spouse. The author points out that according to the general principles of Private Law, one party may sell his/her part of community property (even before division) or alienate it under the provisions of a contract to supply board and lodging for life (contract to sustenance). Finally, after an analysis of comparative law, he proposes the criteria to solve the problem, of items received by husband and wife *de lege ferenda*. In this frame it is interesting to note that according to him the donation may enter the community of property of the spouses.

Key words: *Community of Property (in marriage) – Marriage – Coownership – A non domino – Gifts.*

* Dr. Slobodan Panov, dozent (reader) at the Faculty of Law of the University of Belgrade.

Slobodan Panov*

DU RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

Résumé

L'auteur note tout d'abord les raisons sur lesquelles repose le régime de la communauté légale (besoins de la communauté conjugale; droits communs des époux; efficacité juridique dans la protection de l'harmonie conjugale et familiale et des valeurs juridiques et culturelles) et les exemples d'altération du Droit de la famille (les caractères spécifiques de la forme des contrats de mariage et de l'institut du logement de la famille dans la législation comparée.)

Est-ce qu'un époux peut aliéner les biens communs? L'auteur revient sur l'opinion généralement admise qu'un époux ne peut sans le consentement de l'autre disposer des biens de la communauté. Tout d'abord il peut s'avérer qu'un bien dont l'un des époux a disposé par acte entre vifs lui appartienne en propre, tout en ayant l'apparence de bien commun. Il va de soi que la vente est dans ce cas valable. Ensuite si l'un des époux dispose d'un bien commun sans porter aucune atteinte aux droits de l'autre, un contrat passé entre vifs produira également des effets juridiques. Et même si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs en aliénant un bien sans le consentement de l'autre, l'acheteur peut devenir propriétaire selon les dispositions de l'acquisition *a non domino*.

Par ailleurs, dans le droit yougoslave, la vente d'un bien appartenant à autrui ou d'un bien litigieux produit des effets juridiques sur le plan du Droit des obligations et un tel contrat est donc valable. Ce qui ne pourra avoir lieu c'est le transfert de droit de propriété, à l'exception de l'acquisition *a non domino* ou de l'usucapion.

En conclusion, l'auteur propose les critères pour résoudre la question des donations faites aux époux et considère que la libéralité peut stipuler que les biens qui en font l'objet appartiendront en propre à l'un des époux, sinon les biens reçus peuvent selon les cas soit former la copropriété des époux, soit tomber en communauté.

Mots clés: *Communauté légale. – Biens propres. – Aliénation. – Acquisition a non domino. – Libéralité.*

* Dr Slobodan Panov, dozent (chargé de cours) à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

Драган М. Митровић*

ЛЕГИТИМНОСТ, ЗАКОНИТОСТ, ИЗБОРНОСТ
Власт између силе и исправности

Што је већа власт, то је страшнија њена употреба.

Ф. М. Достојевски

I

1. *Легитимност је најважније обележје државне власти.* Она је „основ" из кога „извире", на коме се „заснива" државна власт.[1] Законитост спрам легитимности, с друге стране, представља правило или скуп правила о томе како ће власт да се врши,[2] а изборност у најширем смислу јесте, грађанско својство преточено у скуп правила о томе како се бирају државна службена лица и носиоци других јавноправних овлашћења.[3]

Повезаност наведених начела не значи да су она и међусобно равноправна. Легитимност је подлога свим другим начелима, јер је законито само оно што је легитимно. А легитимно је и законито у демократији само оно што је ваљано изабрано сходно правилима изборног поступка, тамо где је он предвиђен.

Законитост произлази из легитимности, а изборност из законитости. Па ипак, тако увек не мора да буде. Изборност, такође, може да буде извор законитости, а законитост легитимности. Изборност, штавише, непосредно може да доведе до успостављања легитимности, али и тада избор мора да се заснива на претходно прихваћеним и, сагласно договору, уважаваним правилима – дакле, на законитости у ширем смислу. Захваљујући томе, лакше може да се објасни претварање легитимности из обрасца разобручене силе у образац правом одређене и ограничене државне власти, и

* Др Драган М. Митровић, ванредни професор Правног факултета у Београду.

1 М. Подунавац, *Политичка легитимност*, Београд, 1988.

2 Д. М. Митровић, *Начело законитости. Појам, садржина, облици*, Београд, 1996.

3 С. Јовановић, *О држави. Основи једне правне теорије*, Београд, 1922.

то све до схватања да је управо изборност, подупрта законитошћу, основ легитимности државне власти. На тај начин се држави не одузима њено изворно својство носиоца највише власти, већ се њена власт чини јавном службом, која је као и свака служба правно ограничена, контролисана и под јавним надзором.

У чему се, у најкраћем, састоје легитимност, законитост и изборност и какав је њихов међусобни однос?

2. *Легитимност и није строго правни појам, јер претходи праву, законитости и изборности етиолошки и историјски, изазивајући их и одређујући их.* Легитимност прво мора да настане да би могла да постоји у наведеном смислу и као правни појам. Али, сâм почетак, тј. настанак легитимности није исти са њеним даљим уобличавањем и развојем. То је пут претварања друштвеног односа надређености и подређености (што је друштвена чињеница) у правом уређен однос између државне власти и друштва (што је правна чињеница).

Развоју легитимности одговара развој моћи, која је у свом изворном и првобитном смислу психички акт и појам. „Тајна је моћи у самој вољи", примећује Ђузепе Мазини.[4] Моћ је често и „недостатак принципа", запажа Виљем Хезлит.[5] Али, увек: „Моћ је слатка; она је дрога, она је жеља која се повећава навиком."[6]

И хипнотизеру и суверену, на пример, заједничко је управо то да располажу моћи. Па ипак, суверен, који није „хипнотизер", нити је „харизматска личност", располаже другим важним обележјима моћи, којима прави хипнотизер или права харизматска личност не располажу. Та обележја претварају моћ као психолошки однос у друштвено прихваћен и институционално потврђен однос надређености и подређености.[7]

Такав друштвени однос неједнакости је првобитно добровољно прихваћен и променљив је. Он траје док траје и сагласност, а сагласност траје док се признаје ауторитет (поглавице, шамана, мудраца, хероја). Ауторитет је, дакле, добровољно прихваћена и друштвено институционализована моћ, тј. „над-моћ", којом располажу појединац или елита.

Друштвени ауторитет не почива само на сагласности и добровољном признавању. Он може да постоји и кад се исцрпи сагласност подупрта добровољним признавањем. Такав ауторитет се

4 Giuseppe Mazzini: Il segreto della potenza e nélla volonta", *Велика енциклопедија афоризама*, Загреб 1977, 3098, стр. 337.

5 W. Hazlitt: „Want of principle is power", Characteristics, *Велика енциклопедија афоризама*, 3095, стр. 337.

6 B. Russel: „Power is sweet; it is a drug, the desire for which increases with a habit", *Review of Crossman's The God That Failed*, 1951, 3100, стр. 337.

7 М. Вебер, *Привреда и друштво*, II том, Београд 1976, стр. 432-436.

назива друштвена власт, јер почива на средствима за изнуђивање. Ако за такву власт постоји и сагласност, утолико боље за све. Па ипак, разлика између такве власти и друштвеног ауторитета је сасвим јасна: док се ауторитет губи престанком сагласности, друштвена власт постоји и кад се таква сагласност исцрпи.[8] Власт је, дакле, наметнута и друштвено институционализована моћ, тј. „над-моћ", чије трајање не мора обавезно да зависи од сагласности чланова друштвене заједнице.

Посебан облик друштвене власти представља државна власт. Државна власт је највиша друштвена власт, јер располаже монополом силе. Њен највиши и најважнији део чини тзв. суверена државна власт, која је извор и оличење легитимности. „Што је већа власт, то је страшнија њена употреба".[9]

3. *Легитимност државне власти се објашњава на различите начине*, а сходно томе, различито се одређују и законитост и изборност. Поменимо само карактеристична гледишта Томаса Хобса и Жан-Жака Русоа. У њима су сучељена два готово сасвим опречна погледа, који на неки начин одређују границе унутар којих има смисла говорити о државној власти у светлу легитимности, законитости и изборности. Значај Хобсовог и Русоовог учења ни данас није ништа мањи, нити су утихнуле расправе подстакнуте њиховим резултатима.

Реалистички и позитивистички појам легитимности на несумњив начин је одредио Томас Хобс, као сасвим препознатљив логички образац.

За Хобса, легитимност оличена у суверености државне власти није ништа друго до спас за људски род, угрожен стањем потпуне анархије (Homo homini lupus). Људи, склапајући друштвени уговор, не стварају само друштво, већ успостављају и државу као најмоћнију уставу и залогу да првобитно стање неће да се понови. Држава је и једини поседник свих права која су појединци на њу пренели тренутком њеног стварања. Нема државе без Левијатановог мача. Због тога је држава све, а појединци нису ништа у грађанском смислу.

Пошто је држава колективни поседник свих права, она своју легитимност не изводи више из претходно изјављене сагласности, која је једнократно потрошена, већ из силе којом располаже од тренутка свог стварања. Та сила појединца претвара у поданика. Сходно томе легитимност је извор законитости и, под одређеним условима, изборности, ма какве да су и законитост и изборност. Законитост зависи од државне воље, којом је и одређена, док изборност постоји само кад треба да потврди стечену легитимност

8 Љ. Тадић, *Ауторитет и осporавање*, Београд 1987, стр. 13-17.

9 Ф. М. Достојевский: „*Чем сильнее власть, тем страшнее её приложение*", 7857, стр. 832.

заоденуту у било какву законитост. Карактеристична је Хобсова мисао да „Закони нису закони зато што су праведни, истинити и разборити, већ услед моћи и ауторитета власти који стоји изнад њих, услед заповести и воље који чине њихову снагу“ (auctoritas, non veritas facit legem).[10]

Насупрот Хобсовом учењу, Жан-Жак Русо, Хобсов духовни опонент и отац модерног, демократског појма легитимности, на готово сасвим супротан начин објаснио је државну власт са становишта легитимности, законитости и изборности. У његовом учењу, посебно место припада легитимности.

Русо је легитимност одредио следећим речима: „Први који се ограђујући земљиште, усудио да каже: 'Ово је моје' и наишао на довољно глупе људе да у то поверују, био је истински оснивач цивилизованог друштва.“[11] У ствари, први који је свој интерес успео да прогласи за друштвени и да га наметне друштву, успостављајући државну власт, постао је монополист и суверен, тј. легитимни носилац власти у друштву.

Полазећи од идеје друштвеног уговора који склапа свако са сваким, стварајући заједницу у којој сваки члан постаје њен важан саставни део, Русо је закључио да човек остварује своју друштвену слободу само зато што слуша законе који су израз опште воље. Легитимности државне власти претходи друштвена слобода, која се заснива на свести о солидарности свих чланова. Због тога власт и почива на садржајима свести појединаца о нужности добровољног покоравања.

То је за Русооа само једна важна страна државне власти, јер законима треба да се покоравају и они који доносе законе и они који законе спроводе. Законито поступају и легитимни су, дакле, они државни органи који поштују и примењују законе. А народ добро чини док се покорава. Али, народ чини још веће добро ако може да збаци јарам моћника. Русо истиче: „Слободан човек слуша а не служи. Он има шефове, али нема господара. Он слуша само законе. Захваљујући законима он се покорава људима.“[12]

Русо се на тај начин супротставио Хобсу, оптужујући га да је мане људи какве је видео у друштву претворио у њихове исконске особине. Па ипак, и Русо песимистички закључује да је свака власт склона кварењу, да се и најбољи поредак претвара у деспотију у којој су „сви ништа“. Изгледа, „за песника су злато и сребро, а за филозофа гвожђе и жито цивилизовали људе и уништили људски род“.[13]

10 Т. Хобс, *Левијатан*, Београд 1960, стр. 151-152.

11 Ж.-Ж. Русо, *Расправа о пореклу и основама неједнакости међу људима*, Загреб 1978, стр. 51.

12 Ж.-Ж. Русо, *Друштвени уговор*, Београд 1959, стр. 9. и 46-47.

13 Ж.-Ж. Русо, *Расправа о пореклу и основама неједнакости међу људима*, стр. 9.

Русоове недоумице, упркос карактеристичном одговору, извиру из противуречног духовног наслеђа писаца о овом проблему, почев од античког наслеђа, преко монархомаха, све до данас. Па ипак, Русо закључује да држава има само онолико права колико јој дају појединци. Држава је, другим речима, створена народном вољом и од ње зависи. Пошто је народ старији од државе, он има право на побуну ако државна власт не поштује законе, јер појединци у таквој држави нису поданици већ грађани. Легитимност државне власти је у Русоовом учењу изведена на сагласности воља, која је и резултат неке врсте избора, као и из њеног што складнијег спровођења, што је задатак законитости.

4. *Хобсово и Русоово схватање представљају два сасвим супротна образца легитимности.* Првим је утрт пут аутократији и државној суверености, а другим пут демократији и народној суверености.

На Хобсовом трагу класична немачка правна теорија у XIX веку право је изједначила са државном силом (Macht is Recht, Recht is Macht). Захваљујући таквом приступу, данашње бирачко право као обележје грађанина, представљало је у Немачкој све до краја XIX века бирачку дужност која је као обележје поданика припређена применом државне санкције. Насупрот Хобсу, грађанин је, сматра Русо, истовремено субјект правних овлашћења и правних обавеза. Он може, али и не мора, да користи своје бирачко право, сходно старој идеји римских правника: ко може више, може и мање (Quando licet id quod maius, licere id quod minus).[14]

II

1. Реалистички и позитивистички *образац начела легитимности и начела законитости* лако препознајемо у изреци да је владарска воља закон (Quod principi placuit, legis habet vigorem). Њему супротан образац представља изрека да је народна воља закон (Quod populi placuit, legis habet vigorem).

И, збиља, супротност између тежње државе да се што више осамостали спрам друштва и потребе да се државна власт ограничи механизмима политичке и правне контроле да би се изразио плурализам политичких интереса грађана, представља саставни део размишљања о легитимности, законитости и изборности. То није случајно, јер се у савременим друштвима посебна пажња поклања чувању „растојања" од државе као организације, постављању чврстих мерила законитости њеног деловања и будности, како не би дошло до одступања и злоупотребе. Само тако ограничена и контролисана власт јесте демократски изабрана и легитимна, док су њене радње засноване на закону и праву.

14 Paulus, *Digesta*, 50, 17, стр. 110.

2. *Промена у приступу и другачијем одређивању односа између начела легитимности, законитости и изборности, представља трајну преокупацију великог броја правних писаца.*

За Емила Диркема, држава је у првом реду нормативна појава и институција са моралном сврхом. Она располаже сувереном влашћу у „политичком друштву" и могућношћу да нормативно регулише и уређује „друштвену средину". Због тога легитимитет државе почива, у крајњој линији, на позитивној оцени становништва о способности људи у државном апарату.[15]

За Макса Вебера, процес рационализације права се не одвија у просторима правне догматике, већ у друштвеним перипетијама и сукобима. У току те борбе појављује се захтев за легитимношћу државне власти, а на тој основи и захтев за њеном законитошћу.

Вебер сматра да више није довољно да је власт призната, већ она мора да буде законито саздана и да делује у оквиру унапред утврђеног система правила. Легитимитет државне власти је законит кад почива на споразуму интереса, али је исто тако законит и кад произлази из снаге наметања власти коју људи имају над људима и из спремности подређених да се покоравају таквој власти. Па ипак, Вебер сматра да демократским друштвима одговара само легитимитет који произлази из начелне укључености свих грађана у круг легитимних политичких интересената, тј. када сагласност интересената постаје сама по себи довољан основ легитимитета. Легитимитет уосталом и није ништа друго до оправдање власти коју људи врше над људима, и то оправдање које људе мотивише на послушност.[16] То оправдање је уверљиво када почива на сагласности потврђеној изборном већине грађана, уз неопходно поштовање демократског изборног поступка.

За Никласа Лумана се у друштву стварају посебни системи међуделовања као правно регулисани поступци. Посебно место међу њима припада политици и праву, који су као регулациони механизми управо и настали због постојања друштвених сукоба.

Посебан проблем за Лумана представља легитимитет политичке власти. Он је настао већ у средњем веку, као опрека узурпацији и тиранији, и то поштовањем утврђеног наследног реда, односно спровођењем правила о сукцесији владарске власти. Легитимитет данас, пак, представља „уверење о важењу права, о обавезности правних норми, одлука или вредности које их оправдавају... и то раширено чињеничко уверење".[17]

15 Е. Диркем, *О друштвеној подели рада*, Београд 1973, стр. 119-120 и 122-123.
16 М. Вебер, *Привреда и друштво*, I том, стр. 125-128.
17 N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, стр. 27-30.

Али, шта је уверење грађана кад, с једне стране, постоји монопол физичке силе, а, с друге, политички избори, законодавство и контролисана примена права?

Луман сматра да у таквој ситуацији грађани претпостављају да ће сви, или бар знатна већина, да се покоре претњи државном силом. Они грађани који желе да се одупру појединим на тај начин донетим одлукама не могу да се позивају на институционализовану и законитошћу заштићену сагласност већине. Па ипак, таква претпостављена сагласност грађана почива на уверењу да су одлуке донете на коректан начин. Луман стога сматра да позитивизацији права више одговара легитимитет који почива на признавању као правно обавезних само појединачних одлука, за разлику од претежног мишљења писаца који сматрају да се легитимност заснива на начелу одлучивања. Признавање, пак, постоји само кад је опште, тј. кад је постигнуто применом одговарајућих поступака и кад је независно од конкретних психолошких механизама. На тај начин, сматра Луман, политички систем легитимише сам себе. Пошто су владајуће идеје у неком друштву идеје оних који у том друштву владају, а сходно томе су и владајуће идеје о легитимитету израз тог истог интереса, легитимна је она власт „која прихвата или, штавише, која покреће поступак властитог легитимисања".[18] За Јиргена Хабермаса, суштину политичке власти оличене у власти државе представља њено одвајање од „морално-практичних темеља", што је довело до ширења права као владајућег облика нормативног регулисања друштвених односа.

Одвајање државне власти од њених темеља одвија се постепено и у четири дела, која оличавају грађанска држава просвећеног апсолутизма, грађанска правна држава, демократска правна држава после грађанских револуција и социјална правна држава Западне Европе.

Хабермас главни разлог што правни системи напредују у социјалној правној држави налази у стварању универзалних вредносних оријентација, које су, сматра, последица Веберове рационализације управо на терену друштвених и правних вредности.

И у таквој социјалној држави постоји напетост између крајњег ауторитета државне силе и њој конкурентског начела сагласности. Норме које власт чине легитимном јесу само оне норме које почивају на „разумно" успостављеној сагласности, и то било да је сагласност општа, било да је резултат компромиса носилаца различитих интереса. Договор свих заинтересованих, сматра Хабермас, јесте легитиман сам по себи.[19] Он мора да буде „слободан, 'дискурзиван',

18 N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, стр. 30.

19 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Hendelns*, I део, Frankfurt am Main 1981, стр. 246-247.

а стварање права аутономно".[20] Све друге норме, које нису легитимисане као такве, почивају на државној принуди. Ако, дакле, нека правна норма почива на принуди, проблем легитимности се премешта на институцију која контролише ту принуду. А та институција може да буде прихваћена и призната као легитимна само на основу мандата који јој је поверен од стране свих заинтересованих субјеката. Због тога, сматра Хабермас, само вредности народног суверенитета и основних права грађана легитимишу државну власт, чак и кад она употребљава државну принуду. „Присуствујемо – и то је трагично – расту опозиције према централним вредностима које смо познавали кроз већи део протекла два столећа: слобода, људска права, законит поступак, приватност и добробит".[21]

Наведени писци, као што може да се примети, не оспоравају улогу монопола силе којим располаже држава, али тај монопол не сматрају јединим извором и основом легитимности, законитости и изборности. На тај начин је легитимност са терена силе премештена на терен законитости и друштвене сагласности, ма како да је то учињено. С друге стране, начин стицања и вршења државне власти мора да буде исправан, тј. у складу са одговарајућим идејама правде, слободе и општег добра. Тек тада власт у правом смислу стиче својство легитимности.[22]

3. *Ширење круга легитимних интереса у друштву, упркос поменутим ограничењима, доводи до захтева за праведношћу, за повећањем друштвене важности и тежине тог захтева, до његове психолошке уверљивости и политичке актуелности.* Тај захтев приказује правду као први, а можда и као најважнији извор и ослонац легитимности.[23]

Да легитимност није пука и огољена сила, да није довољан разлог за власт над поданицима, показују филозофскоправно дело и живот Густава Радбруха.

„Законско неправо", истиче Радбрух, не може да буде основ легитимности, законитости и изборности. Кад је право изопачено, тад основ позитивног права постаје „надзаконско право". О томе Радбрух каже: „Ни у ком случају право није оно што 'користи народу', него народу у крајњој линији користи само оно што представља право, што ствара правну сигурност и тежи за правдом... кад се чак и не тежи за правдом, кад се једнакост, која чини језгро правде, приликом доношења прописа позитивног права свесно оспорава, онда закон није, рецимо, само 'неисправно право', он штавише уопште нема правну природу. Јер, право, па ни позитивно

20 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, II део, стр. 366 и 566.
21 J. Habermas, *op. cit.*, II део, стр. 266.
22 К. Чавошки, *Увод у право I. Основни појмови и државни облици*, стр. 121.
23 К. Чавошки, *исто*, стр. 123.

право, не може другачије да се дефинише него као поредак и прописивање, одређени по свом смислу да служе правди."[24] У противном, два лажна сведока вешају човека.

Радбрух с друге стране, говорећи о позитивизацији права и правној сигурности, истиче да право мора да буде законито. Оно мора што више да буде утемељено на чињеницама и што мање на нашим властитим вредносним судовима. Чињенице које утемељују право морају исто тако да се установљавају лако и на несумњив начин, због чега морамо да се помиримо чак и са грубим поједностављивањима. Позитивно право, такође, не сме лако и често да се мења. Систем теже и противтеже, подела власти, као и спорост парламентарног апарата у наведеном смислу, представљају јемства правне сигурности и поузданости у поступку доношења и извршавања правних прописа. Само на тај начин, сматра Радбрух, доприноси се даљој професионализацији политичких и управних органа, учвршћивању постојећих субјективних права која као темељ легитимне одбране властитих интереса трају упркос мењању прописа и позитивног права, као и унапређивању општих вредности садржаних у појму људског права и институција правне државе.[25]

4. *Да ширење круга легитимних интереса у друштву не мора да доводи до захтева за праведношћу, за повећањем друштвене важности и тежине тог захтева показује пример Ханса Келзена у чијем је учењу правда као први, а можда и као најважнији ослонац легитимности, утопљена у законитост и ефикасност позитивног поретка.*

За Ханса Келзена, правда је „ирационална идеја" недоступна људском сазнању. „'Правда' у том смислу значи законитост;... Правда у смислу законитости је својство које се не односи на садржину позитивног поретка него на његову примену... 'Правда' значи одржавање позитивног поретка његовом савесном применом. То је правда 'у царству права'." Због тога Келзен и тврди: „Појам правде можеући у правну науку једино у смислу законитости."[26]

Келзен исто тако није правио довољно јасну разлику између законитости и легитимности, сводећи легитимност на пуку законитост. Наиме, „Важење правних норми може бити ограничено у времену, и важно је приметити да је свршетак као и почетак њиховог важења одређен једино поретком коме оне припадају. Оне остају важеће све дотле док нису учињене неважећим на начин који одређује сам правни поредак. То је принцип легитимности."[27]

24 Г. Радбрух, *Филозофија права*, додатак: *Законско неправо и надзаконско право*, Београд 1980, стр. 287-289.

25 Г. Радбрух, *Филозофија права*, стр. 94-101. и 230-238.

26 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1951, стр. 27-28.

27 Х. Келзен, *исто*, стр. 122.

Келзенов редукционизам је сасвим очигледан и разумљив, иако није оправдан. Сводећи правду на законитост позитивног права и условљавајући легитимност ефикасношћу важећег поретка („Принцип легитимности је ограничен принципом ефикасности"),[28] Келзен је практично омогућио да се легитимност ослободи, да се учини независном од друштвених и правних вредности. У његовом учењу, право и законитост зависе од способности државне власти да доноси и мења правне норме на уставан и законит начин. Па ипак основ државне власти није пука сила, већ сила права и законитости.

III

1. *Гледишта наведених писаца показују промену у погледу одређивања везе легитимности, законитости и изборности.* Та промена је посебно очигледна у оном делу у коме се легитимност све више везује за законитост, а државна власт за право. Па ипак, власт није легитимна само зато што је законита, јер и најгора тиранија може да буде законита са становишта важећег права. Власт исто тако мора да буде и ваљана, тј. исправна. А она је ваљана, односно исправна, кад се заснива на народној сагласности исказаној изборима. Народна сагласност, пак, почива на уверењу о оцени да се власт врши у интересу оних који су је признали или бар на веровању већине да ће власт на такав начин да се врши, што у свести грађана учвршћује обавезу о потреби да се таквој власти покоравају. На тај начин схваћена, „легитимност претпоставља законитост, али је надилази тиме што придаје држави и одговарајући вредносни елемент који пука законитост не садржи".[29]

2. *Да се ваљаност државне власти процењује не само са становишта пуке законитости већ и са метаправног становишта које укључује одговарајуће вредности правде, слободе, једнакости, општег добра и других сличних вредности, показују и етапе у којима је мењан однос између легитимности, законитости и изборности.* Начела легитимности, законитости и изборности су у свакој етапи добијала другачији значај и улогу, сходно могућностима за спровођење права и функционисање регулативних организација уз што мању употребу силе.

У монархијама легитимност и законитост представљају првенствено уставу узурпацији и тиранији. То стање постоји кад владар треба да дође на престо према утврђеном наследном реду или на неки други начин који се у конкретној заједници сматра

28 Х. Келзен, *исто*, стр. 124.
29 К. Чавошки, *наведено дело*, стр. 121.

уобичајеним. Наследни ред или други начин доласка на власт најчешће произлази из религиозне објаве или другог врховног ауторитета.[30]

Проблеми легитимитета и законитости се мењају кад поменути извори ауторитета постану спорни, тј. кад изгубе своју уверљивост. До тога долази, сматра Луман, кад дође до одвајања и другачијег прихватања тврдњи заснованих на истинитости од тврдњи заснованих на симпатији, лојалности, доминацији и сличном. Том приликом се у сасвим измењеном светлу изнова отвара питање моћи, јер „сврхе или вредности више не могу да буду истините".[31] Изгледа као да су се легитимитет и фактички монопол физичке силе готово сасвим изједначили, што је довело до стварања претпоставке према којој ће „сви да се покоре таквој сили".

Али, монопол силе убрзо постаје недовољан и друштвено прескуп, због чега сила почиње да тражи легитимитет изван себе саме, и то најчешће у добрима и вредностима који се штите том истом силом, као и у установљеним поступцима стварања и примене права. На тај начин се општи поредак регулисања прихвата као релативно правичан, садржавајући бар минимум морала и правде, па и мере које надлежни државни органи у таквом поретку предузимају морају да буду легитимне и законите. Тим путем се, на пример, креће Вебер кад одређује три чиста типа легитимне власти: рационалну, традиционалну и харизматску власт.[32]

Легитимитет се, затим, тражи све више у суделовању адресата прописа и мера, тј. у проширивању њиховог круга приликом доношења и примењивања прописа, чиме се постепено постиже сагласност све већег броја или чак свих заинтересованих субјеката права. И тек таква сагласност заинтересованих субјеката почиње да се сматра извором и основом легитимитета.

3. *Истицањем да је легитимно све око чега се заинтересовани субјекти договоре, класични проблем легитимитета престаје да постоји као такав.* Где је велик круг субјеката права, неопходни су избори као регуларан начин за доношење одлука. То не могу да буду било какви избори, већ само они који су претходно договорени и правно утврђени. Због тога су избори ваљани само кад су законити. А кад су избори законити, тада је и одлука легитимна. То је пут који легитимност, као обележје државне власти, из голе чињенице преображава у правно засновану чињеницу.

Пут којим се из самог основа мења веза легитимитета са законитошћу и изборношћу, Луман описује следећим речима: „Легитимитет представља потпуно фактички раширено уверење о

30 М. Вебер, *Привреда и друштво*, II том, стр. 432-436.
31 N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, стр. 24.
32 М. Вебер, *наведено дело*, I том, стр. 167-170.

важењу права, о обавезности одређених норми или одлука о вредности начела која их оправдавају." Легитимитет се испољава кроз „општу спремност за прихватање, унутар одређених толерантних граница, одлука које по садржају још нису одређене".[33]

Хабермас, с друге стране, сматра да тек постојање основних права грађана и примена начела народне суверености садржајно легитимише употребу државне силе и целокупни правни систем, што значи да својим обликом могу да се легитимишу само прописи којима је регулисано постојање система. То се постиже на тај начин што се прописи доносе и примењују у законитим поступцима, док прописи који непосредно задиру у „свет живота" грађана захтевају материјалну, садржајну легитимацију.[34] Другим речима, демократским слободама, процедурама, изборима, опозивом, судском контролом уставности, контролом управе, као и свим другим облицима контроле државног апарата, власт у неку руку легитимише саму себе. Легитимна, законита и изборна постаје само она државна власт „која прихвата или, штавише, која покреће поступак свога легитимисања".[35]

4. *Легитимност је заједно са законитошћу и изборношћу прешла дуг пут од пуке силе до права као основа државне власти.* Тај развој и преображај, међутим, никад није текао мимо потребе да се оправда доминација државне власти. То је и данас случај, кад мере противне нашем личном интересу прихватамо због општег добра и мирења са поретком који оличава државна власт. Нови су само начелни разлози и општи поступци којима се то постиже. Њима се, међутим, не дира у својство државе као носиоца доминације. Али, државна власт се све више ограничава и чини јавним послом, јер је држава уједно и носилац правног регулисања које не мора само да се заснива на доминацији.

Данас је држава главни творац права и јемац његове обавезности, због чега је у ствари правом фактички невезана (legibus soluta). Чак и кад држава постаје правна појава и кад добије облик правне државе, а то је резултат тек најновијег развоја у коме је већ пређена кулминациона тачка њеног стабилизовања као установе, насиље се налази одмах испод њене површине. Али, и такво регулисање, засновано на доминацији и примени насиља, мање је непожељно од одсуства било каквог регулисања.

Ублажавање државне силе, с друге стране, препуштено је углавном другим, за власт мање интересантним нормативним подручјима. Због тога државно регулисање правним нормама и њихову примену треба начелно одвојити од доминације и усмерити ка

33 N. Luhmann, *op. cit.*, стр. 27-28.
34 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, II део, стр. 266. и 563.
35 F. Bourricaud, *Esquisse d'une théorie de l'authorité*, Paris, Plon, 1961, стр. 7.

постизању споразума између супротстављених и потенцијално сукобљених интересената. Сви прописи, мере и институти донети на такав начин и у оквиру постојећих система контроле треба да имају заједнички циљ: да ограниче државну власт и да онемогуће да се наметне снагом интересне доминације због располагања монополом физичке силе.

IV

1. *Између пуке силе државне власти и друштвене сагласности о државној власти посредују легитимност, законитост и изборност.* То није случајно, јер: „Моћ је склона обести а слобода дрскости, и стога су врло ретко у добрим односима."[36]

Сила је чињеница с којом право рачуна, претварајући је у правну чињеницу без поуздане контроле. То живот додатно усложњава у неизвесности, а неизвесност доводи до појачаног правног утицаја на силу, повратно мењајући својства и обележја државне власти. С друге стране, извор утицаја правне метастварности на стварност произлази из уобличене свести о неодрживости трајног постојања силе као огољене чињенице. Захваљујући том уверењу и опредељењу, сила државне власти сама по себи више не може да буде легитимна.

2. *Легитимност као најважније обележје државне власти превазилази силу као факт, постајући мерило квалитета власти.* То се постиже поузданошћу државних захвата и радњи, којима се утиче и на поузданост свих других друштвених захвата и радњи. Власт мора да се врши поуздано а не самовољно, сходно правилима, а не мимо њих. Тек тада легитимна власт постаје законита, док се њена поузданост учвршћује.

3. *Законитом може да се представи свака власт која располаже силом. Али само круг интересената одређује домашаје и квалитет такве легитимне и законите власти.* Стога је законита само она власт која се свесно и намерно одрекла дела своје силе у корист добровољног прихватања од већине грађана. Власт је и даље власт, али је правом одређена и ограничена. Тек таква власт постаје јавна служба а држава правом уређена организација, упркос томе што: „Углавном три врсте људи не разумеју законе: они који их стварају, они који их спроводе и он који их трпе јер су их прекршили."[37]

36 Halifax: „Power is so apt insolent, and Liberty to be saucy, that they are very seldom upon good Terms", 3094, стр. 336.

37 Halifax: „Laws are generally not understood by three sorts of persons; by those that make them, by those that execute them, and by those that suffer if they break them", 8085, стр. 855.

Власт која тако поступа постаје легитимна, законита и исправна власт. Таква власт траје на добро својих грађана, јер само исправност може да спречи изопаченост. У успешној држави успешни су и њени грађани.

4. *Исправност државне власти у модерним демократијама потврђују избори.* Где је тиранија, нема правих избора. Фасада и декорација нису искрена сагласност. Таква власт је сама, крхка барка на узбурканом мору народне воље. Избори, исто тако, руше или уздижу власт. То је заједнички ризик државе и њених грађана. Ако има следећих избора, има и наде да се грешка исправи.

5. *Власт је добра кад исправно ради у корист својих грађана.* Ко свој народ воли као свој род, не ради против њега, нити против било кога, већ само часно и у корист свога народа.

Исправна власт је још боља кад успешно ради у корист својих грађана. Само таквој држави, заснованој на сагласности воља и потврђеној доказима умерености и благодарности, предстоји дуговечност. Такву државу Платон описује следећим речима: „...где је закон господар управљача, и где је власт потчињена законима, ја добро видим да постоји спас и срећа и све благодети које богови дадоше људима."[38]

Исправна и успешна власт је најбоља кад је, заснована на правди, зачињена милосрђем. Тад је и најуспешнија, јер је најбоља она држава „која људима жели срећу и која зна како да их учини срећним."[39]

Није свака таква власт успешна. Али, има ли успеха већег од правде и милосрђа? Успех се временом претвара у стагнацију и неуспех, а правда и милосрђе вечно живе у срцима и у мислима људи.

V
Закључак

Легитимност, законитост и изборност представљају изванредно значајна начела без којих не може да се замисли ниједан друштвени и правни поредак. То нису једина таква начела. Па ипак, захваљујући управо овим начелима, може да се доведе у везу државна власт са њеном ваљаношћу, тј. исправношћу.

Легитимност, законитост и изборност не важе само за државу и њену организацију, већ за све корпорације и друге субјекте на које се право односи. Та начела само у држави, због значаја држав-

38 Платон, *Закони*, Београд, 1971, стр. 145.

39 Macaulay: „That is the best government which desires to make the people happy, and knows how to make them happy, 1061, стр. 122.

не власти, имају тако посебно важну улогу и место. Али, свуда где у друштву постоји интерес да се заједнички и на трајан начин дела, она постоје и примењују се. То важно својство представља легитимност, законитост и изборност као темељна друштвена и правна начела, без којих не може да се замисли демократски друштвени поредак.

Војин Димитријевић*

ЉУДСКО ПРАВО НА ЖИВОТ И ФИЗИЧКИ ИНТЕГРИТЕТ

1. Право на живот

1.1. Живот као основно добро. – Ако би се просечној публици поставило питање како је људско право најважније, одговор би свакако био: право на живот. И заиста, без заштите самога живота, уживање других права је угрожено, па и незамисливо. Отуда они који верују у постојање вишег, природног права, сматрају да се право на живот претпоставља и да не зависи од посебне заштите позитивног права. На то би упућивао и текст чл. 6, ст. 1 Пакта о грађанским и политичким правима, у коме се право на живот означава као *урођено право*:

„Свако људско биће има урођено право на живот. Ово право мора бити заштићено законом. Нико не може бити самовољно лишен живота.[1]

Права из овога члана не могу се укинути или ограничити ни после проглашења ванредног или стања опште опасности (чл. 4).

Међутим, како се већ из друге две реченице види, право на живот није апсолутно зајемчено: не само да државе морају, да би заштита важила на њиховој територији, да га загарантују законом, већ се забрана односи само на *самовољно* лишавање живота од стране државних органа.

1.2. Смртна казна. – Релативност заштите живота долази још више до изражаја у осталим ставовима чл. 6 Пакта о грађанским и политичким правима. Наиме, не спори се могућност да државе које познају смртну казну и даље задрже овакву санкцију у својим законодавствима, мада Пакт о грађанским и политичким правима предвиђа важна ограничења:

---

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

1 Из тешко објашњивих разлога, у званичном преводу на наш језик у *Службеном листу* (бр. 7/1971) изостављена је реч „урођено" (inherent). За тим су се повели и други преводиоци.

а. Смртна казна се може изрећи само за „најтежа кривична дела". Израз „најтежа кривична дела" опет је стандард, који се мора тумачити, како у складу с његовим уобичајеним, универзалним значењем, тако и у складу са схватањима средине и правним поретком одређене државе. Не постоји одлука неког међународног органа која би на ово дала одговор у конкретном случају, али су ти органи, разматрајући законодавства држава, неретко замерали државама зато што је смртна казна запрећена за дела која се не могу сматрати најтежим. По мишљењу Економског социјалног савета УН, тешка кривична дела у овом смислу могу бити „само умишљајни злочини са смртним и крајње тешким последицама".[2]

Сумња да је право на живот угрожено јавља се увек када кривични закони предвиђају смртну казну за велики број кривичних дела. Тако се нпр. у Ираку предвиђа смртна казна за више од сто деликта, од којих многи нису насилне природе (рецимо непријављено чланство у политичким странкама или увреда председника државе). Такође се критикује и заштита јавне имовине помоћу смртне казне, којој су нарочито биле склоне „социјалистичке" земље.

б. Смртна казна мора бити изречена у складу са законом који је важио у тренутку када је кривично дело извршено. Ово ограничење се не мора посебно наглашавати, јер је начело законитости (nulum crimen, nulla poena sine lege) посебно људско право, које се односи на целу област кривичног права. Наравно, када су у питању најтеже санкције, оно има посебну важност.

в. Смртна казна не може бити изречена а да се при том повреди неко друго право заштићено Пактом о грађанским и политичким правима или Конвенцијом о геноциду. Ово ограничење тиче се прописа којим се предвиђа смртна казна, и самог начина њеног изрицања. Сећајући се нацистичких злочина, творци Пакта о грађанским и политичким правима имали су у првом реду у виду дискриминаторску примену смртне казне према занемареним и „мање вредним" људима. У новијој пракси се повреда права на живот најчешће видела онда када је смртна казна изречена у поступку који није био исправан. Комитет за људска права чврсто стоји на становишту да је, ако је у поступку предвиђен чл. 14 Пакта о грађанским и политичким правима (који се односи на исправно суђење), изрицањем смртне казне повређено и право на живот. У

2 Гарантије за заштиту лица суочених са смртном казном, Резолуција EKOSOK 1984/50 од 25. маја 1984, Анекс.

свом општем коментару уз чл. 6 Пакта о грађанским и политичким правима, Комитет тврди:

„Процесна јемства из Пакта морају се поштовати, укључујући ту и право на непристрасно суђење пред независним судом, претпоставку невиности, минимална права одбране и право на то да пресуду ревидира виши суд" (CCPR/C/21/Рев. 1, пар. 7).

У једном од најновијих случајева те врсте, Комитет је закључио да је право на живот повређено тиме што се на суду користио исказ оптуженог дат под принудом, чиме су били повређени чл. 7 (забрана мучења) и чл. 14, ст. 3г Пакта (нико не може бити приморан да сведочи против себе и да призна кривицу) (*Berry* против *Јамајке* (1994), CCPR/C/50/D/330/1988).

г. Апсолутно је забрањено изрицање смртне пресуде лицу млађем од 18 година. Битан је узраст у тренутку извршења кривичног дела, без обзира када се суди.

д. Смртна казна се не може извршити над трудном женом. Стриктно тумачење овога ограничења, засновано на претпоставци да је жена поштеђена зато што би се заједно с њом убило и нерођено дете, имало би сурове последице пошто се не забрањује изрицање казне него њено извршење, што би значило да се смакнуће одлаже само до порођаја или прекида трудноће. Зато је исправно тумачење да се жена мора коначно поштедети: оно налази потпору у одговарајућим одредбама хуманитарног права. Наиме, према додатним протоколима I и II из Женевске конвенције од 1977. године, забрањено је извршење смртне казне над „мајкама са зависном децом", односно „мајкама мале деце".

ђ. Коначно, у оквир права на живот спада и право сваког осуђеника на смрт да тражи помиловање и замену казне. Он се може користити амнестијом, која представља колективно помиловање. Ниједан од ових начина укидања или ублажавања казне није у домену суда него извршних или законодавних органа, па то и није правни лек у правом смислу речи, већ је могућност да се ствар још једном размотри с моралне, хуманитарне и политичке стране. Извршење смртне казне противно је праву на живот ако осуђеник уопште није имао могућност и прилику да тражи ублажење казне.

1.3. Општа тежња ка укидању смртне казне. – Од времена када су Пакт о грађанским и политичким правима и регионални уговори о људским правима били усвојени, ојачао је покрет за укидање смртне казне. Према његовим припадницима и многим угледним криминолозима, смртна казна не само што угрожава урођено право на живот и што је непоправива у случају судске грешке, већ се показало да нема никаквих ефеката на ступањ

криминалитета у друштву. Уставни и врховни судови неких земаља фактички су укинули смртну казну сматрајући да се она коси са забраном суровог, нечовечног и понижавајућег кажњавања.[3]

Пошто је велик број држава у међувремену укинуо најтежу казну, дошли су на ред и међународни уговори. Прво је Америчка конвенција забранила државама које су укинуле смртну казну да је поново уведу (чл. 4, ст. 3). Затим је Савет Европе, 28. априла 1983, усвојио Протокол бр. 6 уз Европску конвенцију, којим се потписнице обавезују да укину смртну казну за сва кривична дела осим оних која одговарајући закони предвиђају за поступке извршене за време рата и непосредне ратне опасности. Овај протокол ступио је на снагу 1985. године. Коначно, 15. децембра 1989. године, Генерална скупштина УН је усвојила Други факултативни протокол уз Пакт о грађанским и политичким правима, који је ступио на снагу 15. јула 1991. Њиме се потписнице обавезују да неће више извршавати смртне казне и да ће предузети мере да ову санкцију уклоне из својих закона. Једина резерва која се може ставити уз Протокол састоји се у томе што страна уговорница може да задржи право да изриче смртну казну „у доба рата на основу осуде за најтежа кривична дела војне природе, извршена за време ратног стања" (чл. 2, ст. 1).[4]

Из овог се види да је тежња за укидањем смртне казне незадржива. Чак и тамо где није укинута, она се изриче све ређе. Међутим, чак и у већини земаља које познају смртну казну, одузимање живота извршењем смртне казне статистички је безначајно у односу на друге опасности које вребају човеково право на живот.

1.4. Облици незаконитог и самовољног лишавања живота. – Ако се пође од широко распрострањеног схватања да је право на живот, као и многа друга права, заштићено само у односу на државу, тј. угрожавања од стране њених органа, онда ће се показати да су се властодршци извештили да своје противнике „ликвидирају" тако да то не личи на извршење смртне казне. На пример, војни режими у Аргентини и Чилеу, привидно поштујући Америчку конвенцију, нису поново уводили смртну казну, али су зато добро познати по изненадном ишчезнућу оних које су сматрали политички опасним. Ова појава добила је посебно име (нестајање – desapariciòn) и добро је проучена после пада таквих режима. Лица која су нетрагом нестајала, да никада не буду нађена или да се

3 У том погледу је најновија и врло речита пресуда Уставног суда Републике Јужне Африке у случају S. v. Makwanyane and another од 6. јуна 1995. Види С. Пановић-Ђурић, „Смртна казна као негација људских права" у: К. Обрадовић – М. Пауновић (ур.) *Право људских права – нове теме*, Београд, Београдски центар за људска права, 1996, стр. 229 и даље.

4 Други факултативни протокол ратификовало је 28 држава, међу којима није СР Југославија.

коначно открију у колективним необележеним гробовима, у ствари су отимали „ескадрони смрти", које су чинили полицајци у цивилу или вигилантистички „добровољци", што је влади омогућавало да се претвара како тобоже ништа не зна о судбини отетих и да одбија да одговара на упите чланова породица, међународних организација и страних влада.

Нестајање се није ограничило на Латинску Америку и узело је толиког маха да је 1980. године довело до успостављања прве „тематске" радне групе за истраживање масовног кршења људских права у Уједињеним нацијама, Радне групе за присилне или недобровољне нестанке (Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances). За једанаест година ова група је испитала преко 50.000 нестанака у 45 земаља. Према њеном извештају, владе су успеле да објасне само седам одсто случајева.[5]

Сличну пажњу су Уједињене нације посветиле масовним убиствима која власти предузимају без икаквог поступка и која углавном представљају обрачун с „непоузданим елементима" становништва, али им – зато што су мерила претежно политичка а не етничка – недостају елементи геноцида. После таквих догађаја у Суринаму и Либерији, именован је, 1982. године специјални известилац за прека или самовољна погубљења (*summary or arbitrary executions*). И он је утврдио да је „неформално" одузимање живота, без икаквог суђења, или на основу „преког" поступка, много проширеније но што се мисли.

1.5. Лишавање живота у полицијским акцијама. – Врло је важно тачно протумачити шта представља реч „самовољно" приликом одређивања обима заштите права на живот. Најбоље је то учинити тако што ће се указати када се државним органима дозвољава да применом оружја угрожавају живот и без одговарајуће судске одлуке. У томе погледу је Европска конвенција најизричитија. Њен чл. 2, који зајемчује право на живот, ст. 2 предвиђа:

„Не сматра се кршењем овога члана лишавање живота које настаје употребом силе која не премаша апсолутно нужан обим:

а. ради одбране лица од незаконитог насиља;

б. да би се извршило законито хапшење или да би се спречило бекство лица законито лишеног слободе;

в. током законито предузете акције ради сузбијања побуне или устанка."

Све чешће се чују мишљења да су и оваква овлашћења преширока и да полицијским снагама остављају и сувише могућности да слободно процењују када могу да користе силу с намером да убију.

5 Извештај Групе у УН док. E/CN.4/1990/13. Први председник Радне групе, који је био из Ирака, такође је „нестао". Види Ph. Alston (ур.), *The United Nations and Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 192, стр. 178.

1.6. Дужност државе да штити право на живот од угрожавања. – Погрешно је усредсређивати се само на случајеве када се живот губи због непосредне акције државних органа. Држава не испуњава своје обавезе ни онда када се не стара довољно о заштити живота својих грађана тако што не обезбеђује адекватне стандарде хигијене, заштите средине и минимум јавне безбедности. Наравно, ако се сматра да је неки живот изгубљен због ових пропуста, тешко је замислити да ће због тога моћи успешно да се покрене поступак пред судом или међународним телом за надзор над поштовањем људских права, али то не значи да држава није одговорна. Овакви пропусти најбоље се откривају испитивањем извештаја о стању људских права, који се не баве појединачним случајевима него општом ситуацијом у некој земљи.

1.7. Посебна питања у вези са правом на живот. – У овој области настају и бројна посебна питања, од којих највећу пажњу изазивају побачај и еутаназија.

Побачај (абортус) представља насилни прекид трудноће уз жртвовање плода (фетуса). Ако је побачај добровољан, тј. обављен уз пристанак или на захтев трудне жене, право жене да располаже својим телом и право њено и њеног брачног друга да планирају породицу, долази у сукоб с правом заметка на живот. Овај сукоб се нарочито драматично испољава у оним срединама у којима је јак утицај цркве која сматра да је живот створен већ зачећем и да уништавање плода представља убиство. Латиноамеричке земље, које су скоро хомогено католичке (у многима је римокатолицизам и државна религија), унеле су и одговарајућу одредбу у чл. 4, ст. 1 Америчке конвенције:

„Свако има права да му се поштује право на живот. Ово право ће се штитити законом, *у начелу од тренутка зачећа*."[6]

Начелна природа ове одредбе омогућава појединим државама у том региону да у извесним случајевима допуштају побачај.

У већини земаља је у двадесетом веку побачај легализован законима, који постављају услове за легализацију мирећи сукобљена права у интересу здравља жене и због забринутости за судбину нежељене деце, која је нарочито тешка када породица или мајка живе у сиромаштву. Компромис се налази тако што се претпоставља да заметак до извесног периода трудноће (рецимо, шест недеља) није субјект с правом на живот, или да интереси мајке преважу уколико је њено здравље угрожено, или да би доношење на свет детета које је зачето насилничким актом (нпр. силовањем) било противно достојанству мајке и интересима детета. То не значи да дете, када се роди, неће моћи да се позива на нека субјективна

6 Курзив наш.

права које је стекло зачећем, у складу с максимом *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur* (*кад год му то користи, зачето дете ће се сматрати рођеним*).[7]

У најновије време је покрет против легализације побачаја оживео у многим срединама. Он је нарочито јак у САД, под утицајем хришћанског фундаментализма, и у неким бившим социјалистичким земљама, где противници легализације тврде да су закони којима се дозвољава побачај производ безбожничког комунистичког режима. Тако је у Пољској побачај опет забрањен. У овим земљама, међутим, разлози против дозвољавања побачаја не траже се у праву на живот фетуса, него у националним интересима: мајка је наводно дужна да роди дете да би се број припадника нације увећавао, да нација не би била угрожена од малог природног прираштаја („беле куге"). Овакви аргументи се у најновије време чују и у Југославији.

Еутаназија (убиство из милосрђа) јесте лишавање живота људског бића на његов сопствени захтев. При том се углавном мисли на оне који, као неизлечиви болесници, желе да окончају неподношљив живот, али, за разлику од самоубиства, траже од другога (најчешће лекара) да им у томе помогне. Дакле, није у питању (теоријско) право човека да се убије: за разлику од некадашњих времена, самоубиство сада нема последица на посмртна права и углед покојника, мада се у неким земљама још увек кажњава покушај самоубиства. Реч је о другом лицу, које је проузроковало смрт на захтев дотичне особе. Због могућности злоупотребе, међународна тела испољавају у овом погледу велики опрез, мада су неке државе (нпр. Холандија) такорећи потпуно легализовале еутаназију или прописале блаже казне за убиство из милосрђа.

Сродни овима јесу проблеми који настају поводом одређивања тренутка када се има сматрати да је живот престао. Национални судови су о томе расправљали у случајевима када се, захваљујући напретку медицине, болесници уз помоћ апарата могу формално одржавати у животу иако су им мождане функције неповратно уништене. Углавном се сматра да се ови апарати могу искључити уз пристанак родбине и мишљење лекара да болесник никада не може да изађе из коматозног стања. Тада се може приступити коришћењу органа ради пресађивања.

1.8. Југословенски устави и законодавство. – У уставима који важе у СРЈ право на живот проглашава се „неприкосновеним" (чл. 21 Устава СРЈ, чл. 14 Устава РС и чл. 21 Устава ЦГ). Устав СРЈ забрањује смртну казну, али само за кривична дела која се

7 Из ове максиме се извлачи закључак да заметак има право на живот, јер му оно несумњиво користи.

прописују савезним законом. Међутим, устави Србије и Црне Горе одступају од „неприкосновености" живота и допуштају смртну казну, додуше „само за најтеже облике кривичних дела". Иако се СРЈ није обавезала неким међународним уговором да смртну казну укине, при садашњим уставним решењима, која су само формално усклађена, не може се прописати смртна казна за најозбиљнија кривична дела као што су нпр. ратни злочини и геноцид, а може за неке облике убиства, која су у надлежности федералних јединица.

2. Забрана мучења и свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака и казни

2.1. Мучење (тортура). – Ово је један од најстаријих и, нажалост, и данас најраспрострањенијих видова унижавања људског достојанства и повреде људских права. Извршни, а нарочито полицијски органи држава, чак и оних које се не сматрају нарочито недемократским и репресивним, одувек су испољавали склоност да ломе вољу људи који им се супротстављају или одбијају да сарађују с њима, и то тако што ће им наносити тешко издржљиве физичке и психичке болове. Мучење се дуго признавало као сасвим законит део истражног поступка у жељи да се дође до признања окривљеног, које се сматрало крунским доказом његове кривице. И у најразвијенијим европским земљама оно је укинуто тек у XIX веку. Поред тога, наношење бола и понижавање били су сами по себи кривичне санкције или њихов саставни део. На пример, смртна казна се извршавала тако да осуђеник издахне у најтежим патњама: с обзиром да су смакнућа била јавна, веровало се да се тако појачава њихово застрашујуће дејство.

Наравно, оваквом поступању били су и остали нарочито привржени тоталитарни диктаторски режими. Они њиме желе да што више обесхрабре своје противнике и све људе који држе до своје слободе и достојанства. Како им је у природи страх од свакојаких слободнијих помисли, које одмах означавају као опасне завере, они мучећи тело желе да сазнају и најтајније мисли својих грађана и да тако што чвршће осигурају своју власт.

Некадашње језовите справе за мучење сведочанство су наопаке стране људске инвентивности. Њима се данас придружују методи које је омогућио напредак науке и технике, на пример, у виду електричних справа или психофарматика.

Човеков физички интегритет апсолутно је заштићен, више од живота. Док је, као што смо видели, смртна казна дозвољена, телесна казна се ни у ком случају не може применити. Постоји сагласност да је мучење забрањено међународним обичајним правом. Према Пакту о грађанским и политичким правима, забрана мучења не сме бити укинута ни у случајевима рата и опште опасности.

Поред одредаба о забрани мучења у главним инструментима о заштити људских права, постоје и посебни уговори који се односе на мучење и свирепе, нечовечне или понижавајуће поступке или казне. Најважнији од њих је Конвенција против мучења, усвојена под окриљем УН. Док остали уговори не описују шта значе наведени појмови, сматрајући да су то свима разумљиви стандарди, ова Конвенција дефинише мучење (али не и свирепе, нечовечне или понижавајуће поступке или казне):

„...израз 'мучење' означава сваки чин којим се неком лицу наносе велики бол и патња, физички или душевни, с циљем да се од њега или од неког трећег лица добију обавештења или признање, да би се оно казнило за дело које је извршило, или се сумња да је извршило, оно или неко треће лице, да би се оно или неко треће лице застрашило или приморало на нешто, или из било ког разлога заснованог на било ком облику дискриминације, када такав бол или патњу нанесе јавни службеник или друга особа која делује у званичном својству, или се то учини на његов подстицај или уз његову сагласност. Ово се не односи на бол и патњу који само проистичу из примене законитих санкција или су њихов део или с њима повезани" (чл. 1, ст. 1).

Разлози за мучење дати су само примерице: мучењем се сматра свако наношење бола и патње из разлога који су слични наведенима. У првом реду се мисли на поступке који се могу приписати државним органима, било зато што су их сами извршили или су пропустили да их спрече. Држава стога крши забрану мучења ако не забрани, не спречава и не кажњава такво понашање приватних лица. Међународни органи обраћају нарочиту пажњу на ситуације где постоји највећа вероватноћа и опасност да ће се прибећи мучењу и сличним поступцима. То су, и у најуређенијим државама, први сати и дани лишавања слободе, док је ухапшеник у рукама полиције и док нису укључени судски или тужилачки органи. Исто тако, нарочита се пажња обраћа на затворе и казнено-поправне установе уопште. Унутрашњи прописи на основу којих се то чини не морају се изричито односити на мучење: исти учинак се може постићи спречавањем телесног повређивања, злоупотребе службене дужности, узимања талаца итд.

Мучење не може законито ни за кога да произведе никакве повољне последице: коришћење исказа датих под принудом противно је његовој забрани и представља повреду права на исправно суђење.

Важно је имати у виду да се забрана мучења и сличног поступања крши и онда када су патње искључиво психичке. Ако је реч о затвореницима, физички и психички бол обично иду заједно, али се може знати који претеже. Тако је нпр. с лажним погуб-

љењима, када се затвореник припрема за стрељање и изводи пред стрељачки вод да би се у њега на крају пуцало маневарском муницијом. Само душевне патње постоје онда када се трпи због поступака према блиским особама. Познати су мучитељи који приморавају затворенике да присуствују силовању њихових супруга и кћери. Душевне патње постоје и онда када се жртва налази ван домашаја власти али је погођена поступцима према блиској особи.

Држављанка Уругваја, која је у међувремену избегла у Шведску, жалила се Комитету за људска права јер већ пет година није могла да сазна ништа о судбини своје кћери, за коју је доказано да ју је ухапсила уругвајска служба државне безбедности. Девојка је очигледно „нестала", јер су уругвајске власти мајци, а касније и Комитету, тврдиле да се „лице у питању тражи широм Уругваја" и да „немају никакве везе с описаном епизодом". Комитет је нашао да су, поред кћериних, повређена и права мајке: „Комитет разуме стрепњу и напетост које су код мајке изазвали нестанак кћери и непрестана неизвесност о њеној судбини и месту где се налази. Жалиља има права да зна шта се десило њеној кћери. У том погледу и она је жртва повреда које је претрпела њена кћер, нарочито повреда чл. 7." Комитет није прецизирао је ли реч о мучењу или о свирепом, нечовечном или понижавајућем поступању (случај *Almeida de Quinteros* против *Urugvaja* (1981) *Selected Decisions*,[8] II, стр. 138).

2.2. Суровo, нечовечно или понижавајуће поступање и кажњавање. – Осим мучења, остали забрањени поступци и казне нису прецизно описани. Они су исте природе као и мучење, али је нанет бол мањег интензитета; а када је понижавање у питању, нагласак је више на психичком трпљењу због повреде достојанства него на физичкој патњи.

Ирска је покренула поступак против Уједињеног Краљевства због понашања полиције у Северној Ирској према осумњиченима за припадност оружаним покретима за њено отцепљење од Уједињеног Краљевства. Реч је била о интензивном саслушавању уз примену тзв. „пет техника дезоријентације и лишавања чулних надражаја": стављању капуљача на главу, излагању дуготрајним непријатним звуковима, лишавању сна, ограничавању исхране и приморавању осумњичених да сатима стоје иза зид. Европски суд је нашао да је у питању нечовечно и понижавајуће поступање, али да се не може говорити о мучењу јер изазване патње нису биле толико јаке и свирепе какве се подразумевају под мучењем (*Ирска* против *Уједињеног Краљевства* – 1978).

8 *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, New York: United Nations (CCPR/C/OP).

Очигледно је за Суд било одлучујуће то што иследници нису били у физичком додиру са осумњиченима и нису примењивали непосредно насиље. Остаје, међутим, спорно где је граница између оваквог поступања и мучења.

С друге стране, градација је потребна да би се обухватили и поступци који очигледно не одговарају појму мучења.

Један држављанин Доминиканске Републике, адвокат и председник Доминиканског комитета за људска права, ухапшен је и одведен у седиште политичке полиције, после чега је, заједно са још око 125 лица, провео без хране и воде око 50 сати у просторији од око 100 квадратних метара, да би коначно био пуштен без икаквог обавештења о разлогу лишавања слободе. Комитет за људска права утврдио је да је Доминиканска Република повредила чл. 7 Пакта о грађанским и политичким правима тиме што је жалиоца подвргла нечовечном и понижавајућем поступку. Комитет је прихватио и тврдњу жалиоца да је то учињено да би се он одвратио од свог залагања за људска права (*Martinez Portorreal* против *Доминиканске Републике*, 1987, *Selected Decisions*, II, стр. 214).

Из последњег примера добро се види да за постојање повреде није потребно изазивање физичког бола у обичном смислу речи.

Поступак је понижавајући не само када вређа достојанство човека у очима његове околине, него и пред њим самим. Нису, дакле, понижавајуће само казне излагања јавној порузи, какве су биле стављање уз стуб срама, шишање, осмуђивање или, у кинеској „културној револуцији", ношење самооптужујућих плаката или натписа, већ и оне које се извршавају у затвореном простору. Ово се односи и на најблаже телесне казне, које се најчешће примењују према малолетницима. Наравно, понижавајућа природа поступка или казне мора се просуђивати према културним мерилима дате средине, али се у томе не може ићи до потпуне релативизације.

Због туче с друговима, Суд за малолетнике острва Ман у Уједињеном Краљевству осудио је једног петнаестогодишњака на три ударца шибом „али тако да се не изазову телесне повреде". Европски суд је нашао да примена овакве казне није ни мучитељска ни нечовечна али да је понижавајућа, иако је извршена без присуства јавности, између осталог и зато што се људско биће излаже насиљу од стране другога и третира као „предмет у рукама власти". Суд није прихватио тврдњу представника Уједињеног Краљевства да становништво острва Ман одобрава овакву санкцију за малолетнике и не сматра је понижавајућом. С обзиром да је у питању *Европски* суд за људска права, природно је што је он с тим у вези

инсистирао на томе да и острво Ман, као део Европе, мора да примењује европска мерила (*Tyrer* против *Уједињеног краљевства* – 1978).[9]

Патње и неугодности које су саставни део извршавања законитих и прихваћених кривичних санкција нису обухваћене забраном мучења и сличних поступака. То важи и за смртну казну, тамо где је она дозвољена, и за дуге, па и доживотне временске казне. Међутим, у последње време се настоји на строжем испитивању ових мерила: јесу ли уобичајена ограничења која иду уз извршење казни стварно и потребна? Затвореник не мора да изгуби сва права, довољно је што је лишен слободе у најужем смислу речи.

Свако јавно извршење смртне казне нечовечно је и понижавајуће. Посебан случај представља феномен „ходника смрти" (death row phenomenon). У неким државама, нарочито онима које примењују англосаксонско обичајно право (common law), као нпр. САД и Јамајка, осуђеници на смрт годинама, па и деценијама, у посебним затворским крилима („ходницима смрти") чекају на извршење казне, које се одлаже из разних разлога, укључујући и коришћење разноврсних правних лекова. Овакво неприкладно ишчекивање смрти психички је неподношљиво и све чешће се сматра повредом људских права осуђеника.

Према оптужници органа америчке савезне државе Вирџиније, један осамнаестогодишњи немачки држављанин учествовао је, боравећи у САД, у суровом убиству родитеља своје девојке и побегао у Уједињено Краљевство. САД су затражиле екстрадицију, коју су британски органи одобрили. Захтев за издавање поднела је затим и Савезна Република Немачка, на основу држављанства оптуженога. Овај се обратио европским органима за заштиту људских права тврдећи између осталог да му према законима Вирџиније прети смртна казна и њено дугогодишње ишчекивање у „ходнику смрти", које тамо у просеку траје шест до осам година. Европски суд је једногласно закључио да би извршење одлуке о екстрадицији осумњиченог у САД представљало повреду чл. 3 Европске конвенције јер би он био изложен описаним психичким патњама. Додуше, Суд се у приличној мери ослањао и на специфичности овога случаја: младост осумњиченог и његову вероватно

9 Изгледа да Европски суд још није спреман да понижавајућим сматра сличне дисциплинске мере према школској деци. Један седмогодишњак, који је похађао приватну школу у Енглеској, сакупивши пет „негативних поена" због недисциплине, морао је да прими три ударца по дебелом месу. Иако је замерио аутоматизму кажњавања и тродневном одлагању извршења, Суд је закључио да нема повреде чл. 3 Европске конвенције, јер казна није могла изазвати никакве физичке и психичке последице (*Costello-Roberts* против *Уједињеног Краљевства* – 1993). Питање је да ли је овакав став одржив после ступања на снагу Конвенције о правима детета.

смањену урачунљивост у тренутку извршења дела и, што је најважније, могућност да правда буде задовољена изручивањем Немачкој, која је укинула смртну казну (*Soering* против *Уједињеног Краљевства* – 1989).

Проблеми који настају због дугог одлагања извршења смртне казне тешко су решиви, јер је могуће доћи у ситуацију да се, ради скраћења мука осуђеника, инсистира на његовом што бржем погубљењу, што би ограничавало његово право да користи правне лекове. Ову дилему је покушао да оконча Судски комитет Приватног савета у Великој Британији тиме што је поставио правило да се смртна казна мора извршити за пет година или заменити блажом казном (*Pratt и Morgan против Јавног тужиоца Јамајке и Надзорника затвора Saint Catherine у Јамајци* (1993) – *ILM*, 1994, стр. 365). И ово решење изгледа произвољно. Најбољи начин да се избегне феномен „ходника смрти" јесте – укидање смртне казне.

2.3. Забрана недобровољног подвргавања научним експериментима. – Последњом реченицом чл. 7 Пакта о грађанским и политичким правима изједначава се са мучењем „подвргавање лица медицинским или научним опитима без његовог слободног пристанка". Ова одредба унета је под утиском масовног експериментисања са затвореницима у концентрационим логорима нацистичке Немачке, који су по налогу владе или на иницијативу бездушних лекара (као нпр. чувеног др Менгелеа), заражавани бактеријама, излагани претераним температурама и притиску итд. Слична су била принудна психијатријска лечења политичких затвореника у СССР-у. Међутим, у многим земљама се затвореници придобијају за подвргавање експериментима уз обећавање неких погодности. Све више се сумња у то да су људи у затворском режиму стварно способни за добровољно одлучивање. Повремено избијају скандали због експериментисања са слободним људима, несвесним чему су изложени. Неки војни лекари у САД уносили су дроге у исхрану необавештених војника да би испитали њихово дејство.

Не могу се, међутим, на основу забране мучења нападати законске мере којима се прописује обавезно коришћење неких признатих научних достигнућа, само зато што их неки стручњаци још не сматрају сасвим доказаним (нпр. јодизација кухињске соли, флуоризација пијаће воде итд.). Исто тако, родитељи који не верују у модерну медицину не могу угрожавати животе своје деце одбијајући да им се деца вакцинишу по прописима донесеним на основу доступних медицинских знања.

2.4. Поступање са лицима лишеним слободе. – Под лицима лишеним слободе не сматрају се само они чија је слобода ускраћена у току кривичног поступка или као последица осуде за кривично дело, него и сви они који се нађу у таквој ситуацији. То могу бити

болесници у психијатријским установама и ратни заробљеници (за које постоје посебна правила у одговарајућим изворима хуманитарног права), али и припадници оружаних снага у оној мери у којој им је слобода ограничена.

Према чл. 10, ст. 1 Пакта о грађанским и политичким правима, с лицима лишеним слободе „има се поступати човечно и с поштовањем урођеног достојанства људске личности". У основи, овим се понавља забрана суровог, нечовечног и понижавајућег поступања, али је и овај посебан нагласак потребан јер су лица лишена слободе слабије заштићена, даље од очију јавности и зато подложнија оваквом поступању. Затворениково достојанство чува се и тако што му се ускраћују само она права која су у супротности са самом казном или која се не могу уживати у затвореном затворском простору.

Разрађујући овај основни став, Пакт о грађанским и политичким правима даље предвиђа да се оптужена лица морају држати одвојено од осуђених, што је и у складу с претпоставком невиности, према којој се нико не може сматрати кривим док правоснажно не буде осуђен.

Држава не сме дозволити да кривична санкција буде одмазда. Једина сврха лишења слободе је ресоцијализација кажњеника. У ту сврху се малолетни осуђеници морају одвојити од пунолетних и режим у казнено-поправној установи мора да укључује васпитне и образовне програме ради оспособљавања за живот на слободи.

У многим земљама казнено-поправне установе не заслужују да се зову „поправне". Због недовољних средстава, нехаја и погрешних схватања, услови за живот у њима су лоши, особље необразовано и немотивисано, те затвореници излазе из њих понижени, озлојеђени, па чак и с већом склоношћу ка криминалном понашању. Како је то, разматрајући извештаје држава, Комитет за људска права више пута констатовао, држава која толерише овакво стање крши Пакт о грађанским и политичким правима.

Прецизна упутства о поступању с лицима лишеним слободе налазе се у низу препорука међународних организација – међу којима су најважније *Стандардна минимална правила о поступању са затвореницима* (1957), *Кодекс о поступању службеника за спровођење закона* (1978) и *Корпус начела о заштити свих притворених или затворених лица* (1988) – које, иако не представљају међународне уговоре, имају велики ауторитет као аутентична разрада правила из међународних инструмената о људским правима.

2.5. Југословенско законодавство. – Уставом СРЈ свакоме се јамчи неповредивост физичког и психичког интегритета (чл. 22). Сличне одредбе постоје и у републичким уставима. Формулација у

уставима је веома уопштена. Заштита психичког и физичког интегритета личности представља апсолутно право, које мора бити праћено прецизнијим забранама. Поред тога, забрана мучења, нечовечног и понижавајућег кажњавања и поступања везана је у уставима само за поштовање људске личности у „кривичном и сваком другом поступку", као и за лишавање слободе односно извршавање казне (чл. 25 Устава СРЈ, чл. 26 Устава Србије). Она би морала ту стајати апсолутно и независно. Ово се односи и на забрану вршења медицинских и других експеримената на људским бићима.

Ђурица Крстић*

ИНСТИТУТ ТРАСТА (TRUST) У АНГЛО-АМЕРИЧКОМ ПРАВУ

Два велика светска правна система – цивилно или европско континентално право и англо-америчко право – као што је познато, по много чему се међу собом разликују. Међутим, са све већом интеграцијом, уједначавањем и интернационализацијом у савременом свету, што је посебно изражено у економској сфери, поједине, нарочито мање, разлике постепено ишчезавају или се смањују. Овај закључак односи се и на једну од највећих разлика између два система, која је и најпознатија: она се састоји у томе што је европско континентално право засновано на идеји писаног закона као основе права и моторне снаге његовог развоја, док је англо-америчко право првенствено прецедентно право, то јест право изграђено кроз судске одлуке. Још у првој половини XX века, поједини водећи теоретичари енглеског и америчког права, истовремено и познаваоци римског и европског континенталног система, констатовали су да су „и земље континенталне Европе, које су наследиле теорију по којој је право законодавног порекла, у пракси дошле на систем права које се великим делом изграђује кроз одлучивање у појединачним споровима".[1]

Процес ишчезавања мањих разлика, то јест оних у појединим институтима у оквиру грана права, такође је све више присутан. Томе, када је реч о Европи, доприноси и изградња права Европске уније и других интеграционих ентитета. Тај феномен, међутим, захтева широко компаративно проучавање и темељите анализе, што би био предмет рада институција које се, пре свега, баве упоредним студијама.

Постоје, међутим, многи институти који ће заувек, или свакако доста дуго, остати специфични за један од два поменута велика светска правна система. Такви институти су плод вишевековног развоја права и резултат специфичних услова живота друштва а, у великој мери, и различитог нивоа економског и прав-

* Др Ђурица Крстић, научни саветник Балканолошког института САНУ.

1 Roscoe Pound, *Jurisprudence*, St. Paul, Minnesota West Publishing Co., 1959, књига 5, 715.

ног развоја. Један од тих института је и онај из наслова овог рада – институт траста, који је карактеристичан за англо-америчко право[2] и који, углавном, нема свој еквивалент у праву земаља континенталне Европе. Значајно је, међутим, да и тај специфични институт (као, уосталом, и многи други) енглеског и, потом, америчког права, има своју основицу у римском праву, које је изнедрило, у најопштијем смислу, право европских континенталних држава (а, у великој мери, и право Шкотске). Та основица налази се у појму римског права fiducia – њиме се означавао реални уговор којим фидуцијант својину на ствари (на робу, детету или целокупној имовини) привремено преноси на фидуцијара. На основу тог института римског права, у европском континенталном праву настали су фидуцијарни послови, који се односе на пренос права, с тим да се по испуњењу уговореног услова такво право поново пренесе на првобитног преносиоца (називи уговорних страна у савременим јутарњим пословима истоветни су у правној теорији са некадашњим римским терминима).

О институту траста се у англо-америчкој правној литератури говори углавном, иако уз многе резерве, у категорији фидуцијарних обавеза, као и, уопште, у оквирима имовинског, уговорног и наследног права.[3]

Са расправом и анализом траста уско је повезана и друга значајна специфичност англо-америчког права у односу на право земаља континенталне Европе, која се односи на посебну концепцију материјалног права и посебан (за разлику од редовног) судски поступак, који су названи „правичност" (equity), односно „право правичности" и „поступак пред судом правичности". У развоју енглеског права релативно рано је почело разликовање између права (law) и правичности, а један од основних узрока за то била је претерана сложеност правосудног система, односно система тужби, које су се могле подносити само уколико се претходно обезбеди краљева наредба (writ), и то по строго формалном поступку. Пошто су краљеви судови временом каснили са решавањем спорова, краљ је овластио свог канцелара да решава по жалбама на пресуде редовних (краљевих) судова, када су средства у редовном поступку била недовољна. Канцелар је те жалбе решавао „по милости" или „савести" – дакле, не ослањајући се на редовну

2 Израз *трусш* транскрибован је као *траст*, а не *трусш* који је иначе одомаћен кад је реч о монополском удруживању на тржишту, да означи „вертикалну организацију холдиншког типа које водеће (матично) предузеће управља од њега независним предузећима, која су, иначе, формално самостална и наступају у своје име". *Правна енциклопедија*, књига 2, „Савремена администрација", Београд 1985, 1710.

3 E. Allan Farnsvorth, *Увод у правни систем Сједињених Америчких Држава*, „Савремена администрација", Београд 1973. (превео Ђ. Крстић), 89-90.

процедуру правних лекова. Касније је формиран и посебан Суд правичности (Court of Chancery). Но, тек у седамнаестом веку редовни судови су се коначно „помирили" са новим системом правичности. Пошто се у Енглеској право стварало и развијало највећим делом кроз делатност судова, тај нови суд правичности стварао је и посебно право правичности, дакле, не само посебан поступак већ и материјално право правичности, које се разликовало од општег права (common law). Један од најважнијих института тог права правичности био је институт траста.

