

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ



Година I

БЕОГРАД 2002.

Број 1-2

UDC 34/35

(јануар–јун)

YU ISSN 003-2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНИЦИ

Жељко Шевић, Право својине, тржишни 'поредак' и владавина права у заштити човекове околине	— — —	6-46
Стеван Ђорђевић, Подела међународног права и разграничење од сродних научних дисциплина	— — —	47-67
Срђан Стојановић, Александар Јакшић, Преглед робе и рекламација у светлу одговорности продавца за материјалне недостатке ствари	— — — — —	68-84
Драган М. Митровић, Може ли право да се сазна: „Шта је право?“ Девет теза са коментарима	— — —	85-108

ПРИЛОЗИ

Милош Живковић, О правној природи негативних структурних службености	— — — — —	109-127
Владимир Рајковић, Право коришћења гробног места	— — —	128-157
Биљана Марић, Реформа судске власти у Републици Српској	— — — — —	158-176
Димшо Перић, Сергеј Викторович Троицки и његово <i>Црквено право</i>	— — — — —	177-183

СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Грађанско право - - - - - 184–245

ПРИКАЗИ

Klaus Müller, *Sachenrecht* (4. neubearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, LV + 1087) (Јаков Радишић) - - - - - 246–255

Manfred Wolf, *Sachenrecht* (14, ergänzte und überarbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, XIX + 435) (Јаков Радишић) - - - - - 255–264

Александра Јовановић, *Увод у економску анализу права* (Правни факултет Универзитета у Београду, 1998) (Желько Шевић) - - - - - 264–268

Лазар Марковић, *Облигационо право* (Новинско-издавачка установа „Службени лист СРЈ“, Београд, 1997) (Горан Георгијевић) - - - - - 268–279

Др Зоран Рашовић, *Сиварно право* (Подгорица, 2002) (Горан Георгијевић) - - - - - 279–290

Jesse Dukeminier, Stanley M. Johanson, *Wills, Trusts and Estates* (Sixth Edition, Aspen Law and Business, New York, 2000, XLV + 1111) (Марија Карапанић) - - - - - 290–297

ПОВОДИ

Бранко А. Лубарда, Свети Сава – реч векова
Беседа поводом свечане доделе диплома и награда
студентима Правног факултета на дан Светог Саве
2002. године - - - - - 298–302

Стеван Ђорђевић, Пола века од уписа генерације
студената права 1951/52. - - - - - 303–304

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

Избори наставника и сарадника Правног факултета у
Београду од 1. јануара до 30. јуна
2002. године - - - - - 305–306

Одбрањене докторске дисертације од 1. јануара до 30. јуна 2002. године	-----	306
Одбрањене магистарске тезе од 1. јануара до 30. јуна 2002. године	-----	306–307
ПРЕГЛЕД ПРЕТИПЛАТНИКА	-----	308–310

Поштовани Колегинице, поштовани Колега,

Вероватно сте запазили да се на корицама *Анала*, поред имена чланова уређивачког одбора са Правног факултета у Београду, што је у традицији нашег часописа, налазе и имена дописних чланова из иностранства.

До сада су са нама били на заједничком послу, Christa Jessel-Holst, Senior Research Associate, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht из Хамбурга, Немачка и Слободан Милачић, професор универзитета Montesquieu Bordeaux IV, Француска.

Од овога броја пријеђавају им се Жељко Шевић, Principal Lecturer, Universtiy of Greenwich, Енглеска и Tomoyoshi Ito, Professor of Law, Hokkai Gakuen Universtiy, Јапан.

Нашим иностраним члановима заједничко је што уживају научни углед у земљама у којима раде и у свету Упоредног права, али и то што говоре српски језик. Госпођа Jessel-Holst у оквиру свог бављења Упоредним правом већ дуже време прати развој нашег права. Tomoyoshi Ito је последипломске студије завршио у нашој земљи и за време свог боравка у Београду држао је предавања студентима Правног факултета на српском језику. Професор Слободан Милачић је почeo студије у Београду, а наставио их је у Француској, у земљи у којој је остварио све своје доцније научне резултате. Жељко Шевић, један од најбољих студената Правног факултета у Београду, чији рад објављујемо у овом броју, наставио је свој научни развој у Енглеској.

Часопису чини част што су његови дописни чланови правници високог научног реномеа и што су, захваљујући знању спрског језика, истински у стању да прате и надгледају научни квалитет *Анала*.

Уредништво

Željko Šević*

**PROPERTY RIGHTS, THE MARKET ORDER
AND THE RULE OF LAW IN PROTECTING THE
ENVIRONMENT**

This paper is concerned with the application of a property rights concept in the process of protecting the environment, and inter-relates it with the other policy solutions. Particular attention is devoted to private property rights and the Coasian theorem. The paper also indicates three main types of legal protection of the environment by using criminal, administrative and civil (tort) law instruments. Finally, the paper concludes that property rights alone cannot provide the best protection to the environment, but should be eclectically combined with other types of protection (pure legal protection, regulation, use of financial and fiscal instruments, etc.)

JEL Classification: K0, Q2, K3.

Key words: Property rights. – Market. – Rule of Law. – Environment.

1. INTRODUCTION

Every economic activity influences the environment inducing some changes.¹ Some of these impacts can be positive, while the majority produce negative effects. To measure the extent to which emissions affect the environment, society needs instruments, techniques, knowledge, etc. People in medieval times were probably aware of the changes that mining, for instance, imposed upon the environment, but they were not able to establish proper causation, measure the emission, and thereby undertake necessary counter-measures. Their general knowledge was not at the level that would allow them to understand the phenomenon and respond adequately, as they

* Dr Željko Šević, Principal Lecturer in Accounting and Finance, Head of the Accounting and Finance Subject Group, The Business School, University of Greenwich, London, England, UK.

1 „Every economic action has effects.“ (Cheung, 1970, p. 70)

Желько Шевић*

ПРАВО СВОЛИНЕ, ТРЖИШНИ 'ПОРЕДАК' И
ВЛАДАВИНА ПРАВА У ЗАШТИТИ
ЧОВЕКОВЕ ОКОЛИНЕ**

Rad анализира примену концепција права својине у процесу заштите човекове околине поред његовог праву својине и Коузовој теореми. Посебна пажња је посвећена приватном праву својине и Коузовој теореми. Rad такође упућује на пари основна штетна правне заштитне промене кривичних, административних и храђанских правних инструмената. Коначно, rad закључује да право својине не може самостално обезбедити најбољу заштиту човекове околине, већ би да требало комбиновати са другим штетовима заштитните (чиста правна заштита, регулација, коришћење финансијских и фискалних инструмената и друго).

Кључне речи: *Право својине. -- Тргишиће. -- Владавина права. -- Човекова околина.*

1. УВОД

Свака економска активност утиче на околину производећи неке промене.¹ Неки од ових утицаја могу бити позитивни, док већина ипак производи доста негативних ефеката. У циљу мерења степена до којег имисије утичу на окружење, друштву су потребни инструменти, технике, знање, итд. Људи у средњем веку су веро-

* Др Желько Шевић, главни предавач за област рачуноводства и финансија, шеф катедре за рачуноводство и финансије Пословне школе Универзитета у Гриничу (Лондон).

** Аутор захваљује мр Јелени Зекић на преводу оригиналног текста на српски језик. Госпођица Зекић је боравила на Универзитету у Гриничу као Chevening Fellow у периоду од септембра 2001. до априла 2002. године.

1 'Свака економска акција има ефекте' (Cheung, 1970, стр. 70).

faced the problem of *technical constraint*. Nor could they make trade-offs between economic activity and protection of the environment, because of the low level of economic development.

Only with the appearance of a post-industrial society, after the Second World War (when the World recovered from the losses suffered during the war), were the social conditions for raising the question of environmental protection achieved. Free people, liberal political regimes, modern democracy, and the welfare state allowed mankind to consider social actions for the protection and conservation of the environment. Government regulation this century (even before the Second World War) took into consideration some aspects of environmental protection, but real concern, in the form of widespread social movements, only appeared in the 1960s and has continued until the present day. The protection of the environment is at the top of the agenda for every political party and there exists a world-wide network of various organisations that are concerned with ecological issues and protection of the environment.

In this paper we are interested in how the introduction of a property rights concept can help to protect the environment. An efficient property rights concept can exist only if there is a well-performing State which guarantees these rights and provides law and order. In order to provide a wide social setting for the establishment of property rights over (natural) resources, different concepts of economic organisation will be considered. The concept of property rights over natural resources in particular will be analysed. Legislation, the production of law and the maintenance of an efficient legal order, are regarded as prerequisites for the introduction of property rights, while government regulation is regarded usually as an *alternative* to the property rights concept. By testing a property rights solution against regulation we will come to the conclusion of this paper. This paper analyses only the economic consequences of an established property rights system, and does not look at the efficiency of criminal law enforcement nor punishment policy for minor offences. To some extent, the paper interrelates the efficiency of the property rights system and criminal code and the tort law protection of the environment. Being aware of the importance of environmental issues in transitional economies, the paper tackles the issue of legal order vs. the legal system, that is the efficiency of the implementation of set legal rules in a society, and differences between a desired legal situation and the real situation achieved in a particular society. We do not argue here that efficient property rights can entirely replace other forms of legal protection, that is criminal law and tort law protection. The paper argues that the establishment of property rights can improve environmental quality, only if accompanied with other, more classical means of protection.

ватно били упознати са променама које је вађење руде, на пример, изазивало у околини, али они нису били способни да успоставе одговарајућу узрочно-последичну везу, да мере имисију и да у складу са тиме предузму неопходне противмере. Њихово опште знање није било на довољном нивоу да би им дозволило да у потпуности разумеју феномен, и одговоре адекватно на њега, јер су се суочили са проблемом тзв. *техничког ограничења* (technical constraint). Нити су пак, због ниског степена економског развоја, могли да одлуче шта је важније: економска активност или заштита околине.

Једино са појавом постиндустријског друштва, после Другог светског рата (када се свет опоравио од губитака претрпљених током рата), стекли су се друштвени услови за постављање питања заштите околине. Слободни људи, либерални политички режими, модерна демократија и држава благостања (Welfare State) дозвољавали су људима да почну размишљати о друштвеним акцијама у циљу заштите и очувања околине. Јавни прописи донесени у овом веку (чак и пре Другог светског рата) узели су у разматрање неке аспекте заштите околине, али стварна брига у облику широко рас прострањеног друштвеног покрета, појавила се тек у шездесетим годинама XX века и наставила се до данашњег дана. Защита околине је при врху дневнога реда сваке политичке партије, а широм света постоји разграната мрежа различитих организација које се баве питањима екологије и заштитом околине.

У овом раду ми смо заинтересовани да анализирамо питање како увођење концепта права својине може помоћи да се околина заштити. Ефикасан концепт права својине може постојати само ако постоји и ефикасна и делотворна држава која гарантује ова права и правни поредак који функционише. У циљу обезбеђивања широке друштвене основе за увођење права својине над природним ресурсима, биће разматрани различити концепти економске организације. Законодавство, 'прављење' права и одржавање ефикасног правног поретка, посматрани су као предуслови за постојање права својине, док су подзаконски прописи најчешће виђени као *алтернатива* концепту права својине. Рад ће тестирати концепте права својине у односу на концепт прописа. Такође, рад анализира само економске последице успостављања система права својине и не посматра ефикасност примене кривичног (казненог) и прекрајног права у заштити животне околине. До извесног степена, рад повезује ефикасност система права својине са кривичним законом (закоником) права накнаде штете. Имајући у виду важност проблема човекове средине у транзиционим економијама, овај рад додирује питања односа правног поретка (legal order) и правног система (legal system), односно ефикасност имплементације скупа правних правила у једном друштву и различитости између жељене

However, it should be noted that a full distinction must be made between *legal* protection of property rights alone and the legal protection of the environment. We will establish a necessary link between *ex officio* protection of the environment and protection of the environment through civil suites based on the violation of property rights. However, consider first how the structure of an economy can predetermine the concept of environmental protection.

2. ECONOMIC STRUCTURE AND ENVIRONMENTAL PROTECTION CONCEPTS

Currently, it is possible to distinguish three main models of market economies. The first is a *social market economy* which is applied in Western Europe. The second model is a *consumer directed economy* typical for the USA. Finally, the third type is an *administratively guided economy*, such as in Japan (see: Ostry, 1990). Despite the slightly misleading name, „social market economies“ are committed to the prevalence of market forces and private property.

All these three concepts support the rule of law and private property rights. However, as we already know, institutions matter (Pejovich, 1995). They are the rules of the social game that is played within society, or in other words, the constraints that shape human actions created by human beings with the aim of doing so (*Cf.* North, 1990). They are also „the underlying determinant of the long-run performance of economies“ (North, 1990, p. 107). Institutions change over the course of time, and should support wider social developments. Institutional innovations that reduce transaction costs are a source of economic growth, as they facilitate wealth-enhancing trade (North, 1990).

Although these three types generally support the concept of property rights, it does not mean that they would equally embrace the establishment of the property rights concept over natural resources. The crux of the matter for the introduction of property rights over natural resources is the relative importance and strength of the State. In a social market economy, the State is very influential within society but is not directly engaged in „guiding“ the economy. The public sector is relatively strong, but private property dominates the economic sphere. However, „*public goods*“ (and often *quasi-public goods*) are, as a rule, provided by the State (the Government in Anglo-American terminology). Since the State has a very important *redistributive function*, it also widely uses the law as an instrument of social and economic policy. As a consequence the State closely regulates the use of natural resources, and *licensing* is almost an exclusive manner of allowing access to natural resources. The use of natural resources is strictly stipulated in law, over

правне ситуације и оне која објективно постоји у датом друштву. Ми овде не тврдимо да *ефикасно право својине* може у потпуности заменити друге облике правне заштите, предвиђене у кривичном праву и праву накнаде штете. Стојимо на становишту да сâмо увођење права својине може унапредити квалитет човекове околине једино ако је праћено и другим, класичнијим мерама заштите.

Међутим, треба направити јасну разлику између *правне* заштите самог права својине *per se*, и правне заштите околине. Ми ћemo успоставити неопходну везу између службене, *ex officio* заштите човекове средине и заштите околине путем мера грађанско-правне заштите, претежно базираних на повреди права својине. Али, размотримо прво како економска структура може утицати на избор концепта заштите човекове околине.

2. ЕКОНОМСКА СТРУКТУРА И КОНЦЕПТ ЗАШТИТЕ ЧОВЕКОВЕ ОКОЛИНЕ

Тренутно је могуће разликовати три главна модела тржишне економије. Први модел је *друштвено-тржишна* (social market economy) економија која је заступљена у Западној Европи. Други модел је *потрошачки усмеравана* (consumer directed economy) економија типична за САД. И, коначно, трећи тип је *административно вођена* (administratively guided economy) економија, као она у Јапану (видети: Ostrey, 1990). И поред помало збуњујућег назива, 'друштвено-тржишне економије' су засноване на широкој доминацији тржишних снага и приватне својине.

Сва три концепта подразумевају владавину права и постојање (јасно дефинисаног) права приватне својине. Међутим, као што се и зна, најважније су установе² (институције) (Pejovich, 1995). Оне су правила друштвене игре која се одвија у оквиру једног друштва, или, другим речима, ограничења која обликују људске радње креирају управо са циљем да се то и уради (упор. North, 1990). Оне су такође 'основна детерминанта дугорочног функционисања привреда' (North, 1990, стр. 107). Установе се временом мењају и требало би да потпомогну широки друштвени развој. 'Институционалне иновације' које умањују трансакционе трошкове представљају извор економског раста јер поспешују трговину, а трговина увећава (друштвено, нап.) богатство (North, 1990).

² Установе у стриктно правном смислу речи у континенталноевропским правним системима и традицијама, као што је југословенски (напомена аутора у верзији текста приказаног на српском језику).

which the State provides control. Any breach of law, in most cases, will trigger criminal prosecution.

In a consumer directed (or consumer-driven) economy, the role of the State i.e. government theoretically is not very important. However, the USA opted for the wide regulation of economic activity in some sectors. Despite a wide wave of deregulation in the mid 1970s and 1980s, the American economy is still over-regulated. Regulation, especially within the American concept, consists of governmental actions to control the pricing, sale and production decisions of firms taken in order to prevent *private* economic agents from taking an inadequate account of public interests. However, deregulation opened the possibility for the State to reconsider the reorganisation of the property rights concept. In the field of environmental protection, the creation of saleable pollution credits has been advanced in order to keep pollution within a predetermined limit. It is argued that with such rights and a market for their sale, firms would find it costly to pollute. Hence, it could be concluded that the political withdrawal of the State from the regulatory field opens a possibility for the establishment of property rights. Certainly, some amount of regulation must remain in force.

Finally, consider an administratively-guided economy. In this concept the State has the most important role in the process of economic development. Although privately owned, firms rely on large-scale support from the State, and the *bureaucratic apparatus* is *de facto* a very important factor in social life. The most important regulatory norms are not stipulated by law, but by the by-laws or other related acts brought by the Ministries and other governmental organisations. In this fairly straight-forward concept, it is almost impossible to envisage the establishment of property rights as a means of environmental protection, due to the *excessive* social power of the State. Countries that apply this concept will rather opt for a classical old-fashion regulatory approach, with a central position kept for the governmental organisations. In the administratively guided economy, property rights on wildlife and objects of environmental interest are not widely practised. Usually, the government closely monitors the use of natural resources and owns the most important wildlife habitats in the country, incorporating national parks. In this domain, Japan, as the main representative of this group of economies, was clearly influenced by the Americans who were occupiers of Japan for a number of years. The American influence is clearly seen in Japan, at least in the domain of environment law, and environmental protection.

As can be seen, depending on the type of economy and the role of government in it, the legislator will opt for different solutions in order to protect the environment. While it is more likely that „social market“ and „administratively-guided“ economies would apply *only* a regulatory approach, consumer-directed economies would prefer to establish an additional

Иако сва три типа генерално подржавају концепт права својине, то не значи да ће они подједнако прихватити и увођење права својине над природним ресурсима. Релативна снага државе је најбитнија код увођења права својине над природним ресурсима. У друштвено-тржишној економији држава је веома утицајна у друштву, али није директно ангажована у 'вођењу' економије. Јавни сектор је релативно јак, али приватна својина јасно доминира економском сфером. Међутим, 'јавна добра' (и често *квалијавна* добра) обезбеђена су по правилу од стране државе ('владе' у англо-саксонској правној терминологији). Како држава има веома значајну *редистирибутивну функцију*, она такође широко користи то право као инструмент друштвене и економске политике. Последица тога је да држава уско регулише коришћење природних ресурса и *дозволе* су готово једини начин да се добије приступ природним ресурсима. Коришћење природних ресурса је стриктно одређено законом, над чијим спровођењем држава обезбеђује контролу. Свако кршење закона или оглушење о закону у већини случајева ће иницирати кривично гоњење.