Концепција траста израсла је на основу преноса права својине од стране власника, који се у том институту назива „одређивач" (settlor), на друго лице – повереника (trustee), с тим што је дужност овог другог да такву својину држи и њоме управља у корист неког другог лица, тј. корисника (beneficiary). Да би овакав правни посао био успешан, морала су се пронаћи средства којима би се повереник (у ствари, пуномоћник, према цивилистичкој правној терминологији) приморао да се држи услова из правног посла траста. На сцену је тада ступило право правичности јер постојећи инструменти општег права за то нису били довољни. Путем права правичности, наиме, било је могуће натерати повереника да обавља своје фидуцијарне дужности, а средство се састојало из санкција као што су новчана казна и затвор – уз истовремено признавање права својине повереника на повереној имовини.

Из права корисника заснованих на правичности развила се и концепција правичне својине (equitable ownership), за разлику од правне или законите својине (legal ownership), па се око тог института јавила и читава једна нова грана енглеског материјалног права. Данас се такозвани посебни траст широко користи не само у Енглеској, својој постојбини, већ и у Сједињеним Америчким Државама, као и у осталим земљама common law-a (Аустралија, Нови Зеланд, Канада и др.), и то кад је реч како о покретној тако и о непокретној имовини, а нарочито у вези са хартијама од вредности које доносе стални приход. Стога је управљање трастом врло брзо постало посебан посао професионалаца, који су развили и специјализоване корпорације повереника-руковалаца трастова.

Приватни или изричити траст користи се у пракси веома често у поменутим земљама општег права приликом расподеле имовине за случај смрти, а сличном техником стварају се и велике добротворне фондације.

Концепција и пракса траста показала се корисном и за судове: такозвани исходишни траст настаје услед одређене ситуације и примењује се у спровођењу претпостављених намера странака код преноса својине. У том смислу амерички професор Алан Фарнсворт наводи следећи пример: „Лице А депонује новац у

банци на име лица Б. У одсуству доказа о другачијој намери лица А, лице Б има право да од банке судским путем захтева депоновану своту, због тога што се претпоставља да је лице А за њега основало траст."[4] Сличан претходном јесте и претпостављени траст (constructive trust) који је, као правна претпоставка у судском поступку, постао значајно средство и за осујећење неоправданог обогаћења у случајевима погрешке и преваре у сфери облигационих односа.

Као што се из наведеног види, у англо-америчком праву развила се, као једна од генералних категорија у оквиру облигационог права, категорија фидуцијарних односа у којима најзначајнију улогу игра институт траста. За ове односе карактеристично је поверење између уговорних страна, а такође и посебна дужност лојалности, која је изнад обавеза створених у уобичајеним правним пословима. Зато је и критеријум одговорности повереника у трасту на вишем нивоу и њему је, посебно, забрањено да за себе извлачи корист од имовине којом по основу траста управља. За траст, односно за такву врсту преноса имовине према енглеском и америчком праву, један амерички теоретичар каже да „личи на оне необичне медикаменте којима се лече и зубобоља и угануће зглоба и ћелавост, а које продају торбари по париским булеварима: њима се подједнако добро решавају породичне недаће, пословне тешкоће и проблеми везани за религијску припадност у вези с организованим доброчинствима. Таква врста преноса имовине задивљује скептичног цивилисту (европског правника) чињеницом да се њиме проблеми заиста и решавају."[5]

Поред повереника (условно, старатеља и својеврсног власника имовине по основу траста) и корисника, у оваквим посебним односима могу се налазити, по свом статусу, и супруг и супруга, родитељ и дете, адвокат и његов клијент, старатељ и његов штићеник, властодавац (принципал) и његов заступник (агент), партнер и његов партнер, директор компаније и власник деонице те компаније итд. Међутим, општи образац за све ове односе јесте однос између повереника и корисника траста, мада се ниједном дефиницијом ове категорије не могу занемарити теоријске тешкоће, које су и те како присутне и које су везане за класификацију тог карактеристичног и јединственог института англо-америчког права.

Значајни енглески правни теоретичар Остин, о трасту је говорио као о универзалном институту: „...трастови су особени за саму суштину било ког права."[6] При том је мислио на основне

4 Restatement of Trusts, одељак 440, пример 2. Наведено према Е. А. Фарнсворту, *op. cit.*, 90.

5 Lepaulle, *Civil Law Substitutes for Trusts*, 1927, 36 Yale Law Journal, 1126.

6 Austin, *Jurispridence*, пето издање 1885, 618.

елементе сваког конкретног облигационог права, а то су: поверење, поуздање у другога, пуномоћство које се поштује у датим границама и сл. Овај аутор своју поставку поткрепљује позивајући се на римски fideicommissum. Овакав став, међутим, критикује Бакленд (а то показује величину проблема теорије траста), који негира постојање било чега фидуцијарног у том појму римског права.[7] Други англо-амерички аутори пореде институт траста са сличним институтом муслиманског права vakf-ом (vakaf, vakuf), иако му и они одричу фидуцијарни аспект. Према Р. Паунду, код траста је пре реч о ономе што француски теоретичари називају destination (намена, опредељење имовине), чиме се не ствара право in personam, које је било везано за конкретну личност. Међутим, иако класификација института траста, као што се види, изазива тешкоће у аналитичкој јуриспруденцији, непобитно је да сам корисник траста, бар, има право in personam у односу на повереника, управитеља траста, и да овај други има непобитну дужност која се заснива на поверењу, чак и на поверљивости самог односа.

У свом раду о институту траста Мејтленд, пак, каже да се траст не може у потпуности подвести ни под категорију имовине ни под категорију облигација. Такође, да би траст „једва могао настати међу онима који су јасно формулисали разлику између права in personam и права in rem, и од те разлике створили један од главних елемената свог правног система". Говорећи о праву корисника траста, овај аутор каже: „У коначној анализи, такво право може бити (користећи немачки израз) obligatorisch; но, из многих практичних и веома значајних разлога, њему се прилази као да је dinglich (стварно), тако да, у ствари, људи обично о том праву говоре као о некој врсти Eigenthum-а (својине)."[8] Други аутор, Салмонд, у институту траста не види ништа друго до „двоструку" својину.[9] С друге стране, ортодоксно англо-америчко право правичности у трасту може да види (а оно га је и створило) само право in personam, које има његов корисник. Аналитички посматрано, овде постоји својина по основу правичности (equitable ownership) у односу на свакога ко је у домашају суда права правичности, а такође и такво исто право in personam, када је реч о односу корисника према поверенику.

У англо-америчкој правној литератури постоји још много гледишта о природи траста, као што је, на пример, оно да је траст институт sui generis (Henbari), да има два елемента: имање (имовину) и терет на тој имовини. Тиме се, другим речима, наглашавају намена и одређење сврхе ствари (res), а не обавеза повереника по основу траста (Lepol).

7 Buckland, *Equity in Roman Law*, 1911, 15.
8 Maitland, у: *Collected Papers*, 323, 325, 326.
9 Salmond, *Jurisprudence*, 1902, одељак 91.

Према данашњем преовлађујућем схватању, успостављањем траста стварају се, прво, право in personam у односу на повереника који управља имовином у таквом правном режиму и, друго, право in rem на страни корисника траста. Оно прво заснива се на идеји дужности која проистиче из односа поверења и поуздања успостављеног правним послом којим је прихваћен положај повереника. Међутим, приликом решавања спорова, аналогију са институтом траста примењивали су судови правичности и на односе поверења и поуздања у уговорног партнера уопште, дакле, невезано са трастом у ужем смислу. На тај начин, ако се таквим односима обухватају конкретне ствари, права повезана са њима сматрају се правима in rem, али, опет, само по основу права правичности.

Корисник траста, као што се види, има право на највиши степен савесности и поштења у управљању имовином по овом режиму. Он се у потпуности може ослонити на поверенике, а овај други не може истицати никакво своје право на штету корисника. Уколико између њих постоје уобичајени пословни односи, односи друге природе, то ће суд права правичности помно и критички испитати у сваком поједином случају. При том ће увек полазити од претпоставке која је „против повереника траста". Он, наиме, не може за себе извлачити никакво преимућство из чињенице што је управитељ „власник" имовине по основу траста. Застарелост не тече у његову корист против корисника и корисник се у том погледу може ослонити на њега, као и на то да ће повереник штитити његове интересе ако се постави питање застарелости. То се, по аналогији са трастом, односи и на све фидуцијарне односе. Међутим, постоји и изузетак, кад је реч о поменутом претпостављеном трасту, који се заснива на начелу реституције пре него на фидуцијарном односу, у ком случају застарелост тече у корист претпостављеног повереника.

У америчком водећем уџбенику у коме је обрађена ова материја, читамо следећи текст: „Најосновнија обавеза коју повереник код траста има према кориснику јесте обавеза лојалности. Та обавеза наметнута је повереniку не због било које одредбе у институту траста, већ због односа који настаје самим његовим успостављањем. Повереник је у фидуцијарном односу са корисником траста... Обавеза повереника је да овако повереном имовином управља искључиво у интересу корисника. Њему није дозвољено да се стави у положај у коме би му, евентуално, било корисно да прекрши своју обавезу према кориснику."[10]

Код такозваног приватног траста, услов је да корисник дефинитивно буде одређен у време стварања траста, или да га је могуће одредити у року предвиђеном правилом о спречавању трај-

10 Scott, *Trusts*, 1939, одељак 481.3.

не неотуђивости (што је специфичност англо-америчког права које се примењује и код траста). То је типичан траст у коме корисник располаже како правом in rem по основу правичности, тако и правом in personam, такође по истом основу. Код добротворног траста (којим се обично, као што је речено, формирају фондације у разне опште позитивне сврхе) не захтева се постојање конкретног корисника – што је разумљиво због природе ствари. Ту је реч, према томе, само о институту имовинског права, као варијанти траста.

Ђорђе Николић*

УГОВОР У КОРИСТ ТРЕЋЕГ У РИМСКОМ ПРАВУ

Уводне напомене

1) Уговор у корист трећег лица (pactum in favorem tertii) такав је уговор којим се једна уговорна страна, промитент, обавезује према другој уговорној страни, стипуланту или промисару, да изврши престацију у корист трећег лица, бенефицијара, дестинатера или корисника,[1] с тим што се треће лице овлашћује да од промитента непосредно захтева испуњење уговора у своју корист.[2] У односу на редовно дејство уговора, уговор у корист трећег одликује се тиме што економску корист из закљученог уговора извлачи треће лице. Међутим, то и није толико одлучно и необично за одређивање појма уговора у корист трећег лица, колико околност да из таквог уговора стиче непосредно право лице које уопште нема својство уговорне стране у том уговору.[3]

Према томе, основну особеност уговора у корист трећег лица чини управо то непосредно право које из тог уговора треће лице стиче према промитенту. Уговор са таквим правом трећег лица назива се савршеним (правим) уговором у корист трећег, да би се разликовао од тзв. несавршеног (неправог) уговора у корист трећег, код којег треће лице не стиче непосредно право према промитенту.[4]

---

* Др Ђорђе Николић, доцент Правног факултета у Приштини.

1 Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, tome deuxième, premier volume, Obligations: Théorie générale, cinquième édition par Michel de Juglart, Paris 1973, стр. 792; Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, стр. 438; Стојан Цигој, *Облигације*, Љубљана, 1976, стр. 157; Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1982, стр. 113; Живомир Ђорђевић и Владан Станковић, *Облигационо право, Општи део*, Београд 1980, стр. 228.

2 Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд 1997, стр. 243; Стеван Јакшић, *Облигационо право*, Сарајево 1962, стр. 162; Богдан Лоза, *Облигационо право, Општи дио*, Сарајево 1981, стр. 119; Јаков Радишић, *Облигационо право, Општи део*, Београд 1979, стр. 122; Бранислав Недељковић, „Уговор у корист трећег", *Архив за правне и друштвене науке* бр. 3, Београд 1937, стр. 233.

3 Лазар Марковић, *нав. дело*, стр. 241.

4 Слободан Перовић, *нав. дело*, стр. 438; Јаков Радишић, *нав. дело*, стр. 121; Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 234

2) Уговор у корист трећег је новији правни институт и нема неку дужу историју. Али, зачеци таквог уговора потичу још из римског права у којем је веома дуг развојни пут уговора у корист трећег ишао од потпуне забране његовог закључивања, преко различитих могућности за индиректно остваривање користи које он пружа, до појединих случајева уговора у корист трећег који су, ипак, остали само изузеци од опште забране уговарања у корист трећег.

1. Забрана уговарања у корист трећег као општи принцип

3) Римско право је чврсто стајало на становишту да облигациони уговори, као и облигациони односи уопште, имају релативно дејство. Права и обавезе које су такви уговори рађали односили су се само на уговорне стране, односно деловали су само између њих (inter partes). То правило је у *Дигестама* било изражено речима: „Inter alios res gesta, aliis neque nocere neque prodesse“,[5] чији је смисао да се уговором закљученим између два лица не може предвидети ништа што би представљало терет или корист за треће лице. Због тога је сасвим разумљиво што римско право није допуштало да из уговора закљученог између два лица настане неко право за треће лице које у закључењу уговора уопште није учествовало. При томе, пошто су римски правници то питање разматрали углавном на примеру стипулације,[6] поставили су и правило: „Alteri stipulari nemo potest“.[7] Тим правилом се, дакле, забрањује стипулисање за другог, тј. у корист трећег, из чега произлази да је стипулација, односно уговор у корист трећег ништав.[8]

4) Наведено опредељење карактеристично је нарочито за старо ius civile у којем је не само релативан, већ и строго лични карактер облигационог односа био веома изражен, тако да је права и обавезе из таквог односа могло имати само лице које је непосредно учествовало у његовом заснивању.[9] Такав карактер облигационог односа потпуно је искључивао могућност постојања уговора у корист трећег, јер непосредно право из таквог уговора никако није могло настати за лице које у његовом закључењу уопште није учествовало. Уосталом, ако се зна да због личног карактера обли-

5 D. 2, 14, 17, 6 (Paulus): Ствар предузета између једних, другима не може ни штетити ни користити.

6 Маријан Хорват, *Римско право*, Загреб 1977, стр. 234.

7 D. 45, 1, 38, 17 (Ulpianus): Не може се стипулисати (уговарати) за другог, односно не може се стипулисати (уговарати) у корист трећег.

8 Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 234; Антун Маленица, *Римско право*, Нови Сад 1996, стр. 265.

9 Драгомир Стојчевић, *Римско право*, књига II – свеска 2, *Облигационо право*, Београд 1960, стр. 13. и 42.

гационог односа старо ius civile није познавало ни могућност заступања у правним пословима,[10] односно ако се уговор није могао закључити ни преко пуномоћника, онда је сасвим разумљиво што се, утолико пре, није могао закључити ни уговор у корист трећег.[11]

5) Због постојања наведене забране, уговор у корист трећег био је у римском праву ништав и без дејства, и то како у односу на треће лице, тако и у односу на стипуланта.[12] То се посебно односи на треће лице за које из таквог уговора није могло настати никакво право, јер није учествовало у закључењу уговора нити је стекло својство уговорне стране.[13] Њему се промитент уопште и није обавезао.[14] С обзиром на то, логично је што треће лице уопште није могло захтевати исплату,[15] нити је могло подићи тужбу против промитента.[16]

Међутим, интересантно је да у старом римском праву није стицао потраживање па, самим тим, ни могућност да подигне тужбу ни стипулант који је, као уговорна страна, учествовао у закључењу уговора у корист трећег, јер такав уговор није рађао пуноважан облигациони однос. Наиме, римски класични правници сматрали су да је један од битних услова за пуноважан облигациони однос и то да поверилац има имовински интерес за извршење облигације и да се тај интерес може изразити у новцу.[17] У том смислу се у *Дигестама* изричито наводи да предмет обавезе може бити само оно што се може новцем исплатити и надокнадити.[18] Код уговора у корист трећег тај битан услов није био испуњен. Стипулант за испуњење уговора није имао никакав имовински интерес,[19] јер се промитент није обавезао да обавезу изврши њему, већ трећем лицу. Оспоравање тог имовинског интереса стипуланта код стипулације у корист трећег јасно је изражено у *Дигестама* у којима стоји да су „обавезе створене (регулисане тако) зато да свако прибавља

10 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 94; Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 1986, стр. 267.

11 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 235.

12 Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 234; Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 265; Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 235.

13 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 16; Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 265; Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 236.

14 Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 265.

15 *Исто*.

16 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 16.

17 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 21; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 202; Иво Пухан, *Римско право*, Београд 1977, стр. 269; Обрад Станојевић, *нав. дело*, стр. 228; Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 259.

18 D. 40, 7, 9, 2 (Ulpianus): ...ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

19 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 16; Обрад Станојевић, *нав. дело*, стр. 233.

себи оно што је у његовом интересу, а уговорника не интересује оно што треба да дâ другоме".[20]

6) Наведени услов за пуноважност облигације најтешње је био повезан и са правилом формуларног поступка да имовински интерес мора бити јасно изражен у тужбеној формули, јер се дужник може осудити само на плаћање суме новца. У том смислу се и у Гајевим *Институцијама* изричито наводи да је „код свих формула које садрже кондемнацију, кондемнација одређена у новчаној вредности".[21] Према томе, и наведено правило формуларног поступка показује да је стипулант могао бити „активно легитимисан" у спору само ако је имао имовински интерес.[22]

2. Индиректно остваривање ефекта који је својствен уговору у корист трећег

7) Принцип да уговор производи дејства само између уговорних страна, као и забрана стимулисања у корист трећег, веома су рано, због своје строгости, дошли у сукоб са захтевом правног промета да се омогући индиректно стицање имовинског права или користи, који је, иначе, својствено уговору у корист трећег.[23] Уосталом, такво стицање није било потпуно искључено ни у класичном римском праву.

Међутим, потреба за уговором у корист трећег постајала је све већа, тако да је забрана стипулисања у корист трећег већ у пракси класичног периода почела да се ублажава извесним одступањима која су индиректно, тј. кроз различите облике тзв. несавршеног уговора у корист трећег, омогућавала делимично остваривање ефекта који је својствен савршеном уговору у корист трећег.

Ефекат који је веома сличан ефекту уговора у корист трећег остваривао се индиректно и уз примену адстипулације.

А) Индиректно стицање имовинског права или користи

8) Чак и у време кад је забрана стипулисања у корист трећег била најригорознија, класично право познавало је поједине случајеве код којих је долазило до индиректног стицања имовинских права

20 D. 45, 1, 38, 17 (Ulpianus): Inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea.

21 Gaius, *Institutiones* 4. 48: Omnium autem formularum quae condemnationes habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est; Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 21, исту идеју сажето изражава максимом „Omnis condemnatio pecuniaria est".

22 Обрад Станојевић, *нав. дело*, стр. 233.

23 Живомир Ђорђевић и Владан Станковић, *нав дело*, стр. 228; Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облиґационим) односима*, књига 1, Загреб 1978, стр. 606; Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 239.

или користи. До таквог стицања долазило је код легата и фидеикомиса,[24] као и у случају исплате дуга трећег лица.[25]

9) Ако је неко хтео да учини поклон индиректно, тј. без ступања у директан правни однос са поклонопримцем, могао је такву своју жељу да оствари применом легата, на основу којег легатар у тренутку делације стиче право да од наследника захтева извршење свега онога што је оставилац наследнику наредио да учини у његову корист.[26] За заштиту својих права легатар је, у зависности од врсте легата, могао да користи како rei vindicatio или неку другу стварноправну тужбу, тако и персоналну actio ex testamento.[27] С обзиром на то, легат је сматран поклоном који је оставилац завештао легатару на терет наслеђа односно наследника.[28]

10) Веома је слична ситуација била и са фидеикомисом који је, као и легат, омогућавао да се индиректно учини поклон трећем лицу. Фидеикомис је у почетку стварао само моралну, а од Августа и правну обавезу којом је оставилац могао оптеретити свако лице које је у било ком облику примило нешто из заоставштине.[29] Иако је садржина фидеикомиса могла бити веома различита, она се најчешће састојала из неке обавезе имовинског карактера коју је, по налогу оставиоца, фидуцијар требао да изврши у корист фидеикомисара.[30] Иначе, заштита фидеикомиса није се могла остварити у редовном, већ у посебном поступку (cognitio extra ordinum), као и пред специјалним претором (praetor fideicommissarius).[31]

11) Други начин индиректног поклањања био је могућ у случају кад лице коме се жели учинити поклон има неки дуг. У том случају, ако дуг није био везан за личност, могла се извршити исплата уместо другог, тј. исплата туђег дуга. За такву исплату сматрало се да је пуноважна и да доводи до гашења облигације, не само у случају када је исплатилац извршио исплату у договору са дужником, већ и у случају кад за исплату дужник није знао или то

24 Иво Пухан, *нав. дело*, стр. 262; Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 236.

25 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 236.

26 Легат је могао да има за предмет право својине или неко друго стварно право (legatum per vindicationem), које је легатар могао да истиче не само према наследнику, већ и према сваком другом држаоцу ствари, или облигационо право произашло из квазиконтракта (legatum per damnationem), које је легатар могао да истиче само према наследнику.

27 Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд 1988, стр. 322; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 339-340; Иво Пухан, *нав. дело*, стр. 397; Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 238.

28 Justiniani, *Institutiones* 2, 20, 1 Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta.

29 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 323; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 341; Иво Пухан, *нав. дело*, стр. 397; Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 239.

30 Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 341; Иво Пухан, *нав. дело*, стр. 397.

31 Ulpiani, Reg. 25, 12.

није хтео.[32] При томе, исплата туђег дуга могла је добити облик поклона (solutio donationis causa),[33] само ако је извршена с вољом да се учини поклон, тј. само ако је, како се то наводи у једној конституцији цара Александра,[34] била извршена animo donandi. Према томе, ако је исплата туђег дуга била извршена animo donandi, дужник је од исплатиоца индиректно стицао бесплатно имовинско право или корист.

Б) Несавршени уговори у корист трећег

12) За прва одступања од забране стипулисања у корист трећег, која се појављују још у класичном праву, карактеристично је да су имала само ограничен домашај. Наиме, ти први случајеви стипулисања у корист трећег били су пуноважни и производили су правно дејство само у односу на стипуланта, што значи да је само њему признавано право да захтева извршење таквих стипулација. То није био случај и са трећим лицем у односу на које су стипулације у корист трећег и даље биле ништаве и без правног дејства, јер за њега нису стварале непосредно право према промитенту. Али, иако нису стварале непосредно право у корист трећег, оне су му омогућавале да индиректно, тј. из уговора закљученог између других (ex contractu alieno), стекне имовинску корист. С обзиром на то, јасно је да су та прва одступања од забране стипулисања у корист трећег имала карактер тзв. несавршеног уговора у корист трећег, који је римско право познавало.[35]

Карактер несавршеног уговора у корист трећег, још у класичном праву имали су не само adjectus solutionis gratia односно adjectio solutionis causa и стипулација „mihi aut Titio", већ и стипула-

32 D. 3, 5, 38 (Gaius): Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum – Испуњењем обавезе (исплатом) уместо другога, чак и онда кад он то неће или то не зна, ослобађамо га обавезе; D. 46, 3, 53 (Gaius): Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere – Дозвољено је исплатити дуг за некога који то не зна или неће, јер је у грађанском праву установљено (правило) да је такође дозвољено побољшати положај и онога који то не зна или неће.

33 Као текстове који потврђују да се поклон могао извршити и исплатом туђег дуга, Антун Маленица (*Поклон у римском праву*, Београд 1981, стр. 99) наводи: D. 24, 1, 3, 12-13 (Ulpianus) и D. 46, 3, 38, 1 (Africanus); Насупрот томе, Весна Радовчић (*Правна проблематика и развитак института даровања*, Загреб, Чаковец, 1983, стр. 90) сматра да у класичном праву поклон није могао настати исплатом туђег дуга.

34 C. 2, 18, 12 (Imp. Alex.): Si filius pro patre suo debitum solvit, nullam actionem ob eam solutionem habet, sive in potestate patris, cum solveret, fuit, sive sui iuris constitutus donandi animo pecuniam dedit – Ако син за свога оца исплати дуг, никакву тужбу по основу исплате нема, било да је био под влашћу оца за кога је исплатио, било да је као лице sui iuris с вољом да поклони предао новац.

35 Стојан Цигој, *нав. дело*, стр. 158.

ција у корист трећег чије је извршење било обезбеђено уговорном казном. Поред тога, у постклασичном праву, могућност закључивања таквих уговора још више је проширена,[36] јер се мање ригорозно оцењивало постојање стипулативног имовинског интереса.[37]

13) Код adjectus solutionis gratia односно adjectio solutionis causa карактеристично је да поверилац који је закључио уговор у свом интересу том уговору придодаје треће лице, с тим што оно није постајало поверилац, већ је само било овлашћено да прими исплату и да о извршеној исплати изда признаницу.[38] У том случају је тужба за извршење уговора припадала само повериоцу, тако да је једино он имао право да од дужника захтева да му испуни обавезу.[39] Насупрот томе, адјектус је био овлашћен да прими (али не и да захтева) испуњење обавезе конкурентно са повериоцем, што значи да према дужнику није стицао непосредно право које је могао да оствари тужбом. При томе, адјектус је могао бити мандатар повериочев, који је за његов рачун могао да прими испуњење обавезе, али и лице којем је поверилац индиректно, тј. на основу уговора закљученог са неким другим лицем, омогућавао да прибави имовинску корист.

14) Несавршени (неправи) уговор у корист трећег представљала је и стипулација „mihi aut Titio“,[40] код које се дужник обавезивао да исплату изврши или свом повериоцу или Тицију.[41] Из такве стипулације Тицио је индиректно могао да прибави имовинску корист, али није стицао непосредно право према дужнику па, самим тим, ни тужбу којом би могао да захтева да се обавеза њему испуни.

15) Чим је забрана стипулисања у корист трећег постала озбиљнија сметња правном промету, Римљани су већ у току класичног периода, користећи њима својствене заобилазне путеве, пронашли могућност да, бар у односу на повериоца, обезбеде пуноважност и дејство стипулације у корист трећег. Наиме, да би се избегао приговор да стипулант нема имовински интерес за испуњење такве стипулације, искоришћена је уговорна казна (stipulatio

36 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 212.

37 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 238.

38 Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *нав. дело*, стр. 793; Стојан Цигој, *нав. дело*, стр. 158; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 235; Антун Маленица, *Римско право*, Нови Сад 1996, стр. 266; Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 236.

39 Једино Антун Маленица (*нав. дело*, стр. 266) сматра да је код adjectus solutionis causa треће лице имало actio utilis ради наплате потраживања из стипулације, као и приговор преваре кад стипулација у корист трећег није била извршена, али такав став не везује за одређени временски период.

40 „мени или Тицију“.

41 Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *нав. дело*, стр. 793; Стојан Цигој, *нав. дело*, стр. 158; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 235.

poenae),[42] чијим уговарањем се јасно истицао промитентов имовински интерес за њено извршење.[43] Према томе, кад је стипулант уговорио са промитентом 100 златника у корист трећег лица, он је, да би стекао свој имовински интерес за извршење такве стипулације, уговарао уговорну казну за промитента за случај да овај не испуни своју обавезу. Таква стипулација, изражена речима: „Ако не даш 100 Тицију, обећаваш ли 200?" – наводи се и у Јустинијановим *Институцијама* као пуноважна.[44]

16) Стипулација у корист трећег, чије је извршење било обезбеђено уговорном казном, била је пуноважна само у односу на стипуланта, што значи да је само он могао да тражи од промитента, ако овај не би извршио исплату трећем лицу, да му исплати уговорну казну.[45] Међутим, уговорна казна није чинила такву стипулацију пуноважном и у односу на треће лице, јер оно није стицало ни право да захтева испуњење промитентове обавезе, ни право да захтева наплату уговорне казне.[46]

Према томе, уговарањем уговорне казне још више је проширена могућност индиректног функционисања уговарања у корист трећег.[47] Оно постаје и много делотворније, јер је уговорна казна, по правилу, уговарана у знатно већој вредности у односу на вредност главне обавезе,[48] тако да је промитент скоро редовно испуњавао обавезу трећем лицу.

17) На крају периода класичног права,[49] као и у постклассичном, а нарочито у Јустинијановом праву,[50] забрана стипулисања у корист трећег почела је у односу на стипуланта да се ублажава тако што се мање ригорозно оцењивало постојање његовог имовинског интереса.[51] Наиме, и кад уговорна казна није била пред-

42 Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *нав. дело*, стр. 793; Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 212; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 234; Иво Пухан, *нав. дело*, стр. 262; Обрад Станојевић, *нав. дело*, стр. 233; Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 265; Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 237.

43 Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *нав. дело*, стр. 793; Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 212; Обрад Станојевић, *нав. дело*, стр. 233; Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 237.

44 Justiniani, *Institutiones* 3, 19, 19: Ergo, si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de poena: nisi dederis, tot aureos dare spondes? – tunc committitur stipulatio – Стога, ако неко уговори да нешто треба дати Тицију, уговор је ништав, али ако ту дода одредбу о казни: ако не даш Тицију, да ли обећаваш да ћеш дати толико златника? – онда уговор настаје.

45 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 237-238.

46 *Исто*.

47 Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 234; Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 265.

48 Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 265.

49 Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *нав. дело*, стр. 792; Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 238.

50 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 212; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 234.

51 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 238.

виђена, испитивало се да ли стипулант можда има неки имовински интерес за извршење обавезе стипулисане у корист трећег, јер је узето у обзир становиште да стипулант може имати неки имовински интерес и кад у стипулацији он није непосредно изражен. Према томе, стипулација у корист трећег није се поништавала ако се могло утврдити да стипулант има ма какав имовински интерес за њено извршење.[52] С тим у вези, и у једном фрагменту Јустинијанових *Институција* наводи се: „ако се неко обавеже за другога, сматра се да је уговор ваљан, уколико се ту ради и о његовој користи".[53]

18) У наведеном фрагменту се изложено опредељење илуструје најпре примером тутора који уступи управљање имовином пословођи и обавеже га да имовину малолетника обезбеди и сачува. Таква обавеза пословође према малолетнику који није учествовао у закључењу уговора сматрана је пуноважном, јер је у интересу тутора да се испуни оно што је уговорено, пошто он одговара малолетнику за случај да се лоше управља његовом имовином. Затим се, као примери пуноважних стипулација у корист трећег, наводе стипулација у корист стипулантовог заступника као и стипулација у корист његовог повериоца.[54] У образложењу се наводи да стипулант има интерес да свом заступнику обезбеди средства која су неопходна за извршење налога, односно да се исплата изврши његовом повериоцу како би се избегло плаћање уговорне казне или продаја заложеног земљишта.

19) Иначе, уколико је стипулант имао неки имовински интерес, стипулација у корист трећег била је пуноважна само у односу на стипуланта,[55] тако да је само њему признавано право на тужбу за накнаду штете коју трпи због неиспуњења такве стипулације.[56]

У сваком случају, као траг старе забране остало је то да само морални интерес ни стипуланту није давао право на тужбу.[57]

B) Адстипулација

20) Дејство стипулације у корист трећег могло се остварити и уз помоћ адстипулације за коју је карактеристично да дужник, поред тога што стипулацијом нешто обећа повериоцу, то исто

52 Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *нав. дело*, стр. 792; Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 212; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 234; Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 265.

53 Justiniani, *Institutiones* 3, 19, 20: Si quis stipuletur alii, cum eius interesset, placuit stipulationem valere.

54 Наведени примери помињу се и у фрагменту из Дигеста (D. 45. 1. 38. 17) који, с обзиром да је преузет од Ulpiana, показује да је такво становиште вероватно почело да се примењује већ крајем периода класичног права.

55 Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 234.

56 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 238.

57 *Исто*.

обећа још једном лицу (адстипулатору), тако да је оно, ако је поверилац одсутан или умре, може да наплати потраживање. На тај начин се дејство стипулације индиректно, тј. уз помоћ адстипулације, протеже и на адстипулатора, тако да поједини аутори и адстипулацију наводе као један од правих изузетака од забране стипулисања у корист трећег.[58]

Иначе, адстипулатор стиче иста права као и поверилац,[59] с тим што она имају акцесоран карактер, јер зависе од права главног повериоца. Адстипулација се гасила ако се, из било којих разлога, права главног повериоца угасе, али је карактеристично да се није гасила у случају смрти главног повериоца. Због тога је у пракси класичног периода адстипулација почела да се користи да би била постигнута дејства стипулације у корист наследника,[60] што у класичном праву није било дозвољено.

21) Адстипулација се, међутим, не може сврстати у праве изузетке од забране стипулисања у корист трећег, јер је очигледно да адстипулатор, као треће лице, не стиче право непосредно из стипулације у чијем заснивању није учествовао, већ из адстипулације у чијем је заснивању непосредно учествовао. Поред тога, будући да су односи између стипулатора и адстипулатора третирани као mandatum,[61] јасно је да адстипулатор није стицао сопствено право, које такође карактерише савршени уговор у корист трећег.

3. Савршени уговори у корист трећег

22) Прва одступања од забране стипулисања у корист трећег, која су имала карактер савршеног уговора у корист трећег, јављају се тек у посткласичном праву, које је, у односу на праксу уговарања у корист трећег, било мало толерантније. Међутим, иако се таквој пракси прибегавало и код неких других уговора (послуга, остава, продаја), уговарање у корист трећег, као правно заштићено,[62] по свему судећи, усталило се само код уговора о враћању мираза трећем лицу и уговора о поклону с налогом у корист трећег лица, којима се може придодати и стипулација у корист наследника.

58 Стојан Цигој, *нав. дело*, стр. 158.

59 У односу на лице које је овлашћено само да прими испуњење обавезе (adjectus solutionis gratia), адстипулатор се разликује по томе што потраживање може и да наплати и да опрости.

60 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 246; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 229. и 235.

61 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 246; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 229.

62 Весна Радовчић, *нав. дело*, стр. 73, позивајући се и на неке друге ауторе, сматра да та заштита није била аутоматска, као и да произлази из самог уговора, већ узгредно додана и случајна.

А) Уговор о послузи, уговор о остави и уговор о продаји

23) Царској јуриспруденцији приписују се и нека одступања од забране стипулисања у корист трећег која су настала око трећег века наше ере.[63] Таква одступања јављају се, најпре, код уговора о послузи и уговора о остави код којих се послугопримац односно оставопримац обавезује да, уместо послугодавцу односно оставодавцу, ствар врати неком трећем лицу. Поред тога, и код уговора о продаји ствари која је дата у закуп могло се уговорити да пре истека рока предвиђеног уговором о закупу купац неће моћи да закупцу откаже закуп, при чему се наглашава да се закупац могао позивати на уговор о продаји закључен између продавца и купца.[64]

Међутим, карактер тих одступања од забране стипулисања у корист трећег веома је споран. Неки аутори сматрају да су она представљала савршене уговоре у корист трећег, ако не већ у време настанка, оно бар у Јустинијановом праву, које је трећем лицу давало actio utilis за заштиту његовог права.[65] Други аутори су у наведеним одступањима видели само случајеве тзв. несавршеног уговора у корист трећег, код којег се само посредним путем остварује ефекат савршеног уговора у корист трећег,[66] јер треће лице није стицало непосредно право према промитенту.[67]

24) Иначе, у вези са одступањима наведеним код послуге, оставе и продаје ствари која је дата у закуп не наводе се конкретнији правни извори. Због тога се чак и за Јустинијаново право чини мало вероватним да су та одступања представљала случајеве савршених уговора у корист трећег, који су се, као такви, у пракси усталили. Напротив, много је вероватније да су се та одступања односила само на стипуланта, те да су имала карактер тзв. несавршеног уговора у корист трећег, који је у односу на стипуланта био пуноважан само ако је он имао имовински интерес да промитент изврши обавезу трећем лицу. Управо се, у том смислу, као уговор у корист трећег – који је у односу на стипуланта пуноважан баш због имовинског интереса који он има за његово извршење – наводи уговор о подостави,[68] с тим што је потпуно идентична ситуација и са уговором о потпослузи. Код уговора о подостави очигледно је да оставопримац има имовински интерес да подоста-

63 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 236.

64 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 236.

65 Маријан Хорват (*нав. дело*, стр. 235, напомена 3) констатује да се такви изузеци наводе у Јустинијановој компилацији; Антун Маленица (*нав. дело*, стр. 266) наводи да су они у Јустинијановом праву добили правну заштиту.

66 Слободан Перовић, *нав. дело*, стр. 439; Љубиша Милошевић, *нав. дело*, стр. 113-114.

67 Богдан Лоза, *нав. дело*, стр. 119.

68 Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *нав. дело*, стр. 793.

вопримац врати предмет оставе оставодавцу, који је, иначе, у односу на уговор између оставопримца и подоставопримца, треће лице. Веома је слична ситуација и са уговором о продаји ствари која је дата у закуп, јер је очигледно да продавац, због одговорности према закупцу, има имовински интерес да купац не откаже уговор о закупу пре истека уговорног рока.

Б) Уговор о враћању мираза трећем лицу

25) За разлику од старог права које није познавало повраћај мираза као правну установу, класично право је изградило два различита правна режима повраћаја мираза. Поред уговорног (actio ex stipulatu), створен је и дотално-правни режим (actio rei uxoriae).[69] Код уговорног режима, враћање мираза остваривало се закључивањем посебне стипулације којом се муж обавезује да врати (реституише) мираз лицу које га је конституисало уколико дође до престанка брака (cautio или stipulatio rei uxoriae). Лице које је давало мираз непосредно је учествовало у закључењу стипулације, али је могло стипулисати и преко другог, тако да је други само формално био поверилац, јер је потраживање материјално припадало даваоцу мираза, који је од трећег лица могао тражити цесију тужбе actione mandati.[70] Поред тога, треће лице је могло стипулисати и у своју корист, ако је давалац мираза хтео да му учини поклон или нешто слично.[71]

26) Стипулација о повраћају мираза производила је дејство само у односу на лице које је конституисало мираз. Ако је давалац мираза желео да се, уместо њему, мираз врати неком трећем лицу, најчешће жени, било је неопходно да она лично учествује у закључењу стипулације, што је било веома незгодно,[72] јер жена која је имала положај лица alieni iuris није имала пословну способност, па ни могућност да учествује у закључењу такве стипулације.[73]

Међутим, судећи по једном Паулусовом тексту,[74] већ се у трећем веку допуштала стипулација којом је давалац мираза уговарао његово враћање жени иако она није учествовала у њеном закључењу, што се сматра веома важном дерогацијом забране стипулисања у корист трећег.[75] У случају који наводи Паулус, мираз за унуку која је била под очевом влашћу пристао је да дâ

69 Ф. Ј. Спевец, *Женидбено имовинско право*, дио I, Загреб 1888, стр. 139; Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 103; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 78.

70 Ф. Ј. Спевец, *нав. дело*, стр. 175.

71 *Исто.*

72 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 236.

73 Драгомир Стојчевић, *нав. дело*, стр. 78; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 58; Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 150.

74 D. 24, 3, 45.

75 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 236.

њен деда са мајчине стране. Али деда је желео да у случају раскида брака мираз припадне унуци, као и то да она има actio ex stipulatu, која би за њу била много повољнија, а не actio rei uxoriae. При томе, за разлику од дотадашњег права по којем унука, с обзиром да је била под очевом влашћу, није могла да стипулира, тако да је потраживање прибављао њен отац, Паулус наводи да деда ипак може да стипулира без страха за интересе своје унуке, јер сматра да унука директно из стипулације коју је закључио њен деда, и на основу ње прибавља actio utilis, тј. тужбу из уговора која је проширена utilitatis causa.

27) Сумњу да је наведен Паулусов текст интерполиран, односно да садржи решење које није било прихваћено у трећем веку за време Паулуса већ тек у време Јустинијана,[76] отклања и једна конституција императора Диоклецијана и Максимијана, која такође потиче из трећег века наше ере.[77] Наведена конституција односи се на споразум о реституцији мираза којим је отац мираз за своју ћерку, дат зету, пошто је она умрла, уступио својим унуцима. Пошто они нису учествовали у закључењу стипулације, није им ни припадало право на тужбу. Ипак, конституцијом се предвиђа да унуцима, по начелу правичности, треба дозволити actio utilis.

28) У сваком случају, у Јустинијановом праву се не доводи у питање пуноважност стипулације којом се повраћај мираза уговарао у корист трећег лица. Такав закључак недвосмислено произлази из Јустинијановог *Кодекса* у којем стоји да „онај ко даје мираз за жену, а да на то није обавезан, може приликом оснивања мираза уговорити шта хоће".[78] При томе, нарочито се имала у виду могућност уговарања тога да мираз треба вратити даваоцу или трећем лицу.[79]

29) Код уговора о повраћају мираза постојала је, очигледно, веома изражена потреба да се, упркос забрани стипулисања у корист трећег, омогући повраћај мираза трећем лицу. Тој потреби удовољено је тек у постклasичном праву које је, дајући трећем лицу actio utilis, признало пуноважност уговора о повраћају мираза закљученог у корист трећег лица. На основу таквог уговора, треће лице је стицало право да непосредно од примаоца захтева враћање мираза, што му је, по мишљењу многих аутора,[80] давало карактер савршеног уговора у корист трећег.

---

76 Бранислав Недељковић, *нав. дело*, стр. 237, напомена 1.

77 C. 5, 14, 7 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Phileto (a. 294) Pater, pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restitui, licet his actionem quaerere non potuit, tamen utilis eis ex acquitate accommodabitur actio.

78 C. 1, 20 Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest, legem enim suae dei dicit.

79 Ф. Ј. Спевец, *нав. дело*, стр. 188.

80 Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *нав. дело*, стр 793; Стојан Цигој, *нав. дело*, стр. 158; Слободан Перовић, *нав. дело*, стр. 439; Маријан Хорват, *нав. дело*, стр. 235, напомена 3; Антун Маленица, *нав. дело*, стр. 266; Бранислав Недељковић, nav. delo, стр. 236.

В) Уговор о поклону с налогом у корист трећег лица

30) Уговор о поклону с налогом (donatio sub modo), код којег је налог уговорен неформалним споразумом придодатим уз поклон, веома дуго није уживао правну заштиту.[81] Поклон није био типичан посао и, с обзиром на правило ex nudo pacto obligatio non nascitur,[82] правно није обавезивао.[83] То се, наравно, односило и на налог који је, као део поклона био неформално уговорен. Због тога је поклонодавац могао очекивати испуњење налога само уз ослонац на fides поклонопримца.

Међутим, ако је био заоденут у неку од заштићених форми, налог је, као и поклон,[84] могао уживати правну заштиту. Тако је у току целог класичног периода налог у корист поклонодавца могао да се установи посредно, тј. у форми стипулације или фидуције,[85] с тим што тако установљен није више представљао налог у правнотехничком смислу, тј. додатни пакт који са поклоном чини јединствен посао, већ посебан контракт.[86] Насупрот томе, због забране стипулисања у корист трећег, налог у корист трећег лица није се у класичном периоду могао установити ни у форми стипулације.[87]

Испуњење налога се у класичном праву могло обезбедити и уговарањем уговорне казне,[88] али је и таква заштита била само посредна јер се остваривала закључењем посебног контракта који је био одвојен од поклона.

31) Право је почело да води рачуна о налогу, као додатном споразуму уз уговор о поклону, тек од прве половине другог века, тј. тек од времена Хадријана и Антонина Пија. У то време Јулијан је већ правио разлику између обичног поклона (proprie donatio) и поклона под условом (non proprie donatio), с тим што за овај други он каже да је donatio sub conditione.[89] При томе, поклонопримчеву обавезу Јулијан је почео да сматра каузом поклона, тако да је, у

81 Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, Београд 1981, стр. 128; Весна Радовчић, *нав. дело,* стр. 73.

82 D. 2, 14, 7, 4 (Ulpianus): Igitur nuda pactio obligationem non parit – Стога голи споразум не ствара обавезу.

83 Драгомир Стојчевић, *нав. дело,* стр. 284; Маријан Хорват, *нав. дело,* стр. 290; Иво Пухан, *нав. дело,* стр. 331; Антун Маленица, *нав. дело,* стр. 128; Весна Радовчић, *нав. дело,* стр. 73.

84 Драгомир Стојчевић, *нав. дело,* стр. 284; Маријан Хорват, *нав. дело,* стр. 290; Иво Пухан, *нав. дело,* стр. 331.

85 Антун Маленица, *нав. дело,* стр. 127-128; Весна Радовчић, *нав. дело,* стр. 73.

86 Антун Маленица, *нав. дело,* стр. 128; Весна Радовчић, *нав. дело,* стр. 73.

87 Антун Маленица, *нав. дело,* стр. 133.

88 Антун Маленица, *нав. дело,* стр. 134; Весна Радовчић, *нав. дело,* стр. 73.

89 D. 39, 5, 1 (Iulianus).

случају неиспуњења услова, поклонодавцу давао кондикцију за повраћај поклона.[90]

Међутим, класично право није отишло даље од става да у случају неиспуњења услова поклонодавац има само право на повраћај поклона, што значи да му није пружана могућност да натера поклонопримца на извршење добијеног налога. Због тога се и констатује да оно није познавало уговор о поклону с налогом, већ само уговор о поклону са условом.[91]

32) Правна заштита поклона с налогом који је неформално уговорен представља дело постклasичних правника. На такав закључак у односу на налог који је уговорен у корист поклонодавца упућује једна Диоклецијанова конституција из које произлази да се поклонопримац мора покорити обавези коју је преузео уговором о поклону.[92] При томе, за заштиту таквог налога користила се actio praescriptis verbis, којом је поклонопримац могао бити принуђен да испуни налог.[93]

33) И правна заштита налога који је уговорен у корист трећег лица везује се за Диоклецијаново име. Он је као заштиту таквог налога, као његовом кориснику дао actio utilis, чиме је у ствари, по угледу на fideicommissum hereditatis, конституисан fideicommissum donationis.[94] То се јасно види из једне његове конституције која се односи на обавезу поклонопримца да после протека рока примљену ствар пренесе у својину трећег лица. У тој конституцији се, између осталог, наводи да је и „ономе који није стипулисао такође допуштено да по основу поклонодавчеве воље користи actio utilis.[95]

Према томе, чим је корисник налога добио actio utilis за своју заштиту, уговор о поклону с налогом у корист трећег постао је пуноважан. На основу таквог уговора, треће лице је стицало право да непосредно од поклонопримца захтева извршење налога, што је и уговору о поклону с налогом у корист трећег, по мишљењу многих аутора,[96] давало карактер савршеног уговора у корист трећег.

90 D. 39, 5, 2, 7 (Iulianus).

91 Антун Маленица, *нав. дело,* стр. 131.

92 C. 4, 38, 3 Imp. Diocletianus et Maximianus (sine anno).

93 C. 4.64.8 Imp. Diocletianus et Maximianus (a. 294).

94 Маријан Хорват, *нав. дело,* стр. 235, напомена 3; Антун Маленица, *нав. дело,* стр. 134, напомена 186.

95 C. 8, 54, (55), 3 Imp. Diocletianus et Maximianus (a. 290): ... ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint.

96 Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *нав. дело,* стр.793; Стојан Цигој, *нав. дело,* стр. 158; Слободан Перовић, *нав. дело,* стр. 439; Маријан Хорват, *нав. дело,* стр. 235, напомена 3; Антун Маленица, *Римско право*, Нови Сад 1996, стр. 266; Бранислав Недељковић, *нав. дело,* стр. 237. Једино Богдан Лоза (*нав. дело,* стр. 119) сматра да треће лице ни код уговора о поклону с налогом у корист трећег није имало право да непосредно од дужника захтева извршење одређене радње.

Г) Стипулација у корист наследника

34) Посебну врсту стипулација у корист трећег представљале су стипулације у корист наследника које су, с обзиром на забрану стипулисања у корист трећег, сматране ништавим. Као таква се у Гајевим *Институцијама* наводи стипулација којом се предвиђа извршење неке обавезе у корист стипулантовог наследника (heredi meo), као и стипулације којима се предвиђа да ће се нешто дати после смрти (post mortem), односно дан уочи смрти (pridie quam moriar) повериоца или дужника.[97]

Међутим, да би се избегло дејство наведене забране, уговорне стране су у класичном праву прибегавале адстипулацији.[98]

35) Насупрот томе, будући да облигација после смрти учесника, по правилу, прелази на њихове наследнике, у класичном праву је била пуноважна стипулација о извршењу обавезе стипуланту или његовом наследнику (mihi et heredi meo).[99] Поред тога, већ се у Гајево време, а нарочито у постклasичном праву, дозвољава и стипулација о извршењу обавезе у моменту смрти (cum moriar) повериоца или дужника.[100]

36) Јустинијан је, на крају, полазећи од правила да „стипулације извлаче своју снагу из споразума странака“,[101] установио да су све стипулације у корист наследника пуноважне.

37) Ипак, стипулација у корист наследника не може се сматрати стипулацијом у корист трећег у правом смислу те речи, јер се наследник не сматра трећим лицем у односу на уговоре које је закључио његов претходник.

Закључак

38) Римско право није допуштало закључивање уговора у корист трећег. Током његовог вишевековног развоја важила је забрана закључивања таквог уговора, коју је изражавало правило alteri stipulari nemo potest.

39) Потпуна забрана стипулисања у корист трећег, која није толерисала никаква одступања, одржала се само у старом праву.

40) За класично право карактеристична су извесна одступања од забране стипулисања у корист трећег, која су се односила само

97 Gaius, *Institutiones* 3. 100.

98 Драгомир Стојчевић, *нав. дело,* стр. 246; Маријан Хорват, *нав. дело,* стр. 235.

99 Маријан Хорват, *нав. дело,* стр. 235.

100 Gaius, *Institutiones* 3. 100.

101 Ex consensu contrahentium stipulationes valent Justiniani, *Institutiones* 3, 19, 13..

на стипуланта. Стипулација у корист трећег је у односу на треће лице и даље била без правног дејства, што значи да је класично право познавало само поједине случајеве тзв. несавршених уговора у корист трећег. Таквим уговорима, као и уз примену адстипулације, индиректно се могао остварити ефекат који је својствен савршеном уговору у корист трећег.

41) Поједини прави изузеци од забране стипулисања у корист трећег јављају се тек у постклasичном праву, где карактер савршеног уговора у корист трећег добијају уговор о враћању мираза трећем лицу и уговор о поклону с налогом у корист трећег. У Јустинијановом праву је, изгледа, трећим лицима давана заштита и код неких других уговора, али се они, ипак, нису усталили као савршени уговори у корист трећег.

Према томе, постклasично а нарочито Јустинијаново право је у појединим случајевима допуштало закључивање савршених уговора у корист трећег, што недвосмислено произлази и из правила којим се предвиђа „да послови закључени између једних, не смеју шкодити другима, али им могу користити“.[102]

102 Sec. C. J. 7, 51, 3 Quod inter alios acta nemini nocere debent, sed prodesse possunt (Драгомир Стојчевић – Анте Ромац, Dicta et regulae iuris, Београд 1989, стр. 447).

Коста Чавошки*

НАРУШАВАЊЕ УНУТРАШЊЕ СУВЕРЕНОСТИ НЕКАД И САД

Један од битних елемената сваке државе, без којих се она уопште не може замислити, јесте територија над којом дата држава врши своју власт. Зато и постоје државне границе које строго раздвајају територију двеју или више држава, а свака од њих љубоморно чува *искључиву* јурисдикцију над својом територијом. Отуда се сваки покушај једне државе да врши своју власт над територијом друге државе квалификује као тешка повреда суверености и casus belli, па се због тога и рат ризикује.

Добар пример који то потврђује јесте одговор српске владе на аустроугарски ултиматум од 20. јула 1914. године. После атентата на престолонаследника Фердинанда у Сарајеву 1914, на Видовдан, Аустроугарска је упутила Србији ултиматум у којем се, поред осталог, у тачки 6 од српског правосуђа захтева „да отвори судску истрагу над оним присталицама у завери од 28. јуна 1914. године, који се налазе на територији српској; *органи које упути аустроугарска влада узеће учешћа у овој истрази*" (подвукао К. Ч.). У целом ултиматуму једино је овај други део тачке 6 за српску владу био апсолутно неприхватљив, јер би он значио да правосудна власт неке друге државе врши јурисдикцију над лицима која се налазе на српској државној територији. А то би представљало не само нарушавање српског државног суверенитета, него и велико национално понижење. Ондашњи српски државници добро су то знали, па су зато, иако тешка срца, одбили да испуне овај ултимативни захтев, ризикујући тако потоњи рат.

После осамдесет и две године, нови управљачи Србије потпуно су заборавили овај став и национални понос својих великих предака, па су пристали на умногоме далекосежније нарушавање државног суверенитета и неупоредиво веће национално понижење. И што је још горе, покушали су да ту своју срамоту и бруку прећуте и сакрију. Само шачица најупућенијих зна да је то учињено склапањем споразума са Организацијом уједињених нација о оснивању у Београду Канцеларије за везу тужиоца Међународног кривичног суда за бившу Југославију, који је, у форми размене писама, закључен 8. августа 1996. године.

---

* Др Коста Чавошки, редовни професор Правног факултета у Београду.

Да је којим случајем поштован савезни Устав од 27. априла 1992, овај међународни уговор најпре би ратификовала Савезна скупштина, а потом би био објављен у *Службеном листу*, чиме би постао доступан свеколикој јавности. Уместо тога, он се, као највећа државна тајна, чува у сефу, како нико непозван не би сазнао његову срамну садржину. На нашу велику срећу, друга страна уговорница – Секретаријат Организације уједињених нација – није имала никаквих разлога да чува тајност овог споразума, па се, уз мало „везе" с београдском Канцеларијом за везу тужиоца хашког Суда, до текста овог споразума ипак може доћи, што је пошло за руком и писцу ових редова.

Оно што најпре изненађује код овог споразума јесте његова необична, давно превазиђена форма у којој је закључен. Већ дуго времена је уобичајено да међународни уговори имају заглавље у којем се утврђује предмет самог уговора (рецимо: Уговор о узајамном признавању школских сведочанстава) и наводе стране уговорнице, а потом следе одговарајуће норме, сложене по неком реду, које се називају члановима или параграфима. Када закључени споразум има такву форму, онда је несумњиво да он представља међународни уговор који, према члану 78, тачка 4, Устава СР Југославије, подлеже ратификацији (потврђивању) од стране Савезне скупштине и потоњем објављивању у *Службеном листу*.

Одступање од овакве уобичајене форме и прибегавање размени писама као давно превазиђеном начину закључења уговора, увек је руковођено неким важним разлогом. У овом случају то је била намера Савезне владе да прикрије стварну садржину закљученог споразума о оснивању у Београду Канцеларије за везу тужиоца Међународног кривичног суда за бившу Југославију и да избегне објављивање у *Службеном листу*. Зато је, да се Власи не сете, овај уговор закључен разменом писама Бутроса Галија, генералног секретара Уједињених нација и Владислава Јовановића, привременог отправника послова југословенске мисије при Уједињеним нацијама, уз додатно разјашњење, такође у облику писама, између Ралфа Заклина, начелника и заменика подсекретара Уједињених нација, и већ поменутог Владислава Јовановића. Да је ипак реч о закључењу уговора, а не о пукој размени писама, потврђују три последња параграфа Галијевог писма, а нарочито завршна реченица која гласи: „Уколико сте сагласни с горе наведеним одредбама, предложио бих да ово писмо и ваш одговор с тим у вези *представљају споразум* [подвукао К. Ч.] између Уједињених нација и Савезне Републике Југославије о статусу Канцеларије за везу тужиоца Међународног трибунала и њеног особља." А у свом одговору Бутросу Галију Владислав Јовановић је изјавио „да је Савезна Република Југославија у потпуности сагласна са одредбама садржаним у [Галијевом] писму" и тиме потврди да

Галијево „писмо и одговор на њега представљају споразум између Савезне Републике Југославије и Уједињених нација о статусу Бироа за везу тужиоца Међународног трибунала и његовог особља у Београду". Другим речима, и за једну и за другу страну неспорно је да је овом разменом писама *закључен уговор*; једино што је југословенска страна ту чињеницу пред својом јавношћу прикрила и тиме избегла да овај уговор на ваљан начин ратификује и обнародује.

Остаје још да се разјасни због чега је овако поступљено. Да би се дошло до одговора на ово питање, ваља пажљиво проучити *садржину* овог међународног уговора. Поред уобичајених привилегија и имунитета дипломатских представника, њихових службеника, стручњака и осталог особља, његов предмет је превасходно материја кривичног процесног права, а нарочито овлашћења којима у кривичном поступку располажу органи гоњења и судови. Њиме је особљу Канцеларије за везу тужиоца хашког Суда дато:

— „право на контакте са централним и локалним органима власти, владиним агенцијама укључујући оружане снаге, преко Савезног министарства за правосуђе, као и са невладиним организацијама, приватним институцијама и појединцима";

— „право да разговара са жртвама и сведоцима, да прикупља доказе и друге корисне информације, укључујући и на локацијама изван Канцеларије за везу";

— „право на приступ лицима која су на одслужењу казне затвора као и лицима у притвору, у сарадњи са затворским властима преко Савезног министарства за правосуђе".

Потом је другом разменом писама Ралфа Заклина и Владислава Јовановића ближе утврђено да „у коришћењу правом да води разговоре са жртвама и сведоцима... официр за везу не може принудити или на било који начин присилити сведоке да се појаве пред њим и дају доказе".

Ако се пажљиво проуче овлашћења која су дата официру за везу тужиоца хашког Суда, брзо ће се утврдити да она улазе у домен *унутрашње* јурисдикције, јер представљају полицијску и судску надлежност у кривичном поступку. Тиме је, пак, битно окрњена *унутрашња* суверености наше државе, будући да, поред домаће полиције и судова, на истој територији поједине радње у кривичном поступку обавља и једна *страна* установа потпуно независно од наших *домаћих* полицијских и правосудних власти. А то неочекивано откриће заслужује посебну пажњу и најозбиљније разматрање.

Међу нашим ученим правницима увек ће се наћи понеко од поклоника нових господара света ко ће тврдити да поменута овлашћења *стране* установе за вршење појединих радњи у кри-

вичном поступку на *нашој* државној територији представљају само *сарађивање* с хашким Судом и ништа више, на шта је наша држава иначе обавезна према такозваним дејтонским споразумима. Како члан IX Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, који је потписао[1] и представник Савезне Републике Југославије, заиста установљује *обавезу* „свих страна [укључујући и СР Југославију – напомена К. Ч.] да *сарађују* у истрази и гоњењу ратних злочина и других кршења међународног хуманитарног права", ваља најпре утврђивати шта изрази *сарађивати* и *сарадња* у овом контексту стварно значе.

У већ устаљеном правном језику реч *сарадња* најчешће означава *пружање правне помоћи*. Тако, рецимо, ако општински суд у Ваљеву хоће да испита неког сведока који се налази у суседном Шапцу, он ће на одговарајући начин замолити шабачки општински суд да то учини уместо њега уколико из неког разлога није изводљиво да се тај сведок појави пред ваљевским судом. Одговарајућа аналогија примењује се и у односима између *страних* и *домаћих* полицијских и правосудних установа. Отуда, ако Међународни кривични суд у Хагу жели да саслуша неког сведока или жртву ратног злочина који се налазе на нашој државној територији, он може, позивајући се на уговорену сарадњу према члану IX Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, замолити преко Савезног министарства за правосуђе наш месно надлежан суд да то учини уместо њега и потом достави записник и друге списе. На сличан начин може и француска полиција преко Интерпола тражити од аргентинске полиције одговарајуће податке о осумњиченим преступницима, њиховим жртвама и сведоцима извршеног преступа, а у посебно утврђеним случајевима и хапшење окривљеног ради његовог потоњег изручења француском правосуђу.

Реч *сарадња* никако, међутим, не може значити *супституцију* – непосредно деловање *стране* правосудне установе на територији друге државе уместо *домаћих* правосудних установа. Јер, то више није уговорена сарадња него *капитулација* – уговор којим се овлашћује нека друга држава, рецимо Енглеска, да на територији Турске, Египта или Кине уместо домаћих судова врши правосудну власт над појединим лицима (Европљанима) и тиме битно наруши *унутрашњу* сувереност тих ваневропских држава. И мада је на први поглед уговорена надлежност Канцеларије за везу тужиоца хашког Суда на територији наше државе знатно ужа, јер се тиче само појединих процесних радњи – прикупљања доказа и саслушања сведока, жртава и затвореника – она је, по обухвату, и

1 Овај међународни уговор је само потписан, а није на ваљан начин ратификован и обнародован, што представља још једну тешку повреду важећег Устава.

знатно шира јер се врши над *свим* лицима, без разлике, која се затекну на нашој државној територији, а не само над појединим страним држављанима, рецимо Енглезима, као у случају деветнаестовековних капитулација.

До још неугоднијих закључака долазимо када упоредимо негдашње одбијање другог дела тачке 6 аустроугарског ултиматума од 20. јула 1914. године и скорашње прихватање захтева нових господара света да хашки Суд врши поједине процесне радње на нашој државној територији. Ондашња влада Николе Пашића није пристала да, поред српске полиције и судова, и аустроугарски органи учествују у вођењу истраге против завереника и подстрекача атентатора, јер је сматрала да је то недопустива повреда српског државног суверенитета и велико национално понижење. Наша данашња влада нема више таквих обзира, па је лако пристала да туђа правосудна власт врши поједине процесне радње на нашој државној територији без икаквог учешћа домаћих правосудних органа. И док је 1914. требало да аустроугарски изасланици учествују у вођењу истраге *само у једном тачно одређеном случају*, према овом скорашњем споразуму, Канцеларија за везу тужиоца хашког Суда има *генерално овлашћење* да врши поједине процесне радње *у свим случајевима за које нађе да је сходно*. Коначно, наше велике претече нису пред својом јавношћу и народом криле шта се од њих тражи и на шта пристају, а што по цену рата одбијају, док наши данашњи управљачи крију као змија ноге закључени уговор с генералним секретаром Уједињених нација баш зато што знају да раде нешто понижавајуће и срамно.

Славољуб Б. Поповић*

ЕКОЛОШКИ ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ И ЕТИКА

I

Екологија је релативно нова мултидисциплинарна наука, која је почела да се озбиљније и интензивније развија пре око 40 година, и то прво у најразвијенијим земљама (САД, Великој Британији, Француској, СР Немачкој и другим европским земљама), а затим и у мање привредно развијеним земљама. У нашој земљи озбиљнији радови на подручју екологије настали су већ почетком седамдесетих година, тако да данас постоји велики број правних прописа о заштити животне средине.

Ми ћемо се у овом раду ограничити само на правни аспект еколошких појава и на однос еколошке правне науке и етике, јер су те две дисциплине несумњиво повезане.

Једну од основа еколошке правне науке чине несумњиво и одговарајуће етичке поставке, јер се еколошка наука, између осталога позива и на етичка осећања људи. Мада еколошка правна наука предвиђа и одређене санкције у вези са непоштовањем еколошких правних норми, друштво пре свега треба да апелује на свест људи и на њихова етичка осећања у вези са заштитом животне средине од загађивања.

Друштво мора настојати да утиче на људе пре свега развијањем и унапређивањем моралних осећања у вези са заштитом природе, а у другом плану долази до примене принудних правних норми, као и одговарајућих санкција у односу на све субјекте који не поштују прописане правне норме.

Екологија је данас саставни део друштвених наука, бави се проблемима битним за егзистенцију друштва, и због тога друштвена заједница мора еколошким проблемима посвећивати посебну пажњу.

---

* Др Славољуб Б. Поповић, професор Универзитета.

II

Правне норме којима се прописују заштита животне средине представљају значајан фактор у одређивању и прописивању санкција за понашања противна еколошким нормама.

Велики број земаља је у току последњих 30 година развио врло интензивну законодавну делатност на подручју заштите животне средине. Законодавне мере имају првенствено превентивни карактер, са циљем да отклоне узроке загађивања те средине. Међутим, законодавним актима се предвиђају и одговарајуће обавезе за органе који врше надзор над применом прописа, да би се омогућило оживотворење правних прописа у пракси. Изгледа да је далеко лакше донети добре прописе него приморати субјекте (власнике, односно органе управљања, објеката, постројења, инсталација који загађују животну средину) да се у пракси тих прописа и придржавају. Стога, основне тешкоће настају на подручју извршења и примене прописа о заштити животне средине, због чега се јавља и потреба примене репресивних мера.

Треба додати да су прописи о заштити животне средине, а нарочито они у вези са предузимањем мера у циљу заштите појединих добара, веома динамични. Тим пре што су многе земље врло енергично приступиле решавању питања заштите животне средине, због чега је у великој мери долазило и до доношења нових прописа у овој области.

III

Невероватан пораст производних снага друштва има обележје научно-технолошке револуције, која захвата све сфере друштва. Савремена технологија је нарочито учинила прогрес на подручју хемијске производње, која данас расте знатно брже него производња у осталим индустријским гранама, затим, довела такође до великих и корисних промена на подручју медицине, производње хране, изградње урбаних насеља итд. Према томе, развој савремене технологије представља значајан допринос човечанству.

Постоји, међутим, и друга страна развоја технолгије, јер је тај развој, односно развој техничке цивилизације имао доста негативних последица. Упоредо с развојем интензивне производње, настајали су и проблеми у вези са загађивањем животне средине.

Услед неконтролисаног развоја савремене технологије, односно као последица злоупотребе техничке цивилизације, дошло је и до загађивања животне средине, што се манифестује као: 1) загађивање ваздуха; 2) загађивање копнених вода и подземних вода;

3) нагомилавање чврстих отпадака; 4) нагомилавање шкодљивих материја у храни; 5) штетне појаве буке; 6) опасност од радиоактивних материја; 7) сушење шума, итд.

Проблеми у вези са загађивањем животне средине нису акутни само у индустријски развијеним земљама. Ако не данас, они ће кроз неколико година бити присутни у економски неразвијеним земљама. Због тога се може констатовати да су то проблеми читавог човечанства и да се њиховом решавању мора прићи заједничким напорима одговарајућих међународних организација.

Сви проблеми који се односе на загађивање животне средине међу собом су повезани и делују у негативном смислу, због чега се као најбитнији захтев и поставља интервенција путем одговарајућих мера.

Развој индустријализације и технологије уопште нарочито утиче на промену атмосфере, то јест на њено загађивање. Употреба фосилних горива, производња хемијских супстанци, коришћење аутомобила и других возила, као и димњака без одговарајућих филтера – све то ствара отпадне материје: дим, чађ, гасовите оманације, прашину, песак, итд., које загађују ваздух, нарочито у великим градовима и индустријским центрима.

Загађивање копнених, односно површинских вода, а у последње време и подземних вода, свакако представља једну од најтежих последица савременог технолошког развоја.

Све више се истичу проблеми који настају у вези са загађивањем мора, јер се загађују не само обална подручја, него и отворено море. Познато је да је професор Хејердал, приликом путовања својим бродом РА-2, насред океана налазио велико грумење од стврднуте нафте. Према томе, мора се нарочито загађују услед неодговорног избацивања великих количина мазута и других отпадних материја из бродова. Познато је да се у море бацају и радиоактивни материјали, као и друге отровне и шкодљиве материје.

Професор Кусто, познати француски океанограф, боравио је дуже времена на Антарктику, а по повратку је изнео поражавајуће податке о загађености области око Јужног пола. У води су се налазили индустријски отпаци, трагови инсектицида и друге штетне материје.

Са развојем индустријализације и савремене технологије нагомилавају се штетне материје у храни, због тога што се приликом припремања хране додају разне хемикалије. Употреба таквих средстава може проузроковати и контаминацију човекове средине.

Нагомилавање чврстих отпадних материја у животној средини такође представља један од озбиљних проблема наше цивилизације, настао са порастом индустријализације и потрошње уопште.

Сваког дана појављују се велике количине отпадних материја од картона, хартије, текстила, синтетике, лима, дрвета и другог чврстог материјала који се употребљава првенствено као амбалажа, али и за друге сврхе.

Јапански листови објавили су још пре десетак година да је кратер Фуџи претворен у „највећу канту за смеће" на свету. Чувено излетиште препуно је разних отпадака, од кутија и конзерви до празних пивских боца.

Нагомилавање отпадака ове врсте повећано је и једнократном употребом боца за алкохолна и безалкохолна пића и друге амбалаже за конзервирано поврће, џемове итд., што је, на пример, само у једној години у Хамбургу захтевало набавку 23 нова камиона за одвоз смећа и запошљавање 149 нових радника.

У последње време све више се скреће пажња и на проблеме који су изазвани прекомерном буком, јер бука преко дозвољене границе угрожава здравље, па можда и живот човека.

Загађивању околине свакако доприносе и радиоактивне материје које се примењују у мирнодопске сврхе. Овде треба додати и примену радиоактивних материја у научним истраживањима, техници, пољопривреди, као и другим делатностима које могу у већој мери да доприносе загађивању животне средине. Раније су и атомске пробе и експлозије атомских бомби представљале велику опасност по здравље људи.

Кратак преглед последица које настају услед неконтролисаног развоја савремене технологије указује на многе проблеме изазване тим развојем. Проблеми који настају у вези са индустријализацијом, економским растом и развојем техничке цивилизације уопште нису само технички проблеми, већ представљају такође и филозофске, политичке, економске, али *правне проблеме*. Ми ћемо се овде углавном задржати на разматрању правних проблема, и на утицају науке о етици на заштиту животне средине.

У борби против неконтролисаног технолошког развоја, а у циљу заштите животне средине, врло значајну улогу може да има право у виду закона и других прописа. Истиче се потреба да законодавство у вези са заштитом животне средине мора бити проширено, упрошћено, али и примењивано и поштовано. Да би се избегле сувише чврсте ревизије законодавства у односу на заштиту животне средине, сматра се да би углавном требало доносити оквирне законе, и у тим законима одредити опште циљеве, а у посебним подзаконским прописима предвидети детаљније прописе са мерама које треба предузимати. Према томе, потребно је донети глобално законодавство у циљу заштите животне средине, јер тај проблем представља глобални феномен.

Законодавне и друге мере у вези са заштитом животне средине доносе органи земље која те мере предузима. Према томе, ради се о тзв. *унутрашњем праву* о заштити животне средине.

Међутим, и на *међународном плану* све чешће се доносе норме у виду међународних конвенција о заштити животне средине, што значи да се упоредо са развојем унутрашњег права у том погледу развија и међународно јавно право.

Унутрашње право појављује се, дакле, као примарно, јер да би међународно јавно право важило у једној земљи, оно мора бити верификовано и признато од законодавних органа те земље.

Постоји и гледиште по којем међународно право и непосредно обавезује грађане поједине земље.

Несумњиво је да правне норме могу представљати једно од значајних средстава за сузбијање појава које настају услед неконтролисаног развоја савремене технологије, али под условом да су законодавни органи који прописују правне норме довољно динамични како би благовремено спречили сваку појаву штетну по животну средину. Још већа обавеза лежи на извршним органима (органи управе нпр.), који треба да спроводе и примењују законодавство о животној средини. Према томе, да би право могло са успехом да контролише савремену технологију и да сузбија непожељне појаве које могу да произлазе из њеног неконтролисаног развоја, у оквиру правних норми потребно је предузимати најпре врло опсежне *превентивне мере*, а затим, уколико је дошло до прекршаја правних норми, доследно спроводити и *репресивне мере* у виду различитих санкција.

IV

У вези са односима еколошке правне науке и етике, треба се подсетити Кантовог схватања о моралу и о разлици између права и морала. Позната је Кантова мисао да се морал може дефинисати као аутономна норма која има интернационалистички карактер, тј. која се односи на човекову свест. Право се пак схвата као хетерономна норма и оно се односи на спољне поступке човека.

Сматра се да проблеме етике (морала) не можемо посматрати ван времена и простора, већ у конкретном друштву и времену.

Познато је да се етика дефинише као нормативна наука о моралу, односно као скуп правила о моралу.

Највећи број аутора одређује морал појмом *добро*, па се, с обзиром на његову садржину, најчешће и дефинише као систем норми који одређује шта је добро а шта зло и тако регулише људско понашање односно људске односе. Према томе, морал као

скуп друштвених норми субјект треба да доживљава као сопствену безусловну обавезу засновану на добру, што је самостална врховна вредност. Та врховна вредност утиче да субјект због прекршаја осећа грижу савести – то је унутрашња санкција. Али друштво може да примењује, када је то предвиђено правним нормама, и спољашње санкције у односу на субјект који је моралне норме прекршио. Иако се морал и право несумњиво разликују, ипак су те две области и те како међусобно повезане, због чега се може рећи да морал утиче на право, као и обратно, да право утиче на морал.

Сматра се да право можемо дефинисати као хетерономну норму, а да морал може бити једино аутономна норма.

У вези са односом права и морала познато је гледиште Јелинека, према којем право представља минимум морала (Georg Jelinek, *Allgemeine Staatslehre*, 5. издање, Verlag von Julius Springer, Берлин 1929, стр. 218).

Сматра се да има области права у којима морал није присутан, и обрнуто: да постоје области у којима се право и морал у извесном смислу поклапају. У овом другом случају ипак постоји разлика између моралне и правне норме, јер је правна норма прецизнија, она одређује и мерљиве обавезе, што није случај са моралном нормом.

Разлике између морала и права састоје се пре свега у томе што норме не постоје у облику писаних прописа, као што је случај са правним нормама. Право и морал ће се свакако још дуго разликовати, па можда чак и супротстављати једно другом.

Постоје и предлози да се због важности моралних норми, а у циљу њиховог прецизнијег формулисања, донесу и посебни морални кодекси. Они би садржавали норме којих би се људи одређених правничких занимања придржавали у свом пословању. Тако би се могли створити морални кодекси за адвокате, за судије, за службенике у државном апарату, углавном за сва правничка занимања која су у вези са доношењем важних правних одлука.

Што се тиче етике управних радника, запажа се да она представља само специфичност, односно подврсту опште слике и да, полазећи од елемената опште етике, треба изнаћи и посебне елементе етике управних службеника. Проблеми етике управних службеника могли би се сврстати у оквире проблема професионалног морала.

V

Повезујући еколошко-правне норме са етичким нормама, можемо констатовати да етичке норме претходе правним нормама и да законодавац, при прописивању еколошких правних норми,

треба да води рачуна колико год је то могуће, и о њиховом усклађивању са општим етичким нормама. Већ је речено да су релативно ређи случајеви у којима су правне норме потпуно сагласне са етичким нормама. Међутим, творци правних норми, при прописивању мера у вези са заштитом животне средине, треба да воде рачуна и о етичким нормама које се односе на животну средину. Моралне норме које се односе на животну средину воде првенствено рачуна о спречавању раубовања животне средине, јер је здрава животна средина услов за опстанак људи на земљи.

Пошто правне норме имају за циљ заштиту животне средине, то је несумњива чињеница да на том подручју у неким случајевима долази до идентификације моралних и правних норми. Разлика је само у санкцијама за прекршај моралних односно правних норми. Прекршаји правних норми праћени су кривичним прекршајним, привредно-преступним и дисциплинским санкцијама, док су прекршаји моралних норми, као што је речено, чисто интерналистичког карактера (грижа савести) код субјеката који су их прекршили.

Битно је, међутим, да се правне и моралне норме што више приближе, пошто су правне норме ефикасније јер подразумевају санкције које се могу применити на прекршиоце тих норми.

Валтазар Богишић

СТРУЧНО НАЗИВЉЕ У ЗАКОНИМА**
(Писмо пријатељу Филологу)

Врло сам вам благодаран, цијењени пријатељу, што таком готовошћу пристадосте на моју жељу, да ми, уједно са другим пријатељима језику вјештима, саопштавате ваше мнијење о техничким изразима законским, које вам мало по мало будем шиљао на прегледа.

Али пошто, жалибоже, наши разговори и договори о томе важноме послу не могу бити на окоријеч, него писмено, то треба најприје да се договоримо: којим ћемо се начином договарати. Што се мене тиче, ево како ја о томе мислим:

Уза сваки назив или израз који вам будем предлагао, описат ћу најприје, гдје требало буде, сва својства ствари, посла или односаја кога се израз тиче. Затим ћу к свакому додати израз римскога права, а уза њ и називе у правноме језику главнијих јевроп-ских народа нашега времена. К тому ћу приложити израз у појединим словенским језицима. Најпослије ћу набројити главније на-

---

* У овој рубрици *Анали* ће повремено објављивати текстове који су утицали на стварање српске правне терминологије и обликовање правно-језичке културе. Учинило нам се да треба почети са омањим списима Валтазара Богишића посвећеним питањима језика у праву, јер су његово познавање народног говора, негован стил изражавања и истанчан смисао за пробирање речи оставили дубок утисак на све српске правнике који су обраћали пажњу на усавршавање језичког израза у праву. Међу његовим савременицима треба поменути Андру Ђорђевића који се истински одушевљавао Богишићевим делом („Вук и Даничић", писао је А. Ђорђевић у *Браничу*, „доказали су нам сву лепоту и гипкост српског језика, чиме се Србин доиста може поносити. Али исто тако национални српски понос распламтиће вам се кад ушчитате овај законик. И тако овај рад г. Богишићев је према Вуковим и Доситејевим, нужна допуна целине."), а међу представницима новијих тежњи у праву не могу се заобићи имена Чеде Марковића, Божидара С. Марковића и особито Михаила Константиновића.

** Чланак Валтазара Богишића преносимо из часописа *Пороша* у коме је био објављен у бројевима 15 и 16 из 1880. године. Текст је првобитно био штампан у сплитском часопису *Право* бр. 44/1876, а затим је у облику сепарата објављен поново у Сплиту (Спљету, како се говорило) исте, 1876. године.
Као што је учинио уредник *Пороше* и ми смо задржали помало застарели језички израз онога времена и ограничили смо се на најнеопходније ортографске интервенције ради јасноће.

зиве појма о коме ријеч буде, како се сретају у српских или хрватских писаца, у законима писаним нашим језиком, као и у народноме обичајном праву и језику: то све, да како, у колико гдје има еквиваленат за који израз, и у колико мени познат буде. Заглава ће бити: израз који се мени буде чинио најприкладнији, са узроцима мога мнијења. На основи пак опазака и мнијења које ми мало по мало будете шиљали ви и други пријатељи (којима ће се такође таки списи слати), слиједити ће избор изриза̂.

Пошто се нацрт предложенога овђе поступања тиче претежно здворне стране нашега подузећа, он је, како видите прилично кратак, а и попуне које буду требале, неће га, надам се, предугим учинити. Врло ми је жао, што се разговор о другој страни посла, која се више језгре тиче, неће моћи таком краткоћом похвалити, ту ћу бити тако слободан, да вам саопштим неке моје мисли о техничком називљу законском у опште, а особито о томе, какво би, по моме мнијењу, требало да буде то називље, да би одговарало потребама нашега народа. Та је тема дакако дубоко опширна. Али ми се чинило нужним ње се барем дотакнути већ ради тога, што би се иначе често разилазила наша мнијења у оцени појединих израза, за то, што би ви често судили по вашим а ја по мојим начелима.

Ја се надам, дакле, да ви нећете замјерити дугу разговору овога првога писма и да ћете ми чим скорије саопштити своје опаске о томе у чему се са мном не слажете.

Свака струка човјечије радње или знања, па се бавила ова формалним или физичним свијетом, треба да има, и има већ сама по себи своје техничко називље. Али пошто вријеме дође те струка уђе у школу, то се називље знатно рашири и мање-више преиначи: то све, дакако, према потребама педагошким, према правцу школе, према најразличнијим вањским упливима. Каквогод било то школско називље, без њега у школи не може никако да буде. Свакому је познато, да је и до данас темељ учењу језика̂ у школи остала граматика, а гдје је граматика ту не може да буде без школско техничког називља. То исто ваља и о учењу права.

У правној факултати, у учевним књигама о праву, стручно је називље нужно, неопходно, па били сви тако апстрахтни да се од прве и не разумију, они ће се у школи објашњавати, ближе опредјеливати, и учитељ ће често не мало муке видјети док се ученику утуве у главу, али најпосле бит ће мање више постигнута цијељ. – Овђе пак долази на ред за ме главно питање: може ли се то исто казати и о законима, који су, већ по својој природи, намјењени прије свега за *народ?*... Не мислим. Не као да бих ја држао, да у законима не треба стручних израза, јер би то било у противорјечју и с тим што је до сада казано и са цијељу нашега договарања, које

овим писмом започимљемо. Али што ја овђе особито мислим, то је: да у *законима* то називље треба да се *иначе* прима него ли је то у нас бивало до сада, па и иначе него ли је то бивало и у неких народа запада, у којих су и називље и метод и слог били једнаци као у школи и учевној књизи, тако и у законима, – без бриге о томе, хоће ли тако састављене законе народ, за који су најприје и писани, разумљети или не. – Разумије се да није иначе ни у нас, јер ко нас позна и знаде да смо се на западу учили, како би могао и помислити, да би смо ми смјели што друго урадити осим jurare in verba magistri?

Да је техничко називље и у нашим законима, који су тобоже писани народним језиком, лоше и народу неразумљиво, мислим да не треба доказивати, то је у опште признато. Ви бисте могли примијетити, да то називље није без приговора ни у школама ни у учевним књигама, и нико вам неће казати да сте се преварили. Али се ја овђе бавим искључиво питањем о стручном називљу *закона* – јер ме за сада то највише тишти, – а расправљање о цијеломе предмету далеко би ме одвело, па га се и клоним. У осталом, кад би нам пошло за руком удесити иколико боље називље за законе, то можда не би било без добрих последица и за школу.

Врло се често, особито у новије вријеме, чује говорити о правилу, да закони треба само да *заповиједају*, а да не треба да *поучавају*, јер је ово последње задаћа школа. Овђе би најприје требало знати, што у различним приликама значи *поучити*; јер иначе поучава учитељ у школи, иначе свештеник у цркви, иначе капурао у војсци. Има иначе предјелá у самоме словенскоме свијету, у којима сеоски скуп, користећи се самоуправом, осуди да се тај и тај сељак – кривац има *поучити* са 20 или 50 батинâ. Пошто дакле свак поучава на свој начин, радшта и законодавац не би имао свој начин поучавања? Него оставимо за сада поучавање и пристанимо к начелу *заповиједања*, што нам ипак неће бранити да запитамо: како ће извршити заповијед онај кому је назначена, ако је не разумије? Човјек може *знати* само оно што *разумије*. А пошто законодавац не допушта да би се ико могао испричати *незнањем* закона, очевидно је, да он при састављању треба да задовољи тому првому увјету *знања* његовијех законâ, то јест да буду такови, да би их у истину свак могао разумљети.

Оне пак који држе, да је ум простога народа одвећ крупан него да би могао појмити све правничке танкоће, требало би запитати: Радшта се у већини јевропских држава уставом допушта и најпростијему човеку да буде чланом скупштине или сабора?... Јер, о коме се мисли да не може појмити одношаје који истичу из свакдањих послова и најпростијих одношаја живота, смијешно је и помислити, да може ријешавати заплетена, претанка и дубока питања државне управе, финансије, економије!

Држим да је и тога доста да бисте се убиједили, да законе треба да разумије *васколики народ* а не само *правници*, – али премда то ваља у опште за сваки народ, држим да је од тога у нас још преча потреба, и ево зашто:

По особитоме склопу народнога ума и по правцу хисторичкога нашега развитка, народ наш као што сахрани до данас непорушену снагу у самосталну пјевању, причању, мишљењу, тако исто сахрани у живој свјести своје друштване установе, па тако хоће да их самостално и развија, премда не презире ни плодове туђега искуства, туђега изума.

У западних народа и опет услијед особитога хисторичког развитка, правници узеше до некле у монополију бављење са свакидањим народним правом, али зато на западу изникну многобројни и снажни градски елеменат, у коме се роди и разви своје посебно трговачко, обртничко и морско право, које по срећи утече умртвујућему даху правника – рутинара; па видимо да грађани на западу и посташе најзнатнијим разредом пучанства. У нас на против, најглавнији је, да не кажемо једини наш народни елеменат сељак, али по срећи још чил и природом добро обдарен, те нам за то има бити најсветија тежња да пазимо да даљи развитак и образовање тога најглавнијега дијела нашега народа не сврне са нормалнога, природнога пута. Јер, постане ли наш сељак, услијед нашијех погрешака; а особито ради нашега мајмунисања, онако ограничен и туп, као што у опште постаде сељак на западу, – нашему је народу одзвонило. А како је још и до сада тај наш сеоски народ чил и енергичан, показује нам и најновија наша хисторија, гђе је сви важнији покрети и политички и друштвени, који на западу поникнуше у градовима, у нас се свиколици породише у селима. Јер одакле су, ако не са села: Карађорђи, Милоши, Данили, Хајдук Вељци, Вукаловићи и други?

Осим наведенога треба још примјетити, да је унутарњи уређај кућни наших сељака таки, да се ту све одредбе постављају договорно: сваки кућанин зна што и радшта што врши, па зато и врши врло радо, док то тако траје. – Лако је дакле помислити, да људи који нијесу научни слушати само ради авторитета онога који заповиједа, људи привикши из дјетињства свога испуњати само оне наредбе, које не само да разумију него и знаду зашто их испуњавају, – лако је помислити у колико ће и како ће моћи испуњавати неразумљиве законе.

Још један и то врло озбиљан разлог. Свак знаде, да је у нашега народа до недавно снажно живљело а дијелом и сада још живи обичајно право, којим се органички утврдише и стручни изрази, који се тих обичаја тичу. А пошто је и обичају и закону, у главноме, једнака врста садржине – што никако не брани да закон-

ска наредба може бити и противна обичају, – очевидно је, да називље законско, примљено без обзира на његову потпуну разумљивост, више мути народне појмове у нас, него ли тамо, гђе до сада у главноме није бивало обичаја, па ни назива из обичајнога права.

А сада прије него пређемо на поједине врсте израза допустите да још приведем неке разлоге, ради којих мислим, да законодавац треба да по све иначе излаже право народу у законима, него ли то чини учитељ ученицима у школи и у учевним књигама.

а. Учитељ има пред собом посве друкчије субјекте ка којима се обраћа, него ли законодавац: први има посла са главама, које, што се практичнога живота тиче, још су готово tabula rasa са особама којима право има бити главно бављење живота, које су биле приготовљене од дјетинства школскому језику, изразима, методу. Услиједтога, какви год били језик, изрази, метод, ученици их могу, при озбиљној вољи, савладати и себи присвојити. Народу је, на против, глава пуна свакојаких других утисака из свагдањега живота и из свакдањих потреба: за народ право није него цигла једна страна његова бављења и његовијех мисли. Управ за то закон и треба, ако ће да буде појмљив народу, да је ни више ни мање него примјере на дио тога укупнога народнога живота, и то сматрам са гледишта народнога, а не са гледишта специјалисте; треба да је у потпуноме складу са тим што је народ из живота већ научио; треба да што год је у закону казано, да је казано правим народним језиком, начином, изреком. И доиста, кад би кому, ко се стручно бавио ботаником пало на памет, да наређује тежаку – вртлару како ће да поступа са corolloflorae, caliciflorae, dicotyledonae и т. д. не би ли му се смијао и вртлар и свак ко би слушао те мудролије стручњакове? Па баш кад би он и превео тобож на народни језик то своје ботаничко називље са *вјенцоцвјетне* и т. д. очевидно је, да ни тада не би био мање смијешан а више разумљив.

б. Посве је иначи доступ учитеља к ученику и његово опћење с њиме, него ли је доступ законодавца к народу; – првому је средство и ријеч и књига и лично објашњење, дочим што се тиче законодавца, ако га народ од прве не разумије, нема лијека тому неразумљењу. А гђе су коментари? Ви ћете можда примјетити. Одговор: Коментаре пишу стручни људи опет за стручњаке, где су дакако школски слог и школско-стручни изрази, што је народу такође неприступно. И у истину до сада се није нашло коментара, па био он у себи и најизврснији, који би учинио разумљивим народу какав закон, ако он већ сам собом није такав био. У осталом, као што би смјешно било, да говор каква сабораша или скупштинара – који је управљен не само слушаоцима него и публици изван скупштине – има потребу коментара, готово је исто тако смијешно, да закони – који непосредно говоре цијелому народу о свакидањим и најпростијим одношајима живота – требају учених коментара.

в. Хисторија нам језика показује, да народ знаде примити у свој језик цијелу гомилу новијех ријечи; али то бива обично за нову такву установу или одношај, до тада народу непознат. Сјајан пример тому показује нам наше христијанско-црквено називље, које постаде исто тако народним као и најкоренитије ријечи народнога језика. То нам показује, да народ не мрзи на неологизме као такове, кад су потребни, те се уводе тако дубоким знањем народног језика и духа и таком љубављу к народу какве ми видимо у вјесникâ вјере. Пошто пак право није ствар нова за народ, као што је била христијанска вјера, слиједи, да ми не требамо неологизма него врло ријетко; слиједи такође, да ако нове изразе, који се покажу нуждни, будемо уводили таким или сличним начином, имаћемо и ми право надати се успјеху.

Опростите, цијењени пријатељу, што тако далеко забраздих разлажући и доказујући готово очевидну истину, али ће ме, надам се, испричати двоје: најприје, да истина, пошто је једном, каквим му драго приликама, потиснута била са свога мјеста и занемарена, треба не мале муке док опет своје природно мјесто задобије, – а друго, да је особито за нас од неизмјерне важности, да та истина опет задобије своје мјесто, јер, како видите, она се тиче великога народнога интереса.

Допустите још, да у кратко поновим моју главну мисао.

Да би писани закони, облик на који народ наш још није имао прилике да привикне, постизали циљ ради које се издају, није доста, да по своме садржају одговарају *појмовима, убјеђењу, потребама* народа, него треба да су и изложени начином како ће бити потпуно разумљиви и *најпростијему уму*. Без тога, ми можемо засипати народ гомилама закона и писати их језиком за који ми мислимо да је народан, ипак ти наши закони неће *ва вјека вјеков* постати народним правом. Како су пак жалосне последице тога положаја за народни правни живот ја већ наговјестих на другим мјестима, која су вам позната, те држим да је излишно овђе њиховим набрајањем дуљити разговора.

Пошто дакле, како видјесмо, ни у законима не може да буде без стручнога називља, треба да те ријечи, називи и изреке буду вађени из *живога* народнога језика, – а за оне ријетке случајеве за које би требало нове уводити, нек то буде тако рађено како би *сам народ радио*, кад би сам дошао до прилике да се тим бави. То молим вас, да имате вазда пред очима, кад ћете да ми саопштавате своје мнијење о појединим називима и изразима које вам будем предлагао. Него, то је правило посве *опште* природе, које је често и у нас и другуђе било изречено или барем осјећано, – али за то законска терминологија не поста боља. Услиједтога, мислим, неће бити с горега, да вам саопштим најприје неке моје мисли о *поједи-*

ним врстама израза: ви ћете мисли моћи попунити и поправити, чим ћете, више него ичим, мене обвезати и нашему послу корисни бити.

Почимљем:

1. Кад за неки појам има народ свој израз, као: дȗг, пријевара, зајам, куповин, и т. д. тад је питање ријешено најлакшим и најпростијим начином: нема бо него попримати те народне изразе, па мирна крајина. То ипак, разумије се, ваља само за оне изразе, који су *свему* народу разумљиви. Али доћи до свијех тијех израза није лак посао, јер их има множина за које не знамо, или их се не сјећамо, а има их за које не знамо, да ли су познати цијелу народу или се говоре само у какву крају. То је дакако тежак посао, који се не би могао обавити него распитивањем у свијем крајевима. Истина да је Вук, као што је био крчилац у многоме, прокрчио и тому пут, назначујући провинцијализме у своме рјечнику гдје их је и како их је чуо, али ви знате да тај рјечник нити је, нити је могао бити потпун. Ја паче опазих, да има ријечи, које и ако нијесу биле заборављене у рјечнику, али им није било додано значење са сваке стране, особито са стране која има особиту важност за правника. Тако на примјер при ријечи *сȕпȏјнȋк* (у Црној Гори) – коју ја чух изговарати *сȕпȏнȋк* – рјечник приводи само заједничку пашу и напајање стоке, дочим ја нађох да је одношај супоника, особита и то важна врста уговора о заједничком гнојењу земаља.

Мислим дакле да ће нам то изискивање живих народних израза и њихових значења највеће муке дати.

2. Кад је ријеч различна у различним крајевима за исту ствар или одношај, тад би требало, мислим, изабрати онај израз који се највише чује у земљи за коју се издаје закон, а уза њ поставити (или у загради или послије једнога „или“) другу ријеч, ако је добра, разумљива, и не посве локална. Тако на пр. commodatum, ако се не варам, зове се *посуда* у западним крајевима нашега народа, а у Црној Гори, Србији и у другим источним странама, чује се чешће *наруч*. Услијед тога, мислим, да у законима за ове последње земље, commodatum би требало назвати *наруч* а у загради додати *посуда*, или, кад неби била мила заграда, казати напросто „*наруч* или *посуда*“; разумије се да у законима за западне предјеле требало би поступати управ на обрат. Очевидно је, да се тиме постиже – осим потпуне разумљивости израза у земљи за коју је закон издан – још и то, да се и познање другога израза распростањује тамо гдје прије није познат био.

У осталом и ту треба опрезних изнимака, јер би у неким случајевима мјеште постигнућа речене цијели било више забуне. Ево примјера: За појам disciplina наводи Вук ријеч *заштȁ* (ваљда за Србију) а у Црној Гори и њезиној околини говори се *стȅга* (сам

слушах). Кад у приведеном примјеру не би била него та једина разлика међу тим крајевима, дакако, да би требало поступати као што је више казано, и посао би био користан. Али ријеч *заит* значи на против у Црној Гори и оближњим крајевима sequestratio (сам слушах), дочим *стега* у Србији (држим да Вук о тој земљи мисли) значи verschärfte Polizei, Cordon gegen die Pest и т. д. Услијед тога, кад би се на пр. за disciplina казало у закону „*стега* или *заит*“ по више наведеноме правилу, свакако би сметње било, и то не мале, ради узајамне разлике у значењу тих ријечи. Ту дакле нема него узети само једну од тих ријечи без додатака, према томе за који је крај закон, или, кад би се хтјела једна од тих ријечи уопћити, требало би додати уза избрану ријеч њезино значење цијелом нарочитом изреком.

3. Али има случајева, да се нека ријеч или израз говори само у једноме крају или прикрајку, а другим га крајевима никако нема. Што тада?... Ја мислим да ће тада зависити од тога каква је ријеч која се налази у томе и ако јединоме предјелу. Ако је ријеч така да је изван тога краја неразумљива – па била нашега или туђега порекла, родила се из општих или из мјестних одношаја – не треба је вадити испод спуда, него оставити у куту у коме је и до сада животарила. Ако ли је ријеч така да би се могла разумљети и у другим крајевима, кад би само пренесена била, тад би се могла и попримити. На прим. ријечи *изгламазати* и *кањошити*, које ја чух само у дубровачком приморју (прва значи, што од кога лијепим али лукавим начином измамити, а друга је особита врста ситне крађе), никако неби требало да се уопћавају, ако се друговђе не разумију; исто то буди речено об *утаначити*, ријеч која се чује само у Хрватској, и која је по свој прилици мађарскога порекла (tanach-judex); дочим ријечи *наљежба, рукодаће*, премда нијесу свуда познате, држим да би се дале лакше распространити. Али у пошљедњем случају требало би додати значење тих ријечи у загради, барем на мјесту гдје се први пут сретају у закону.

4. Како у свијем језицима тако и у нашему, има много ријечи, које имају више него једно значење, и то баш у простоме народноме језику. У моме „Зборнику“, на примјер, ријечи: брат, братство, даривање, добит, дом, држати, дужник, камата, кмет, кољено, наредба, обиљежје, особина, помоћ, род, рухо, рука, своје, штетан, закон, забрана, залог, жупа и т. д. имају свака по два различна значења; – ријечи: благо, доба, дружина, јабука, крв, наредити, прстен, уговор, вјера, имају их по три; – ријечи: *задруга, ријеч* имају чак до по четири значења. Ради тачности свакако би боље било, кад би био за сваки појам посебан назив, различан од свијех другијех, па и од најсроднијих, – али пошто није тако, ми не можемо језик мијењати, премда треба свакако настојати да изрека у законима буде тако удешена како неће никакве сумње бити о значењу

ријечи. У осталом, и у народа у којих је правништво развито до високога степена, изрази са више значења не могоше бити одклоњени, премда су не мале сметње узроковали и узрокују. Ја напомињем само у римскоме праву possessio naturalis, којега је различно значење помогло у прошлим вјековима до тога замрсити цијело учење о possessio, да без Савињијева оштроумља можда ни до данас неби разбистрено било. У Наполеонову Code-у и у опште у француској јуриспруденцији – гдје је заиста било и времена и прилике решетању техничких израза – има и данас таких, којима не можеш распознати право значење него по другоме изразу с којим су у опријеци. На пр. израз enfants naturels у антитези са законитом дјецом има значење *незаконите* дјеце, дочим налазећи се у опрјеци са засвојеном дјецом (enfants adoptifs) има на против значење *законите* дјеце. Ипак, гдје је год икако могуће, треба се клонити ријечи са више значења, што неће бити одвећ тешко особито у оним ријечима, гдје друго или треће значење није вазда опште народно.

Али у нас бива једнаких ријечи које означују два међу се не само противна појма него и така која се готово вазда прате, те кад би се називала истом рјечју, то не би никако могло бити без велике сметње. Узмимо на примјер ријеч *дужник*. Познато је, да у народноме језику *дужник* значи не само debitor него и creditor. Може ли та ријеч бити примљена и у законе у та оба значења? Очевидно не; него, ако је и придржимо за debitor свакако за creditor треба искати други назив. Хоће ли пак то бити ријеч *повјерилац* или *вјеровник*, или како иначе, то је друго питање. Напомињем само узгредице, да и у Немаца народ нема него једну циглу ријеч и за debitor и за creditor, и то Schuldner за обоје; Gläubiger бо није друго до књижевни производ, који је, у осталом мање више већ и у народ продро.

5. Има ријечи, којима народ само једну ствар или одношај означује, а у неким се законима или писцима узимљу и за друге ствари или одношаје, које премда су с првом сродне, ипак нијесу истоветне. Ја мислим да то особито може доводити у смутњу народне појмове, па бих желио да се ријеч узимље *само* у ономе јединоме смислу у коме је народ узимље.

Ја паче држим, да би често мање штете било посве нови израз попримити него ли је то пренашање. Тако на пр. ријеч *послуга*, која у народу значи само ministratio узимље се у неким законима у смислу commodatum, што свакако мути појмове, јер народ за то има још двије ријечи; – а и то, што неки писци почеше рјечју *задругом*, која и онако има више значења, називати сваку врсту друштва, не мислим да особито помага бистрини појмова које с том рјечју сједињују.

У осталом што се тиче прије̏носа или преинаке у значењу ријечи, то много зависи од тога, каква је појединa ријеч, на које је својство ствари или одношаја народ највише гледао кад је начинио, јер у случајевима гдје су та својства слична међу двије ствари или међу два посла или одношаја, а ријеч по себи у ширему кругу разумљива, тад држим да се може и пренијети, кад је потреба. Тако на пр. *наредник*, што је у Сријему онај који наређује људе на работу господску, мени се чини да је врло добро примљена у војничко називље у Србији, мјесто гадне ријечи *фелбаба*, која се била угњијездила у војничкој граници.

6. Кад се недавно у нас почеше бавити правом у народноме језику, будући и само то право и правни уређаји већином туђи, прва посљедица тому, наравно, би: да се у народноме језику не нађе него веома мало техничких израза̂. – Томе недостатку, људи не знајући ни природе права ни природе језика, мишљаху да могу доскочити, међу осталијем, простим механичким превађањем туђих термина. Али пошто ти туђи изрази постадоше под упливом свијех чињеница укупнога хисторичког живота тога туђега народа, – које су често по све друкчије од чињеница хисторијског живота нашега народа, – појавише се у нашој правној терминологији бисер-изрекé као: *вјероосшава* (fideicommissum), *хваљевина* (laudemium), *йлодоуживање* (usufructus), *мучаљива йогодба* (tacita conventio), *уживна собсшвеносш* (dominium utile), *обезшшећење* (Entschädigung), *изсјелосш* (Ersitzung), *шврдка* (firma) и т. д. и т. д. Пошто је за мене, што се год тиче називља у законима, разумљивост најпрви увјет, ја не бих много приговарао на тим наказама, кад би их ико могао разумљети. Али ко је тај, ко би разумио тај тобожњи пријевод, кад не би прије знао изворне изразе туђега језика из кога су преведени? Ја мислим да ништа нема гаднијега ни штетнијега таких пријевода, па држим да је излишна и опомена да их се треба клонити као отрова.

7. Што се тиче простога примања туђих израза без пријевода, ту ми нијесмо тако лаки као на пр. Нијемци, који су далеко мањи пуристе него ми. Премда се је у њих истиснуло мало по мало много негерманских назива, ми ипак у њемачким законима сретамо још и дан данас: Alimente, Adoption, Amortisirung, Ascendenten, Concurs, Crida, Correalität, Curatel, Obligationen, Descendenten и множину других, дочим од онако рабских пријевода као у нас, налазимо тек последње остатке као Genugthuung (satisfactio), Dienstbarkeit (servitus) и још некоје. Ту се опет види, да се већина њиховијех законописаца више старала да буде разумљива школи него народу: у осталом треба примјетити, да у њих барем такозвани виши разреди разумију те изреке. Премда држим да је у многоме обзиру мања штета кад се просто примају непреведене ријечи, него ли кад се механички преводе, ипак, обзиром на наше прилике, не вјерујем да можемо

одобрити то примање туђих израза, осим случаја: кад се, с једне стране, у никакву закутку народнога језика не би могла наћи ријеч која би приличила појму, а с друге, кад би тај туђ израз био лако разумљив цијеломе народу.

8. Кад се пак не може никаквим из наведених начина ни утврдити, ни изнаћи пристојан израз, тад не остаје друго, него да се опише подробно посао или одношај цијелом фразом. И то је свакако неизмјерно боље него ли примати неразумљиве ријечи и изреке, које би крњиле природну бистрину ума нашега народа, слабећи и мутећи му појмове о томе што већ знаде, и чинећи му неприступно све што би новога за њ користно било да усвоји. Читајући неке новије побоље законе или законске основе у Немачкој, уверих се, да су се и тамо почели озбиљно старати о разумљивости закона, и не бојати се множине ријечи којима треба описати какав појам, кад народни језик нема у својој ризници краћега израза. У једној из бољих основâ грађанскога законика, недавно изданој, сретох на једноме мјесту слиједећу јамачно не одвећ кратку изреку „demjenigen welcher sich die Leistung hat versprechen lassen"; изреку мјесто које у изворима римскога права срета се цигла једна ријеч: „stipulanti". Али што ће сиромах њемачки састављач кад у своме иначе богатоме језику краћега израза није могао наћи? Свакако би веома горе било да је ишао ковати ријеч, па мислим да треба да и ми у подобним случајевима једнако радимо.

9. При сврси, требаће да кажем штогод и о „*самосталном*" ковању изрека. И таквих израза има прилична количина у нашим законима. Ал' да ли су без приговора? Не мислим. Мени се чини, да кад би смо питали саме учене коваче за што су тако сковали тај или онај технички израз, они би нам можда одговорили, да им се тако чинило да је најбоље, да им се тако мили, да је тако у томе и у томе језику и т. д., али ми је тешко вјеровати да би били у стању казати кога су се правила при томе држали. Истина да и народ кад му каква нова ријеч треба, скује ју и не мислећи при томе о каквим правилама, али ипак он то ради по тако рекућ унутарњим законима нагона, којима ни сам разлога не зна. Ви, језикословац, знате врло добро, да различни народи дају истој ствари, послу или одношају различна названја, и то не само по здворњему звуку него и по унутарњем значењу; – ово последње бива према томе, у колико на који народ чини виши или мањи утисак једно или друго својство ствари, посла или одношаја. Неким је народима главно својство Бога *обилност, богатство, блаженство,* другима *свевид* и *свезнање.* Неким рука *купи*, неким *бере*, неким *хвата*; неки народи кад говоре о читању сјећају се на *бројење*, неки на *сабирање*; – неки кад што знаду на *изуст* кажу да знаду *на памет* (a mente, a memoria), други да знаду са *здворње стране* (auswendig), трећи *срцем* или *по срцу* (par coeur).

Више него и најизврстније ковање ја волим, гдје је год могуће, и сам начин изложени под 8, те случајеви правога ковања не могу бити него врло ријетки. Али у крајноме случају, кад је неодољива сила прибјећи ка ковању, мислим да при томе треба имати пред очима, не оно својство ствари, посла или одношаја које се чини најглавније стручњацима као таковима, него оно својство на које би се народ по своме духу, по опсегу свога знања, по правцу својих мисли најприје обрнуо. Пошто је то својство нађено, тада на његовој основи треба саставити израз, и то, онако, као што би га сам народ или разборит човјек из народа саставио, кад би о томе размишљао.

При такој би радњи, мислим, могао бити врло користан бистроуман човјек из народа, особито они сељаци који чешће суде као *добри људи* сеоске распре. Такому би човјеку требало изложити и разјаснити, до потпуне разумљивости, сва својства ствари или одношаја о којој буде ријеч, па га питати како би он у такоме случају казао. Кад би се намјерило и више таких људи, тим боље требало би свакога упитати, али свакако њихове гласове, кад би различни били, требало би оцјенити, „не по броју него по тежини“.

Прије заглаве овога првога писма, треба ми се дотакнути још једнога неодклоњива питања, а то је: Што ћемо са досадањим изразима којима се у нас обично служе као техничким? Одговор је прост и кратак. Готово сви досадањи изрази потпадају под једну од изложених овђе категорија и оних које би се могле још додати, па ће услијед тога и опсуђивани бити по правилима тих категорија. А пошто међу досадањим изразима има без сумње њих много који одговарају изложеним захтјевима, разумије се да ће сви ти изрази бити и нама примљени какви су сада. Озбиљним радницима нити је, нити може бити до новотарења, à tous prix, ради какве тобожње оригиналности, него само до тога, да се постигне што је могуће боље цијељ за коју је посао подузет. Постигла се она умом, трудом, помоћу Петра или Павла, о томе нико разборит ни питати неће.

I ГРАЂАНСКО ПРАВО

1. СТВАРНО ПРАВО

ПРАВО СВОЈИНЕ

1

Према правним правилима предратног права важила је оборива претпоставка да су шуме у државној својини.

Из образложења:

Захтев тужбе заснива се на тврдњи тужилаца да су власници спорне непокретности по основу наслеђа иза смрти њиховог оца и деде, док су ови спорну непокретност 1912. године купили од П. Тврде да су се од давнина преко својих правних претходника, а и лично, налазили у њеном поседу све до 1963. године, када је Општинска комисија за разграничење шума повлачећи граничну линију, спорну непокретност припојила шуми у државној својини. Након аерофотографског снимања које је вршено 1977. године ова непокретност је уписана у поседовни лист број 1 у КО Ж, на тужено Јавно предузеће. Према чињеничном стању на коме се побијане пресуде заснивају спорна непокретност је по култури шума и шумско земљиште обрасло јелом и смреком просечне старости седамдесет година. Како на спорној непокретности нема трагова интензивне пољопривредне обраде, то судови закључују да је непокретност исту културу имала и у периоду пре Другог светског рата. Тужиоци не поседују никакав документ на основу кога доказују право својине сем што су исказима бројних саслушаних сведока доказивали мирну и несметану државину.

На основу изложеног судови су у побијаним пресудама стали на становиште да како је према правном режиму на шумама одувек важила правна претпоставка да су шуме у државној својини, а у приватној само ако је право својине стечено по посебном правном основу, те како тужиоци нису доказали да су њихови правни претходници били власници спорне непокретности, то својину нису могли да стекну по основу наслеђа. Такође налазе да својину нису могли да стекну ни по основу одржаја, јер ни тужиоци, а ни њихови правни претходници нису никад били савесни држаоци спорне шуме.

У захтеву за заштиту законитости Савезни државни тужилац указује да како се одлуке судова о основаности тужбеног захтева заснивају на правној претпоставци да су шуме у спорном периоду (1912. година) биле у државној својини то налази да су побијане пресуде донете уз битне повреде поступка из члана 354, став 2, тачка 13 Закона о парничном поступку и да је то утицало на правилну примену материјалног права.

Наведено становиште Савезног државног тужиоца се не може прихватити. Ово са разлога што на правну претпоставку да су шуме државна својина упућује и правно правило параграфа 2 Закона о шумама од 21. децембра 1929.

године према коме се шуме сматрају власништвом државе, а као приватно власништво признају се само оне шуме на којима је приватник законитим путем прибавио право власништва. Наведена правна претпоставка да су шуме у друштвеној својини у складу је и са данашњим позитивним правним прописима – Законом о шумама Републике Црне Горе, по коме на шуми у друштвеној својини се не може стећи право својине путем одржаја.

Према напред изложеном, тужиоци да би доказали да су власници на спорној непокретности за коју је суд на несумњив начин утврдио да је у питању шума односно шумско земљиште, били су дужни да докажу пуноважан правни основ по коме је њихов правни претходник стекао право својине на том земљишту, као и да је својину стекао на законит начин. Према утврђењу судова тужиоци то нису доказали, него су доказали миран посед на спорној непокретности што не може довести до признања права својине путем одржаја. Овај закључак у побијаним пресудама има основа како у изјавама самих тужилаца да не располажу са писменим доказима да су њихови правни претходници право својине стекли по ваљаном правном основу, тако и у резултату свих изведених доказа, јер ни један од саслушаних сведока не зна да ли је правни претходник тужилац био власник спорне непокретности или је ову само користио.

(Пресуда Савезног суда Србије Гзс бр. 80/97, од 26. фебруара 1998)

ПРАВО СВОЈИНЕ НА ПОМОЋНИМ ОБЈЕКТИМА

2

Помоћни објекти деле судбину стамбене зграде, као главне ствари, и на таквим објектима се не може признати посебно право својине уколико учесник у стицању нема и право својине на главној ствари.

Из образложења:

Основано се у ревизији туженог указује на погрешну примену материјалног права у погледу одлуке о утврђивању права својине тужиље на 1/4 дела шупе, сушаре и летње кухиње, а ти објекти се налазе на истој катастарској парцели бр. 1151/1 на којој се налази и стамбена зграда. Из назива и описа ових непокретности могло би се закључити да се ради о помоћним објектима главне ствари, и на таквим грађевинским објектима не може се учеснику стицања признати посебно право својине уколико нема и право својине на главној ствари. Стицалац тих ствари може истицати само облигационоправни захтев, који се, као и захтев по основу адаптације, остварује у посебној парници.

Из утврђеног чињеничног стања, међутим, не може се за сада поуздано закључити да ли се заиста ради о помоћним објектима који служе коришћењу саме стамбене зграде, или се ти објекти с обзиром на укупне димензије и фактички начин коришћења могу користити самостално и самостално бити у промету. Како је због погрешне примене материјалног права чињенично стање у овом делу остало непотпуно утврђено, Врховни суд је у наведеном делу, на основу члана 395, став 2 ЗПП, одлуке нижестепених судова укинуо и одлучио као у изреци.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 5660/97, од 20. јануара 1998)

СУСВОЈИНА

3

Темељ за грађевински објекат који тек треба да буде саграђен не одговара законској дефиницији објекта, а својина се стиче на ствари као целини, те стога исти не може бити ни предмет сусвојине.

Из образложења:

Нижестепени судови су утврдили право својине тужиоца на једној половини дела бетонског темеља саграђеног на парцели бр. 1603. При том нису имали у виду да се, према чл. 21 и 22 Закона о основама својинскоправних односа, својина стиче на ствари као целини. У овом случају, реч је о породичној стамбеној згради као грађевинском објекту. Према члану 2, тачка 11 Закона о изградњи објекта, под грађевинским објектом се подразумева грађевина која представља физичку и техничко-технолошку или биотехничку целину са свим инсталацијама и постројењима. Темељ за грађевински објекат који тек треба да буде саграђен не одговара законској дефиницији објекта, па је било потребно да се нижестепени судови изјасне да ли је уопште било могућно да се на њему конституише право својине. Пошто то није учињено, за сада се не може оценити да ли је материјално право правилно примењено, па је то и био разлог што је овај суд, у смислу члана 395, став 2 ЗПП, укинуо обе нижестепене пресуде и предмет вратио на поновно суђење.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 2388/98, од 13. маја 1998)

4

Сувласник има право (заједно са осталим сувласницима) на судржавину ствари. Ако сувласници не могу да постигну договор око судржавине, сувласничка заједница раскинуће се шивилном деобом.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Приштини П. број 581/95 од 1. IV 1997. године одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се тужена обавеже да му преда у државину кат. парцелу број 1110/1 КО Косово Поље и породичну стамбену зграду са помоћним објектима која се налази на тој парцели. Истом пресудом усвојен је противтужбени захтев тужене Јелисавете, па је утврђено да је она као нужни наследник оставиоца пок. Јордана Милића власник на делу од 1/4 кат. парцеле, што је ближе означено у другом ставу изреке првостепене пресуде. Ставом трећим изреке одлучено је да свака странка сноси своје трошкове парничног поступка.

Пресудом Окружног суда у Приштини Гж. 1091/97 од 30. XII 1997. године одбијена је као неоснована жалба пуномоћника тужиоца и потврђена је наведена пресуда Општинског суда у Приштини.

Против правноснажне пресуде Окружног суда тужилац је благовремено изјавио ревизију, побијајући нападнуту пресуду због битних повреда ЗПП и погрешне примене материјалног права, са предлогом да се нападнута пресуда преиначи или укине и предмет врати на поновно суђење.

Испитујући побијану пресуду у смислу одредбе члана 386 ЗПП, Врховни суд налази да је изјављена ревизија делимично основана.

У поступку је утврђено да је оставилац пок. Јордан Милић, отац тужиоца а супруг тужене, умро 11. VIII 1993. године. После његове смрти покренут је оставински поступак у коме је, на рочишту одржаном 25. XI 1993, проглашен тестамент оставиоца којим је оставилац за јединог и искључивог наследника на целокупној имовини огласио тужиоца под теретом доживотног коришћења кат. парцеле број 1994 пов. 035,15 ha у корист тужене.

Код овако утврђеног чињеничног стања, судови су одбили тужбени захтев тужиоца за предају у државину кат. парцеле 1210/1 КО Косово Поље са стамбеном зградом коју користи тужена после смрти свог супруга, пошто су претходно утврдили да је основан противтужбени захтев којим тужена тражи да је као нужни наследник оставиоца сувласник са уделом од 1/4 дела на целокупној заоставштини оставиоца, па и на непокретностима чија се предаја тражи тужбеним захтевом.

Закључак судова да је тужена нужни наследник оставиоца заснован је на одредби члана 25 и 26 Закона о наслеђивању, пошто је тужена супруга оставиоца, а тужилац његов син, па тужена у смислу наведених одредаба има право на нужни део наслеђа, који у овом наследном реду износи 1/2 дела од наследног дела тужене, тј. 1/4 заоставштине.

Врховни суд налази да се овај закључак судова заснива на правилној примени материјалног права и да оставилац није могао сходно цитираним законским одредбама тестаментом искључити тужену-противтужиљу из нужног наследног дела, с обзиром да такве одредбе није било у тестаменту. Од проглашења тестамента па до покретања парнице ради повреде нужног наследног дела није протекао рок од три године у коме се може тражити утврђење да је тестаментом повређен нужни наследни део, јер је тестамент проглашен 25. XI 1993, а противтужба је поднета 25. X 1995, што значи у законом прописаном року.

Околности да је тужена после покретања оставинског поступка оспорила ваљаност тестамента због недостатка воље оставиоца, да у остављеном року није покренула спор и да је због тога расправљена заоставштина правноснажним решењем Општинског суда О. број 126/94 од 19. VII 1994. којим је тужилац оглашен јединим наследником оставиоца на основу тестамента – не искључује право тужиље да тражи утврђивање права на нужни наследни део. Решење о наслеђивању, и по налазу Врховног суда, не спречава нужног наследника да у року у коме може тражити право на нужни део покрене спор. У члану 41 Закона о наслеђивању прописано је да се смањење располагања тестаментом, кад је оштећен нужни део, може тражити у року од 3 године од проглашења тестамента. Међутим, уколико је у међувремену и донето решење о наслеђивању којим је оставински поступак окончан, а није протекао рок прописан из одредбе члана 41 Закона о наслеђивању, нужни наследник може поднети тужбу и у парници тражити утврђивање власништва по основу нужног наследног дела на делу оставине.

Због свих изнетих разлога, Врховни суд налази да је основан противтужбени захтев тужене, па је због тога, на основу члана 393 ЗПП, у том делу одбијена ревизија тужиоца.

Међутим, основано се у ревизији побија нападнута одлука у делу који се односи на тужбени захтев, односно којим је одбијен тужбени захтев тужиоца. Околност да је тужиља на основу наслеђа свог пок. супруга сувласник и

на непокретности означеној у тужби са уделом од 1/4 дела, не искључује у потпуности основаност захтева тужиоца, јер сувласници на непокретности, сходно одредби члана 14 Закона о својинскоправним односима, имају права да ствар на којој су сувласници држе, тј. да буду у супоседу на сувласничкој ствари.

Пошто је тужилац заједно са туженом сувласник на непокретности која је предмет тужбеног захтева, то ће суд приликом поновног расправљања морати имати у виду наведену законску одредбу и, сходно правима сувласника да буду у супоседу сувласничке ствари, одлучити да ли је захтев тужиоца основан у целини или делимично. Право на деобу је одвојено од питања права сувласника на судржавину сувласничке ствари, јер уколико сувласници не могу да постигну договор око судржавине због природе ствари, разврснуће сувласничку заједницу цивилном деобом, али та чињеница не искључује право сувласника на судржавину, односно да тражи судржавину.

Врховни суд је, применом одредбе члана 395, став 2 ЗПП, укинуо првостепену и другостепену пресуду у делу који се односи на тужбени захтев и вратио предмет на поновно суђење, као и у делу који се односи на трошкове спора.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1788/98, од 10. новембра 1998)

5

Постављање инсталација за парно грејање у оним заједничким просторијама сувласничке куће које нису подељене, спада у послове што прелазе оквире редовног управљања и изискују сагласност свих сувласника (члан 15, ст. 4 ЗОСПО). Зато, ако један сувласник учини то без сагласности другог сувласника, дужан је да постављене инсталације уклони и заједничке просторије доведе у пређашње стање.

Из образложења:

Из утврђеног чињеничног стања произлази да су странке сувласници са 1/2 удела 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, 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 ју је 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 постављањем ове инсталације туженик је 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 јер они заједнички располажу и управљају овим просторијама. Туженик то није учинио, па је несумњиво у обавези да постављену инсталацију за парно

грејање уклони и заједничке просторије доведе у пређашње стање какво је било пре извођења ових радова.

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

6

Купац може тражити да се утврди његово право искључиве својине на парцели која је у време закључења уговора била део непокретности на којој је постојала сусвојина, ако је накнадно извршена физичка деоба.

Из образложења:

Наведеном првостепеном пресудом, у ставу IV изреке, одређена је конвалидација наведеног купопродајног уговора закљученог између Бозоки (Андраша) Цецилије из Чантавира, као продавца и правног претходника тужиоца, као купца, а у ставу VI изреке првостепене пресуде утврђено је да је тужилац носилац права својине на спорним непокретностима, што је туженi дужан трпети и дозволити да се тужилац укњижи са својим правом својине на тим некретнинама.

Окружни суд у Суботици је побијаном другостепеном пресудом, у ставу II изреке, преиначио првостепену пресуду у том делу, тако што је одбио тужбени захтев тужиље за конвалидацију спорног уговора и утврђивања да је тужилац носилац права својине на спорним непокретностима.

Против другостепене пресуде, а у преиначујућем делу, тужилац је благовремено изјавио ревизију због погрешне примене материјалног права, те је предложио да се другостепена пресуда преиначи и жалба туженог као неоснована одбије, а првостепена пресуда потврди у усвајајућем делу тужбеног захтева за утврђивање конвалидације уговора и права својине тужиоца на спорним непокретностима.

Испитујући побијану другостепену пресуду у смислу одредбе чл. 386 ЗПП, Врховни суд налази да је ревизија тужиоца основана.

Из утврђеног чињеничног стања у току првостепеног поступка произлази да је 30. VI 1983. године Бозоки Цецилија, уговором о поклону, поклонила једну трећину идеалног дела парцеле бр. 7614 свом сину, овде туженом, а свом унуку две трећине дела те парцеле, док је за себе задржала право плодоуживања и забрану отуђења и оптерећења. Године 1986. унук Габор је своје право својине на идеални део наведне парцеле укњижио у земљишној књизи, а туженi то није учинио. Дана 11. I 1989. Цецилија продаје правном претходнику тужиоца једну трећину дела парцеле у природи идентификоване у површини од 54 ара и 14 m^2, као реални део, што представља једну трећину од неподељене парцеле бр. 7614. Правни претходник тужиоца налази се у поседу спорне парцеле, а након израде деобног нацрта и поделе парцеле бр. 7614 на реалне делове, он је сачинио анекс уговора ради правилног означавања предмета купопродаје, али је од стране продавца одбијена овера потписа на том уговору. Деобни нацрт парцеле бр. 7614 рађен је на захтев тужиоца, како би се идеална својина претворила у реалну својину, и то у сразмери која одговара идеалним деловима. Након смрти Цецилије, туженi је једини њен наследник, а између сувласника на парцели бр. 7614 није никада постојао проблем о реалним деловима те парцеле, коју су сувласници фактички поделили и несметано користили од момента продаје дела те парцеле тужиоцу, до закључења рас-

праве пред првостепеним судом. Тужилац је купопродајну цену у целости исплатио одмах по закључењу уговора са Бозоки Цецилијом, извршио је оверу потписа на уговору, а уговор је уредно приказан Управи прихода ради плаћања пореза на промет.

На основу наведених чињеница, другостепени суд је погрешно применио материјално право када је преиначио првостепену пресуду и одбио тужбени захтев тужиоца ради утврђивања да је он власник спорних непокретности.

Наиме, из чињенице да су сувласници на парцели бр. 7614 споразумом уредили начин коришћења, односно да су поделили ту парцелу на реалне делове, тако што је Бозоки Цецилији, а након њене смрти туженом, припала површина од 54 ара и 14 m^2, те да је тај споразум између сувласника у целости поштован без икаквих приговора, као и из чињенице да је након закључења спорног уговора о продаји сачињен деобни нацрт и да су од парцеле 7614 формиране 2 парцеле, од којих једна од 54 ара и 14 m^2 која је и била предмет купопродаје – произлази да тужилац у овој ствари основано тражи да се фактичко стање на дан закључења уговора о продаји уподоби са правном земљишнокњижном ситуацијом након извршене деобе спорне парцеле. Према томе, како је тужилац закључио уговор о продаји, те како је на уговору извршена овера потписа, а тужилац је несметано користио спорну парцелу од момента куповине, то је основан тужбени захтев тужиоца ради утврђивања да је он власник наведене парцеле непокретности у површини од 54 ара и 14 m^2.

То што је у време сачињења уговора парцела бр. 7614 била неподељена, односно што је на њој постојало идеално сувласништво, нема значаја на правилност ове одлуке, јер је у току поступка пред првостепеним судом утврђено да је права воља странака била куповина подељене парцеле од 54 ара и 14 m^2, како је ту парцелу користио продавац а касније и купац, овде тужилац. Како је деобним нацртом развргнута сусвојина на наведеној непокретности, односно како су се стекли услови да се тужилац са својим правом својине укњижи на спорној купљеној парцели, то је на тај начин уговор о продаји конвалидирао у односу на предмет купопродаје, те тужилац има право у овој парници да тражи да се утврди његово право својине на спорној парцели.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 4972/98, од 25. новембра 1998)

7

Раскидању сувласничке заједнице нема места ако су сувласници извршили поделу зграде по физичким деловима и тако је користили.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Новом Саду П. 3271/88 од 22. јануара 1992. године утврђује се да је тужена, поред већ стеченог права власништва уписаног у земљишне књиге, стекла по основу улагања својих средстава и право власништва у 1634/10000 делова на породичној стамбеној згради, ближе означеној у изреци пресуде, те да су тужиље дужне ово признати и трпети да се тужена по основу пресуде упише у земљишне књиге као власник у наведеној сразмери. Истом пресудом одређује се развргнуће имовинске заједнице странака на овој некретнини путем продаје непокретности и продајом добијеног новчаног износа сразмерно сувласничким деловима странака, а туженој

се признаје искључиво право коришћења на двособном уличном стану који је у саставу стамбене зграде назначене у првом ставу ове изреке, те да су тужиље дужне ово признати и трпети. Одбија се тужбени и противтужбени захтев преко досуђеног. Одлучено је да свака странка сноси своје трошкове поступка.

Пресудом Окружног суда у Новом Саду Гж. 4104/92 од 27. децембра 1995. године, жалба тужене се одбија и потврђује се назначена првостепена пресуда у делу којим је одбијен вишак противтужбеног захтева; док се жалба тужиља делимично усваја, и укида се првостепена пресуда у делу којим је одређено признање искључивог права коришћења на двособном уличном стану туженој, као и одлука о парничним трошковима. У преосталом утврђујућем делу, и делу којом су тужиље дужне признати и трпети да се по основу пресуде увећа део по основу улагања тужене, жалба тужиља се одбија и првостепена пресуда се потврђује.

Против другостепене пресуде, у делу којим се жалба тужене одбија, тужена је благовремено изјавила ревизију, због битне повреде одредаба парничног поступка и због погрешне примене материјалног права.

Испитујући другостепену пресуду у делу у коме је побијана ревизијом, а у смислу чл. 385 ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија основана.

Према утврђењу судова, сувласничку имовину странака чини стамбена зграда у Новом Саду у Улици Ђ. Рајковића 22, која у свом саставу има уличну двособан стан у површини од 96,56 m^2, затим дворишни једнособан стан, одмах до уличног, површине 34,29 m^2, и једнособан стан до баште, површине 32,41 m^2. Зграда има сутерен. Странке су у назначеној стамбеној згради, наслеђем од родитеља, стекле својину на уличном двособном стану и једнособном стану до њега у обиму од по 73.920/254.016 делова, док су туженој родитељи поклонили још 32.256/254.016 делова ове некретнине, који у ствари представља једнособан стан у дворишном делу зграде до баште. Године 1981, у дворишту зграде на месту раније порушене дрвене гараже, тужена је својим средствима саградила зидану гаражу. Радовима које је извела на овој згради сопственим средствима тужена је увећала свој сувласнички део у обиму од 1634/10.000 делова.

Противтужбеним захтевом тражено је и утврђење да једнособан стан до баште (означен у скици вештака под 1ц) чини искључиву својину тужене и да су тужиље дужне трпети да се на основу пресуде укњижи ово право туженог у земљишну књигу по правном основу деобе; исто право по основу грађења постављено је и у односу на гаражу и шупу.

Нижестепени судови оцењују противтужбени захтев у овом делу као неоснован, јер закључују да предметна зграда представља једно земљишно-књижно тело, а да, сагласно сувласничким деловима, физичка подела зграде није могућа због изузетно малих појединачних нето стамбених површина станова.

Међутим, ово становиште судова за сада се не може прихватити као правилно.

Развргнућу имовинске заједнице путем јавне продаје нема места ако су сувласници међусобно извршили поделу стамбене зграде према физичким деловима и тако је користили.

Из чињеница које су судови утврдили, а странке признале као истините, следи да је тужена на основу уговора о поклону стекла право својине на

једнособном стану у дворишном делу зграде до баште, који има површину 32,41 m^2, а састоји се од собе и кухиње, има засебан улаз, физички је одвојен од осталих станова и коришћен је као засебан стан. Ово би указивало на то да су тадашњи сувласници на идеалним деловима зграде назначеним уговором о поклону извршили физичку деобу зграде, тако што је тужена у искључиву својину добила посебан стан који, ако може да представља посебну грађевинску целину, тада развргнућу имовинске заједнице путем јавне продаје не би било места, јер овај стан не би улазио у деобну масу. Надаље, зидана гаража коју је тужена саградила сопственим средствима у дворишту зграде представља помоћни објекат који по својој намени може припадати назначеном једнособном стану тужене и са њим чинити грађевинску целину. Тај објекат не би спадао у деобну масу у случају да се утврди да је назначени једнособан стан физичком деобом сувласника издвојен у посебну грађевинску целину.

Изостало је утврђење судова и оцена да ли је, с обзиром на величину назначеног једнособног стана до баште, број просторија и њихов распоред, уговором о поклону фактички извршено његово издвајање у посебан стан, да ли има услова да се издвоји у посебну грађевинску целину и упише у земљишне књиге као својина тужене, у ком случају не би чинио деобну имовину, или се из економских разлога некретнина сматра недељивом целином, тако да деоба у ствари није могућа. Иначе, Закон о промету земљишта и зграда изричито дозвољава да у промету могу бити поједини физички делови зграде (станови, пословне просторије и др.).

Стога је било нужно да суд, пре него што одлучи о начину развргнућа имовинске заједнице, на поуздан начин расправи ово спорно питање и у вези с тим донесе одлуку. Од решења овог питања зависи и одлука о признању већег сувласничког дела туженој на некретнини која је предмет деобе, а по основу сопственог улагања у ову некретнину.

Противтужбом тужена тражи и утврђење да двособан стан до улице и једнособан стан до њега чине засебну грађевинску целину, те да су тужиље дужне ово признати и трпети упис ових станова у земљишну књигу. Тиме тужена у ствари захтева претварање идеалног власништва у етажно. Према одредбама Закона о својини на деловима зграда, сваки сопственик идеалног дела зграде има право да захтева да се његова идеална својина претвори у етажну својину на одређеном посебном делу зграде, ако је то могуће с обзиром на вредност тог идеалног дела, величину зграде, број њених просторија и њихов распоред. Ако о овоме не дође до споразума свих сопственика, захтев за претварање идеалне својине у етажну својину решава суд, по правилима ванпарничног поступка. За такав поступак морају бити испуњени предвиђени услови, а један од њих је израђен план посебних делова зграде, који припрема стручна особа и потврђује општински орган управе, како је прописано Законом о својини на деловима зграда. Противтужба не садржи овај план у односу на унапред назначене станове, двособан и једнособан, па је у том делу била неподобна да суд по њој поступа.

Следи да, због погрешне примене материјалног права, чињенично стање у пресудама судова није потпуно утврђено, због чега се ревизија указује основаном, те је уважена и у складу са одредбом чл. 392, ст. 2 ЗПП, и одлучено је као у изреци.

(Решење Врховног суда Србије од 5. марта 1997)

ЗАЈЕДНИЧКА СВОЈИНА БРАЧНИХ ДРУГОВА

8

Имовина коју су супружници стекли радом у иностранству за време трајања брачне заједнице представља њихову заједничку имовину.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Темерину П. бр. 44/954 од 10. X 1996. године, делимично је усвојен тужбени захтев тужиље, па се у ставу један изреке утврђује да је тужиља стекла право власништва на некретнинама ближе описаним у изреци пресуде у 1/2 дела, а по основу брачне тековине, те се обавезује тужени да јој то право призна и трпи да се у корист тужиље ово право власништва на некретнини упише у земљишне књиге. У ставу другом изреке утврђено је да су тужиља и тужени сувласници са 1/2 идеалног дела на свим покретним стварима наведеним у ставу другом изреке, па се обавезује тужени да трпи да се ствари које чине заједничку брачну тековину продају путем јавне продаје, а остварени новчани износ у половини преда тужиљи по одбитку трошкова јавне продаје. У ставу трећем изреке, са вишком тужбеног захтева у делу којим тужиља тражи признање права власништва по основу брачне сутековине у 1/2 дела на стварима ближе описаним у ставу трећем изреке, захтев се одбија као неоснован. У ставу четвртом изреке, противтужбени захтев се делимично усваја, па се утврђује да покретне ствари, које су ближе описане у ставу четвртом изреке, представљају заједничку имовину парничних странака по основу стицања у браку, и то у сразмери пола-пола, па се одређује развргнуће имовинске заједнице на свим побројаним стварима, тако што ће се ствари изложити јавној продаји, а остали новац поделити на равне делове између странака. У ставу петом изреке, са вишком противтужбеног захтева у којем противтужитељ тражи да суд утврди да се по основу брачне тековине у сразмери пола-пола, одреди и власништво странака на покретним стварима, а то су: 1 телевизор, миксер „privile" са свим прикључцима, 2 сервиса за ручавање, кристални сервис за шампањац, прибор за јело, као и задржане количине пешкира, ћебади и завесе – захтев се одбија.

Пресудом Окружног суда у Новом Саду Гж. бр. 301/97, од 19. децембра 1997. године, жалба туженог се одбија као неоснована и потврђује пресуда Општинског суда у Темерину.

Против ове правноснажне другостепене пресуде, тужени је благовремено изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и због погрешне примене материјалног права.

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

У проведеном поступку није учињена битна повреда одредаба парничног поступка и чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности, а на друге повреде се у ревизији не указује.

У првостепеном поступку је утврђено да су парничне странке закључиле брак 8. I 1975. године, а крајем децембра 1986. тужиља је напустила туженог, након чега су се развели. Све време трајања брака живели су и радили у Немачкој, где су на рад отишли још пре закључења брака, а у браку нису имали деце, нити имају обавезу издржавања према било коме. Супружни-

ци су све време трајања брака били у радном односу, а бригу о домаћинству водила је тужиља. Становали су у заједничком стану у Немачкој и од времена закључења брака па до престанка брака тужиља је остваривала просечни годишњи приход (од 1975. па до 1985) од 20.000 до 35.000 марака. Примања туженог за исти овај период била су приближна примањима тужиље. У брак је тужиља унела уштеђевину од 7.232 DM, а тужени је у моменту склапања брака поседовао плац у Бачком Јарку, на ком је био сграђен темељ и на ком се налазио грађевински материјал за изградњу куће. Судови су на основу налаза и мишљења вештака утврдили да збирна вредност плаца са грађевинским материјалом и изграђеним темељом износи 22,54% у односу на укупну вредност спорне непокретности коју је тужени имао пре закључења брака. У току десет година трајања брака, парничне странке су стекле велики број покретних свари (наведене су у изреци првостепене пресуде) које су куповали заједничким новцем.

На основу овако утврђеног чињеничног стања, правилан је закључак нижестепених судова да се у конкретном случају ради о имовини стеченој за време трајања брачне заједнице, у смислу чл. 328 Закона о браку и породичним односима Републике Србије, и да је удео тужиље и туженога износио по 1/2 идеалног дела. Судови су при том узели у обзир личне дохотке сваког брачног друга, као и вредност имовине коју су унели у брачну заједницу а коју су стекли пре закључења брака.

Оваква одлука у складу је са одредбама чл. 328 и 329 Закона о браку и породичним односима, јер је према овим одредбама утврђен допринос странака у стицању заједничке имовине и према томе и одговарајући удео и право својине на предметној непокретности као и на покретним стварима које су странке стекле у браку.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3462/98, од 2. септембра 1998)

9

Неједнакост у уделима брачних другова приликом деобе заједнички стеченог права својине, може бити осетнија ако је између њихових доприноса постојала знатна разлика.

Одредбе парничног поступка су битно повређене (чл. 354, ст. 2, т. 13 ЗПП) ако постоји противречност између онога што се у разлозима пресуде наводи о садржини налаза вештака.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Ћуприји П. 319/94 од 18. децембра 1995. године, и то првим ставом изреке, обавезује се тужена да тужиљи, на име вредности грађевинских радова, плати износ од 16.154,51 динар, са затезном каматом од 14. децембра 1995. године па до исплате, у року од 15 дана. Трећим ставом изреке обавезује се тужена да тужиљи призна право својине на делу од 40% следећих покретних ствари: замрзивач од 410 литара марке „горење", фрижидер од 180 литара марке „ободин", машина за прање веша марке „Раде Кончар", две судопере са два радна стола, телевизор црно-бели ЕИ Ниш, комбинована соба која се састоји од регала, троседа, двоседа, фотеље и мањег стола, електрични шпорет марке „горење", пећ „крека весо", итисон 5x5 m, два тепиха од 3x2,5 m, таписон 4x3 m, бојлер од пет литара, четири веће најлон

завесе и две мање завесе да драпером, прекривач, три „лио“ јоргана са навлакама, четири обична ћебета, радио апарат, пластично буре за купус, пољски кревет, сточић за телевизор, 130 комада ТМ блокова, један мањи усисивач, две пластичне вангле, путна торба од коже, путна торба од скаја, кројачке маказе, маказе за лозу, сунђер за кауч, 14 комада поцинкованих цеви за виђаге, свака од по 3 m, путничко возило марке „застава 101“; као и да тужиљи уступи припадајући део ових ствари у својину и државину, све у року од 15 дана. Седмим ставом изреке тужена је обавезна да тужиљи плати парничне трошкове у износу од 4.000 динара, у року од 15 дана. Ставовима 2, 4, 5 и 6 изреке, у преосталом делу, тужбени захтеви тужиље су одбијени.

Пресудом Окружног суда у Јагодини Гж. 495/96 од 23. априла 1996. године, одбијена је као неоснована жалба пуномоћника тужене, и потврђена је пресуда Општинског суда у Ћуприји П. бр. 319/94 од 18. децембра 1995.

Тужена је против другостепене пресуде благовремено изјавила ревизију и због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду, у смислу члана 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да је ова ревизија делимично основана.

Неоснована је ревизија тужене, изјављена против побијане пресуде, у делу којим је потврђена првостепена пресуда у трећем ставу изреке и утврђено је да је тужиља власник са уделом од 40% покретних ствари набројаних у том делу изреке.

Побијана пресуда у овом делу не садржи битну повреду одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на коју се у поступку по ревизији пази по службеној дужности, нити битне повреде одредаба парничног поступка због којих се ревизија може изјавити у смислу члана 385, став 1, тачка 1 и 2 ЗПП.

Првостепеном пресудом је утврђено да су тужиља Дивна, чија је правна следбеница тужиља Равијојла, и тужени Љубиша, чија је правна следбеницима тужена Анђелка, у брачној заједници живели од 15. јула 1969. до 16. јула 1982. године; да су заједницу засновали као пензионери, у време када су већ били у годинама; да су све спорне ствари купљене за време трајања брачне заједнице странака; да је за све време њихове заједнице Љубишина пензија била већа од пензије Дивнине. Такође је утврђено да је Дивна обављала све уобичајене домаће послове око чишћења куће и спремања хране, да је заједно са Љубишом учествовала и у свим другим пољопривредним и грађевинским пословима, пошто су имали башту коју су обрађивали и пошто су изводили грађевинске радове.

Овакво чињенично стање, као правилно и потпуно утврђено, прихватио је и другостепени суд, што не може бити предмет испитивања у поступку по ревизији.

На утврђено чињенично стање правилно је примењено материјално право. При утврђивању висине доприноса у стицању спорне покретне имовине, Дивне са 40% и Љубише са 60%, нижестепени судови су ценили све околности прописане чланом 328 Закона о браку и породичним односима. Због тога нису основани наводи ревизије да се побијена пресуда у овом делу заснива на погрешној примени материјалног права.

На основу изнетих разлога, а према члану 393 ЗПП, одлучено је као у првом ставу изреке ове пресуде.

Међутим, у ревизији тужене основано се наводи да побијана пресуда – у делу којом је потврђена првостепена пресуда у првом ставу изреке којим је тужена обавезана да тужиљи, на име вредности грађевинских радова, плати износ од 16.154,51 динар, са затезном каматом од 14. фебруара 1995. па до исплате – има недостатака због којих се не може испитати. У разлозима првостепене пресуде наводи се да Дивна има удела у вредности изграђених бетонских стаза, који према налазу вештака Гајића вреде 7.861,60 динара, и да се тај износ урачунава у укупан износ од 16.154,51 динар, колико је тужена првим ставом изреке обавезана да плати тужиљи. Међутим, из налаза и мишљења вештака Гајић Момчила, од 6. новембра 1995. године, произлази да је вредност бетонских стаза и тротоара 786,60 динара. Како о овој одлучној чињеници постоји противречност између онога што се у разлозима првостепене пресуде наводи, као налаз вештака дат у поступку и самог налаза вештака, то се побијана првостепена пресуда заснива на битној повреди одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 13 ЗПП, учињеној пред првостепеним судом. Како је тужена у својој жалби против првостепене пресуде изричито указивала на ову битну повреду оредаба парничног поступка, а окружни суд је у побијаној пресуди није отклонио, то је тај суд побијаном пресудом у овом делу, учинио исту битну повреду одредаба парничног поступка, која, пошто је учињена пред другостепеним судом представља, ревизијски разлог у смислу члана 385, став 1, тачка 2 ЗПП.

Кад првостепени суд, у поновном поступку, отклони наведену битну повреду одредаба парничног поступка, поново ће одлучити о захтеву тужиље да јој тужена, на име вредности грађевинских радова, плати износ од 16.154,51 динар са каматом.

Како је дслимично укинута одлука о главној ствари, укинута је и одлука о трошковима парничног поступка.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 5930/96, од 27. јануара 1997)

СВОЈИНА – ГРОБНО МЕСТО

10

Уколико је парцела која се води као власништво тужених дуги низ година прекривена гробовима, тако да јој се више не може вратити ранија намена, нити би се у целини или у претежном делу могла предати туженима, могло би се сматрати да је постала саставни део гробља, те да је на тај начин прешла у друштвену својину, па тужени имају само право на накнаду у висини тржишне вредности, аналогно Закону о експропријацији.

Из образложења:

Према образложењу првостепене и другостепене пресуде, тужбени захтев је одбијен, због тога што је кат. парц. бр. 2866 на којој се налази гробно место које је предмет овог спора у власништву тужених, а ова парцела ниједним правним послом нити одлуком надлежног органа није изузета из

власништва туженик, нити је дата као друштвена својина на коришћење и управљање општини, па нема основа да се утврди да је то друштвена својина.

Оцењујући ове разлоге, Врховни суд је закључио да се овакво правно захтевање за сада не може прихватити, јер нису утврђене све чињенице које су од значаја за доношење одлуке, а на које је тужилац у току парнице указивао и на које у ревизији указује.

Према наводима тужиоца, кат. парц. бр. 2866, која је 1995. године уписана као власништво туженик, није у поседу туженик већ 30 година. Гробље које се налази на суседној парцели проширило се и на парцелу бр. 2866. Пошто се и на њој налази већи број гробова, фактички је и та парцела постала саставни део гробља. Ове чињенице би могле бити од значаја за решење спора, па се не може прихватити мишљење првостепеног и другостепеног суда да су оне без утицаја на одлуку.

Наиме, уколико је парцела која се води као власништво туженик кроз дуги низ година потпуно прекривена гробовима, тако да јој се више не може вратити ранија намена, нити би се у целини или у претежном делу могла предати туженима, могло би се сматрати да је постала саставни део гробља, те да је на тај начин прешла у друштвену својину па тужени имају само право на накнаду у висини тржишне вредности, аналогно Закону о експропријацији.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 1482/98, од 30. јуна 1998)

СТИЦАЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ НА ОСНОВУ УГОВОРА

11

Првотужена је постала власник предметног стана сагласно одредби члана 20, став 1 Закона о основним својинскоправним односима, на основу правног посла, тј. по основу уговора о откупу стана. Право власништва првотужене јесте апсолутно право, а из својства својине као стварног права произлази и то да власник може искључити сваког из уживања или располагања ствари.

Из образложења:

У проведеном поступку утврђено је да је отац тужилаца, пок. Радомир Филиповић, био носилац станарског права на предметном стану и да га је користио заједно са члановима свог домаћинства, супругом Јеленом, првотуженом, и децом, овде тужиоцима. После смрти Радомира Филиповића, за носиоца станарског права одређена је Јелена Филиповић, која је наставила да користи стан са својом малолетном децом. У 1993. години првотужена Јелена је откупила стан, о чему је сачињен уговор Ов. бр. 7053/93 од 17. VI 1993. Фебруара 1994, првотужена Јелена продала је стан друготуженом, о чему је сачињен уговор Ов. бр. 185/94 од 13. II 1994. По основу тог уговора Јелена је као продавац примила купопродајну цену и обавезала се да ће најкасније до 1. VII 1994. стан ослободити од лица и ствари.

На основу утврђених чињеница, судови су заузели становиште да тужиоци имају право становања у предметном стану, по основу одредбе члана 16 Закона о становању; да је уговор о купопродаји стана ништав, с обзиром да је закључен супротно одредби члана 121 Закона о браку и породичним

односима, па су испуњени услови за ништавост из члана 103 Закона о облигационим односима. Овакав став је заузет због тога што откупљени стан има статус заједничке имовине стечене у породичној заједници, а заједничари су тужиоци и њихова мајка, па је за евентуалну продају стана била потребна сагласност тужилаца.

Одлучујући по ревизијама друготуженог суда, Врховни суд Србије у Београду је, пресудом Рев. бр. 1363/96 и Рев. бр. 2806/96 од 19. VI 1996. године, преиначио нижестепене пресуде тако што је одбијен тужбени захтев тужилаца, с тим да свака странка сноси своје трошкове.

Врховни суд Србије заузео је став да је првотужена откупом постала власник стана у смислу одредбе члана 3 Закона о основним својинскоправним односима. Тако откупљен стан не потпада под режим заједничке имовине, те првотуженој није била потребна сагласност њене деце за продају стана.

Против ове пресуде Врховног суда савезни државни тужилац је у законском року поднео захтев за заштиту законитости због повреде материјалног и процесног савезног закона, са предлогом да се пресуда Врховног суда Србије преиначи тако што ће се ревизија друготуженог одбити као неоснована, а тужени Миливоје Тодоровић обавезати да сноси трошкове ревизијског поступка.

Захтев није основан.

Првотужена Јелена Филиповић постала је власник предметног стана сагласно одредби члана 20, став 1 Закона о основним својинскоправним односима, на основу правног посла, тј. по основу уговора о откупу стана. Првотужена је откупом постала власник у смислу одредбе члана 3 Закона о основним својинскоправним односима, што значи да има право да ствар држи, да се њоме користи и да њоме располаже. Будући да је право својине стварно право које у себи садржи најшира овлашћења поводом коришћења и располагања ствари, то је првотужена као власник стана имала потпуно овлашћење да располаже предметним станом. Без обзира на то што је њено право на откуп стана потицало од права њеног покојног мужа као носиоца станарског права, власништво тужене није ничим ограничено и не може се третирати нити као сусвојина, нити као заједничка имовина мајке и деце. Из ових разлога неосновани су наводи, истакнути у захтеву за заштиту законитости, да је туженој за отуђење предметног стана била потребна сагласност њене деце, тј. органа старатељства, те да су се због непостојања те сагласности стекли услови за ништавост уговора о продаји из члана 103 Закона о облигационим односима. Ово тим пре што је одредбом члана 121 Закона о браку и породичним односима (*Службени гласник СР Србије* бр. 22/80), на који се савезни државни тужилац у захтеву позива, прописано да родитељи могу уз одобрење органа старатељства отуђити или оптеретити имовину свог детета само ради његовог издржавања, васпитавања и образовања, или ако то захтева који други његов интерес. Како у конкретном случају предметни стан није имовина тужилаца, то и нема услова за примену ове законске одредбе.

Неосновани су наводи из захтева за заштиту законитости да су тужиоци, по основу одредбе члана 16 Закона о становању, стекли право становања, као чланови породичног домаћинства, и да тужена Јелена Филиповић није могла располагати овим стеченим правом тужилаца. Право власништва тужене

јесте апсолутно право, а из својства својине као стварног права произлази и то да власник може искључити свакога из уживања или располагања ствари. С обзиром да право тужилаца на становање проистиче из права тужене Јелене, као јачег права, њихово право мора делити судбину права из којег проистиче.
(Пресуда Савезног суда Гзс. бр. 46/96, од 27. фебруара 1997)

12

Упис права својине у јавним књигама нужан је конститутивни услов само када је у питању стицање по основу правног посла.