У потрошачки усмеравању (или потрошачки вођеној) економији улога државе, другим речима владе, теоретски није веома важна. Међутим, САД су изабрале широко регулисање економске активности у неким секторима привреде. Упркос широком таласу дерегулације средином 1970-их и 1980-их, америчка економија је још увек пре-регулисана (*over-regulated*), посебно у оквиру америчког концепта, и састоји се од владиних мера са циљем контроле ценовних, продајних и производних одлука, у намери да се предупреди да приватни економски агенти занемаре јавне интересе. Међутим, дерегулација је отворила могућност за државу да поново размотрити реорганизацију концепта права својине. На пољу заштите човекове околине, продаја квота права загађивања досегла је ниво који може да обезбеди одржање загађења у предвиђеним оквирима. Тврди се да су, са увођењем таквих права и њиховим тржиштем, фирме схватиле да је загађивање скupo. Дакле, можемо закључити да политичко повлачење државе из регулаторног поља отвара могућност за успостављање права својине. Сvakако, прописи у одређеном обиму морају остати на снази.

Конечно, размотримо административно вођену економију. У овом концепту држава има најважнију улогу у процесу економског развоја. Иако су у приватном власништву, фирме се ослањају на јаку подршку државе и *биракратски апарат* је *de facto* веома важан фактор у друштвеном животу. Најважније регулаторне норме нису прописане законом већ подзаконским прописима или другим релевантним актима донесеним од стране министарства или других владиних организација. У овом поприлично једноставном концепту

market – the market for property rights over natural resources.² In the former two cases, the introduction of a property rights concept over natural resources would not be a straightforward process. The social market and administratively guided economies need to introduce fairly large institutional changes prior to the introduction of a full property rights concept. Initially, however, regulation might prevail while the property rights are gradually introduced. The explicit legal rule of compulsory nature will remain, for the foreseeable future, as the main instrument of environmental protection. But there is an opportunity to introduce property rights on a smaller scale.

Consider now from a comparative perspective the protection of wildlife. At this point the difference emerge between countries following various forms of organisation. Often some scholars object to the very idea of establishing property rights over wildlife, as by its very nature it is fleeting. But wildlife can also be regarded as one of several attributes of the land. If so, a particular wildlife habitat can be an entity in itself, supporting or excluding other uses of a particular piece of land. Consequently, if transaction costs are zero (nil), each aspect of land would be optimally exploited and consequently, according to Coase (Coase, 1960), the ownership pattern would in fact be irrelevant. As the transaction costs are positive in any existing economy in the World today, the ownership matters. If an individual person is an owner of property rights over a piece of land which hosts the particular habitat, he or she is in any case expected to act as a rational economic agent, maximising their benefits and minimising their losses. Therefore, some other use of a piece of land is expected that may harm the existing habitat. Therefore, the government can undertake some activities to enhance the value of such wildlife and it would appear that it does so. However, in different countries different approaches to wildlife protection and preservation are applied. In the United States, the current legal doctrine supports the government regulation of wildlife, along with state and federal government ownership over habitat. Some private individuals have ownership rights over wildlife, but in those cases the exercise of their rights is closely regulated by the government. Canada adopts a similar approach (regulation with wide government ownership), while in the UK (especially in England) due to the long tradition of large farms, property rights are mostly allocated to private individuals. Consequently, there is also the lack of this kind of environmental regulation, as the regulatory approach is mainly an American 'invention'.

In contrast, in the USA and Canada, it is generally believed that the government protects the environment, including wildlife, through imposing strict regulation, and practising property rights over wildlife. The govern-

² In western society where there is *a priori* political support for market-like processes, the social and economic processes and outcomes of that framework are thought to be, for the most part beyond the question". (Bromley, 1989, p. 221)

готово је немогуће замислiti увођење права својине као средства заштите околине, услед претеране друштвене моћи државе. Државе које примењују овај концепт радије ће изабрати класични старомодни регулативни приступ са централном позицијом задржаном за владине организације. У административно вођеној економији права својине над природом и објектима од интереса за човекову средину нису широко рас прострањена. Најчешће, влада чврсто контролише употребу природних ресурса и поседује најважније биљне и животињске хабитате у земљи, укључујући и националне паркове. У овом смислу Јапан је, као главни представник ове групе економија, био под утицајем Американаца који су били окупатори Јапана дужи низ година. Амерички утицај се јасно види у Јапану, бар у области права и заштите окружења.

Како можемо видети, у зависности од типа економије и улоге владе у њој, законодавац ће изабрати различите солуције у циљу заштите човекове околине. Док је више вероватно да ће друштвено-тржишне и административно вођене економије применити *jedino* (или предоминантно) регулаторни приступ, потрошачки усмерене економије ће преферирати да успоставе додатно тржиште – тржиште за права својине над природним ресурсима.³ У последња два случаја, увођење концепта права својине над природним ресурсима не би био једноставан процес. Друштвено-тржишне и административно вођене економије треба да спроведу велике институционалне промене пре увођења целовитог концепта права својине. Иницијално, међутим, регулација може преовладати док се права својине постепено уводе. Компултивно-правне норме остаће још неко време као главни инструмент заштите човекове околине. Али, постоји шанса да се уведу права својине у мањем обиму.

Размотримо сада, са компаративног становишта, заштиту дивљег биљног и животињског света. Овде се разлика јавља између земаља због различитих форми организације. Често се аналитичари противе самој идеји увођења права својине над природом јер мисле да је то у суштини неодрживо. Али природа такође може бити посматрана као један од неколико атрибута земљишта. Ако је тако, одређено природно станиште може бити ентитет за себе, ентитет који омогућава или искључује друге употребе одређеног дела земљишта. Као последица, ако су трансакциони трошкови нула (*nil*), сваки аспект земљишта био би оптимално искоришћен и последично томе, према Коузу (Coase, 1960), власнички облик би у ствари био неважан. Како су трансакциони трошкови данас

³ 'У западном друштву постоји *a priori* политичка подршка за тржишно оријентисане процесе; за друштвене и економске процесе и резултате таквог оквира сматра се да су изван сваке сумње' (прихватљиви – прим. прев.). (Bromley, 1989, стр. 221)

ments attempt to maximise the value of wildlife, and this is the main reason for the government intervention in this field. Interestingly, although English law is the basis of American and Canadian law, their environmental law diverge considerably therefrom. North Americans closely follow an idea that the purpose of regulation is to maximise the value of wildlife, and therefore private ownership must comply with regulations, and consequently can be granted to individuals or interest groups. One of the points of difference is the size of the average farm in North America (the USA and Canada) and England. Some hundred years ago, the mean farm size in the UK was 390 acres, while it was only 134 acres in the USA. In Canada, the private landholdings are even smaller and more scattered (Lueck, 1989, pp. 316–317). It is fairly difficult to say whether the property rights concept combined with strict government regulation can really support the protection of wildlife. If law enforcement is efficient, and meets all modern criteria, positive results may be expected. Therefore, the property rights concept must have as a prerequisite the organised state, the rule of law, and transparent public policy.

3. PROPERTY RIGHTS, LAW AND ORDER, REGULATION AND PUBLIC POLICY

There are a couple of institutions which are known under the same name in legal and economic literature, but whose contents vary from discipline to discipline. Lawyers usually perceive property rights in a classical ancient Roman manner (*usus, fructus* and *abusus*), while the economist sees property rights rather as a factor of production, an institutional arrangement under which one economic agent can utilise certain objects or rights. Consequently, although both speak about the same thing, their perspectives differ. Consider first the legal approach to property rights.

There is nothing more one can say about a thing than „It is mine“. The *possessive pronoun* „mine“ fully explains the status of the thing. The person who owns the thing can use it, acquire the yield that it generates, or even destroy the thing. Usually, it is said that there are no limits in disposing with the thing one owns. However, it is not particularly true. Within the classical Roman concept of property it was true, ownership had no limits.³ But, in the modern world, ownership also has a *social function* (see: Duguit, 1920). Namely, the property cannot be used against desired social ends. Every member of society must be prepared to respect the needs and rights of others, not imposing additional burdens upon them. However, as we have

³ Ownership is the right to possess, to use, to manage, to benefit, to be secure and to alienate. (Bromley, 1989)

позитивни у свакој постојећој економији у свету, важно је и власништво. Ако је одређена особа власник права својине над делом земље који гости одређено станиште, од њега или ње се у сваком случају очекује да реагује као рационални економски агент, максимизирајући своје користи и минимизирајући своје трошкове. Неки други начин коришћења земље може науздити хабитату. Због тога влада може предузети неке активности како би ојачала вредности таквог дела природе и примећује се да она тако и ради. Међутим, у различитим земљама примењују се различити приступи заштите и очувања дивљег биљног и животињског света. У Сједињеним Државама, модерна правна доктрина подржава владину регулативу о природном свету, упоредо са власништвом државних влада и федералне владе над хабитатом. Нека физичка лица имају власништво над делом природе, али у тим случајевима спровођење њихових права је уско регулисано од стране владе. Канада уводи сличан приступ (регулације са широким власништвом владе), док у Великој Британији (посебно у Енглеској), услед дуге традиције великих газдинстава, права својине су већим делом распоређена физичким лицима. Као последица се такође јавља недостатак ове врсте прописа о човековом окружењу јер је регулаторни приступ већим делом амерички 'изум'.

Супротно томе, у САД и Канади, се генерално сматра да влада штити околину, укључујући и дивљи биљни и животињски свет, путем увођења стриктне регулативе и успостављајући право својине над природом. Владе настоје да максимизирају вредност природе и то је главни разлог интервенције владе на овом пољу. Интересантно је да иако америчко и канадско право потичу од енглеског, њихова права о човековој околини се умногоме разликују. Северноамериканци блиско прате идеју да је суштина прописа да максимизира вредност природе и, стoga, приватно власништво мора да се остварује у складу са правним прописима, и као такво може бити додељено појединцима или интересним групама. Једна од тачака разлике јесте величина просечног поседа у Северној Америци (САД и Канада) и Енглеској. Пре неколико стотина година, основна величина поседа у Великој Британији била је 390 ари, док је у САД износила само 134 ара. У Канади, приватни поседи су чак још мањи и разуђенији (Lueck, 1989, стр. 316–7). Поприлично је тешко рећи да ли концепт права својине у комбинацији са стриктном регулативом владе може уопште подржати и заштитити природу. Ако је примена права ефикасна и у складу са свим модерним критеријумима, могу се очекивати позитивни резултати. Зато концепт права својине мора имати као предуслов организовану државу, владавину права и транспарентно вођење јавних послова (transparent public policy).

seen, any kind of economic (and wider, social) activity imposes some influence on others. This influence can be either positive or negative.

Usually, one cannot charge others for the positive externality, but if the negative externality occurs the owner may be liable to cover the damage, if he does not have a full *property right*. A situation of some confusion now arises. The owner (property rights holder) will not be liable for damages if he/she holds property rights. How can this be possible when the owner already has property rights? This is the point of distinction between a legal and economic concept of property rights. Lawyers and legal scholars see property rights as a social institution established by law, in which a person has socially recognised power over the object of property rights. Legal theory, especially after the Constitution of the Weimar republic and the theory of property rights as a social function, limits the extent to which property rights can be used and prohibits the misuse of property rights. No one can use its rights to affect and to limit the rights of others. The thing or right which is the subject of property rights must be used according to social standard, and an owner in the process of use must not affect the rights of others. If he or she affects the rights of others in exercising their rights, they can be made liable and asked to cover the damage made to another person. Therefore, the question emerges as to whether today's property rights are still 'absolute rights'. It is a certainty, that they are absolute rights only in theory, while in practice there are many limitations imposed by the modern State, which limits the extent to which an owner can exercise their rights.

In terms of economics, property rights are seen as the ability to use resources. Starting with Coase (Coase, 1960), property rights are seen by economists as a factor of production.⁴ Property rights are a set of relationships amongst people that define their opportunities, their exposure to the acts of others, their privileges and their responsibilities (Schmid, 1987; Bromley, 1989). Similar to lawyers, economists regard rights as a relationship among individuals rather than the relationship between an individual and a resource. The economists, mainly concerned with *economic efficiency*, believe that the establishment of property rights increases economic efficiency. Whether it is really the case or not, is difficult to tell. The general belief is that private property is, by definition, more efficient.

⁴ The above-mentioned Coase paper (Coase, 1960) had established assumptions which later were labelled as the *Coase theorem*. The theorem states that in a world of zero transaction costs, any initial definition of rights will lead to an efficient outcome. It is important not because we live in such a world, but because it shows us a different way of looking at a large range of problems, these resulting from the transaction costs that prevent the parties affected from bargaining their way to an efficient outcome. The Coase theorem addresses the question as to which bundling of rights would lead, under various circumstances, to an efficient outcome, and if a particular initial bundling of rights leads to an inefficient outcome, how easy will it be for the parties to negotiate a change with the party who has a greater value for one of the rights in a bundle purchasing it from its initial owner (Šević, 2000).

3. ПРАВО СВОЈИНЕ, ПРАВО И ПОРЕДАК, РЕГУЛАТИВА И ЈАВНИ ПОСЛОВИ⁴

Постоји неколико институција које су у правној и економској литератури познате под истим именом или чији контекст варира од дисциплине до дисциплине. Правници обично посматрају право својине у класичном, староримском маниру (*usus, fructus* и *abusus*), док економисти право својине виде пре као производни фактор, као институционални аранжман под којим један економски агент може користити одређене објекте или права. Као последица, иако обе групе говоре о истој ствари, њихове перспективе се разликују. Размотримо прво правни приступ праву својине.

Не постоји ништа више што човек може рећи о ствари него: 'То је моје'. *Присвојна заменица* 'моје' у потпуности објашњава статус ствари. Особа која поседује ствар може је користити, присвајајући принос који та ствар генерише, или је чак може уништити. Обично се каже да не постоје лимити над располагањем до уништења ствари коју неко поседује. Међутим, то није баш права истина. У оквиру класичног римског концепта својине било је истина, над власништвом нису постојале границе.⁵ Али, у модерном свету, власништво такође има и *друштвену функцију* (видети: Duguit, 1920). Наиме, својина не може бити коришћена против жељених друштвених циљева. Сваки члан друштва мора бити спреман да поштује потребе и права других, не стварајући им додатне трошкове. Међутим, као што смо видели, свака врста економске (и шире, друштвене) активности утиче на околину. Овај утицај може бити како позитиван тако и негативан (Шевић, 2003).

Најчешће се други не могу наплаћивати за позитивне екстерналије које уживају, али ако се негативне екстерналије појаве, власнику може бити наложено да покрије штету, уколико он нема пуно *право својине*. Ту настаје одређена конфузна ситуација. Власник (ималац права својине) неће бити дужан да надокнади штету ако он/она ужива правно право својине. Како је то могуће када власник већ има право својине? Правници и правни научници виде право својине као друштвену институцију успостављену правом, у којој особа има друштвено препознатљиву моћ над објектом права својине. Правна теорија, посебно након конституисања Вајмарске републике, и теорија права својине као друштвене функције, ограничавају степен до којег право својине може бити коришћено, и забрањују злоупотребу права својине. Нико не може користити

⁴ Public policy.

⁵ Власништво је право да се поседује, користи, управља, богати, очува и отуђи (Bromley, 1989).

Interestingly, the failure of the socialist experiment contributed to a further strengthening of this belief. In a full market economy, state property (*public ownership*) can sometimes be efficient, albeit rarely. There are many obstacles against the „public provision of goods and services“. Public enterprises, due to their close connection with the government, have a big problem in *going international* both in terms of retailing products and raising money through either equity or debt.

The modern economy *does not* discriminate against different types of property. All types of property are completely equal before the law. Therefore, there are four different natural resource management regimes based on various types of property. The first is *state property* where individuals have to follow the rules of using resources determined by law or governmental agencies, which also have the original right to stipulate rules for the use of resources. The second type is *private property* in which individuals or legal entities have the full right to undertake the socially approved and acceptable use of resources. They have to refrain from socially unacceptable use, while others should not interfere in their affairs. The third possibility is *common property* regime, in which one group has property rights and can exclude others from use. Others (known as non-members) have the duty to respect the exclusion, while co-owners must respect the social limits of acceptable use of resources. The fourth possibility comprises *open access* to natural resources. If open access is practised, there are no defined users or owners. Theoretically, everybody can use the resource, without obligation to do so. There are no *explicit* rules of conduct in relation to use of the resource.

Practice has shown that open access is not a successful property regime. If no-one owns resources, it is very likely that the environment will be at risk. Some scholars argue similarly with the concept of common property. Experience does not support this claim in full. Some common property regimes serve well, while others fail. Usually, if the renewable natural resource is managed by *close-knit* groups, the common property regime works fine. In the case of the fishery or oyster industry, a common property regime serves the function well (Agnello and Donnelly, 1975). If the common property regime failed, then generally this will be the result of some external shock that induced an internal system failure. As usual, for *most* social institutions, changes in the institutional environment alters the viability of the institution. State property means that, usually, a state institution directly manages natural resources. The State can exclude others from use, and all the benefits are, usually directly, collected by the State. However, many authors have raised the question of efficiency of the state property regime, as has been mentioned above.

Private property regime vest property rights in an individual or legal entity. It is believed to be the most successful solution to the „*tragedy of*

своја права да ограничава права других. Ствар или право које је субјект права својине мора бити коришћено у складу са друштвеним стандардима и власник у процесу коришћења не сме вређати права других. Ако он или она ограничавају права других у примени својих права, могу бити одговорни и позвани да покрију штету која је друга особа претрпела. Зато се јавља питање да ли су данашња права својине још увек 'апсолутна права'. Извесно је да су она апсолутна само у теорији, док у пракси постоје многа ограничења наметнута од стране модерне државе која лимитира степен до којег власник може користити *svoja* права.

Са економског аспекта, право својине је схваћено као способност коришћења ресурса. Почеквиши од Коузса (Coase, 1960), право својине се разуме, од стране економиста, као фактор производње.⁶ Права својине су сет односа између људи који дефинишу своје прилике, своју изложеност поступцима других, њихових привилегија и њихових одговорности (Schmid, 1987; Bromley, 1989). Слично правницима, економисти посматрају права као однос између појединачца пре него као однос појединца и расположивог ресурса. Економисти, махом окупирани *економском ефикасношћу*, верују да успостављање права власништва увећава економску ефикасност. Тешко је рећи да ли је то заиста случај или не. Опште је веровање да је приватна својина, по дефиницији, ефикаснија.

Интересантно је да је промашај социјалистичког експеримента допринео даљем јачању овог веровања. У пуној тржишној економији, државна својина (*јавно власништво*) може понекад бити ефикасно; додуше, ретко. Постоје многи проблеми са 'јавним обезбеђењем робе и услуга'. Јавна предузећа, услед њихове тесне везе са државом (владом), имају велики проблем у спровођењу *интернационализације*, подједнако у малопродаји робе као и у процесу обезбеђења средстава, било путем емитовања акција или дужничких хартија од вредности.

Модерна економија *не* дискриминише различите облике својине (власништва). Сви типови својине су потпуно једнаки пред

6 Поменути Коузов рад (Coase, 1960) увео је претпоставке које су касније биле обележене као *Коузова теорема*. Теорема каже да ће у свету нултих трансакционих трошкова, било која иницијална дефиниција права водити ка ефикасном резултату. То је важно, не зато што ми живимо у таквом свету, већ зато што нам то показује другачији начин гледања на читав низ проблема, који резултирају од трансакционих трошкова који спречавају заинтересоване стране да уговоре ефикасно решење. Коузова теорема адресира питања као што су: које би паковање права водило, под различитим условима, ефикасном резултату и, ако би одређено иницијално паковање права водило ефикасном резултату, колико би лако било за учеснике да преговарају о промени са страном која има већу вредност за једно од права у пакету, купујући их од њеног првобитног власника (Шевић, 2000).

commons“. In the classical Coasian tradition, the intervention of the government is to be rejected in favour of market bargaining undertaken by established private property right holders in order to achieve the social optimum level of pollution. With fully established property rights polluter and sufferer would be left in an unregulated situation. With no *transaction costs* bargaining will be developed between them as the autonomous and logical consequence of a newly emerged situation. The standard problem of the *Coasian solution* is that it requires perfect competition, zero transaction costs, and a benign society and government.

However, in every day life one faces high transaction costs, the presence of monopolies (*imperfect competition*), a problem in identifying of polluters and sufferers, an incomplete legal framework, inequality between contractual sides, etc. Despite its obvious deficiencies the Coase theorem is an important achievement of theory of property rights. It clearly showed that property rights (in economic terms) are a factor of production. It also forces supporters of governmental intervention in environmental affairs to clearly define their position and aims (Pearce and Turner, 1990).

Within a Coasian framework, a polluter aims to operate at the level of economic activity which yields highest profit ($Q\pi$ – profit maximising level/point). However, the profit maximising point of an individual economic agent is *never* a socially optimal point. The social optimum level of pollution appears at the point in which marginal net private benefits (*MNPB*) equal marginal external costs (*MEC*). With the introduction of (private) property rights, a polluter and sufferer will negotiate the level of pollution.

Namely, if a sufferer enjoys property rights, the polluter will be willing to compensate a sufferer up to the point of social optimum level of pollution (Q^*). Beyond that point, it would be irrational to expect from a polluter to buy off the sufferer because his/her gains (*MNPB*) are lower than the sufferer's losses. Conversely, if the (private) property rights are given to a polluter, he/she will aim to produce at the profit maximising point of output, but now a sufferer can buy off the polluter, up to the social optimum point (Q^*). Depending on the monetary strength of a sufferer, the negotiated point can be anywhere between the social optimum point of pollution (Q^*) and the profit maximising point ($Q\pi$).

Thus, if property rights are vested in a sufferer, the negotiated level of pollution will be between *nil* and the social optimum level of pollution; while if property rights are given to a polluter, the negotiated level of pollution will be somewhere in-between the profit maximising point and social optimum level of pollution. Whatever the short-term solution, in the long-run the solution should anyway lean towards the point of social optimum level of pollution.

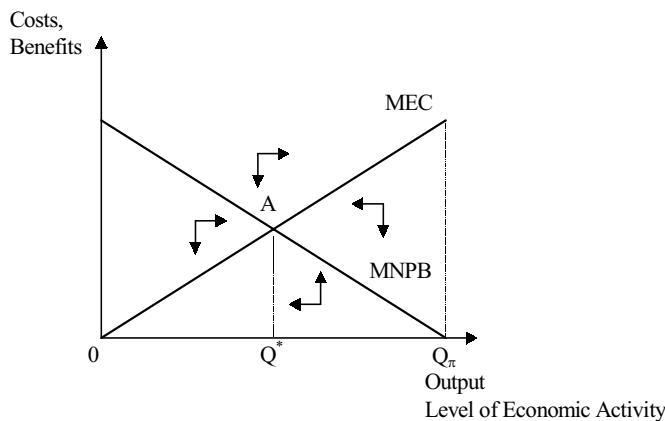
правом. Стога постоје четири различита режима менаџмента над природним ресурсима који су базирани на различитим типовима својине. Први је *државна својина*, где појединци треба да прате правила коришћења ресурса која су дефинисана правом или одређена од стране владиних агенција, које такође имају изворно право да одређују правила за коришћење ресурса. Други тип је *приватна својина*, у којој појединци или правна лица имају пуно право да предузму друштвено одобрену и прихватљиву употребу ресурса. Они треба да се суздрже од друштвено неприхватљивог искоришћавања, док други не би требало да се мешају у њихове послове. Трећа могућност је режим *заједничке својине*, када једна група има право својине и може искључити друге из коришћења. Други, познати као нечланови (non-members), имају дужност да поштују искључење, док сувласници морају поштовати друштвене лимите прихватљивости коришћења ресурса. Четврта могућност укључује *отворен приступ* природним ресурсима. Ако се примењује отворен приступ, онда не постоје дефинисани корисници или власници. Теоретски, свако може користити ресурс, али без обавезе да то и учини. Не постоје *експлишиштина* правила понашања у вези са коришћењем ресурса.

Пракса је пак показала да отворен приступ није успешан својински режим. Ако нико не поседује ресурсе, веома је велика вероватноћа да ће животна средина бити изложена ризику. Неки аутори слично тврде и за концепт заједничке својине. Међутим, искуство не подржава ову тврђњу у потпуности. Неки режими заједничке својине добро служе, док други пропадају. Најчешће, ако чврсто повезане групе управљају обнављајућим природним ресурсима, режим заједничке својине добро функционише. У случају рибарске индустрије или индустрије школјки, режим заједничке својине добро служи сврси (Angello и Donnelly, 1975). Ако је режим заједничке својине пропао, онда се то десило због неких екстерних шокова, који су узроковали крах интерног система. Као и обично, за *већину* друштвених институција промене у институционалном окружењу модификују одрживост саме институције. Државна својина значи да често државна институција директно управља природним ресурсима. Држава може изузети друге из коришћења и све користи су, најчешће директно, прикупљене од стране државе. Међутим, многи аутори су поставили питање ефикасности режима државне својине, као што смо то споменули раније.

Режим приватне својине подразумева да право својине припада појединцу или правном лицу. Верује се да је то најуспешнија солуција у односу на '*траѓедију заједништва*' (tragedy of commons).

As we have said, the Coasian solution requires perfect market conditions, which are almost unlikely to be ever achieved in the modern world. Therefore, Buchanan (Buchanan, 1969) has suggested a way to overcome its deficiencies. Using the monopoly model as a basic framework, he proposed that $P-MC$ should be established as a polluter bargain curve. It further appears to be a „*marginal surplus curve*“, that is the marginal change in combined producer and consumer surplus. Making $P-MC$ equal to MEC will further make an optimal solution but bargaining should then include three parties (polluter, sufferer and consumer of polluter's product), instead of two. However, it is very difficult to imagine such tripartite bargaining taking place in the real world. Another problem is that it is very unlikely that the State would step aside and allow such bargaining, in the case of a monopoly polluter, since monopoly is a type of market failure that requires government intervention. Often environmental costs will also be a base for calculating and introducing environmental (*green*) taxes.

Graph 1.⁵



Despite these problems, the property rights concept is very important for the contemporary management of natural resources. As we have seen, property rights are the best, if not the only, solution that remains *after relaxation of regulation*. With established private property rights and, further, a market for their sale, firms would find it costly to pollute the environment. A system of marketable rights should allow firms and the government agency

⁵ Legend:

MEC – Marginal External Cost
 MNPB – Marginal Net Private Benefit
 Q^* – Social Optimum Level of Pollution
 Q_π – Profit Maximising Level of Output
 (Based on: Pearce and Turner, 1990)

У класичној коузовској традицији, интервенција владе треба да буде одбачена у корист тржишног погађања носилаца приватних права својине у циљу достизања друштвено оптималног нивоа загађивања. У систему пуних својинских права, загађивач и оштећени били би у нерегулисаној ситуацији. Са изостанком трансакционих трошкова, погађање би се међу њима развило као аутономна и логична последица новоастале ситуације. Стандардни проблем коузовске *солуције* захтева перфектну конкуренцију, нулте трансакционе трошкове и 'бенигно' друштво и владу.

Међутим, у свакодневном животу постоје високи трансакциони трошкови, монополи (*имперфектна конкуренција*), проблеми идентификовања загађивача и оштећених, непотпун правни оквир, неједнакост између уговорних страна, итд. Упркос својим очигледним недостацима, Коузова теорема је важно достигнуће теорије права својине. Она јасно показује да права својине (у економском смислу) јесу фактор производње. Она такође приморава поклонике интервенционизма у области заштите животне и радне средине да јасно дефинишу своју позицију и циљеве (Pearce и Turner, 1990).

У коузовском оквиру, загађивачу је циљ да оперише на нивоу економске активности који убира највећи профит (ϖ – ниво/тачка максимизирајућег профита). Међутим, тачка максимизирајућег профита једног економског агента *није никад* и друштвено оптимална тачка. Друштвено оптимални ниво загађивања се појављује у тачки у којој се маргинална нето приватна корист (*MNPB*) изједначује са маргиналним екстерним трошковима (*MEC*). Са увођењем (приватног) права својине, загађивач и оштећени ће преговарати о нивоу загађености.

Наиме, ако оштећена страна ужива право својине, загађивач ће бити вољан да компензира оштећеног до тачке друштвено оптималног нивоа загађивања (Q^*). Испод те тачке било би ирационално очекивати од загађивача да се нагађа са оштећеним, јер су његови/њени добици (*MNPB*) мањи од губитака оштећеног. Обрнуто: ако су (приватна) права својине дата загађивачу, он/она ће тежити да производи на тачки максимизирајућег профита, али сада оштећени може да се нагоди са загађивачем до тачке друштвеног оптимума (Q^*). У зависности од материјалне снаге оштећеног, договорена тачка може бити било где између тачке друштвеног оптимума загађивања (Q^*) и тачке максимизације профита (ϖ).

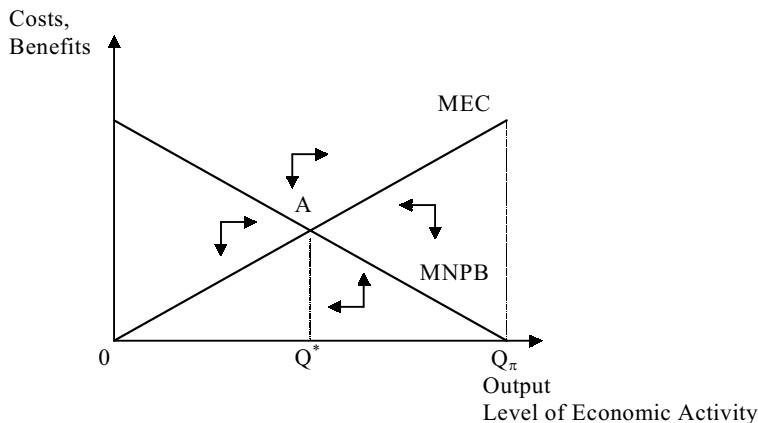
Дакле, ако су права својине пренета на оштећеног, договорени ниво загађења биће између *нуле* и друштвено оптималног нивоа загађивања; а ако су права власништва дата загађивачу, договорени ниво загађења биће негде између тачке максимизације

in charge of environmental protection to determine in advance the amount of pollution. The estimated amount of pollution would be equal to the sum of the property right units issued. However both of them (the government and polluters), along with sufferers, would not be able to know *a priori* the price of property rights in the next unit of time. Spreading this system internationally may contribute to the economic development in Third world countries. Namely, the national governments there could, with the assistance of international organisations, fix a social optimum level of pollution, and then offer at auction a certain amount of property right units which are equal to the social optimum level of pollution. A bidding process will increase the price of property right units, but the social optimum level of pollution will not be surpassed. If this practice were internationally accepted, it would certainly help the development of emerging economies, because the *initial (public) offer prices* of property right units would be significantly lower than those in the Western countries, where industrialisation has already taken its „*environmental tribute*“. Certainly, this would work only if all those countries would work on their institutional development, liberalisation and democratisation, and would offer a *basic* institutional infrastructure that would guarantee an acceptable level of social stability to the foreign investors.

The economics of regulation was introduced originally to deal with „market failure“, i.e. the inability of the market mechanism alone to produce optimum efficiency in all cases. It was believed that the government needed to intervene in the economy in order to handle natural monopolies, provide public goods, prevent external diseconomies, and remedy existing informational asymmetries. Along with ownership over public companies, regulation offers another way in which the government can affect economic activity. But, although it was first introduced to cope with „market imperfections“, regulation came to be implemented in various other cases, such as to ensure fairness of distribution of resources and income, steady economic growth, the protection of infant industries, assistance for small businesses, pump-priming in recessions, and the promotion of structural adjustments. Added to these were a series of social regulations aimed at securing health, environment, education and safety. As always in economics, something can be sustained if it is efficient. Regulations can be deemed as appropriate as policy if their benefits outweigh their costs. Theoretically, good regulation has to meet two *cumulative* conditions: (1) its implementation must produce some improvement in economic welfare and (2) the achieved gain in welfare must be greater than the cost of regulation. It must be noted that the cost of regulation is not the pure administrative expense of its adoption and implementation, but also includes various losses that might occur as a result, such as inefficient and inflexible management, rent-seeking bureaucrats or rent-seeking behaviour of businesses⁶, damage cost of discretionary decisions, *et*

6 For a profound analysis of rent-seeking behaviour see: Buchanan, *et al.*, eds. (1980), especially: Buchanan: „Rent Seeking and Profit Seeking“, pp. 3–15

профита и друштвено оптималног нивоа загађивања. Какво год било решење на кратак рок, дугорочно решење би свакако требало да показује тенденцију ка тачки друштвено оптималног нивоа загађивања. Поменути односи могу се видети из следећег графика-на.⁷



Као што смо већ рекли, коузовско решење захтева перфектне тржишне услове, који практично никада неће бити постигнути у модерном свету. Стога је Бјуkenen (Buchanan, 1969) предложио пут за превазилажење ових недостатака. Користећи монополистички модел као основни оквир, он је предложио да се *P-MC* успостави као загађивачева линија преговарања. Она се надаље појављује као 'линија маргиналног вишка', што је маргинална (гранична) промена у комбинованом вишку производа и потрошача. Изједначавање *P-MC* са *MET* надаље ће направити оптимално решење, али би преговарање онда требало да укључи три стране (загађивач, оштећени и потрошач производа које производи загађивач), уместо две. Међутим, веома је тешко замислити да ће се такво троструко преговарање уопште додогодити у реалном свету. Други проблем је да је веома мало вероватно да би држава стајала по страни дозвољавајући такво преговарање у случају загађивача монополисте, с обзиром на то да је монопол недостатак у функционисању тржишта који захтева интервенцију владе. Често би трошкови заштите животне и радне средине били основа за обрачун и увођење посебних зелених пореза.

⁷ Легенда:

MEC – Marginal External Cost

MNPB – Marginal Net Private Benefit

Q^* – Social Optimum Level of Pollution

Q_π – Profit Maximising Level of Output

Извор: Pearce и Turner (1990)

similar. The regulator has the best intentions (supposedly, if he/she wants to renew the mandate) assuming that: markets are fragile, (social or *total*) costs of regulation are not high, and finally that regulation behaves in a neutral way, i.e. the regulator considers carefully and continuously a category of „public goods“ in its mind.⁷

The full introduction of property rights is just one of the ways in which the environment can be protected. Other solutions include the direct application of law when damage made to the environment is significant and threatens public health. Then a polluter may be subject to criminal prosecution. The polluter can be punished under the Criminal Code, but it will not eliminate his *civil liability* for damage. Generally, the law protects the environment in three main ways. If the pollution is negligible, the polluter can be fined by the governmental environmental agency, after the proper administrative procedure has been completed. If the damage is significant and public interests (such as public health) are put in jeopardy, a polluter can even be jailed for a number of years. If the consequences were fatal with the loss of human life, the responsibility can be extended to manslaughter, and in some countries to murder as well. In both cases, a polluter who has been found guilty would usually be required to cover losses at his/her expense, such that restitution could be performed (*restitutio in integrum*). As we can see, threefold legal protection is very important because the threat of sanctions may make polluters *ex ante* more socially concerned, and responsible. But in our view full legal protection works best if *supplementary* to a property rights concept and markets for property rights. Markets are the best natural social regulator.

However, the effective application of property rights requires an efficient state, legal enforcement and a social infrastructure which supports the created property rights system. If the state is not interested in the protection of property rights, the established rights will just be formal, and will not support social efficiency. The same can be said for the situation in which legal enforcement is not efficient. If the rights are not guaranteed and enforceable, they are meaningless and the establishment of a property rights system is a waste of social resources. The rule of law is also a necessary prerequisite for a property rights system operating. In developing and transitional economies the concept of property rights is weak, despite a relatively clear legal situation. Legal acts guarantee property rights, but in practice it is very difficult to exercise property rights, as the state is very slow in enforcing the law and recognising that the rights have been violated by another party. Even if the court decision has been made, it does not mean that the decision will be applied soon. There is still a large difference between

⁷ For issues of regulation, *over-regulation* and *over-legislation* see our paper: Šević (1996)

Упркос овим проблемима, концепт права својине веома је важан за савремено управљање природним ресурсима. Као што смо видели, право својине је најбоље, ако не и једино решење које преостаје после регулативне либерализације. Са увођењем приватних права својине, и даље, са тржиштем за њихов промет, фирме би загађење животне и радне средине сматрале скупим. Систем права којим се може трговати требао би да дозволи фирмама и владиној агенцији за заштиту околине да унапред одреде износ дозвољеног загађивања. Предвиђени износ загађивања био би једнак суми издатих јединица права власништва. Међутим, обе стране (влада и загађивач), заједно са оштећенима, не би биле у могућности да знају *a priori* цену права власништва у наведеној јединици времена. Проширење овог система на међународни оквир могло би помоћи земљама Трећег света. Наиме, владе тих земаља би могле, уз помоћ међународних организација, да утврде друштвено оптимални ниво загађивања, а потом да понуде на аукцији одређени износ јединица права власништва, који је једнак друштвено оптималном нивоу загађивања. Процес надметања ће повећавати цену јединица права власништва, али друштвено оптимални ниво загађивања неће бити пређен. Ако би оваква пракса била међународно прихваћена, она би сигурно помогла развоју земаља у транзицији, јер би *йочейна иена (јавне) йонуде* јединица права власништва била значајно нижа него она у западним земљама, где је индустиријализација већ узела свој *'данак најчовековом околином'*. Сvakако, ово би функционисало само ако би све ове земље радиле на свом институционалном развоју, либерализацији и демократизацији, и када би понудиле *базичну* институционалну инфраструктуру која би гарантовала прихватљив ниво друштвене стабилности за стране инвеститоре.

'Економија регулације' била је оригинално уведена да реши проблем 'колапса тржишта'. Другим речима, да реши проблем немогућности тржишног механизма да самостално обезбеди оптималну ефикасност у свим случајевима. Верује се да је држава (влада) требало да интервенише у економији да би решила проблем природних монопола, обезбедила јавна добра, предупредила екстерну неекономичност, и излечила постојеће информационе асиметрије. Заједно са власништвом над јавним компанијама, регулатива нуди други начин на који држава (влада) може да утиче на економску активност. Али, иако је првобитно била уведена да се носи са 'имперфекцијама тржишта', регулатива је касније унета и у разне друге случајеве, као што су: осигурање правичне дистрибуције ресурса и прихода, стабилан економски раст, заштита 'младих' индустрија, помоћ малим предузетима, иницијално финансирање у рецесијама и промовисање структурних прилагођавања. Овоме су биле додате серије социјалних прописа са циљем да осигурају

the legal system (legal acts enacted by the legislature) and legal order (sociological concept describing human behaviour upon the enacted legal acts). Financial and legal discipline are the most important problems of social change and transition facing many developing and all transitional economies, particularly those in Europe.