Из образложења:

Правилно је примењено материјално право када је као неоснован одбијен тужбени захтев ради поништења одлука тужене о расподели станова. Тужилац је носилац заједничке својине по основу стицања радом у току брака. Тај објекат испуњава услове становања у погледу површине, струје и воде. Тужилац је одбио да потпише уговор са СИЗ-ом становања о рушењу тако бесправно сграђеног објекта, па је критеријум стамбених прилика у поступку расподеле станова правилно вредновао.

Неосновани су ревизијски наводи да тужиоца треба сматрати лицем без стана зато што његово право својине није уписано у јавним књигама. Упис права својине у јавним књигама нужан је конститутивни услов само када је у питању стицање по основу правног посла, у смислу члана 33 Закона о основама својинскоправних односа. У осталим случајевима упис је декларативног карактера и право својине се стиче на основу других законом одређених чињеница. У конкретном случају, тужилац је постао носилац заједничке својине по основу стицања у браку и по основу градње на туђем земљишту, па се има сматрати носиоцем заједничке својине на изграђеном и дограђеном објекту, без обзира на стање уписа у јавним књигама. Неосновани су и ревизијски наводи у којима се истиче да се стамбени простор има сматрати нужним смештајем зато што не задовољава све критеријуме из Правилника о јединственим техничким условима за пројектовање и градњу станова и стамбених зграда у друштвено усмереној стамбеној изградњи, који је важио у време стамбене расподеле (неодговарајућа висина просторија и неодговарајућа квадратура самих просторија), зато што Правилник о расподели станова тужене не садржи таква ограничења, а Правилник о јединственим техничким условима односи се на усмерену стамбену изградњу станова у друштвеној својини а не на градњу у својини физичких лица.
(Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 4903/97, од 22. јула 1998)

СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОД НЕВЛАСНИКА

13

Према одредби члана 31 Закона о основама својинскоправних односа, савесно лице стиче право својине на покретну ствар коју је прибавило уз накнаду на следеће начине: од невласника који у оквиру своје делатности

ставља у промет такве ствари; од невласника коме је власник предао ствар у државину на основу правног посла који није основ за прибављање права својине; и на јавној дражби.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу, на коме се заснивају побијане пресуде, тужилац је купио предметно возило од Миодрага Цонкића из Параћина, након чега је, по рачуну бр. 58/93 од 17. јануара 1993. године, преко комисионара – Предузећа за промет и услуге „Ауто-Морава" у Краљеву – легализовао овај правни посао. Тужилац се 25. јануара 1993. обратио МУП-у Републике Србије – Секретаријат у Краљеву, захтевом за регистрацију возила. Надлежни секретаријат је решењем бр. 221–54/93 од 5. фебруара 1993. одбио захтев за регистрацију возила због непоседовања одговарајућег доказа о пореклу возила, а исто решење је потврђено и у другом степену – решењем МУП-а Републике Србије у Београду бр. 222–297/93 од 19. марта 1993. На основу налаза и мишљења вештака из Одсека за сузбијање криминалитета СУП-а Краљево, од 11. фебруара 1993, утврђено је да је на саобраћајној дозволи за предметно возило извршено уклањање првобитних података и уписивање сада постојећих. Од тужиоца је 28. јануара 1993. године привремено одузето предметно возило, о чему је издата потврда СУП-а Краљево.

У односу на овакво чињенично стање, судови закључују да је тужилац на основу правног посла стекао право својине на предметном возилу, сходно члану 20, став 1 и члану 31, став 1 Закона о основним својинскоправним односима. Тужилац је савестан купац јер је возило прибавио на легалном тржишту, а фалсификат на саобраћајној дозволи није био уочљив голим оком. На основу одредбе члана 37 Закона о основним својинскоправним односима, тужена је дужна да ствар врати, с обзиром да је држи без правног основа.

Наведено правно становиште судова не може се прихватити.

Према одредби члана 31 Закона о основама својинскоправних односа, савесно лице стиче право својине на покретну ствар коју је прибавило уз накнаду од невласника који у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари, 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 јесте 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 утврђене чињенице да је тужилац спорно возило купио од Миодрага Цонкића из Параћина, да је куповина обављена у Краљеву, да је на лицу места обављен промет (исплаћена купопродајна цена у целини

и возило предато купцу у државину) – није испитано да ли је продавац Миодраг Цонкић 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, тужилац је са њим закључио уговор о продаји возила пре комисионе продаје, а 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.

За оцену савесности такође је од значаја и продајна цена аутомобила у моменту закључивања уговора о купопродаји, а ту цену првостепени суд уопште није утврђивао, нити упоређивао са стварном тржишном ценом возила.

Како је одредбом члана 37 Закона о основним својинскоправним односима прописано да власник може поднети својинску тужбу за повраћај ствари, али да за ову тужбу није довољно да тужилац само наведе да је власник ствари чији повраћај тражи, већ мора доказати чињенице на којима се заснива његово право својине – то се питање својине тужиоца појављује као претходно питање. Пошто у проведеном поступку првостепени суд није утврдио одлучне чињенице везане за утврђење права својине тужиоца по основу куповине од невласника, то нема услова за доношење одлуке о виндикационом захтеву тужиоца.

(Решење Савезног суда Тзс. бр. 2/97, од 10. априла 1997)

14

За стицање својине од невласника један од услова јесте 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.

Из образложења:

Према стању у списима, тужилац је 31. III 1993. године преко агенције „Марк-цео" из Београда купио спорно путничко возило. Након истека регистрације претходног власника, возило је више пута регистровано на тужиоца, с тим што је последњи пут регистровано 16. IV 1995, са важношћу регистрације до 25. II 1996. Међутим, возило је од тужиоца привремено одузето јер је утврђено да је саобраћајна дозвола фалсификована. Возило је остављено на чување тужиоцу без права коришћења и располагања.

Први власник предметног возила био је Небојша Кокот из Лучана, који је 20.VIII 1992. закључио уговор о пријему робе у комисионој продаји са агенцијом „Ауто-Чачак". Истог дана возило је купио Слободан Младеновић из Београда, који је затим, 31. III 1993, преко агенције „Марк-цео" из Београда, спорно возило продао тужиоцу. У току поступка тужени је преко законског заступника истицао чињеницу да су пред надлежним органом унутрашњих послова сведоци (Слободан Младеновић, продавац возила, и Милица Љубичић, шеф опште службе тужиоца) изјавили да су продавац и купац (овде

тужилац) претходно остварили контакт ради продаје, односно куповине предметног возила, те да су након тога отишли код агенције ради сређивања папира.

На основу ових чињеница судови су стали на становиште да је тужилац, на основу члана 41 Закона о својинскоправним односима, савестан стицалац предметног возила.

Наведено правно становиште не може се прихватити.

Тужилац је покренуо спор подижући својинску тужбу за повраћај ствари у смислу одредбе члана 37 Закона о основним својинскоправним односима. 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 прописани су услови код виндикационе тужбе који морају бити кумулативно 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, он мора доказати чињенице из којих изводи своје право својине.

У конкретном случају, првостепени суд у току поступка није утврђивао чињенице одлучне за примену одредбе члана 31 Закона о основним својинскоправним односима, по којој савесно лице стиче право својине на покретну ствар коју је прибавило уз накнаду од невласника који у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари, 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 јесте 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.

За оцену савесности такође је од значаја цена аутомобила у моменту закључења уговора о купопродаји, коју првостепени суд уопште није утврђивао, нити је исту упоређивао са стварном тржишном ценом возила.

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

(Решење Савезног суда Гзс. бр. 26/97, од 11. септембра 1997)

ПРЕСТАНАК ПРАВА СВОЈИНЕ НА ШУМИ

15

У смислу члана 47 Закона о изменама и допунама Основног закона о искоришћавању пољопривредног земљишта, право својине на шуми може престати ако власник није плаћао обавезе према друштвеној заједници десет

или више година, а за то време шуму је користила, без уговора са власником, радна организација или друштвенополитичка заједница. У таквом случају шума прелази у друштвену својину ако њен власник за то време није поднео тужбу за признавање права својине на ту шуму, или тужбу за накнаду због коришћења те шуме.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу, Народни одбор Општине Медвеђа, решењем бр. 6889/56 од 29. VI 1956. године, усвојио молбу оца тужилаца, сада пок. Лазара Ђуричића из Губаваца, за уступање Фонду општенародне имовине земљишта под шумом укупне површине 53 хектара 14 ари и 25 метара. Решењем Народног одбора Општине Медвеђа бр. 3993/1 од 30. V 1958, предметно земљиште под шумом примљено је у Фонд општенародне имовине овог одбора. У поступку је утврђено да је за спорне непокретности пок. Лазару Ђуричићу извршен отпис обавезе плаћања пореза почев од 1. I 1958. године, као и то да ни правни претходник а ни тужиоци као наследници, нису били у поседу шуме која је предмет спора.

На основу оваквог утврђења, судови су закључили да је сада пок. Лазар Ђуричић кроз управни поступак, без накнаде и бесповратно предметне непокретности уступио Фонду општенародне имовине, услед чега ове више нису припадале њему, оцу тужилаца, па их тужиоци нису могли ни стећи наслеђем од оца, у смислу чл. 20 Закона о основним својинскоправним односима и чл. 2 Закона о наслеђивању.

У захтеву за заштиту законитости, савезни државни тужилац истиче да у списима предмета нема молбе оца тужилаца за уступање земљишта Народном одбору Општине Медвеђа, а да нацрт уговора о поклону, који није потписан и оверен, не производи правно дејство према одредбама члана 4 и 9 Закона о промету земљишта и зграда, који је тада био на снази. Из тих разлога тужилац сматра да је ништаво решење које је донео Народни одбор Општине Медвеђа о усвајању молбе оца тужилаца, а да се донете пресуде не могу испитати јер су разлози пресуда нејасни и противречни.

Правно становиште савезног државног тужиоца не може се прихватити – зато што, у смислу члана 47 Закона о изменама и допунама Основног закона о искоришћавању пољопривредног земљишта (*Сл. лист СФРЈ* бр. 12/67), право својине на шуми може престати ако власник није плаћао обавезе према друштвеној заједници десет или више година, а за то време шуму је користила, без уговора са власником, радна организација или друштвенополитичка заједница. У таквом случају шума прелази у друштвену својину ако власник за то време није поднео тужбу за признавање права својине на ту шуму, или тужбу за накнаду због коришћења те шуме.

Како у конкретном случају међу странкама није спорно да ни тужиоци ни њихов правни претходник од 1958. године нису били у поседу предметних шума, нити су тужбом тражили повраћај ових непокретности у посед, као и то да је од 1. I 1958. извршен отпис обавезе плаћања пореза за ове непокретности – то је, према наведеној законској одредби, престало право својине правног претходника тужилаца, и предметне непокретности (шуме) постале су друштвена својина. Из ових разлога предметне непокретности нису ушле у наследну имовинску масу правног претходника тужилаца, па тужиоци неосновано траже да се утврди њихово право својине на овим непокретностима по основу наслеђа.

(Пресуда Савезног суда Гзс. бр. 35/97, од 11. септембра 1997)

ИСПРАВКА РЕШЕЊА О НАЦИОНАЛИЗАЦИЈИ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

16

У конкретном случају, ради се о својинској тужби са тужбеним захтевом који је усмерен на исправку решења о национализацији, које је донето у управном поступку. Како је поступак национализације спроведен и окончан правноснажним решењем НОО Палилула Н. број 6/59, од 1. јуна 1959. године, то се један такав акт може исправити само у оном поступку у коме је донет, а не у парничном поступку пред редовним судом, који није овлашћен да ставља ван снаге правноснажно решење о национализацији и тиме тужиоцу признa право својине на спорној непокретности.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу судова, отац тужиоца пок. Ђорђе Јовановић див. из Београда био је власник зграде у улици Сланачки пут број 1, уписане у зк. ул 5176 КО Београд 2, која се састојала од приземља и спрата, с тим што се на спрату налазио један трособан стан са нуспросторијама, а у приземљу један једнособан стан од две просторије и пословни простор укупне површине 50 m^2. Решењем о национализацији НОО Палилула Н. бр. 6/59 од 1. VI 1959. године, у изреци под I, поред осталих, национализована је наведена зграда, а у изреци под II истог решења од национализације је изузет трособан стан са нуспросторијама на спрату и једнособан стан који се налази у приземљу. Наведени пословни простор, који је иначе јединствена грађевинска целина, остао је у друштвеној својини, с тим што је у површини од 30 m^2 адаптиран и у њему се налази пошта, док је преосталих 20 m^2 остало на коришћење ранијем власнику.

Код оваквог чињеничног утврђења, судови су у побијаним пресудама заузели становиште да је, на основу члана 44 Закона о својинскоправним односима, неоснован захтев тужиоца којим је тражио да се утврди да је он власник просторије у приземљу површине 30 m^2, налазећи при том да је према наведеном решењу о национализацији простор од 50 m^2 остао друштвена својина, те да нема законског основа да му се то право призна.

У захтеву за заштиту законитости изражено је становиште да су пресуде и разлози пресуда неразумљиви, да нису наведене одлучне чињенице, те да су пресуде противне својим разлозима, с обзиром да спорни пословни простор од 30 m^2 представља грађевинску целину са преосталих 20 m^2 које користи тужилац, па је национализација наведеног пословног простора проведена супротно одредбама члана 32, 33 и 69. тада важећег Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта.

Савезни суд, међутим, налази да су судови у побијаним пресудама правилно поступили када су одбили тужбени захтев којим тужилац тражи признање права својине на национализованом пословном простору у згради у улици Сланачки пут број 1, уписаној у зк. ул. 5176 КО Београд 2.

У конкретном случају ради се о својинској тужби, са тужбеним захтевом који је усмерен на исправку решења о национализацији које је донето у управном поступку. Како је поступак национализације спроведен и окончан правноснажним решењем НОО Палилула Н. бр. 6/59 од 1. VI 1959. године, то се такав један акт може исправити само у оном поступку у коме је донет, а не у парничном поступку пред редовним судом, који није овлашћен да ставља ван снаге правноснажно решење о национализацији и тиме тужиоцу признa право својине на спорној непокретности.

(Пресуда Савезног суда Гзс. бр. 47/96, од 27. фебруара 1997)

СТВАРНЕ СЛУЖБЕНОСТИ

17

Право стварне службености не може се укинути одлуком суда ако није престала потреба због које је стварна службеност установљена.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Врању, П. бр. 2554/95 од 21. III 1997. године, у ставу I изреке, одбијен је као неоснован тужбени захтев којим је тужиља тражила да се укине стална службеност постављања и држања канализационих цеви преко кућног плаца у њеном власништву (кат. парц. бр. 3206/2) као послужног добра и постављање исте у шахту која се налази на наведеној катастарској парцели; те одвођење отпадних вода из куће и кућног плаца у власништву тужене (кат. парц. бр. 3202/5) као повласног добра преко канализационог прикључка тужиље Саније (дужине 20 m до главне шахте на улици – огранак улице 23), и да се наложи туженој да престане са вршењем описане службености и уклони постављену канализациону цев. У ставу II изреке, тужиља је обавезана да туженој накнади парничне трошкове у износу од 1.373 динара.

Пресудом Окружног суда у Врању Гж. бр. 1607/97 од 20. XI 1997. године, одбијена је као неоснована жалба тужиље и потврђена је пресуда Општинског суда у Врању.

Против ове правноснажне другостепене пресуде тужиља је благовремено изјавила ревизију због битних повреда одредаба Закона о парничном поступку и због погрешне примене материјалног права.

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

У проведеном поступку није учињена битна повреда одредаба парничног поступка из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности, а нема ни повреда на које се у ревизији указује. Пресуда нема недостатака због којих се не може испитати, разумљива је, не противуречи сама себи нити разлозима пресуде, и у њој су дати разлози о одлучујућим чињеницама.

У првостепеном поступку је утврђено да је тужиља Санија крајњи корисник кат. парцеле 3206/2, у конкретном случају послужног добра, на којој има сграђену породичну стамбену зграду, а тужена Радица је трајни корисник кат. парц. бр. 3205/5, као повласног добра, и на њој такође поседује сграђену породичну стамбену зграду. Надаље је утврђено да је канализациона мрежа путем цеви из куће тужене Радице прикључена на шахту тужиље Саније (а шахта се и налази на њеном плацу), а затим иде преко њеног плаца до главне уличне шахте. Стручна служба предузећа ЈП „Водовод" изашла је на терен 2. IV 1996. године и по извршеном увиђају дала закључак да је уличка канализациона мрежа у огранку улице 23, на вишем нивоу од објекта тужене, па објекат тужене зато није могуће прикључити на мрежу у огранку ул. 23 већ једино на канализациону мрежу која постоји испод плаца парцеле бр. 247, односно преко плаца тужиље, што је потврдио и вештак као члан те комисије. По налазу вештака, утврђено је даље да се коришћењем оваквог права службености од стране тужене не ствара никаква штета на канализационој

мрежи и шахти у плацу тужиље, јер канализационе цеви могу да пропусте целокупне фекалне отпадне воде из обадва домаћинства. Поред тога, налаз вештака утврђује да је подизање кућне канализације тужене за 40 cm технички изводљиво, али је у супротности са чл. 6 Одлуке о водоводу и канализацији, где је прописано да „сливници, нужници и остали објекти могу се спојити са уличном канализацијом ако је изливна цев из објекта на вишем нивоу од поклопца шахте на уличној канализацији, а непоступање по овој одредби повлачи ризик који пада на терет корисника канализације и исти се састоји у томе што приликом загушења уличне канализационе цеви може доћи до изливања фекалне воде у стамбене просторије".

Према овако утврђеном чињеничном стању, које се ревизијом не може побијати, нижестепени судови су правилно применили материјално право. Будући да је у поступку утврђено као неспорно да је канализациона мрежа путем цеви из куће тужене прикључена на шахту тужиље и да се шахта налази на тужиљином плацу, да затим такође преко њеног плаца иде до главне уличне шахте, те да је улична канализациона мрежа (у огранку ул. 23) на вишем нивоу од објекта тужене, то се објекат тужене не може прикључити на мрежу у огранку поменуте улице већ једино на канализациону мрежу која постоји испод плаца тужиљине парцеле. Поред тога, утврђено је да се при оваквом стању ствари, коришћењем права службености од стране тужене, не ствара никаква штета на канализационој мрежи и шахти у плацу тужиље, јер поменуте канализационе цеви могу да пропусте целокупне фекалне отпадне воде из оба домаћинства. Судови су утврдили да није дошло до измењених околности у погледу фактичке могућности прикључења куће тужене на главну мрежу канализације у огранку улице 23, и нису наступиле никакве објективне околности због којих би трајно престала потреба за вршењем службености, па су, и по схватању Врховног суда, правилно применили одредбу чл. 58, ст. 2 Закона о основама својинскоправних односа и одбили тужбени захтев тужиље као неоснован.

Стога нису основани наводи ревизије тужиље о погрешној примени материјалног права, јер се исти исцрпљују у погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном стању, а ревизија се из ових разлога не може изјавити на основу чл. 385, ст. 3 ЗПП, па стога нису ни били предмет оцене Врховног суда.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1753/98, од 24. априла 1998)

18

Стварна службеност стиче се одржајем када је власник повласног добра фактички остваривао службеност за време од 20 година, а власник послужног добра се томе није противио.

Из образложења:

Према сагласном утврђењу судова, тужиоци као грађанскоправно савесна лица већ дуже од 20 година непрекидно, без противљења туженог, користе спорни пролаз преко парцела туженог ради доласка на своје парцеле, а за то иначе немају другог пролаза, односно пута.

При таквим околностима, судови су законито поступили када су на изложени начин уважили тужбени захтев тужилаца. Они су, користећи спорни пролаз на описани начин, на основу одредаба члана 54, став 1 Закона о

основама својинскоправних односа, одржајем стекли право стварне сезонске пољске службености пролаза преко спорних парцела туженог као њиховог власника. Са друге стране, због тога што за долазак на своје парцеле немају другог пролаза, односно пута, тужиоци имају право и да захтевају да им суд, на основу одредаба члана 53, став 1 наведеног закона, пресудом призна право спорне сезонске пољске службености пролаза преко спорних парцела туженог као пословног добра.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 2281/98, од 12. маја 1998)

ПРЕСТАНАК ХИПОТЕКЕ

19

Дужник не може тражити брисање хипотеке из земљишних књига све док дуговање обезбеђено хипотеком не измири у потпуности.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Бачкој Паланци П. бр. 283/93 од 28. IV 1993. године, одбијен је тужбени захтев тужиоца за утврђење да је он дана 23. децембра 1992, исплатом износа од 107.418 динара, у целости исплатио купопродајну цену по уговору о продаји стана у друштвеној својини, закљученог са туженицом дана 25. новембра 1991. (за стан ближе описан у изреци ове пресуде) и да је тужени дужан признати и издати брисовну дозволу или пак трпети да се, по основу ове пресуде, у земљишним књигама брише хипотека, као и забележба забране отуђења купљеног стана.

Пресудом Окружног суда у Новом Саду Гж. 2684/93 од 27. децембра 1995. године, одбијена је жалба тужиоца и потврђена је првостепена пресуда.

Против другостепене пресуде благовремено тужилац је изјавио ревизију због погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу чл. 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да ревизија није основана. У поступку није учињена битна повреда из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на коју ревизијски суд пази по службеној дужности, а у ревизији се не указује на друге битне повреде које по чл. 385, ст. 1, т. 1 и 2 ЗПП, могу да буду ревизијски разлог.

У поступку је утврђено да је тужилац 25. новембра 1991. године, са туженицом закључио уговор број 03–908/1–91, по коме је као носилац станарског права откупио стан који се налази у Бачкој Паланци у ул. Бачкој бр. 5 (стан број 13) по цени од 397.194 динара. Уговором је предвиђено да се ова цена исплати туженику за 360 месеци, с тим што месечна рата износи 1.104 динара. Накнадно, по закључењу наведеног уговора, туженик је утврдио да укупна валоризована цена стана, у првој половини 1992. године, износи 107.418 тадашњих динара и туженик је био сагласан да тужилац ову цену исплати до 30. јуна 1992. Међутим, тужилац је овај износ исплатио касније, 23. децембра 1992, када је био знатно обезвређен услед инфлације. У то време, ревалоризована цена коју је тужилац требало да исплати износила је 799.110 тадашњих динара.

Полазећи од оваквог чињеничног стања, нижестепени судови су правилно закључили да тужилац није исплатио купопродајну цену у целости и док се она не измири, не може се у парници тражити утврђивање да је цена

у целости исплаћена, ни издавањем брисовне дозволе или пак, на основу пресуде, брисање хипотеке у земљишним књигама, као и забележбе о забрани отуђења купљеног стана. Зато је првостепеном пресудом правилно одбијен тужбени захтев, а у њеном образложењу довољно је наведених разлога о свим битним чињеницама.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 5114/96, од 29. јануара 1997)

НАЧЕЛО ПОУЗДАЊА У ЗЕМЉИШНЕ КЊИГЕ

20

Када сопственик узастопно закључи два уговора о продаји непокретности, други по реду купац стиче право својине укњижењем уколико је био савестан, а то значи ако није знао (а ако није могао и према приликама није морао знати) за раније закључени уговор између сопственика и првог купца.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Врбасу – Одељење Србобран, П. бр. 331/94 од 21. XII 1995. године, усвојен је тужбени захтев тужиље, па се утврђује да је тужиља власник некретнине уписане у ЗК. УЛ. бр. 1595 КО Надаљ I, парцела бр. 1377, њива „Село" од 0,9 ари 0,70 m^2, у 0540/0970 идеалног дела, а што су тужене Ралетић Милица и Грбић Јагода, обе из Надаља, дужне да признају по основу купопродаје. У ставу II изреке тужене су дужне да тужиљи признају право власништва на наведеним некретнинама, из става I ове пресуде, и да издају ваљану исправу на основу које ће се тужиља укњижити као власник, или ће у противном ова пресуда заменити тражену исправу. У ставу III изреке, утврђено је да свака страна сноси своје трошкове.

Пресудом Окружног суда у Новом Саду Гж. бр. 1182/96, од 27. X 1997. године, одбијена је жалба тужених као неоснована и потврђена је пресуда Општинског суда у Врбасу – Одељење у Србобрану.

Против ове правноснажне другостепене пресуде тужене су благовремено изјавиле ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и због погрешне примене материјалног права.

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

У проведеном поступку није учињена битна повреда одредаба парничног поступка из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности.

У првостепеном поступку је утврђено да су се тужиља и њен супруг договорили са туженом Ралетић Милицом да купи 1,5 m^2 земљишта, што одговара површини од 5 ари и 40 m^2 парцеле тужене Милице, која се води у земљишној књизи као кат. парц. бр. 1595 КО Надаљ и кат. парц. бр. 1377, њива „Село", од 0,9 ари и 0,7 m^2, за договорену купопродајну цену од тадашњих шест милиона динара. Поводом ове погодбе сачињена је признаница коју је својеручно потписао Силађи Ласло, супруг тужиље, у своје име и у име супруге Душице као купаца, а за продавца потписала је Ралетић Милица. Све се то догађало у кући Ралетић Милице, у присуству њеног ванбрачног супруга Старчев Косте и сведока Гашпарић Зорана, који се на истој признаници

потписао као сведок. Након исплате пет милиона динара, остао је дуг од милион динара, што је после 2-3 недеље супруг тужиље такође измирио, па су се договорили да ће накнадно направити купопродајни уговор и да ће га оверити и потписати у суду. Међутим, Ралетић Милица није хтела да овери потпис, тако да до данас овај купопродајни уговор није потписан нити оверен од стране суда. После извршене купопродаје, тужиља и њен супруг су почели да користе купљено земљиште, па су на њему поставили ограду, затим посадили воћке, избушили бунар и монтирали пумпу, са чиме су се слагали и тужена Милица и њен супруг. Али у току 1992. године, новим купопродајним уговором, сачињеним између Ралетић Милице као продавца и Грбић Јагоде тужене другог реда као купца, тужиља продаје целу кат. парцелу бр. 1376, кућа и дворишпте, од 0,5 ари и 86 m^2 и парцелу број 1377, њива од 0,9 ари 0,7 m^2 која улази у 1,5 m^2, већ откупљеног дела од стране тужиље. Тужена Грбић Јагода је у време купопродаје предметне некретнине видела обраду на делу предметне парцеле и знала је да део те парцеле користи тужиља Душица и њен супруг, видела је грађевински материјал, избушен бунар, засађене воћке, али је по овој купопродаји друготужена ушла у посед куће и предметне парцеле и без икаквог питања и договора срушила ограду и ушла у посед предметних 1,5 m^2 земљишта.

Према овако утврђеном чињеничном стању, које се ревизијом не може побијати, нижестепени судови су правилно применили материјално право.

У поступку је утврђено да је између тужиље и првотужене закључен уговор о купопродаји у писменом облику у виду признанице, те да је овај уговор реализован у целини, јер је купопродајна цена исплаћена, и да је тужиља ступила у посед након исплате купопродајне цене у део некретнине коју је купила у површини од 1,5 m^2 земљишта. Међутим, Милица, која је продавац предметног дела некретнина, није желела да потпише уговор и да га овери у суду. Након одређеног времена, исту некретнину поново је продала туженој Грбић Јагоди, која је могла знати да је ова некретнина раније купљена јер се на њој јасно видело да тужиља гради бунар, да довози грађевински материјал и да сади воће, али је ипак сачинила купопродајни уговор са Милицом и оверила га у суду, након чега је и извршила укњижбу у земљишним књигама на своје име, како на предметној кући тако и на предметној парцели. Према томе, ни тужена Милица, ни тужена Јагода нису биле савесне: Милица је продала по други пут исту непокретност, а Јагода је знала да предметни део непокретности користе тужиља и њен супруг па је ипак купила део те непокретности. Стога, нижестепени судови правилно примењују одредбу чл. 4, ст. 4 Закона о промету непокретности РС, којом је прописано да суд може признати правно дејство уговора о преносу права на непокретности између носилаца права својине уколико промет није забрањен, који је закључен у писменом облику, на коме потписи уговорника нису оверени код суда, под условом да је уговор испуњен у целини или претежним делом, да је непокретност стечена у границама закона, да је плаћен порез на промет, да није повређено право прече куповине и да није повређен други друштвени интерес. Према становишту Врховног суда, задовољени су сви потребни законски услови да се конвалидира писмени уговор између тужиље и првотужене, који је закључен у септембру 1988. године, јер је овај уговор у целости извршен и треба му према начелу приоритета признати правно дејство у односу на касније закључени уговор између тужене Милице и тужене Јагоде.

Стога нису основани наводи ревизије тужених, јер се они исцрпљују у погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном стању, а ревизија се из ових разлога не може изјавити на основу чл. 385, ст. 3 ЗПП, па стога нису ни били предмет оцене Врховног суда.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1153/98, од 23. септембра 1998)

2. ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО

ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ ЗАКОНА У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ

21

1. По правилу, нови закон има ретроактивно дејство (ретроактивна примена закона) када друкчије регулише у време старог закона већ свршене (реализоване) уговорне и вануговорне (законске и друге) правне ситуације.

2. За случај трајних правних ситуација „у току дејства" које постоје делом у време важења старог а делом у време важења новог закона, нови закон се, у принципу, непосредно примењује (непосредна примена новог закона) на још „несвршена факта", почев од дана његовог ступања на снагу. На „свршена факта" примењује се стари закон, како у погледу вануговорних, тако и уговорних трајних правних ситуација, ако из закона не следи што друго.

Али, када је уговорна правна ситуација „у току дејства" регулисана диспозитивним а не императивним нормама новог закона, треба применити стари закон и у време важења новог закона (продужено дејство старог закона) ако се то не противи друштвеним интересима или ако новим законом није друкчије одређено.

3. У смислу одредаба Закона о изменама Закона о средствима и финансирању ЈНА (*Службени лист СФРЈ* број 57/89), има основа за отказ уговора о коришћењу (закупу) стана, датог из војног стамбеног фонда лицима на служби у Војсци Југославије која су до дана ступања на снагу тога закона навршила десет али мање од двадесет година те службе, ако им одлука о престанку те службе на њихов захтев није постала правноснажна до дана ступања на снагу тог закона.

Образложење:

У погледу временског важења закона, тј. транзиторног права, постоји неколико теорија, као и њима одговарајућа законодавна уставносудска и судска пракса. То су субјективна теорија стечених права, објективна теорија „свршених факата" и теорија друштвеног интереса.

Према субјективној теорији стечених права, која је владала нарочито у XIX веку, у време либерализма, а коју је прихватио и Code civil, стечена субјективна права појединца не смеју да буду повређена ретроактивношћу закона, без обзира на општи интерес. Приватна својина и аутономија воље су неповредиви.

Ова теорија није дала потпун одговор на питања временског важења закона. Она полази само од већ стечених субјективних права, а не одговара на многа питања примене закона у времену, и то у погледу примене објек-

тивног права кад субјективно право још није стечено, кад постоји само правно очекивање, правно стање, правна моћ, правни интерес, када је реч о условљеним правима, о интерпретативном закону, о конфирмативном закону (кад се новим законом оснажују по ранијем закону ништави или рушљиви правни послови или правне радње). Ова теорија не даје одговор на питање шта је са ретроактивношћу у случају када би новим законом била укинута нека форма тестамента по коме још није стечено право.

На сва ова и друга питања транзиторног права, бољи и потпунији одговор даје савремена објективна теорија „свршених факата" у комбинацији са теоријом друштвеног интереса. У центру посматрања ове теорије није више стечено субјективно право, него чињенице и околности, тј. „свршена факта" на којима се право заснива (facta praeterita) јер закон се односи на факта, на објективне правне ситуације, а не на само право.

Ова теорија раздваја ретроактивно дејство од непосредног дејства новог закона и од продуженог дејства старог закона на време после ступања на снагу новог закона. На „свршена факта" примењује се стари закон у време којег су та факта свршена, па ако нови закон регулише друкчије већ свршена факта, тек онда постоји ретроактивно дејство овог закона. Код „ситуација у току" примењује се нови закон на факта која још нису реализована, а на факта која су реализована примењује се стари закон. Овде није реч о ретроактивној него о непосредној примени новог закона. Полази се од правне ситуације која може да буде у „динамичној" и „статичној" фази. Динамична фаза односи се на настанак и престанак права. Када је једна од динамичних фаза окончана, постоји „свршени факт" на који се примењује стари закон, нпр. када је закључен брак у време и под условима прописаним старим законом. Али, ако се брак разводи у време новог закона, развешће се под условима прописаним новим законом. Такође, правна дејства која су реализована у време старог закона сматрају се „свршеним фактом" – нпр. ако лице које је било пословно способно у време старог закона (имало је деветнаест година) учини неки акт (поклон, наследничку изјаву као правну моћ), на тај акт примениће се стари закон и када нови закон пропише друге услове за пословну способност (нпр. најмање двадесет година).

Статична фаза правне ситуације значи период у коме правна ситуација траје и производи одређена правна дејства. То су „ситуације у току дејства" и на она дејства која се догађају у време новог закона на које се овај закон непосредно примењује.

Користе се појмови као што су уговорне и вануговорне правне ситуације, тренутне правне ситуације (када се њихова дејства реализују одмах и њихово дејство је истовремено са временом стицања), те трајне правне ситуације са континуираним или повременим дејством – „правне ситуације у току дејства" (facta pendentia).

Још је римско право, иако не до краја, изградило правило по коме закон делује убудуће, не дирајући у правне ситуације које су окончане у време старог закона.

Објективни метод ипак није довољно применљив, иако више од субјективног метода укључује општи интерес. Субјективни метод је водио рачуна само о појединачном интересу, претерано фаворизујући приватну својину и вољне акте појединца, а објективни метод ипак недовољно заступа општи интерес који је иначе релевантан интегрални фактор у решавању сукоба закона у времену. Наиме, теорија општег интереса полази од тога да свака

правна норма изражава хтења и потребе одређене целе друштвене заједнице, што се такође мора поштовати, како у интересу заједнице тако и у интересу појединца. У правне норме су уграђена и начела о економској и социјалној сигурности, уставности и законитости, слободе, права и дужности човека и грађанина, а теорија друштвеног интереса полази и од тих начела. Правна ситуација мора се заснивати на закону као општем акту колективне свести и потреба, а не на апстрактно схваћеној аутономији воље појединца. Следи да је прихватљива објективна теорија у комбинацији са теоријом општег интереса. Међутим, друштвени интерес мора да буде истинит, свесно прихватљив, ауторитативно утврђен и квалитативно и квантитативно ограничен, како не би водио у произвољност.

Критеријум друштвеног интереса примењује се у потпуности када је реч о законодавном акту ретроактивности који доноси законодавац (члан 117 Устава СР Југославије). У том случају треба применити ретроактивну одредбу закона онако како она гласи. Међутим, кад законодавац не прописује ретроактивност, код питања где су границе ретроактивности и неретроактивности треба поћи од принципа непосредног и принципа ретроактивног дејства закона. Границу између ова два принципа ваља утврђивати помоћу појма „свршених факата". Овај појам се односи како на факта везана за стечена субјективна грађанска, породична, лична, привредна и нека друга права, тако и на још нестечена права, на правна очекивања, правна стања, правне моћи, правне интересе, на условљена права, на интерпретативне и конфирмативне норме. Исто тако овај појам се односи како на тренутне тако и на трајне правне ситуације, како на уговорне (настале вољним актом) тако и на вануговорне правне ситуације (настале на основу закона, деликта итд.).

Само због друштвеног интереса тренутне и трајне, али свршене или реализоване, као уговорне тако и вануговорне објективне правне ситуације могу доћи под удар ретроактивног закона, тј. само је тада у питању ретроактивно дејство закона (нпр. када би нови закон и за већ отворена наслеђа – „свршене правне ситуације" – прописао да се право наслеђа стиче тек на основу решења о наслеђивању; када би нови закон продужио застарни рок и за случајеве у којима је тај рок по старом закону већ истекао; када би нови закон прогласио ништавим или рушљивим неки раније реализован неименовани уговор, са тренутним или трајним дејством, који је по старом закону био правно ваљан (по члану 177 став 2 савезног Закона о стамбеним односима из 1962, ретроактивно се одређује да се неће извршити правноснажне пресуде ако је њима одлучено на основу старог закона а супротно овом, новом закону у вези са заштићеним подстанарима, итд.).

Уз то, овде треба истаћи да неке законске одредбе по природи ствари имају ретроактивно дејство, нпр. интерпретативни закони, посебно у случају аутентичног тумачења, затим конфирмативни закони, те код условљених права кад закон предвиђа да ће право произвести дејство од почетка ако се испуни одложни услов.

Када је реч о трајним „правним ситуацијама у току дејства" које су настале у време важења старог закона али се њихово дејство протеже и на време важења новог закона, разликују се уговорне и вануговорне правне ситуације. Пошто се у уговорном праву не срећу само диспозитивне норме, него све више и когентне норме, којима се одређују границе слободе уговарања, на трајне несвршене уговорне правне ситуације „у току дејства" не

треба применити правило о продуженом дејству старог закона, него, у принципу, као и за трајне несвршене вануговорне правне ситуације, треба непосредно применити режим новог закона, али од дана његовог ступања на снагу, с тим да се признају факта која су свршена у време важења старог закона. Овде није у питању ретроактивно дејство новог закона, него је реч о његовој непосредној примени (непосредна примена новог закона). На пример, ако би нови закон о становању ограничио или проширио услове за отказ уговора о закупу стана, важио би нови закон од његовог ступања на снагу; код уговора који су потчињени статутарном делу (statut legal), као што је уговор о раду који произлази из радног законодавства, када се по новом закону мења положај радника – сагласно се мења и уговор о раду итд.

Међутим, ако трајна несвршена уговорна ситуација није интересантна са гледишта друштвеног интереса (што цени суд у сваком конкретном случају) а регулисана је диспозитивним нормама, треба применити стари закон (продужено дејство старог закона). Јер, ступајући у уговорни однос, странке имају у виду тада важећи закон и у смислу тога закона изразиле су своју вољу, што такође треба уважавати. И обрнуто, када су у питању императивне норме – нови закон, од његовог ступања на снагу, треба непосредно применити на још несвршена факта укупне правне ситуације, уз уважавање факата свршених у време важења старог закона.

У погледу вануговорних трајних правних ситуација у току, нови закон се непосредно примењује на још несвршена факта, од његовог ступања на снагу, уз уважавање факата исте укупне правне ситуације свршених у време старог закона. На пример, када је новим законом продужен застарни рок а старим законом прописани краћи застарни рок још није истекао, примениће се дужи рок по новом закону, а део рока протеклог у време старог закона урачунаће се; кад се по новом закону предвиде другачији услови за пензију, примениће се нови закон од његовог ступања на снагу, итд.

Међутим, и у вануговорним ситуацијама у току, некада се може применити стари закон и у време важења новог закона (продужено дејство старог закона), нпр. кад новим законом није могуће модификовати већ постојећу правну ситуацију; кад нови закон остави рок за примену старог закона; кад се новим законом продужава дејство старог закона ради очувања стабилности ранијих правних ситуација, итд.

У грађанској судској пракси дошло је до неусаглашених правних мишљења у примени Закона о изменама Закона о средствима и финансирању ЈНА из октобра 1989. По старом Закону из 1984. било је предвиђено (члан 49) да се лицу у ЈНА не може отказати уговор о коришћењу стана ако је у служби у ЈНА провело најмање десет година. Законом о изменама... тај рок је продужен на двадесет година. Правно је питање може ли се отказати уговор о коришћењу (закупу) стана лицу које је провело у служби више од десет а мање од двадесет година, а служба му је престала на његов захтев након ступања на снагу Закона о изменама. Позитиван одговор на ово питање даје прелазна одредба члана 2 Закона о изменама, према којој се новелирана одредба члана 49 не односи на лица којима је одлука о престанку службе престала правноснажно до дана ступања на снагу овог закона. Argumentum a contrario, на остала лица која до дана ступања на снагу овог закона нису навршила двадесет година службе и служба им је престала на њихов захтев након ступања на снагу овог закона, примењује се овај закон. То јасно следи по граматичком и логичком тумачењу закона.

Из неких пресуда следило би да судови полазе од става о стеченом праву лица која су до ступања на снагу Закона о изменама провела у служби десет година, и о ретроактивном дејству члана 2 Закона о изменама. Међутим, и у тим случајевима морала би се применити когентна прелазна одредба члана 2, јер се по објективној теорији ретроактивност односи и на стечена права као реализоване правне ситуације. Ипак, није у питању ни стечено право ни ретроактивно дејство члана 2. Наиме, одредба овог члана нема ретроактивно дејство и непосредно се примењује. Није реч о свршеној правној ситуацији, него о трајној правној ситуацији „у току дејства". До ступања на снагу Закона о изменама није свршен станарско-правни однос између даваоца стана и носиоца станарског права (закупца), нити је свршен радни однос између њих; дакле, није свршен правно релевантан факт престанка радног односа. Био је свршен само један факт, а то је десет година службе у војсци. Протеком рока од десет година службе, иако су престала ограничења станарског права, није стечено никакво право, него је само једно правно стање прешло у друго правно стање, које је подложно измени и непосредној примени новог закона. Али, тај факт не чини целу правну ситуацију у току. Стога се тај факт (време службе од преко десет а мање од двадесет година) по члану 2 признаје и урачунава, а на остала, несвршена факта (време од двадесет година службе и правноснажни престанак радног односа) непосредно се примењује члан 2 Закона о изменама од дана његовог ступања на снагу.

Према томе, ова питања треба решавати комбиновано, применом објективног критеријума и критеријума друштвеног интереса који се састоји у интенцији да се сачува војни стамбени фонд у одређеним друштвеним околностима.

Комбинована примена објективне теорије и теорије друштвеног интереса среће се, бар претежно, и у судској и у уставносудској пракси.

На крају треба истаћи да сва овде истакнута прихватљива правила о сукобу закона у времену треба у судској пракси примењивати, али ако законом није друкчије одређено.

(Закључак бр. 2/1996 са Саветовања грађанских одељења Савезног суда, Врховног војног суда, врховних судова Републике Србије и Републике Црне Горе и Вишег привредног суда у Београду, одржаног 24–26. септембра у Суботици и 4. децембра 1996. године у Београду.)

УГОВОР

22

Уговор који закључи пословно неспособно лице не производи правно дејство.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Врњачкој Бањи П. бр. 705/92, од 9. IX 1996. године, у првом ставу изреке, одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се утврди да је он у односу на тужену власник кат. парц. бр. 4114/9 КО Врњачка Бања, ливада IV класе, површине 5,33 ари, по основу одржаја, што је тужена дужна да призна и да трпи његово укњижење у катастарске књиге. У другом ставу изреке усвојен је противтужбени

захтев противтужиље, па је утврђено да је она власник спорне парцеле и противтужени се обавезује да противтужиљи дозволи (и то трпи) да поседне ову парцелу у року од 15 дана. У трећем ставу изреке тужилац је обавезан да на име трошкова парничног поступка туженој плати износ од 100 динара.

Пресудом Окружног суда у Краљеву Гж. 1526/96, од 26. XII 1997. године, одбијена је као неоснована жалба тужиоца и потврђена је пресуда Општинског суда у Врњачкој Бањи – у ставу 1 и 2 изреке. Иста пресуда се у ставу 3 укида, и предмет се враћа првостепеном суду на поновно суђење.

Против ове правноснажне другостепене пресуде тужилац је благовремено изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и због погрешне примене материјалног права.

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

У проведеном поступку није учињена битна повреда одредаба парничног поступка из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности.

У првостепеном поступку је утврђено да је, на основу оставинског решења Општинског суда у Врњачкој Бањи О. бр. 133/82, расправљена заоставштина пок. Жупац Милорада, деде тужене, а за његове наследнике су оглашени син Жупац Душан, отац тужене, који је између осталог наследио и кат. парц. бр. 4114/4 КО Врњачка Бања, у површини од 10,39 ари. Отац тужене Жупац Душан поклонио је туженој кат. парц. бр. 4114/4 по писменом уговору о поклону који је оверен код истог суда под Ов. бр. 1445/84. Тужена је продала део ове парцеле у површини од 5,06 ари Рајић Драгану у току 1988. године, па су, након цепања ове парцеле, настале две парцеле, и то: кат. парц. бр. 4114/4 у површини од 5,06 ари која је сада припала купцу Рајић Драгану, и кат. парц. бр. 4114/9 у површини од 5,33 ара која је спорна међу странкама. Надаље је утврђено да је дана 17. фебруара 1982. године пред истим судом закључен уговор о купопродаји који је оверен под Ов. бр. 199/82, и то између сада пок. Жупац Милорада као продавца, с једне стране, и тужиоца као купца, с друге стране, а предмет уговора је био део кат. парц. бр. 4114/4 у површини од 5,40 ари, с тим што је међу странкама неспорно да се ради о кат. парц. бр. 4114/9 у површини од 5,33 ара – који број је парцела добила након цепања. У поступку након закључења уговора о купопродаји, продавца је заступао унук Жупац Владимир, а купца Цалић Радомир. Тужена је у току поступка оспорила да је Жупац Милорад потписао пуномоћје свом унуку, па је првостепени суд извео и доказе на основу вештачења – вештак графолог је утврдио да сада пок. Милорад није потписао пуномоћје, те да је оно фалсификовано. Поред тога, утврђено је да Жупац Милорад није имао ни пословну способност да закључи такав правни посао јер он, на основу мишљења вештака неуропсихијатра, није могао правилно да расуђује и да доноси одлуке које би биле пуноважне пошто је био болестан од закречавања крвних судова, а као последица те болести јавио се и шлог са одузетошћу десне стране.

Према овако утврђеном чињеничном стању које се ревизијом не може побијати, нижестепени судови су правилно применили материјално право. Наиме, како је јасно утврђено да је у поступку закључења уговора о купопродаји продавца заступао унук Жупац Владимир, а вештачењем графолога утврђено је да му сада пок. Милорад није потписао пуномоћје, те да је оно

фалсификовано – то су судови правилно закључили да пуномоћје не испуњава услове из чл. 90 Закона о облигационим односима, па ни овај уговор о купопродаји не испуњава форму у смислу чл. 4 Закона о промету непокретности, тако да ни тужилац нема правног основа за стицање спорне непокретности. Поред тога, утврђено је да сада пок. Жупац Милорад није имао ни пословну способност да закључи купопродајни уговор, а на основу чл. 56, ст. 1 ЗОО, за закључење пуноважног уговора потребно је да уговорник има и пословну способност, па су судови правилно одлучили да је противтужбени захтев тужене – противтужиље основан, те да је она власник кат. парц. бр. 4140/9 на основу уговора о поклону Ов. бр. 148/84, којим јој је отац Жупац Душан поклонио спорну непокретност а коју је он наследио од Жупац Милорада по основу расправљања заоставштине у поступку О. бр. 133/82, где је оглашен за наследника.

Нису основани наводи ревизије тужиоца о погрешној примени материјалног права јер се они исцрпљују у погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном стању, а ревизија се из ових разлога не може изјавити на основу чл. 385, ст. 3 ЗПП, па стога нису ни били предмет оцене Врховног суда.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3055/98, од 17. јуна 1998)

23

У случају раскида уговора, страна која је имала користи од онога што је добила делимичним извршењем сауговорникове обавезе, дужна је да исплати накнаду за те користи.

Из образложења:

Првостепеном пресудом Општинског суда у Варварину П. 232/97 од 26. V 1997. године, тужени је обавезан да исплати тужиоцу динарску противвредност за 1.666 DM по курсу на дан исплате, са затезном каматом на тај износ од 20. VIII 1996. до исплате, и 1.890 динара на име трошкова спора.

Окружни суд у Крушевцу је другостепеном пресудом потврдио првостепену пресуду у делу о главној ствари и о трошковима спора, а туженог је обавезао да тужиоцу на динарску противвредност за 1.666 DM исплати домицилну камату од 20.VIII 1996. до исплате, у динарској противвредности на дан исплате.

Против другостепене пресуде тужени је благовремено изјавио ревизију због битних повреда одредаба ЗПП и због погрешне примене материјалног права, те је предложио да се другостепена и првостепена пресуда укину и предмет врати првостепеном суду на поновно суђење.

Испитујући побијану другостепену пресуду у смислу одредбе чл. 386 ЗПП, Врховни суд налази да ревизија туженог није основана.

Правилно је другостепени суд применио материјално право када је на основу утврђеног чињеничног стања у току првостепеног поступка потврдио првостепену пресуду за досуђену главницу и трошкове спора, као и када је тужиоцу на досуђену главницу досудио домицилну камату у динарској противвредности по курсу на дан исплате. Битних повреда одредаба ЗПП које могу бити основ за побијање другостепене пресуде, у ревизијском поступку нема.

У току поступка пред првостепеним судом, утврђено је да су парничне странке у децембру 1995. године закључиле уговор према којем је тужилац преузео обавезу да од материјала туженог уради електроинсталације у згради туженог, уз договорену цену од 10 DM по сијаличном месту. Приликом закључења уговора, тужилац је на име капаре примио од туженог 200 DM. У току извођења радова дошло је до раскида уговора јер су се међусобни односи странака пореметили. Тужилац у овој правној ствари потражује од туженог вредност изведених радова.

На основу налаза и мишљења вештака, првостепени суд је утврдио да је тужилац извршио уговорене радове од 70%, те када се од вредности радова за 258 сијаличних места одбије примљена капара од 200 DM и изврши умањење уговорене вредности радова и вредност радова сведе на стварно извршених 70%, тада се долази до потраживања тужиоца према туженом по изнетом основу у износу од 1.666 DM.

На основу ових чињеница, правилан је правни закључак нижих судова да тужилац основано од туженог по изнетом основу потражује досуђени износ од 1.666 DM у динарској противвредности са домицилном каматом.

Наиме, у току поступка, на несумњив начин је утврђено да је између странака закључен уговор, који је у току извршења раскинут, па због раскида уговора треба извршити реституцију, уколико је то могуће; а уколико то није могуће, друга страна дужна је да раскидом уговора врати еквивалент у новцу. Такав закључак произлази из одредбе чл. 132, т. 4 ЗОО.

Према томе, како је уговор о делу између странака раскинут, то је тужени дужан да тужиоцу поврати, односно исплати вредност изведених радова у новцу, а вредност тих радова утврђена је у току поступка пред првостепеним судом на основу налаза и мишљења вештака.

Наводи које тужени истиче у ревизији не могу довести у питање правилност побијане другостепене пресуде.

На правилност побијане другостепене пресуде нема значаја колико је тужени платио да би се радови довршили након што је уговор раскинут. Такав захтев тужилац није поставио у току поступка пред првостепеним судом до закључења главне расправе, а за такав захтев била би релевантна кривица за раскид уговора. Такав чињенични основ није постављен у тужби, а утврђено је да је између странака уговор раскинут, дакле, не кривицом једне странке већ због међусобно поремећених односа странака.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 5023/98, од 18. новембра 1998)

ПИСМЕНА ФОРМА УГОВОРА О ПРОДАЈИ НЕПОКРЕТНОСТИ

24

1. Писмена форма уговора о продаји непокретности услов је његове пуноважности, па не постоји могућност конвалидације неформалних (усмених) у целини или претежно извршених уговора о промету непокретности.

2. Кад је испуњен уговор о промету непокретности који није закључен у прописаној форми у целини или у претежном делу, суд неће уважити захтев

за реституцију, ако то захтева уговорна страна која је онемогућила закључење уговора у прописаној форми, или ако би реституција била супротна начелима савесности и поштења и добрих обичаја.

3. Кад се дозволи реституција онога што су странке примиле по основу уговора који не производи правно дејство, примениће се правило истовременог испуњења, уз начело једнаке вредности узајамних давања у време доношења судске одлуке.

Реституција ништавог уговора о промету непокретности одређује се према тржишним ценама које владају у време доношења судске одлуке, са затезном каматом од дана пресуђења па до исплате.

Образложење:

1. Закон о облигационим односима прихвата савремени принцип уговорног права, по коме се уговори закључују простом сагласношћу воља. То значи да странке своју вољу могу испољити усмено или писмено, као и поступцима којима се посредно или непосредно испољава правно релевантна воља. Треба рећи да постоје различите врсте форми, али је најчешћа писмена форма уговора. Члан 70 Закона о облигационим односима у ставу 1 предвиђа да уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа одређене форме не произлази што друго. Ставом 2 овог члана изриче се правило о обавезности уговорне форме. Уговор који није закључен у уговорној форми и нема правно дејство уколико су странке пуноважност уговора условиле посебном формом. Санкција недостатка форме у извесном смислу је коригована одредбом члана 73 Закона о облигационим односима према коме се уговор за чије се закључење захтева писмена форма сматра пуноважним иако није закључен у тој форми, ако су уговорне стране извршиле у целини или претежном делу обавезе које из њега настају, осим ако из циља због кога је форма прописана не произлази што друго. Закон о промету непокретности СР Србије и Републике Црне Горе предвиђају као услов пуноважности уговора о промету непокретности писмену форму уговора. То значи: када уговор о промету непокретности није закључен у предвиђеној форми, испуњење обавеза из уговора је без утицаја на његову конвалидацију.

Према члану 455 Закона о изменама и допунама Закона о облигационим односима (*Службени лист СРЈ* број 31, од 18. јуна 1993), уговор о продаји непокретних ствари мора бити закључен у писменој форми, под претњом ништавости.

Писмена форма уговора о продаји непокретности предвиђена је за све врсте непокретности. Новина у овом члану садржана је у пропису по коме је изричито предвиђено да се писмена форма мора поштовати „под претњом ништавости". Из овога би се могло закључити да се мисли на апсолутну ништавост. Очигледно је да се формом уговора о купопродаји непокретности првенствено штити јавни интерес. У овом случају, странке не би могле да игноришу императивну законску норму и да извршењем својих обавеза покрију недостатак једног захтева који је од стране законодавца постављен са циљем да се у првом реду заштите одговарајући јавни интереси, те се не би могла дозволити конвалидација извршењем неформално закљученог уговора (усменог уговора о купопродаји непокретности) – због тога што би то практично значило да се когентни прописи о форми, којом се штите одређени јавни интереси, не би поштовали.

2. Код уговора који није сачињен у писменој форми а испуњен је у целини или у претежном делу у складу са слободном вољом уговорника, спор који затим настаје између странака није спор о уговору и његовом дејству, већ о враћању онога што је дато по основу уговора који није сачињен у законом прописаној форми. Суд ће одбити захтев странке ако утврди да је она онемогућила закључење уговора у законом прописаној форми или ако би реституција била супротна начелима савесности и поштења и моралног схватања друштва.

Према правним правилима грађанског права и одредбама Закона о облигационим односима, утврђена је обавеза суда да – приликом одлучивања о захтевима о реституцији датог, по уговорима који нису сачињени у законом прописаном облику, ако су ништави – води рачуна о савесности једне, односно обе странке, о значају друштвених интереса који се угрожавају и о моралним схватањима друштва, што значи да несавесна страна не може тражити повраћај добровољно датог само због тога што уговор није сачињен у законом прописаном облику.

3. Одредба члана 104, став 1 Закона о облигационим односима предвиђа да је у случају ништавости уговора свака уговорна страна дужна да врати другој све оно што је примила по основу таквог уговора, а ако то није могуће, или ако се природа оног што је испуњено противи враћању, треба дати одговарајућу накнаду у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке, уколико закон што друго не одређује. Реституција значи успостављање у имовини уговорних страна оног стања које је било пре закључења ништавог уговора. Када је реч о ништавом уговору, то се у начелу постиже тако што купац враћа ствар која је предмет уговора, а продавац цену. Приликом одлучивања о реституцији, суд је дужан да води рачуна о савесности страна уговорница, а дужан је да примени правило истовременог испуњења, односно враћања датог и једнаке вредности узајамних давања утврђених у време доношења судске одлуке.

(Закључак бр. 3/1996 са Саветовања грађанских одељења Савезног суда, Врховног војног суда, врховних судова Републике Србије и Републике Црне Горе и Вишег привредног суда у Београду, одржаног 24–26. септембра у Суботици и 4. децембра 1996. године у Београду.)

ФОРМА ПУНОМОЋЈА

24

Форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао, важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла.

Из образложења:

У току поступка је утврђено да је у 1981. години између тужене, као даваоца издржавања, и сада покојног примаоца издржавања закључен уговор о доживотном издржавању. За тужену, као даваоца издржавања уговор је потписао адвокат, као пуномоћник, а пуномоћје је оверено пред генералним конзулатом СФРЈ у Чикагу.

Према одредби члана 117 Закона о наслеђивању, који је тада био на снази, уговор о доживотном издржавању мора бити састављен у писменом облику и оверен од судије, који је дужан да пре овере прочита уговор уговорницима и упозори их на последице уговора.

Посебна је форма прописана за закључење овог уговора, а према члану 90 Закона о облигационим односима, форма прописана законом за неки уговор или правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла. Кад пуномоћје за потписивање оваквог уговора није оверио судија, него службеник конзулата, произлази да ни форма за закључење уговора о доживотном издржавању није задовољена, те нижестепени судови правилно налазе да је, у смислу члана 103 ЗОО, овај уговор ништав правни посао, јер је противан принудним прописима.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 5063/97, од 17. децембра 1997)

ФОРМА УГОВОРА О ЗАКУПУ

25

Не постоје законски услови да тужена преда тужиоцу у посед спорни пословни простор, будући да између парничних странака није закључен уговор о закупу у писменој форми, како су се споразумеле, што је, према одредби члана 69, став 1 Закона о облигационим односима, услов пуноважности њиховог 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, између 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 тужиоцу даје у закуп наведени локал. У закључку је наведено да је предметни пословни простор намењен за пружање специјалних туристичких услуга, банкарских, угоститељских, 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, наведено је да је најповољнији понуђач дужан да у року од три дана закључи уговор о закупу, као и да одмах по јавном надметању плати законодавцу 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 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, 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 овог утврђења, првостепени суд стао је на становиште да није било услова за поништај јавног надметања, налазећи да је ово у свему обављено према одредбама Одлуке о давању у закуп пословног простора на коме 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 у супротном, предаја поседа нема правни основ. Сем тога, ови судови сматрају да је, на основу одредбе члана 5, став 3 Одлуке о давању у закуп пословног простора на коме је носилац права коришћења Општина Сомбор, комисија овлашћена само да проводи јавно надметање, а не и да својим закључком издаје тужиоцу у закуп локал. За то је 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 стао је на супротно становиште, налазећи да постављени редослед истакнутих тужбених захтева није могао бити основан разлог за одбијање примарног тужбеног захтева. Он сматра да је, на основу одредбе члана 26, у вези са чланом 39, став 1 Закона о облигационим односима, прихватањем тужиочеве понуде као најповољније, између странака закључен пуноважан уговор о закупу, и то простом сагласношћу воља о битним састојцима уговора на јавном надметању, истичући да за пуноважност оваквог уговора није потребна писмена форма која се као услов пуноважности може само законом прописати или установити вољом странака (члан 69, став 1 и 3 ЗОО).

Наведено становиште савезног државног тужиоца не може се прихватити.

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, због тога што није одлучено о свим захтевима изза оног који је усвојен, пресуда се не може побијати.

Судови у побијаним пресудама правилно оцењују да не постоје законски услови да тужена преда тужиоцу у посед спорни пословни простор, будући да између парничних странака није закључен уговор о закупу у писменој форми, прописан одредбом члана 9 Одлуке о давању у закуп пословног простора (*Сл. лист Општине Сомбор* бр. 9/93), о чему су дали јасне и потпуне разлоге, 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 пошто странке ту форму нису уговориле, нити је ова изричито наведена у условима конкурса. Ово због тога што је оглас на који се тужилац као лицитант пријавио, 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 три дана од дана одржаног надметања, са закуподавцем закључи уговор о закупу) па до одласка код тужене са намером да закључи такав уговор, 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 закључења уговора испуњењем одређене форме даје том уговору формални карактер, а тиме и његову пуноважност.

(Пресуда Савезног суда Гзс. бр. 36/97, од 25. септембра 1997)

ФОРМА УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

26

Према одредби члана 122, став 4 и 5 Закона о наслеђивању (Службени лист ФНРЈ бр. 20/55), који је важио у време закључења уговора, уговор о доживотном издржавању мора бити састављен у писменом облику и оверен од судије, а приликом овере судија је дужан да исти прочита и упозори уговорнике на последице уговора, па спорни уговор не производи правно дејство јер није сачињен сходно наведеној законској одредби, нити по сада важећим одредбама новог Закона о наслеђивању.

Из образложења:

Предмет овог спора је тужбени захтев тужиље за утврђење права својине на кат. парцели бр. 1613/2 – њива „Доње поље" са 17 ha, 13 ари и 46 m^2 и кат. парцели бр. 2471/2 – њива „Ливаде" са 96 ари и 77 m^2 уписаним у поседовном листу КО Ботош, по основу усменог уговора о доживотном издржавању који је тужиља закључила 1960. године са сада пок. Миланом Илијашевим и Бојаном Илијашев, рођеном Брацић.

Полазећи од утврђеног чињеничног стања, које се ревизијом не може побијати, а које се и не побија, и према коме уговор о доживотном издржавању који је тужиља закључила није састављен у писменом облику и оверен од судије, Врховни суд налази да је правилном применом материјалног права одбијен тужбени захтев тужиље, којим је тражила да се утврди да је по основу усменог уговора о доживотном издржавању власник спорног земљишта, а дате разлоге за ову одлуку, као правилне, потпуне и основане, прихвата и овај суд.

Наиме, према одредби члана 122 став 4 и 5 Закона о наслеђивању (*Службени лист ФНРЈ* бр. 20/55), који је важио у време закључења уговора, уговор о доживотном издржавању мора бити састављен у писменом облику и оверен од судије, а приликом овере судија је дужан да исти прочита и упозори уговорнике на последице уговора. Стога, уговор о доживотном издржавању,

уколико га је тужиља 1960. године и закључила са сад пок. Миланом и Бојаном Илијашев, не производи правно дејство јер није сачињен сходно наведеној одредби Закона о наслеђивању који је важио у време закључења уговора, као и сада важећим одредбама Закона о наслеђивању, па је зато правилно примењено материјално право када је одбијен тужбени захтев тужиље да се утврди да је власник кат. парцела бр. 1613/2 и 2471/2 КО Ботош, с обзиром да не постоји пуноважан правни основ потребан за стицање права својине на истима.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 4546/97, од 17. фебруара 1998)

ПРАВО ПОВЕРИОЦА НА ПОТПУНУ НАКНАДУ ШТЕТЕ КОД НОВЧАНИХ ПОТРАЖИВАЊА

27

I. Новчана потраживања настала пре 3. јула 1993. године

1) Када је због високе инфлације обезвређен број новчаних јединица на који обавеза гласи, повериоцу припада, сагласно начелу једнаких вредности узајамних давања, валоризовани износ по стопи раста цена на мало према подацима надлежног савезног органа за послове статистике, ако законом или уговором није друкчије предвиђено.

Валоризација важи под условом да поверилац није у целини обезбеђен уговорном индексном клаузулом или на други начин. Ако је делимично обезбеђен, валоризација важи и за необезбеђени део.

2) Када је новчана обавеза валоризована са 3. јулом 1993. године, повериоцу припада затезна камата само од тога дана до исплате.

3) Од дана падања дужника у доцњу, уместо валоризације новчане обавезе на наведени начин, ако штету због доцње не покрива затезна камата, поверилац може да тражи разлику до потпуне накнаде штете на основу члана 278, став 2 ЗОО. Штета се може састојати у губитку вредности одређене ствари, коју поверилац, услед доцње дужника, није могао да прибави; у губитку камате на штедњу; или у каквом другом губитку.

II. Новчано потраживање настало после 3. јула 1993. године

У случају из тачке I, поверилац има право на валоризовани износ новчаних потраживања насталих после 3. јула 1993. године, почев од настанка обавезе до дана падања дужника у доцњу, а од тог дана и на затезну камату на тај износ, ако почетак затезне камате није другачије одређен законом за поједине правне основе новчаног потраживања.

Повериоцу припада затезна камата на валоризовани износ од дана са којим је валоризација извршена, ако законом није друкчије одређено.

III. Када новчана обавеза гласи на страну валуту

Ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страној валути али се исплата по закону мора извршити само у динарима, суд ће дужника обавезати на исплату динарске вредности износа стране валуте по најповољнијем курсу

по коме пословне банке у месту плаћања на дан исплате скупљају ефективну страну валуту.

Образложење:

I

1) Закон о облигационим односима прописује: кад обавеза има за предмет своту новца, дужник је дужан да исплати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, изузев кад закон одређује што друго (члан 394). Тиме је, у ствари, прописано начело монетарне вредности новца, које се примењује на новчане обавезе (ЗОО се у принципу определио за начело монетарног номинализма, а не валоризма). Међутим, то начело нема апсолутни карактер, самим тим што је ограничено за случај „кад закон наређује што друго". Ограничења су предвиђена у низу прописа ЗОО (члан 104, став 1; члан 133; члан 139, став 2; чл. 563, 636, 637, 639, новелирани члан 395 итд.). У функцији затезне камате је и покривање инфлације, раније у незнатном делу, а по новом Закону о висини затезне камате (*Службени лист СРЈ* број 32/93) у целини. Овај закон је ступио на снагу 3. јула 1993. године и нема ретроактивно дејство. Штетно дејство монетарног номинализма у условима високе инфлације може се отклонити уговарањем индексне клаузуле, која је брисањем члана 396 ЗОО дозвољена, те уговарањем клизне скале (члан 397 ЗОО). Поред начела монетарног номинализма постоје и друга начела облигационог права, која такође треба поштовати. Под притиском инфлације и обавезе законите судске заштите, судска пракса је у неким ситуацијама одавно валоризовала новчане обавезе (нпр. код враћања цене због ништавости уговора о продаји непокретности, код враћања накнаде за експроприсану непокретност за случај деекспропријације, и др.).

Економски услови у свету, а код нас и посебни услови након увођења економских санкција, несумњиво су утицали да дође до велике промене унутрашње вредности новца, до високе инфлације, чиме је поремећено начело једнаких вредности узајамних давања и чиме су повериоци доведени у положај стране која трпи велике губитке. Превладало је мишљење да правилима индексне клаузуле, коју је закон новелом прихватио, треба успоставити равнотежу једнаких вредности узајамних давања (члан 15 ЗОО). Тиме би се у великој мери остварила и начела равноправности учесника у облигационом односу (члан 11 ЗОО), савесности и поштења (члан 12 ЗОО) и свих других основних начела Закона о облигационим односима.

У основи, законодавац је изменом и допуном ЗОО и Законом о висини стопе затезне камате, правилима индексне клаузуле дозволио валоризам. Стопа раста цена на мало, према томе, мерило је висине валоризованог износа, по подацима надлежног савезног органа за послове статистике, ако законом или уговором није друкчије предвиђено. Сагласно начелу једнаких вредности узајамних давања, валоризација важи под условом да поверилац није у целини обезбеђен уговореном индексном клаузулом или на други начин; а ако је делимично обезбеђен, валоризација важи само за необезбеђени део.

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 дана, све до исплате – постоје разлози да се за све то време повериоцу призна право на валоризацију новчаног потраживања, и онда када би поверилац имао право на накнаду штете од настанка доцње до исплате (по члану 278, став 2 ЗОО). Ово се односи на новчане обавезе настале и доспеле пре 3. јула 1993. као дана

ступања на снагу Закона о висини стопе затезне камате, којим се, за разлику од до тада важећег закона предвиђа висине затезне камате која треба да покрива инфлацију са плус 1,2%.

2) За случај да је новчана обавеза валоризавана са 3. јулом 1993. године, повериоцу припада затезна камата само од тога дана до исплате. Иначе, поверилац нема право на затезну камату за време до дана са којим 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 између повериоца и дужника, дужници на већ успостављени валоризам не би могли бити оптерећени и каматом до дана са којим је валоризација извршена (слично као код камате на накнаду нематеријалне штете, као и на накнаду материјалне неновчане штете, која почиње да тече од дана пресуђења као дана валоризовања штете).

3) ЗОО прописује да поверилац има право на затезну камату, без обзира на то да ли је претрпео какву штету због дужникове доцње (члан 278, став 1). 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 (члан 278, став 2 ЗОО). Према томе, уместо валоризације новчане обавезе на наведени начин, поверилац има право да од дана падања дужника у доцњу, ако штету због доцње не покрива затезна камата, тражи разлику до потпуне накнаде штете (на основу члана 278, став 2 ЗОО). 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.

II

Ако је новчано потраживање доспело после 3. јула 1993. године, поверилац има право, као и у случају из тачке I, на валоризовани износ новчаног потраживања, почев од настанка обавезе до дана падања дужника у доцњу, односно од дана настанка обавезе до дана престанка високе инфлације, ако би оваква инфлација престала пре настанка доцње. Ово из разлога што од дана доцње поверилац има право на затезну камату на валоризовани износ која према очекивању покрива инфлацију, и то само ако за почетак затезне камате, законом за поједине правне основе новчаног потраживања, није друкчије одређено. Камата на валоризовани износ повериоцу припада од дана када је валоризација извршена.

III

Исти разлози који су наведени за валоризам када су у питању новчане обавезе по члану 394 ЗОО и који ублажавају строго дејство монетарног номинализма, морали би важити и када је у питању обавеза предвиђена у злату или страној валути. Утврђивање динарске вредности износа стране валуте по најповољнијем курсу који буде важио на дан исплате, по коме пословне банке у месту плаћања (члан 320 ЗОО) откупљују ефективну страну валуту, такође је у складу са начелом једнаке вредности. То је највиши курс (ако их има више у месту плаћања) по коме пословне банке, без обзира на својински састав капитала, овлашћено откупљују страну валуту. Важећи курс на дан исплате суд утврђује прибављањем одговарајућег извештаја, или на други начин.

Закључак број 1/93, са образложењем, објављен је у *Збирци судских одлука* Савезног суда (књига 16, 17 и 18, свеска 1-3 за 1991-1993. годину).

Као што из наведеног следи, закључцима из 1996. године учињене су измене и допуне Закључака од 16. и 17. новембра 1993.

Ad 1.

Измена се у првом реду састоји у томе што се брише временска разлика пре и после 3. јула 1993. године као дана доношења тада новог Закона о висини стопе затезне камате, чија је претензија била да се самом његовом применом врши валоризација новчаних потраживања. Како до тога није дошло јер су тек након његовог ступања на снагу па до 24. јануара 1994. године наступили највећи инфлаторни удари, било је потребно да се наведена временска разлика брише, тако да се Закључак из 1993. године, који се односио на време до 3. јула 1993, односи и на време од тога дана па до 24. јануара 1994, када су ступиле на снагу нове, успешне економске мере.

Ad 2.

Допуна се састоји у томе што се повериоцу за тај период (од 3. јула 1993. до 24. јануара 1994. године), у случају доцње, поред валоризованог износа потраживања признаје и 1,2% од прописане камате. То у циљу потпуније еквивалентности, с обзиром на изузетно високу инфлацију и на начин израчунавања пораста стопе цена на мало.

Ad 3.

Након усвајања Закључка од 16. и 17. новембра 1993. године, у судској пракси су се појавили различити начини израчунавања стопе пораста цена на мало у циљу ревалоризације, што је понекад доводило до одступања од начела еквивалентности, па је судска пракса, укључујући и праксу Савезног суда и врховних судова, основано прихватила и друге методе валоризације. Основано због тога што је суштина закључака у томе да се кроз валоризацију, односно накнаду штете по члану 278, став 2 Закона о облигационим односима, постигне остварење начела еквивалентности узајамних давања. Из тих разлога је прихваћена и ова допуна. Овде треба нарочито подвући да у сваком конкретном случају треба водити рачуна да се створи начело еквивалентних узајамних давања.

Ad 4.

Становиште садржано у овој тачки заснива се на чињеници да је висока инфлација отклоњена доношењем економских мера од 24. јануара 1994. године. Наиме, начин обрачунавања индексне цене на мало снима се према стандардној методологији до 21. у месецу за текући месец, а примењује се од првог до последњег дана у месецу. Дакле, с обзиром на методологију утврђивања индекса раста цена на мало у појединим месецима, постоји несклад између времена у којем се прати раст цена на мало (од 21. у претходном до 21. у текућем месецу) и времена на које се тако утврђена стопа раста цена на мало примењује (за календарски месец). Како је посебно од 21. до 24. јануара 1994. године дошло до изузетно великог раста цена на мало, то је тај период ушао у обрачун раста цена на мало за месец фебруар 1994, с обзиром на наведену прописану методологију утврђивања индекса раста цена на мало. Према подацима Савезног завода за статистику, стопа раста цена на мало у фебруару 1994. године износила је 2.288,9%, односно, била је виша 22 пута.

Граматички, према правном ставу из Закључка, па и методологији израчунавања, поверилац би имао право да од дана падања дужника у доцњу, за све време од дужника тражи валоризовани износ главнице према стопи раста цена на мало.

Међутим, такав начин израчунавања висине накнаде штете оправдано се не може применити и за фебруар 1994. године, јер је од почетка примене новог економског програма, тј. од 24. јануара 1994, а посебно до краја марта 1994. године, дошло до стабилизације цена, односно у том периоду није дошло до раста цена на мало. То је био разлог због којег је – у Закону о висини стопе затезне камате за период од 24. јануара 1994. године до дана када савезна организација надлежна за послове статистике објави месечне коефицијенте раста цена на мало за март 1994. године – затезна камата прописана по стопи од 15% годишње, за разлику од претходног периода за који је у члану 1 утврђена висина стопе затезне камате у висини раста цена на мало, увећана за фиксну стопу 1,2% месечно.

Због тога, у наведеном периоду поверилац има право на 15% камате на годишњем нивоу.