In parallel with the introduction of property rights, the legislature must introduce the 'rules of the game', that is to say regulation.

4. INTERNATIONAL CO-OPERATION: TOWARDS AN INTERNATIONAL PROPERTY RIGHTS REGIME

With the widespread wave of globalisation, an issue of international co-operation amongst different international factors arise, together with the creation of an international property rights regime in protecting the environment. Although globalisation is a concept developed in the 1990s (Millar and Šević, 1999), the first attempts to create an international property rights regime were made as early as 1958 with the promulgation of the Convention on the Continental Shelf (see: Dam, 1965). The provisions of this Convention divided amongst the countries bordering the North Sea some of the commonly held attributes of that sea, particularly the minerals. Scholars see two factors that had been working to increase the value of the North Sea in the years before the Conference was signed: (1) underwater drilling was becoming less expensive and more widely spread, and (2) the first signs appeared that the area may be rich in gas and crude oil. The countries surrounding the North Sea (Belgium, Denmark, France, the Netherlands, Norway, the United Kingdom and the FR Germany) could conceivably have unilaterally extended their territorial rights towards the middle of the sea (Barzel, 1997). Even potential exploiters of the North Sea were interested to make their eventual economic ownership rights more secure. This leads to the assumption that the increase in the relative value of crude oil reserves led to the situation in which all interested parties argued in favour of defining the ownership rights over North Sea resources.

The Convention gave some rights to all interested parties that surround the North Sea. Since the countries were given a slot of rights, they could decide to exploit them directly or to give some rights to private individuals or private businesses. From the law and economics point of view, there is no difference between these two. It is of no importance whether the government exploits resources directly, or opts to regulate their use and grants concession to the highest bidder who will be required to follow closely government introduced environmental regulations and a particular concession contract (Catton, 1967; Toriguiau, 1972). The Convention *a priori* eliminated

здравље, окружење, образовање и сигурност. Као и увек у економији, нешто може бити подржано само ако је и ефикасно. Регулативе могу бити разматране као корисна политика само ако њихова корист премашује трошкове њиховог увођења и спровођења. Теоретски, добра регулатива мора да задовољава два *кумулацијивна* услова: (1) њена имплементација мора произвести неки напредак економског благостања и (2) достигнута добит благостања мора бити већа од трошкова регулативе. Мора се приметити да трошак регулативе не чине само чисти административни издаци њеног усвајања и имплементације, већ су такође укључени и разноврсни губици који могу настати као резултат, а то су: неефикасан и нефлексибилан менаџмент, бирократе-рентијери или рентијерско понашање предузећа⁸, трошкови штете дискреционих одлука, и слично. Регулатор има најбоље намере (уз претпоставку да он/она желе да обнове мандат) ако подразумева: да су тржишта осетљива, да (друштвени или 'свеукупни') трошкови регулације нису велики, и коначно, да се регулатива понаша неутрално; другим речима, регулатор пажљиво и стално узима у обзир категорију „јавних добара“ када обавља свој посао.⁹

Пуно увођење права својине само је један од начина на који човекова средина може бити заштићена. Друга решења укључују директну примену права када је штета начињена околини значајна и прети здрављу људи. Тада загађивач може бити подвргнут кривичном гоњењу. Загађивач може бити кажњен по кривичном закону, али то неће елиминисати његову *грађанскојравну одговорносћ* за начињену штету. Уопштено, право штити околину на три главна начина. Ако је загађење незнатно, загађивачу може одредити казну владина агенција за заштиту, након спроведеног одговарајућег управног поступка. Ако је штета значајна и ако су угрожени јавни интереси (као што је здравље људи), загађивач може чак бити послат у затвор. Ако су последице биле фаталне, са губитком људских живота, одговорност би могла бити проширења и на убиство из нехата, а у неким земљама и на убиство са намером. У оба случаја, од загађивача који би био проглашен кривим најчешће би се захтевало да покрије губитке, тако да се може извести реституција (*restitutio in integrum*). Као што смо видели, трострука правна заштита је веома важна, јер сама претња санкцијама загађиваче може *ex ante* учинити више друштвено одговорнијим. Али, по нашем мишљењу, правна заштита функционише најбоље ако је *сујлементарна* систему права својине и тржишту

⁸ За детаљну анализу рентијерског понашања видети: Buchanan, и др., ур. (1989), посебно: Buchanan: „Rent Seeking i Profit Seeking“, стр. 3–15.

⁹ За питања регулативе, over-regulation и over-legislation видети наш рад: Шевић (1996).

possible cases of conflict of interests amongst the interested parties, especially after crude oil reserves were found. It is even obvious that oil companies would not have had an incentive to search the area, if the property rights were not previously defined. Consistent with the Coase theorem, once rights were delineated there was very little difficulty in developing the area. Defined ownership rights even support the co-operation of interested parties and increase economic efficiency. The experience of North Sea co-operation between Norway and the UK shows that, as well.

Public bodies have the right and duty to enhance property rights and the value of things which are placed in the public domain. In order to do that in a globalised world the government are forced to co-operate in promoting property rights. Globalisation has as a consequence the fall of the Nation-State, the concept that dominated economic development in the 19th and early 20th centuries. The nation-state is now forced to decline some of its traditional duties and to co-operate with other countries to meet better ends. The application of different theories will give different reasons for co-operation amongst the sovereign states, and the wilful declination of traditional rights (see: Colombatto and Macey, 1996). The public-interest theory, dominant in Political Sciences, sees the government as a benign entity, possessing the perfect information set. Certainly, this theory is hardly applicable in real life situations. In contrast, Public Choice theory assumes the existence of various interest groups. Politicians, bureaucrats and other decision-makers are self-interested, whenever acting, in private or public life. These public players are interested to maximise their personal power and wealth even when these selfish ends conflict with public-spirited goals (Colombatto and Macey, 1996, p. 929). Bureaucrats are interested in the maximisation of their budgets, as economic powers sustain political powers (Niskanen, 1994). Therefore, politicians, bureaucrats and other public policy players are primarily interested in spreading their influence, and certainly to stay in power for as long as possible. Therefore, in a globalised world, they are willing to co-operate with people of the same kind, representing other nation-states, and to create internationally induced regulation in order to maximise their powers. With international regulatory co-operation and co-ordination, it is almost impossible for an economic agent to avoid the application of rules. If the application of rules is avoided in one country, they will be applied in another, as both countries are following the same regulatory principles, or more often the same regulations. International treaties also demonstrate that we live today in a rent-seeking society. The national regulators co-operate as they perceive that growing globalisation diminishes their influence, and erosion of their influence can only be stopped by co-operation with other interested parties of the same kind. However, international agreements in general require a specific compromise amongst the interested parties. Every national regulator reflects different, nationally specific interests, and with the internationalisation of regulations that national characteristic can be partially or entirely lost. Often this is unpopular with

за својинска права. Тржишта су најприроднији друштвени регулатори.

Међутим, ефикасна примена права својине захтева ефикасну државу, примену права и друштвену инфраструктуру које подржавају усвојени систем права својине. Ако држава није заинтересована за заштиту права својине, уведена права ће само бити формална, и неће потпомоћи друштвену ефикасност. Исто се може рећи за ситуацију у којој примена права није ефикасна. Ако права нису гарантована и спроводљива, она су бесмислена и увођење система права својине представља узалудно трошење друштвених ресурса. Владавина права је такође неопходан предуслов за постојање ефикасног система права својине. У економијама у развоју и транзиционим економијама, концепт права својине је слаб, упркос релативно чистој правној ситуацији. Правни прописи гарантују право својине, али у пракси је веома тешко применити право својине, јер је држава прилично спора у примени права, и у препознавању чињенице да су права била повређена од друге стране. Чак и ако би суд донео пресуду, то не значи да би она ускоро била и спроведена. Постоји још увек велика разлика између правног система (хармонични систем правних норми) и правног поретка (социолошки концепт који обухвата понашање људи по позитивним правним прописима). Финансијска дисциплина и правна дисциплина су најважнији проблеми друштвене трансформације и транзиције са којима се сусрећу многе земље у развоју и све транзиционе економије, посебно оне у Европи.

Паралелно са увођењем права својине, законодавство мора увести 'правила игре', тј. аутономну регулативу.

4. МЕЂУНАРОДНА КООПЕРАЦИЈА: КА МЕЂУНАРОДНОМ РЕЖИМУ ПРАВА СВОЈИНЕ

Са широким рас прострањењем глобализације, јавља се и питање међународне сарадње између различитих међународних фактора, заједно са стварањем међународог режима права својине у заштити човекове средине. Премда је глобализација концепт развијен у 1990-им (Millar и Шевић, 1999), први покушаји да се креира међународни режим права својине били су учињени још 1958. године са промоцијом Конвенције о Континенталном појасу (видети: Дам, 1965). Ова конвенција је расподелила, између земаља које излазе на Северно море, неке од заједничких вредности тога мора, посебно минерале. Стручњаци виде два фактора која су допринела повећању 'вредности' Северног мора у годинама пре потписивања Конвенције: (1) подводно бушење је постало мање скupo и више рас прострањено, и (2) појавили су се први знаци да

the general public, which still favours the nation-state, despite general mass-media promotion of cosmopolitanism and globalisation trends.

International co-operation in the field of property rights on 'environmental goods' can be very important, as it eliminates possible future conflicts. An *a priori* definition of property rights helps the allocation of rights to other interested parties which may invest in the research and development of potential areas of interest. The definition of property rights gives the possibility for trade in those defined rights and the loss of '*commons*' in the modern world means that public bodies are socially responsible to work on the protection of those existing and to increase, overall in, wealth the things which are entrusted to the public domain. This is a very important duty of modern government. International government co-operation can significantly improve the emerging property rights system, and consequently the value of allocated property rights. However, the main duty for the government remains regulating the property rights system in its own country, and imposing regulations which are obligatory or advisory for those to whom property rights are allocated whether by law or by contract.

5. CONCLUSION

The environment is of the utmost concern to a modern *homo politicus* and *homo oeconomicus*. In order to support a sustainable solution for the protection of the environment and a successful solution to the „*tragedy of commons*“, a modern *liberal* society establishes efficient property rights over natural resources. However, the (re)establishment of property rights requires, like every institutional change, the definition of proper policy actions, i.e. policy change. *Public policy* in itself is concerned with redefining institutional arrangements that would fit economic agents in the wider economic structure (Bromley, 1989). But the change in property rights is only one of these options.

Public policy applied to the environment can be operationalised using taxes, user fees and charges (Šević, 1997), or through the application of a firm regulatory framework. One reason why environmental attributes are placed in the public domain is that it is too costly to measure and supervise all the attributes of environmental transactions. Interested transactors may attempt to capture attributes that are not adequately measured, or they may engage in excess measurement in order to reduce capture costs (Barzel, 1997). As those costs (establishing and policing property rights) are fairly high, only the government can bear them and ensure that the activities for which payment has been made will be performed relatively efficiently. Fiscal experts believe that fiscal incentives support the environment and its protection. To some extent it is true, but like with all other taxes the problem of the Laffer curve remains (Cullis and Jones, 1992). Therefore, the establish-

би област могла бити богата гасом и сировом нафтам. Земље које излазе на Северно море (Белгија, Данска, Француска, Холандија, Норвешка, Велика Британија и СР Немачка) тајно су могле унилатерално проширити своје територијалне воде према средини мора (Barzel, 1997). Чак су и потенцијални експлоататори Северног мора били заинтересовани да своја евентуална економска власничка права учине још сигурнијим. Ово води ка претпоставци да је пораст релативне вредности резерви сирове нафте наметнуо ситуацију у којој су све заинтересоване стране биле за одбрану власничких права над ресурсима Северног мора.

Конвенција је дала нека права свим заинтересованим странама које су излазиле на Северно море. Како је земљама био дат скуп права,¹⁰ оне су могле одлучити да их искористе директно, или да нека права дају приватним лицима или предузећима. Са правног и економског гледишта, не постоји разлика између ова два решења. Није важно да ли влада искоришћава ресурсе директно или пак одлучи да регулише њихову употребу и додељује концесије ономе ко понуди највећу цену (на аукцији) и од кога ће захтевати да доследно поштује оне прописе о заштити околине које је сама донела, као и одредбе посебног концесионог уговора (Catton, 1967; Toriguiau, 1972). Конвенција је *a priori* елиминисала могуће случајеве конфликтних интереса између заинтересованих страна, посебно након што су пронађене резерве сирове нафте. Чак је очигледно и да нафтне компаније не би имале подстицај да претражују област да права својине нису претходно била дефинисана. У складу са Коузовом теоремом, када су права била дефинисана, није било нимало проблема у развоју области. Дефинисана власничка права чак подржавају сарадњу заинтересованих страна и повећавају економску ефикасност. Искуство северноморске сарадње између Норвешке и Велике Британије такође то показује.

'Јавна тела' имају право и дужност да унапређују права својине и вредност ствари које су у јавном домену. У циљу да то ураде у глобализованом свету, владе су приморане да сарађују у промоцији права својине. Глобализација има за последицу опадање 'националне државе', концепта који је доминирао економским развојем у XIX и у раном XX веку. Национална држава је сада приморана да смањи неке од својих традиционалних дужности и да сарађује са другим земљама да би достигла боље резултате. Примена различитих теорија даће различите разлоге за то да суверене државе уважавају свесно ограничење традиционалних права (видети: Colombo и Macey, 1996). Теорија јавног интереса (Public Interest), доминантна у политичким наукама, види владу као бенигни ентитет

¹⁰ У ствари, овде се пре ради о скупу овлашћења (напомена аутора уз превод на српском језику).

ment of an efficient system of property rights can significantly contribute to the protection of the environment. When it is known who exercises property rights, many interested economic agents may decide to invest in research, exploration and the development of 'environmental goods'. In this way, the general wealth of the nation is improved.

Introducing a property rights system is not a costless activity. Property rights are social institutions and whenever social institutions are introduced transaction costs appear. However, with the use of cost-benefit analysis (so warmly endorsed by environmental economics scholars) it is possible to establish when the benefits of the newly established property rights system offset the costs of its introduction. Empirical studies have shown that the introduction of new social institutions, if planned carefully, usually brings more benefits than it incurs costs. However, in the situation of a possibly arbitrary state, the lack of rule of law, and strong political factors, often make it meaningless to introduce any new institutions. This is an additional problem faced by most, if not all, transitional economies in Central and Eastern Europe. However, this lays outside the boundaries of this paper.

Each and every one of the different approaches to the protection of the environment has its advantages and limitations, and probably only a proper combination can be most effective. Therefore, we argue in our final line in this paper, that a properly established property rights system, firmly supported and guaranteed by law, combined with regulations and an effective Criminal Code, would give the best social pay-off regarding the protection of the environment.

REFERENCES

- Agnello, R. J. and L. P. Donnelly (1975), *Property Rights and Efficiency in the Oyster Industry*, in *Journal of Law and Economics*, 18, pp. 521–33.
- Barzel, Y. (1997), *Economics of Property Rights*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press.
- Baumol, W. and W. Oates (1988), *The Theory of Environmental Policy*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press.
- Bromley, D. W. (1989), *Environment and Economy: Property Rights and Public Policy*, Oxford: Basil Blackwell.
- Bromley, D. W., ed. (1995), *The Handbook of Environmental Economics*, Oxford: Basil Blackwell.
- Buchanan, J. (1969), External Diseconomies, Corrective Taxes and Market Structure, in *American Economic Review*, 59, pp. 174–7.

који поседује перфектан скуп информација. Свакако, ова теорија је тешко примењива у реалној животној ситуацији. Супротно томе, теорија јавног избора (Public Choice) претпоставља постојање различитих интересних група. Ови јавни играчи су заинтересовани да максимизирају своју личну моћ и богатство чак и када се те се-бичне намере коse са јавно промовисаним циљевима (Colombatto и Macey, 1996, стр. 929). Бирократе су заинтересоване за максимизацију својих буџета, јер економска моћ подржава и политичку моћ (Niskanen, 1994). Зато су политичари, бирократе и други играчи јавне политичке сцене примарно заинтересовани за ширење свог утицаја, и за то да остану на власти што је могуће дуже. Стога су они, у глобализованом свету, спремни да сарађују са људима истог статуса, онима који репрезентују друге националне државе, и да доносе међународно иницирану регулативу, у циљу максимизирања своје моћи. Међународна регулаторна сарадња и координација готово спречавају једног економског агента да избегне примену правила. Ако је примена правила избегнута у једној јурисдикцији, она ће бити примењена у другој, јер су обе земље усвојиле исте регулаторне принципе или, чешће, исту регулативу. Међународни уговори такође демонстрирају да ми данас живимо у друштву уживаљаца ренте (rent-seeking society). Национални регулатори сарађују, јер прихватају чињеницу да растућа глобализација умањује њихов регулативни утицај, и да ерозија њиховог утицаја може бити заустављена једино кооперацијом са другим заинтересованим странама. Међутим, међународни договори уопште захтевају специфичан компромис између заинтересованих страна. Сваки национални регулатор рефлектује различите, национално специфичне интересе, или интернационализацијом регулације, та национална карактеристика може бити делимично или чак у потпуности изгубљена. То је често непопуларно код шире јавности, али и даље иде у прилог опстанку националне државе, упркос општој промоцији космополитизма и глобализационих трендова кроз мас-медије.

Међународна сарадња на пољу права својине над 'добрима окружења' (environmental goods) може бити веома важна, зато што елиминише могуће будуће конфликте. *A priori* дефиниција права својине помаже у алокацији права другим заинтересованим странама које могу инвестирати у истраживање и развој поједињих области. Дефиниција права својине даје могућност за трговање оним дефинисаним правима; док губитак 'заједничкства' у модерном свету значи да су јавна тела друштвено одговорна да раде на заштити оних постојећих и да повећају укупно друштвено богатство. Ово је веома важна дужност модерне власти. Међународна сарадња између влада може значајно да унапреди настајући систем права својине, и да посредно повећа вредност алоцираног права својине. Међутим, главна дужност владе остаје регулисање система

- Buchanan, J. M., R. D. Tollison, and G. Tullock, eds. (1980), *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*, College Station: TX: Texas A&M Press.
- Catton, H. (1967), *The Evolution of Oil Concessions: The Middle East and North Africa*, Dobbs Ferry, NY: Oceana.
- Cheung, S. N. S. (1970), The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource, in *Journal of Law and Economics*, 13, pp. 49–70.
- Cheung, S. N. S. (1973), The Fable of the Bees: An Economic Investigation, in *Journal of Law and Economics*, 16(1), pp. 11–33.
- Coase, R. H. (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 3(1), pp. 1–44.
- Colombatto, E. and J. R. Macey (1996), A Public Choice Model of International Economic Cooperation and the Decline of the Nation State, in *Cardozo Law Review*, 18(3), pp. 925–56.
- Cullis, J. and P. Jones (1992), *Public Finance and Public Choice Analytical Perspectives*, London: McGraw-Hill Book Company.
- Curtin, P. D. (1984), *Cross-cultural Trade in World History*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Dam, K. W. (1965), Oil and Gas Licensing and the North Sea, in *Journal of Law and Economics*, 8(2), pp. 51–76.
- Demsetz, H. (1967), Toward a Theory of Property Rights, in *American Economic Review*, 57(2), pp. 347–59.
- Dorfman, R. and N. Dorfman (1977), *Economics of the Environment*, 2nd edition, New York: W. W. Norton.
- Duguit, L. (1920), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon*, Paris: Dalloz.
- Hesse, G. (1992), Land Use Systems and Property Rights Evolutionary versus New Institutional Economics, in *Journal of Evolutionary Economics*, 2, pp. 195–210.
- Just R, D. Hueth, and A. Schmitz (1982), *Applied Welfare Economics and Public Policy*, New Jersey: Prentice-Hall.
- Libecap, G. D. (1989), *Contracting for Property Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Lueck, D. (1989), The Economic Nature of Wildlife Law, in *Journal of Legal Studies*, 18(2), pp. 291–324.
- Millar, S. M. and Ž. Šević (1999), Cross-Cultural Management Aspects of the International Business, in „*A stratégia, termelés, logisztika és minőség*“, Veszprém: University of Veszprém, pp. 120–7.

права својине у сопственој земљи, и наметање регулативе која је обавезујућа или саветодавна за све оне којима су права својине додељена, било путем закона или уговором.

5. ЗАКЉУЧАК

Човекова околина је од највећег могућег значаја за модерног *homo politicus-a* и *oeconomicus-a*. У циљу подршке дуготрајном решењу за заштиту човекове средине и успешном решењу 'трагедије заједничкства', модерно *либерално* друштво успоставља ефикасна права својине над природним ресурсима. Међутим, (поновно) успостављање права својине захтева, као уосталом и свака институционална промена, дефинисање одговарајућих политичких акција или, другим речима, промену политике. Политика (Public Policy) сама по себи заокупљена је редефинисањем институционалних аранжмана који би одговарали економским агентима у широј економској структури (Bromley, 1989). Али, промена у правима својине само је једна од ових опција.

Политика примењена на окружење може бити операционализована коришћењем пореза, накнада и такси (Шевић, 1997), или кроз примену јасног регулаторног оквира. Један од разлога што се природна околина налази у јавном домуену, јесте и то што је прешире скупо мерити и надгледати све аспекте трансакција које укључују човекову околину. Заинтересовани учесници у промету могу покушати да обезбеде квалитете који нису адекватно мерени, или се могу ангажовати у екстензивном мерењу, у циљу редуковања трошкова набавке (Barzel, 1997). Како су ови трошкови (увођења и надзирања остваривања права својине) поприлично високи, једино влада може да их сноси и да осигура да ће активности за које је плаћање извршено бити релативно ефикасно изведене. Фискални експерти верују да фискални подстицаји потпомажу околину и њену заштиту. У одређеном степену ово је истина, али као и са свим другим порезима, остаје проблем Лаферове криве (Cullis и Jones, 1992). Зато успостављање ефикасног система права својине може знатно допринети заштити околине. Када је познато ко располаже правом својине, многи заинтересовани економски агенти могу одлучити да инвестирају у истраживања и развој 'добра окружења'. На овај начин, свеобухватно национално богатство је унапређено.

Увођење система права својине само по себи није бесплатна активност. Права својине су друштвене институције, и кад год су друштвене институције уведене, појављују се и трансакциони трошкови. Међутим, анализа корисности (cost-benefit analysis), тако прихваћена од стране поклонника економије окружења, омогућава

- Minasian, J. R. (1975), *Property Rights in Radiation: An Alternative Approach to Radio Frequency Allocation*, in *Journal of Law and Economics*, 18, pp. 221–72.
- Niskanen, W. A. (1994), *Bureaucracy and Public Economics*, Fairfax and Cheltenham: The Locke Institute and Edward Elgar.
- North, D. C. (1981), *Structure and Change in Economic History*, New York: Norton.
- North, D. C. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ostry, S. (1990), *Government and Corporations in a Shrinking World: Trade and Innovation Policies in United States, Europe and Japan*, New York: Council on Foreign Relations.
- Pearce, D. W. and R. K. Turner (1990), *Economics of Natural Resources and the Environment*, Hemel Hampstead: Harvester Wheatsheaf.
- Pejovich, S. (1990), *Economics of Property Rights*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Pejovich, S. (1995), *Economic Analysis of Institutions and Systems*, Leiden: Martinus Nijhoff.
- Pigou, A. (1920), *The Economics of Welfare*, London: Macmillan.
- Schmid, A. A. (1987), *Property, Power and Public Choice*, 2nd edition, New York: Praeger.
- Šević, Ž. (1996), *The Political Economy, Economics and Art of Negotiation and Reconciliation: The Production of Law and Legal Order in a Polycentric Federation of a Yugoslav Type*, a paper presented at the 9th Maastricht Workshop in Law and Economics“, University of Limburg, Maastricht, 2–4 April.
- Šević, Ž. (1997), Non-Tax Revenue Sources, in J. Nemec and G. Wright, eds. (1997), *Public Finance*, Bratislava: NISPacee, pp. 250–94.
- Šević, Ž. (2000), Law and Economics (econ), in J. Michie, ed. (1999), *Reader's Guide to Social Sciences*, London: Fitzroy Dearborn, forthcoming.
- Stroup, R. and J. Baden (1973), Externality, Property Rights and the Management of our National Forests, *Journal of Law and Economics*, **16**, pp. 303–12.
- Tietenberg, T. (1994), *Environmental Economics and Policy*, New York: Harper Collins.
- Toriguiau, S. (1972), *Legal Aspects of Oil Concessions in the Middle East*, Beirut: Hanaskain Press.
- Veljanovski, C. (1987), *Selling the State Privatisation in Britain*, London: Weidenfeld and Nicolson.

да се утврди када користи новоуведеног система права својине анулирају трошкове његовог увођења. Емпиријске студије су показале да увођење нових друштвених институција, ако је добро планирано, обично доноси више користи него што намеће трошкова. Међутим, у ситуацији могуће 'арбитражне државе', недостатак владавине права и јак политички фактор често чине бесмисленим увођење било каквих нових институција, што је додатни проблем са којим се суочавају многе, ако не све, транзиционе економије Централне и Источне Европе. Међутим, то лежи изван предмета овог рада.

Сваки од различитих приступа заштити човекове околине има своје предности и ограничења, и вероватно само добра комбинација може дати добре резултате. Зато ми тврдимо, на самом крају, да би адекватно уведен систем права својине, снажно подржан и гарантован законом, у комбинацији са одговарајућом регулативом и ефективним кривичним законом, дао најбољи друштвени резултат када је заштита човекове околине у питању.

БИБЛИОГРАФИЈА

Agnello, R. J. and L. P. Donnelly (1975), *Property Rights and Efficiency in the Oyster Industry*, in *Journal of Law and Economics*, 18, pp. 521–33.

Barzel, Y. (1997), *Economics of Property Rights*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press.

Baumol, W. and W. Oates (1988), *The Theory of Environmental Policy*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press.

Bromley, D. W. (1989), *Environment and Economy: Property Rights and Public Policy*, Oxford: Basil Blackwell.

Bromley, D. W., ed. (1995), *The Handbook of Environmental Economics*, Oxford: Basil Blackwell.

Buchanan, J. (1969), External Diseconomies, Corrective Taxes and Market Structure, in *American Economic Review*, 59, pp. 174–7.

Buchanan, J. M., R. D. Tollison, and G. Tullock, eds. (1980), *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*, College Station: TX: Texas A&M Press.

Catton, H. (1967), *The Evolution of Oil Concessions: The Middle East and North Africa*, Dobbs Ferry, NY: Oceana.

Cheung, S. N. S. (1970), The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource, in *Journal of Law and Economics*, 13, pp. 49–70.

Cheung, S. N. S. (1973), The Fable of the Bees: An Economic Investigations, in *Journal of Law and Economics*, 16(1), pp. 11–33.

Coase, R. H. (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 3(1), pp. 1–44.

Colombatto, E. and J. R. Macey (1996), A Public Choice Model of International Economic Cooperation and the Decline of the Nation State, in *Cardozo Law Review*, 18(3), pp. 925–56.

Cullis, J. and P. Jones (1992), *Public Finance and Public Choice Analytical Perspectives*, London: McGraw-Hill Book Company.

Curtin, P. D. (1984), *Cross-cultural Trade in World History*, Cambridge: Cambridge University Press.

Dam, K. W. (1965), Oil and Gas Licensing and the North Sea, in *Journal of Law and Economics*, 8(2), pp. 51–76.

Demsetz, H. (1967), Toward a Theory of Property Rights, in *American Economic Review*, 57(2), pp. 347–59.

Dorfman, R. and N. Dorfman (1977), *Economics of the Environment*, 2nd edition, New York: W. W. Norton.

Duguit, L. (1920), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris: Dalloz.

Hesse, G. (1992), Land Use Systems and Property Rights Evolutionary versus New Institutional Economics, in *Journal of Evolutionary Economics*, 2, pp. 195–210.

Just R., D. Hueth, and A. Schmitz (1982), *Applied Welfare Economics and Public Policy*, New Jersey: Prentice-Hall.

Libecap, G. D. (1989), *Contracting for Property Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.

Lueck, D. (1989), The Economic Nature of Wildlife Law, in *Journal of Legal Studies*, 18(2), pp. 291–324.

Millar, S. M. and Ž. Šević (1999), Cross-Cultural Management Aspects of the International Business, in „*A stratégia, termelés, logisztika és minőség*“, Veszprém: University of Veszprém, pp. 120–7.

Minasian, J. R. (1975), Property Rights in Radiation: An Alternative Approach to Radio Frequency Allocation, in *Journal of Law and Economics*, 18, pp. 221–72.

- Niskanen, W. A. (1994), *Bureaucracy and Public Economics*, Fairfax and Cheltenham: The Locke Institute and Edward Elgar.
- North, D. C. (1981), *Structure and Change in Economic History*, New York: Norton.
- North, D. C. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ostry, S. (1990), *Government and Corporations in a Shrinking World: Trade and Innovation Policies in United States, Europe and Japan*, New York: Council on Foreign Relations.
- Pearce, D. W. and R. K. Turner (1990), *Economics of Natural Resources and the Environment*, Hemel Hampstead: Harvester Wheatsheaf.
- Pejovich, S. (1990), *Economics of Property Rights*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Pejovich, S. (1995), *Economic Analysis of Institutions and Systems*, Leiden: Martinus Nijhoff.
- Pigou, A. (1920), *The Economics of Welfare*, London: Macmillan.
- Schmid, A. A. (1987), *Property, Power and Public Choice*, 2nd edition, New York: Praeger.
- Šević, Ž. (1996), *The Political Economy, Economics and Art of Negotiation and Reconciliation: The Production of Law and Legal Order in a Polycentric Federation of a Yugoslav Type*, a paper presented at the 9th Maastricht Workshop in Law and Economics“, University of Limburg, Maastricht, 2–4 April.
- Šević, Ž. (1997), Non-Tax Revenue Sources, in J. Nemec and G. Wright, eds. (1997), *Public Finance*, Bratislava: NISPacee, pp. 250–94.
- Šević, Ž. (2000), Law and Economics (econ), in J. Michie, ed. (1999), *Reader's Guide to Social Sciences*, London: Fitzroy Dearborn, forthcoming.
- Stroup, R. and J. Baden (1973), Externality, Property Rights and the Management of our National Forests, *Journal of Law and Economics*, 16, pp. 303–12.
- Tietenberg, T. (1994), *Environmental Economics and Policy*, New York: Harper Collins.
- Toriguiau, S. (1972), *Legal Aspects of Oil Concessions in the Middle East*, Beirut: Hanaskain Press.
- Veljanovski, C. (1987), *Selling the State Privatisation in Britain*, London: Weidenfeld and Nicolson.

Željko Šević*

PROPERTY RIGHT, THE MARKET SYSTEM AND THE RULE OF LAW IN THE PROTECTION OF THE HUMAN ENVIRONMENT

Summary

Even though every human activity has some sort of effect on the environment, it was not until the XX century that rules were introduced to protect the environment because only then was it possible to technically quantify the human influence on his environment, and the awareness had developed regarding the significance of preserving the environment. In present-day legal systems, the environment is protected by means of different concepts and legal instruments, and one of them is the concept of property rights, based on the instruments of protection provided by civil law. The choice of a particular concept in a society depends on its economic structure. The concept of regulations and permits suits the social and market economy of Western Europe, the property concept fits the United States' consumer orientated economy, and the concept of state control and enactments suits the administratively controlled economy of Japan. From the economic aspect, the property concept implies the autonomous care of the holders of property rights for the protection of the environment, which is achieved by state intervention, the aim of which is the increased value of the environment for the proprietor. According to the legal approach to ownership, this is appropriation, with limitations. According to the economic approach, ownership implies the possibility of using resources. From this point of view, both state and private, and communal and general (open) ownership have the same importance. Private ownership leads to the market regulation of environmental protection issues. In that way, it is possible to determine the socially optimal level of pollution. The pre-condition for this is a developed rule of law, and the effective and swift protection of property. As opposed to ownership and the market, regulations, more often than not, lead to ineffectiveness. The concept of ownership is possible to apply even at the international level, because it has already produced results.

Key words: *Property rights. – Market. – Rule of Law. – Environment.*

* Dr Željko Šević, Principal Lecturer in Accounting and Finance, Head of the Accounting and Finance Subject Group, The Business School, University of Greenwich, London, England, UK.

Željko Šević*

DROIT DE PROPRIETE, ORDRE MARCHAND ET REGNE DU DROIT DANS LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

Résumé

Les premiers règlements sur la protection de l'environnement n'apparaissent qu'au XXème siècle. Dans les systèmes juridiques actuels l'environnement est protégé par différents concepts et moyens juridiques. Du point de vue économique, le concept de propriété sous-entend une protection autonome de l'environnement par le titulaire des droits de propriété. La propriété privée conduit à une régulation marchande du problème de la protection de l'environnement. Cela permet de déterminer le niveau socialement optimale de la pollution. Une condition préliminaire à cela est le règne du droit développé et une protection de la propriété efficace et rapide. Contrairement à la propriété et au marché, la réglementation conduit le plus souvent à l'inefficacité. Le concept de propriété est applicable aussi bien sur le plan international, étant donné qu'il y a déjà donné des résultats.

Mots-clés: *Droit de propriété. – Marché. – Règne du droit. – Environnement.*

Željko Šević**

EIGENTUMSRECHT, MARKTORDNUNG UND RECHTSHERRSCHAFT BEIM UMWELTSCHUTZ

Zusammenfassung

Vorschriften über Umweltschutz erscheinen erst im 20. Jahrhundert. In modernen Rechtsordnungen wird die Umwelt mittels verschiedener Konzepte und Rechtsmittel geschützt. Vom Gesichtspunkt der Wirtschaft bedeutet das Eigentumskonzept den autonomen Schutz der Umwelt seitens des Trägers der Eigentumsrechte. Das Privateigentum führt zur Marktregelung der Umweltschutzfragen. Auf diese Weise kann ein gesellschaftlich optimales Niveau der Verschmutzung bestimmt werden. Die Voraussetzung in diesem Sinne wäre eine entwickelte Herrschafts des Rechts und ein effizienter und schneller

* Dr Željko Šević, enseignant principal en la matière de comptabilité et des finances à l'Ecole des affaires de l'Université de Greenwich (Londres).

** Dr. Željko Šević, Dozent für Fachbereich Rechnungsführung und Finanzen, Leiter der Abteilung für Rechnungsführung und Finanzen der Wirtschaftsschule der Universität in Greenwich (London).

llwirkender Eigentumsschutz. Im Gegensatz zum Eigentum und Markt führt die Regelung am häufigsten zu einer Uneffizienz. Das Eigentumskonzept kann auch auf der völkerrechtlichen Ebene angewandt werden, da er in diesem Bereich schon bedeutende Ergebnisse gezeigt hatte.

Schlüsselbegriffe: *Eigentumsrecht. – Markt. – Rechtsherrschaft. – Umwelt.*

Др Стеван Ђорђевић*

ПОДЕЛА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И РАЗГРАНИЧЕЊЕ ОД СРОДНИХ НАУЧНИХ ДИСЦИПЛИНА

У раду се даје ближе одређење и разликовање Међународног (јавног) права у односу на друге научне дисциплине, као што су, пре свега: Међународно приватно право, Међународни односи, Међународна политика и др. Међународно приватно право, то аутору, због својих посебних обележја, истиовремено се разликује од приватног (грађанског) права или и од међународног јавног права. Пажња је посвећена и неким обележјима европског комунишарног права, и даје су појединачно напомене у вези са његовим међународним правом.

Кључне речи: *Подела међународног права. – Међународно јавно право. – Међународно приватно право. – Међународни односи. – Грађанско међународно право.*

1. МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО И МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Код писаца ранијег периода, у времену када међународни промет робе и људи није био тако развијен, ова подела сводила се на то да се међународно приватно право бавило сукобом закона разних држава поводом регулисања односа појединаца, а да се међународно јавно право искључиво бавило односом између држава. На основу овог полазног становишта, међународно приватно право везивало се за систем приватног (грађанског) права, а међународно јавно право за државно (јавно) право. Са преовлађивањем и укључивањем јавноправних елемената у приватно право,

* Др Стеван Ђорђевић, редовни професор Универзитета.

овај став се напушта и међународно приватно право се издваја из приватног (грађанског) права као посебна правна дисциплина, али због везаности са међународним јавним правом (субјекти, извори и др.) постаје део општег међународног права. Међународно приватно право (МПП), због својих посебних обележја, истовремено се разликује и од приватног (грађанског) права али и од међународног јавног права. Иако многи писци желе систематски да повежу међународно јавно право и међународно приватно право, иако се у многим земљама као предмети наставе предају заједно, знатно преовлађује мишљење да су то две одвојене и различите гране права, две правне дисциплине које везује само исти атрибут: „међународно“.¹

По проф. М. Бартошу, историјски гледано, у доктрини су се издвојила три гледишта у вези са односом међународног јавног права и међународног приватног права. Прво, да је МПП део унутрашњег грађанског права; друго, да је оно део општег међународног права; и треће, да МПП представља самосталну границу унутрашњег права сваког унутрашњег правног поретка и државе, али да се не може уклопити ни у грађанско ни у међународно право, мада је с њима у најближој вези. Ово треће гледиште има највише подршке у међународној правној доктрини, а владајуће је и у Југославији.

Прво гледиште полази од тога да МПП уређује грађанскоправне односе са елементом иностраности, па се ту искључује подела на јавно и приватно. Друго гледиште истиче да и међународно јавно право и међународно приватно право уређују односе између држава а не између појединача, да су ти односи сасвим различити, па отуд и потреба да се опште међународно право дели на две велике научне гране. Ово гледиште све више губи присталице, без обзира на заједничко порекло назива. Тиме се не пориче међународно обележје МПП. Треће гледиште само се донекле разликује од првог, с обзиром да истиче самостални карактер дисциплине МПП, одвојене и од приватног (грађанског) права и од међународног јавног права.² МПП је део унутрашњег права, оно представља

1 С. Ђорђевић, „Настава међународног права у нас“, *Анали Правног факултета у Београду* (даље: *Анали*), 1/1969, стр. 91. У неким земљама МПП се предаје као самостална дисциплина; у неким се ограничава на „сукоб закона“ и „сукоб јурисдикција“; негде се настоји на узајамној вези МПП и грађанског права. Под међународним правом подразумева се у ствари само оно што садржи међународно јавно право. Негде су катедре за ове две дисциплине заједничке.