Међутим, коефицијенти који се користе у Правилнику о начину ревалоризације и разграничења расхода финансирања имају сасвим другу сврху и циљ, и користе се искључиво за потребе ревалоризације, сагласно одредбама Закона о рачуноводству. Према томе, у привредним споровима и другим споровима за утврђивање висине потраживања, по члану 278 ЗОО не користе се коефицијенти (кориговани коефицијенти), објављени за потребе ревалоризације по Закону о рачуноводству, односно по Правилнику о начину ревалоризације и разграничавања расхода финансирања.

Ad 5.

Становишта садржана у овој тачки заснивају се на начелном ставу заузетом на Заједничкој седници Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 26. и 27. октобра 1988. године, под насловом „Обим накнада штете и сума осигурања", која гласи:

„1. Обавеза заједнице осигурања, по 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 коме се утврђује обим одговорности заједнице осигурања обрачунава се тако што се новчана штета узима у износу у коме је настала, а неновчана материјална штета и нематеријална штета утврђује 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 и кад висина штете према ценама, односно критеријумима у време судске одлуке, прелази износ осигуране суме.[1] Ако је износ штете утврђен на начин из претходног става

1 Образложења за ове начелне ставове нису објављена.

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 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."

Пошто је и овај начелни став везан за инфлаторна кретања, а тиме нису обухваћене ситуације када је у питању накнада штете у виду будуће ренте и када је у питању захтев оштећеног за измену раније досуђене ренте због промењених околности, доследно томе начелном ставу утврђена су становишта у тачки 5 Измена и допуна Закључака. Заузимање другчијих становишта противило би се томе начелном ставу и начелу еквивалентности.

(Закључак бр. 1/1996 са Саветовања грађанских одељења Савезног суда, Врховног војног суда, врховних судова Републике Србије и Републике Црне Горе и Вишег привредног суда у Београду, одржаног 24–26. септембра у Суботици и 4. децембра 1996. године у Београду, којим је измењен и допуњен Закључак бр. 1/1993 са Саветовања у Београду од 16. и 17. новембра 1993).

ВАЛОРИЗАЦИЈА НОВЧАНОГ ДУГА

28

У случају кад је због високе инфлације обезвређен број новчаних јединица на који обавеза гласи, тада, сагласно начелу једнаких вредности узајамних давања, поверилац има право на валоризовани износ по стопи раста цена на мало, уколико законом или уговором није другчије утврђено. Валоризација важи под условом да поверилац није у целости обезбеђен уговореном индексном клаузулом или на други начин.

Из образложења:

Тужиочево потраживање у овој парници односи се на исплату валоризованог износа новчане накнаде, по полисама осигурања, за случај инвалидности као последице 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 обезвређена због високе стопе инфлације.

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: кад обавеза има за предмет своту новца, дужник је дужан да исплати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, изузев кад закон одређује што друго. Када је због високе инфлације обезвређен број новчаних јединица на који обавеза гласи, 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 уговореном индексном клаузулом или на други начин; ако је делимично обезбеђен, валоризација важи за необезбеђени део. Када је новчана обавеза валоризована са 3. јулом 1993. године, повериоцу припада затезна камата само од тога дана до исплате.

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 дана, до исплате – постоје разлози да се за све то време повериоцу призна право на валоризацију новчаног потраживања, и онда када би поверилац имао право на накнаду штете од настанка доцње до исплате (чл. 278, ст. 2 ЗОО). Ово се односи на новчане обавезе настале и доспеле пре 3. јула 1993. као дана ступања на снагу Закона 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%.

За случај да је новчана обавеза валоризована са 3. јулом 1993. године, повериоцу припада затезна камата само од тога дана до исплате. Иначе, поверилац нема право на затезну камату за време до дана са којим 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 између повериоца и дужника, дужници на већ успостављени валоризам не би могли бити оптерећени и каматом до дана са којим је валоризација извршена.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 4972/93, од 2. фебруара 1994)

ИСПЛАТА ДУГА

29

Дужник који понудом исплате дуга стави повериоца у доњу, није тиме учинио све што је у властитом интересу требало да учини да би се ослободио обавезе, јер је новац могао уплатити путем поште или га депоновати код суда.

Из образложења:

У првостепеном поступку је утврђено да су странке учесници уговора о заједничкој куповини путничког возила, према којем су се уговорници споразумели да заједничким средствима купују сваког месеца по једно возило, а да редослед предаје возила врше по ранг листи коју ће утврђивати жребом. Према том уговору, сваком учеснику уговора одбија се сваког месеца од личног дохотка износ који представља тридесети, односно двадесет девети део, кад је један од учесника умро, од купопродајне цене према вредности возила на дан испоруке. Утврђено је да је тужилац туженом исплатио свој део, а тужени није свој део исплатио када је тужилац дошао на ред.

Према овако утврђеном чињеничном стању, правилно је примењено материјално право када је захтев тужиоца усвојен као основан.

Утврђене чињенице да је тужилац по редоследу на име куповине аутомобила туженом исплатио свој део, а тужени то тужиоцу није узвратио када је он дошао на ред, несумњиво указују на непоштовање уговорне обавезе од стране туженог. Тужени јесте нудио тужиоцу новац у динарима, што је ту-

жилац одбио да прими, јер у моменту када је био на реду, произвођач аутомобила уплату није примао у динарима већ само у девизама. Међутим, та чињеница ипак не ослобађа туженог од уговорне обавезе према тужиоцу.

Наиме, када између уговорника дође до неспоразума око начина извршења обавезе, као што је била међу овим 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 извршења уговора. То значи да се тужени у односу на тужиоца могао ослободити своје уговорне обавезе и позивати се на поверилачку доцњу само да је са своје стране предузео све 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 П. 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)

ЗАМЕНА ИСПУЊЕЊА

30

Одлуком суда не може се вршити замена предмета испуњења уговорне обавезе, јер то право имају искључиво стране уговорнице.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу првостепеног суда, на којем се заснива и побијана другостепена пресуда, произлази да су тужиоци са првотуженикoм, дана 30. октобра 1980. године, закључили уговор о уступању на коришћење неизграђеног земљишта у друштвеној својини, уз накнаду, ради изградње кућа 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 да 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, 1983/1984. године, 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 на коришћење, уступе друге две парцеле на коришћење.

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, нечињење, и др.

Парничне странке могу само сагласношћу својих воља да изврше измену појединих одредаба уговора, да траже извршење уговора или раскид уговора уз евентуалну накнаду штете.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 4197/93, од 15. децембра 1993)

ДОЦЊА ПРОДАВЦА АУТОМОБИЛА

31

Предузеће које се бави продајом аутомобила што их је произвео неко други, једино је одговорно за штету због доцње у испоруци аутомобила. Произвођач аутомобила нема својство уговорне стране и стога не може бити одговоран солидарно са продавцем.

Из образложења:

Према сагласном утврђењу судова, првотужени је као продавац путничког аутомобила, који је друготужени произвео, испоручио тужиљи продато јој возило 90 дана по истеку уговореног рока. За време доцње до испоруке возила, 12. октобра 1988. године, обрачуната камата на уговором унапред плаћену цену износи 335,20 динара. При таквим околностима судови нису законито поступили када су на изложени начин уважили захтев тужиље и према друготуженом.

Првотужени је по спорном уговору продао тужиљи путнички аутомобил који је друготужени само произвео. То значи да друготужени није уговорна страна у том уговору, па на основу одредаба чл. 148, став 1, у вези са чланом 262, став 2 Закона о облигационим односима (*Сл. листи СФРЈ* бр. 29/78), није у обавези да тужиљи плати спорни износ као накнаду уговорне штете због доцње првотуженог као продавца са испоруком продатог аутомобила. Следом тога, ревизија друготуженог морала је бити уважена на основу одредаба члана 395, став 1 Закона о парничном поступку, на начин одређен изреком ове пресуде.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 4203/93, од 15. децембра 1993)

ОДГОВОРНОСТ – УСЛОВИ

32

За штету која је проузрокована искључивом кривицом возовође и кочничара одговара Јавно железничко транспортно предузеће у коме су запослени. Када су у време настанка штете запослени били осигурани, осигуравајуће друштво има солидарну обавезу да накнади штету коју су оштећени претрпели.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Новом Саду П. 1721/94 од 22. II 1995. године, делимично је усвојен тужбени захтев тужилаца и обавезани су првотужени и друготужени да првотужиоцу Цветнић Јовану, на име накнаде

материјалне штете, солидарно исплате износ наведен у изреци, са законском затезном каматом почев од 17. II 1994. па до исплате. Првотужени и друготужени су обавезани да на име накнаде нематеријалне штете друготужиоцу Цветић Слободану исплате износ од 2.500,00 динара на име претрпљених физичких болова, и износ од 2.000,00 динара на име претрпљеног страха, са законском затезном каматом од пресуђења па до исплате; као и да тужиоцима солидарно накнаде трошкове парничног поступка. Тужбени захтев тужилаца је одбијен у делу преко досуђених износа.

Пресудом Окружног суда у Новом Саду Гж. 1831/95 од 7. II 1996. године, првим ставом изреке, укинуто је првостепено решење којим је жалба друготуженог одбачена као неблаговремена. Другим ставом изреке одбијене су као неосноване жалбе парничних странака и потврђена је првостепена пресуда у делу којим је одлучено о накнади штете тужиоцима, а преиначена је првостепена пресуда у односу на парничне трошкове. Трећим ставом изреке одређено је да свака странка сноси трошкове свог жалбеног поступка.

Против другостепене пресуде друготужени је благовремено изјавио ревизију, због погрешне примене материјалног права.

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

У проведеном поступку није учињена битна повреда одредаба парничног поступка из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности.

Неосновани су наводи ревизије о погрешној примени материјалног права.

Према утврђеном чињеничном стању, дана 26. VII 1988. године око 21 час, у Сремским Карловцима дошло је до налетања воза на трактор тужилаца, којом приликом је дошло до тоталне штете на трактору, а друготужилац је претрпео лаке телесне повреде у виду крвних подлива и огреботина, због чега је имао физичке болове средњег интензитета и страх високог интензитета, будући да је дошло до превртања трактора. У поступку је утврђено да је до саобраћајне незгоде дошло искључивом кривицом радника друготуженог, односно услед пропуста у раду возовође и кочничара. У време настанка саобраћајне незгоде, радници друготуженог били су код првотуженог осигурани за штету причињену трећим лицима.

Код овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су тужене обавезали да тужиоцима солидарно накнаде насталу материјалну и нематеријалну штету.

Чланом 170, ст. 1 Закона о облигационим односима предвиђено је да за штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу, одговара предузеће у коме је запослени радио у тренутку проузроковања штете, осим ако докаже да је запослен у датим околностима поступао онако како је требало.

У конкретном случају, утврђено је да је до штете дошло искључивом кривицом радникâ друготуженог, и то возовође и кочничара, који нису поступили у складу са важећим железничким прописима – возовођа је пропустио да обезбеди маневрисање на безбедан начин, док је кочничар пропустио да сигнализацијом обезбеди путни прелаз. Ове пропусте радника утврдила је и комисија друготуженог, навевши да су возовођа и кочничар поступили противно Упутству о маневрисању из т. 22, ст. 4 и т. 118.

С обзиром на наведено, и на то да су радници друготуженог били осигурани код првотуженог за штету причињену трећим лицима, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су тужене обавезали да тужиоцима солидарно накнаде насталу материјалну и нематеријалну штету, сходно члановима 170 и 200 Закона о облигационим односима.

Ревизијом се неосновано истиче погрешна примена материјалног права и наводи да је циглана из Сремских Карловаца као власник била дужна да одржава колосек. Наиме, сходно чл. 44 Закона о железници, обавеза је друготуженог да железничке пруге одржава у таквом стању које осигурава безбедан, несметан и уредан железнички саобраћај и превоз, у ком циљу се мора вршити стални надзор и повремени прегледи, као и отклањање утврђених недостатака. Из наведене одредбе произлази обавеза туженог да се стара о безбедности пруга, као и о редовном отклањању утврђених недостатака.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3007/96, од 7. фебруара 1996)

ШТЕТА ЗБОГ ЛИШЕЊА ДРЖАВИНЕ СТВАРИ

33

Држалац земљишта на основу неороченог уговора о послузи (у смислу § 585 српског Грађанског законика) има право на накнаду штете од трећег лица које га је противправно лишило државине земљишта, и то према члану 154 ЗОО.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, тужиља је на парцелама које представљају својину трећег лица, раније засејала детелину луцерку, а почетком 1994. године и кукуруз, па је тужени у марту 1994. то земљиште преорао и на њему засејао кукуруз.

Због погрешног правног става, првостепени суд уопште није испитивао по ком основу се тужиља налазила у вишегодишњој државини земљишта. Та чињеница је значајна јер, по становишту овог суда, сваки држалац непокретности (а не само власник) чија је државина заснована на пуноважном стварноправном или облигационом основу, има право на накнаду материјалне штете од лица које противправним поступком причини штету. Кроз израз „другом" из чл. 154 ЗОО, законодавац није право на накнаду штете ограничио само на личност и власника ствари, него појам има шири и општи карактер.

Заснивање државине туженог у конкретном случају је противправно јер је засновано силом, чак и под условом да га је власник учинио законитим држаоцем. Тужени своје право на државину и коришћење земљишта не може остваривати самовласно, користећи се принудом, противно вољи дотадашњег држаоца, већ заштиту мора тражити редовним правним путем (тужбом у парници). При томе је без значаја чињеница да је у посебној парници (П. 206/94) утврђено да је треће лице (Радмила Крстић) власник земљишта и што је тужена обавезана да јој то земљиште преда у државину. И власник земљишта не може самовласно, принудним путем извршавати судску одлуку, већ принудно извршење може остварити у извршном поступку, у складу са Законом о извршном поступку.

Тужиља тврди да је она држалац земљишта на коме је причињена штета била по основу усменог уговора са власником Радмилом Крстић о бесплатном закупу (власник се налази у иностранству). Такав уговор би по

својој правној природи могао представљати прекаријум у смислу параграфа 585 српског Грађанског законика, тј. уговор о бесплатном закупу земљишта на неодређено време о коме власник ствари има право на повраћај „кад му се свиди". Ако је тужиља била држалац непокретности по наведеном правном основу, она има право на судску заштиту и право на накнаду материјалне штете од туженог који је ту штету причинио.

У конкретном случају не може се применити одредба чл. 39 Закона о основама својинскоправних односа (несавестан држалац је дужан да плати власнику све ствари и плодове...), јер се не расправља однос између власника ствари и држаоца већ однос између држаоца и трећег лица које је силом ступило у државину ствари.

(Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 1337/97, од 2. јула 1997)

НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ УКРАДЕНЕ СТВАРИ

34

Ако су ствари украдене у време када је тужени чувао робу коју му је поверио тужилац, тужени је дужан да накнади штету која је крађом проузрокована.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Новом Саду П. 5776/89 од 9. јуна 1993. године тужени је обавезан да тужиоцу, на име накнаде штете исплати износ од 3.250.000.000 динара, и на име накнаде трошкова поступка износ од 294.800.000 динара, све са каматом у висини есконтне стопе коју месечно утврђује Народна банка Југославије, увећаном за 20%, и са увећањем које представља разлику између индекса пораста цена на мало и описане каматне стопе, рачунајући и камату и увећање почев од 9. јула 1993. године до исплате.

Одлучујући о жалби туженог, Окружни суд у Новом Саду је, пресудом Гж. 3096/93 од 21. фебруара 1996. године, потврдио наведену првостепену пресуду, а жалбу одбио.

Против ове правноснажне другостепене пресуде Окружног суда у Новом Саду тужени је благовремено изјавио ревизију због погрешне примене материјалног права.

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

У проведеном поступку нема битне повреде одредаба парничног поступка из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на коју ревизијски суд пази по службеној дужности.

Неосновани су наводи ревизије туженог којима указује на погрешну примену материјалног права.

Из чињеничног стања утврђеног у првостепеном поступку произлази да је тужилац изјавио туженом учествовање на 21. зимском новосадском сајму робе широке потрошње, од 11. до 20. новембра 1988. године, као излагач крзнене конфекције. Једне ноћи у току трајања сајма тужиоцу су украдене бунде чија је вредност, вештачењем на дан доношења првостепене пресуде утврђена у износу од 3.250.000.000 тадашњих динара.

Утврђено је да по протеку радног дана изложена роба остаје на штандовима. Излагачи излазе из хале и до ујутру немају приступа у њу. Након тога, а пре закључавања хале, радници обезбеђења туженог проверавају да ли је све у реду, па тек потом халу закључавају.

На основу ових чињеница, судови су правилно закључили да предметни уговор закључен између странака има и елементе уговора о основи из чл. 712 Закона о облигационим односима, јер је тужени на изнети начин примио и обавезу да ствари чува. Зато су правилно примењене одредбе чл. 714 истог закона, када је тужени обавезан да тужиоцу накнади штету у утврђеном износу, пошто је штета проузрокована у време када је тужени чувао робу тужиоца.

На правилност побијане пресуде није од утицаја то што је тужилац, према условима учешћа по пријави био у обавези да осигура изложену робу, јер то туженог не ослобађа од одговорности за штету проузроковану тужиоцу крађом бунди. Случај неосигуравања робе могао је једино бити разлог да тужени не прихвати тужиочево учешће на сајму. Напротив, прихватањем тужиочевог учешћа на сајму без осигурања изложене робе, тужени је прихватио и ризик од могуће штете, па је стога дужан да исту и накнади. Према томе, тужени неосновано побија другостепену пресуду због погрешне примене материјалног права, па и кад истиче да би се закључени уговор између странака могао сматрати и уговором о закупу.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3171/96, од 18. септембра 1996)

ЗАХТЕВ ДА СЕ УКЛОНИ ОПАСНОСТ ШТЕТЕ

35

Власник једног грађевинског објекта може захтевати од власника другог грађевинског објекта да уклони своју септичку јаму из које се фекалне воде изливају у подрумске просторије првог власника. Ради се о захтеву да се уклони извор опасности од које прети знатнија штета, у смислу члана 156 ЗОО.

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 истом 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 у правцу завршетка тужиочевог стамбеног објекта, на удаљености од 1,50 m од тог тужиочевог објекта, а у правцу подрума. На исти начин је утврђено да се фекалне воде из септичке јаме туженог изливају у подрумске просторије тужиочевог стамбеног објекта, чиме се тужилац онемогућава у коришћењу подрума, као и да се тиме угрожава стабилност његовог стамбеног објекта.

Имајући у виду овако утврђено чињенично стање, општински и окружни суд су правилно применили материјално право 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. То из разлога што је одредбом члана 156 Закона о облигационим

односима прописано да свако може захтевати од другога да уклони извор опасности од које прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица, као и да ће суд на захтев заинтересованог лица наредити, поред осталог, и да се отклони извор опасности на трошак држаоца извора опасности, ако он то сам не учини.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 261/94, од 6. априла 1994)

КРИВИЦА

36

Када је један од возача искључиво крив за штету која се догодила приликом судара возила, на њему лежи обавеза да накнади штету у целом износу.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Бору П. 302/96 од 6. децембра 1996. године, усвајањем тужбеног захтева, обавезује се тужени да на име накнаде штете исплати тужиоцу 1.288,50 динара, са законском затезном каматом од 6. децембра 1996. до исплате, као и парничне трошкове у досуђеној висини.

Пресудом Окружног суда у Зајечару Гж. 399/97 од 26. фебруара 1997. године, одбија се жалба туженог и првостепена пресуда се потврђује.

Против другостепене пресуде тужени је благовремено изјавио ревизију због битне повреде одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

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

У проведеном поступку није почињена повреда одредбе чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на коју ревизијски суд пази по службеној дужности, нити је било других повреда овог закона, на које се у ревизији неосновано указује. По оцени овога суда, у пресудама нижестепених судова о одлучним чињеницама не постоји противречност између онога што се у разлозима наводи и доказног материјала који је садржан у спису. Првостепени суд је у пресуди изложио, како то налаже пропис чл. 8 ЗПП, које је чињенице сматрао доказаним и из којих разлога држи да су истините. Другостепени суд је, решавајући о жалби туженог, прихватио чињенично стање утврђено у првостепеном поступку и за то дао ваљане разлоге. С позивом на ревизијски разлог да су пресуде донете уз битну повреду одредаба парничног поступка, тужени у ствари побија оцену доказа, а тим и правилност утврђеног чињеничног стања, што не може бити разлог изјављивања ревизије (чл. 385, ст. 3 ЗПП).

Како је установио суд, неутврђеног дана у фебруару 1992. године тужени је крећући се низ нагиб, средином пута Бор–Горњане, путничким аутомобилом „фићом", и то предњим левим делом возила, ударио у бочни део, у пределу левог предњег точка, путнички аутомобил марке „опел кадет" којим се тужилац кретао истим путем уз нагиб, туженику у сусрет. Пут је био ширине око 4 метра, тужилац је покушао да избегне судар скретањем удесно, у чему није успео, и у моменту судара зауставио је своје возило. Након удеса тужени је обећао да ће сносити трошкове поправке возила тужиоца, такође је пред мировним већем МЗ Горњане признао да тужиоцу плати половину

новчаног износа који је овај потраживао на име накнаде штете у питању, што тужилац није прихватио тражећи накнаду штете у целини. Штета на возилу тужиоца износи 1.288,50 динара.

Из утврђених чињеница основан је закључак суда да је до судара ова два возила дошло искључивом кривицом туженог. Пропуст туженог је што се кретао средином пута, што на делу пута са уздужним нагибом на коме је мимоилажење возила било отежано, будући да се кретао низ нагиб, није зауставио своје возило на погодном месту, да би омогућио безбедно мимоилажење са возилом тужиоца које се кретало уз нагиб, њему у сусрет. Такво понашање је у супротности са одредбама чл. 41 и 57. ст. 1 Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима. Тужилац је кретањем уз десну ивицу коловоза покушао да избегне судар, у чему није успео. Пропуста у понашању тужиоца у овој саобраћајној ситуацији није било.

Тужени побија другостепену пресуду због погрешне примене материјалног права, и то на првом месту због утврђене искључиве одговорности туженог, и налази да није скривио што је до штете уопште дошло. Овај разлог ревизије није основан. Свој закључак о одговорности туженог суд је довољно и ваљано образложио, па те разлоге у свему усваја и ревизијски суд упућујући на њих уместо сувишног понављања.

Како је утврђено да је тужени искључиво скривио што је настала штета на моторном возилу тужиоца, судови су правилно поступили у примени материјалног права, конкретно одредбе чл. 154, ст. 1 Закона о облигационим односима, када су обавезали туженог да тужиоцу штету накнади. Висина ове штете одмерена је према вредности делова који су на возилу тужиоца морали бити замењени, а замена је извршена не новим већ половним деловима, па је, дакле, при утврђењу висине накнаде штете, узет у обзир и проценат амортизације возила.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3933/97, од 3. децембра 1997)

ОДГОВОРНОСТ ПО ОСНОВУ КРИВИЦЕ

37

Лице које, запаливши суву траву и коров на својој парцели у тренутку кад је дувао ветар, изазвало пожар на суседној парцели, у коме је изгорела дрвена шупа са алатом и другим стварима власника парцеле, одговорно је за тако насталу штету.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, правноснажном пресудом Општинског суда у Новом Саду К. бр. 1266/90 од 28, VI 1991. године, тужени је оглашен кривим за извршење кривичног дела изазивања опште опасности из чл. 187, ст. 4 у вези са ставом 1 КЗ РС, јер је дана 9. III 1990. године, око 9 часова, у Сремским Карловцима, олако држећи да до штетних последица неће доћи, изазвао пожар на тај начин што је запалио суву траву и коров на својој парцели у тренутку док је било ветра, те се ватра проширила на парцелу тужиоца, захвативши ову парцелу, којом приликом је изгорела дрвена шупа са алатом и другим стварима тужиоца. По предлогу за озбезбеђење доказа а на основу решења суда, 14. IV 1990. обављено је вештачење на лицу места у присуству странака и њихових пуномоћника и тада је утврђена укупна висина штете настале на стварима тужиоца.

Код овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су обавезали туженог да накнади штету тужиоцу. Основ одговорности туженог налази се у чл. 154 Закона о облигационим односима, којим је предвиђено да ко другоме причини штету, дужан је да је надокнади уколико не докаже да није настала његовом кривицом. Како је у конкретном случају утврђено да је тужилац искључиво крив за насталу штету, нижестепени судови су правилно применили наведену законску одредбу.

С обзиром да је висина штете утврђена према налазу вештака 1990. године, а да је у међувремену долазило до промена динара и периода огромне инфлације, првостепени суд је, на основу налаза вештака (он је извршио ревалоризацију износа који је вештак 1990. утврдио као висину штете), правилно обавезао туженог да тужиоцу исплати износ од 39.928,64 динара.

У ревизији туженог неосновано се истиче да су првостепени и другостепени суд погрешно закључили да нема доказа за подељену одговорност и поред тога што је тужени приложио списак ствари, писан руком тужиоца, према коме је у његовој шупи била канта са 10 литара бензина (а држање бензина је забрањено) и тиме чини кривично дело. И по оцени Врховног суда, сама чињеница да је у шупи која је изгорела било 10 литара бензина не указује на одговорност тужиоца за настали пожар, јер је према утврђеном чињеничном стању пожар избио на парцели туженог тако што га је тужени изазвао паљењем траве, па се проширио на парцелу тужиоца и захватио шупу која је изгорела. Евентуална одговорност тужиоца због држања бензина, кривична или прекршајна, нема утицаја на настанак штете коју је изазвао пожар са парцеле туженог.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3943/97, од 1. октобра 1997)

СЛУЧАЈНА ШТЕТА

38

Нема кривице туженог који се, помажући тужиљи и њеном супругу у вучењу конопца да би срушили дрво, оклизнуо на стрмом терену и том приликом одгурнуо и оборио тужиљу на земљу, пао преко ње, нагазио је и нанео јој телесну повреду. У питању је штета настала услед случаја, за који тужени није одговоран.

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 стрми терен и чињеницу да храмље, оклизнуо и том приликом одгурнуо тужиљу, оборио је на земљу, а потом је, пошто је пао преко ње, нагазио ногом и нанео јој наведену телесну повреду.

Имајући у виду утврђено чињенично стање, општински и окружни суд су правилно закључили да у овом случају на страни туженог нема кривице за насталу штету, јер се ради о случају који погађа онога коме се десио. Због тога нема ни грађанскоправне одговорности на страни туженог. Зато су судови правилно применили материјално право када су одбили тужбени захтев, па су неосновани наводи у ревизији о погрешној примени материјалног права.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1204/94, од 20. априла 1994)

САОПШТАВАЊЕ ИНФОРМАЦИЈЕ И ЕВЕНТУАЛНЕ ШТЕТЕ

39

Информација које запослена лица дају у оквиру приватних незваничних провера, не могу бити основ одговорности правног лица за евентуалне штете које услед тога наступе.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу, тужилац је новембра месеца 1991. године, на основу усменог уговора, свој аутомобил марке „голф CL дизел", произведен 1991. године, са зрењанинским регистарским ознакама, разменио са Јакобом Барбулом из Арадаца за његов аутомобил марке „мерцедес 300Е", произведен 1987. године, са зрењанинским регистарским ознакама, уз доплату од 11.000 DM. Пре извршене замене тужилац је преко пријатеља у СУП-у Зрењанин извршио проверу и добио информације да су папири и саобраћајна дозвола за возило које узима у замену у реду, да аутомобил није краден и да може да реализује трампу. Непуних месец дана касније, радници СУП-а Зрењанин одузели су тужиоцу возило, саопштивши му да је према обавештењу које је добијено из СУП-а Београд 4. XI 1991, тај аутомобил украден и да су исправе фалсификоване. У проведеном поступку утврђена је вредност возила марке „голф" које је тужилац разменио на износ од 38.517,40 динара.

На основу оваквог чињеничног утврђења, судови су стали на становиште да тужиоцу припада право на накнаду штете у смислу одредбе члана 172, став 1 Закона о облигационим односима, с обзиром на чињеницу да је орган туженог довео у заблуду тужиоца да возило није украдено.

Наведено правно схватање суда не може се прихватити.

Регулишући накнаду материјалне штете, законодавац је одредбом члана 185 Закона о облигационим односима, прописао да је одговорно лице дужно да успостави стање које је било пре него што је штета настала, па уколико то није могуће, суд ће одредити да оно исплати оштећеном одговарајућу своту новца на име накнаде штете. Дакле, ставом 1 наведене законске одредбе прописана је пре свега обавеза тзв. индивидуалне реституције, што би у овом случају представљало враћање путничког аутомобила који је тужиоцу привремено одузет. Међутим, да би могао тражити повраћај одузете ствари, тужилац, према одредби члана 37 Закона о основним својинскоправним односима, мора доказати да је власник ствари чији повраћај тражи, тј. да је ствар стекао сагласно одредби члана 31 наведеног закона.

Судови неосновано налазе да су у овом случају испуњени услови за примену одредбе члана 172 Закона о облигационим односима, којим је прописано да правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција. Да би радњу, из које настаје штета, учинио орган правног лица, он мора поступати вршећи своју службену, званичну дужност, тј. иступајући са ауторитетом правног лица коме припада. Како у конкретном случају провера коју је тужилац вршио код запосленог радника у СУП-у Зрењанин, а преко пензионисаног радника овог секретаријата, представља незваничну проверу, то се и иступање радника овог секретаријата не може сматрати званичним, службеним поступањем. Ово из разлога што се тужилац ниједним званичним захтевом није обратио СУП-у Зрењанин за проверу података о путничком возилу које је трампом имао намеру да прибави, а такође из овог секретаријата није упућен ниједан службени документ или изјава са подацима о предметном возилу. Дакле, информације које запослена лица дају у оквиру приватних, незваничних провера, не могу бити основ одговорности правног лица за евентуалне штете које наступе.

Како одлучне чињенице које се односе на питање штетне радње коју је учинило запослено лице у органу туженог нису утврђене, а од непосредног су утицаја на оцену основаности тужбеног захтева, то се основано у захтеву за заштиту законитости указује да су побијаним пресудама повређене одређене одредбе Закона о облигационим односима и Закона о основним својинскоправним односима.

(Решење Савезног суда Гзс. бр. 25/97, од 10. јуна 1997)

ЈАВНО САОПШТАВАЊЕ ИСТИНИТЕ ИНФОРМАЦИЈЕ

40

Ако је тужена у својству начелника финансијске полиције и у вршењу своје службене функције изјавила у интервјуу на телевизији да тужилац није платио порез на промет и навела тачан износ неплаћеног пореза, она не може бити одговорна тужиоцу за штету коју је он претрпео због тога што су после телевизијског интервјуа уследили новински чланци у којима су, по тврђењу тужиоца, објављени нетачни подаци о његовом пореском дуговању.

Из образложења:

Побијаном пресудом Окружног суда у Новом Саду П. 5/94 од 6. XII 1996. године, одбијен је тужбени захтев тужиоца да се тужена обавеже да о свом трошку (у дневним листовима *Дневник* и *Борба*, као и на телевизији Србије, Студио Нови Сад – на истом месту где је објављена и њена информација од 17. и 18. марта 1993. године да је „тужилац покушао да сакрије 2 милијарде пореза на промет и да није платио 2,23 милијарде пореза на промет") објави да је информација нетачна; или је дужна да трпи да тужилац ову информацију објави у њено име и на њен рачун, с тим да тужена сноси трошкове овог објављивања; те да се тужена обавеже да тужиоцу накнади материјалну штету насталу због изношења неистинитих података у висини од 20.000 динара и да тужиоцу накнади трошкове парничног поступка, а тужилац да се обавеже да туженој накнади парничне трошкове од 910,00 динара.

Против ове пресуде тужилац је благовремено изјавио жалбу због битних повреда поступка, погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања и због погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу члана 365 ЗПП, Врховни суд Србије је нашао да је жалба неоснована.

Побијана пресуда је јасна, непротиврчна и образложена, па због тога нема недостатака због којих се не би могла испитати. Стога се у жалби неосновано наводи да је учињена битна повреда поступка из члана 354, став 2, тачка 13 ЗПП. У поступку пред првостепеним судом нису учињене ни друге битне повреде поступка из члана 354, став 2 ЗПП, на које се пази по службеној дужности.

Првостепени суд је, у складу са садржином изведених доказа, утврдио све важне чињенице ради правилне примене материјалног права, релевантног за одлуку о тужбеном захтеву. Због тога се у ревизији неосновано наводи да је побијана пресуда заснована на погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном стању.

Наиме, у поступку пред првостепеним судом утврђено је да је тужена у току 1993. године обављала послове начелника Финансијске полиције подручног центра у Новом Саду Републичке управе јавних прихода у Београду. У тој функцији била је овлашћена да донесе генерални план рада те јединице. У складу са тим планом, координатори организационих јединица били су дужни да туженој достављају месечне извештаје о раду на контроли пореза на промет и услуга и о евидентирању драстичних случајева. Ти извештаји, ради разматрања, достављени су у седиште Финансијске полиције у Београду, а од главног инспектора те службе начелници су добијали усмене наредбе. Једна од тих наредби била је да начелници сазивају конференције за штампу, комуницирају са новинарима и да износе најдрастичније случајеве забележене у раду службе, ради превенције и подстицања извршења пореских обавеза обвезника. Тужена је у складу с тим, на конференцији за штампу уз ТВ снимање марта 1993, изнела садржај решења инспектора јавних прихода бр. 47-106/93-2 од 12. II 1993, којим је тужиоцу наложено да у року од три дана изврши уплату пореза на промет производа у износу од 697.231.946 тадашњих динара, као и камату на неблаговремено плаћен порез у износу од 1.365.111.911 динара. То решење по жалби је другостепеним решењем поништено и предмет је враћен на поновни поступак. Уследила су и друга решења надлежних органа Финансијске полиције која се односе на контролу пореза код тужиоца и забрану располагања тужиоца средствима на жиро рачуну. Саопштење тужене на конференцији за штампу пренели су новинари, а потом су уследили чланци у појединим дневним листовима, али тужена, сем саопштења на конференцији за штампу, није дала интервју ниједном средству јавног информисања.

Полазећи од утврђеног чињеничног стања, применом члана 198 Закона о облигационим односима, првостепени суд је правилно закључио да тужилац неосновано захтева накнаду материјалне штете од тужене зато што је, поступајући у функцији начелника подручног центра Финансијске полиције, на конференцији за штампу саопштила утврђено стање из садржаја наведеног решења од 12. II 1993. године, којим је тужиоцу наложена наплата неплаћеног пореза и камата. За закључак о томе суд је дао правилне разлоге, које прихвата и овај суд.

Наводи жалбе тужиоца о томе да су после конференције за штампу уследили новински чланци, по његовом тврђењу, са нетачним информацијама о висини његове пореске обавезе, нису од утицаја на одлуку о тужбеном захтеву. По члану 172, став 1 и 2 Закона о облигационим односима, правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција, а с тим што правно лице има право на накнаду од лица које је штету скривило намерно или крајњом непажњом, ако законом није што друго одређено. Тужена је обављала послове начелника финансијске полиције у вршењу функције државног органа – Републичке управе јавних прихода. Због тога тужена, у смислу поменутог прописа, не може бити одговорна тужиоцу за накнаду штете коју он тражи. С тим у вези, објављивање одговора на објављену информацију или исправке објављене неистините и увредљиве информације јесте дужност главног новинског уредника, у смислу члана 30 и члана 31 Закона о јавном информисању (*Службени гласник РС* бр. 19/91). С обзиром на то, тужена не може бити обавезана да о свом трошку објави да је неистинита информација раније објављена у дневним листовима. Због тога није од значаја ни навод жалбе да је тужена путем саопштавања на конференцији за штампу била извор информације за новинске чланке о тужиоцу као пореском обвезнику.

(Пресуда Врховног суда Србије Гж. 31/97, од 21. маја 1997)

ОДГОВОРНОСТ РОДИТЕЉА

41

Родитељи солидарно одговарају за штету коју њихово малолетно дете проузрокује трећем лицу

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Јагодини П. бр. 537/92 од 5. марта 1996. године, изреком под I, усвојен је тужбени захтев и тужени су обавезани да тужиоцу солидарно исплате износе: на име умањене животне активности 5.000 динара, на име претрпљених болова 1.000 динара, на име штете на стварима 508 динара, а све у року од 15 дана по правноснажности пресуде. Изреком под II, делимично је усвојен тужбени захтев и тужени су обавезани да тужиоцу солидарно исплате на име претрпљеног страха износ од 300 динара, а на име умањења естетског изгледа износ од 500 динара, све у року од 15 дана по правноснажности пресуде. Изреком под III, одбија је као неоснован тужбени захтев тужиоца према туженима за накнаду штете на име претрпљеног страха за износ већи од досуђеног, као и на име умањења естетског изгледа за износ већи од досуђеног, и у целости на име туђе неге и помоћи. Изреком под IV, тужени су обавезани да тужиоцу солидарно накнаде трошкове поступка.

Пресудом Окружног суда у Јагодини Гж. бр. 1273/96 од 6. септембра 1996. године, одбијена је жалба туженика а потврђена пресуда Општинског суда у Јагодини П. бр. 537/92 од 5. марта 1996. године у изреци под I и II и у погледу одлуке о трошковима парничног поступка.

Против пресуде Окружног суда у Јагодини тужени су благовремено изјавили ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и због погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу чл. 386 ЗПП, а пазећи по службеној дужности на битну повреду парничног поступка из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, Врховни суд је одлучио да ревизија тужених није основана.

У ревизији је неосновано указивање на битну повреду парничног поступка из чл. 354, ст. 2, т. 13 ЗПП, јер побијана пресуда садржи разлоге о свим одлучним чињеницама који су сагласни, како међусобно, тако и са садржином изведених доказа. Другостепени суд је ценио све разлоге жалбе који су од одлучног значаја за правилност и законитост оспорене првостепене пресуде, у смислу чл. 375 ЗПП.

Разлози ревизије о погрешној примени материјалног права не могу се уважити као основани.

Из утврђеног чињеничног стања произлази да је тужилац дана 7. III 1991. године, у саобраћајној незгоди повређен искључивом кривицом тужене Сузане Тодоровић, која је у време незгоде била малолетна. Том приликом тужилац је задобио тешку телесну повреду у виду фрагментарног прелома горњег окретаја десне потколенице. Правноснажном пресудом Окружног суда у Јагодини Км. 17/91 од 19. IX 1991. године, туженој Сузани је изречена васпитна мера појачаног надзора од стране родитеља, због извршења кривичног дела – тешко дело против безбедности јавног саобраћаја из чл. 201, ст. 3 у вези са чл. 195, ст. 3, у вези са ст. 1 КЗРС. Нижестепени суд је утврдио да у предметној саобраћајној незгоди није било пропуста на страни тужиоца, нити је тужилац према утврђеним околностима могао предузети мере којима би незгода била избегнута или њене последице умањене. Услед повреда задобијених у саобраћајној незгоди код тужиоца је умањена општа животна активност за 25% трајно, што се манифестује ограничењем стајања, ходања, дизања терета, пењања с једног нивоа на други, приликом облачења и при обављању личне тоалете. Због повређивања тужилац је трпео болове јаког интензитета два сата, средњег интензитета месец дана и слабог интензитета још месец дана, с тим што ће болове слабог интензитета имати при променама времена, при дужем пешачењу и обављању физичких послова. Тужилац је трпео страх од смрти јаког интензитета, касније страх од инвалидности који је трајао три недеље и који није оставио последице на психу именованог. Код тужиоца постоји умањење естетског изгледа које се манифестује у лако храмајућем ходу, што не изазива интересовање већ гађење околине.

Код овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови правилно су закључили да је тужена Сузана Тодоровић крива за насталу штету, па су, уз правилну примену материјалног права, обавезали тужену и њеног оца туженог Милана да тужиоцу накнаде нематеријалну и материјалну штету коју је претрпео у саобраћајној незгоди. Такође су правилно досудили износе за поједине видове штете (сходно чл. 200 Закона о облигационим односима). Наиме, имајући у виду налаз вештака о умањењу опште животне активности, о дужини трајања и интензитета претрпљених болова и страха, и о степену умањења естетског изгледа, водећи при том рачуна о значају повређеног добра али и о циљу коме служи новчана накнада, нижестепени судови су, према нахођењу Врховног суда, висину новчане накнаде правилно одмерили, па се у ревизији неосновано указује да је висина новчане накнаде превисоко одмерена.

Тужиоцу је у саобраћајној незгоди оштећена одећа, као и наочаре, па је тако претрпео материјалну штету чију висину је нижестепени суд утврдио

вештачењем, те уз правилну примену материјалног права обавезао тужене да тужиоцу солидарно накнаде и материјалну штету.

Није основано истицање друготуженог Милана да се у конкретном случају ради о нужном супарничарству између њега и његове супруге Драгице, која није обухваћена тужбом, те да су на тај начин повређене одредбе чл. 196, ст. 1 Закона о парничном поступку. Без обзира на чињеницу што супруга друготуженог није обухваћена тужбом, њих двоје су као родитељи тужене Сузане солидарно одговорни за штету. Одговорност друготуженог, као родитеља, произлази из одредбе чл. 165, ст. 4 Закона о облигационим односима, где се прописује да за штету коју проузрокује другом дете старије од седам година одговарају његови родитељи, осим ако докажу да је штета настала без њихове кривице. У конкретном случају стоји кривица родитеља тужене Сузане о пропуштеном надзору над туженом, јер да је било надзора родитеља, туженој не би била правноснажном судском одлуком изречена васпитна мера појачаног надзора од стране родитеља. Из реченог произлази да је нижестепени суд утврдио све одлучне чињенице за правилну примену материјалног права и, уз правилну примену одредаба Закона о облигационим односима, усвојио тужбени захтев.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1128/97, од 19. марта 1997)

42

Родитељи одговарају за штету коју њихово дете од десет година проузрокује трећем лицу ако нису поклонили довољну пажњу надзору детета.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Великој Плани П. 1228/95 од 28. децембра 1995. године, првим ставом изреке, обавезани су тужени да на име накнаде штете тужиоцу плате следеће износе: на име претрпљеног страха 10.000,00 динара; на име претрпљених болова 7.000,00 динара; на име умањења животне активности 50.000,00 динара; и на име умањења радне способности због телесног оштећења 15.000,00 динара – са законском каматом на укупан износ почев од 10. марта 1997. године до исплате. Другим ставом изреке тужени су обавезани да тужиоцу накнаде трошкове парничног поступка у износу од 8.326,25 динара.

Пресудом Окружног суда у Смедереву Гж. 521/96 од 25. априла 1996. године, првим ставом изреке, одбијена је као неоснована жалба тужених и потврђена је првостепена пресуда у ставу првом, у делу у коме су тужени обавезани да на име накнаде штете тужиоцу солидарно плате за претрпљени страх износ од 10.000 динара, за претрпљене физичке болове износ од 7.000 динара и за умањену животну активност износ од 50.000. Другим ставом изреке преиначена је првостепена пресуда у првом ставу изреке, у погледу камате на досуђени износ, тако што су тужени обавезани да на досуђене износе тужиоцу плате законску камату почев од 28. децембра 1995. године. Трећим ставом изреке укинута је првостепена пресуда у првом ставу изреке, у погледу досуђене накнаде штете за умањену радну способност, и у другом ставу, и предмет је враћен првостепеном суду на поновно суђење у тим деловима.

Против правноснажног дела пресуде окружног суда, тужени су благовремено изјавили ревизију, због битних повреда одредаба Закона о парничном поступку и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду на основу члана 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да ревизија није основана.

У проведеном поступку нема битне повреде одредаба Закона о парничном поступку из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности, а нема ни осталих битних повреда на које се указује у ревизији, јер разлози наведени у образложењу побијане пресуде не противурече стању у списима, како се то неосновано наводи у ревизији.

У поступку је утврђено да је син тужених, малолетни Дарко, узраста 10 година, 3. августа 1985. године око 23 часа и 45 минута, у диско клубу, употребом праћке „пецкалице" парчетом жице повредио лево око тужиоца, и да је после операције видна способност тужиоца умањена за 20%.

Код овако утврђеног чињеничног стања, правилан је закључак нижестепених судова да су тужени, родитељи малолетног Дарка одговорни у смислу одредбе члана 165 и 168 Закона о облигационим односима, јер нису поклонили довољну пажњу надзору малолетног детета. Наиме, морали су да знају и морали су да му забране употребу ове праћке, а посебно нису поклонили довољно пажње ни васпитању када су му дозволили боравак у диско клубу до 23.45 часова.

По оцени Врховног суда, основано се у ревизији тужених указује да је износ накнаде штете за животну активност превисоко одмерен.

Наиме, имајући у виду степен умањења животне активности, Врховни суд оцењује да износ од 30.000 динара представља правичну накнаду и сатисфакцију за трпљење тужиоца, при чему је овај суд нарочито водио рачуна о значају повређеног добра у циљу коме служи накнада у смислу одредбе члана 201 и 200, став 2 Закона о облигационим односима.

На основу налаза вештака, утврђено је да је тужилац трпео болове јаког интензитета услед повреде нанете жицом и касније током лечења, у трајању од 7 до 10 дана, да није постојао примарни страх већ секундарни средњег интензитета од тренутка повређивања па до указивања специјалистичке помоћи.

Имајући у виду јачину и трајање физичких болова и претрпљеног страха, Врховни суд налази да досуђени износи представљају правичну накнаду и сатисфакцију за трпљење тужиоца. Судови су нарочито водили рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи накнада у смислу одредбе члана 201 и 200, ст. 2 Закона о облигационим односима, па су неосновани наводи ревизије да су досуђени износи у погледу овог вида накнаде штете превисоко одмерени.

Делом навода ревизије, на посредан или непосредан начин побија се правилност чињеничног стања утврђеног у току првостепеног поступка. Међутим, ове наводе, пошто су супротни ставу 3 члана 385 ЗПП, Врховни суд није испитивао, па их због тога и не образлаже.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 475/97, од 8. октобра 1997)

ОДГОВОРНОСТ РОДИТЕЉА И ОБДАНИШТА*

43

Одговорност родитеља за штету коју проузрокује њихово дете са навршених седам година се претпоставља, те се они могу ослободити одговорности само ако докажу да у васпитању и надзору није било њиховог пропуста.

Обданиште се може ослободити одговорности ако су васпитач и директор доказали да су надзор над дететом вршили на начин на који су обавезни.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Власотинцу П. број 933/86 од 11. септембра 1989. године, у делу изреке под X, одбијен је као неоснован тужбени захтев малолетног тужиоца Величковић Славољуба и његових родитеља, којим је тражено да се туженици солидарно обавежу да тужиоцима, на име накнаде штете због повреде коју је малолетни тужилац Славољуб задобио, плате по траженим основима износе ближе означене у том ставу изреке првостепене пресуде.

Ставом XII изреке тужиоци су солидарно обавезани да туженику Јанковић Радмилу, на име накнаде трошкова парничног поступка, плате 300.000 динара.

Решавајући о жалби тужилаца изјављеној против те пресуде, Окружни суд у Лесковцу пресудом Гж. број 56/90 од 17. априла 1990. године, одбио је жалбу као неосновану и потврдио првостепену пресуду у делу изреке под X и XII, док је у осталом побијаном делу исту укинуо и предмет вратио на поновно суђење.

Испитујући побијану пресуду у побијаном делу у смислу члана 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија основана.

Из стања у списима и образложења побијаних пресуда произлази да су нижестепени судови – на темељу чињенице да је штету проузроковао малолетник док је био под надзором специјализоване установе која је дужна да се стара о деци и да врши надзор над њима, као и чињенице да се то десило у згради обданишта за време радног времена – закључили да је, у смислу одредаба члана 167, став 1 Закона о облигационим односима, за насталу штету у грађанскоправном смислу одговорно искључиво тужено обданиште, па је стога у односу на тог туженика тужбени захтев делимично усвојен, а у односу на остале туженике као неоснован одбијен. Према становишту нижестепених судова, мал. туженици Александар и Братислав су у време настанка штетног

* Спор је вођен између тужиоца, малолетног, Величковић Славољуба, из Власотинаца, којег заступа отац Величковић Жарко, и тужилаца Величковић Жарка и Розике, сви из Власотинаца, чији је пуномоћник Мирослав Анђелковић, адв. из Лесковца, против туженика Дечијег обданишта „Милка Диманић" из Власотинаца, кога заступа Општинско јавно правобранилаштво из Власотинаца, Александра Јанковића, кога као малолетног заступа отац Радмило Јанковић, Братислава Димитријевића, кога као малолетног заступа отац Радомир Димитријевић, и туженика Јанковић Радмила, Јанковић Драгице, Димитријевић Радомира, Димитријевић Снежане, Димитријевић Мирјане и Тошић Драгољуба, сви из Власотинца, ради накнаде штете.

догађаја били млађи од 14 година, па у смислу члана 165, став 1 ЗПП, они не могу бити одговорни за насталу штету без обзира на своју кривицу. Такође, према становишту нижестепених судова, за насталу штету нису одговорни ни туженици Радмило и Драгица Јанковић, као родитељи мал. Александра, а ни туженици Радомир и Снежана Димитријевић, родитељи мал. Братислава, јер су у време настанка штетног догађаја деца била поверена на чување и васпитање, односно надзор туженом обданишту.

С обзиром на то да се штетни догађај догодио у WC-у туженог обданишта, и то у тренутку кад је тужена Снежана Димитријевић, као васпитач те групе, по природи посла отишла у магацин обданишта ради прибављања филмова за приказивање деци, па се такав њен пропуст не може оквалификовати као груба непажња, и будући да тужени Драгољуб као директор те установе такође ничим није допринео да до штете дође – нижестепени судови су закључили да нема правног основа за обвезивање ни ових туженика, јер у њиховом раду нема пропуста који је био у узрочној вези са насталом штетом и последицама које малолетни Славољуб трпи.

Врховни суд, при оцени навода изјављене ревизије, налази да се такав закључак нижестепених судова о основу одговорности мал. туженика и њихових родитеља, као и васпитачице и директора туженог обданишта, за сада не може прихватити као поуздан, правилан и на закону основан.

Пре свега, нејасно је и неразумљиво на чему првостепени суд темељи одговорност туженог обданишта за насталу повреду и штету коју малолетни Славољуб трпи, ако су васпитач и директор тужене установе доказали да су надзор над малолетним Александром и Братиславом у време када је штета настала вршили на начин на који су обавезни. Наиме, ако у надзору и раду тужене васпитачице која је била задужена за ту групу деце нема пропуста, ако таквог пропуста нема ни у раду туженог директора који ту установу представља и врши надзор над радом својих радника, и ако васпитање те деце није занемарено од стране родитеља, односно ако штетно понашање мал. туженика није резултат васпитне запуштености – онда би то упућивало на закључак да у грађанскоправном смислу нема ни узрочне везе између радње и пропуштања тих лица и настале штете, па би у таквом случају био доведен у сумњу и основ одговорности туженог обданишта.

Уколико, пак, постоји узрочна веза између радње односно пропуштања неког од туженика и настале штете, то су онда нејасни и неразумљиви разлози првостепеног суда због чега сматра да сви они не би могли бити солидарно одговорни за насталу штету, а самим тим и дужни да исту накнаде.

Осим тога, нетачно је и погрешно становиште нижестепених судова да малолетници до навршене 14 године не одговарају за штету коју проузрокују, јер је одредбом члана 160, став 2 Закона о облигационим односима прописано да малолетник од навршене седме до навршене четрнаесте године не одговара за штету, осим ако се докаже да је при проузроковању штете био способан за расуђивање. Према томе, без поузданог утврђења чињенице да ли су малолетни Александар и Братислав у моменту настанка штете били старији од седам година (о чему у списима постоје докази), и чињенице да ли су у моменту кад су штету починили, с обзиром на свој индивидуални степен развоја и природу штетне радње, били способни за расуђивање, не може се прихватити као поуздан закључак првостепеног суда, према којем се одговорност малолетника до навршене седме године, сходно одредби члана 160, став

1 означеног закона, апсолутно искључује. Уосталом, о одговорности се може расправљати и према одредби члана 165, став 1 ЗОО, којом је прописано да за штету коју проузрокује малолетно дете до навршене седме године, а без обзира на своју кривицу, одговарају родитељи, што је првостепени суд такође превидео, као и чињеницу да је, према одредбама члана 166 Закона о облигационим односима, одговорност родитеља ако се докаже и малолетног детета солидарна.

Како је мал. Славољуб, као оштећено лице, у смислу одредбе члана 165, став 4 означеног закона, поставио захтев за накнаду штете и према родитељима мал. Александра и Братислава, и с обзиром да се њихова кривица претпоставља када је у питању дете старије од 7 година, то је у поступку одговарајућим доказима било нужно утврдити да ли је штета настала без њихове кривице, што може бити случај само ако се утврди да у васпитању и надзору ове деце није било њиховог пропуста.

У конкретном случају, првостепени суд ту околност као битну није расправио, нити поуздано утврдио, па се за сада о кривици родитеља мал. Александра и Братислава и не може поуздано судити, а још мање о степену пажње, надзора и будности тужене васпитачице, која је испред обданишта била задужена да се стара за ту групу деце, којој припадају и мал. туженици, и то на адекватан начин и према правилима службе и опису свога посла (који се налази у систематизацији туженог обданишта).

Ово утолико пре, што из списа произлази да је тужени Александар и пре тога у обданиште доносио разне опасне ствари, као што су маказе, шрафцигер и слично, и да су васпитачица као и његови родитељи на ту чињеницу били упозорени.

И на крају, ако је првостепени суд као несумњиво утврдио чињеницу да су мал. Александар и Братислав заједнички извршили радњу због које је мал. Славољуб задобио тешку телесну повреду каква је губитак ока, онда је нејасан закључак нижестепених судова: због чега сматрају да већ сама та чињеница не представља довољан основ за солидарну одговорност ових туженика, као и њихових родитеља, који за противправне радње своје малолетне деце одговарају и сносе ризик свих штетних последица проистеклих у вези са њиховим одгојем и васпитањем.

Осим тога, накнада штете због смањене радне способности не досуђује се на бази утврђеног постојања процента умањења радне способности, као последице повређивања, већ на бази постојања стварне штете, па оштећени има право на накнаду овог вида штете само ако је услед задобијених повреда постао стално неспособан за рад или му је радна способност трајно умањена, услед чега не може да остварује доходак односно имовинску корист коју би иначе, да није био повређен, по редовном току ствари могао радом да оствари.

Како се у конкретном случају ради о малолетном детету, за које се не би могло основано и реално очекивати да би у време настанка штете могло да стиче доходак, то се за сада не може прихватити ни становиште нижестепених судова о постојању услова за накнаду тог вида штете који још није доспео. Наиме, у случају нанете телесне повреде или нарушења здравља, оштећеном, у складу са чланом 195 Закона о облигационим односима, припада право на накнаду само стварно претрпљене а не и претпостављене и неизвесне штете.

С обзиром на то да је првостепени суд при пресуђењу пошао од погрешне примене материјалног права, што је за последицу имало да су све околности које се односе на облике штете и услове њеног постојања остале непотпуно утврђене и необразложене, то се и по становишту Врховног суда основано ревизијом указује да је првостепена пресуда захваћена битном повредом одредаба парничног поступка из члана 35, став 2, тачка 13 ЗПП, а такође и другостепена пресуда, јер окружни суд недостатке није отклонио, нити је пак одговорио на одлучне наводе жалбе у вези с тим, као и у вези са правилном применом материјалног права, односно није дао своје разлоге, што представља недостатак и разлог за укидање обе побијане пресуде.

Из наведених разлога, а на основу члана 394, став 1, и члана 395, став 2 ЗПП, Врховни суд је одлучио као у изреци овог решења, па ће првостепени суд у поновном поступку, пошто отклони наведене битне повреде и употпуни чињенично стање у односу на све релевантне околности – о тужбеном захтеву поново одлучити.

(Решење Врховног суда Србије бр. Рев. 950/91, од 22. маја 1991)

44

За штету коју дете у дечјем вртићу нанесе другом детету капислом испаљеном из дечјег пиштоља, одговорни су родитељи детета које је донело пиштољ и родитељи детета које је испалило капислу, као и дечји вртић у коме се то догодило.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, дана 29. IV 1986. године у поподневним часовима, мал. Александар Јанковић је донео у дечји вртић пиштољ и каписле и показао га оштећеном мал. Славољубу Величковићу и мал. Братиславу Димитријевићу. Мал. Братислав је узео пиштољ и када је из њега испалио капислу, повређено је око мал. Славољубу, који је хитно превезен у дом здравља у Власотинцу, затим у Здравствени центар у Лесковцу, а потом пребачен на клиникуу Београду. Мал. Славољуб је остао без тог ока. У време овог догађаја деца су била под надзором васпитачице тужене Димитријевић Мирјане.

Утврђено је да је васпитачица чула да се мал. Александар хвалио да има нешто што ће деци показати у WC-у. Васпитачица није реаговала на овај исказ мал. Александра.

Код овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно закључили да су сви тужени одговорни за штету коју је претрпео мал. Славољуб Величковић. Наиме, основ одговорности дечјег вртића налази се у члану 167 Закона о облигационим односима, којим је предвиђено да за штету коју другом проузрокује малолетник док је под надзором старатеља, школе или друге установе, одговара старатељ, школа, односно друга установа, осим ако докажу да су надзор вршили на начин на који су обавезни, или да би штета настала и при вршењу надзора. У конкретном случају, из саме чињенице да се у предшколској установи, дечјем вртићу догодио такав случај, произлази правилан закључак нижестепених судова да постоји одговорност такве установе. Наиме, није се смело догодити да мал. Александар Јанковић унесе у вртић пиштољ и каписле. Због тога су неосновани наводи којима се истиче да је васпитачица радила свој посао у складу са прописима.

Према утврђеном чињеничном стању, мал. Александар је раније доносио шрафцигер, што указује да је дете било склоно да се игра са опасним стварима, због чега је васпитачица морала да појача надзор према њему, тим пре што је васпитачица чула да је мал. Александар рекао да је донео нешто што ће деци показати у WC-у. Основ одговорности родитеља мал. Александра и Братислава налази се у члану 168 Закона о облигационим односима, којим је предвиђено да оштећени има право да захтева накнаду од родитеља и у случају ако дужност надзора над малолетним лицем не лежи на родитељима већ на неком другом, под условом да се штета може уписати у кривицу родитељима. Наиме, родитељи мал. Александра су морали да воде рачуна шта њихово дете носи у вртић. Због тога су неосновани ревизијски наводи родитеља мал. Александра којима се истиче да не постоји њихова кривица.

Основ одговорности родитеља мал. Братислава налази се у одредби члана 168 Закона о облигационим односима. Наиме, полазећи од чињенице да је мал. Братислав испалио капислу из пиштоља и повредио оштећеног мал. Славољуба, нижестепени судови су правилно закључили да се ова штета може уписати у кривицу родитељима.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 573/97, од 10. јуна 1997)

ОДГОВОРНОСТ ЗА ДРУГОГ

45

Предузеће се не може ослободити одговорности за штету коју је запослени проузроковао трећем лицу у раду или у вези са радом, ако не докаже да је запослени поступао онако како је требало.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Крагујевцу П. IX-4752/95 од 23. II 1996. године, у I ставу изреке, усвојен је тужбени захтев тужиље и обавезани су туженици да јој солидарно, на име накнаде претрпљене нематеријалне штете, исплате следеће износе: на име претрпљених душевних болова због умањења опште животне активности – 12.500 динара; за претрпљене душевне болове због умањења естетског изгледа – износ 2.500 динара; плус законску затезну камату почев од 23. II 1996. године до дана пресуђења, и то све у року од 15 дана од дана пријема пресуде. У II ставу изреке одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиље за разлику од досуђеног до потраживаног износа на име нематеријалне штете, и то: на име претрпљених душевних болова због умањења опште животне активности – 10.300 динара; за претрпљене душевне болове због умањења естетског изгледа – 2.500 динара; за претрпљени страх – 3.000 динара; а све наведено са затезном законском каматом почев од 23. II 1996. године као дана пресуђења па до исплате. У III ставу изреке обавезани су туженици да тужиљи солидарно, на име накнаде трошкова парничног поступка, исплате износ од 1.338 динара, у року од 15 дана од дана пријема пресуде.

Пресудом Окружног суда у Крагујевцу Гж. 915/96 од 6. IX 1996. године, у првом ставу изреке, одбијена је као неоснована жалба тужиље и потврђена је првостепена пресуда у делу изреке под II којим је одбијен као неоснован тужбени захтев тужиље на накнаду нематеријалне штете, и то на име претрп-

љених душевних болова због умањења опште животне активности за износ од 10.300 динара и за претрпљене душевне болове због умањења естетског изгледа износ од 2.500 динара. У другом ставу другостепене пресуде одбијена је као неоснована жалба туженика и потврђена је првостепена пресуда у делу изреке под I којим су тужени солидарно обавезани да тужиљи на име накнаде нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због умањења естетског изгледа плате износ од 2.500 динара, и у изреци под III. У трећем ставу изреке првостепене пресуде преиначена је иста првостепена пресуда у ставу I којим су туженици обавезани да тужиљи накнаде штету за умањење опште животне активности, и пресуђено је тако што су туженици обавезани да тужиљи солидарно на име накнаде нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, плате износ од 10.000 динара са законском затезном каматом почев од 23. II 1996. године па до исплате, а у року од 15 дана по пријему отправка пресуде под претњом извршења; с тим што је као неоснован одбијен део тужбеног захтева тужиље да се тужени обавежу да јој на име накнаде штете за умањење опште животне активности солидарно плате још и износ од 2.500 динара са законском затезном каматом од дана пресуђења па до исплате.

Против другостепене пресуде трећетужени је изјавио ревизију због битне повреде одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Врховни суд је, у смислу члана 386 ЗПП, испитао побијану пресуду и нашао да ревизија трећетуженог није основана.

У проведеном поступку нема битне повреде одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, а трећетужени се у ревизији неосновано позива на битну повреду из тачке 13, став 2 истог члана. Ово стога што побијана пресуда нема недостатака због којих се не би могла поуздано испитати.

Према чињеничном стању утврђеном у првостепеном поступку, тужиља је дана 7. VII 1990. године, на путу Горњи Милановац–Крагујевац, у селу Љуљацима, док је прелазила коловоз, задобила тешку телесну повреду у виду прелома потколенице леве ноге, због чега је тужени Стојан Рабреновић – који је управљао возилом у власништву трећетуженог, регистарске ознаке КГ-65-04 – оглашен кривим правноснажном пресудом Општинског суда у Крагујевцу К. 185/93, при чему је допринос саме тужиље у настанку сопствене штете 50%. Због задобијене повреде, општа животна активност тужиље умањена је за 20%. У пределу леве потколенице, на 10 cm испод коленог зглоба, тужиљи је остао ожиљак трајног карактера, дужине 15 cm, ширине при врху 2 cm а при дну око пола центиметра, који за тужиљу као младу жену (36 година) представља трајни извор психичких патњи.

По налажењу нижестепених судова – с обзиром на проценат умањења опште животне активности, на тужиљине године старости и околност да јој за овај вид нематеријалне штете није исплаћена никаква накнада, као и на чињеницу да не прима инвалиднину – за сва трпљења тужиље одређена је правична новчана накнада (од 10.000 дин.), кад се има у виду учешће саме тужиље у настанку штете са 50% (иначе, окружни суд у овом делу тужбеног захтева преиначио је првостепену пресуду и одбио тужени захтев за исплату још 2.500 динара).

Код одмеравања висине накнаде штете за претрпљене душевне болове због умањења естетског изгледа, судови су имали у виду налаз вештака неуропсихијатра, којим је утврђено да је трајни ожиљак у пределу тужиљине леве потколенице наружење средњег степена тим пре што ноге представљају један од атрибута женствености.

Судови су одбили тужбени захтев преко досуђених износа налазећи да би се исплатом и ових износа довео у питање циљ накнаде претрпљене нематеријалне штете. Такође, судови су одбили тужбени захтев за накнаду штете за претрпљени страх, будући да је био основан истакнути приговор застарелости потраживања од стране првотуженог.

На утврђено чињенично стање правилно је примењено материјално право када је делимично усвојен тужбени захтев тужиље, за шта су нижестепени судови дали ваљане разлоге.

Врховни суд налази да се у ревизији трећетуженог неосновано позива на то да је спорни однос расправљен уз погрешну примену материјалног права. Трећетужени као ревидент погрешно сматра да нема његове кривице нити одговорности за причињену штету. Основ одговорности трећетуженог темељи се на одредбама члана 170 ЗОО, које говоре о одговорности предузећа код проузроковања штете. Друготужени је као радник трећетуженог, у моменту кад се догодила саобраћајна незгода, возио возило које је у власништву трећетуженог, и то за време радног времена обављајући радни задатак.

Одредба члана 170 ЗОО прописује могућност ослобађања предузећа одговорности за накнаду штете ако предузеће докаже да је његов радник у датим околностима поступао онако како је требало, а то у суштини значи да је предузеће у циљу своје екскулпације дужно да докаже да кривицом радника није причињена штета трећем лицу. У ствари, за ослобађање од одговорности за накнаду причињене штете захтева се такво понашање радника какво мора да обезбеди предузеће као правни субјект који се бави одређеном професионалном делатношћу.

Током поступка, па ни сада у ревизији трећетужени не доказује да је друготужени као његов запослени, у датим околностима саобраћајног удеса, поступао онако како је требало (с обзиром да је, како се и истиче у ревизији, неприлагођеном вожњом проузроковао оштећење тужиље извршивши теже кривично дело против безбедности јавног саобраћаја, при чему је његов допринос саобраћајном удесу 50%). Стога за причињену штету одговара и трећетужени као предузеће у коме је запослени радио у тренутку проузроковања штете, пошто је у питању штета коју је запослени у раду или у вези са радом проузроковао трећем лицу.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 582/97, од 19. марта 1997)

46

Предузеће се не може ослободити одговорности за штету коју је запослени проузроковао трећем лицу у раду или у вези са радом, ако не докаже да је запослени поступао онако како је требало.

Из образложења:

Пресудом Привредног суда у Новом Саду П. бр. 2736/95 од 21. V 1996. године, усвојен је тужбени захтев и тужени је обавезан да тужиоцу исплати износ од 10.296,86 динара, са затезном каматом по закону, почев од 1. III 1996. године до исплате, и трошкове спора у износу од 830 динара.

Пресудом Вишег привредног суда у Београду Пж. 6922/96 од 3. X 1996. године, одбијена је жалба туженог као неоснована и потврђена је првостепена пресуда.

Против другостепене пресуде тужени је изјавио ревизију због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања и погрешне примене материјалног права.

Међутим, према одредбама члана 385, став 3 ЗПП, погрешно или непотпуно чињенично стање не улази у круг ревизијских разлога.

Врховни суд је, у смислу члана 386 ЗПП, испитао побијану пресуду и нашао да ревизија туженог није основана.

У проведеном поступку нема битне повреде одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на које се у ревизијском поступку пази по службеној дужности.

Према утврђеном чињеничном стању, на регионалном путу Добој–Тузла, код места Пурачић, путничко возило марке „рено 18", рег. број БГ 678-023, којим је управљао Лекић Ђорђе, радник туженог, у благој и непрекидној кривини пробило је заштитну ограду пута и слетело са пута у канал. Том приликом је само возило потпуно уништено, а осигураник тужиоца Пешић Гаврило, као сапутник у возилу, задобио је тешке телесне повреде. Услед задобијених повреда осигураник тужиоца је, решењем СИЗ ПИОР „Војводина" бр. 11790 од 2. X 1985. године, остварио право на инвалидску пензију у тадашњем износу од 1.505,05 динара, и то рачунајући од 29. I 1985, због утврђеног V степена телесног оштећења услед повреде на раду. Осигураник тужиоца, заједно са осталим путницима из возила, против ЗОИЛ „Дунав" Београд, по пресуди Општинског суда у Суботици од 11. V 1987. године, остварио је право на накнаду на име материјалне и нематеријалне штете коју је претрпео у саобраћајном удесу. Радник туженог Лекић Ђорђе, који је у својству возача управљао привредним путничким возилом, због овог саобраћајног удеса оглашен је кривим и кажњен новчаном казном.

Путем вештачења утврђена је валоризована сума свих доспелих износа исплаћене накнаде по основу телесног оштећења за осигураника тужиоца, као и једнократни капитализани износ будуће накнаде за осигураника тужиоца (на основу приступне старости осигураника тужиоца, уз примену одговарајућих актуарских калкулација), у укупном износу од 10.296,96 динара, са пресеком на дан 29. II 1996. године.

На основу изложеног чињеничног стања, привредни судови су правилно применили материјално право када су усвојили тужбени захтев тужиоца са позивом на одредбе члана 139 Закона о пензијском и инвалидском осигурању, дајући за то разлоге на које упућује овај суд.

Привредни судови правилно налазе да за штету коју је радник туженог, у току обављања своје редовне делатности управљајући као возач, причинио фондовима тужиоца (будући да је тужилац у обавези да своме осигуранику исплаћује накнаде на име телесног оштећења насталог при саобраћајном удесу критичном приликом дана 20. XII 1984. године) одговара предузеће у коме је радник радио у тренутку проузроковања штете (према одредбама члана 170, став 1 ЗОО). Тужени није доказао да је запослени у датим околностима поступао онако како је требало. Напротив, његов радник је осуђен у кривичном поступку, а за ослобађање од одговорности за накнаду причињене штете предузеће је требало да докаже да кривицом његовог радника није

причињена штета трећем лицу, то јест да је у критичним околностима запослени поступао по стандардима понашања (онако како је требало), какве иначе мора да обезбеди предузеће као правни субјект који се бави одређеном професионалном делатношћу.

Не стоје наводи ревизије о погрешној примени материјалног права. Наводи на које се указује у ревизији већ су истицани у проведеном поступку (приговор месне ненадлежности, приговор застарелости) и исте наводе је Виши привредни суд правилно оценио, дајући за то разлоге на које се упућује, како се ови не би непотребно понављали.

У ревизији се указује на то да би могао бити одговоран искључиво осигуравајући завод, пошто је возило које је учествовало у удесу било од стране туженог уредно осигурано. Међутим, поред захтева Фонда за пензијско и инвалидско осигурање за накнаду штете насталу употребом возила од осигуравајуће организације предузећа штетника, могуће је поставити захтев за накнаду штете која терети фондове тужиоца (услед исплате накнаде на име телесног оштећења осигураника тужиоца насталог при саобраћајном удесу критичном приликом и непосредно према предузећу штетнику, када су за то испуњени законски услови, као у конкретном случају.

Тужени у ревизији такође истиче да је у проведеном поступку било потребно да се одреди контролно вештачење, с обзиром на то да је тужени током поступка оспорио налаз вештака. Међутим, у проведеном поступку је изведено допунско вештачење, о чему је у списима предмета приложен налаз вештака од 22. III 1996. године. На рочишту од 21. V 1996, на коме је главна расправа закључена, вештак је усмено изнео свој налаз и мишљење, након чега су пуномоћници странака сагласно изјавили да питања и примедаба на налаз вештака немају. Према томе, из списа предмета и изведених доказа у току поступка није произлазила потреба за контролним вештачењем.

На основу наведених разлога, ревизијски наводи нису били од утицаја на правилност побијане другостепене одлуке, па је одлучено у смислу члана 393 ЗПП, као у изреци.

(Пресуда Врховног суда Србије Прев. 147/97, од 14. маја 1997)

47

За штету коју радници проузрокују тако што спаљују кукурузовину на њиви па се ватра прошири и захвати засаде на суседној њиви, одговара радна организација у којој су запослени.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Панчеву П. број 532/93 од 4. октобра 1995. године, првим ставом изреке, делимично је усвојен тужбени захтев тужиоца, па је тужено предузеће обавезано да тужиоцу на име накнаде штете исплати износ од 35.152,00 динара, са законском затезном каматом почев од 4. октобра 1995. године па до исплате, у року од 15 дана, под претњом извршења. Другим ставом изреке, са вишком тужбеног захтева преко досуђеног износа главнице од 35.152,00 динара до траженог износа, одбијен је захтев тужиоца као неоснован. Трећим ставом изреке, тужено предузеће обавезано је да тужиоцу накнади трошкове спора у износу од 1.585,00 динара, у року од 15 дана, под претњом извршења.

Пресудом Окружног суда у Панчеву Гж. број 1630/96 од 17. IX 1996. године, одбијена је као неоснована жалба туженог предузећа и потврђена је наведена пресуда Општинског суда у Панчеву.

Против правноснажне пресуде Окружног суда, тужено предузеће је благовремено изјавило ревизију, побијајући нападнуту пресуду због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу члана 386 ЗПП, Врховни суд налази да ревизија није основана.

У току поступка је утврђено да су радници туженог, умешачи у овом спору на страни туженог, самоиницијативно одлучили да уреде парцелу туженог која се граничи са парцелом тужиоца на којој је била кукурузовина власништво тужене радне организације. За обављање овог посла ангажован је радник, сведок у овом спору, Србин Ђока да обори кукурузовину и узоре парцелу. После обарања кукурузовине и преоравања парцеле, радници туженог предузећа, умешачи у овом спору, упалили су кукурузовину. После извесног времена, ватра се проширила на суседну, тужиочеву парцелу и захватила детелину, па засаде и друго што се налазило на парцели тужиоца. Поводом овог догађаја састављен је и записник комисије за процену штете 26. IV 1988, који је послужио вештаку ангажованом у овом спору да утврди висину причињене штете.

Вештак је на основу података из наведеног записника утврдио штету на парцели тужиоца у износу досуђеном у изреци првостепене пресуде.

Врховни суд налази да су судови на утврђено чињенично стање правилно применили материјално право када су применом члана 170 ЗОО обавезали тужену радну организацију да тужиоцу накнади причињену штету. За овај закључак нижестепени судови су у образложењу нападнутих одлука дали довољне и правилне разлоге, које усваја и Врховни суд.