2 М. Бартош, *Међународно јавно право*, књига I, Београд 1954, стр. 30, 31. Ранији југословенски писци, нпр. Ж. Перић, сматрају да је МПП саставни део унутрашњег, националног права (Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Yougoslavie, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye (у даљем тексту: *RCADI*), 1929, 28, pp. 303–308). Слично гледиште имао је и В. Eisner, *Medunarodno privatno pravo*, I, Zagreb 1951. Б. Благојевић заступа гледиште да је МПП

самосталну грану унутрашњег права и не може се уклопити у заједничку правну целину ни са грађанским ни са међународним јавним правом. По овом мишљењу, искључује се подела међународног права на међународно јавно право и међународно приватно право.³ Сви писци истичу да су то односи између држава поводом приватноправних односа са елементом иностраности, било да је реч о сукобу закона или о сукобу јурисдикције. Зависно од тога шта све улази у МПП, могуће је мање или више истицати у којој мери се начела међународног јавног права протежу и на МПП, као и која су заједничка обележја за ове две одвојене и самосталне правне дисциплине (правни извори, субјекти, правне ситуације са међународним обележјем, сједињавање јавноправних и приватноправних чинилаца и др.). То и оправдава њихов заједнички назив „међународно“.⁴

Истицање заједничких обележја чешће је код писаца који се баве међународним јавним правом него код оних који су више заокупљени садржином приватноправних односа које уређује МПП. Проф. М. Бартош усваја гледиште о вишем и основном јединству ове две гране међународног права, и том гледишту се и ми придржујемо, не доводећи у питање самостални карактер дисциплине МПП.⁵

Други југословенски писци, са много појединости и темељном научном аргументацијом објашњавају предмет и садржину МПП, као самосталне правне дисциплине унутрашњег права, знатно проширујући области и односе којима се она бави и које уређује. У њиховим делима је на врло упечатљив начин исказано мноштво

самостална правна дисциплина која није саставни део ни грађанског ни међународног права (*Међународно приватно право*, Београд 1950, стр. 28); за J. Andrassy-а то су две битно различите гране права. Књига проф. J. Andrassy-а носи назив *Међународно право* а обухвата ону материју која се данас односи на научну дисциплину „Међународно јавно право“ (*Medunarodno pravo*, Zagreb 1984, стр. 1.); Исто: V. Ibler, *Rječnik medunarodnog javnog prava*, Zagreb 1972, стр. 159.

3 М. Јездић, *Међународно приватно право*, Београд 1961, стр. 3–4. У дефиницији МПП, као права одређене државе, укључује последицу у националном и у међународном обиму, као и постојање више грађанскоправних страних елемената (субјект, објект права и обавезе).

4 Н. Катичић врло подробно анализира однос МПП и међународног јавног права у чланку: „О трима основама подјеле за одређење појма међународног приватног права“, *Анали*, 1–2/1972. Исти писац: „О предмету и границама МПП“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1–2/1959, стр. 38–45. Видети и: С. Стојковић, „Разматрања о међународним елементима у међународном приватном праву“, *Југословенска ревија за међународно право* (даље: *JPMП*), 3/1959, стр. 334–362; М. Јездић, „Принципи Повеље УН и међународно приватно право“, *JPMП*, 3/1958, стр. 466–483.

5 М. Бартош, *op. cit.*, стр. 33; Б. Јанковић, *Међународно јавно право*, Београд 1981, стр. 8, 9; С. Аврамов, *Међународно јавно право*, Београд 1980, стр. 30, 31.

правних односа, као и њихова различитост. Поред већ поменутих, у односе који се регулишу међународном приватним правом уброжани су: међународне трговинске арбитраже, приватна права странаца, опште установе међународног приватног права, историјски развој међународног приватног права, унутрашњи сукоби закона унутар Југославије и друга гранична питања.⁶

Југословенски писци средње генерације управљају тежиште истраживања на карактер међународно јавноправних односа и међународно приватноправних односа који су предмет регулисања међународног јавног права. Њихова заједничка одлика састоји се у томе да је реч о односима изван оквира државних граница. Шире образложење употребе назива „међународно приватно право“ дато је описивањем историјског развоја настанка тог назива. Тако се предлаже више од двадесетак назива. Међутим, „међународно приватно право“ представља класичан назив и сваки покушај налачења одговарајуће замене остаје безуспешан. По њима, то право је „међународно“ зато што регулише односе из оквира једне државе; дакле, реч је о односима са страним елементом. То су пре свега односи грађанског, привредног, породичног и радног права. У завршним напоменама упућују се озбиљне замерке називу „међународно приватно право“. Али, без обзира на ту околност, овај назив, по њима, стекавши право грађанства, испуњава циљ.⁷

У страној литератури, много раније а и сада, понављају се тврђење о којима је већ било речи. За разлику од међународног јавног права коме је намењено уређење односа између субјектата међународног права, МПП уређује приватноправне односе са страним елементом. При томе постоје знатне разлике у обиму ове правне дисциплине (пре свега у вези са сукобом закона, али и сукобом јурисдикције, као и са обимом питања која су везана за ова два основна проблема; затим, међународне арбитраже, клириншки споразуми и плаћања и др.).⁸

6 Т. Варади, *Међународно приватно право*, Нови Сад 1990, стр. 33–38; М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд 2000, стр. 9–17.

7 М. Живковић, З. Радивојевић, „О називима ‘међународно право’, ‘међународно јавно право’ и ‘међународно приватно право’“, *JPM*, 1/1990, стр. 95, 96, 103–104. Писци наводе да се у латиноамеричкој доктрини међународног приватног права употребљава назив „екстранационални правни односи, односно екстранационални односи“, са циљем да се „израз екстранационалан употребљава да означи повезаност са приватним правом, да би се разликовао од међународних односа својствених међународном јавном праву, посебно односа између државе и других међународноправних субјектата“.

8 P. Ziccardi, „Les caractères de l'ordre juridique international“, *RCADI*, 1958, 95, p. 395; *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, Paris 1960, p. 236; V. Koutikov, Contribution à l'étude des rapports entre le droit international public et le droit international privé. *Mélanges offerts à J. Andrassy*, La Haye 1968, pp. 145, 146.

Исти општи став о односу међународног јавног права и међународног приватног права имамо и у најновијој страној литератури, укључујући и руску.⁹ Наводи се да је назив „међународно приватно право“ уведен први пут у Француској крајем прве половине XIX века. У средишту међународног приватног права, механизmom o правилима u „сукобу закона“ одређује се којем ће се од више националних правних система прибечи при регулисању једног конкретног случаја. С правом се примећује да се конвенцијама између држава, тј. међудржавним уговорима, „међународно јавно право убацује у намењену (резервисану) област међународног приватног права“. Такође се наводи да појединци (физичка и правна лица) све чешће ступају у важне односе са страним државама. То се чини уговорима или другим путем – тежи се приближавању режиму јавног права, тј. из тих разлога долази до укрштања ове две дисциплине.¹⁰

Ова општа становишта потврђена су и у међународној судској пракси. Стални суд међународне правде у случају „Српски зајмови у Француској“ такође је изрекао да „правила међународног приватног права чине део унутрашњег права“. Изузетак је тек онда када су она „установљена међународним конвенцијама или обичајима“. У том случају она заиста имају карактер међународног јавног права којим се регулишу односи између држава.¹¹ Најзад, напоменућемо и то да се на чувеној Хашкој академији за међународно право одржавају одвојени општи и посебни курсеви из Међународног јавног права и Међународног приватног права, почев од 1923. године до сада (са прекидом за време Другог светског рата).

Опште међународно право не састоји се више само из међународног јавног права и међународног приватног права, у класичном смислу раније поделе. Сада настају посебне гране права које добијају техничку и другу самосталност, али су све пројекте основним начелима и правилима општег међународног права. Заједничка обележја ове две дисциплине су следећа: правила међуна-

9 N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 5^e édition, Paris 1994, pp. 35–36; Международное право, Москва 1995, редакторы: Ю. М. Колосов – В. И. Кузнецов, стр. 13.

10 N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, pp. 34–36. Писци наводе да у доктрини појединачни аутори ову поделу обележавају као научно вештачку. У том смислу помињу француског писца G. Scelle-a по коме је међународно друштво једно (une) а међународно право такође једно (un). Свако искључење појединача из једног или другог, може бити само својевољно. Поменути француски писац G. Scelle, по њима, само прихватава подделу на МПП и међународно јавно право, под условом да се оба сместе у оквир јединственог међународног права.

11 Cour permanente de justice internationale, Série A, № 20–21, pp. 41–42.

родног јавног права примењују и унутрашњи органи поред међународних; постоје заједнички правни извори, те се ове две дисциплине допуњују; међународни уговори истовремено садрже и међународнојавне и међународноприватне одредбе итд. Ипак остаје да свака држава обезбеђује правно уређење приватноправних односа са страним елементом. Значи, свака држава има сопствено међународно приватно право. То није случај са међународним јавним правом, које на јединствен начин уређује односе међу својим субјектима. Мада се и норме МПП образују међународним путем (уговорима и обичајима), без обзира како се долази до њих, одредбе МПП улазе у национално право сваке државе посебно.

2. ОПШТЕ (УНИВЕРЗАЛНО) И ПОСЕБНО (ПАРТИКУЛАРНО, РЕГИОНАЛНО) ПРАВО

Опште међународно право садржи општа понашања свих субјеката међународног права. Посебно (партикуларно, односно регионално) право јавља се унутар одређеног круга држава или ограниченог географског подручја и важи за известан број држава које су чвршће географски повезане.¹² Основ за разликовање налазимо у томе да ли нека правила важе међу субјектима целе међународне заједнице или за одређени ужи круг држава или одређену област. Поделу је наметнуло развој међународне заједнице и посебни услови извесних географских подручја. Технолошки напредак и снажан развој данас смањују географске раздаљине, али се ипак нека међународноправна правила често означују као правила европског, англосаксонског, америчког, социјалистичког права, итд.¹³

О односу општег и посебног права може се рећи, у начелу, да правила првог увек важе када друкчије није одређено овим другим, било да су у питању уговорне или обичајне норме. Многа правила међународног права постала су обичајног карактера, будући да је мали број међународних уговора који би везивали све или скоро све државе, односно субјекте међународног права.¹⁴

12 *Dictionnaire...*, pp. 236, 239. – Нарочито у овом смислу развило се тзв. интерамеричко право регионалног карактера (на континенту Северне и Јужне Америке). Посебан положај овог подручја у међународним односима, те утицај САД на земље Латинске Америке за последњих 160 година, дали су одређени печат установама међународног права. Данас бележимо посебности и у праву европских заједница, и у новом афричком праву и др.

13 J. Andrassy, *op. cit.*, стр. 7. – У ранијим системима међународног права, код писаца наилазимо на опште међународно право које уређује односе међу цивилизованим народима. За односе према „нецивилизованим“ народима, односно колонијама, важило је право које је метропола одредила, мада су цивилизације неких колонија и других зависних земаља биле на високом ступњу развоја. Данас, у оквиру УН, тај приступ је отпао.

14 P. Reuter, „Principes de droit international“, *RCADI*, 1961, 103, p. 432.

Издвојићемо два склопа питања односа према општем међународном праву. Први се тиче расправе коју су покренули правни теоретичари из социјалистичких земаља, посебно совјетски, о постојању тзв. социјалистичког међународног права. Ова расправа сада има знатно смањен теоријски значај, у неким видовима историјски, с обзиром на промене које су се десиле последњих деценија XX века у СССР-у и у другим социјалистичким земљама.¹⁵

Данас је много важније теоријско рашчлањивање новог, постојећег, европског комунитарног права које добија суштински теоријски значај као посебно партикуларно односно регионално право, тј. право Европске уније.¹⁶

а) Идеја о социјалистичком међународном праву поникла је још у првим годинама након Октобарске револуције 1917. године. После извесне подршке овом и сличним ставовима, совјетски писци су напуштали тај искључиви став и залагали се за опште међународно право, не губећи из вида, како је истицано, начела социјалистичког међународног права.¹⁷ У ствари, појава већег броја социјалистичких земаља, али да оно у то време не постоји, већ да у општем међународном праву има социјалистичких елемената;

15 М. Бартеш, *op. cit.*, стр. 33, 34; J. Andrassy, *op. cit.*, стр. 7 (могућност стварања партикуларног права); Б. Јанковић, „Поглед на савремену југословенску међународну доктрину“, *Преглед*, Сарајево, 1/1995. стр. 11 (потреба за стварањем социјалистичког међународног права, али да оно у то време не постоји, већ да у општем међународном праву има социјалистичких елемената); С. Аврамов, „Социјалистичке земље и међународно право“, *Анали*, 1–3/1972, стр. 10. Писац ставља обавезу нужног преиспитивања важности класичног међународног права, с једне стране, и поставља питање да ли систем социјалистичког међународног права у то време реално постоји у односима између социјалистичких земаља, с друге стране.

16 G. Sperduti, „Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne“, *RCADI*, 1976, V, 153, pp. 351–368. Писац наводи три групе норми комунитарног права. По њему, комунитарно право европских заједница није међународно право, без обзира на оквир стварања путем међународног уговора као извора међународног права. Ближе видети текст: С. Ђорђевић, „Однос унутрашњег и међународног права“, *Анали*, 4–6/1997, напомене 24 и 25, стр. 368, 369.

17 Совјетски теоретичар Е. Коровин, говорећи својевремено о државама подељеним у два табора, констатује да је реч о ограниченој контакту између држава које припадају табору капитализма и оних из табора социјализма и о заснивању циљева ових двеју страна на „свом праву и својим принципима“. Појава СССР-а на међународном плану, за овог писца представља „почетак нове ере за међународно право“. Исти писац, много касније, пише да „у односима између држава које припадају светском систему социјализма, појављује се нови тип међународних односа... социјалистички, и њему одговарајући нови правни облици“. Ови односи, засновани су, по њему, на пролетерском интернационализму (Е. А. Коровин, *Международное право переходного времени*, Москва 1924, стр. 10; J.-Y. Calvez, „Droit international et souveraineté en U. R. S. S.“, Paris 1953, pp. 98 и даље; Е. А. Коровин, „Некоторые основные вопросы современной теории международного права“, *Советское государство и право*, 6/1954; *Курс международного права*, том I, Москва 1967, стр. 99 и даље). Подршку постојању посебног социјалистичког међународног права пружио је и совјетски писац Е. Пашуканис, а пред Други светски рат (1939) А. Вишински напушта овај став залажући се у новим условима за опште међународно право (видети генезу у еволуцији ставова совјетских писаца код: J.-Y. Calvez, *op. cit.*, pp. 98 и даље). По совјетском писцу С. Крилову, концепција

јалистичких земаља после Другог светског рата била је предуслов за стварање новог регионалног, социјалистичког права пошто су биле одбачене неке институције буржоаског права. Совјетски писци нису истрајавали на постојању социјалистичког међународног права већ су тврдили да га нема али би се оно могло изградити у односима међу социјалистичким државама.¹⁸

По Г. Тункину, совјетском писцу кога највише наводимо, опште међународно право садржи норме којима се уређују односи између свих држава, независно од њихових друштвених система. У узајамним односима између социјалистичких држава важила би посебна нова начела: социјалистички интернационализам, братска узајамна помоћ, социјалистички хуманизам, једнака права свих социјалистичких земаља на учешће у привредном и културном животу социјалистичке заједнице и др. Основна начела, једнако као и друге правне норме које дејствују у узајамним односима социјалистичких држава, нису у противречности са основним начелима општег (универзалног) међународног права.¹⁹ И у радовима других совјетских писаца истицано је да социјалистичко међународно право „не противречи општем међународном праву, напротив, утиче на његов прогресивни развој“. Неки општији закључци раније совјетске теорије, они из шездесетих и седамдесетих година XX века, указивали су на класну природу међународног права. Оно се мења и мењало се изменом класне природе правних поредака држава које га стварају. По том гледишту, постоје два потпuno одвојена друштвено-економска система држава, капиталистички и социјалистички, за која важи опште савремено међународно право, а за групу земаља социјалистичког система примењује се социјалистичко међународно право. При томе је понекад превише позивања на највише партијске руководиоце СССР-а. Неки од ових ставова

једног светског права представља реакционарну утопију у својој суштини, која следи један одређен циљ, наиме, гарантовање светске надмоћи (супрематије) одређених капиталистичких држава (S. E. Krylov, „Les notions principales du droit des gens – La doctrine soviétique du droit international“, *RCADI*, 1947, 70, pp. 433–435).

18 Курс међународног права, том I, Москва 1967, стр. 24 и даље. Совјетска теорија усредсредила је пажњу на карактер односа у тзв. социјалистичкој заједници, тј. на питање да ли су ти односи уређени начелима и правилима општег међународног права, или пак посебним системом социјалистичког међународног права? Основна начела међународног права, по писцима овог заједничког вишетомног уџбеника, јављају се као општа у том смислу уколико обавезују све државе. Постоје и таква основна начела која дејствују у оквиру држава одређених система. Она имају обавезну снагу само за те државе, али нису противречна општим (универзалним) основним начелима.

19 G. I. Tunkin, *Droit international public, problèmes théoriques*, Paris 1965; Исти писац: „Новий тип международных отношений и международное право“ *Советское государство и право*, 1/1959. Социјалистичка начела и норме јављају се у односу на опште међународно право као посебно право; не противрече начелима и нормама општег међународног права него их замењују у односима између држава светског система социјализма.

били су већ напуштени осамдесетих година XX века.²⁰ У најновијем руском уџбенику којим располажемо, и даље се задржавају основне поставке о узајамном утицају и дејству међународних норми, с једне стране, и социјалне основе на којој се оне граде, с друге стране. Та објективна основа покретач је образовања норми. По писцу тог уџбеника, „међународно право, одржавајући резултате узајамних дејстава различитих основа, не сведочи о постојању међународне основе, без обзира на то, што споља, оно, изгледа као да потврђује постојање општих норми за различита друштва“.²¹

У југословенској доктрини после Другог светског рата, више писаца се у својим радовима освртало на питање да ли постоји посебно социјалистичко међународно право, и заступало гледиште да „реални односи између социјалистичких држава не дају још гаранцију да они чине базу за стварање таквог новог социјалистичког међународног права“, или се пак настојало на томе да је „опште међународно право обавезно и за социјалистичке државе у њиховим међусобним односима“, без обзира на критике и замерке совјетских писаца у том периоду на ову начелну поставку.²² Има и других критика у нашој и страној литератури у вези са постојањем социјалистичког међународног права (извесна начела социјалистичког међународног права у ствари су начела општег међународног права; ставови у совјетској доктрини мењали су се зависно од политичког тренутка; указује се на слабости у правној аргументацији и често коришћење политичких објашњавања и образложења).²³ Посебно је озбиљна замерка да се цела концепција социјалистичког међународног права заснива на политички пруживелој основи о подели света на два антагонистичка табора, будући да су

20 Минасян, Х.М., *Сущност савременог международног права*, Ростов на Дону, 1962, стр. 3–72; В. И. Шуршалов, *Международное правоотношения*, стр. 31–40; М. И. Лукашук, *Отношения мирного сосуществования и международное право*, Киев, 1974, стр. 33 и даље; *Курс международного права*, отв. редактор Ф. И. Кожевников, Москва 1972, стр. 17–18; *Международное право*, отв. редактор: Г. И. Тункин, Москва 1974, стр. 45, 86 и даље. – У неким од ових радова истиче се да је пролетерски интернационализам од општег морално-политичког начела међународног радничког покрета прерастао у начело социјалистичког међународног права.