Неосновани су наводи ревизије да тужено предузеће не сноси одговорност за причињену штету на парцели тужиоца зато што су његови радници приступили уређењу парцеле без посебног налога. Та околност, како су то правилно закључили и судови у својим одлукама, није од значаја за одговорност туженог предузећа за причињену штету. О овом истицању туженог, у образложењу нападнуте одлуке дати су довољни разлози, које прихвата и Врховни суд. Исто тако, неосновано се ревизијом побија део одлуке који се односи на утврђену висину штете, с обзиром да је висина штете утврђена на основу записника комисије сачињеног одмах после настанка штетног догађаја, а налаз вештака током поступка ни у наводима ревизије није доведен у сумњу.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 328/97, од 7. маја 1997)

ОДГОВОРНОСТ ПРЕДУЗЕЋА

48

Паљење мина у рудницима представља опасну делатност, па стога за штету коју претрпи палилац мина, предузеће одговара објективно; али, ако је наступању штете допринео и сам оштећени, он има право само на сразмерно смањену надокнаду.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, брачни друг тужиље Најмије а отац осталих тужилаца Реџеп Зенелај је на радном месту, дана 20. августа 1987. године задобио повреде од којих је умро. Наиме, покојни Реџеп био је

рударски радник – палилац мина код туженог. Критичном приликом, са прописане удаљености од чела радилишта, покушао је паљење мина. Како му ово није успело због прекида на електричном каблу, сам је, у намери да обави посао, установио овај недостатак и отклонио га на удаљености од 81,5 метара од чела радилишта. Затим је, уместо да се врати на прописану удаљеност од 200 метара од чела радилишта, са тог места извршио паљење мина. Приликом експлозије, камен га је ударио у слепоочницу и од те повреде је умро.

Полазећи од ових чињеница, нижестепени судови су правилно закључили да за штету коју су тужиоци претрпели и коју трпе одговара тужени по основу објективне одговорности, као лице које се бави опасном делатношћу. Међутим, те одговорности се тужени делимично ослобађа јер је и покојни Рецеп делимично допринео настанку штете, с обзиром да је уместо са одстојања од 200 метара од чела радилишта паљење мина вршио са удаљености од свега 81,5 метара, што није била безбедна удаљеност, а што је покојном Рецепу као обученом раднику било познато. Имајући у виду изложено, а водећи рачуна о свим конкретним околностима случаја, нижестепени судови су правилно применили материјално право (одредбу члана 177, став 3 и члана 192, став 2 ЗОО) када су закључили да допринос покојног Рецепа настанку штете износи 50% и да се у тој сразмери тужени ослобађа одговорности; значи, не у целости.

Имајући у виду Рецепову животну доб у моменту смрти, животну доб тужиље Најмије као брачног друга и њихове малолетне деце, износ правичне накнаде за претрпљене душевне болове због Рецепове смрти у износу од по 20.000 динара сваком од тужилаца правилно је утврђен, с обзиром на душевне патње које су тужиоци претрпели и које ће трпети због смрти мужа, односно оца. Овај износ утврђене накнаде у складу је са њеном сврхом, а тужени је правилно обавезан да тужиоцима накнаду исплати у сразмери са својом одговорношћу.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 774/97, од 7. маја 1997)

ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ

49

За штету због погибије војника током 1992. године, држава СРЈ одговара без обзира на кривицу, јер је војна служба у то време обављана уз повећану опасност и имала је карактер опасне делатности.

Из образложења:

Према чињеничном стању утврђеном у поступку, тужиоци су брачни друг, деца и мајка пок. Марка Илића, рођеног 21. јуна 1949. године, који је као припадник ВП 3164 Дервента (садашња ВП 7127 Дервента) погинуо 9. маја 1992. године услед напада усташких формација. У вансудском поступку, његовом брачном другу и кћери, на име једнократне новчане помоћи, исплаћен је износ од 2.316,60 динара, по решењу генералштаба Војске Југославије.

Полазећи од утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно усвојили тужбени захтев за исплату нематеријалне штете тужиоцима као члановима уже породице погинулог лица, уз разлоге које прихвата и Врховни суд, па не стоје наводи ревизије о погрешној примени материјалног права.

Према члану 218, став 2 Закона о служби у оружаним снагама, који је био на снази током 1991. и 1992. године, за штете настале у вези са вршењем војне службе одговара федерација по општим прописима за накнаду штете.

Савезна Република Југославија наставила је непрекинути субјективитет бивше СФРЈ, тако да одговорност за накнаду насталих штета лежи на њеној страни. У питању је објективна одговорност по основу претпостављене узрочности, за штету насталу од опасне ствари или вршењем опасне делатности. Објективна одговорност из општег прописа за накнаду штете, установљена је одредбом члана 173 и 174 ЗОО, која није предвиђена за било коју опасност, већ само за ону која се сматра неуобичајеном и несвакидашњом, а војна служба током 1992. године, када је дошло до штетног догађаја, обављана је уз повећану опасност за припаднике бивше војске ЈНА, тако да је вршење ове службе представљало у суштини опасну делатност. Стога, за штету, па и нематеријалну, коју су претрпели припадници оружаних снага у поменутим околностима, постоји објективна одговорност федерације, јер је ЗОО утврдио претпоставку узрочности пошто се сматра да штета потиче од делатности обављане у условима повећане опасности.

Према томе, полазећи од изложеног, припадници бивше ЈНА и територијалне одбране, и добровољци укључени у ЈНА или територијалну одбрану, без обзира на садашње држављанство, имају право да од државе СРЈ захтевају правичну накнаду нематеријалне штете коју су претрпели у оружаним сукобима или у другим војним активностима са повећаном опасношћу предузетим у циљу заштите Устава и закона, у 1991. па до 19. маја 1992. године, односно најкасније до дана када се последња војна јединица повукла у СРЈ, по основу објективне одговорности. Ови оружани сукоби, као предвидљиви, не представљају разлог више силе за ослобађање одговорности за накнаду нематеријалне штете у смислу члана 177, став 1 ЗОО. Држава СРЈ може се ослободити одговорности за накнаду штете у целини или делимично само ако докаже да је штета настала под условима из члана 177, став 2, 3 и 4 ЗОО.

Тужиоци, као чланови уже породице погинулог лица у описаним условима, који је погинуо као припадник бивше војске ЈНА приликом одбране у селу Збориште од напада усташких формација, имају право на правичну новчану накнаду за њихове душевне болове, у смислу одредбе члана 201 ЗОО.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1887/97, од 18. јуна 1997)

ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ШТЕТУ КОЈУ УЗРОКУЈУ ЊЕНИ ОРГАНИ

50

Држава је одговорна за штету коју њени органи узрокују другоме одузимањем ствари, уколико се покаже да је одузимање било правно неосновано.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, против тужиоца је вођен кривични поступак због кривичног дела недозвољене трговине, па му је 22. VII 1995. године у Прешеву одузето 5 комада телади тежине 729 килограма. Пошто је јавни тужилац одустао од оптужбе 12. X 1995. године, то је пресудом Општинског суда у Прешеву К. бр. 294/95 од 13. XI 1995, оптужба одбијена. Међутим, одузета телад је заклана, а новац од откупа тог меса исплаћен је у буџет Републике.

Код овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су обавезали тужену Републику да накнади штету коју је тужилац претрпео одузимањем телади без правног основа, и то према тржишној цени коју је Република добила за 729 килограма живе мере. Наиме, нижестепени судови су правилно закључили да се овде ради о накнади штете коју је претрпео тужилац од органа Републике Србије, због чега је Република Србија дужна да штету накнади.

Неосновани су ревизијски наводи којима се истиче да Република Србија не може одговарати по основу кривице јер се у нижестепеним пресудама не објашњава који су то органи Републике Србије одговорни. Ово због тога што је у смислу чл. 172 Закона о облигационим односима, правно лице обавезно да накнади штету коју је његов орган учинио, а у конкретном случају штету су причинили органи унутрашњих послова, тиме што су одузели телад, затим јавни тужилац подизањем оптужног предлога. Међутим, чак и да не постоји кривица за насталу штету од стране органа Републике Србије, Република Србија је дужна да врати новац од телади пошто је тај износ уплаћен на њен рачун, јер би се она у том случају неосновано обогатила, у смислу чл. 210 Закона о облигационим односима.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 4862/96, од 21. јануара 1997)

51

Држава је одговорна за штету у виду душевних болова, коју су њени органи другоме нанели неоснованим лишењем слободе.

Из образложења:

У поступку пред првостепеним судом утврђено је да је тужилац – по решењу МСУП-а Суботица – Кањижа, бр. Ку. 2363/83 од 13. X 1983. године, које је потврђено решењем Вишег суда у Суботици Кв. 78/83 од 21. X 1983. и по решењу Вишег суда у Суботици број Кри. 96/83 од 15. X 1983. – провео у притвору време од 13. октобра 1983. до 22. новембра 1983. године, када му је притвор био укинут на основу решења Вишег суда у Суботици Кв. бр. 93/83 од 22. новембра 1983. Тужилац је био у притвору у наведеном времену у вези са кривичним поступком против привреде, тј. за кривична дела против привреде и против службене дужности, али неосновано, јер је општински јавни тужилац одустао од даљег гоњења против окривљеног. На основу прилога из штампе, утврђено је да је покретање кривичног поступка против тужиоца због наведених кривичних дела (хапшење и притварање) било предмет више новинских написа, а затим, да је притварање и боравак тужиоца у истражном затвору довело до психичког стреса, до осећања угрожености, страха, неизвесности, немогућности адекватне одбране и до осећања понижености. Због неконтролисаних написа у штампи, тужилац је имао осећај обележености, те да је због тога доживљавао психичке патње које су нарочито доминирале првих годину дана. Тужена Република Србија не побија утврђење у погледу психичког доживљавања и патњи тужиоца, које се заснива на налазу и мишљењу вештака неуропсихијатра Опште болнице у Суботици.

На основу налаза и мишљења вештака о психичким реперкусијама због притварања, о интензитету и трајању страха код тужиоца током боравка у истражном затвору, о доживљају повреде части, угледа, слободе, о трајању тог стресног утицаја, јер је реч о дугогодишњим доживљајима душевних

болова изазваним притварањем, и имајући у виду све описане последице – Врховни суд налази да би у складу са одредбом чл. 200 Закона о облигационим односима, правична накнада за овај вид нематеријалне штете тужиоцу износила укупно 20.000 динара, па је овај износ и досудио.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3555/97, од 31. јула 1997)

ОДГОВОРНОСТ РАДНИКА ДРЖАВНОГ ОРГАНА

52

Рачунополагач државног органа, који ташну са новцем стави испод седишта аутомобила да би помогао возачу да замени гуму на точку аутомобила, поступа са грубом непажњом и одговоран је органу због крађе новца.

Из образложења:

У проведеном поступку је утврђено да је тужени дана 16. маја 1992. године, као рачунополагач Амбасаде СРЈ у Риму, из банке подигао износ означен у првостепеној пресуди за потребе амбасаде, с тим што су се са њим налазили конзул и возач у амбасади. Пошто је новац подигнут, сва тројица су сели у кола и кренули према амбасади, а тада су приметили да је задња десна гума испустила ваздух. Аутомобил су паркирали испред Министарства индустрије Италије, у улици која је узана и врло прометна. Утврђено је такође да су најпре отишли у кафић који се налазио преко пута кола да се освеже, и да је тужени све време боравка у кафићу имао ташну са новцем код себе. После освежења, тужени је ташну ставио испод сувозачевог седишта и изашао да помогне возачу око замене гуме, док је сведок Булатовић за то време стајао са исте стране кола са које су тужени и возач мењали гуму, с тим што су прозори на вратима кола били затворени, а врата закључана. После замене гуме тужени је приметио да нема ташне са новцем, а нико од присутних није у близини кола уочио неко непознато лице.

Код тако утврђеног чињеничног стања, правилна је оцена нижестепених судова да је тужени, у смислу одредаба члана 154 и 158 Закона о облигационим односима и члана 121, став 1 Закона о основама система државне управе, и Савезном извршном већу и савезним органима управе одговоран за штету коју је тужилац критичном приликом претрпео.

Одредбама члана 154 и 158 Закона о облигационим односима прописано је да ко другоме проузрокује штету, дужан је штету надокнадити, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице, а да кривица постоји када је штетник проузроковао штету намерно или непажњом. Одредбом члана 21, став 1 Закона о основама система државне управе, и Савезном извршном већу и савезним органима управе прописано је да је радник у савезном органу управе који на раду, односно у вези са радом намерно или из крајње непажње проузрокује штету органу управе у коме ради, дужан да ту штету накнади.

Имајући у виду цитиране законске одредбе и чињенице да је тужилац носио већу суму новца за потребе амбасаде, што значи да је за новац био и одговоран, да је био упознат са постојањем организованих група криминалаца и са последицама које могу евентуално да наступе, и по оцени Врховног суда постоји узрочна веза између штетног догађаја и самог понашања тужиоца у

описаним околностима. Тужени је, по правилној оцени нижестепених судова, исказао грубу непажњу оног момента када је ташну са новцем спустио испод седишта кола да би помогао возачу да промени гуму, јер је његов превасходни задатак био да новац безбедно пренесе до амбасаде. Да новац није оставио ван свог притежања, исти му не би могао бити одузет, осим употребом физичке силе, у ком случају не би ни био одговоран за причињену штету.

Имајући изложено у виду, на правилност побијане пресуде немају утицаја ревизијски наводи и наводи из захтева за заштиту законитости, којима се указује на висок степен професионализма у извршењу кривичних дела од стране организованих група у Риму и на то да је ташна била обезбеђена испод сувозачевог седишта. Управо такво тужиочево сазнање и његово лично искуство у том смислу требало је да га руководи на посебне мере предострожности.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 3935/96, Гзз бр. 98/96, од 19. фебруара 1997)

ОДГОВОРНОСТ ЗА ОПАСНЕ СТВАРИ

53

Сопственик опасне ствари ослобађа се одговорности ако докаже да је штета настала искључивом радњом оштећене, коју он није могао предвидети и чије последице није могао избећи или отклонити.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Лозници П. 898/94 од 21. III 1995. године, одбијен је тужбени захтев тужиље којим је тражила да јој тужени, на име ренте солидарно плате износ од 162,00 динара месечно, почев од 1. II 1994. године па убудуће, а до десетог у месецу за текући месец, и утврђено је да свака странка сноси своје трошкове поступка.

Пресудом Окружног суда у Шапцу Гж. 876/95 од 25. I 1996. године, одбијена је као неоснована жалба тужиље и потврђена је првостепена пресуда.

Против пресуде Окружног суда тужиља је благовремено изјавила ревизију због битне повреде одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

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

У поступку није учињена битна повреда одредаба парничног поступка из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на коју ревизијски суд пази по службеној дужности, а не стоје ни наводи у ревизији да је учињена битна повреда одредаба парничног поступка из чл. 354, ст. 2, т. 13 ЗПП, јер су, по оцени Врховног суда, разлози пресуде нижестепених судова јасни, и нису противречни.

Предмет тужбеног захтева је накнада штете због повреде на раду од опасне ствари.

Тужиља је 22. октобра 1989. године, радећи код тужених на берби кукуруза, задобила тешку телесну повреду, до које је дошло тако што је гурнула руку између ваљака берача и том приликом је изгубила четири прста леве шаке.

Спорно је било како је дошло до повреде тужиље. По налазу вештака, сви делови берача, који могу бити опасни, били су прописно заштићени лимом. У проведеном поступку је утврђено да је до повреде дошло на тај начин што је тужиља са места на којем је стајала под углом од 90 степени, гурнула леву руку испод заштитног лима, тако да јој се шака нашла између ваљака берача. Тужиља је од стране туженог Драгутина била упозорена да не прилази берачу, што је приликом саслушања сведока несумњиво утврдио првостепени суд.

Код овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно применили одредбу чл. 177, ст. 2 Закона о облигационим односима, којом је предвиђено да се ималац опасне ствари ослобађа од одговорности ако докаже да је штета настала искључиво радњом оштећеника, коју он није могао предвидети и чије последице није могао избећи или отклонити.

Неосновани су ревизијски наводи којима се истиче да постоји одговорност тужених због тога што у процесу брања кукуруза радници бацају клипове кукуруза у кош берача, због чега долазе у близину берача. У проведеном поступку је на несумњив начин утврђено да су ваљци на берачу тако заштићени да не постоји могућност да се радник повреди ако прође поред берача. Неосновани су и ревизијски наводи којима се истиче да не постоји кривица тужиље за насталу повреду зато што она није требало да ради те послове, а није ни упозорена на конкретну опасност од ваљака берача. Овим наводима се побија утврђено чињенично стање, а сходно чл. 385, ст. 3 ЗПП, ревизија се не може изјавити због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 1994/96, од 18. децембра 1996)

54

Ималац опасне ствари може се ослободити одговорности само ако докаже постојање неке од чињеница које искључују његову одговорност. Када услед укључења електричне струје, пре него што је квар на електричној мрежи отклоњен, настрадају оштећеникове овце, накнада обухвата вредност оваца и измаклу добит (вуна, млеко, јагњад).

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Зајечару П. бр. 2241/94 од 21. марта 1996. године, првим ставом изреке, усвојен је тужбени захтев тужиоца и тужени је обавезан да тужиоцу на име накнаде штете исплати 1.800,00 динара и на име изгубљене добити од 3.335,70 динара, са законском каматом од 21. III 1996. до исплате. Другим ставом изреке обавезан је тужени да тужиоцу накнади трошкове парничног поступка у износу од 1.737,00 динара.

Пресудом Окружног суда у Зајечару Гж. бр. 1347/96 од 29. јула 1996. године, одбијена је као неоснована жалба туженог и потврђена је пресуда Општинског суда у Зајечару П. бр. 2241/94 од 21. марта 1996. године.

Против правноснажне пресуде Окружног суда у Зајечару тужени је у законском року изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

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

Наиме, у проведеном поступку није учињена битна повреда из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности, а на коју указују у разлози ревизије. Ово зато што нису основани наводи ревизије да је тужилац тужбени захтев по вредности определио на износ од 500,00 динара, а да је тек током поступка на основу процене вештака исти изменио на увећани износ од 5.135,70 динара. Из садржине списа (тужбе) види се да се тужбени захтев тужиоца односи на новчани износ, па се стога као вредност предмета спора узима у обзир вредност главног захтева (члан 35 и члан 40 ЗПП), а тужилац је тужбом тражио да му тужени на име накнаде штете исплати износ од 1.000,00 динара, а на име накнаде измакле користи износ од 5.000,00 динара, што значи да је тужени у моменту пријема тужбе знао да вредност предмета спора прелази износ од 2.500,00 динара.

Поред тога, према стању ствари у списима, побијана пресуда није захваћена ни битном повредом из члана 354, став 2, тачка 13 ЗПП, будући да садржи потпуно јасне и сагласне разлоге о свим спорним, одлучним чињеницама, а нема ни других недостатака због којих се не би могла испитати.

Остали разлози ревизије о битним повредама (као и разлози о погрешној примени материјалног права) у ствари оспоравају оцену изведених доказа и чињенично стање утврђено у проведеном поступку, те околности према одредби члана 385, став 3 ЗПП не могу бити предмет побијања ревизијом.

Неосновани су и разлози ревизије о погрешној примени материјалног права.

Наиме, предмет овог спора је тужбени захтев за накнаду штете. У проведеном поступку утврђено је да је дана 19. VII 1994. године, због олује и ломљења грана, дошло до кидања жице нисконапонске мреже на имању тужиоца. Тужилац је туженом пријавио квар на мрежи и струја је у том делу искључена. Међутим, такође је утврђено да је пре отклањања квара, и без најаве, струја поново укључена, услед чега су овце тужиоца угинуле. Утврђено је да је тиме тужилац, због настрадале четири овце, претрпео штету у висини од 1.800,00 динара, док губитак у приходима (вуни, млеку и јагњади) износи 3.335,70 динара.

Утврђено је и да тужилац Јован Андрејевић својим понашањем није допринео штетном догађају, јер на његовој страни нема пропуста за насталу штету пошто је туженом пријавио кидање кабла а овце је пустио на пашу када је тужени искључио струју, па стога он није могао предвидети да ће тужени пустити струју а да претходно не отклони квар на нисконапонској мрежи, нити о томе обавести тужиоца.

С обзиром на овако утврђене околности које су довеле до угинућа оваца тужиоца и настале штете, а како тужени није доказао да је штета потекла од неког другог узрока који се налазио ван ствари, односно да је штета настала искључиво радњом оштећеника или трећег лица, чије дејство односно радњу није могао предвидети, ни избећи, ни отклонити – Окружни суд је правилно применио одредбе Закона о облигационим односима када је усвојио тужбени захтев тужиоца.

Наиме, за штету од опасне ствари односно опасне делатности одговара лице које се њоме бави, без обзира на кривицу, јер се претпоставља да штета потиче од те ствари односно делатности ако се супротно не докаже, а штетник се може ослободити одговорности ако докаже да је штета настала вишом

силом, радњом оштећеног или трећег лица, које он није могао предвидети и чије последице није могао избећи или отклонити (члан 173, 174, 177 Закона о облигационим односима). Терет доказивања неодговорности лежи на штетнику. Значи, он је тај који мора доказати да није одговоран за насталу штету, па како тужени – Јавно предузеће за дистрибуцију електричне енергије „Електротимок" Зајечар, „Електродистрибуција" Зајечар – није доказао да су испуњени услови, предвиђени наведеним одредбама Закона о облигационим односима, који би га као имаоца опасне ствари ослободили од одговорности, то наводи ревизије у погледу примене материјалног права нису основани.

Ревизијом тужени не напада посебно одлуку другостепеног суда у погледу висине досуђене накнаде, а Врховни суд налази да су правилно примењене одредбе члана 185, 189 и 190 наведеног закона, јер је накнада досуђена у износу који је потребан да се тужиочева материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да штетни догађај није наступио.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 6183/96, од 25. фебруара 1997)

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ УЗРОКОВАНУ ВОДОМ У ВОДОВОДНИМ ИНСТАЛАЦИЈАМА

55

Вода у водоводним инсталацијама има својства опасне ствари, па стога за штету коју она узрокује одговара ималац инсталације без обзира на кривицу.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању у ноћи између 24. и 25. јуна 1992. године излила се вода у стану чији је ималац тужени. Вода је из тог стана продрла у стан тужиље који се налази испод стана туженог. Том приликом је дошло до оштећења на улазу, купатилу, просторији за ручавање и радној кухињи: оштећен је молерај плафона, појавиле су се жуте флеке, одлепљене су јутане тапете у малој површини, а оштећен је и фурнир на вратима плакара; у купатилу је оштећен молерај зида, а код улазних врата и зидна грејалица која не ради услед контакта са водом јер је вода изазвала кратак спој. Саслушан као странка, тужени је признао чињеничну тврдњу тужиље да је његов стан критичне ноћи поплављен и да је вода продрла у стан тужиље. Међутим, он сматра да за насталу штету није крив, јер је запушење водоводних инсталација изазвао његов претходник у стану. Висина штете утврђена је на основу налаза и мишљења вештака грађевинске струке – у износу од 1.631,24 динара.

На тако утврђено чињенично стање које се, у смислу члана 385, став 3 ЗПП, не може оспоравати у ревизији, правилно је примењено материјално право када је тужбени захтев усвојен.

Вода у водоводним инсталацијама представља опасну ствар због својих природних својстава, па се зато сматра да штета настала у вези са таквом ствари потиче од те ствари, изузев ако се у смислу члана 173 ЗОО не докаже да вода није била узрок штете. С обзиром да, у смислу члана 174 ЗОО, за штету од опасне ствари одговара њен ималац (у овом случају тужени) по

основу објективне одговорности и да је он признао узрочну везу између штете и последице (да је вода била узрок штете), то је он правилно обавезан на накнаду материјалне штете, иако по другом основу а не по основу кривице, како то иначе утврђују нижестепени судови.

Ранији ималац стана, који је по тврдњи туженог запушио водоводне инсталације, не може се у конкретном случају сматрати трећим лицем чија би радња искључивала одговорност туженог у смислу члана 177, став 2 ЗОО. У моменту штете, искључиви ималац стана био је тужени и он је одговоран по правилима објективне одговорности. „Трећим" би се у смислу цитиране одредбе сматрало лице које би непосредно деловало на постојећу ствар у моменту изливања водоводних цеви, што овде није случај, и због чега је истакнути приговор туженог неоснован.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 6166/96, од 12. марта 1997)

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ЗБОГ НЕОДРЖАВАЊА ПЕШАЧКОГ МОСТА

56

Општина је одговорна за штету лицу које је, прелазећи пешачким мостом преко железничке пруге (пасареле), на месту на коме је недостајала даска, пало и задобило тешке телесне повреде.

Из образложења:

У првостепеном поступку је утврђено да је тужиља 27. августа 1987. године, због неодржавања пешачког моста (пасареле) преко железничке пруге у Суботици, пала и задобила тешке телесне повреде. Од тих повреда код тужиље су остале трајне последице у виду смањене животне активности од 30%, претрпела је болове прво јаког интензитета, пре и после операције, затим средњег интензитета око десет дана и пет недеља слабог интензитета као и после скидања гипса. Трпи наруженост на лакту у дужини од 10 сантиметара, на потколеници два сантиметра, на носу и десној обрви, и дискретне деформације десног стопала. Претрпела је примарни страх максималног интензитета у првим часовима до пружања лекарске помоћи, а затим секундарни страх мањег интензитета прве две недеље. Утврђено је да је пасарелу 1930. године изградио правни претходник тужене Општине Сенат-града Суботице и да је пасарела, као пешачки мост, у надлежности комуналних општинских органа за одржавање. Утврђено је и да је недостајала даска на мосту на коме је тужиља пала, и да је то последица неодржавања моста.

Према овако утврђеном чињеничном стању, правилно је примењено материјално право када је захтев тужиље у односу на тужену општину усвојен за наведене видове нематеријалне штете у досуђеним износима.

Оваква одлука је у складу са одредбом члана 174, у вези са чланом 200 и 189 Закона о облигационим односима, тако да Врховни суд сматра да су досуђене накнаде за утврђене видове нематеријалне штете правичне.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 5301/96, од 14. октобра 1997)

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ОД ГРАЂЕВИНЕ

57

За штету која настане као последица нестручно изведене гасне инсталације, солидарно одговарају наручилац и извођач радова.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Новом Саду П. 6358/94 од 10. јула 1995. године, обавезани су туженици да солидарно плате тужиоцима укупан износ од 35.953 динара за штету насталу на стамбеној згради тужилаца, са законском затезном каматом почев од 30. јануара 1995. па до исплате, и за штету на личним стварима 11.535,00 динара са законском затезном каматом почев од 6. јуна 1995. године па до исплате. Истом пресудом обавезани су тужени да солидарно плате тужиоцима на име штете, и то: тужиоцу Александру за умањење животних активности 60.000,00 динара, за физичке болове 30.000,00 динара, за наруженост 35.000,00 динара, за претрпљени страх 25.000,00 динара; тужиљи Љиљани за умањење животних активности 17.000,00 динара, за претрпљене физичке болове 16.000,00 динара, за наруженост 18.000,00 динара, за претрпљени страх 14.000,00 динара; малолетној тужиљи Вањи за умањење животних активности 16.000,00 динара, за претрпљене физичке болове 16.000,00 динара, за наруженост 15.000,00 динара, за претрпљени страх 13.000,00 динара; малолетној тужиљи Доротеји за умањење животне активности 12.000,00 динара, за физичке болове 10.000,00 динара, за наруженост 13.000,00 динара, за претрпљени страх 10.000,00 динара; и малолетној тужиљи Олги за умањење животне активности 24.000,00 динара, за физичке болове 16.000,00 динара, за наруженост 18.000,00 динара, и за претрпљени страх 12.000,00 динара – све са законском затезном каматом од 10. јула 1995. године па до исплате.

Пресудом Окружног суда у Новом Саду Гж. 1285/96 од 15. маја 1996. године, у првом ставу изреке, укинута је првостепена пресуда: у целости у односу на првотуженог ДДОР „Нови Сад" из Новог Сада, а у односу на остале тужене – у делу у коме су ови тужени обавезани да солидарно исплате материјалну штету на стамбеној згради тужилаца у износу од 35.953,00 динара са законском затезном каматом, почев од 30. јануара 1995. па до исплате, и у делу којим је одлучено о трошковима парничног поступка. Предмет је враћен првостепеном суду на поновно суђење у укинутом делу. Истом пресудом, у другом ставу изреке, одбијене су као неосноване жалбе туженихх: Прве месне заједнице из Темерина и Јаноша Кобача. У односу на њих, потврђена је првостепена пресуда у осталом делу.

Против другостепене пресуде, благовремено су изјавили ревизије тужени – Прва месна заједница из Темерина и Јанош Кобач – побијајући исту у другом ставу изреке због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу чл. 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да ревизије нису основане.

Другостепена пресуда у побијаном делу не садржи битне повреде из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на које ревизијски суд пази по службеној дужности.

Такође нема ни других битних повреда на које се у ревизијама указује, јер је првостепену пресуду донело исто веће пред којим је одржано последње рочиште за главну расправу, а нижестепени судови су у образложењима својих одлука навели довољне и јасне разлоге о свим битним чињеницама.

Према утврђеном чињеничном стању, у току 1991. године, тужени Јанош је као власник приватне занатске радње „Хидротерм" из Темерина изводио радове на постављању гасне инсталације на подручју Месне заједнице у Темерину, и то по уговору закљученом 8. маја 1991. године између тужене Прве месне заједнице Темерин, као инвеститора, и занатске радње туженог Јаноша, као извођача радова. Овим уговором извођач се обавезао да након завршетка радова обавести инвеститора и од стручне комисије затражи технички пријем обављених радова. Међутим, након завршетка радова извођач је пропустио да испита постављену гасоводну мрежу, као и да обавести надзорни орган да изврши контролу изведених радова, па је због нестручно изведених радова дошло до истицања гаса из мреже. Гас је доспео у кућу тужилаца и 9. октобра 1991. године дошло је до експлозије у кући када је тужилац Александар хтео да припали цигарету. У време експлозије сви тужиоци налазили су се у кући и сви су задобили вишеструке тешке телесне повреде. Због ових повреда код свих тужилаца дошло је до трајног умањења животних активности: код тужиоца Александра за 80%, код тужиље Љиљане за 25%, код тужиље Вање за 15%, код тужиље Доротеје за 10% и код тужиље Олге за 10%. Такође, сви тужиоци трпели су физичке болове високог до средњег интензитета и интензивни страх за живот који је оставио психичке последице. Исто тако, код свих тужилаца остало је наружење, и то код тужиоца Александра најтежег степена, а код малолетне тужиље Олге лаког степена, док је наруженост код осталих тужилаца средњег степена. Тужилац Александар је рођен 1955. године, а тужиља Љиљана 1956. године, док су малолетне тужиље у време повређивања имале: Вања 12 година, Доротеја 9 година и Олга 5 година. Имајући у виду проценат умањења животних активности, интензитет физичких болова и страха, степен наруженост, дужину трајања болова и страха, доба старости тужилаца и психичке последице – сви тужиоци су обештећени за нематеријалне видове у износима ближе означеним у изреци првостепене пресуде. Уз то, тужиоци су имали и материјалну штету на личним стварима у укупној вредности од 11.535,00 динара.

Полазећи од оваквог чињеничног стаја а примењујући одредбе чл. 154, ст. 1, 190, 200 и 207 Закона о облигационим односима, нижестепени судови су правилно закључили да је настала штета за тужиоце у узрочној вези са понашањем тужених – Прве месне заједнице из Темерина и Јаноша Кобача – и да су они солидарно одговорни за ову штету, и то тужена Месна заједница као наручилац радова, а тужени Јанош као извођач радова, па су дужни и да је накнаде у правилно утврђеним и одмереним износима са досуђеном каматом.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 4138/96, од 19. марта 1997)

58

Ако се штета на кући тужилаца не може поправити и убудуће отклонити због опасности плављења изазване изградњом атмосферске канализационе мреже, извођач и наручилац су солидарно одговорни за проузроковану штету и дужни су да изграде тужиоцима другу стамбену зграду, с тим да им тужиоци предају своју кућу.

Из образложења:

Правноснажном пресудом Окружног суда у Сомбору Гж. 272/96 од 24. VI 1996. године, одбијене су странке и потврђена је пресуда Општинског суда у Кули П. 45/95 од 11. IX 1995. године: 1) делимично је усвојен тужбени

захтев и тужени су обавезани да тужиоцима, солидарно са Фондом за грађевинско земљиште, обезбеде грађевинско земљиште површине 0,6 ари и 94 m^2 у Кули и изгради двојну стамбену зграду од два двособна стана, гараже, шупе, свињца и чардака (ближе описаним и у мерама датим у овом делу изреке), а све о свом трошку и у року од годину дана, под претњом извршења, уз истовремену обавезу тужилаца да туженом предају стамбену зграду у ул. Травничка бр. 6, као и уз истовремену обавезу странака да међусобно издају исправе подобне за земљишнокњижни пренос власништва на некретнинама и земљишнокњижни упис; 2) одбијен је тужбени захтев да се обавеже тужени да солидарно са Фондом за грађевинско земљиште изгради тужиоцима двојну стамбену зграду као у претходном делу изреке, а на удаљености од 500 m од куће тужилаца у Кули у ул. Травничка бр. 6; 3) обавезан је тужени да тужиоцима накнади паричне трошкове од 10.782,50 динара, са законском затезном каматом од 11. IX 1995. године до коначне исплате.

Против ове пресуде је тужени ЈП „Комуналац" из Куле изјавио ревизију због битних повреда поступка и погрешне примене материјалног права.

Ревизију је изјавио и Фонд за грађевинско земљиште у Кули.

Испитујући побијану пресуду, у смислу чл. 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да је неоснована ревизија туженог ЈП „Комуналац" из Куле.

У поступку није учињена битна повреда из чл. 354, ст. 2, т. 10 ЗПП, на коју се пази по службеној дужности.

Побијана пресуда нема недостатака због којих се не би могла испитати, јер је другостепени суд оценио све одлучне наводе жалбе туженог и о томе дао јасне и непротивречне разлоге, као и о свим битним чињеницама које је у складу са садржином изведених доказа утврдио првостепени суд. Стога се у ревизији неосновано наводи да је учињена битна повреда поступка из чл. 354, ст. 2, т. 13 ЗПП.

У поступку је утврђено да су тужиоци сувласници са 1/2 дела двојне породичне стамбене зграде у Кули, Травничка 6, земљишнокњижно уписане и легално изграђене на плацу – парцелама бр. 782/1 и бр. 782/3. Стамбена зграда се налази у удолини, а асфалтирањем улица и тротоара нестало је природно регулисање атмосферских падавина. Правни претходник туженог ЈП „Комуналац" био је извођач радова у Травничкој улици 1981. године на изградњи атмосферске канализационе мреже, која пролази кроз двориште и испред куће тужилаца. Услед неквалитетно изведених радова на траси мреже лоцираној кроз двориште и поред стамбеног објекта и помоћних објеката тужилаца, као и услед спајања канализационе мреже из других улица са мрежом у Травничкој улици, што је дозволио тужени, оштећују се стамбени и помоћни објекти тужилаца, јер у периоду великих падавина вода из канализационе мреже плави те објекте и земљиште тужилаца. Они ту штету нису могли отклонити и поред предузетих мера (подизање нивоа куће изградњом бетонске терасе) за спречавање уласка воде у кућу, јер због узрока настанка, отклањање штете превазилази могућности тужилаца.

С обзиром да се штета на кући тужилаца није могла санирати и за убудуће отклонити, услед плављења као извора опасности изазваног изградњом атмосферске канализационе мреже, нижестепени судови су правилно

закључили да је основан тужбени захтев да тужени солидарно са инвеститором радова, тужиоцима изгради другу идентичну стамбену зграду са помоћним објектима у Кули, с тим да тужиоци своју стамбену зграду предају туженом. За закључак о томе судови су дали правилне разлоге у складу са правилима одштетног права садржаним у одредбама чл. 154, 156, 159 и чл. 185 Закона о облигационим односима.

Тужени и у ревизији понавља навод да није био једини извођач радова на изградњи атмосферског канализационог система. Другостепени суд је правилно оценио да овај навод није од утицаја на солидарну обавезу туженог да на изложени начин тужиоцима отклони штету услед сталне опасности плављења њихових објеката. Правни претходник туженог је био извођач радова у Травничкој улици на атмосферској канализационој мрежи и траси те мреже лоцираној у дворишту тужилаца, а дозволио је спајање мреже у тој улици са канализационим системом из других улица. Стога је другостепени суд правилно закључио да за предметну штету тужиоцима постоји солидарна одговорност туженог као извођача са инвеститором радова.

Против другостепене пресуде ревизију је поднео и Фонд за грађевинско земљиште у Кули, означавајући се умешачем на страни туженог ЈП „Комуналац" из Куле.

Испитујући ту ревизију, у смислу чл. 392 ЗПП, Врховни суд је нашао да је недозвољена.

Тужиоци су у овом спору тражили да се на предметну чинидбу солидарно обавежу два тужена: 1) инвеститор радова – СИЗ за локалне путеве, комуналну делатност и грађевинско земљиште у Кули (правни претходник Фонда за грађевинско земљиште); и 2) извођач радова ЈП „Комуналац" из Куле. Захтев је усвојен пресудом П. 799/86 од 29. XII 1988. године, која је постала правноснажна у односу на тужени СИЗ. Та пресуда је по ревизији укинута у односу на другог солидарног обвезника – тужени ЈП „Комуналац". У наставку парнице донета је побијана пресуда.

Умешач је треће лице у парници која тече међу другим лицима, и може се придружити једној од странака, ако има правни интерес да та странка успе у парници (чл. 206, ст. 1 ЗПП). У овом спору тужена су два лица као солидарни обвезници. Један од тужених био је ранији СИЗ, правни претходник Фонда за грађевинско земљиште. У односу на тог туженог донета је правноснажна пресуда. Стога Фонд за грађевинско земљиште као правни следбеник тог туженог, остаје у истој улози и нема статус умешача у наставку парнице према другом туженом ЈП „Комуналац" као солидарном обвезнику исте чинидбе, која је окончана побијаном дугостепеном пресудом. Правно дејство раније правноснажне пресуде у односу на правног претходника једног од тужених, односи се и на следбеника. Његов правни претходник није се користио ревизијом против правноснажне пресуде којом је утврђена његова солидарна обавеза. Пошто Фонд за грађевинско земљиште у наставку парнице према другом туженом нема статус умешача, у смислу чл. 389, ст. 2 ЗПП, он није овлашћен ни на подношење ревизије против правноснажне пресуде којом је та парница окончана у односу на другог туженог ЈП „Комуналац".

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 5054/96, од 9. априла 1997)

Heinz Hübner:
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
(2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York 1996, XXXIII + 598)

А. Увод

1. Познаваоцима немачке уџбеничке литературе из области грађанског права име Хајнца Хибнера (Heinz Hübner) морало је одавно пасти у очи. Он је најпре иступао као коаутор чувеног Лемановог (Lehman) уџбеника из општег дела грађанског права, који је, 1966. године, доживео своје 16. издање. Била је то за Хибнера велика част, да своје мање познато име придода имену тако истакнутог и популарног правног писца као што је Леман; писца не само уџбеника из општег дела грађанског права, него и 15. прераде толико познатог Енецерусовог (Enneccerus) уџбеника о облигационом праву. Тек 1985. године, Хибнер ће се први пут појавити као самосталан и једини аутор истоименог дела (Allgemeiner Teil des BGB). Сада је пред нама друго, прерађено издање тог његовог уџбеника.

2. Овај уџбеник не носи ознаку ни „Kurz-Lehrbücher" („кратки уџбеници") нити „Grundrisse des Rechts" („Основи права"). Међутим, по немачким мерилима он не спада ни у тзв. „велике уџбенике", јер они достижу обим и до хиљаду, па и више страница. Реч је, дакле, о уџбенику средње величине, који је, с обзиром на распоред грађе и начин излагања, подесан да задовољи потребе млађих и старијих студената. Сем тога, он може бити драгоцен подсетник и свршеним правницима.

3. Из пишчевог предговора сазнајемо да он општи део немачког Грађанског законика (скраћено: BGB) не поима само као скуп општих појмова и институција него и као резултат правне систематике до које се дошло путем научне апстракције. Држећи се дидактике, писац се оријентише према функцији правних прописа, па стога студентима не излаже најпре ближа тумачења прописа из прве књиге BGB, него у први план ставља конкретне правне односе. Да би се сачувала научност правне науке и да би се служило правној сигурности, коју у разноврсним значењима гарантује сис-

тем прописа, нужно је, по аутору, да се садржина законских норми схвати у њиховој повезаности, и да се тиме разјасни „поље затегнутости" између правде конкретног случаја и система. Тај задатак изискује да излагање принципа у уџбенику буде поткрепљено примерима из праксе који показују њихову функционалну повезаност, уз истовремено указивање на повећано одступање практичне проблематике од сваке апстракције. Стога се писац нада да његов уџбеник може бити „поуздан пратилац и одраслим правницима".

Б. Садржина дела

1. Књига се састоји из увода и четири засебна дела. Пре увода долази објашњење употребљених скраћеница и скраћено наведене литературе, а после четвртог дела – стварни регистар појмова. У том погледу, писац не уводи никакву новину, него се стриктно придржава правила која међу немачким правницима важе као стандард.

2. Уводни део има седам јединица, у облику параграфа: 1) Приватно и јавно право; 2) Предисторија BGB, његов постанак и даљи развој; 3) Извори и облици појављивања BGB; 4) Подручје важења BGB; 5) Систем, карактер и врсте норми у BGB; 6) Примена BGB; 7) Литература о грађанском праву, која обухвата све делове грађанског права, а односи се на уџбенике, монографије, збирке судских одлука и часописе. Параграф о литератури износи седам и по страница, али то није све, јер ће на почетку сваког параграфа бити наведена посебна литература, која се бави одговарајућим питањима.

3. Први део је посвећен лицима. У њему се говори најпре о основним појмовима: 1) Правна способност; 2) Пословна способност; 3) Права која немају свога субјекта. Затим следи први одељак: о физичким лицима, па други: о правним лицима.

4. Други део је насловљен са „Предмет и права", и у њему су изложени: 1) Предмет и ствар; 2) Врсте ствари; 3) Ствари и њихови саставни делови; 4) Припадак; 5) Користи и плодови.

5. Трећи део носи наслов „Права лица", а односи се на ова питања: 1) Правни однос и права лица; 2) Стицање, прелаз и губитак права; 3) Врсте субјективних права; 4) Границе права; 5) Захтев и приговор; 6) Остваривање правне заштите и систем одговорности; 7) Самовласно остваривање права.

6. Четврти део има назив „Учење о правном послу". Састоји се из десет одељака и заузима више од половине књиге. Одељци иду овим редом: 1) Правна радња и правни посао; 2) Правни посао; 3) Изјава воље; 4) Форма и допуштена садржина правног посла; 5) Систем правних последица манљивих правних послова; 6) Учење о уговору; 7) Услови и одређивање времена; 8) Заступништво; 9) Правни послови за које је потребна сагласност трећег; 10) Време.

В) Одабрана места

Мада нисам љубитељ општих места, одлучих да овог пута одаберем управо таква два места, зато што се она односе на проблематику која је нашим правницима мало или нимало позната. Реч је о усавршавању права од стране судија и о утицају уставних права на грађанско право. Сем тога, приказаћу и пишчево излагање о претњи која условљава манљиву изјаву воље.

I. Усавршавање права од стране судије

1. Своје излагање о овом питању Хибнер ће започети тврдњом да је судија приликом тумачења закона и попуњавања правних празнина, везан за закон и за суд вредности који је у њему садржан. Тек ако је искључена могућност проширене примене вредносних судова садржаних у закону, судија сме приступити самосталном вредновању, да би нашао правило које је закон испустио. То се назива „усавршавањем права које превазилази закон" (стр. 63). Другим речима, судијско усавршавање права подразумева не само попуњавање законских празнина него и прихватање и даље изграђивање нових правних идеја, чији је наговештај морао бити спознат у закону али чија реализација путем правне праксе превазилази првобитни план закона, модификује га у извесној мери. „Нема сумње да и ова врста усавршавања права треба да буде у складу са водећим принципима укупног правног поретка. Тумачење закона и судијско усавршавање права не смеју се поимати као две битно различите ствари, него само као два различита степена истог идејног поступка."[1]

2. На први поглед, могло би изгледати да је судијско усавршавање права у колизији са начелом поделе власти, јер стварање права спада у надлежност посебног законодавног органа. Стога извесни немачки правници сматрају да је изграђивање права од стране судије недопустиво. Насупрот томе, Савезни врховни суд Немачке истиче несавршеност принципа схематске поделе власти: „Начело поделе власти не искључује стварање судијског права кад судија налази право путем развијања општих правних начела, која му је раније дао законодавац, правни поредак или општи поредак вредности... Тиме се државна власт не премешта још на правосуђе на начин који је неспојив са поделом власти, једнострано и претерано" (стр. 63). Савезни уставни суд Немачке изјаснио се, такође, у прилог судијском усавршавању права, а то гледиште има већинску подршку и у правној теорији.

1 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Auflage, Berlin 1979, стр. 350.

3. Аутор ће истаћи да су случајеви судијског усавршавања права постојали још и пре Другог светског рата. То је Reichsgericht, у време знатног умањења номиналне вредности новца, помоћу § 242 BGB, признао повериоцу *право на прилагођавање*, и тиме је подстакао законодавство о ревалоризацији. Сем тога, правна пракса је успела да спроведе институт обезбеђења потраживања путем преношења својине и да право ишчекивања снабде функцијама које су својствене стварном праву. Изразит пример судијског усавршавања права, у новије време, јесте институционализовање права личности. Савезни уставни суд је својим ставом потврдио да је судска пракса даље развила основне идеје из Устава и правног поретка, средствима која одговарају систему (стр. 64).

4. Писац поставља питање према којим начелима судија треба да подешава своју одлуку. У раније време, особито у правним системима који једва да су и знали за позитивно цивилно право, морало се посезати за моралним начелима меродавним за међуљудске односе у смислу aequitas. Та начела о „праву ближњих" јесу у суштини непроменљива, и у стању су да гарантују мерила и у друштвеним односима који су по себи променљиви. У прошлости се тежило за тиме да се морална начела ојачају правним системом природног права. То историјско природно право дало је знатан допринос развоју грађанског права новог времена (стр. 64).

5. Хибнер, међутим, мисли да се грађански спорови могу данас решавати и без позивања на начела природног права у смислу непроменљивих норми. Немачки судија је у прилици да преко генералних клаузула у BGB води рачуна о ранијим позитивним представама о правичности, те да их користи за кориговање формалних решења, али и ради добијања нових правних начела. Такав поступак потпомогнут је и тиме што Устав полази од апсолутно обавезних, надпозитивних основних норми, које се даду извести из сопствене моралне вредности човекове личности и из оних општих, неповредивих и неотуђивих човекових права. Судијско усавршавање права ослања се све више на принципе Устава, и у њима налази легитимност за своје поступке. Другим речима, Устав има велики значај за даљи развој грађанског права (стр. 64-65).

II. Утицај уставних права на грађанско право

1. Однос уставних права према грађанском праву отвара питање да ли начела уставног права, поред своје заштитне функције што је имају у односу између грађана и државе, важе *непосредно* и у међусобним односима појединих грађана, тј. без њиховог ближег уобличавања путем посебних закона. Писац примећује да на ово питање немачки правници одговарају различито. По једном схватању, основна уставна решења, као нормативна правила укуп-

ног правног поретка, као „основне норме", треба да важе непосредно за све области права. Никакав пропис грађанског права и никакво обликовање правних односа на основу приватне аутономије не смеју противречити томе систему вредности. Ово је схватање познато под називом „непосредно дејство уставних права према трећима" (стр. 65). По њему би споразуми којима се вређају уставна права морали бити ништави, сходно § 134 BGB. Сем тога, уставна права могла би се поимати и као „штитећи закони" у смислу § 823, став други BGB. Уколико из уставног права може да се изведе неко субјективно право, оно би требало да ужива правну заштиту као „остало право" у смислу § 823, став први BGB. Ово гледиште заступао је чувени немачки правник Нипердеј (Nipperdey), а у правној пракси њега су прихватили Савезни суд за радне спорове и Савезни врховни суд Немачке (стр. 65-66).

2. Насупрот овом схватању стоји гледиште да уставна права имају само *посредно* дејство у приватном праву, тј. да је по уставним нормама дужна да поступи *једино држава*. У области приватноправних односа искључена је непосредна важност уставних норми. Тачније речено, систем вредности уставног права остварује се у приватном праву само путем правних прописа из те области. То је гледиште и Савезног уставног суда Немачке, а подржава га и велики број немачких правника. Њихово мишљење дели и писац овог уџбеника. Он сматра да су особеност приватног права и известан дуализам условљени тиме што у овој правној материји влада принцип одмеравања добара и интереса, и што у појединачном случају ваља извршити конкретно диференцирање правних последица. Утицај вредносних представа уставног права остварује се при том преко генералних клаузула у BGB, особито оних које су садржане у §§ 138, 242 и 826 (стр. 66-67).

III. Претња

1. Хибнер дефинише претњу као предочавање неког будућег зла које може да погоди одређено лице уколико оно не даде изјаву воље каква се од њега тражи. При томе је битно да онај ко зло предочава може, према властитој тврдњи, да утиче на његово наступање. Предочено зло *не мора бити знатно*; довољна је и незнатна претња, под претпоставком да је уопште подесна да утиче на слободу одлучивања онога коме се прети. Изазвано стање психичке принуде не цени се више, као раније, по објективном, него по субјективном мерилу, тј. са становишта лица коме је претња упућена. Стога је Савезни врховни суд Немачке заузео став да и претња која није била замишљена озбиљно може бити правно релевантна, уколико је адресат имао разлога да је схвати као озбиљну (стр. 359).

2. Упозорење се мора односити на *будуће зло*. Стога не може бити говора о претњи ако се користи стање туђе психичке принуде које је већ настало на неки други начин. У том случају, могло би се радити о зеленашком или о неморалном правном послу. Али, ствар стоји другачије ако је онај ко помоћ другоме одбије био дужан да му помогне, на пример, лекар. Јер правна обавеза делања заснива претњу пропуштањем (стр. 360). Не постоји претња ни у случају кад неко указује другоме на постојеће објективне околности, чији развој, сам по себи, допушта могућност очекивања будућег зла, упркос томе што онај ко на то указује жели да тиме утиче на туђу вољу. С друге стране, није нужно да зло треба да нанесе непосредно онај ко њиме прети; довољно је ако он даје до знања да ће на наношење зла подстаћи неког трећег (стр. 360).

3. Аутор посебно наглашава да између претње и изјаве воље мора постојати *узрочна веза*. Лице коме је претња упућена треба да је претњом и њоме изазваним страхом наведено да даде одређену изјаву воље. Али је довољно ако је претња била макар *саодлучујућа* за опредељење изјавиоца. Тога нема ако изјавилац није подлегао претњи, него је изјаву воље учинио на основу властитог самосталног размишљања. Питање узрочне везе поставља се особито у случају кад претња није објективно била подесна да утиче на формирање воље. Међутим, пошто се претња цени субјективно, са становишта онога коме је упућена, онај ко правни посао оспорава треба да докаже да без претње не би дао одговарајућу изјаву воље (стр. 360).

4. Претња мора бити *противправна*. Томе услову Хибнер ће посветити највећу пажњу у своме излагању. На почетку ће истаћи да појам противправности означава недопуштену врсту и начин промене туђе воље, недозвољено коришћење претње као средства психичког притиска на другога да би се он одлучио на нешто. Противправност у смислу § 123 BGB може се објаснити тиме што су употребљено средство или циљ које се стреми несагласни са правом, или што средство стоји у таквој несразмери са циљем да се више не може сматрати адекватним и правно допуштеним. Стога се претња има вредновати као противправна без обзира на изнуђени правни учинак, уколико *средство* само по себи није саобразно праву или моралу. Таква је, на пример, претња дужнику револвером да би се он приволео на плаћање дуга. Међутим, нема се шта замерити понашању лица које прети употребом неког права које правни поредак признаје свакоме, на пример, да ће поднети тужбу ради наплате дуга, да ће захтевати принудно извршење, да ће користити право придржаја и сл. С друге стране, претња је противправна и у случају кад је њено средство, додуше, сагласно праву али је изнуђени *резултат* у колизији са правом или моралом. На пример: претња утужењем постојећег дуга да би се дужник приволео на давање обећања које је противно праву или моралу (стр. 360-361).

5. Најпосле, претња може бити противправна мада ни средство којим се прети ни циљ који се претњом жели постићи нису сами по себи неспојиви са правом и моралом. То бива онда кад средство и циљ стоје у *неадекватном односу*, тј. у односу који је противан начелу савесности и поштења или вређа добре обичаје. Писац наводи један случај из праксе, у коме је циљ био да неудата мајка пристане да њено дете усвоји неко трећи. Средство је била претња да ће мајка, уколико се не сагласи са усвојењем, бити истерана из родитељске куће. По схватању Савезног врховног суда Немачке, циљ и средство у овом случају били су по својој нарави сагласни са правом, али су они један према другоме стајали, ипак, у неадекватном односу. Неадекватан однос може постојати и код претње кривичном пријавом због случајно виђеног саобраћајног удеса, ако је тиме требало извршити притисак на дужника да плати доспели дуг који са саобраћајним удесом нема ничег заједничког (стр. 361).

6. Хибнер наглашава да онај ко изриче претњу треба да је изнуђавао давање одређене изјаве воље: ставио је у изглед зло да би њиме код другога изазвао страх који ће га нагнати на давање тражене изјаве воље. Потребна је, дакле, *свест* о томе да је претња подесна да утиче на вољну одлуку друге стране. Није, међутим, нужна намера или циљ да се другоме штета нанесе. Ако лице коме је претња упућена, да би избегло зло, понуди било какву чинидбу која није била циљ онога што прети, тада не може бити речи о претњи у смислу § 123 BGB. Али је ситуација другачија ако је лице што прети, пошто је видело такав резултат своје претње, пристало и на њега (стр. 362).

7. Велики простор писац ће посветити правним последицама претње. Лице које је под утицајем претње изјавило своју вољу, може ту изјаву да поштује или да је поништи. Ако се одлучи на поништавање и то учини (у року од године дана после окончања психичке принуде), правни посао се сматра неважећим од самог почетка. Поништење или побијање врши се једностраном и неформалном изјавом воље, а не тужбом суду, као по нашем праву. При томе се не мора чак ни употребити израз „побијање", али треба да буде јасно да изјавилац, због мана воље, не жели да правни посао остане у важности. Тако, на пример, може се сматрати да подизање тужбе због неоснованог богаћења (сходно § 812 BGB) садржи у себи и побијање. Разлог побијања не мора се навести, али противнику побијања мора бити јасно због чега неко своју изјаву воље не сматра више важећом. Пошто изјава о побијању има преображајну моћ, она не може бити условна нити опозива, али се може оспоравати због недостатака у вољи (стр. 363).

8. У случају кад се ради о двојаком правном послу, тј. о послу обавезивања и послу располагања, тада се, због принципа апстракције, поставља питање који је од њих оспорен. Ако се оспоравање

односи само на посао обавезивања (уговор о куповини), посао располагања није тиме погођен; њему је укинут само правни основ, па стога настаје право из неоснованог обогаћења, тј. право на повраћај својине на продату ствар. Међутим, ако побијање обухвата једино посао располагања, тј. споразум о преносу својине, његово поништавање има за последицу да продавац као власник ствари може њу захтевати натраг, по § 985 BGB. Напослетку, кад се поништење односи и на посао обавезивања и на посао располагања, тада је повраћај извршених чинидби могућ, како по § 985 тако и по § 812 BGB, при чему предмет обогаћења није својина него држављина ствари (стр. 402).

9. Писац напомиње да претња може имати карактер недопуштене радње у смислу § 823, став 2 и § 826 BGB, али и у смислу § 263 немачког Кривичног законика. Сем тога, она може водити ка одговорности због culpa in contrahendo. У том случају, онај ко је претио, дугује накнаду штете другој страни. Оштећени може захтевати да буде доведен у ситуацију у којој би се налазио да није било утицаја на његову слободу воље. Међутим, ако страна која је посао закључила под утицајем претње одлучи да га не поништава, тада она, поред права на испуњење, има и право на накнаду штете због недозвољене радње. Значај овог права особито је велики у случају кад је право на побијање угашено протеком рока од године дана. Тада постоји право на обештећење по основу деликтне одговорности, и оно се може користити у року од три године. Сем тога, после гашења права на побијање, преостаје и право на накнаду штете по основу culpa in contrahendo (стр. 364-365).

Г. Закључак

Ову књигу је написао бивши редовни професор на Универзитету у Келну, у пензионерском добу свога живота. Мало је ако се каже да је реч о делу искусног правног писца, јер у Немачкој има много таквих писаца. Читалац приказа не би много добио ни ако бих му рекао да је књига препуна драгоценим подацима, те да је права штета да се они не спознају и не користе. Ни тиме се овај уџбеник не разликује од осталих немачких уџбеника исте врсте. Све је у њему типично и стандардно. Међутим, у земљи са вишевековном правном културом, подвиг није у томе да се напише необично добра књига која надилази актуелни стандард, него да се тај стандард досегне и одржи. Хибнерово дело верно следи традицију добрих немачких уџбеника грађанског права и задовољава садашњи стандард. И то је довољан разлог да га пожели сваки страстан читалац.

др Јаков Радишић

Esser/Weyers:
Schuldrecht, Band II, *Besonderer Teil*
(7. völlig neubearbeitete Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991, XXX + 707)

А. Увод

1. Онај ко би хтео да прикаже све немачке уџбенике облигационог права који су тренутно у употреби, подухватио би се великог посла. Јер нису у питању само уџбеници живих и активних, него и умрлих или умировљених писаца. Према тамошњој традицији, најбољи и најпопуларнији уџбеници надживљују своје ауторе, односно не повлаче се у мировину заједно са њима. Кад њихови писци не буду више у стању да сами „потхрањују" и „освежавају" своја дела, онда то чини неко други, стичући тако својство коаутора. Ако коаутор уради тако више пута, прерађено и допуњено дело може се битно разликовати од оригинала. Такав је управо случај са уџбеником који је предмет овог приказа. Он је седмо по реду издање, а само прва четири дело су искључиво његовог зачетника, Josef-a Esser-a. После тога, Есер, због старости, није више био у стању да прати збивања на пољу правне теорије, законодавства и судске праксе, и да свој уџбеник осавремењује. Уместо њега, то је чинио његов бивши ученик, Hans-Leo Weyers.

2. Међу немачким правним писцима из првих година после Другог светског рата, Есеру припада високо место. Може се слободно рећи да су он и Ларенц представљали два највиша врха немачког грађанског права из тога периода. Радећи као професор на Универзитету у Тибингену, Есер се особито истакао као правни писац. Пишући необично много и луцидно, он се исказао не само као свестрано образован цивилиста, него и као правни филозоф. Утицај његових идеја и ставова био је огроман, и сезао је даље од немачких и европских граница. Поред великог двотомног уџбеника из облигационог права, који је и сам више пута прерађивао и допуњавао, Есер је објавио још неколико монографских радова. У те радове спадају: 1) *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, 1940; 2) *Grundfragen der Entwicklung der Gefährdungshaftung*, прво издање 1941, друго издање 1969; 3) *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates*, 1949; 4) *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, прво издање 1956, а треће 1974; 5) *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, 1956; 6) *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970.

3. Почев од петог издања *Посебног дела облигационог права*, уз Есера се, као коаутор, појављује Вејерс, професор на Универзитету у Франкфурту. Он је, такође, чувено име међу немачким правницима и, колико ми је познато, писац је још барем двеју

монографија: 1) *Unfallschäden, Praxis und Ziele von Haftpflicht-und Vorsorgesystemen*, 1970; 2) *Versicherungsvertragsrecht*, 2. Auflage 1995. Прерађено пето и шесто издање Есеровог уџбеника Вејерс је објавио у две полусвеске, док је у седмом издању оба дела спојио у једну књигу. Међутим, то нипошто није једина одлика седмог издања. У њему су многи делови из два ранија издања претрпели знатну прераду и допуну. Из пишчевог предговора дознајемо да је то нарочито случај са оним деловима које немачки правници називају „законским облигационим односима": пословодство без налога, неправедно обогаћење, и деликтно право. Држећи се Есеровог начина објашњавања појединих правних института, Вејерс је указао на историјске услове њиховог настанка и друштвено-економску позадину. Сем тога, навео је мноштво очигледних примера из судске праксе, скренуо пажњу на туђа схватања и изложио своја. Књига је зато морала достићи обим од 700 страна, и то великог формата. Међутим, то је уобичајени опсег за тзв. „велике уџбенике", јер су они намењени искуснијим студентима и свршеним правницима.

Б. Садржина дела

1. Систематика овог уџбеника не разликује се ни по чему од систематике осталих немачких уџбеника исте врсте. Сви њихови писци следе у томе свога законодавца. Цела грађа је распоређена у 11 поглавља, а у оквиру њих највеће јединице чине параграфи, који се континуирано ређају кроз целу књигу. На крају долазе регистар наведених правних прописа и стварни регистар. Зачудо недостаје, на почетку, објашњење употребљених скраћеница (осим скраћено наведених дела), ваљда зато што је њихово значење постало већ општепознато.

2. Прва глава носи наслов „Уговори о отуђењу". У њој су, потпуно очекивано, обрађени: купопродаја, трампа и поклон. Особита пажња посвећена је одговорности због материјалних недостатака продате ствари, и о томе се говори у читава три параграфа. У посебном параграфу изложена су правила Бечке конвенције о међународним уговорима о продаји робе.

3. Друга глава је насловљена са „Уговори о уступању". Ту је реч о закупу, послузи и зајму. Доминира излагање о закупу, нарочито уговора о закупу станова и других просторија, укључујући и заштиту закупца непокретности од трећих лица.

4. Трећа глава обухвата „Уговоре о служби и уговоре о изради дела". Поред уговора о раду и уговора о служби, ту је реч о уговору о изради дела, о налогу и посредовању, али и о јавном обећању награде. Четврта глава има наслов „Уговори о пријему", а у њој су обрађени уговор о остави уопште и уговор о гостинској остави посебно.

5. Пета глава има назив „Обезбеђење и утврђивање дуга" а посвећена је овим питањима: јемство, обећање дуга, признање дуга и признање салда, поравнање, и упут. Шеста глава обухвата „Ризичне уговоре", тј. уговор о осигурању, о доживотном издржавању, о игри и опклади.

6. Седма глава се односи на пословодство без налога, осма на неправедно обогаћење, а девета, десета и једанаеста глава обузимају деликтно право. У оквиру деликтног права једно поглавље је посвећено недопуштеним радњама, друго тзв. „одговорности због угрожавања", док треће поглавље има уводни карактер.

В. Одабрана места

Будући да су у овом издању Есеровог уџбеника највише прерађени и допуњени делови о неправедном обогаћењу и о деликтној одговорности, одлучих да читаоцима приказа предочим две ствари из тих области: неправедно обогаћење туђом чинидбом и накнаду штете због претрпљених болова. Међутим, прву од ових ствари немогуће је потпуно схватити ако се не зна да немачко право прави разлику између послова обавезивања и послова располагања. Стога је потребно да ту његову специфичност најпре посебно разјаснимо.

I. Послови обавезивања и послови располагања

1. Немачки Грађански законик (скраћено: BGB), у § 929, прописује: „За преношење својине на покретну ствар потребно је да власник преда ствар стицаоцу и да су обојица сагласни да својина треба да пређе. Ако је стицалац у поседу ствари, довољна је сагласност о преласку својине." „Сагласност", коју BGB захтева, није садржана у самом уговору о куповини, него је потребан један други, посебан уговор (тзв. „стварни" уговор), чија је једина садржина у томе да „својина треба да пређе". Уговор о куповини је облигационоправне природе, и њиме се само заснива обавеза да се промена власника оствари, да се склопи „стварни" уговор. Стога се први уговор назива „посао обавезивања", а други – „посао располагања".[1]

2. Вејерс констатује да се обавезивање и располагање, као појмови, разликују и у осталим правним системима, али да се немачко право не зауставља на тој појмовној разлици. По њему, обавезивање и располагање разликују се двојако, и они су раздвојени. „Принцип раздвојености" и „принцип апстрактности", као руководеће теоријске идеје, владају у односима облигационог и

1 Видети Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II: *Besonderer Teil*, 12. Auflage, München, 1981, str. 10–13.

стварног права, а уговори о отуђењу својине чине најважније поље њихове примене (стр. 1). Према принципу раздвојености, закључење уговора о отуђењу ствари не доводи уједно и до располагања њоме. Купац не постаје власник већ самим склапањем уговора о куповини, него тек на основу „стварног" уговора. Према начелу апстрактности, делотворна снага „стварног" уговора не зависи од уговора о куповини, иако је он његов основ. Другим речима, купац постаје власник ствари и у случају кад се покаже да је уговор о куповини ништав или ако буде поништен зато што је рушљив. Прелаз својине са продавца на купца темељи се, дакле, искључиво на „стварном" уговору и његовој повезаности са реалним актом предаје ствари, односно са уписом у земљишне књиге. Ако је уговор о куповини неважећи, продавац има према купцу само *тражбено право* због неправедног обогаћења, које подразумева захтев на повраћај ствари и повраћај својине на њу (стр. 2). Продавац не може тражити повраћај ствари од трећег лица коме је купац у међувремену њу отуђио, нити издвајање ствари из стечајне масе купчеве.

3. Принцип раздвојености и принцип апстрактности значе да дејство уговора о куповини, као чистог посла обавезивања, остаје ограничено на његове стране. Ако је, на пример, покретна ствар продата али још није предата и пренета у својину купцу, продавац је још њен власник. Тада он има правну могућност да исту ствар прода и неком другом и да је пренесе у својину, само што је у том случају одговоран за штету због скривљене немогућности испуњења (§ 325 BGB). Једино кад су у питању непокретности, купац може предбележбом у земљишним књигама да се заштити од продавчевих располагања ствари противно уговору (§ 883 BGB). Раздвојеност посла обавезивања и посла располагања има за последицу и то да се услови важности првога цене искључиво по облигационом, а другога – искључиво по стварном праву. Зато доцнији прибавилац ствари није оптерећен бригом да ли је његов претходник стекао својину на основу пуноважног уговора о куповини. У том смислу, може се рећи да по немачком праву правни промет ужива донекле јачу заштиту него по праву оних земаља у којима је на снази принцип јединства уговора о куповини и преноса својине. Јер по том принципу се сматра да је сагласност воља, која је потребна за пренос својине, садржана већ у самом уговору о куповини, те да је „стварни" уговор сувишан. Тачније, својина се преноси простом предајом ствари или чак самим уговором о куповини. Обе ове варијанте претпостављају пуноважан купопродајни уговор.

II. Неправедно обогаћење туђом чинидбом

1. Читаоци овог уџбеника сазнаће да је немачки законодавац, за разлику од неких других правних система, утврдио опште правило о неправедном или неоснованом обогаћењу. То се правило налази у § 812 BGB, и оно гласи:

„(1) Ко путем чинидбе неког другог или на другачији начин стекне нешто на рачун другога без правног основа, дужан је да му то врати. Ова обавеза постоји и кад правни основ доцније отпадне или кад не наступи резултат који је, сходно садржини правног посла, био циљ чинидбе.

(2) Као чинидба важи и признање постојања или непостојања облигационог односа, учињено путем уговора."

2. Показало се, међутим, да је ово законско правило сувише широко, али и сувише непрецизно да би довело до сигурних резултата. Стога се у правној теорији приступило одређеној диференцијацији, која у § 812 BGB не види само један основ за тражење повраћаја, него два одвојена основа. Прави се, наиме, разлика између захтева за повраћај неправедно стеченог „путем чинидбе неког другог" и захтева за повраћај неправедно стеченог „на други начин". Захтеве из прве групе Вејерс означава као *кондикције чинидбе*, а захтеве из друге групе – као *кондикције нечинидбе* (стр. 422). У прву групу сврстава случајеве у којима је тужба неправедног обогаћења усмерена на повраћај чинидбе коју је тужилац свесно и вољно прибавио туженом, јер се показало да за њу недостаје правни основ. Чинидба се може састојати у преношењу другоме својине на неку ствар, у препуштању привремене употребе ствари, у плаћању извесне своте новца, или у извршењу неке услуге, уколико је прималац тиме уштедео трошкове које би иначе морао начинити. Најпосле, чинидба се може састојати и у исплати туђег дуга.

3. Најважнији случај неправедног обогаћења ове врсте, по немачком праву, јесте случај преношења својине на ствар на основу неважећег уговора о куповини. Принцип апстрактности допушта да се такав пренос сматра пуноважним, тј. да се он формално прима као испуњење постојећег облигационоправног захтева за уступање својине на купљену ствар. Стога признање продавцу права на кондикцију представља нужну допуну начела апстрактности (стр. 453). Вејерс ће узгред рећи да је у појединостима могуће, сходно категоријама општег права, правити разлику између захтева за повраћај због недостатка правног основа уопште (condictio sine causa), захтева за повраћај посебно онога што је учињено омашком јер није дуговано (condictio in debiti) и, коначно, захтева за повраћај због накнадног отпадања правног основа (condictio ob causam finitam). То разликовање није, међутим, од практичног значаја (стр. 453).

4. Дискусију немачких правника о „објективном" и „субјективном" правном основу Вејерс сматра јаловом. По „субјективној" теорији (која је иначе претежнија), под правним основом у смислу § 812 BGB ваљало би разумети „једино постизање циља чинидбе", који се налази, на пример, у испуњењу обавезе, док „објективна" теорија саму ту обавезу третира као правни основ. Вејерс не види

практичан значај ових алтернатива који би био вредан помена, а и њихов теоријски смисао изгледа му сумњив. По њему, треба се држати традиције, и под правним основом у смислу § 812 BGB разумети само облигациони однос. Извршење чинидбе треба да има карактер испуњења одређеног облигационог односа. Међутим, ометање испуњења пуноважних уговора не потпада под правила о неправедном обогаћењу, јер облигационоправни основ ту постоји. То важи чак и у случају кад уговор буде угашен одустанком једне стране (ex nunc). За такве ситуације меродавни су посебни прописи BGB (стр. 454).

5. BGB прописује да, упркос недостатку правног основа, кондикција чинидбе није ипак могућа у два случаја. Први је случај кад онај ко чинидбу извршава зна да на то није обавезан. Његов доцнији захтев за повраћај значио би кршење забране противречног поступања (venire contra factum proprium). Но, Вејерс мисли да овај пропис треба уско тумачити: његовој примени нема места у случају пуке сумње у обавезу, нити у случају кад се недугована чинидба извршава да би се избегла штета (плаћање под принудом). Други је случај кад чинитељ погрешно мисли да је правно обавезан на чинидбу, док се у исти мах може сматрати да је њено извршење одговарало моралној обавези или обавези пристојности. Типичан пример тога представља плаћање издржавања брату или сестри, у погрешном уверењу да се има правна обавеза издржавања (стр. 454).

6. Према наведеном § 812 BGB, захтев из неоснованог обогаћења постоји и у случају кад „са чинидбом не настане резултат којем се тежило према садржини правног посла". Вејерс сматра да се смисао овог правила даде разумети само из његове историје. Треба, наиме, водити рачуна о чињеници да оно потиче из „condictio ob rem" римског права. По римском праву, нису сви привредни односи, које бисмо ми означили као уговоре, доводили до утуживих потраживања. Стога се дешавало да неко дође у ситуацију да први испуни своју чинидбу, верујући да ће и друга страна испунити противчинидбу, иако на то није могла бити натерана тужбом. Ако би противчинидба изостала, тада би онај ко је чинидбу већ испунио, могао захтевати повраћај те своје чинидбе. Редактори BGB најпре су сматрали да то правило римског права не треба уопште преузети, јер су његове историјске претпоставке нестале. Међутим, на крају се дошло до сазнања да ограничено подручје за примену овог правила још постоји (стр. 455). Вејерс држи да значење ове кондикције, у законском тексту, није потпуно изражено. Оно би, по њему, морало бити искључиво у тежњи да се заштити правним послом засновано веровање у наступање одређених околности, *које не значе противчинидбу што се даде изнудити.* Ако се очекивање не испуни, чинидба која је ради тога извршена може се натраг захтевати. Томе одговарају и примери наведени у Записнику који се односи на Нацрт BGB: давање неке новчане своте у циљу да она

буде употребљена као мираз, уколико доцније до брака не дође; унапред издата признаница о дугу, уколико касније не уследи исплата на коју се признаница односи. Ту спада и давање поклона са налогом, ако налог не буде испуњен (стр. 455). Стога је противно систему BGB да се тужба због неправедног обогаћења употреби и као реакција на изостанак уговором одређене противчинидбе која је утужива. У том случају меродавни су одговарајући прописи BGB о узајамним уговорима. Вејерс додаје да се овом кондикцијом не гарантује ни генерално право на повраћај за случај непостизања циља уговора који превазилази противчинидбу. То не само што би било противно њеној системској позицији, која је историјски условљена, него и њеном односу према осталим правним институтима, особито према промењеним околностима правног посла и промашаја циља (стр. 455).

III. Накнада штете због претрпљених болова

1. Објашњење овог питања Вејерс ће започети констатацијом да новчану накнаду неимовинске штете BGB допушта „само у случајевима који су опредељени законом“ (§ 253), тј. изузетно. Један такав изузетак изричито је назначен у § 847, који гласи:

„(1) У случају повреде тела или здравља, као и у случају лишења слободе, повређени може захтевати правично обештећење у новцу због штете која није имовинска штета.

(2) Исто право припада женском лицу на коме је извршен злочин или деликт против морала, или које је преваром, претњом или злоупотребом односа зависности наведено на допуштење ванбрачне обљубе.“

2. Овде је реч о накнади штете због претрпљених физичких и душевних болова (Schmerzensgeld). Вејерс држи да § 847 обухвата све деликте садржане у BGB, укључујући и штету коју узрокује животиња, због које иначе следује одговорност без обзира на кривицу (§ 833). Други такав случај тиче се одговорности због штете изазване ваздухопловом. У свим осталим случајевима важи став да се болнина исплаћује само ако је штета нанесена кривицом. Због тога извесни немачки правни писци предлажу да се право на болнину загарантује и у оквиру објективне одговорности уопште (стр. 618).

3. Вејерс истиче да је о смислу накнаде штете због претрпљених болова много расправљано у немачкој правној теорији. Постоји, међутим, општа сагласност да ова накнада не треба да има улогу кажњавања. Томе у прилог говори и одговарајуће образложење Нацрта BGB и само место § 847 Законика. Судска пракса приписује болнини, пре свега, функцију задовољења и изравнања (компензације), али приликом утврђивања висине болнине води рачуна и о неким другим чиниоцима (стр. 618–619).

4. Говорећи о претпоставкама одговорности због нематеријалне штете, Вејерс подвлачи да право на болнину закон признаје само ономе чије је тело или неко друго правно добро непосредно повређено. Ни тешке душевне патње што их неко трпи због повреде или смрти њему блиских лица не дају право на болнину, осим у случају кад постоји властита штета на здрављу, која је медицински утврђена (штета услед шока). Сем тога, листа чињеничних претпоставки болнине у § 847 сматра се коначном. Повреда правних добара изван те листе није у стању да породи право на накнаду штете због претрпљених болова. Међутим, та је листа била спорна већ од самог почетка, пре свега, због изостале повреде части. Потребу за проширењем списка заштићених добара Савезни врховни суд Немачке сматрао је, у једном спорном случају, тако хитном да није ни водио рачуна о његовој искључивости. По узору на члан 49 швајцарског Закона о облигацијама, овај суд редовито признаје право на болнину због повреде *општег права личности.* Услов је да се ради о објективно тешкој повреди или да се штетник може прекорети због велике кривице. То је данас општеважећи став немачке судске праксе (стр. 620).

5. Даља је претпоставка болнине да је у питању штета која нема имовински карактер. Њено битно својство чини немерљивост у новцу, али Вејерс сматра да је њу немогуће позитивно дефинисати. У суштини, ради се, првенствено, о намирењу за умањено задовољство од живота, изазвано рђавим осећањима сваке врсте: телесним боловима, лишавањима, ненавикнутошћу, одрицањима, депресијом, итд. Али је потребно увек проверити није ли барем у односу на једну последицу могућа натурална реституција, као што су, на пример, терапијске мере против депресије. У том случају, трошкови лечења не спадају у неимовинску него у имовинску штету. Но, Вејерс мисли да доказивању претпоставки болнине не треба постављати одвећ строге захтеве, јер је интензитет телесних и душевних болова тешко мерљив. Сем тога, чак и једнака јачина болова има различит утицај на различите људе (стр. 621).

6. Немачки законодавац каже да право на болнину подразумева „правично обештећење у новцу". Вејерс ће приметити да се болнина, по правилу, досуђује у паушалном новчаном износу, а само изузетно (кад су у питању трајне штете) у облику ренте. Указивањем да обештећење треба да буде „правично", законодавац покушава да одлуку суда учини правичном, јер тачан обрачун висине накнаде није могућ. С тим у вези поставља се питање које околности могу утицати на то да одлука буде правична. Одговарајући на то питање, Вејерс ће истаћи неколико различитих чинилаца и при том поново указати на циљ накнаде штете због претрпљених болова.

7. Пошто немачки правници функцију болнине виде, пре свега, у компензацији, Вејерс подвлачи да одмеравање накнаде треба да зависи, првенствено, од *тежине болова и осталих душев-*

них оштећења. Мада је ово најконкретнија тачка ослонца за обрачун, она ипак не помаже директно да се утврде тачни износи болнине. Зато се чине покушаји да се до самерљивих величина дође заобилазним путем. Тако на пример, „биланс среће" лица које је, више недеља, трпело непрекидне болове, могао би се изравнати новчаним средствима која би му омогућила да исто толико времена борави у пријатној околини. Ономе ко тешко заборавља доживљене непријатности, могли би помоћи удаљавање и разонода што их пружа путовање. Док би лицу коме је инвалидност ускратила бављење спортом којим се раније бавио, болнина могла омогућити да се бави неким другим спортом, макар да је он и скупљи. Међутим, трошкови држања путничког аутомобила, што их захтева онај коме је ампутирана једна нога и који раније није имао аутомобил, нису део болнине; они представљају материјални издатак који омогућује да се, делимично, поново успостави ранија покретљивост (стр. 622).

8. Вејерс ће приметити да и у случају кад постоје назначене тачке ослонца, утврђивање болнине има ипак *волунтаристички и конвенционалан карактер*. На то упућују знатне разлике у износима болнине, досуђене од стране судова оних земаља чији грађани имају приближно једнаку куповну моћ. Зато би, по мишљењу писца, требало покушати да се барем слични случајеви слично и третирају. Сматра да би у том погледу могле бити од помоћи новообјављене „Табеле за болнину" (Schmerzensgeldtabellen). Сакупљене пресуде које се односе на болнину, у њима су груписане према типичним боловима због извесних повреда, према времену лежања у болесничкој постељи, према тежини инвалидитета, итд. Ево једног примера из тих табела: „Делимичан прелом леве подлактице, губитак слезине и једног бубрега, седам недеља боравка у болници, ожиљци на левој подлактици, знатна ограничења животне радости и претећа дијализа у случају губитка и другог бубрега, 20-годишњак – болнина 35.000 немачких марака" (стр. 623).

9. Из уџбеника је видљив чврст став немачких судова да приликом утврђивања болнине треба водити рачуна и о *имовинским приликама страна у спору*. Но, импликације тога става нису саме по себи једнозначне. Тако, ако се следи идеја изравнања, могло би се помислити и на то да неко, ко је навикао да живи у луксузу, потребује и већа новчана средства да би одолео недаћи. Треба, међутим, аргументисати само у супротном смеру: да рђаве имовинске прилике починиоца штете могу водити ка нижој болнини. С друге стране, већина лица која узрокују „несрећне случајеве" своју одговорност покривају осигурањем, те је стога бесмислено говорити о њиховим „имовинским приликама" као фактору умањења болнине. Ако се неко није осигурао за случај одговорности, о томе не би требало водити рачуна увек у његову корист а на

штету повређеног. Бол повређенога није мањи услед недостатка осигурања. У оквиру правичног одлучивања, ваљало би негативно вредновати чињеницу што неко, на пример, опасну делатност обавља а да се није претходно побринуо како да испуни туђе правне захтеве са чијом је појавом морао рачунати (стр. 623).

10. У уџбенику је посебно подвучено да идеја задовољења или сатисфакције изискује да се при одмеравању болнине води рачуна и о кривици починиоца штете. То значи да у случају теже кривице редукција болнине због рђавих имовинских прилика штетника не долази у обзир. Већу улогу игра, међутим, кривица починиоца штете у случају повреде права личности. Ту су немачки судови подлегли утицају правила из члана 49 швајцарског Закона о облигацијама: болнину досуђују само ако постоји тежа кривица одговорног лица.

11. Напослетку, Вејерс ће указати на чињеницу да је, по немачким прописима који су на снази од 1. VII 1990. године, право на накнаду штете због претрпљених болова изгубило строго лични карактер: постало је преносиво и наследиво. Оно се може и заложити и пребити, а подесно је да постане и саставни део стечајне масе лица коме припада. Право на болнину улази у заоставштину повређеног лица, без обзира на то да ли је оно за живота испољило своју вољу да се њиме користи. Наследници и повериоци повређеног имају, дакле, економску корист од његових болова, утолико замашнију уколико је његова патња била већа. Вејерс верује да ће судови, барем приликом одлучивања о висини болнине, водити фактички рачуна и о томе да ли би болнина и према повређеноме могла испуњавати неки циљ. Али ће, по њему, убудуће бити теже да се болнини, осим функције изравнања, призна и нека друга функција (стр. 625).

Г. Закључак

Приказани уџбеник *Облиīационо īраво* (*Посебан део*) један је од неколико савремених „великих уџбеника“ из ове области у Немачкој. Он је незаобилазна литература не само за оне који уче, него и за оне који пишу или одлучују. Таква књига добро би дошла и југословенским правницима, јер би им пружила прилику да своје знање провере и прошире га до неслућених граница. Ко буде имао срећу да до ње дође и снаге да је прочита, уверић се у то и сам. Онима којима је то задовољство ускраћено, овај приказ могао би бити некаква утеха.

др Јаков Радишић

Hein Kötz:
Deliktsrecht
(Siebente, überarbeitete Auflage, Lucterhand Verlag, Berlin, 1996, str. XVI + 292)

А. Увод

1. У Немачкој, као и у неким другим земљама западне Европе, постоји обичај да се деликтна или неуговорна грађанска одговорност засебно и теоријски обрађује и студентима предаје. Мада и ова одговорност спада у посебни део облигационог права, њој се ипак признаје статус специјалне гране права и правне науке. То је последица чињенице да деликтно право има огроман значај у свакодневном животу. Сем тога, оно је уско повезано са имовинским и социјалним осигурањем, што изазива нарочите правне проблеме који су страни осталим деловима облигационог права. Напослетку, деликтна одговорност није регулисана искључиво немачким Грађанским закоником (скраћено: BGB), него и многим другим посебним законима. Стога се сматра да деликтно право мора имати своје засебно место у правничком образовању, те да оно судијама, адвокатима и осигуравајућим друштвима треба да пружи више информација него што их обично пружају уџбеници облигационог права.

2. То је управо сврха и седмог издања књиге *Деликтно право*, која је предмет овог приказа. Она има карактер уџбеника, намењеног немачким студентима права. Њен писац је познати немачки правник Хајн Кец (Hein Kötz), професор Универзитета у Хамбургу и директор Max-Planck-овог института за иностранo и међународно приватно право. Он је, заједно са Zweigert-ом, писац надалеко чувеног дела о упоредном праву: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatechts*, које је, до 1996. године објављено у три различита издања.

3. Текст Кецовог уџбеника о деликтном праву управља се свуда према конкретним животним проблемима. О њима писац расправља, по правилу, помоћу одлука из судске праксе. Чини то не само из дидактичких разлога, него и зато што модерно право о деликтној одговорности представља „школски пример судијског права и што критичко-дисциплинарни однос према прејудикатима постаје све неминовније занатско оруђе правника". Излагањем очигледних примера из судске праксе писац успева да побуди максималну заинтересованост читалаца. Сем тога, он настоји да разјасни стварну позадину деликтног права, да покаже његов историјски развој и да размишља о правцима његовог будућег развоја. Уз све то, као осведочени компаративиста, Кец често указује на упоредно право, а повремено врши и „економску анализу права".

Б. Садржина дела

1. Грађа овог уџбеника распоређена је у шест већих делова, означених великим словима, од А до Ф. Излагању материје из првог дела претходе објашњења скраћено наведене литературе и осталих употребљених скраћеница. На крају, следе стварни регистар појмова и регистар судских одлука, са ознаком публикација у којима су оне објављене и места на којима су наведене у уџбенику.

2. Први део је насловљен са „Предмет деликтног права". Он обухвата мање целине: 1) Отклањање штете као правни проблем; 2) Основи приписивања штете; 3) Замена одговорности заштитом путем осигурања; 4) Отклањање штете помоћу правила уговорног права.

3. Други део има наслов „Развој и циљ деликтног права", а тиче се следећих питања: 1) Римско право; 2) Утицај природног права; 3) Развој деликтног права у Common Law-у; 4) Развој деликтног права у XIX веку; 5) Право које се тиче удеса у социјалној држави; 6) Циљеви права које се тиче удеса.

4. Наслов трећег дела је „Основни случајеви деликтне одговорности". Његову садржину чине: 1) § 823, став 1 BGB (Заштићена права и правна добра, противправност и кривица, узрочна веза и ограничење одговорности; 2) § 823, став 2 BGB; 3) § 826 BGB.

5. Четврти део носи ознаку „Отклањање штете у несрећним случајевима". Он заузима далеко највећи простор и састоји се из ових јединица: 1) Увод; 2) Одговорност у случају повреде обавезе да се осигура безбедан саобраћај са другима; 3) Одговорност због штете коју узрокују помоћна лица; 4) Одговорност због штете коју узрокују малолетници; 5) Одговорност због угрожавања; 6) Отклањање штете због несрећних случајева у друмском саобраћају; 7) Одговорност за производ; 8) Врста и опсег накнаде штете; 9) Отклањање штете изазване несрећним случајевима на раду.

6. Пети део има наслов „Повреда угледа, части и приватне сфере", а шести „Шкођења у пословном саобраћају".

В. Одабрана места

Из веома богате садржине Кецовог уџбеника издвајам два питања, чију ћу обраду шире приказати: 1) Одговорност због штете узроковане намерним вређањем добрих обичаја и 2) Одговорност за штету изазвану моторним возилом.

I. Одговорност због штете узроковане намерним вређањем добрих обичаја

1. Писац најпре казује читаоцима да творци BGB нису хтели да се угледају ни на француски Грађански законик, који садржи генералну деликтну норму, ни на казуистику римског права. Уместо тога, они су се одлучили за средње становиште. Да би избегли несигурности до којих доводи „генерална деликтна клаузула", утврдили су три општа деликта. Та три деликта налазе се у §§ 823 и 826 BGB.

§ 823

„(1) Ко намерно или из непажње повреди живот, тело, здравље, слободу, својину или које друго право неког лица, дужан је да томе лицу накнади штету која је из тога настала.

(2) Исту такву обавезу има и онај ко се огреши о закон чији је циљ да штити неког другог. Ако је према садржини закона огрешење о њега могуће и без кривице, обавеза на накнаду штете настаје само у случају кривице."

§ 826

„Ко на начин којим се вређају добри обичаји неком другом намерно штету нанесе, обавезан је на накнаду штете том другом лицу."

2. Према замисли твораца BGB, требало је да § 826 има улогу „хватача". Било је, наиме, јасно да првим и другим ставом § 823 BGB нису обухваћене све штетне радње које су извршене са кривицом и које би морале условити одговорност. Стога је, ради допуњавања, додата једна „генерална клаузула", од које се очекивало да омогући прилагођавање деликтног права свагдашњим схватањима и новонасталим потребама. Међутим, Кец напомиње да је „развојни потенцијал" § 826 BGB мали, јер је подручје његове примене ограничено тиме што одговорност претпоставља намерно проузроковану штету. Па ипак, овај пропис је, током дугогодишњег спровођења у дело, доживео промену свога значења, особито што се тиче чињеничног обележја вређања добрих обичаја (стр. 77).

а) Намера шкођења

Параграф 826 BGB не захтева да се штета о чијој је надокнади реч састоји из повреде одређених права или правних добара, нити да је даља последица њихове повреде. Писац посебно наглашава да овај пропис омогућује накнаду и тзв. „чистих имовинских штета", док пракса показује да он представља правни основ за накнаду готово искључиво таквих штета, јер њихова накнада по

§ 823 BGB није уопште могућа. С друге стране, штета мора бити узрокована *намерно*. Штетник треба да буде свестан да ће својим поступком неком другом нанети штету. Сем тога, потребно је да он настанак штете и жели или барем на то пристаје. Није, међутим, нужно да штетник има тачну представу о опсегу штете нити о томе које ће конкретно лице бити њоме погођено, или на који ће се начин штета остварити. Али је потребно да намера штетника буде усмерена на врсту штете коју узрокује. На пример: онај ко презаduженом акционарском друштву даде кредит захваљујући обмањујућим манипулацијама његовог пословође, може од пословође тражити накнаду имовинске штете коју је тиме претрпео. Истина, ако је давалац кредита, услед узбуђења због платежне неспособности зајмопримац, задобио чир на желуцу, накнаду трошкова лечења може захтевати само ако је пословођа зајмопримчеву штету по здравље сматрао као могућу последицу своје преваре, и уколико је њу хтео или макар на њу пристао (стр. 77). С друге стране, недостатак намере шкођења у пракси је редак, јер онај ко покуша да путем предузетништва постигне већу корист, тај скоро увек зна да је то могуће само на рачун другога, на пример, његовог конкурента.

б) Вређање добрих обичаја

1. По § 826 BGB, за одговорност није довољно да неко другоме штету намерно проузрокује. Ако, на пример, трговац повољнијом понудом властите робе придобије муштерије свога конкурента, јасно је да конкурент трпи штету. Исто се дешава кад неко конкурише за добро плаћено место и своје способности представи у најбољем светлу, потискујући тако остале конкуренте. У оба случаја ради се о намерно узрокованој штети другоме, али ту нема места одговорности. Јер се одговорност, по § 826 BGB, везује за још једну, допунску претпоставку: радња којом је штета нанета мора представљати *ūовреду добрих обичаја*. Стога се поставља питање шта под добрим обичајима ваља разумети?

2. Одговарајући на ово питање, Кец ће истаћи да немачка судска пракса и правна теорија нуде за то низ образаца, који се стално понављају. При томе се нарочито подвлачи да „добре обичаје" не треба мешати са стварним понашањем, јер оно што је у пракси одомаћено није увек у складу са моралом. Исто тако, судија не сме, без устезања, прогласити неморалним оно што према његовим личним схватањима није саобразно моралу. Напротив, појам „добри обичаји" указује на уљудност, на општи закон морала, јасно и просечно осећање морала које има уљудан грађанин, или, као што је говорио Reichsgericht, на „осећање уљудности свих правично и поштено мислећих људи". То је, у основи, схватање и Савезног врховног суда Немачке, који сматра да § 826 BGB „служи остварењу права вишег реда и допушта вођење рачуна о захтеву истинске унутрашње правичности" (стр. 78).

3. Следи констатација аутора да ови обрасци имају и жустре противнике међу правним писцима. Нарочито је познато гледиште по коме ти обрасци нису одговарајући за право о конкуренцији. Извесни поборници овог права сматрају да прописе о конкуренцији треба тумачити према важећим трговачким обичајима, или да појам „добрих обичаја" из § 826 BGB ваља поимати као упућивање на „друштвени морал", тј. на постојећа схватања која се с временом мењају. Док други правници, опет мисле, да се ово питање не може уопште решити помоћу изванправних критеријума. По њима, мерила понашања на које упућује § 826 BGB треба тражити у самом важећем правном поретку, особито у основним начелима конкретизованим у појединачним правним институтима, у принципима и стандардима које је признала судска пракса, као и у објективном поретку вредности уставног закона. Ова промена у поимању појма „добрих обичаја" објашњава се преображајем либералне правне државе у модерну социјалну државу. Наиме, у XIX веку могло се још веровати да су слобода уговарања и слобода занимања довољно ограничени моралним нормама које важе у грађанском друштву, те да усмеравајући привредни и социјално-политички захвати од стране државе нису потребни. Међутим, данашње друштво је другачије, јер се зна да приватна аутономија, ако се препусти сама себи, постаје инструмент господарења другима. Стога, ако жели да својим грађанима осигура живот достојан човека, држава мора и треба да интервенише одговарајућим привредним и социјално-политичким мерама. То је задатак не само законодавца него и судија, јер су и они позвани да у току конкретизације генералних законских норми (у које спада и § 826 BGB) изврше инплантацију одговарајућих привредних и социјално-политичких циљева (стр. 79). На крају, Кец закључује да ниједна од многих теорија о садржини појма „добри обичаји" није у стању да обухвати цео спектар могућих случајева који долазе у обзир и да их, у извесној мери, тачно искаже (стр. 80).

4. Писац посебно истиче да у случају поступања некога противно добрим обичајима, право на накнаду, по § 826 BGB, не припада свакоме ко је таквим понашањем оштећен. Тражи се, наиме, да је понашање починиоца штете било неморално управо према ономе ко обештећење захтева, тј. да је сврха правила понашања чијом је повредом он оштећен баш његова заштита. И овде је, дакле, реч о заштитничком циљу норме, чије кршење заснива право на надокнаду, као и код § 823 BGB. Тако, на пример, послодавац вређа добре обичаје у случају кад отпусти прокуристу који је извршио проневеру, а потом му даде писмену препоруку да би се овај запослио код другога. Јер онај ко жели да се отараси одређеног службеника, не сме га истовремено препоручивати другима (стр. 81).

II. Одговорност за штету изазвану моторним возилом

а) Карактер одговорности

1. Одговорност због штете узроковане употребом моторног возила потпада, по немачком праву, под тзв. „одговорност због угрожавања", која не зависи од кривице. Та одговорност претпоставља штету која је резултат реализације одређене опасности којом господари одговорно лице. Разлог одговорности лежи у томе што је штетник специфичан ризик штете по другога створио, што је у датом тренутку под својом контролом одређени уређај имао или њиме управљао, што је одређену ствар користио или одређену делатност обављао. Другим речима, одговара се за типичне опасности од штете што потичу од уређаја, ствари или делатности. Такву одговорност немачко право не допушта генерално, него једино у оним случајевима које је законодавац посебно утврдио (стр. 134).

2. Правила о одговорности за штету од моторног возила прописане су, у Немачкој, Законом о друмском саобраћају (скраћено: StVG). По том закону, држаоци моторних возила одговарају за штету без обзира на кривицу. Али кад су у питању возила која су тако конструисана да ни по равном путу нису у стању да развију брзину већу од 20 километара на сат, њихови држаоци уживају привилеговану одговорност. Они, наиме, одговарају искључиво по основу кривице, тј. по § 823 BGB. Тај режим одговорности важи и за возаче моторних возила који немају својство држаоца (стр. 153).

3. Међутим, оштећени који се ослања на StVG често није у стању да захтева потпуну накнаду штете, јер су врста и опсег одговорности по том закону ограничени: утврђена је горња граница одговорности и искључена је могућност тражења накнаде неимовинске штете. Стога је законодавац омогућио оштећеноме да своје право на обештећење веже за општа правила деликтног права. Кец примећује да то значи да у Немачкој постоји мешовит систем одговорности због штете од моторног возила. По том систему, оштећени може свој захтев за обештећење заснивати најпре на правилима о објективној одговорности из StVG, а потом, ради допуне, и на општим правилима о деликтној одговорности из BGB, која претпостављају доказану кривицу али омогућују потпуну накнаду штете (стр. 150). Одговорност по StVG претпоставља штету изазвану возилом „у погону". То значи да се саобраћајни удес мора сводити на специфичне погонске опасности што настају употребом возила. Појам возила „у погону" немачки судови схватају веома широко, тако да су у пракси ретки случајеви у којима је возило учествовало у саобраћајном удесу а да се није сматрало да је удес био условљен опасношћу што је ствара погон возила. Тако је, на пример, Савезни врховни суд Немачке заузео становиште да је моторно возило „у погону" и кад се налази паркирано на јавном путу без возача или је ту остављено због квара у мотору (стр. 154).

б) Искључење или умањење одговорности

аа) Неизбежан догађај

1. Према § 7, став 2 StVG, држалац моторног возила може се ослободити од одговорности за штету само уколико докаже да се саобраћајни удес заснива на тзв. „неизбежном догађају". Кец примећује да из овог законског текста произлази да о неизбежном догађају не може бити речи у случају кад је саобраћајни удес настао због отказивања техничких уређаја возила. На пример: пуцање гуме на точку, прелом осовине, отказивање кочница или уређаја за осветљавање, блокирање волана и сл. Тако је држалац одговоран за штету и у случају када се установи да ни њему ни возачу, нити ма коме другом на свету, ни уз оптималну пажњу, није било могуће да претеће отказивање уређаја благовремено спозна и да опасност која из тога резултира отклони. Ту имамо посла са најчистијим обликом одговорности због угрожавања, којој има места чак и у случају кад би држалац возила доказао да се отказивање уређаја темељи на вишој сили (стр. 155).

2. У вези с тим, писац поставља питање како ствар стоји у случају кад се удес не оснива на техничком отказивању возила него на „техничком отказивању" телесних органа возача, као што је изненадно пуцање мождане артерије и губљење свести. Следи и пишчев одговор да је Савезни врховни суд Немачке изједначио техничке дефекте машине „аутомобил" и машине „човек". Стога је сматрао да се и у последњем случају ради о узроку штете који потиче „из погона", па је потврдио одговорност, мада возач, у конкретном случају, своју немоћ није могао предвидети ни при највећој пажњи (стр. 155).

3. Ситуација је, међутим, другачија кад није реч о отказивању уређаја унутар погона возила, него удес почива на догађајима или утицајима који, у неку руку, долазе „споља". На пример: ако се саобраћајни удес може објаснити тиме што је дунуо јак бочни ветар, или што је преко пута претрчала животиња па је возило скренуло са коловоза или се услед клизавости пута превртнуло, или што је пешак истрчао на улицу између паркираних аутомобила, или што други возач није поштовао правила првенства у вожњи или је возио у време црвеног светла на семафору – тада постоји неизбежан догађај уколико држалац може да докаже да је он, односно возач „показао сву пажњу коју су околности изискивале". Из ове формулације се види да у судској пракси нема ослобађања од одговорности ако држалац возила докаже да су он и возач показали пажњу просечно поузданог учесника у саобраћају. Напротив, мора се доказати да ни „идеалан возач", тј. возач са највећом пажњом, опрезношћу, присебношћу и промишљеношћу не би могао да избегне удес (стр. 156). Овај доказ ретко коме полази за

руком, али ипак постоје случајеви у којима је суд дао мишљење да јесте реч о неизбежном догађају. На пример: превртање возила условљено остатком уља на коловозу, што се у тами апсолутно није могло приметити, или неочекиваном клизавошћу пута; судар са школским дететом које је, изненада и непосредно пред возилом, започело прелазак преко улице. Међутим, возач који је на аутопуту прекорачио препоручену брзину кретања од 130 km/h, не може се позивати на неизбежан догађај ако, услед неког трећег који се понаша противно саобраћајним прописима, буде принуђен да кочи и при том се сударе са другом возилом. Мада је реч само о препорученој брзини, онај ко ту препоруку не следи, не може се сматрати „идеалним возачем", иако му није могуће пребацити да је крив за удес. О неизбежном догађају могло би, у таквој ситуацији, бити речи једино ако би возач доказао да би у случају да се придржава препоручене брзине, дошло до удеса са последицама сличне тежине (стр. 156).

бб) Искључење одговорности у случају вожње „на црно"

Ако су се стекли услови за одговорност, држалац возила је одговоран без обзира на то да ли је, у тренутку удеса, возилом управљао он лично или неко други. Изузетак од тога постоји само за случај вожње „на црно", тј. кад је возач користио возило без знања и воље његовог држаоца. Али Кец подвлачи да држалац одговара чак и у том случају ако је он поставио возача да ради са возилом или је возило њему препустио, или му је својом кривицом омогућио да возило користи, нарочито ако га није заштитио од крађе. Тада објективној одговорности по StVG конкурише одговорност по § 823 BGB (стр. 156).

вв) Искључење одговорности према путницима

Писац констатује да одређене категорије лица своје право за накнаду штете од моторног возила не могу захтевати према строгим правилима одговорности из StVG, него то морају да чине по општим деликтним прописима. У те категорије спадају лица која својим трудом омогућују рад моторног возила, особито возач и сувозач. Сем тога, са објективном одговорношћу не могу рачунати ни лица која су се, у тренутку удеса, превозила бесплатно, као познаници држаоца возила. Међутим, ствар стоји другачије кад је у питању превоз путника уз накнаду и у виду занимања. Посебан проблем задају путници који се превозе заједно са возачем али учествују у трошковима за бензин. Исти је случај кад колеге по запослењу или родитељи школске или предшколске деце образују „заједнице превоза", па уговоре да свако од чланова заједнице, за превоз између стана и радног места односно школе или дечјег вртића, даде известан допринос трошковима превоза које има пре-

возилац. Савезни врховни суд Немачке сматра да се у таквим ситуацијама не ради о превозу „уз надокнаду". Кец подржава то схватање, али истовремено напомиње да и такви путници уживају заштиту по основу осигурања од несрећних случајева (стр. 157).

гг) Искључење или умањење одговорности због саучесништва у проузроковању штете

1. Држалац моторног возила може се бранити приговором да је саобраћајни удес изазван властитом кривицом оштећеног, те да стога његов захтев за обештећење треба искључити или барем умањити. Правни основ за такав приговор чини § 254 BGB. Он говори о „суделујућој кривици" оштећеног. Међутим, Кец истиче да се правна пракса не придржава дословно овог текста, јер је допустила да се право на накнаду умањи и у случају кад оштећени није штету скривио него је само саучествовао у њеном проузроковању (стр. 216). С друге стране, многи немачки правници захтевају реформу правних правила о одговорности због саобраћајних удеса, и предлажу да се, ради умањења накнаде штете, води рачуна само о намерној кривици и грубој непажњи оштећеног (стр. 166).

2. Параграф 254 BGB допушта да се узме у обзир и то што је неко свесно довео себе у ситуацију чије су му нарочите опасности од штете биле сазнатљиве. На пример: ако пристане да се вози са пијаним возачем моторног возила, иако то зна или би морао знати; ако зна или би морао знати да возило није безбедно за вожњу или да је пут нарочито опасан. Тада се ради о занемаривању пажње која је, према просечном схватању, потребна за очување властитих интереса. Ако до удеса доведе опасност због које се сувозач морао уздржати од вожње, он може захтевати накнаду штете само делимично. Опсег делимичне надокнаде зависи од околности случаја, од тога колико је опасност била сазнатљива и да ли се могло очекивати алтернативно понашање оштећеног које је безопасно (стр. 214). Раније су немачки судови сматрали да је у таквим ситуацијама оштећени прећутно пристао на евентуалну штету или да се прећутно одрекао права на обештећење (поступање на сопствени ризик). Но, Кец истиче да такве фикције нису више потребне, јер се овај проблем своди на питање да ли је и у којој мери оштећени саучесник у проузроковању штете, тиме што се, добровољно и без нужде, изложио сазнатљивој опасности која је доцније штету изазвала (стр. 215).

3. Кец посебно разматра питање под којим условима погрешно понашање малолетног лица, које је било саузрок штете, може да оправда умањење његовог права на обештећење. У правној пракси влада становиште да примена § 254 BGB долази у обзир једино ако је малолетник, сходно § 828, став 2 BGB, био способан за кривицу, и ако је поступио криво у смислу § 276 BGB, при чему

се особито води рачуна о томе да ли је, с обзиром на захтеве пажње који се постављају деци његовог узраста, морао бити свестан да својим чином угрожава самога себе. У стручној литератури постоје о томе и другачија гледишта, али се писац са њима не солидарише (стр. 215).

4. Напослетку, ако је оштећени и сам држалац моторног возила које је суделовало у саобраћајном удесу, мора допустити да се његов захтев за обештећење умањи због опасности погона коју ствара његово возило, уколико удес за њега није представљао неизбежан догађај. Сматра се да урачунавање суделујуће опасности погона сопственог возила почива на принципу једнаког третмана, јер кривица и објективна одговорност чине заједно стубове правног система одговорности. Судови држе да на име опасности погона сопственог возила, кад је реч о починиоцу штете који одговара по основу кривице, одбитак износи једну четвртину штете. Сем тога, опасност погона властитог возила може се кумулирати са кривицом оштећеног (стр. 216-217).

Г. Закључак

Приказана књига о деликтном праву има карактер прворазредног уџбеника за конкретну област. Мада није усамљена у својој врсти, она је, у овом тренутку, највише коришћен приручник међу немачким студентима права. Међутим, то нипошто не значи да је уџбеник намењен и потребан искључиво студентима, јер и свршени правници могу из њега много шта да сазнају и науче. Нема ниједног правног питања из области неуговорне одговорности које у њему није детаљно изложено и савршено објашњено. Зато је Кецов уџбеник добродошао и практичарима и теоретичарима. И то не само правницима из СР Немачке него и из других земаља света, јер је проблематика којом се бави заједничка за све цивилизоване народе. Судска пракса и одговарајућа правна теорија што су у њему изложене представљају врхунске домете савремене правне мисли. Огромну штету трпе сви они правници којима Кецов уџбеник није надохват руке, јер су лишени једног великог духовног ужитка. Тај губитак дао би се поправити преводом ове књиге на наш језик и објављивањем превода. Ваљало би најзад схватити да је превођење туђег изванредног дела корисније неголи писање сопственог које је мање вредно. Превод би нам омогућио да масовно спознамо тековине искусније правне културе каква је немачка. И да у тим текстовима потражимо одговоре на она питања на која наши правници или нису уопште одговорили или су то учинили само делимично.

др Јаков Радишић

Михаило Илић:
Административно право и други радови
(Јавно предузеће „Службени лист СРЈ", Београд 1998)

Почетком 1999. године, дакле са извесним закашњењем, у издању Јавног предузећа „Службени лист СРЈ" из Београда, а у оквиру V кола библиотеке „Класици југословенског права", изашла је из штампе збирка правних текстова под називом *Административно право и други радови*, чији је аутор Михаило Илић (1888–1944), проректор Универзитета и професор Правног факултета у Београду и истакнути научни и јавни радник у периоду између два светска рата.

Поменуту збирку приредио је Милован Бузаџић, председник Правног савета Савезне владе, док је предговор написао некадашњи асистент Михаила Илића, проф. др Драгаш Денковић, са којим је писац ових редова имао част да обави стручно-техничку редакцију Илићевих предавања из теорије административног права, одржаних школске 1926/1927. године, у њиховој аутентичној верзији сређеној према прибелешкама тадашњег студента права IV године Драгољуба Лукића.

Главно дело у наведеној збирци свакако су ова предавања из административног права, у којима се, применом компаративног метода, посебно на подлози француске доктрине, аналитички обрађују питања у вези са административном организацијом, хијерархијским призивом, децентрализацијом, јавним службама и јавним службеницима, имовином и јавним доменом, административним уговорима, јавним установама и установама опште користи, правним положајем појединаца према јавним службама уопште и према јавној служби за коју постоји концесија, грађанском одговорношћу државе поводом функционисања јавних служби и, најзад, правним актима.

Можда ће неко, с разлогом, одмах поставити питање због чега је и по којим критеријумима одлучено да се у склопу реномиране библиотеке „Класици југословенског права", заједно са неколико мањих радова, објави Илићево теоријско дело *Административно право*, ако је његова вредност, у одређеном смислу, спорна, будући да, према појединим изреченим оценама, не представља научно остварење које би се без резерве могло сврстати у класичне творевине наше правне баштине.

Тако, примера ради, проф. Милијан Поповић, један од водећих домаћих правних теоретичара, у свом инспиративном и веома похвално интонираном чланку о Михаилу Илићу као правном пис-

цу и публицисти[1], зачудо се једино неповољно изражава о квалитету и дометима овог Илићевог главног дела у области административног права, штампаног 1928. године, у облику литографисаног извода. Наиме, проф. Поповић, без околишања, истиче да би се Илић свакако потрудио да своје *Административно право* објави и „евентуално приреди и ново издање" да је сматрао да му је то значајно дело. Поред тога, проф. Поповић, додуше на посредан начин, замера Илићу што административно право редукује на општи део и закључује да наведени Илићев рад углавном представља компилацију доктрина француских аутора, те да, као такав, и није од веће вредности.

Разуме се по себи да се Илићево теоријско дело *Административно право* не може оспоравати на начин на који је то учињено у иначе добронамерном чланку проф. Поповића, тј. успутно, у виду паушалног критичког осврта, већ се оцена вредности наведеног рада мора заснивати на конкретној анализи која је у датом случају, нажалост, изостала.

Што се тиче, пак, критеријума на основу којих се издавач, то јест његов редакциони одбор определио да дело *Административно право* Михаила Илића уврсти у V коло библиотеке „Класици југословенског права", односно у збирку одабраних радова овог знаменитог правног писца између два светска рата, они су, по нашем мишљењу, у основним назнакама изнети на језгровит начин у напомени коју је дао приређивач М. Бузаџић у вези са састављањем наведене збирке, а ближе су објашњени у предговору из пера проф. др Драгаша Денковића.

Тако, према становишту М. Бузаџића, Илићево *Административно право* представља први модеран прилог домаћој теорији управног права и значајно остварење у области наше правне баштине, док проф. Денковић сматра да је Илићев приступ, заступљен у његовим предавањима из административног права, својеврсна антиципација савремених схватања о потреби трансформације наставног процеса на високошколским институцијама у научни процес sui generis, с обзиром на чињеницу да је ефикасно и квалитетно обављање послова из основне делатности управо незамисливо без примене научних метода.

С тим у вези, проф. Денковић сасвим исправно примећује да у историји југословенске науке управног права М. Илићу несумњиво припада пионирска заслуга што је јасно и прецизно дефинисао

1 Уп. чланак проф. Милијана Поповића под насловом „Михаило Илић као правни писац и публициста", објављен у Зборнику саопштења са научног скупа одржаног 10. новембра 1994. године, под називом *Правна политичка мисао Михаила Илића*, Београд 1995, стр. 73-74 (издање Правног факултета у Београду).

и омеђио, односно релативно подробно теоријски обрадио основна питања којима се бави ова правна дисциплина и тако дао значајан допринос конституисању општег учења о управном праву.

На овом месту ваља, додуше, нагласити да је у југословенској науци управног права изражено мишљење да досадашњи покушаји изградње опште теорије управног права која не би била везана ни за једно одређено позитивно право, нису довели до значајних резултата, јер се, како тврде протагонисти тог мишљења, наводно, показало да се поменути покушаји (укључујући, сходно томе, и одговарајући прилог М. Илића), у крајњој линији, неизбежно своде на интерпретацију националног законодавства оне земље којој припада творац таквог теоријског модела.[2]

У том контексту академик Крбек је, на примеру најпознатијег подухвата ове врсте, тј. дела објављеног 1927. године под називом *Allgemeines Verwaltungsrecht* (*Опште управно право*), чији је аутор угледни представник бечке правне школе Адолф Јулијус Меркл (1890–1970), указивао на велике тешкоће скопчане са применом наведеног методолошког приступа, и поводом тога изнео тезу како би свако одмах препознао да се ради о аустријском писцу да је Меркл, којим случајем, анонимно издао своје дело.

Не улазећи овде у разматрање стварних домета поменутог приступа, сматрамо, ипак, да изложено гледиште академика Крбека,[3] којим се тај приступ, практично, оспорава, није одрживо, и то из два основна разлога.

Пре свега, ваља нагласити да конституисање опште теорије управног права на подлози најшире примене компаративног приступа којим се, иначе, зналачки користио М. Илић, без сумње, омогућује да се јасно и прецизно сагледа суштина кључних категорија и института ове правне гране, односно да се на недвосмислен начин раздвоји оно што је у њима нужно, константно, опште и битно, од онога што је случајно, појавно, променљиво, пролазно и споредно, а понекад и производ пуког волунтаризма или субјективизма.

Друго, успостављање система теоријских апстракција из реалности позитивног управног права (како би се израдио Меркл) представља, у ствари, конструисање опште теорије ове правне

2 Уп. П. Димитријевић – Р. Марковић: *Управно право I*, НИУ „Службени лист СФРЈ", Београд 1986. године, стр. 348 и 374 и И. Крбек: *Управно право ФНРЈ*, књ. I, Београд, 1955, Издавачко штампарско предузеће „Биро за израду образаца", стр. 7.

3 Наведену Крбекову тезу у потпуности је прихватио П. Димитријевић, а под утицајем П. Димитријевића, некритички су је усвојили и неки други писци (в. З. Јелић: *Правна мисао на раскршћу*, издање Јавног предузећа „Службени лист СРЈ", Београд, 1998, стр. 165-166).

гране на основу материјала добијеног апстраховањем из једног или више репрезентативних националних законодавстава, дакле, анализу појединачног, односно посебног са становишта општег и типичног, коју је М. Илић, неоспорно, са успехом обавио у својим литографисаним предавањима из 1926-1927. године, приказујући темељне нормативне структуре и категорије управног права као таквог, помоћу којих је могуће рационално (смислено) схватити и описати сваки конкретни управноправни систем.[4]

Тачније речено, у свом раду *Административно право – теоријски део* Михаило Илић се несумњиво представља као суптилни аналитичар, који увек проблемски приступа излагању одговарајућих управноправних институција, разматрајући их, по правилу, с гледишта узорних решења појединих реномираних националних права (у првом реду француског правног поретка) и најпознатијих теоријских концепција свога времена које ни данас ништа нису изгубиле од свог значаја.[5] На тај начин, он је истовремено указао и на пут који ваља следити уколико се жели строго научно изложити и обрадити једна изразито флексибилна и изузетно разуђена правна материја, а да се при том не западне – како се то иначе често догађа – у дескриптивизам, односно парафразирање или чак пуко репродуковање садржаја важећих прописа.

На основу свега изнетог, мишљења смо да се Михаило Илић може, с разлогом, сврстати међу оне наше писце који су дали не само запажен допринос изградњи осмишљеног општег модела управног права већ и драгоцен прилог темељном упознавању његових конститутивних елемената, без чега није могуће овладати суштинским и релативно трајним знањима из ове правне дисциплине и гране позитивног законодавства.

др Зоран Јелић

4 У предговору написаном поводом репринт издања Мерклове књиге *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1969), Карл Коринек (Karl Korinek) истиче да се у њој излаже опсежан систем општег управног права у том смислу што се приказују структуре и основни појмови ове правне гране, чиме се пружају теоријске основе за посматрање сваког важећег управноправног поретка. У суштини ова Коринекова констатација могла би се, mutatis mutandes, применити на Илићеву теорију административног права, с тим што треба имати у виду да, за разлику од Меркла који у свом делу полази од принципа чисте теорије права, Илић своју теорију заснива на француској доктрини и пракси које су у прошлости служиле, а и данас служе многим земљама у својству узора и инспирације за изградњу и унапређивање управног права као гране правног система.

5 Анализа Илићевог рада *Административно право* недвосмислено упућује на закључак да се његов аутор у обради предмета ове гране правног система користио решењима пре свега француског, и у извесној мери немачког, енглеског и домаћег права, затим ставовима заузетим у пракси француског Државног савета, као и одговарајућим доктринама Дигија, Жеза, Бертелемија, Лаферијера, Мишуа, Јелинека и Лабанда.

Драган Милков:
Управно право, I–III,
(Универзитет у Новом Саду – Правни факултет и Центар за издавачку делатност, Нови Сад 1997–1998)

Последњих неколико година домаћа уџбеничка литература у области управног права, како у квантитативном тако, још више, у квалитативном смислу, бележи запажене резултате. У том погледу, по својој вредности и промишљеном методолошком приступу, посебно се издвајају радови проф. др Ратка Марковића, проф. др Стевана Лилића и проф. др Зорана Томића, при чему се, наравно, не би смело заобићи ни опсежно, данас већ по много чему стандардно, дело *Управно право – општи део*, које представља заједничко остварење тројице професора – др Славољуба Поповића, др Бранислава Марковића и др Милана Петровића.

У ову групу аутора, заслужних за изградњу и унапређивање савременог концепта управног права као наставне и научне дисциплине, свакако спада и име проф. др Драгана Милкова, који је крајем 1998. године коначно заокружио сопствени систем наведене правне гране у форми сажетог и прегледног уџбеника за потребе основних студија на Правном факултету у Новом Саду.

Уџбеник проф. Милкова одликује се јасноћом, прецизношћу и приступачношћу излагања; изоштреношћу садржаја и обима кључних појмова; темељним познавањем позитивног законодавства и релевантне домаће и стране научне литературе, и разложним и убедљивим интерпретацијама важећих управноправних института, а местимично и одговарајућим интересантним запажањима и критичким коментарима.

Свој систем управног права проф. Милков је поделио у три релативно самосталне, али, у крајњој линији, међусобно повезане целине, с тим што је свакој од њих посветио засебну књигу.

Прва књига обухвата уводна и организациона питања, у оквиру којих се, на концизан начин, обрађују теме као што су: појам, настанак, развој и почеци проучавања управе; предмет и општа садржина, настанак, развој и извори управног права и његов однос према другим гранама права; управноправни однос; вршиоци управне делатности; савезна, републичка, покрајинска и општинска управа; унутрашњи и спољни односи.

У другој књизи, која је по обиму, иначе, највећа, излаже се управна делатност, тј. говори се о актима управе и управним радњама, управном поступку и управној делатности у посебним ситуацијама (вршење управног надзора, управна делатност у стварима личног статуса и управно ограничавање својине), док се *трећа*

књига бави контролом управе, тј. материјом везаном за појам, врсте и облике те контроле, и управним спором.

Као што се види, описана систематика уџбеника проф. Милкова почива на традиционалној концепцији, којој се, судећи према критичким оценама појединих аутора, највише замера то што управно право углавном приказује без његове централне компоненте, односно без великог дела материјалног управног права.[1]

Тачније речено, критичари традиционалне концепције истичу да се у факултетским уџбеницима скројеним по њеној мери, кроз оптику организације, делатности и контроле, даје само фрагментаран, скучен и отуд сасвим недовољан увид у огроман корпус важећег материјалног управног права, што неизбежно има за последицу – како је то својевремено, тј. још пре II светског рата приметио проф. др Лазо Костић – да свршени студенти права стичу дипломе не знајући ни за постојање претежног дела државних закона, а камоли њихову садржину.[2]

Ова непобитна чињеница са којом се настава управног права на високошколским институцијама и данас суочава, свакако представља парадокс своје врсте, поготову ако се има у виду упозорење проф. Милкова да више од две трећине свих норми правног система спада у управно право,[3] а оно, упркос томе, на домаћим правним факултетима, објективно посматрано, још увек ужива третман дисциплине од другоразредног значаја.

На овом месту, међутим, не можемо улазити у анализу проблема тзв. „белих мрља" у науци (и настави) управног права, који је, између осталог, био разматран и на интеркатедарском састанку представника југословенских правних факултета из предмета УПРАВНО ПРАВО и НАУКА О УПРАВЉАЊУ, одржаном у Врњачкој Бањи од 17. до 19. октобра 1996. године, али без опипљивих резултата, с обзиром на околност да домаће управно право као грана важећег правног система, односно најобимнији део позитивног законодавства још није достигло такав степен зрелости да би се могло свестрано и конзистентно научно изложити у облику сложене целине међузависних делова, односно комплексног система норми намењеног управљању државним и другим јавним пословима.

Осим тога, свеобухватно приказивање садржински изузетно хетерогених института материјалног управног права захтева, заправо, да се приступи изради уџбеника у виду вишетомног трактата, дакле у облику онога што се у француској терминологији назива

1 Уп. др Миливој Ковачевић: „О садржини наставног предмета УПРАВНО ПРАВО", *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1-3, Београд, 1996.

2 Др М. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 312.

3 Уп. проф. др Драган Милков: *Управно право*, књ. I, стр. 45.

Traité, а што – бар кад је реч о домаћим приликама – између осталог, изискује тимски рад, који на овим просторима, нажалост, још није ухватио дубље корене, тако да се може говорити само о његовим рудиментарним зачецима. Стога проф. Милков, полазећи, пре свега, од намене својих уџбеника и његових адресата, са разлогом инсистира на концизној обради позитивног управноправног материјала, по узору на уџбенике који се користе у Француској под називом „Précis", те сходно томе, упућује критичке примедбе на рачун концепције система управног права коју је у нашој уџбеничкој литератури заступао П. Димитријевић, а чија се главна мана огледала у превеликој опширности, због обраде потпуно непотребних детаља.[4]

С друге стране, за потребе специјалистичких и магистарских, а нарочито докторских студија, свакако предстоји, као важан задатак, припремање једног опсежног уџбеника управног права у форми „Traité", и то на подлози компаративног метода, превасходно због неизбежне хармонизације домаћег права са правом Европске уније и одговарајућим упоредним и међународним стандардима, али и због бољег разумевања самог домаћег права, с обзиром на чињеницу да поређење као облик претварања података у информације представља кључ за разумевање духовних и друштвених творевина. Такође, најшира примена компаративног метода била би, без сумње, предуслов за конституисање општег учења о управном праву као систему теоријских апстракција из реалности позитивног права (како би рекао А. Меркл), које би могло послужити као модел за изградњу и унапређивање важећег законодавства и као пут за разумевање суштине управног права тако што ће омогућити раздвајање онога што је нужно, опште, константно и битно, од оног што је случајно, појавно, променљиво, пролазно и споредно.[5]

Мада релативно кратак, уџбеник проф. Милкова неоспорно садржи неопходну и довољну количину релевантних информација о важећем управном праву у СРЈ, а занимљиве и оштроумне опсервације и детаљи којима је дело проткано, без сумње ће код знатижељних читалаца побудити посебан интерес, а највећим заговорницима супротних погледа или опредељења дати повода за размишљање.

4 Уп. проф. др Драган Милков: *Управно право*, књ. I, стр. 35-36, као и стр. 5, 7 и 34 (фуснота 24), Универзитет у Новом Саду – Правни факултет и Центар за издавачку делатност, Нови Сад 1997.

5 Разуме се по себи да би при томе ваљало тежити конструисању теорије средњег домета како би се на најуспешнији начин предупредио евентуални јаз између апстрактних, од стварног садржаја испражњених правних категорија, и емпиријске реалности коју те категорије треба да обухвате приликом нормативног регулисања одређених друштвених односа и њиховог претварања у управноправне односе.

Тако, примера ради, на страницама овог уџбеника можемо прочитати да су наши аутори ретко изворно користили немачку литературу, што се показало као хендикеп, будући да су се неке омашке доцније, у посредном цитирању, мултипликовале. Уопште узев, тврди проф. Милков, преузимање туђих навода без претходне провере није страно нашој теорији, при чему се догађа да се нечија почетна грешка затим репродукује више пута, доводећи у заблуду читаоце у погледу тачности одређених података.

Међутим, ови и овакви пропусти, нажалост, изгледа да су својствени и страним научним радницима, па чак и највећим именима правне мисли у свету.[6] Главни узрок ове појаве, по свој прилици, лежи у недовољној доступности појединих научних радова у области права, нарочито оних старијег датума, па трагање за њиховим аутентичним текстовима не само што одузима доста времена већ је понекад скопчано и са крупним тешкоћама објективне природе.

Чини нам се да на стр. 34 и 35 своје књиге проф. Милков можда сувише високо оцењује допринос Л. Костића нашој науци управног права, те се овај његов суд стога мора примити са резервом, али му, заузврат, ваља одати пуно признање што се нимало не двоуми да у том контексту истовремено укаже на извесне позајмице из Костићевог дела којима се обилато служио један од несумњивих великана домаће науке управног права, Н. Стјепановић, а које се, заправо, граниче са плагијатом (в. фусноту на стр. 34 прве књиге и стр. 48 у трећој књизи).

На стр. 113–116 прве књиге, проф. Милков сасвим оправдано критикује нормативноправни галиматијас у организационим прописима донетим у Републици Црној Гори, док у другој књизи на више места упућује умесне примедбе (по правилу у фуснотама) на рачун одређених недостатака уочених у тексту сада важећег Закона о општем управном поступку (в. стр. 83–84; стр. 88; стр. 90. и фусноту на тој страни; фусноту на стр. 94; фусноту на стр. 103, као и фусноте на стр. 223, 228, 230, посебно на стр. 267, 269. и 280), о којима би законодавац требало да се изјасни већ приликом првог

6 У том погледу, као карактеристичан пример, може да послужи нетачно навођење података о години објављивања знаменитог Мерклового чланка „Das doppelte Rechtsantlitz", који је, према нашој провери, штампан у *Juristische Blätter*, бр. 41-42 од 20. октобра 1918. године. Келзен, међутим, у чувеном предговору другом издању свог капиталног дела *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1923) наводи да је поменути Мерклов чланак објављен 1917. године, па су ту његову омашку, између осталих, некритички усвојили, како сам Меркл 1931. године (sic!) тако и састављач списка Мерклових публикација, Dr Dorothea Mayer-Maly (1960), али и Карл Коринек (1969), чијом је заслугом објављено репринт издање Мерклового *Општег управног права*. Келзен је, иначе, своју грешку доцније уочио и исправио 1960. године.

новелирања овог изузетно значајног нормативног документа за остваривање права и правних интереса грађана, али и за испуњавање њихових законом утврђених обавеза.[7]

У склопу друге књиге изузетно солидно је обрађена материја која се тиче управних аката (што је, уосталом, сасвим разумљиво ако се има у виду чињеница да је проф. Милков одбранио докторску тезу о појму управног акта), а занимљива је и оригинална дефиниција управне ствари којој је, иначе, проф. Милков посветио својевремено запажен чланак у *Аналима Правног факултета у Београду*.

У трећој књизи свог уџбеника проф. Милков такође износи (поново у фуснотама) неколико критичких напомена (и то на стр. 27, стр. 75-76, стр. 80, стр. 103. и 110. итд.) које, по нашем уверењу, заслужују пажњу домаће правне теорије и праксе. У том контексту посебно је занимљива опаска на стр. 80 која се односи на „стари добри", односно негативни критеријум, по коме управи „припада све оно што не припада ником другом". Чини се да је широка примена тог критеријума у нас постала један од главних узрока често неконтролисаног раста администрације, што се може поткрепити низом карактеристичних примера регистрованих у нормативно-организационој пракси, у оквиру права и дужности савезне државе, итд.[8]

На овом месту ваља истаћи да наведени „стари добри" (негативни) критеријум о коме говори проф. Милков, у нас није исправно схваћен, па отуд ни правилно протумачен, с обзиром на чињеницу да је на овим нашим просторима прихваћен у својој

7 У вези са излагањем института ЗУП-а, на стр. 74 своје друге књиге, проф. Милков, позивајући се на француског писца G. Braibant-a, напомиње да је прва кодификација управног поступка заправо извршена у Шпанији 1889, а не, као што се досад сматрало, у Аустрији, у којој је то учињено тек 1925. године. Колико нам је познато, у нашој литератури на ову чињеницу (такође с позивом на Braibant-a, али и гђу Weiner) први је скренуо пажњу проф. др Драгаш Денковић, у чланку „Развој управног поступка у упоредном праву и у праву СФРЈ", објављеном у *Аналима Правног факултета у Београду*, бр. 4/77.

8 Упореди, у вези с тим, рецимо, Уредбу о образовању Музеја историје Југославије (*Службени лист СРЈ*, бр. 43/96), по којој произлази да овај музеј има статус самосталне савезне организације, што, другим речима, значи да спада у савезну управу, мада поменута институција, по природи ствари, не обавља никакве управне послове, што би требало да буде услов за њено разврставање у савезне организације према Уредби о образовању савезних министарстава и других савезних органа и организација. Још карактеристичнији случај у том погледу представља Савезна дирекција за имовину СРЈ, која је разврстана међу савезне организације, премда је у опису њеног делокруга предвиђено да врши *искључиво* стручне послове, што значи да би је требало укључити у стручне службе, а не савезне организације (види чл. 6 и 22, став 2, т. 2 и 4 Уредбе о образовању савезних министарстава и других савезних органа и организација). Наведена два случаја представљају типичне примере који недвосмислено показују да се савезни уредбодавац не придржава сопствених критеријума при оснивању савезних институција из оквира својих уставних надлежности.

непотпуној, тј. у крајњој линији, нетачној верзији. У том смислу веома је битно имати у виду једно упозорење А. Меркла који, на стр. 45 свог главног дела *Опште управно право* (*Allgemeines Verwaltungsrecht*), позивајући се на родоначелника модерне немачке науке управног права, Ота Мајера (Otto Mayer), наглашава да се на тезу по којој је „управа делатност државе која није законодавство или судство" („Verwaltung ist... Tätigkeit des Staates, die nicht Gestzgebung oder Justiz ist") непосредно надовезује следећа теза: „Није све управа оно што није законодавство ни судство" („Nicht alles, was weder Gesetzgebung ist noch Justiz, ist Verwaltung").

Другим речима, негативни критеријум, по нашем мишљењу, има своја објективна ограничења, о којима се мора водити рачуна да се у примени не би свео – како се то иначе често дешава – на пуки волунтаризам, односно чист субјективизам.

Разуме се да овај наш осврт не би био потпун ако не бисмо указали на неколико ситних превида који су се аутору поткрали у овом тексту.

Тако се на стр. 63 прве књиге нетачно тврди да данас постоје само инокосни органи управе, што је (бар кад је реч о савезном нивоу) супротно не само начелној одредби предвиђеној у Уредби о образовању савезних министарстава и других савезних органа и организација, која допушта могућност формирања колегијалних органа управе (у виду комитета, комисија и сл.) него и одредбама одговарајућих прописа којима се наведена начелна одредба ближе операционализује и конкретизује.[9]

Такође у првој књизи, на стр. 81 (у фусноти), проф. Милков изражава чуђење што је Статутом НБЈ (*Службени лист СРЈ*, бр. 41/96) прописано да је ова самостална и јединствена емисиона установа монетарног система СРЈ – орган Савезне Републике Југославије. Међутим, такав статус НБЈ директно произлази из одредаба V одељка Устава СРЈ, на основу којих је она сврстана међу органе СРЈ, заједно са Савезном скупштином, Председником републике, Савезном владом, Савезним судом и Савезним државним тужиоцем.

Ови и овакви превиди и још неки (овде непоменути) пропусти чисто техничког карактера,[10] наравно, ни у ком случају не умањују нити могу умањити несумњиво високу вредност уџбеника и веома солидан научни ниво система управног права проф. Милкова, који

9 Видети нпр. Уредбу о Комитету за прикупљање података о извршеним злочинима против човечности и међународног права (*Службени лист СРЈ*, бр. 37/93) или Уредбу о Савезној комисији за хартије од вредности и финансијско тржиште која је образована као самостална савезна организација, са својством правног лица итд.

10 Примера ради, на стр. 102 прве књиге аутор назив института из чл. 253-254 ЗУП-а означава као „поништавање и укидање по основу службеног *права* надзора", а тачан назив овог ванредног правног средства гласи: „поништавање и укидање по основу службеног надзора". Као што се види, у синтагми коју аутор наводи ваља изоставити реч „права" као сувишну.

је изложен у оквиру три умешно и складно обједињене целине, односно три, садржински међусобно повезане, књиге.

На основу свега изнетог, можемо закључити да проф. Милков, неоспорно, суверено влада изузетно разуђеном и флексибилном материјом, коју је у сажетој форми мајсторски обрадио у свом делу, као и да његов рад, по својим несумњивим квалитетима, представља модел модерног уџбеника за потребе универзитетске наставе управног права на нашим правним факултетима.

Истовремено смо уверени да ће овај уџбеник корисно послужити не само студентима права којима је превасходно намењен, већ и свим другим заинтересованим читаоцима, у својству поузданог водича кроз разноврсне материје управног права као најопсежније гране позитивног законодавства.

др Зоран Јелић

Ставан К. Врачар:
Социјална садржина функције државно-правног поретка
(Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 1996, друго издање)*

Коста Чавошки

КЊИГА КОЈА ЈЕ ИЗДРЖАЛА ПРОБУ ВРЕМЕНА

Када се после тридесет и једне године појави друго издање једне књиге, онда је то поуздан знак да је она издржала пробу времена и постала нераздвојни део наше научне баштине. То се управо може рећи за књигу проф. Стевана Врачара *Социјална садржина функције државно-правног поретка.*

Њена вредност ће се још боље разумети ако се има на уму време у којем је она настала и предмет којим се бави. Сам проф. Врачар вели да је то било време „владајућег марксистичког погледа на свет", „догматизма", „монолитизма", „монопартизма" и „тоталитаризма" и да то нису биле само опомињуће и претеће речи него и најгрубља стварност. „Свевладајуће су биле само вулгарне тезе", попут исказа да је држава апарат насиља у рукама владајуће класе, а право у закон преобраћена воља владајуће класе. Битно другачије поставке биле су само „мислене именице". Синдром страха, неспокојства и неизвесности потискивао је сваку *по-мисао* да се у области државе и права ишта може „ауторски промишљати".

Па ипак, и у таквим тешким и опасностима бременитим околностима било је писаца који су користили и најмање могућности за некакве искораке. Такав је био и проф. Стеван Врачар. Његов искорак из ондашње идеолошке колотечине није био нимало безначајан. Штавише, њега краси јасно изражена самосвојност и препознатљива ауторска боја.

Његова основна мисао, која очигледно није марксистичка него знатно старијег порекла, јесте поставка *да је држава средство, а право форма политичког конституисања друштва.* А како

* Излагања наставника и сарадника Правног факултета у Београду изречена у поводу другога издања докторске дисертације професора Стевана Врачара.

постоји нераскидиво, органско јединство државе и права, изведена оставка јесте да је *државно-правни поредак јединство средстава и форме политичког конституисања друштва*.

Да би боље истакао оригиналност ове своје основне идеје, проф. Врачар је морао да оспори једно становиште које се у том времену пре више од тридесет година наметало готово неодољивом снагом – да је државно-правни поредак напросто изданак класне поделе друштва и као такав пука творевина која само служи поседничкој класи да одржи свој привилегован положај. Уместо овог поједностављеног закључивања, проф. Врачар тврди да државно-правни поредак није одређен класама, нити су класе њиме одређене, него су и једно и друго нечим одређени. А то „нешто" треба истражити. И после упоредног испитивања узрока једне и друге појаве, проф. Врачар закључује да је „друштвена стварност постала објективни показатељ суштинске детерминисаности државно-правног поретка специфичним процесом политичког конституисања друштва, а не просто постојањем класне диференцијације".

Тако је проф. Врачар у оном времену и контексту једино дозвољеног марксистичког погледа на свет развио једно поптуно самосвојно становиште о чиниоцима који су довели до успостављања државно-правног поретка. Ма колико онима најмлађима данас изгледало чудно, то становиште историје правне и политичке мисли није нимало необично. Добар пример јесте Роберт Филмер, највећма заборављен мислилац из XVI века; он је својевремено био познат по својој теорији о божанском праву краљева, која се ваљано може разумети само ако се утврде *негдашњи* смисао и сврха ове дуговечне и утицајне политичке идеје.

Теорија о божанском праву краљева припада времену када су политика и теологија биле у нераскидивој вези и када је владајуће било становиште по коме у политици увек треба видети божју реч и дело. То је, дакле, било доба када се за сваку политичку идеју тражио ослонац у божанском ауторитету и када су не само поборници него и противници учења о божанском праву краљева истицали различите теолошке разлоге и поткрепљивали их одговарајућим наводима из *Библије* и светог предања.

Но, за разумевање правог смисла и сврхе учења о божанском праву краљева најважнији су прека политичка потреба и практични разлози који су довели до њеног теоријског уобличавања. Јер, ово политичко учење непосредно се тицало ондашњих политичких и црквених прилика, што многи данашњи критичари олако губе из вида. Чак се може рећи да је оно као ретко које учење било израз стварних политичких потреба и да је ондашњим људима пружало оправдање и потпору у ономе што су осећали као своју ствар од највећег значаја. А то је била тежња ондашњих нација у

настојању да створе своје суверене државе које ће бити независне од цркве, а пре свега од настојања римског папе да успостави не само духовну већ и апсолутну световну власт над целом хришћанском васељеном. Другим речима, ово учење настало је из потребе да се нађе одговарајуће *теолошко* оправдање за супротстављање духовној и световној супрематији римског папе, и да се потом изврши потпуно одвајање цркве од државе. А да би се то постигло, *божанском* праву папе морало се супротставити *божанско* право краља, пошто се једино тако могло постићи јединство државе у којој две различите власти одговарајућим правним поретком полажу право на лојалност истих поданика. То је заправо разлог што је овај спор око врховне власти попримио *теолошки* карактер, па је најдубљи корен суверености нађен у *божанском* праву.

Време у којем је проф. Врачар стасао као правни и политички писац и провео своје најбоље године било је време духовне једногласности – не само превласти него и апсолутног господства само једног, марксистичког погледа на свет. И то погледа који се наметао свим расположивим средствима – од повлашћивања марксистичких правоверника до суровог прогона јеретика. И у том владајућем погледу било је нечега од оне праве вере која, по светом апостолу Павлу, представља ,,тврдо чекање онога чему се надамо, и доказивање онога што не видимо" (*Јеврејима посланица*, XI, 1). Професор Врачар није, међутим, био верник него самосталан критички мислилац и зато је прихватао само оне поставке чију је исправност и заснованост могао да докаже и оправда пред судом властитог ума. Зато је те далеке 1960. године упорно тврдио да је држава средство, а право форма политичког конституисања друштва, и тиме се битно разликовао од својих тадашњих колега који су у држави и праву видели само пуко оруђе класне владавине.

Нажалост, човек може бити критичан према постојећим приликама и људима који га окружују, али не може бити и потпуно изван свога времена. Отуда становиште професора Врачара носи у себи и ожиљке тог негдашњег времена – доба такорећи потпуне духовне једногласности и суровог прогона неистомишљеника. Стога, иако тврди да је државно-правни поредак суштински детерминисан особеним процесом политичког конституисања друштва а не пуким постојањем класних разлика, он ипак допушта да бар у појединим периодима државно-правни поредак служи одржавању јединства међусобно супротстављених класа.

Но, и у том погледу проф. Врачар се разликовао од својих колега по струци и муци. Било је старијих професора који су у младости пошли од занимљиве и плодне идеје о објективном праву, да би се педесетих година не само приклонили марксизму него га и тако дубоко интериоризовали да су га доживљавали као своје властито становиште. Проф. Врачар је пошао обрнутим путем, да

би већ у својим тридесетим годинама тврдио да државно-правни поредак има превасходно *друштвену* улогу, а да је класна улога *одступање* од праве суштине овог поретка.

Ваља, међутим, рећи да обе неистоветности у животним путевима наших старијих професора нису само изазване несагласјем у поимању и увиђању суштине државе и права, него су пре свега последица разлике у њиховим карактерима. Пишући своје расправе, професор Врачар није држао у руци перо које се повија и продаје, а за своја уверења јемчио је својим поштењем, својим здрављем и, изнад свега, својим карактером.

Данило Н. Баста

РЕЧ-ДВЕ О ДРУГОМ ИЗДАЊУ ДОКТОРСКЕ ТЕЗЕ ПРОФ. ДР СТЕВАНА К. ВРАЧАРА

Није честа појава да докторске тезе, ако и буду објављене доживе друго издање. А када се то догоди, посреди је, засигурно, докторски рад који је с временом потврдио своју зрелост и вредност, побудио занимање шире читалачке публике и наишао на знатан одјек у науци. Нема никакве сумње да је управо то случај са докторском дисертацијом проф. др Стевана К. Врачара. Одбрањена године 1960, она се пет година доцније (1965) појавила у свом првом издању, да би, ево, после више од три деценије и по други пут угледала светлост дана.

Постоји, међутим, једна важна разлика између првог и другог њеног издања. Она се односи на сам текст, који је аутор ту и тамо лекторски побољшао, из њега уклонио неке омашке, па и један свој кључни појам, у првом издању коришћен као „државноправни поредак", овога пута преиначио у синтагму „државно-правни поредак". (О тој цртици и њеној семантици могло би се говорити нашироко и надугачко.) Та се разлика пре свега односи на чињеницу да је аутор у друго издање своје тезе уврстио и три расправе које је с разлогом окарактерисао као комплементарне с тезом и од којих се једна, под насловом „Прилог проблематици суштине државно-правног поретка", овде се објављује први пут уопште. Како су те расправе настале у време рада на тези или непосредно после тога, као њено припремање или као искушавање неких њених суштинских поставки, сасвим је извесно да њихово објављивање заједно и истовремено са тезом пресудно доприноси да се и сама теза контекстуално боље разуме и потпуније схвати. Стога такву ауторову одлуку ваља подржати и поздравити.

Као аутор, проф. Врачар је *човек једне основне мисли*. То је мисао о државно-правном поретку као јединственој творевини која настаје и која се уобличава захваљујући неразлучној повезаности и узајамном преузимању државе и права. На први поглед, та је мисао нешто крајње једноставно и разумљиво само по себи. Па ипак, тој је мисли проф. Врачар умео да дâ такву форму и такву садржину, а уз то и изразит ауторски печат, да ју је претворио не само у руководну него и у средишњу, свеодређујућу мисао читавог једног правнотеоријског становишта. Под његовим пером, уз те мисли-импулса, из те мисли-корена, разгранао се особен и свеобухватан поглед на свет државе и права и на човеково бивствовање у том свету. Први пут обелодањеној и умногом развијеној управо у докторској тези, тој мисли је проф. Врачар остао веран и у свим својим потоњим радовима, али не на начин неодступне догматске привржености, него на начин духовне и научничке доследности, Или, да кажемо и овако: заточник своје основне мисли о државно-правном поретку, проф. Врачар никад није био и њен заточеник.

Ко год се бавио теоријом државе и права, зна да је проблем њихове функције један од најзначајнијих и најтежих. У њему се сустичу и у њему се преламају сви остали проблеми те базичне дисциплине. Можда се с њим раме уз раме може ставити само још питање о пореклу државе и права. Зато није претерано ако се каже да проблематика функције државно-правног поретка – да сада већ преузмемо ауторову терминологију – претпоставља научничку одважност, широко и темељито знање о држави и праву као основним феноменима човекове социјалне егзистенције, способност да се мисаоно и сазнајно продире до самог језгра, до саме суштине државе и права. Све су те одлике биле својствене проф. Врачару када је, у оно време као млад научни радник, приступио раду на свом научном првенцу. И не само то: све су оне посведочене, докуметоване и опредмећене у самој тези. Због тога је докторска теза проф. Врачара најприснији и најаутентичнији израз његовог научничког (али и људског) хабитуса.

Политичке и идеолошке околности у којима је ова теза писана, као и ондашње стање наше Теорије државе и права, па и наших друштвених наука уопште, нису аутору ишле наруку. Штавише, пре би се и тачније могло рећи да су му одмагале, да су га спутавале и представљале крупну препреку коју је, не без ризика, требало, ако не прескочити, а оно, с неопходним „лукавством ума“,. елегантно заобићи или спретно неутралисати. Јер, теза проф. Врачара, схваћена и као писани рад и као духовно-научни став, дакле као *теза* у правом смислу речи, значила је изазовно сучељавање са канонизованим догмама (отуда и недодирљивим) дијалектичког и историјског материјализма, у првом реду са оном која је у држави и праву видела искључиво и једино класне творевине,

оруђа класне владавине, схватајући тако и њихову функцију. Тиме што је у истраживање проблема функције државно-правног поретка пресудан нагласак ставио на процес политичког конституисања глобалног друштва, уневши тако једну методолошку и епистемолошку новину с далекосежним значајем и немалим последицама, проф. Врачар је, volens-nolens, изнутра нарушио поменуту догму, мада се у први мах чинило да ју је само модификовао и ограничио.

Посматрано из данашње перспективе и са одстојања које омогућује трезвен суд, то је био судбоносни корак у правцу догматизације наше Теорије државе и права, корак ка њеном ослобађању од идеолошких стега и диктата, корак ка њеном враћању у оквире и на ранг науке. Колико је писцу ових редова познато, докторска теза проф. Врачара је први озбиљан рад у нашој послератној Теорији државе и права који је значио пробој и искорак из идеолошке диктатуре над том фундаменталном науком. Ако је, пак, сенка те диктатуре местимице видљива и у њему, то не говори ништа против његове трајне вредности у нашој државно-правној науци и за ову науку. То само говори да никоме и нигде није пошло за руком да у потпуности изиђе изван теоријског склопа свога времена.

Све што је речено пружа довољно разлога за чврсто уверење да је објављивање другог издања докторске тезе проф. Врачара вишеструко оправдано, Узме ли се у обзир да је он, ту скоро у облику књига објавио своје радове из методологије права и Филозофије права, појава његове докторске тезе доприноси заокругљивању једног препознатљивог научног опуса и истог таквог научног лика.

Драган М. Митровић

Даме и господо,
поштоване колегинице и колеге!

Велика је част и задовољство говорити о књизи свог уваженог професора и ментора у овако важној прилици каква је управо ова. То је по свему и ретка прилика, јер ретко бива да се о некој књизи говори као да је сада угледала светлост дана иако је рад на њој започет још 1955. године, да би као докторски рад била одбрањена 1960, а допуњена и објављена 1965. Ово је друго, новелирано издање из прошле, 1996. године, и све протекло време, које се мери деценијама, књига је остала савремена, занимљива и провокативна, као што је то била и на самом почетку. Реч је, дакле, о изузетној књизи, на неки начин судбински испреплетеној са животом и целокупним научним радом свог исто таквог творца, професора Стевана К. Врачара.

I

Предавања професора Врачара слушао сам као студент прве године права 1973. године, када сам се први пут и упознао са његови интегралним схватањем државе и права. То је нажалост била последња школска година у којој је професор Врачар држао предавања из Увода у право. На сву срећу, то није била и задња школска година у којој је професор Врачар држао своја предавања.

Следећи наш сусрет збио се пет година касније, тачније 17. маја 1978, када сам као студент прве године на последипломским студијама и као новоизабрани најмлађи асистент за предмет Увод у право, имао част и задовољство да се и лично упознам са професором Врачаром. Том приликом смо разговарали и о књизи о којој и сада желим да говорим, јер књига *Социјална садржина функције државно-правног поретка*, од свог настанка, представља код нас готово незаобилазно штиво сваког иоле озбиљног научног рада посвећеног држави и праву, чак и када се то чини необичним поводом и на неконвенционалан начин – математичким моделовањем и састављањем фракталних слика – што је прошле, 1996. године учињено у знак посебног признања и уважавања научног рада и доприноса њеног ствараоца професора др Стевана Врачара.

II

Поштоване колегинице и колеге, ако постоје књиге које обележавају читав научни и животни век својих стваралаца, свакако да у такве треба убројити и књигу професора Врачара *Социјална садржина функције државно-правног поретка*. То је по свему књига темељац и стожер читавог богатог научног опуса професора Врачара. У њој је писац смело започео тежак научни подухват, који је успешно и завршио стварањем свог оригиналног схватања државе и права. Тај успех је у ствари толики да реченом у књизи ни данас нема шта се дода, измени или одузме. Она је таква каква јесте од самог свог почетка до данас, скоро четири деценије касније.