21 С. В. Черниченко, *Теория международного права*, том I, Москва 1999, стр. 15, 17, 19 и 20. За писца, међународно право није статичка већ динамичка појава. Оно је функционалан „покретачки“ систем, инструмент у рукама државе, оружје њене спољне политике. Свака држава, примењујући међународноправне норме, у суштини опслужује своју основу. Међународно право, као дејствујући систем, не иступа у улоги елемента „опште“ надградње над „међународном“ основом, већ у улоги елемената надградње над „унутрашњим“ основама.

22 М. Шаховић, *Путеви савременог развоја међународног права*, Београд 1969, стр. 22–24.

23 Е. Mc Whinney: Le 'nouveau' droit international et la 'nouvelle' communauté mondiale". *Revue générale de Droit International public*, 2/1968, pp. 323 и даље; С. Ђорђевић, Р. Л. Бобров, *Современное международное право*, Москва 1962, *JPMП*, 1/1965, стр. 112–116.

проблеми савременог света универзални.²⁴ И раније и сада, ми се залажемо и бранимо становиште да постоји јединствено, опште међународно право, које се примењује између свих држава, без обзира на њихов друштвено-политички систем, као и између осталих субјеката међународног права. Овим се не жели порицати могућност да се између било којих држава, па и социјалистичких, могу примењивати и друга начела и правила којима се проширује и употребљава међународни правни поредак, не доводећи у питање примену императивних норми (*ius cogens*) општег међународног права.

б) Данас је несумњиво много важнија расправа о стварању тзв. европског комунитарног права, те његов посебан статус према општем међународном праву, с једне стране, и националним законодавствима држава Европске уније, с друге стране. Пракса држава европских заједница и литература врло су богате, те ћемо се задржати само на назнакама овог питања, пошто сам проблем усаглашавања (хармонизације) права држава Европске уније захтева посебне студије. Овим проблемом све више је заокупљена и наша југословенска правна доктрина, посебно усаглашавањем југословенског законодавства с правом Европске уније.²⁵ У даљем излагању ослонићемо се углавном на наше југословенске ауторе.

аа) Идеје о европском једињењу имају корене још у средњем веку, а за њихово остварење створени су услови тек после Првог, а посебно после Другог светског рата.

Потписивањем уговора о оснивању Европске заједнице за угљ и челик, а потом Европске економске заједнице и Европске заједнице за атомску енергију, 1957. године, постављени су темељи стварању регионалне економске, а потом политичке организације општег карактера. Постоји непрекидно настојање да се њихово чланство прошири, што се с временом и остварује.

Потписивањем Уговора о Европској унији у Маастрихту 1992. године, ове идеје добиле су најизраженији облик, мада су и даље три поменуте организације остале посебни субјекти међународног права. То својство, међутим, нема Европска унија као таква. Елементи националности свуда су присутни, али европске државе, чланице ових европских заједница, нису се лишиле атрибута држав-

24 С. Аврамов, *op. cit.*, стр. 21. Анализирајући односе између социјалистичких држава, писац долази до закључка да је напредак науке и технике судбински повезао хетерогену (разнородну) међународну заједницу и да је оквир блока или лагера преузак за решење проблема данашњег света. Отуд замерка концепту социјалистичког међународног права.

25 Видети ближе: Д. Лопандић – М. Јањевић, *Уговор о Европској унији од Рима до Маастрихта*, Београд 1995; Р. Д. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд 1995, 1996; Б. Ракић, *Хармонизација југословенског права с правом Европске уније*, Београд 1997 (посебно предговор Р. Стојановића, стр. 7–11).

ности. Три европске заједнице и даље закључују међународне уговоре са трећим државама и осталим међународним организацијама, док Европска унија, као „специфични међународни ентитет“, то не може, то јест, њој недостаје тзв. уговорна способност. Национално право држава чланица европских заједница потчињено је одредбама комунитарног права које се ствара између држава Европске уније. У правцу прерастања у посебан правни систем делује Суд правде европских економских заједница, односно Европске уније у вези са обликовањем правног система Европске уније у поступку оцене законитости комунитарних аката.²⁶ И даље, овај „концепт новог правног поретка“, ослобођен одреднице „међународног“ права, „послужиће само годину дана потом као основа на којој ће Суд формулисати још један концепт, концепт надређености комунитарног права“.²⁷

У нашој литератури, добри познаваоци ове материје истичу да је за Суд примена „правила националног права могућа само у оној мери у којој је то неопходно за имплементацију одредаба комунитарног права и у оној мери у којој примена правила националног права не угрожава опсег и ефикасност права Уније²⁸.

Такође, у нашој литератури има расправа о „хибридном“ карактеру права ЕУ. Настало је на основу међународних инструмената и то је његов основ, то су правила права међународних уговора, тј. – међународно право. Сама Европска унија је пак на средокраји између међународне организације, с једне, и сложене државе, с друге стране, а њено право је између међународног и унутрашњег права. Као објашњење даје се да су „одлуке, наравно, најзначајнији елемент разликовања европских заједница од типичних међународних организација“. Даље посебности су у карактеру

26 О историјату стварања нових организација (заједница) и о тзв. три „стуба“ Европске уније видети радове Т. Прекић и Т. Мишћевић као и рад З. Радивојевића о уговорној способности Европске уније, са много појединости, почевши од правног основа до досадашње делатности. Радови су изложени у оквиру Копаоничке школе природног права. Три „стуба“ Европске уније су: први, три европске заједнице; други, сарадња у области спољне и безбедносне политике; и трећи, сарадња у области правосуђа и унутрашњих послова. Истовремено имамо елементе федералистичког приступа и типичне међународне владине организације (*Правни живот*, 12/1998). – О богатој делатности Суда правде европских заједница, односно Европске уније видети радове В. Кнежевић-Предић, такође изложене у оквиру поменуте школе (*Правни живот*, 12/1996; 12/1997; 12/1998).

27 В. Кнежевић-Предић. „Европски суд правде и обликовање правног система Европске уније“, *Правни живот*, 12/1996, стр. 861. На основу истоветних одредаба основних уговора европских заједница, писац закључује да су пресуде Суда „инаугурисале концепт хуманитарног права као јединственог правног система, концепт уговора-устава, концепт новог правног поретка, концепт непосредног деловања и концепт надређености комунитарног права“ (стр. 853).

28 О. Рачић, „О надзору над применом права Европске уније“, *Правни живот*, 12/1996, стр. 843.

правнообавезних одлука; у томе да се оне упућују и физичким и правним лицима на територијама држава чланица; као и у посебној моћи контроле, како у процесу одлучивања тако и у спровођењу усвојених одлука. Не треба при томе изгубити из вида упутства или директиве ове три поменуте организације (заједнице), којих има више десетина хиљада. Оне „представљају секундарни извор комуникативног права“ и показују се као „најпогодније правно средство за хармонизацију националног права“.²⁹

бб) У европској литератури, која је много разноврснија и продубљенија, ове наведене назнаке имају свој основ и потврду, тј. из њих извиру. Тако, у једном тексту из 1993, насталом после образовања Европске уније, када је реч о правним основама европских заједница и Европске уније, пише да су три заједнице створене путем међународних уговора. Европска унија је такође створена међународним уговором. Све заједнице су израз воље држава које делале сагласно правилима међународног права. Писац при том уочава да је посебност основа комуникативног уређења све очигледнија. Та посебност правних основа нема само теоријски карактер кад се узме у обзир сама природа европских заједница. Оне се могу, по спољним обележјима, сврстати у „међународне међувладине организације“, будући да су настале на основу међународног уговора. У стварности, начела ових организација, анализа праксе Европског суда Уније, као и ставови самих држава чланица заједница, говоре да оне нису само то, тј. да се оне, по много чему разликују од међународних владиних организација. Међутим, истовремено се констатује одсуство правне личности (способности) Европске уније.³⁰

Ако је реч о међународном статусу (положају) европских заједница и Европске уније као правним субјектима, за разлику од држава као прве категорије субјекта међународног права, у другу категорију, са одређеним посебностима, спадају међународне владине организације. Ове европске заједнице заузимају посебно мес-

29 О. Рачић, „ЕУ: између међународне организације и сложене државе и међународног и унутрашњег права“, *Правни живот*, 12/1997, стр. 607–622. Писац расправља о пет додатних питања: 1. учесници у процесу преговарања и одлучивања; 2. начин одлучивања; 3. правни карактер одлука; 4. адресати којима су упућене; 5. контрола спроведених одлука; Р. Д. Вукадиновић, „О хоризонталном дејству упутства у комуникативном праву“, *Правни живот*, 12/1997, стр. 623. Писац наводи да се у литератури до тог времена помиње број од 20.000 аката секундарног законодавства. Исти писац, у поменутој књизи о праву Европске уније употребљава формулатије „врло специфичан међународни ентитет“ и „јединствена појава у међународном праву“. Изводи се закључак да код појединачних писаца постоји дилема да ли је у питању „политички монструм“, коме није признат међународни правни субјективитет (напомена 25, стр. 27).

30 Ph. Manin, *Les communautés européennes – L'union européenne – Droit institutionnel*, Paris 1993, pp. 31, 40.

то у међународном правном поретку, с обзиром на њихове надлежности које им додељују државе чланице које их чине. Те посебности се изражавају у њиховој „самосталној“ акцији; уговорном капацитetu; учешћу у међународним организацијама; праву „представљања“; признању; присуству заједнице на међународним сасстанцима; учешћу у мирном решавању међународних спорова итд. И Европска унија такође има одређен статус ван наведеног положаја самих европских заједница.³¹

На основу наведеног, може се закључити оправданост разликовања међусобног односа између међународног, комунитарног и националног права. Ван комунитарног права, европске државе које чине ове заједнице равнају се, као и све остале државе, према општем међународном праву, а њихово комунитарно право је право *sui generis*. Пред нама је период подробног проучавања и разумевања његове правне природе. Задатак нам је знатно олакшан јер у Западној Европи постоји богата литература и пракса о овом питању.

ОСТАЛЕ ПОДЕЛЕ

У доктрини се помињу и друге поделе које немају посебан значај. Њихово навођење раније је било чешће. Једна таква подела јесте подела на *право рата* и *право мира*. Право рата је ранијих векова било основни део међународноправне дисциплине, заступљено у скоро половини сваког уџбеника међународног права. Рат је био дозвољено средство националне политике. Ова класична подела одговарала је степену развоја међународних односа тога времена, а сада је застарела и превазиђена.³² Многи међународноправни акти били су посвећени првенствено уређењу односа који настају из рата (Париска декларација 1856; Женевска конвенција 1864; хашке конвенције од 1899. и 1907. године). Уређење мирнодопских односа с временом добија превагу, тако да су правила ратног права (данас правила оружаних сукоба) само један скуп правила из много ширег система међународног права.

Ова подела је више обухватала систематско приказивање, него што је показивала да постоје два одвојена склопа различитих норми. И у време рата остају важећа многа правила која важе за време мира. Неки писци су покушавали да правила која важе и у

31 Ph. Marin, *op. cit.*, pp. 103–115.

32 У литератури се наводи H. Grotius од ранијих писаца који су вршили ову поделу (по Bluntschli-у „истински идеал правног поретка јесте мир а не рат“); H. Kelsen напушта традиционалну поделу међународног права на право рата и право мира (*Principles of International Law*, New York, 1952); E. Castrén остаје на класичној подели међународног права. Његов закључак је да ова подела остаје и даље (*The Present Law of War and Neutrality*, Helsinki, 1954, p. 28).

добра рата и у доба мира издвоје као заједничка у општи део (увод), а онда да их даље разграничавају по областима. Тачно је да појам „рат“ не стоји у Повељи УН. Правна начела и правила која се тичу оружаних сукоба, као и индивидуалне и колективне самоодбране, укључујући и принудне мере које предузима ОУН према глави VII Повеље УН, уклапају се у опште међународно право. Без обзира на забрану употребе силе и претње силом, рат и правила ратног права не могу се искључити из система међународног права, пошто је у савременим међународним односима избијање оружаних сукоба различитих облика између држава или унутар једне државе, нажалост, стварност. Појам „ратно право“ у доктрини се замењује појмом „право оружаних сукоба“ јер више одговара садашњем степену развоја општег међународног права.

Друга подела је она на *ius cogens* (апсолутно обавезно право, тј. принудне, императивне норме) и *диспозитивно право*. Апсолутно обавезно прво обухвата правила међународног права које странке – субјекти међународног права, не могу између себе изменити. Диспозитивно право је такав скуп норми које субјекти међународног права, изричитим споразумом за одређени правни режим, могу између себе изменити. Чланом 103 Повеље УН забрањује се преузимање међународних обавеза противних одредбама те повеље. Одредбама женевских конвенција од 1948. и допунским протоколима из 1977. уз ове конвенције, забрањује се закључење посебних уговора који би били на штету заштићених лица. Појам „*ius cogens*“ добио је коначну уговорну потврду у Конвенцији о праву уговора из 1969. и Конвенцији о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација из 1986. И ова подела је израз хијерархије норми међународног права а не самог међународног права као правне дисциплине.

О појму и подели на *природно право* и *позитивно право* и њиховом разграничењу говори се у једном мом другом раду.³³

4. ПОСЕБНЕ ГРАНЕ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Савремено међународно право улази у појединости међународне сарадње и свакој грани унутрашњег права одговара посебна грана међународног права. Издавање тих посебних грана наступа ако је потребно општа начела и правила међународног права применити и на извесну техничку материју која пре свега има ускостручни значај. Поделе се врше с обзиром на предмет регулисања.

³³ *Dictionnaire...*, pp. 237, 238; С. Ђорђевић, „Приступ, садржина и област примене међународног права“, *Зборник Правног факултета у Подгорици*, 28/1995, стр. 205, 206.

Ако је реч о настави општег међународног права, његове посебне гране се не предају у оквиру општег курса и не улазе у целини у општи систем међународног права. Један део ових посебних дисциплина изучавају се као делови унутрашњих правних система и правних дисциплина (кривично право, саобраћајно право итд.). Неке од посебних грана заузимају видно место у систему наставе, а добиле су и коначно обликовање (нпр. међународно привредно право). Задржачемо се на неколико напомена о овим посебним гранама међународног права, а неке ћемо само поменути.

а) *Међународно кривично право* је скуп правила која се односе на заштиту општег међународног поретка и кажњавање недопуштених понашања која се могу приписати држави или појединачним. ³⁴ Спроводи се посебан поступак прилагођен стручним појмовима кривичног права и кривичног поступка, те је ова дисциплина уско повезана и са међународним правом али и са кривичним правом и кривичним поступком.

б) *Међународно привредно (економско) право* је правна дисциплина чији је предмет уређење међународних економских односа.³⁵ Овде може бити укључено и *право развоја*, у свом најбитнијем делу.

в) *Међународно саобраћајно право* је правна дисциплина која има за предмет саобраћај као инструмент односа којим се постиже физичко савлађивање растојања у простору. У оквиру ове дисциплине имамо даља разграничења и поделе на: међународно друмско, поморско, речно, железничко, ваздухопловно, поштанско право, право телекомуникација и др.

г) *Међународно уставно право* уређује рад јавних служби држава на међународном плану; функционисање међународних служби, као и положај; дужности и права органа службеника тих организација и служби.

д) *Међународно процесно право* садржи правила о различитим облицима мирног решавања спорова између субјеката међународног права (мирење, арбитраже, суђења и др.).

ђ) *Међународно усавршавајуће право* обухвата правила о устројству међународне заједнице, о њеном праву и члановима, органима и начину њиховог општења. Има писаца који међународном уставном праву дају и други карактер, наиме излажу га као преглед међународноправних одредаба садржаних у уставима појединачних земаља.³⁶

³⁴ *Dictionnaire...*, p. 238.

³⁵ Р. Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд 1986, стр. 3.

³⁶ B. Mirkine – Guetzévitsch, „Tendances internationales des nouvelles constitutions“, *Revue générale de droit international public*, 3–4/1948, pp. 378 и даље; P. de Visscher, Les tendances internationales des Constitutions modernes, *RCADI*, 1952, 80, p. 516.

е) *Међународно униформно право* има посебан значај. Образује се путем међународних конвенција, којима се врши унификација различитих грана у области националног законодавства (медицина и чек; област поморског права; питања МПП и др.).

Поред поменутих грана назначићемо и: међународно медицинско право (санитетско, ветеринарско и др.); међународно новинско (медијско) право; међународно хуманитарно право; међународно атомско право; међународно космичко (васионско) право и др.

5. РАЗГРАНИЧЕЊА У ОДНОСУ НА СРОДНЕ ДИСЦИПЛИНЕ

У циљу потпуног сагледавања предмета и обима дисциплине међународног права, чине се следећа разграничења у односу на сродне дисциплине:

а) *Међународни односи* као научна дисциплина обухвата склоп различитих односа а не само правних: политичких, социолошких, економских, културних, војних, религиозних и др. Међународни односи се делом уређују правилима међународног права, али они истовремено битно утичу на његове норме. Ти односи се узајамно преплићу и утичу једни на друге. Наука о међународним односима појавила се релативно касно у оквиру друштвених и политичких наука као самостална научна дисциплина.³⁷ У себи обухвата низ других дисциплина и на основу општих законитости извлачи уопштена становишта и закључке. Потребно је најшире познавање и рад читавих екипа за претходно истраживање свих чинилаца. Код писаца постоје разлике о ближем одређивању науке о међународним односима. Обухватају се пре свега политички односи између држава, али и односи група и појединача разних

³⁷ V. Ibler, *Medunarodni odnosi*, Zagreb 1971, стр. 1–76. Познати амерички писац Q. Wright износи да је ова наука америчка специјалност. Он сматра да обухвата међународно право, међународне економске односе, дипломатску историју, војну историју, међународну политику, науку о међународним организацијама, међународну трговину, колонијалну управу, вођење спољне политике и др. Поред основних наука додају се и помоћне: ратна наука, дипломатија, међународне комуникације, међународно образовање, међународне теоријске друштвене науке, политичка демографија, политичка географија, технологија и међународна етика (V. Ibler, *op. cit.*, преводи текстова, стр. 180); M. Мерле, „Појам ‘међународних односа’“, *JPMП*, 1–3/1967, стр. 1 и даље. Исти писац: *Sociologie des relations internationales*, Paris 1978. – Ово је дало повода да се у литератури пише са доста истине а и много ироније, чиме треба да располажу стручњаци научне дисциплине „Међународни односи“: „господин који жали што нема најбоље разумевање психологије, економије, дипломатске историје, међународног права, упоредног уставног права, социологије, географије, може бити језика, и доста још других ствари“.