Књига професора Врачара обухвата изузетно сложену проблематику државе и права, оличену у државно-правном поретку као њиховом јединству – проблематику која је и данас подједнако актуелна и подстицајна. Она је резултат пишчевог вишегодишњег истрајног рада, током кога су расветљене бројне недоумице и противуречности којима теорија државе и права обилује као ретко која друга дисциплина. Тај рад је, исто тако, обележен особитом систематичношћу и доследношћу, уместо научне опортуности, што на несумњив начин потврђује пишчев избор и став да је *наука подручје врхунске одговорности*.

Теорија професора Врачара, коју препознајемо у синтетичком облику као државно-правни интегрализам, одише тежњом да се пође од стварности (без мисаоне пројекције далеке прошлости или пројекције идеала комунистичке будућности) и да се у том простору сучели стварност са добијеним научним резултатима. Стога је и развијање сасвим оригиналне концепције потпуно разумљиво тек кад имамо у виду да је обрађена проблематика била и остала на неки начин *поприште* нашег свеколиког друштвеног живота, и да је то и данас у подједнакој мери. Упркос тој свеколикој променљивости, концепција професора Врачара је показала своју пуну животност, стабилност и трајност, јер није доживела судбину идеолошких ефемерида.

III

Задатак да на нов и систематски начин изложи властити поглед, одредио је методски приступ и облик излагања професора Врачара, а све то заједно довело је до стварања концепције која је постављена, следимо ли пишчеве речи *такорећи у сопственом координатном систему сазнања о истраживаним елементима стварности* у чему се и налази прави смисао свих пишчевих напора.

Поменимо и овом приликом само неке карактеристичне поставке и идеје које су постале незаобилазно и готово опште место за свако истраживање у нашој правној науци.

Ту пре свега спада пишчева почетна поставка да свака заједница не постоји као посебна реалност, због чега се стварају различити системи друштвених појава који сачињавају стварни социјални амбијент. То је случај и са државом и правом, чији је амбијент одређена заједница људи на одређеном степену историјског развоја коју писац назива *глобално друштво*. Глобално друштво је основна, најважнија, потпуна, самодовољна и најсложенија заједница огромних размера која представља *основну деону јединицу човечанства на одређеном степену цивилизације*. Та заједница се уобличава и развија дејством *објективних* и *субјективних чинилаца*.

Таква, *најзначајнија* заједница, какву заједницу чини глобално друштво, с друге стране, представља полазиште за пишчево одређивање друге, исто тако важне политиколошке поставке о постојању специфичног процеса у сваком глобалном друштву, који писац назива *процесом политичког конституисања друштва*, захваљујући чему се обезбеђује, следимо ли пишчеву идеју водиљу, неопходна мера целовитости и јединства саставних делова. Посебно су значајни процеси економског, политичког и идејног конституисања, без којих нема адекватне организације, нити адекватног

нормативног поретка. Њихово јединство, пак, сачињава и представља *основну организационо-нормативну творевину*, тј. *државно-правни поредак*.

Сходно наведеним поставкама, *држава је средство политичког конституисања друштва, а право облик тог конституисања*, јер свако *глобално друштво одржава своје јединство и целовитост на тај начин што у свом оквиру ствара државу и право помоћу којих се организује и регулише основни друштвени процес*.

Држава је, сажмемо ли пишчеве главне поставке, *основна* или *примарна друштвена организација, различита од друштва*, која се састоји *из комплекса специфичних делатности које обавља издиференцирана група људи* (персонализовање државе), и то на такав начин што су *сви њени делови тако међусобно повезани да сачињавају највише могуће јединство*. Због те своје структуралне изграђености, *држава пружа изглед једног стварног социјалног механизма*, тј. најзначајнију, најмоћнију и најсложенију организацију, чији се делови повезују сходно начелима хијерархијског размештаја државних органа, повезивања централних са периферним органима и координације делатности државних органа.

Држава као механизам располаже *јавном влашћу* која се карактерише и представља својом *сувереношћу*, јер држава располаже *монополом принуде*, који се подједнако простире и у сфери њеног територијалног, и у сфери персоналног, и у сфери реалног постојања.

Све то државу приказује као најзначајнији елемент политичке надградње друштва. Али, свака организација, па и држава, мора да има и одговарајући нормативни поредак. Зато свака држава као основна друштвена заједница, као средство политичког конституисања, уз друге сличне друштвене заједнице, располаже специфичним нормативним поретком који представља форму политичког конституисања. Тај посебан поредак јесте право.

Право, као *облик политичког конституисања друштва*, представља посебну творевину, органски повезану са државом, иако располаже својом релативно самосталном егзистенцијом. Право није само нека чисто *логичка категорија*. Право је, према професору Врачару, *основни или примарни социјални и нормативни поредак*, и као такво, у основи, *јединство међусобно условљеног нормативног и релационог елемента у регулисању одређених друштвених процеса*. Оно, као уобличена целина, изражава се и почива на начелима *хијерархијског структурисања елемената правног поретка, хармонизовања елемената правног поретка и системске целовитости*. Они има исти *политички карактер* као и држава, јер се *друштво конституише на најочигледнији начин кроз право и преко права*.

С друге стране, оцењујући једнодимензионалним приступ према коме се право најчешће своди на скуп норми које држава санкционише, професор Врачар се залаже за такав методски приступ према коме право треба да се одреди на синтетичко-реалистички начин, јер, у противном, ван права остају многи други његови елементи какви су правни акти, правни субјекти, правни односи, правни објекти, итд. Главни разлог за овакво третирање права професор Врачар налази у очигледној чињеници да целокупан државно-правни поредак представља један изванредно сложен систем.

И држава и право чине нераздвојно јединство, тј. државно-правни поредак са јединственом функцијом. Та повезаност изражава посебно важну страну стварне егзистенције државе и права. Штавише, само преко садржине функције државно-правног поретка, анализом, могу да се открију њихово место и улога унутар глобалног друштва.

Са таквим схватањем државе и права, наравно, можемо да се сложимо или да се не сложимо, али не можемо ни да их занемаримо, нити да их заобиђемо. Можда је писац том приликом могао подробније да обради право, управо имајући у виду јединство државе и права. Али, ако то и није сасвим учинио, поставио је чврсте темеље оригиналном схватању права, што је у својим каснијим радовима подробно и развио и објаснио.

IV

То су само неке тек штуро наговештене поставке и идеје које носе целу књигу професора Врачара и које су, рекао бих, трајно записане у свим другим његовим бројним радовима.

Из тих поставки, такође, проистичу и многе друге пишчеве парцијалне поставке, које он и у овој, својој главној књизи, као и у другим каснијим сличним радовима, успешно повезује и пласира. Писац, наиме, покреће и расправља и мноштво других, ништа мање интересантних питања, при чему показује завидну истанчаност мисли и много критичког смисла, какав је случај са његовим критичким освртима на карактеристичне правне правце, школе и гледишта. Ипак, његова је главна преокупација да разјасни и да на оригиналан и систематски начин изложи све оне велике државно-правне проблеме у којима се непосредно сучељавају сви истински напори ове цивилизације. То је потпуно у складу са тежњом радозналих духова да прошире област људског сазнања. Због тога ово дело има своју садржинску одређеност, развијеност и доследност, што свог творца приказује првенствено као државно-правног филозофа и теоретичара.

То никако није случајно. Изграђен поглед, уобличен као систем, представља полазиште за излагање многих других пишчевих парцијалних поставки. Изложени систем је, уз то, добро фундиран и кохерентан, како у целини тако и у својим деловима, без фрагментарности, искиданости, противуречности и излажења из смисла целине. Зато у књизи ништа није речено случајно, произвољно, нити изоловано од тог главног смисла, садржаја и задатка.

Томе су примерени композиција књиге, језик и стил, који су уздржани, одмерени, поуздани и корисни. Они откривају и воде, од почетка до краја. Иза њих, јасно је, стоји научник и правни писац велике ерудиције и врсне упућености у суштину проблема о коме пише или говори.

Да је врхунска одговорност истинит научни пут којим се професор Врачар одавно запутио, потврђују и најновија сазнања методолошког карактера, према којима су све дефиниције конвенционалне, а теорије корисне и вредне већ према томе колико могу да издрже најстроже тестове. Те тестове скоро четири деценије успешно издржава теорија професора Врачара, коју лако препознајемо као државно-правни интегрализам.

Књига *Социјална садржина функције државно-правног поретка*, речју, представља узоран пример добро сазидане зграде која и данас изгледа као и на самом почетку. Због тога њено друго издање, са три комплементарне расправе, представља посебно драгоцен прилог нашој правној науци, који свог творца сврстава у ред оних малобројних научника без којих наша правна мисао не може ваљано да се прати и разуме.

Радмила Васић

ПОСТОЈАНОСТ ЈЕДНЕ ЗАМИСЛИ

Књига *Социјална садржина функције државно-правног поретка – Разматрање о улози државе и права у процесу политичког конституисања друштва* трећа је у низу објављених књига проф. Врачара у протекле три календарске године. Уз претходне две – *Преиспитивање правне методологије: Наговештаји државно-правног интегрализма* и *Структуралност филозофије права* – овом се књигом постиже тематска заокруженост оног што припада самом бићу теоријскоправног и филозофскоправног дискурса. Више од свега, ова чињеница говори сама за себе.

Основни текст у овом издању прате три, како сам аутор каже, комплементарне расправе и предговор. Њихова функција лако се уочава јер представља израз научног сензибилитета ауторовог:

професор Врачар своје текстове не препушта читаоцу ни лако ни брзо. А кад добију коначан облик, пратећим штивом штити их од олаког тумачења образлажући у танчине околности – друштвене, научне и идеолошке – своју личну намеру и објективну сврху. У свему томе, и то треба посебно истаћи, аутор не прихвата идеолошки опортунитет као руководно начело, иако је оно било императив (не тако давног) времена и услов професионалног опстанка. Захваљујући томе, дакле „идеолошкој непокорности" ауторовој, овај текст опстаје у времену са оном мером достојанства коју само одважни могу да пренесу свом делу.

Књига, без сумње, представља прилог марксистичкој теорији државе и права. Отуда је гносеолошки и методолошки оквир препознатљив. Па опет, из усвојених премиса марксистичке доктрине, снагом истраживачког талента, обликује се читав низ закључака, другачијих, чак супротних, од оних којима је званична наука заробила и држала у покорности recta ratio.

Став о суштини државе и права може се упрошћено приказати у неколико црта.

Свака организација и нормативни поредак служе као инструмент конституисања заједнице у којој се успостављају, и то организација као средство а нормативни поредак као форма.

Држава и право (државно-правни поредак) успостављају се снагом објективне нужности у процесу политичког конституисања друштва, зарад уобличавања, одржавања и омогућавања еволуције људске заједнице као јединствене целине.

Други друштвени процес, изазван истом историјском закономерношћу, јесте класна диференцијација друштва заснована на приватном поседовању основних средстава.

Ова два процеса, као и њихове творевине, међусобно су повезани, али не узрочно-последичном везом, већ мноштвом разнородних веза узајамног (обостраног) утицања.

Упркос историјској коегзистенцији, међу њима постоје разлике које чине да државно-правни поредак и класе немају истоветну судбину и трајање.

Основна садржина функције државе и права увек је једна те иста – одржавање јединства заједнице – само што у класном друштву заједницу чине међусобно супротстављене класе, па, следствено томе, држава и право стичу класно обележје остварујући класни интерес као доминантан, док у бескласном друштву, са ишчезавањем приватног поседовања основних средстава, држава и право попримају друштвени карактер остварујући интерес целе заједнице као преовлађујући.

Уместо гротескног закључка о „одумирању" државе и права, аутор промовише следећи наук: државно-правни поредак нема класну суштину већ само временски ограничену и степеном развоја производних снага (и целокупне културе) условљену класну функцију.

Непрекидно проверавајући и показујући „како се и шта држи и на тлу аргументације и на тлу реалности", професор Врачар уврштује своју почетну тезу: државно-правни поредак је инструмент политичког конституисања друштва, па зато и служи остварењу било класног било друштвеног интереса. То значи да нестанак основног чиниоца-узрока класне диференцијације и класа као пратеће творевине не повлачи за собом нестајање државе и права. Са ишчезавањем овог процеса нестаје само „другостепена" суштина државно-правног поретка, док релативна самосталност „прве" или „праве" суштине тек постаје очигледна.

Када би једини учинак ове расправе био показивање да се еволуција друштва одвија у смеру ублажавања, а затим и превазилажења класне структуре – али не и потребе организовања и обједињавања основне заједнице државом и правом – и тада би њено објављивање имало смисла. Више од тога, изгледа као да је марксистичкој теорији био неопходан прилог као што је овај, јер руковођен златним правилима херменеутичког умећа, он остаје по страни и од општеприхваћених и од идеолошких злоупотреба.

У овом прегнантном тексту, у коме ништа није препуштено подразумевању, у коме је сваки релевантан појам брижљиво дефинисан и доведен у везу са другим појмовима, чини се, ипак, да недостаје продубљенија аксиолошка анализа државно-правног поретка. Тим пре што се овај феномен посматра кроз садржину њихове функције. Истини за вољу, назнака вредности-циљева које држава и право остварују садржана је у ставу да је политичко конституисање услов sine qua non опстанка и развоја основне заједнице. То значи да се у политичкој историји човечанства држава и право појављују као чиниоци уравнотежавања глобалног друштва, постизања целовитости и интегрисаности у заједницу. И то не само у унутрашњем, већ и на међународном плану. У класно развијеном друштву држава и право обезбеђују коегзистенцију класа, а у каснијој фази развоја друштва конституисање заједнице на основама историјски могућег и нужног солидаризма.

Али поред ове основне, постоје и друге вредности на које је ваљало усмерити пажњу. Добру могућност за то у постављеној структури рада представљају делови насловљени као „Улога државе при успостављању права" – „Позитивизација права и правно оформљење државе" – „Легализација државе". Недостајао је још само корак да се досегну темељне вредности помоћу којих државно-правни поредак уводи у свет морала, легитимитета и аутентичног ауторитета.

Наравно, докторска дисертација, по природи ствари, има дефинисану сврху, коју значајно одређује и намера аутора, па се претпоставља да разматрање овог питања с разлогом том сврхом није обухваћено.

Ништа зато. Марксистичку филозофију и теорију тек треба вредносно оцењивати, и то непристрасно, без идеолошких предрасуда али и без подразумевајуће идентификације са тзв. „праксом социјализма". Она ће се (доктрина), сасвим сигурно, са актуелне политичке сцене преселити у музеј старина, али и у њему, међу другим експонатима, овој доктрини треба наћи место које јој према ихерентној вредности припада. Ако није прерано, можда је баш ово почетак.

Јасминка Хасанбеговић

Поштоване даме и господо!

Част ми је и задовољство да кажем неколико речи поводом изласка из штампе другог издања књиге *Социјална садржина функције државно-правног поретка* професора Врачара. До примерка првог издања докторске дисертације професора Врачара одавно је тешко доћи, а тако је било и 1979/80. Тада нам је на крају последипломског курса, као првој генерацији којој је после вишегодишњег одстрањења из наставе држао предавања, професор Врачар поклонио по примерак књиге која се није могла купити. Зато ће то прво издање за мене увек представљати посебан pretium affections. Драго ми је што је објављивањем другог издања књига поново постала доступна заинтересованим читаоцима.

Дозволите ми да се најкраће осврнем на неке основне поставке у дисертацији професора Врачара, и то како на оне за које сматрам да представљају трајну вредност у корпусу знања наше струке, тако и на оне за које мислим да ће у неким аспектима доживети реинтерпретацију.

Два су појма централна у анализи професора Врачара: државно-правни поредак и политичко конституисање друштва. Државно-правни поредак професор Врачар везује за глобално друштво, које одређује, између осталог, као основну деону јединицу човечанства, основну друштвену заједницу на степену цивилизације, сматра професор Врачар, показује да глобално друштво може имати два различита типа структуре – класни и некласни. Са овим у вези одмах ваља запазити две ствари. Док се државни феномен заиста везује за глобално друштво и његов настанак и опстанак, правни феномен у одређеној мери непрестано, и историјски и упоредно

посматрано, искорачује из глобалног друштва и надилази га. Но, на овај концепт државе и права односно државно-правног поретка у глобалном друштву још ћемо се вратити. Друго што треба запазити јесте феномен цивилизације као двоструко кључне детерминанте. Најпре као одређујуће детерминанте за оне основне друштвене заједнице или јединице човечанства које представљају глобална друштва, за разлику од првобитне заједнице или првобитних заједница које припадају предисторији глобалног друштва. А потом и као одређујуће детерминанте (не)класне друштвене структуре унутар глобалног друштва. Нажалост, сам концепт цивилизације није уопште развијен ни у назнакама. Државно-правни поредак је јединство државе и права, које професор Врачар каткад квалификује као дијалектичко а каткад као органско. Треба приметити да је држава у том јединству схваћена као организација унутар глобалног друштва а не као заједница. Заједница је у овом поимању глобално друштво. Стога у овој визији државно-правног поретка ни персонална одређеност државе не значи заједницу, већ „значи да се државна власт врши на одређеним људима, а то су припадници дотичног глобалног друштва". Стога је овде и однос државе и глобалног друштва другачији од односа политичке заједнице и цивилног друштва.

Политичко конституисање друштва, по мишљењу професора Врачара, јесте онај специфични процес у вези с којим се уобличавају и функционишу држава и право. При томе, органско јединство државе и права ипак допушта њихову дијалектичку повезаност, тј. релативну независност, самосталност, али не и мстаправну државу нити метадржавно право. Та је релативна независност чак неопходна претпоставка саме могућности њиховог међусобног утицаја, који изазива „етатизацију" права и „јуридизацију" државе. Наравно, легитимност оваквог теоријског приступа није спорна. Једино не треба сметнути с ума да је у таквом приступу свака држава на неки начин правна држава, бар у оној мери у којој је правна, јуридизована организација, као и да је њена делатност односно владавина утолико бар владавина права. А с друге стране, теоријски релевантну правну оцену какво је то право односно правна држава односно владавина права, онемогућава став по коме „нема и не може бити метадржавног права".

Међусобни утицај државе и права, сматра професор Врачар, огледа се, с једне стране, у дејству државе на право, а с друге, у утицају права на државу. Дејство државе на право је троструко и огледа се у: 1) улози државе при успостављању права, 2) екстериоризацији државне власти и 3) позитивацији права. Утицај пак права на државу такође је трострук и огледа се у: 1) правном оформљењу државе, 2) интериоризацији права у државној организацији и 3) легализацији државе. Не улазећи у ближу анализу ових

ставова, овом приликом треба рећи да би било занимљиво истражити како је и колико „ученик" професора Лукића утицао на свога „учитеља" и његово виђење односа и међусобног утицаја државе и права.

Најзад, с обзиром на интересни аспект, професор Врачар разликује класну и друштвену функцију државно-правног поретка. Садржину његове класне функције чине: 1) решење класног сукоба, 2) реализација интереса владајуће класе и 3) одржавање принудне заједнице. Док садржина друштвене функције државно-правног поретка обухвата: 1) његову регулаторну улогу, 2) реализацију друштвеног интереса и 3) конституисање солидарне заједнице. Општи закључак професора Врачара о афирмацији друштвене функције државно-правног поретка коју доноси историјски (или, можда боље речено: повесни) развој, узет сам за себе, и данас је актуелан. Он и данас може опстати ако се реинтерпретира у друкчијем теоријском кључу као резултат анализа једног другачијег теоријског приступа и оквира. Зато смисао и вредност поновног објављивања ове књиге могу бити вишеструки, као што су то и увиди професора Врачара у овој материји: неки не представљају трајну вредност која је одолела времену, неки су у свом времену били значајна новина и искорак, неки су илустрација доминантних мисаоних матрица свога доба и нису одолели не толико времену колико параметрима слободнијег, незадатог промишљања, неки ће доживети дораду, неки реинтерпретацију, али сви могу бити подстицајни у критичком преиспитивању, не само ставова професора Врачара већ и наших властитих, у доградњи, прецизирању и изоштравању сопствених аргументација, било за било против. То и јесте врлина сваке солидне књиге.

Миодраг А. Јовановић

О КЉУЧНОЈ МЕТОДОЛОШКОЈ ПОСТАВЦИ

Када је Монтескје у својим *Персијским писмима* са доста ироније приметио да је проналазак штампарије омогућио да се људска глупост овековечи, онда вероватно није мислио само на интелектуалне идиотарије које кроз историју папир често морао да трпи, већ и на оно што је Фројд доцније назвао „моралном идиотаријом". Ова потоња се јављала у најразличитијим видовима, а у нашој средини, као и у свакој другој која је извесно време живела у ауторитарном режиму, попримала је и облик моралног бескичмењаштва код којег је интелектуална храброст замењивала идеолошка правоверност.

На докторску тезу под називом *Социјална садржина функције државо-правног поретка*, као и на њеног аутора проф. др Стевана Врачара, ништа се од претходно реченог не односи. Штавише, с доста основа бисмо се могли запитати како је ова књига уопште угледала светлост дана у времену у којем су слободна реч и другачије мишљење били, најпре, политички непожељни, а затим и кривично санкционисани.

Оно што ову књигу и данас, после више од три деценије од њеног настанка, чини актуелном, јесте ауторова *темељна методолошка поставка о дијалектичком јединству државе и права*. Познато је да је у периоду када је настајала, а то је 1960. година, општеважећа и научно једино призната методолошка основа друштвених наука био дијалектички материјализам, уз подразумевајућу допуну историјског метода. Чини се да је у овој тези у први план дошла управо та *историјска* димензија дијалектичког повезивања државе и права, док је познато учење о економској бази која детерминише изглед елемената надградње, а међу њима су о право и држава, свесно гурнуто у други план. Да ово запажање није произвољна конструкција доказују и ауторови изричити судови изнети у овој књизи.

Тако нпр., на стр. 27 аутор каже: „Какви су држава и право, таква је њихова органска повезаност", док на следећој страни ту мисао конкретизује речима: „Примитивности државе одговарала је примитивност права." Такође, у одељку „Екстериоризација државне власти", проф. Врачар понавља мисао о неопходности сагледавања правних и политичких установа кроз „историјску диоптрију". Он каже: „... може се констатовати да је свака држава оформљавала своју власт у 'своме' праву које има могућ и адекватан начин постојања. Та власт је правна, а не антиправна чак и онда када је сама форма права недовољно развијена" (стр. 41). У фусноти уз ову опаску стоји следеће: „Супротно мисле сви писци који уместо *историјског* посматрања пројицирају критеријуме *модерног* права или *сопствене* субјективне критеријуме на подручје односа ранијих држава према одговарајућем праву." даље, на стр. 48, у глави „Правно оформљење државе": „Схватајући под правним оформљењем државе то да је историјски одређена држава подвргнута утицају постојећег права – избегавамо погрешне тврдње да је држава постала правна организација тек у модерном добу..." Најзад, нешто мало раније налазимо и следећу мисао: „Право је највиши облик организованог нормативног поретка па због тога оно сасвим природно налази у држави свије средиште и покретачку снагу и то утолико више уколико је организованије, односно уколико је само друштво организованија целина" (стр. 39).

На основу ових неколико цитата јасно је да проф. Врачар сматра да формално-институционална структура данашњих државно-правних поредака, те виши организациони ниво њихове

уређености, не могу бити апсолутна мерила и јединствени критеријуми за еволуирање свих сличних установа које су се јављале у различитим историјским раздобљима. У том погледу, ауторови ставови подсећају на оно што је, рецимо, (Rousell) изговорио: „Уколико је социјална веза ригорознија, утолико изражај права постаје прецизнији." Такође, као да је проф. Врачар имао на уму и прекор који је Патон (George Whitecross Paton), у својој књизи *A Text-book of Jurisprudence* из 1946, изрекао на рачун модерне јуриспруденције: „Јуриспруденција већ дуго времена заслужује подсмех за хвалисање у погледу своје универзалности јер се бави само зрелим правним поредцима. Данас, под утицајем историјске школе, подухвати антрополошких проучавања су без сваке сумње повећани." И заиста, теренска истраживања многих правних антрополога то потврђују. Иза њих су остале бројне занимљиве студије о тзв. „примитивним" или „архаичним" државним и правним установама. Овде ће бити поменуте само неколике: Paul Bohannan, *Justice and judgement among the Tiv*; Karl N. Llewellyn & E. Adamson Hoebel, *The Cheyene Way*; Leopold Pospisil, *Anthropology of Law (A Comparative Theory)*; Simon Roberts, *Order and Dispute (An Introduction to Legal Anthropology)* итд.

Отуда, залагање проф. Врачара за историјску перспективу у проучавању јединства државе и права имало је и има универзалан значај, односно важно је за правну теорију и науку уопште, јер од бољке пројицирања савремених „цивилизованих" државних и правних установа на сва друштва и поретке кроз историју прати пре свега велики део западне литературе. Из тих разлога овде ваља поменути и дело које је омогућило успешнији развитак правне теорије XX века, а које је настало на другом крају света отприлике у исто време када и докторска теза проф. Врачара. Књига носи назив *The Concept of Law* и припада Херберту Харту, једном од најеминентнијих правних теоретичара данашњице. У том делу се може пронаћи и делотворна *подела на правне поретке са системским квалитетом и примитивне правне поретке*. Она је плод установљења чувеног правила (rule of recognition) као погодног средства за утврђивање важења одређених правних норми. Ови апстрактни појмови су оперативно методолошко оруђе којим се омогућује успешније проучавање и актуелних и историјских државно-правних поредака и њихових различитих установа. Чини се да су у том погледу многа запажања до којих је дошао проф. Врачар сасвим комплементарна са закључцима Х. Харта.

О НЕИЗБЕЖНОСТИ ПОЛИТИКЕ КАО ВЛАДАВИНСКОГ ПРОЦЕСА

Овде ће бити учињен и кратак осврт на још једно од битних обележја, тачније на темељну хипотезу проф. Стевана К. Врачара. Та хипотеза гласи: непосредна детерминанта постојања државно-правног поретка јесте *процес политичког конституисања*

друштва. При том, политика обухвата све процесе и творевине повезане с феноменом управљања и вршења власти у опсегу целога друштва (стр. 92). У класном друштву *функција* државно-правног поретка сведена је на управљање човека над човеком, односно једне класе над другом. Међутим, проф. Врачар сматра да је овде неопходна одређена дестинкција, па стога прави разлику између економски надређене класе и управљачког слоја као политичке елите те класе (стр. 174). Пошто, дакле, непосредни узрок постојања државно-правног поретка не треба везивати за постојање класа него за процес политичког конституисања друштва, то и некласно друштво мора имати овај основни организационо-нормативни поредак. Особеност некласног друштва јесте у томе што се функција државно-правног поретка мења из класне у друштвену. Тачније, „ова творевина функционише као представник самог друштва" (стр. 199).

Када се ствари овако поставе, не треба да чуди што се књига завршава одељком чији наслов *Проблем ишчезавања државно-правног поретка*". Аутор се у том делу осврће на најзначајнија имена анархистичке доктрине Штирнера, Прудона, Бакуњина, Кропоткина, доказујући да њихова мање или више изражена критика државе и права нема никакве везе са „научним социјализмом" пре свега Маркса, па и Енгелса: „Марксизам је само назначио основну линију даљег друштвеног кретања на основу тачног констатовања постојеће друштвене стварности, па зато није имао ни циљ, ни потребу да тежиште свог сазнавања усмери на будућност, а још мање да прави пројекте о будућем друштвеном поретку... Анархизам, пак, представља само један израз, можда најеклатантнији и најзначајнији у историји друштва, утопијског мишљења и идеализма" (стр. 269). Закључак је да, чак и ако употребимо изразе попут оног Енгелсовог о „одумирању државе", томе не треба придавати апсолутни значај и схватати га буквално. Оно што би уистину требало да одумире јесте класна функција државно-правног поретка, а на њено место би требало да дође социјална, друштвена функција.

Ако већ прихватимо да је полазиште проф. Врачара у много чему било одређено економским устројством друштва, тј. односима производње, зар се његово пледирање за *социјалну функцију* државно-правног поретка, пречишћено од неких преживелих идеолошких формулација, не би могло и данас сасвим лако уклопити у некакав вид концепта државе – благостања, одн. државе са појачаном социјалном улогом у сфери економије?

Претходно тумачење се може учинити претераним, али остаје ипак оно што је кључно, а то је ауторово реално полазиште по којем процес политичког конституисања друштва јесте непосредна детерминанта стварања државно-правног поретка. У том случају је владавински процес одн. управљање човека над човеком, у овом или оном облику, увек *нужно*, па чак и онда кад државно-

правни поредак остварује социјалну функцију. Јер: „Функција је само преображена потреба; државно-правни поредак није и не може бити изграђен и не може функционисати независно од реалних потреба заједнице у чијем оквиру се налази. *Потреба стварања и одржавања целовитости и јединства је претпоставка оформљења специфичне творевине која својим динамизмом врши улогу задовољења те потребе* (стр. 102). То онда значи да су држава и право, као јединствени организационо-нормативни поредак, неопходни да би једна заједница могла да егзистира као таква. А исту ту мисао, само са извесном дозом ироније, изразио је и Лон Фулер на почетку своје књиге *Anatomy of Law*: „Изјавити да се човек може обликовати путем правила значи признати да је он створење које себи мора да стави поводац како би живео безбедно са другим људима." Тиме је ваљда све речено.

Стеван К. Врачар

МОЈА ДИСЕРТАЦИЈА МЕЂУ КЊИГАМА „КОЈЕ СУ СЕ МОРАЛЕ НАПИСАТИ"

Пре свега, најискреније захваљујем свим говорницима на освртима и запажањима о мојој књизи. Уз то, желим нешто да кажем о околностима у којима је књига настала, па сходно томе и задобила нека изразита обележја. При том, пак, покушаћу да укажем на неке чињенице које имају далекосежни значај за методолошке аспекте настајања ове књиге. То је неопходно, уосталом, понајвише зато што сам понешто већ помињао у првом издању (текст „После пет година"), а нешто у предговору за ово издање. Додуше, пре три деценије то су биле само некакве алузије и, рекло би се, видови „езоповског говора". Сада је нешто непосредније и јасније исказано. О томе треба отворенију проговорити, у границама могућности. У импровизаном присећању, даћу само назнаке о ономе што ће све моћи, надам се, у писменом прилогу бар донекле разјаснити.

1. – Насловом који овај прилог носи, у ствари, наглашавам да поред срачунато концептованих и превасходно рационално припреманих и израђиваних књига, ових уобичајених процеса у којим настају овакве духовно-научне творевине, постоје као изузеци књиге „које су се морале написати", то јест које су (можда у некој мери и чак превасходно!?) резултат *извесних ирационалитета*. Отуда, сасвим би пристајао и наслов, рецимо, *о тајновитости научног стваралаштва*, наравно у овој области и на подлози личних искустава. Наиме, на основу својих искустава, па и не тако ретких и никако безначајних и занемарљивих саопштења великих стваралаца у науци и књижевности, склон сам закључку: ако се

може и мора говорити о општој, па самим тим и о државно-правној методологији и одговарајућем методу, о две стране, две сфере, онда је то упечатљиво проверено. Видљива сфера је непосредно предочена разноврсним показатељима о којим се расправља и у којима се обликују неопходна знања; она невидљива сфера, пак, сачињена је од разноврсних момената, али су сви „невидљиви" (буквално и фигуративно говорећи), па зато све то сачињава *тајновитост стваралаштва*. То је много значајније и далекосежније но оно прво. Незгода је у томе што чак и они који су стекли бар неко „искуство те врсте" о томе не говоре, па тако мало шта обзнањују о својим сазнањима таквих тајновитости. Тако се само поспешује постојећа тајновитост, уместо да се бар некако и унеколико осветљава.

2. – Само припадници најстаријих нараштаја или оних старих, у којима се и сам налазим, у свом богатом животном искуству носе мучнину и терете некаквог неодређеног „просторно-временског синдрома": једну смесу страха, несигурности, стешњености, изгубљености, неизвесности, оне метафизичке стрепње (о којој је дубоко размишљао Кјеркегор). У таквим друштвеним ситуацијама људи су сведени баш као појединци на јадне и бедне двоношце, чак и када фигуришу на јавној сцени као Неко, а не само као Нешто и Нико. Оно „људско" је крајње релативизирано, расплинуто, с тенденцијом срозавања до ништавости. Тада је људско достојанство, она морална димензија знатнијих појединаца (а то су научни стваралаштва, па утолико немају ни свог идентитета. Рачуна се с тим да су само објекти манипулацијских механизама, идеолошки послушници владајућих структура, догми и сл. – Тешко је младима да „дочарају" оне животне тескобе које су испуњавале баш стваралаштва у духовно-културној сфери онога доба. А било је то доба у којем су заостале још увек отворене страшне ране Другог светског рата; у нашој земљи још умногостручене оргијањем мржњи, братоубилаштва, „револуционизма", али и разорних страсти супротних порива. Не заборавите: педесетих година је тек стишавана морбидија Информбироа и Голог отока, страхотног непријатељства дојучерашњих „другова" који се обећавали „вечно пријатељство" (бар међусобно, али с коминтерновским печатом, наравно). А светом су дувале буре „хладног рата", у чијем епицентру се налазио тек минули „врући рат" у Кореји је био доведен до ивице, до опасности од непосредне употребе атомске бомбе, а тиме и до трећег светског рата. Не заборавите да је Стаљин је умро 1953. али не и стаљинизам. Ето, у таквој ситуацији у нашој несрећној земљи буктао је распламсали идеолошки „зов самоуправљања": у ствари, једне велике и племените идеје, која нажалост није имала и реалне темеље. Уз то је снагом идеолошке опсесије царовао мит „одумирања државе и права". Тешко оном ко би покушавао да покаже

ма и трунку неверице у такве и сличне догме. Наравно, свако је на својој кожи све то и осећао. Само неко ко је „изван времена и простора" могао је то игнорисати, бити напросто непаметан, слеп, нереалан, недорастао, наиван до детињатости и сл.

3. – Наравно, пошто нисам спадао у категорију „нереалних наиваца" (у ствари, имао сам превише тешких животних искушења, укључујући и она која су искрсавала из таквих „времена" (зла и покора), нисам ни могао очекивати неко добро тада као ни бољитак у будућности. Ипак, и поред свега, запутио сам се у истраживање управо на најсложенијем и буквално најопаснијем подручју *Теорије државе и права*, свог животног и професионалног опредељења. Наравно, онако млад и зелен нисам имао никаквих шанси да све поменуто некако „избегнем". Али, било је нешто што ме је терало да не узмичем, да се не латим лагоднијих подручја, кад се већ морало радити на некој теми достојној доктората. Некако сам доспео до најсуровије раскрнице: или погнути главу и прихватити идеолошке стереотипе (с ужасним обездуховљем какво је пружала „совјетска наука") или, пак, покушати „мислити својом главом". Па шта буде! Али, пошто млад човек тек треба много да научи, па тек онда да се осмели да се рве с „фурије времена", то је значило планинарити на Хималаје без икакве опреме. Што сам се више упућивао у бескрајне просторе филозофске и правне мисли, политичких доктрина итд., неверица и страх да се ту ишта може постићи били су најтежа и неотклоњива чињеница, страшно извориште личне драме. У таквим драмама људи се могу као стакленик распрснути. Не спадам у „неосетљиве природе" већ пре у преосетљиве. Срећом, неверица ме није савладала, иако није било скоро ничега што би уливало охрабрења и наде. Нисам дигао руке од свега, а могло је и то да се деси. Јер, нисам имао ама баш никаквих „залеђа" и „покровитељстава", па сам тако као ништавни Дон Кихот био битку не с ветрењачама већ за голи опстанак. Такав какав сам био, с каквим-таквим идентитетом, могућностима, бар малецним даром, радом, моралном одговорношћу, преданошћу науци итд.

Време је, дабоме, пролазило. А ја заокупљен својом „великом науком" нисам ни смео ни могао да се опробавам и вежбам на мањим темама, сем нечега што ми је некако наметнула и поверила редакција часописа *Анали Правног факултета у Београду*: приказивање у виду резимеа главних расправа и чланака из часописа на француском и немачком. Тада ми се чинило да је то посао последњег реда, а сада мислим да је тако нешто изванредно тешко, па и значајно. Уопште, безнадежно сам клизио ка стручно-научном „аутсајдерству". И, ваљда, животном промашају и поразу. Но, све своје муке сам некако, на сву срећу, „гутао", без видљивих трагова депримираности, малодушности. Ни најближи ништа од свега нису

могли да запазе. Приближавао се већ и други реизбор за асистентско звање. У неким тренуцима је помисао да сам све шансе изгубио изазивала панику. Уз све то спопадала ме је неподношљива невоља с писањем: све је теже ишло, све се запетљавало, до немогућности да се о нечему срочи низ од неколико реченица, а камоли једна страница текста. Јесте: страшно изгледа „бела хартија", мада знам је да је страшна и ижврљана хартија. Оба случаја се своде на поништење писања. Дакле, уз све остало постоји и „блокада" те врсте. Па тако то бива: никад једна невоља не долази сама; као да подсећа на своју величину тиме што тежи да покаже што већи број својих „пратиља".

4. – Некако у јесен 1959. потпуно неочекивано, десило се ПРАВО ЧУДО, нешто што нисам могао себи разјаснити тада, ни касније, ни сада. Само сам регистровао чињенице. Читао сам, по ко зна који пут, Марксове *Ране радове*. Од раније сам некако био понет снагом, па и дубином и мисаоношћу младог Маркса. У једном тренутку осетио сам да је текст, тако рећи, „оживео": у магновењу, дакле, „нешто" је надошло, као „блесак" светлости. Као да је сукнуо некакав „млаз" нечега из једне речи коју сам, иначе, безброј пута сусретао другде, па и код Маркса, и сам је често изговарао: КОНСТИТУИСАЊЕ. Али тог часа то није била само реч, можда и сложена, садржајна, необична али моћна. Она се чудесно преобразила у КЉУЧ свега и свачега. Осетио сам само да је она деловала као „мућевит еликсир" који је одагнао буквално „у једном трену" све муке које су ме пратиле више година. Осећао сам се као да сам ступио на чврсто тло или као да сам се „ухватио за сламку спаса", као што се прича да дављеници чине (узгред, и ту врсту доживљаја сам искусио у детињству: већ утопљен у реци, ваљда у десетинкама секунде ухватио сам се за врбову гранчицу и чистим чудом се спасао!). Иако некако „препорођен", нисам се ни тиме превише и претерано заокупљено бавио. Чак нисам искушавао „прст судбине" ни брзоплето ни пребрзо. Више сам се препустио протоку неког времена, па да види: има ли ту неке стварне вајде или је све само нека варка.

Опет без икаквог срачунатог подухвата, неком приликом сам почео да записујем оно што ми се некако разбистрило, да очигледности и „опипљивости": оно што ми се причинило као моћна ИДЕЈА и некако сверешавајућа. Без великих претензија, али и без убацивања строгих контролних захтева, са дотад недоживљеном лакоћом, низале су се деоне јединице текста „Прилог проблематици суштине државно-правног поретка": брзо су се ређали параграфи и за неких петнаестак дана израсла је читава расправа. Таква како је била штампана сада је као *кардиналан показатељ* насталог „чуда". У ствари, како ће се убрзо показати, био је то прави-правцати *синопсис будуће дисертације*. Међутим, убрзо ми се чинило

да то није довољно, да треба још некако разбистрити проблематику *класне структуре друштва*: и то сам успео још уверљивије и поузданије за себе да урадим, чак брже, ефектније но претходну расправу. Сада је то већ била читава расправа, много ригорозније обликована, и поткрепљена литературом. И тај текст је, зато, морао безусловно да се нађе у другом издању моје дисертације.

5. – Међутим, најнеобичније је било што сам био *потпуно сигуран и убеђен* да ће, после овога, писање саме дисертације бити мање-више само *технички посао*?! У ствари, тако сам се поставио и непомерљиво чврсто „држао у рукама" све што је пресудно за писање дисертације. А нисам имао буквално ниједног ретка написаног текста, па чак ни било какав *план, синопсис, нацрт, попис тема, општи оквир*, нити модификован *наслов* своје дисертације. И поред тога или, боље речено, упркос свему томе, све се обистинило кад сам се упустио у писање. С лакоћом која је била ништа мања, али не и већа, од оног што се показало при писању две поменуте припремне расправе – током 1960. године, негде од фебруара до краја септембра написао сам целу књигу. При том, у рукопису нисам прецртао ниједну реченицу, ниједан пасус, јер је све ишло без икаквих тешкоћа. Невероватно је, али чак и општи оквир, наслови делова, назначење параграфа итд. – *све је искрсавало*, тако рећи, *у ходу* и то с таквом поузданошћУ а није било никаквих недоумица, бављења могућим решењима, колебљивости пред искрсавањем разних варијанти оног што се третира или претреса. А *појмови* и *поставке*, као сложена и огромна мрежа плели су се с оном прецизношћу какву малецни паук показује у плетењу своје мреже. При том, написано сам препуштао супрузи Мирјани, врсном правнику и особи са иначе високим мерилима, па и што се тиче писмености; ни она није имала разлога да попут цензора „интервенише на тексту": само је диктирала текст својој одличној дактилографкињи у Врховном суду. Тако се израда дисертације одвијала невероватном брзином и поуздано. Да чудо буде потпуно наглашавам да сам те године обављао све своје наставне обавезе, испите, све у максималним „количинама"?!

6. – Наравно, ја се нисам могао понашати у свему и поводом свега као некакав „аутомат", како то можда изгледа у овој ретроспективи. Чак знам да ме је оптерећивало све што се десило и што се дешава из неких неотклоњивих разлога. Наметала ми се помисао, коју сам, додуше, увек настојао одагнати, да је све то некаква непозната ИГРА нечега што је „с ону страну" овог искуственог, обичног и познатог. Јер, кад се ствари узму баш такве какве су, зар није могућно, чак и сасвим извесно, да *све то и такво* може ненадно престати баш како је и дошло. Прибојавао сам се нечег непознатог, нечег што нисам ни кадар да подвргавам својим интересима, жељама, вапијућим потребама. Али не превише већ отпри-

лике по оном народном веровању да не ваља призивати зло, ни помишљу ни речима. Хвала Богу, ништа се није десило. Зато, тек када је све прошло, не једном покушавао сам да некако све трезвено промислим, покушам подвести у категоријалну схему *рационалности*: је ли то случај *надахнућа*, можда оног што омогућује *интуиција*; није ли то некакво *откровење*; зар то можда искрсавају некаква *открића*; да то можда представља само резултат ненаданог *импулса* или нечег *непознатог* итд. Нисам, наравно, могао ни себи дати неке поуздане одговоре. Ипак, склон сам закључку да је посреди оно што бих назвао „просветлењем" или „озарењем", а богме и нешто што наличи „прикључку" за ризницу *стваралачке енергије*, не само сопствене већ више оне незнано где и како смештене, али моћне и неслућено делотворне.

У тим размишљањима непосредно и искуствено су ми се појављивали у новој светлости они моменти који се различито предочавају: у виду мита о Прометеју као „крадљивцу ватре", тог моћног плама којим богови располажу – па можда је незнатним посленицима у науци подарена могућност да се домогну бар оне најмање „жишкице" с божанског „огњишта" и тако обзнане своје делце, припремљено у границама људске моћи и дара, а можда и заслуга, дораслости, подобности да понесу терет и искушења оног Надљудског што је представљено *стваралаштвом*, с извесним рангом и дометима? Или, присећао сам се познатог Хегеловог упозорења на „лукавство ума", нешто што већ као такво није у пукој власти појединца већ своју моћ показује као какав „метафизички ентитет", упркос и против свих видова оних моћи и разобручених силништва „обездуховљених креатура" заселих на командним позицијама несавршених људских заједница.

7. – Ако су изнете чињенице само *чињенице* (а оне су баш такве), ово што се појављује као некакав низ претпоставки, ипак, нажалост јесте и може имати само изглед *претпоставки* које се морају скрупулозно проверавати. А то проверавање се морало и могло вршити у два вида. Најпре, друштвено и „консталацијски": одмеравањем да ли, када и како евентуално штампати дисертацију. При том, морала је остати апсолутно веродостојна, то јест ништа да се не мења, ниједна реченица и ниједна реч. Јер, тек сам понеки текст објавио, дакле био потпуно непознат чак и стручној јавности. А штампана књига већ сама о себи обезбеђује неко присуство у јавности. Ако ишта вреди, следи наравно и нешто угледа. Ипак, баш та „непознаност" била је тада добродошла: мање је вероватноће да ће се дизати прашина због тамо неког безначајног анонимуса. Нисам журио са штампањем, па тако протече пет година. Постојао је утисак да стеге ипак попуштају. Но, никад се не зна, како народна мудрост подсећа. – Друга врста проверавања је за мене била много важнија. Наиме, многи разлози су ме опомињали

да тај спис што свестраније сагледам, полако и пажљиво, без оне надошле журбе приказане у писању. За невољу, према себи сам био неупоредиво строжи него према другима. Зато ми се неке ствари нису допале, а неке опет јесу. Иначе, књига није ни доспела у продајну мрежу: известан број примерака се нашао у библиотекама. Својим колегама и студентима постдипломцима сам књигу поклањао. Ипак, било је све то довољно за какву-такву присутност књиге. Чинило се да је прилично добро примљена у ужем кругу стручне јавности. Са своје стране, сматрао сам да је пресудно да ли ће, како и колико бити верификована у чланцима и расправама које сам објављивао. Иако нисам спадао у ауторе чија библиографија спектакуларно расте, објављени радови, без изузетка, наслањали су се на дисертацију, из ње некако происходили. За мене је баш то била потврда *животворности* те прве књиге. Временом, све до данас, то је постајало све уверљивије, па и за друге очигледно. Потврђивало се и видело се: та књига је СЕМЕНКА која може добра плода дати.

8. – Најзад, не знам да ли је све што рекох довољно и упечатљиво оправдање за већ насловом сугерисану тезу да су, вероватно, најнеобичније књиге баш оне „које су се морале написати". Дакле, које њихови аутори, ипак, нису искључиво сами и рационално сачинили. Иако се понекад могу сусрести саопштења писаца да су налазили у положају некаквог „медијума", то не изгледа сасвим могуће. А познате су и тврдње, рецимо она митска код старих Римљана да сваки човек има свог демона који га стално прати, чува, али и излаже опасностима. Није далеко од тога ни хришћанско веровање да постоји „анђео чувар". А има и филозофских схватања која наглашавају да човек има свој „*alter ego*". А ко ће то знати? Да нечега има – највероватније има. Али *шта* је то, *чега* ту има – то је једна од највећих тајни, *тајна стваралаштва*.

АЛЕКСАНДАР СТОЈАНОВИЋ
(1931–1998)

Поштоване колегинице и колеге, драги пријатељи!

Доктор Александар Стојановић, професор Управног права на Правном факултету у Београду, рођен је 9. августа 1931. године у Београду, где је завршио основну школу и гимназију. Правни факултет у Београду уписао је 1951, а дипломирао је 1956. године са одличним успехом (9,50). У јесен 1956. примљен је за хонорарног асистента у Институту за упоредно право у Београду. Године 1957. добио је стипендију за последипломске студије на Правном факултету у Београду. Усмени докторски испит из државно-правне групе положио је 20. децембра 1958. године. За хонорарног руководиоца вежби за предмет Увод у право изабран је 1959, а 1960. постао је асистент за предмет Управно право на београдском Правном факултету. Докторску дисертацију под насловом „Улога управних стручњака и функционера у југословенској јавној управи – у оквиру историје и упоредног права" одбранио је 3. јула 1964. године. По завршеном докторату, 1965. изабран је за доцента за предмет Управно право на Правном факултету у Београду.

Александар Стојановић је припадао оној генерацији наставника Правног факултета који су све своје снаге и способности посветили факултету, науци и студентима. Као млад и талентован асистент истицао се изузетно савесним и одговорним односом према својим наставним обавезама и коректним радом са студентима. Његова докторска дисертација и први радови сведоче о несумњивој способности за самостални научни рад. У расправама о теоријским питањима из нашег управног права дошао је до нових оштроумних закључака. За нарочиту је похвалу Стојановићева објективност и права научничка савесност коју је показивао у расправљању оних питања која имају везе са текућом политиком.

Стојановића је красила необична смелост да изриче критичке судове и дијагнозе о противречним политичким збивањима и актуелним питањима. При томе се искључиво ослањао на скрупулозна правила научне истине и критеријуме своје непоткупљиве савести. Зато су, често, поједине његове тезе и оцене биле у супротности са официјелним ставовима. Због тих својих критичких и јеретичких ставова Александар Стојановић је био политички дисквалификован и искључен из СКЈ. Нажалост, ова политичка осуда била је

основ и за његову стручно-педагошку дисквалификацију и удаљавање са факултета. Наиме, приликом конкурса за реизбор доцента за предмет Управно право на Правном факултету 1975. године, комисија у саставу проф. др Јован Ђорђевић, проф. др Павле Димитријевић и проф. др Драгољуб Кавран, оспорила је стручне и педагошке квалитете кандидата др Александра Стојановића. Образлажући овај став, референти су у закључку истакли: „Ставови које је заступао у својим радовима др А. Стојановић, посебно у књизи *Организација и функција јавне управе*, по начину излагања и стручног фундирања не могу се сматрати прилогом науци Управног права. Такве ставове кандидат је заступао и у својим другим јавним иступањима и они су били оцењени као идејно супротни политичкој теорији социјализма и познатим гледиштима СКЈ. Због често демонстративног излагања таквих ставова кандидат Стојановић је искључен из чланства СКЈ."

Аргументација овог закључка комисије веома је индикативна и представља својеврсно сведочанство о тадашњим смутним временима: „...Писац је дао читав низ произвољних закључака који нису научно основани и углавном су идејно-политички сумњиви... При томе, не показује се осетљивост за научно утврђене истине, нарочито оне које је утврдио марксизам... Неумерен и некритичан, спреман да употреби 'оштре' речи и изразе, Стојановић не пише научни рад и не даје у њему разложну научну критику, него саставља памфлет који не служи ничему и од тога наука не може имати друге користи сем што може да буде пример како не треба писати кад неко претендује да се бави науком."

На основу овог предлога комисије и става збора научно-наставног већа, савет Правног факултета у Београду је 30. јуна 1975. године донео одлуку о престанку радног односа доцента др Александра Стојановића.

Четрнаест година касније, са отварањем процеса тзв. демократизације у Србији, с разлогом је указано да је овакво догматско обрачунавање са наставницима Правног факултета у Београду који су 70-их година слободно износили своје критичке анализе – атак на слободу мисли прокламовану Уставом. У том контексту, Правни факултет је 1989. године донео одлуку о враћању на факултет др Александра Стојановића, заједно са проф. др Михаилом Ђурићем и проф. др Костом Чавошким. Том приликом, научно-наставно веће факултета је, између осталог, констатовало следеће: „Закључак из реферата од 18. фебруара 1975. године по коме др А. Стојановић наводно не испуњава законом прописане и у пракси предвиђене услове за поновни избор у звање доцента за предмет Управно право на Правном факултету – је неоснован. Примедбе на монографију др А. Стојановића *Организација и функција јавне*

управе, на основу којих је и дат наведени закључак, нису објективне и научно засноване."

По мом мишљењу, др Александар Стојановић је настојао да у својим научним и стручним радовима објективно излаже своје ставове и критичком анализом прати одређене теоријске концепције управног права. Посебно ваља указати да је својим критичким анализама друштвене стварности, како у историјском развоју друштва тако и у нашем савременом друштву, смело у пракси уочавао слабости примене теоријских концепција. Савремени развој нашег друштва, очигледно, потврђује низ критичких оцена које су биле изложене у његовим објављеним радовима; док многи други научни радници нису имали довољно храбрости да своје критичке оцене јавно изложе и објаве.

др Драгаш Денковић

ВЕРА БАЧИЋ
(1925–1998)

Недавно је (почетком априла 1998) из наше средине тихо, на начин којим је последњих година и живела, заувек отишла госпођа Вера Бачић. Судија Управног одељења Врховног суда Србије, у пензији. А радила је и трајала и те како приметно, оставивши знатне, маркантне трагове у југословенском правничком миљеу. Ето, преминула је колико јуче, а опет, као да њен глас недостаје већ дуго.

Ћерка Антонија Бачића, угледног нишког адвоката пристиглог из приморских крајева, а са мајчине стране – унука из породице трговаца, неколикогенерацијског сокобањског порекла. Бања, тај азил-одморište Вере Бачић (које смо јој понекад себично ускраћивали), и Београд, понајвише, памтиће је по отворености, шарму, гостољубивости, елеганцији и сваковрсном укусу, козерству, марљивости, пружању помоћи другима. И још по много чему доброме.

Као судија највише судске инстанце Србије деловала је деценију и по, све до пензионисања 1990. године. Била је међу најбољим домаћим судијама-управџијама, ако не и више од тога. Запажена и уважавана, како на подручју садашње Југославије тако и у републикама – чланицама оне некадашње земље коју је и сâма стварала, и била јој снажно, патриотски привржена. За чије се што правичније право и срцем и умом, до краја – и њеног и свог – борила.

У професионалном кругу, звезда Вере Бачић непомерљива је и непромењена. У већ помало прашњавим и пожутелим судским списима, у многим садржински зеленим сентенцама одлука и судских збирки, оставила је приличан део себе. Не мање ни у десет издања *Коментара Закона о управним споровима* и *Коментара Закона о општем управном поступку*, које је са жаром побољшавала и освежавала и после пензионисања. Још више ње је остало у нама с којима је пријатељовала и настојала да еснафски изгара, верујући тврдоглаво у оно што је пред очима свих, већ више година уназад, спорије или брже измицало. У оригинерни дух и суштину права који већ увелико беху у растућем раскораку са крхотинама урушених регула намењених примени, а о којима смо позвани да пишемо, или пак да учимо друге. Правнички, Вера Бачић можда понајвише живи у онима на које је, не штедећи се, преносила своје богато занатско и људско искуство.

Било је код судије Бачић неке филозофске стамености у поимању управног права, управног спора посебно. Надемпиријски и метатеоријски. Нека озбиљност и нехајност, у исти мах. Чак и нека сета, местимично. Неки духовито-кокетни смисао и за целину и за појединост, и за норму и за чињеницу. И понешто ироније. Она је све то умела тако сочно да спаја, да износи и шири, преплављујући вас.

Иако ретке, њене посете београдском Правном факултету, дружење са наставницима и студентима, била су освежење и доживљај.

Ми који смо је волели поштујући је, ценили је дивећи јој се, нарочито због заводљиве привлачности с којом је причала (не само о праву, а тек анегдоте...!) и смирености али и лакоће (или ми се чини?) с којом је писала, и књиге и писма – биће да и нисмо сасвим свесни колико је вредела и шта њена реч и сада представља. На столовима многих који прелиставају и упијају њене књиге, поуздавајући се без остатка у тамо заузете ставове. У беседама свих оних што изговарају и њене мисли, клањајући јој се у себи због правца и начина примљеног утицаја.

Вера Бачић је била једно питорескно правосуђе у малом, али и личност широке културе и интересовања, младалачког заноса и нестарачких назора. Благог тона, праведни жрец свега о чему је зборила – при управним суђењима, на судијским састанцима, стручним саветовањима или током телефонских ћаскања и кућних седељки у којима је уживала. Непретенциозно а одлучно, одрешито и сугестивно, но опрезно и сумњичаво, спремна и да се повинује аргументима других. Са смелошћу да касније чак напусти нека своја ранија гледишта. Та толерантност, тактичност, неискључивост и самокритичност колегинице Вере, госпође Бачић, тј. тетка Вере; та топлина, човечност и истинослужење судије Бачић – импоновали су, пленили и оплемењивали.

Дубоко је, да споменем, њено разумевање легитимације јавног тужиоца у судском поступку. Убедљиво је тумачење судије Бачић случајева када се решава управни спор без списа. Незаобилазна су и објашњења значаја за управни спор новоизнетих чињеница и околности у тужби...

Ево само неких њених, умних а обичних реченица: „Захтев тужбе је да суд поништи управни акт, и тô, по правилу, у целини јер се управним актом најчешће и решава о једном праву или о једној обавези странке. У таквом случају суд испитује законитост управног акта у целини јер је у целини тужбом оспорен, дакле у границама захтева из тужбе. Има, међутим, и случајева када се управним актом решава о више права или обавеза странке; тако, на пример, у пореским стварима може се решењем о разрезу

истовремено одлучити и о пореској олакшици, у стварима утврђивања пензијског стажа могу се решењем поједини периоди утврдити у пензијски стаж, а одбити захтев странке да се утврде у стаж други периоди итд. У свим тим и сличним случајевима тужилац може оспорити управни акт само у оном делу у коме му није признато право или му није признато у оном обиму у ком је тражио и сл., па ће његов тужбени захтев бити да се управни акт поништи само у том делу. Суд је тада овлашћен да испита законитост управног акта само у оном делу у коме је тужбом оспорен и, ако нађе да је незаконит, да га само у том делу и поништи..." (*Коментар Закона о управним споровима, са судском праксом*, четврто новелирано издање, „Службени лист СРЈ", Београд 1997, стр. 214).

Познавајући судију Веру Бачић, није неопходно *на крају* јој казати хвала. Непресушни, каткад и помало наивни давалац поверења, она је, за свога живота, непогрешиво осећала и прећутну наклоност и невративе дугове саговорника и сарадника којима је била драгоцена, незаменљива.

Ја сам само један од тих.

др Зоран Р. Томић

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ ОД 1. ЈАНУАРА ДО 30. ЈУНА 1998. ГОДИНЕ

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 23. фебруара 1998. године, изабрало је:

др МАРИНУ ЈАЊИЋ КОМАР, ванредног професора, у звање *редовног професора* за предмет Породично право;

др МИЛЕНУ ПОЛОЈАЦ, асистента, у звање *доцента* за предмет Римско право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 23. марта 1998. године, изабрало је:

др МИРЈАНУ ТОДОРОВИЋ, ванредног професора, у звање *редовног професора* за предмет Општа социологија;

мр ДОБРОСАВА МИЛОВАНОВИЋА, асистента, поново у звање *асистента* за предмет Управно право;

ДЕЈАНА ЂУРЂЕВИЋА, дипломираног правника, у звање *асистента-приправника* за предмет Наследно право;

БРАНКА РАДУЛОВИЋА, дипломираног економисту, у звање *асистента-приправника* за предмет Политичка економија.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 4. маја 1998. године, изабрало је:

др МИЛАНА ПАУНОВИЋА, доцента, у звање *ванредног професора* за предмет Међународно јавно право;

МИЛОША ЖИВКОВИЋА, дипломираног правника, у звање *асистента-приправника* за предмете Увод у грађанско право и Стварно право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 20. маја 1998. године, изабрало је:

др ЗОРАНА ТОМИЋА, ванредног професора, поново у звање *ванредног професора* за предмет Управно право;

мр ГОРАНА СВИЛАНОВИЋА, асистента, поново у звање *асистента* за предмет Грађанско процесно право.

ОДБРАЊЕНЕ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОД 1. ЈАНУАРА ДО 30. ЈУНА 1998. ГОДИНЕ

Мр МИЛАН МАРКОВИЋ, 16. јануара 1998. године „Правно питање реорганизације управе у Србији и Црној Гори";

мр ТАТЈАНА ПЕТРУШЕВСКА, 19. јануара 1998. године „Европска унија – од европске спољнополитичке сарадње до европске заједничке спољне политике“;

мр ДРАГОЉУБ ЛАЗАРЕВИЋ, 2. марта 1998. године „Правни положај земљорадничке задруге у Упоредном праву“;

мр СТАНА ПЕТРОВИЋ, 26. марта 1998. године „Политика научно-технолошког развоја у СР Југославији и Републици Србији“;

мр МИЛАН ПАВИЋ, 21. априла 1998. године „Правни положај акционара у акционарском друштву“;

мр СЛОБОДАН ПАНОВ, 5. јуна 1998. године „Право на родитељство“;

мр РАДОЊА ДУБЉЕВИЋ, 12. јуна 1998. године „Слобода мисли и владавина права“;

мр ЈЕЛИЦА КУРЈАК, 23. јуна 1998. године „Политички плурализам у Русији и његове реперкусије на међународне односе (1990–1996)“;

мр ЉУБИЦА НИКОЛИЋ, 27. јуна 1998. године „Вредновање берзанских хартија“.

ОДБРАЊЕНЕ МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ ОД 1. ЈАНУАРА ДО 30. ЈУНА 1998. ГОДИНЕ

НОВАК НИКЕЗИЋ, „Положај жене у породичном праву Котора у XIV вијеку“ – одбранио 29. јануара 1998. године;

ДУШАН ДАБОВИЋ, „Култура у светлу теорије постиндустријског друштва“ – одбранио 30. јануара 1998. године;

ЗОРАН МИРКОВИЋ, „Рецепција аустријског кривичног поступка у српском законику о кривичном поступку од 1865.“ – одбранио 30. јануара 1998. године;

ДРАГАН РАДИНОВИЋ, „Систем државне управе у Црној Гори – стање и перспективе развоја – правни аспекти“ – одбранио 6. фебруара 1998. године;

МИРОСЛАВ МАРКОВИЋ, „Уговор о бартеру“ – одбранио 18. фебруара 1998. године;

АНАСТАС АНЂЕЛКОВИЋ, „Осигурање код уговора о грађењу“ – одбранио 20. фебруара 1998. године;

СВЕТЛАНА ЂУРИЧИЋ, „Јемство у кривичном поступку“ – одбранила 26. марта 1998. године;

ЈАСМИНА МЛАДЕНОВИЋ, „Издржавање између брачних другова“ – одбранила 27. марта 1998. године;

БОРИСЛАВ ПОНОШ, „Политичка и правна мисао др Михаила Илића“ – одбранио 10. априла 1998. године;

ДАНИЈЕЛА КОСТАДИНОВИЋ, „Проблеми нормирања саобраћајног система и радних услова“ – одбранила 14. априла 1998. године;

ВЛАДИМИР МАРУНОВИЋ, „Појавни облици кријумчарења – откривање и доказивање“ – одбранио 14. маја 1998. године.

ЈЕЛЕНА ПОПОВИЋ, „Кривична дела одбацивања“ – одбранила 21. маја 1998. године.

СВЕТИСЛАВА БУЛАЈИЋ, „Уставни савет Француске – са посебним освртом на контролу уставности закона“ – одбранила 10. јуна 1998. године.

ПРЕТПЛАТНИЦИ НА ЧАСОПИС „АНАЛИ“ ЗА 1997. ГОДИНУ
(Појединци)

1. Букуров Гордана
   Проте Матеје 42, Београд
2. Величковић Драган (адвокат)
   Милентија Поповића 70/1, Нови Београд
3. Дајовић Горан
   Трг слободе 1, Стара Пазова
4. Дрљачин Берислав
   Цара Душана 63, Станишић
5. Јеремић Драгана
   Милоша Зечевића 2/3, Београд
6. Калаба Драган (судија)
   Општински суд Гуча, Гуча
7. Др Кубињец Јанко
   Кубањева 2, Бачки Петровац
8. Лазић Жика (адвокат)
   Милошевска 5, Београд
9. Миљевић Владимир (адвокат)
   7. јула 10-а, Београд
10. Обрадовић Дејан
    Моравска 51, Деспотовац
11. Др Поповић Славољуб
    Георги Димитрова 49, Београд
12. Др Славнић Јован
    Саве Ковачевића 51, Београд
13. Терзић Ненад (правник-заступник аустријске фирме за осигурање)
    Иванковачка 11, Београд
14. Трифковић Владимир (адвокат)
    Вука Караџића 15, Прибој
15. Човић Живан (адвокат)
    Омладинска 3, Ужице
16. Шупљоглав Дражана
    3. булевар, Нови Београд

ПРЕТПЛАТНИЦИ НА ЧАСОПИС „АНАЛИ“ ЗА 1997. ГОДИНУ (Правна лица)

1. Библиотека Скупштине СР Југославије
2. Градска библиотека – Суботица
3. Институт за криминолошка и социолошка истраживања
4. Институт за упоредно право
5. Југословенска књига
6. Компанија Дунав осигурање А.Д.
7. ПАРТЕНОН – М.А.М. СИСТЕМ (Publishing sistem)
8. Полицијска академија
9. Савезни завод за информатику – Библиотека
10. Српска академија наука и уметности
11. Универзитетска библиотека „Светозар Марковић“
12. Уставни суд Србије

ПРЕТПЛАТНИЦИ НА ЧАСОПИС „АНАЛИ“ ЗА 1997. ГОДИНУ (Студенти)

1. Анђелковић Наташа
2. Белојевић Тамара
3. Богдановић Станимирка
4. Бојановић Владимир
5. Василије Милош
6. Васиљевић Душица
7. Влаховић Милош
8. Вујиновић Љиљана
9. Вујовић Игор
10. Вукотић Никола
11. Вуксановић Драгиња
12. Вучетић Мира
13. Вучковић Владимир
14. Вучковић Јелена

15. Говедарица Маја
16. Гојков Дејан
17. Голишевић Биљана
18. Даниловић Наташа
19. Димитријевић Драгана
20. Димић Александра
21. Димић Теодора
22. Драговић Владимир
23. Драгојловић Никола
24. Ђорђевић Александар
25. Зокић Веселин
26. Исаков Милица
27. Јакшић Бојана
28. Јакшић Марија
29. Јанковић Милош
30. Караникић Марија
31. Ковачевић Марија
32. Ковачевић Слободанка
33. Којадиновић Бранислава
34. Којанић Иван
35. Кривокапић Милутин
36. Лазић Мирјана
37. Лозанић Јелена
38. Љујић Александар
39. Марковић Александар
40. Марковић Марија
41. Марковић Мирјана
42. Матић Горан
43. Милановић Мирослав
44. Милинковић Татјана
45. Милошевић Татјана
46. Милутиновић Милена
47. Милутиновић Мирослав
48. Миљковић Сања

49. Михајловић Невенка
50. Најдановић Наташа
51. Невајда Радомир
52. Николић Душан
53. Павићевић Марко
54. Павличић Дарко
55. Павловић Јелена
56. Парезановић Данијела
57. Перишић Бранка
58. Петровић Јелена
59. Петровић Наташа
60. Петровић Сандра
61. Петровић Татјана
62. Поповић Милица
63. Поповић Радован
64. Пушица Марко
65. Радојчић Сандра
66. Рајковић Владимир
67. Рајковић Милорад
68. Рачановић Адријана
69. Савковић Никола
70. Симић Милорад
71. Стаменковић Дејан
72. Степановић Радмила
73. Чалић Александра
74. Урдаревић Бојан
75. Франц Оливера
76. Цветковић Вељко
77. Чавић Дејан

ПРЕТПЛАТНИЦИ НА ЧАСОПИС „АНАЛИ“ ЗА 1997. ГОДИНУ
(Наставници и сарадници)

Сви наставници и сарадници Правног факултета у Београду претплаћени су на *Анале* Правног факултета.

Уредништво изражава усрдну благодарност претплатницима за сву оданост и подршку коју пружају излажењу часописа.

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year XLVI, No. 1–3, January–June 1998, pp. 1–320

UDC 34/35 YU-ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Jakov Radišić, The Distinction Between Pecuniary and Non-Pecuniary Harm – – – – – – – – – – – – – – – – 5–24

Stevan Djordjević, International Law - Definition and Terms – – – – – – – – – – – – – – – – 25–38

Marina Janjić Komar, Sexual and Reproductive Rights of Minors - Consent of the Child – – – – – – – – – – – 39–53

Slobodan Panov, On Community Property in Marriage – – – – – 54–72

CONTRIBUTIONS

Dragan M. Mitrović, Legitimacy, Legality and Eligibility - Power Between Force and Rightness – – – – – 73–87

Vojin Dimitrijević, Human Rights to Life and Physical Integrity – – – – – – – – – – – – – – – – – – 88–102

Đurica Krstić, Trust in English and American Law – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 103–109

Đordje Nikolić, Contract in Favour of a Third Party – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 110–126

Kosta Čavoški, Violation of Internal Sovereignty in the Past and Now – – – – – – – – – – – – – – – – – 127–131

Slavoljub B. Popović, Environmental Problems in Law and Morals – – – – – – – – – – – – – – – – – 132–138

LEGAL CULTURE AND LANGUAGE

Valtazar Bogišić, Technical Terms in Legislation – – – – – – – – 139–150

CASES

Civil Law Cases – Milan Subić – – – – – – – – – – – – – – – – 151–235

BOOK REVIEWS

Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* (2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York 1996, XXXIII + 598) (Jakov Radišić) – 236–243

Esser/Weyers, *Schuldrecht,* Band II, *Besonderer Teil* (7. völlig neubearbeitete Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991, XXX + 707) (Jakov Radišić) – 244–253

Hein Kötz, *Deliktsrecht*, (Siebente, überarbeitete Auflage, Lucterhand Verlag, Berlin, 1996, str. XVI + 292) (Jakov Radišić) – 254–263

Mihailo Ilić, *Administrative Law and Other Papers*, Publisher: Javno preduzeće „Službeni list SRJ", Belgrade, 1998 (Zoran Jelić) – – – – – – – – – – – – – 264–267

Dragan Milkov, *Administrative Law I-III*, Publisher: Univerzitet u Novom Sadu - Pravni fakultet i Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 1997-1998 (Zoran Jelić) – 268–274

OCCASIONS

Stevan K. Vračar, *Social Substance of the Function of State and Law* (marking the 2nd edition of the doctoral thesis) ("Zavod za udžbenike i nastavna sredstva", Beograd, 1996) Dragan M. Mitrović, Kosta Čavoški, Danilo Basta, Radmila Vasić, Jasminka Hasanbegović, Miodrag A. Jovanović, Stevan K. Vračar – – – – – – – – 275–300

IN MEMORIAM

Aleksandar Stojanović (1931–1998) – – – – – – – – – – – – – 301–303

Vera Bačić (1925–1998) – – – – – – – – – – – – – – – – – – 304–306

FACULTY CHRONICLE

(Miljko Valjarević)
Election of Professors and Assistants of the Faculty of Law, January–June, 1998. – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 307

Doctors' Degrees Conferred January–June, 1998. – – – – – – – – 307–308

Masters' Degrees Conferred, January–June, 1998. – – – – – – – – 308–309

LIST OF SUBSCRIBERS

List of subscribers in 1997 – – – – – – – – – – – – – – – – – – 310–314

Annales de la Faculté de Droit de Belgrade

Année XLVI, numéro. 1–3, janvier–juin 1998, pages 1–320
UDC 34/35 YU-ISSN 0003–2565

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES

Jakov Radišić, Distinction entre le dommage matériel et le dommage moral – – – – – – – – – – – – – – – – – 5–24

Stevan Đorđević, Droit international – définition et appellation – 25–38

Marina Janjić Komar, Droits sexuels et reproductifs – accord de l'enfant – – – – – – – – – – – – – – – – – 39–53

Slobodan Panov, Du régime de la communauté légale – – – – – – 54–72

VARIETES

Dragan M. Mitrović, Légitimité, légalité et éligibilité – Pouvoir entre la force et la régularité – 73–87

Vojin Dimitrijević, Droit à la vie et intégrité physique – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 88–102

Đurica Krstić, Institut du trust dans le droit anglo-américain – 103–109

Đorđe Nikolić, Contrat en faveur de tiers en Droit romain – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 110–126

Kosta Čavoški, Atteinte à la souveraineté intérieure par le passé et aujourd'hui 127–131

Slavoljub B. Popović, Problèmes juridiques liés à l'écologie et l'éthique – – – – – – – – – – – – – – – – 132–138

CULTURE JURIDIQUE ET LANGUE

Valtazar Bogišić, Termes techniques dans les lois – – – – – – – – 139–150

JURISPRUDENCE

Droit civil – Milan Subić – 151–235

COMPTES RENDUS DES LIVRES

Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* (2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York 1996, XXXIII + 598) (Jakov Radišić) 236–243

Esser/Weyers, *Schuldrecht,* Band II, *Besonderer Teil* (7. völlig neubearbeitete Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991, XXX + 707) (Jakov Radišić) – 244–253

Hein Kötz, *Deliktsrecht,* (Siebente, überarbeitete Auflage, Lucterhand Verlag, Berlin, 1996, str. XVI + 292) (Jakov Radišić) – 254–263

Mihailo Ilić, *Droit administratif et autres ouvrages* (Entreprise publique "Journal officiel de la RFY", Beograd 1998) (Zoran Jelić) – – – – – – – – – 264–267

Dragan Milkov, *Droit administratif, I–III* (Université de Novi Sad – Faculté de droit et Centre d'édition,Novi Sad 1997–1998) (Zoran Jelić) 268–274

A L'OCCASION DE

Stevan K. Vračar, *Le contenu social de la fonction de l'ordre étatique et juridique* ("Zavod za udžbenike i nastavna sredstva", Beograd 1996, deuxième édition) Dragan M. Mitrović, Kosta Čavoški, Danilo Basta, Radmila Vasić, Jasminka Hasanbegović, Miodrag A. Jovanović, Stevan K. Vračar 275–300

NÉCROLOGIE

Aleksandar Stojanović (1931–1998) – – – – – – – – – – – – – – 301–303
Vera Bačić (1925–1998) – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 304–306

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

(Miljko Valjarević)
Élections des professeurs et assistants
du 1cr janvier au 30 juin 1998. – – – – – – – – – – – – – 307

Thèses de doctorat soutenues du 1cr janvier au 30 juin 1998. – – – 307–308

Thèses de troisième cycle soutenues
du 1cr janvier au 30 juin 1998. – – – – – – – – – – – – – – – – 308–309

LISTE DES ABONNÉS

Liste des abonnés eu 1997 – 310–314

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 свеза. 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 истакнути штампају се искључиво курзивом а не ш п а ц и о н и р а н о (размакнутим словима). Због тога у рукопису ништа не треба куцати размакнутим словима.

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 1998. 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 ранијих бројева часописа могу се набавити на Правном факултету.

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