држава, или међународне заједнице и друштва у целини. У претходној совјетској теорији такође су се појављивале разлике кад је реч о предмету ове науке почевши од „међудржавних“ односа, па до ширег обухватања односа између држава и међународних организација и односа међу самим међународним организацијама, укључујући целокупност политичких, економских, идеолошких, правних, дипломатских и других веза у светским размерама.³⁸

У југословенској доктрини више писаца се ангажовало у одређивању предмета и садржине нове дисциплине „Међународни односи“. То су, по њима, „законитости међусобних односа свих фактора који утичу на развој међународних односа“, „законитости развитка међународне заједнице“, „опште законитости кретања међународних односа“, односно „збирни назив за све оне односе између држава, народа, припадника разних држава и народа, између поједињих група које живе у две или више држава итд. који су политички значајни“. То су пре свега „политички односи, тј. они у којима је отворено или прикривено укључена сила у њеним разним садржајима и облицима и могућности њене примене.³⁹ Теоретичари у области политичких наука, дисциплину о међународним односима узимају за једну од оних које сачињавају систем политичких односа.⁴⁰

Наука о међународним односима као општа интердисциплинарна наука проучава целокупност међународне заједнице и међународних односа, укључујући и предмет истраживања више посебних дисциплина као што су: међународно право, међународна политика, дипломатска историја, међународне организације, спољна политика Југославије и др.

б) *Међународна политика* проучава спољнополитичку делатност субјеката међународних односа. У средсређена је на проучавање међународних политичких односа и политичких обележја међународне заједнице и система односа који се у њој одвијају.

³⁸ Курс међународног права, том I, Москва 1967, стр. 12–14; Г. Тункин, „Улога међународног права у међународним односима“ (V. Ibler, *op. cit.*, превод, стр. 455 и даље.

³⁹ Б. Јовановић, „Наука о међународним односима као посебна научна дисциплина“, *JRMП*, 3/1963, стр. 4–5; А. Магарашевић, *Основи међународног права*, I, Нови Сад 1965, стр. 17; Љ. Нинчић, „Методологија проучавања међународних односа“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3–4/1960, стр. 238 и даље; В. Гавранов – М. Стојковић, *Међународни односи и спољна политика Југославије*, Београд 1972, стр. 5, 8; Р. Стојановић – В. Димитријевић, *Основи теорије међународних односа*, Београд 1977, стр. 13; V. Ibler, *Rječnik međunarodnog javnog prava*, Zagreb 1972, стр. 150.

⁴⁰ Ј. Аћимовић, *Наука о међународним односима – теорија и истраживачка практика*, Београд 1987, стр. 14, 15.

в) *Дипломатска историја* као научна дисциплина одређује се као „хисторија догађаја, стремљења, настајања, укратко, укупних збивања и активности, која су се у прошлости одиграла на пољу вајске политике између кабинета. Дакако да су у предмет дипломатске хисторије укључени и резултати те активности...“⁴¹ Посебно место добија проучавање вођења државних послова на пољу спољне политике, као и облик и садржај тих односа; спољно представљање држава; статус лица која обављају овај позив; умешност вођења спољних послова и др.

г) *Међународне организације* су посебна наука, која је, слично међународним односима, образована у новије време. Проучавају се општа обележја међународних организација, како владиних тако и осталих; начела на основу којих делују; разрешавање противречности и поспешавање сарадње између суверених држава и других субјеката међународних односа; делатности које имају светске или регионалне разmere и оквире, тј. делатности на територијама више држава. У посебном делу, предмет истраживања ове научне дисциплине представља рад поједињих организација.⁴²

д) *Спољна политика Југославије* као наука проучава делатност ове државе, њено деловање у односима са другим државама и у оквиру међународне заједнице. То је свеукупна делатност државе на међународном плану. Њени сопствени интереси условљени су низом чинилаца унутрашњег развоја државе.⁴³

На основу изложеног у вези са поделом међународног права на међународно јавно право и међународно приватно право, и на основу учињеног осврта у вези са општим (универзалним) и посебним (партикуларним, регионалним) правом и другим назначеним поделама, остаје нам да констатујемо сопствену намеру да само уочимо постојеће проблеме у доктрини, више из педагошких разлога. Исти је случај и са помињањем посебних грана међународног права и са његовим разграничењем у односу на сродне дисциплине. Свако од ових питања пружа могућност посебног, продубљеног истраживања.

41 V. Ibler, *Diplomatska historija*, Zagreb 1960, стр. 6.

42 О. Рачић – В. Димитријевић, *Међународне организације*, Београд 1980, стр. 17.

43 Б. Кривокапић, *Лексикон међународног права*, Београд 1998. Упућујемо читаоца на кратке и уопштене дефиниције и објашњења поменутих назива и појмова у лексикону (опште међународно право, стр. 312; међународно јавно право, стр. 252; међународно право, стр. 254; међународно приватно право, стр. 255; партикуларно међународно право, стр. 336; комунитарно право, стр. 415; регионално право, стр. 415; за поједине посебне гране међународног права, стр. 252–256; међународни односи, стр. 246–247; дипломатија, стр. 79; међународне организације, стр. 241–252).

Stevan Đorđević*

THE DIVISIONS OF INTERNATIONAL LAW AND ITS DISTINCTION FROM KINDRED SCIENTIFIC DISCIPLINES

Summary

The author explains the distinction between international public law, on the one hand, and international private law, on the other, pointing out the diversity of the legal relations governing the latter. As opposed to international public law, whereby relations are arranged between subjects of international law, IPL regulates private legal relations with a foreign element. In this context, there are significant differences in doctrine regarding its scope (conflict of law; conflict of jurisdiction; the position of foreigners and foreign legal entities, clearing agreements and payments; international arbitration, and so on).

The author gives a survey of general and special international law with a review of so-called socialist international law and current European community law. He states that nowadays, international law focusses more and more on the details of international cooperation among states and other subjects of international law and international relations, and that for each branch of national law there is a corresponding branch of international law.

He also points to the distinctions between this domain and other, kindred scientific disciplines, such as: international relations, international policy, the history of diplomacy, international organisations, the foreign policy of Yugoslavia, and so on.

Key words: *The division of international law. – International public law. – International private law. – International relations. – The branches of international law.*

Stevan Đorđević**

DIVISION DU DROIT INTERNATIONAL ET DISTINCTION ENTRE DES DISCIPLINES SCIENTIFIQUES PROCHES

Résumé

L'auteur expose en quoi diffèrent le Droit international public d'une part et le Droit international privé d'autre part, en soulignant pour ce dernier

* Stevan Đorđević, Ph. D., Full Professor of the University.

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

la diversité des relations juridiques qu'il règle. A la différence du Droit international public qui règle les rapports entre les sujets du Droit international, le Droit international privé règle les rapports juridiques privés comportant un élément étranger. Toutefois, la doctrine marque les différences importantes quant à son étendue (conflit de lois; conflit de juridictions; situation des étrangers et des personnes morales étrangères; accords et payements compensatoires; arbitrages internationaux et autres).

L'auteur donne une présentation du Droit international général et spécial avec un bref rappel du droit appelé Droit international socialiste et du Droit communautaire européen actuel. Il constate que le Droit international moderne rentre de plus en plus dans les détails de la collaboration internationale des Etats et des autres sujets du Droit international et des relations internationales, et qu'à chaque branche du droit national correspond une branche particulière du Droit international.

L'auteur attire également l'attention sur la distinction entre des disciplines scientifiques proches telles que : Relations internationales, Politique internationale, Histoire diplomatique, Organisations internationales, Politique extérieure de la Yougoslavie et autre.

Mots-clés: *Mots clés : Division du Droit international. – Droit international public. – Droit international privé. – Relations internationales. – Branches du Droit international.*

Stevan Đorđević*

DIE EINTEILUNG DES VÖLKERRECHTS UND SEINE ABGRENZUNG VON VERWANDTEN WISSENSCHAFTSZWEIGEN

Zusammenfassung

Der Autor erläutert die Unterscheidung zwischen Völkerrecht einerseits und internationalem Privatrecht andererseits, indem er bei dem letzteren auf die mit diesem Rechtsgebiet zu regelnden Verschiedenheiten der Rechtsverhältnisse hinweist. Im Gegensatz zum Völkerrecht, dem die Regelung der Verhältnisse zwischen Völkerrechtssubjekten zusteht, regelt das internationale Privatrecht die privatrechtliche Verhältnisse mit ausländischen Elementen. Dabei sind wesentliche doktrinäre Unterschiede hinsichtlich seines Umfangs (Gesetzes-, Gerichtsbarkeitskonflikte; die Stellung der Ausländer und ausländischen juristischen Personen; Clearingvereinbarungen und Clearingzahlungen; internationale Schiedsgerichte usw.) evident.

* Dr. Stevan Đorđević, Professor der Universität.

Der Autor gibt hier auch eine Übersicht des allgemeinen und besonderen Völkerrechts, wobei er eine besondere Aufmerksamkeit dem sog. sozialistischen Völkerrecht und dem heutigen europäischen gemeinschaftlichen Völkerrecht widmet. Er stellt fest, dass das moderne Völkerrecht die Einzelheiten der völkerrechtlichen Kooperation zwischen den Staaten und sonstigen völkerrechtlichen Subjekten immer intensiver behandelt, sowie dass jedem Gebiet des Nationalrechts ein Gebiet des Völkerrechts entspricht.

Es wird auch auf die Abgrenzungen von verwandten Wissenschaftszweigen wie z.B. Völkerrechtliche Beziehungen, Internationale Politik, Geschichte der Diplomatie, Völkerrechtliche Organisationen, Aussenpolitik Jugoslawiens u.a. hingewiesen.

Schlüsselbegriffe: *Einteilung des Völkerrechts. – Völkerrecht. – Internationales Privatrecht. – Völkerrechtliche Beziehungen. Gebiete des Völkerrechts.*

УДК 341.96:347.447.5
УДК 340.134:347.447.5

Срђан Стојановић^{*}
Александар Јакшић^{**}

ПРЕГЛЕД РОБЕ И РЕКЛАМАЦИЈА У СВЕТЛУ
ОДГОВОРНОСТИ ПРОДАВЦА ЗА МАТЕРИЈАЛНЕ
НЕДОСТАТКЕ СТВАРИ^{***}

Право меродавно за уговор о продаји се, према члану 23 ЗМПП, примењује и на штапања правне природе, услова и последица изоставака прегледа и рекламираје робе. После ратификације Бечке конвенције о продаји – робе, југословенско право познаје два правна режима уговора о продаји – конвенцијски и онај из ЗОО. У последу правне природе неопходности контроле и стављања приговора, истиче се да није реч о обавези у класичном смислу (*Pflicht, obligation*) већ да се ради о специфичној дужности у сопственом интересу (*Obligkeit, incombance*), за чије означавање је предложен термин „нужност“. Бечка конвенција, услед чинењице да су њена правила резултат политичког компромиса представника различитих правних система, садржи врло непрецизне норме о нужностима прегледа и рекламираје. Правила домаћег права (ЗОО, Општие узане за промет робом) су прецизнија. Штапања у вези с прегледом робе регулисана на исти начин и за србјанску и за европску продају, док се рок за рекламирају разликује.

Кључне речи: *Материјални недостатак. -- Одговорност. -- Преглед робе. -- Рекламирају.*

А. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Питање контроле квалитета и рекламираје интересантно је у свакодневној пословној пракси, како из угла међународног приватног права, тако и из угла меродавног материјалног права. Ми

* Др Срђан Стојановић, адвокат из Београда.

** Др Александар Јакшић, доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

*** Ово је заједнички рад аутора, при чему је др Јакшић посебну пажњу посветио међународно-приватноправном аспекту и Бечкој конвенцији, а др Стојановић југословенском материјалном праву и Закону о облигационим односима.

ћемо се стога укратко осврнути на међународно-приватноправну проблематику (Б), да бисмо се затим ближе и детаљније посветили решењима предвиђеним у југословенском материјалном праву, укључујући и међународне изворе права (В). При томе ћемо посебну пажњу дати и теоријским питањима везаним за правну природу контроле и рекламије квалитета и предложити нека нова терминолошка решења.

Б. МЕЂУНАРОДНО-ПРИВАТНОПРАВНИ АСПЕКТИ

У оквиру ове проблематике нећемо се посебно бавити питањем утврђивања тзв. уговорног статута, тј. меродавног права на уговор о продаји робе. Поћи ћемо наиме од тога да у конкретном случају имамо утврђено меродавно право на конкретан уговор о продаји робе, било путем аутономије воље странака било на основу тзв. објективног везивања. Међутим, и након утврђивања уговорног статута, остаје отворено питање његовог домашаја, тј. домена примене меродавног материјалног права. Другим речима, ваља утврдити да ли уговорни статут регулише и питање времена и начина вршења прегледа робе и евентуалне рекламије квалитета.

Према члану 23 домаћег Закона о међународном приватном и процесном праву, питање начина предаје ствари и мера које треба предузети ако се одбије преузимање ствари, регулисано је правом места где се ствар мора предати, уколико уговорне стране то нису друкчије уговориле. У нашој доктрини постоји став према коме овај члан регулише и оне случајеве у којима постоје одређени приговори на квалитет робе, при чему није неопходно да заиста дође и до директног одбијања пријема робе.¹ Ово решење нашег законодавца инспирисано је решењем Хашке конвенције о праву меродавном за уговоре о међународној продаји робе из 1955. године. Чланом 4 ове конвенције предвиђено је да се, у погледу форме и рокова у којима се преглед и обавештења с тим у вези имају истаћи, примењује право државе у којој се контрола има извршити, додуше само уколико не постоји другачија воља странака.

Да ли ово значи и да право које регулише модалитете пријема робе неминовно регулише и питања правних последица изостанка рекламије на квалитет робе. Док се у погледу на Хашку конвенцију из 1955. године² може дати начелно позитиван одговор,

¹ Тако Гашо Кнежевић у: М. Дика – Г. Кнежевић – С. Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, „Номос“, Београд 1991, стр. 85.

² Ову конвенцију ратификовао је само мали број земаља: Белгија, Данска, Финска, Италија, Норвешка, Нигерија, Швајцарска и Шведска.

ситуација у нашем праву није крајње јасна. Члан 23 Закона о међународном приватном и процесном праву не говори изричito о томе да су њиме регулисана и питања изостанка правовременог и правоваљаног прегледа робе и евентуалне рекламије. Чини се да је овим чланом више регулисано питање шта учинити са робом која је на пример извађена из оригиналне амбалаже, а очигледно не одговара захтеваном квалитету, тј. питање предузимања мера чувања и конзервације до крајњег договора са продавцем.

Ситуација је унеколико нејаснија јер ни члан 20 Закона о међународном приватном и процесном праву не набраја таксативно случајеве из свог поља примене. Стoga би се на први поглед могло сматрати да и члан 20, којим се утврђује уговорни статут на основу објективног везивања, а и члан 23 могу регулисати питање контроле и рекламије квалитета, а с обзиром на питање последица изостанка правовремене и правоваљане (како у погледу форме, тако и поводом садржине) рекламије. Ми се слажемо са становиштем које излаже Кнежевић³, према коме се на последицу изостанка контроле и рекламије квалитета има применити општи уговорни статут, тј. право меродавно за садржину правног посла (члан 20 ЗМПП). У прилог нашем мишљењу навели бисмо језичко тумачење ЗМПП, и то члана 22. У том члану стоји да је у односима између уговорних страна, ако уговорне стране нису друкчије уговориле, право из члана 20 ЗМПП меродавно и за одређивање часа од ког стицилац има право на производе и плодове ствари, као и на одређивање часа од кога стицилац, односно преузималац сноси ризик у вези са стварима. Из синтагме „право је меродавно и...“ произлази да је то право по основу опште одредбе меродавно за сва питања, с тим што се она која по природи ствари нису искључиво у домену уговорних облигационих односа⁴, морају посебно у Закону споменути, да би и она била регулисана општим уговорним статутом.

Дакле, уговорни статут регулише питање правне природе, услова и последица изостанка прегледа и рекламије у вези са евентуалним недостатцима робе, и то уговорима о продаји робе. У сваком случају, имајући у виду текст чл. 23 ЗМПП („...ако уговорне стране нису друкчије уговориле...“), може се препоручити да се код избора меродавног права странака у пракси прецизира да се тај избор односи и на питање контроле квалитета робе и питање рекламије у вези са тим квалитетом. Тиме би свака недоумица бар у пракси била дефинитивно разрешена.

Након ове констатације можемо прећи на регулисање тог питања у југословенском материјалном праву.

3 М. Дика – Г. Кнежевић – С. Стојановић, *op. cit.*, стр. 23.

4 Као на пример питања која су стварноправног карактера.

В. ЈУГОСЛОВЕНСКО МАТЕРИЈАЛНО ПРАВО

1. Уводне напомене

Југославија је 27. децембра 1984. године ратификовала Конвенцију Уједињених нација о уговорима у међународној продаји робе (*Службени лист СФРЈ*, бр. 10/1, од 31. XII 1984. – у даљем тексту Бечка конвенција). Ова конвенција је ступила на снагу 1. јануара 1988. године и тиме постала, поред Закона о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО) важан извор нашег облигационог и привредног права.

Ми ћемо се у свом раду посветити и решењима ЗОО, међутим, ваља одмах подвржти да ће овај правни извор имати значајног утицаја на примену Бечке конвенције од стране нашег правосуђа, с обзиром на велику сличност текста Бечке конвенције и ЗОО, а поводом обавезе купца да робу правовремено прегледа и евентуалне недостатке саопшти продавцу у веома кратком року.

Поред ступања на снагу Бечке конвенције, посебан повод за наша разматрања представља и, са теоријског аспекта интересантан, рад Ераковића⁵ у коме је изнето неколико ставова који одударају од владајућих мишљења у нашој доктрини и који стога намећу потребу да се подвргну детаљнијој анализи, како у погледу њихове оправданости, тако и у погледу њихове сврсисходности.

Основна питања о којима ће у овом одељку бити речи, поред утицаја решења ЗОО на тумачење и примену Бечке конвенције од стране наших судова, јесу и последице изостанка, односно неправовременог приговора купца на квалитет робе. С тим у вези осврнућемо се на правну природу обавезе контроле и постављања приговора на квалитет робе, на питање да ли се код изостанка односно неправовременог приговора ради о повредама уговора које за собом повлаче губитак права, о чему суд води рачуна по службеној дужности.

2. Правна природа неопходности контроле и стављања приговора на квалитет робе

Иако ЗОО у чл. 454, којим се одређује појам уговора о продаји, предвиђа изричito само обавезу продавца „да ћренесе на купца право својине на продају ствар и да му је у њу сврху прега“, ипак је несумњиво и произлази из других одредаба ЗОО да је продавац обавезан да преда ствар без битних недостатака. Другим

⁵ А. Ераковић, „Одговорност продаваоца за материјалне недостатке ствари у случају изостанка рекламије“, *Привреда и право*, бр. 3–5/1987, стр. 115–125.

речима, продавац одговара, ако уговором није другачије уређено, и за правне и за физичке недостатке продане ствари⁶.

У оквиру овог рада не бисмо се упуштали у разматрање односа општих правила о одговорности и посебних правила о одговорности због материјалних недостатака, што се у нашој доктрини назива и јемством.⁸ Циљ нам је у првом реду да укажемо на то да закон у вези са одговорношћу за недостатке ствари изричito налаже купцу да ствар прегледа⁹ и о евентуалним недостатцима на одговарајући начин обавести продавца.¹⁰

Непоступање у складу са овим налогом закон санкционише губитком односно гашењем права купца по основу одговорности за материјалне недостатке ствари. Да би се претпоставке, а и обим губитка права купца због пропуштене правовремене контроле и/или обавештења могли правилно и конкретно утврдити, неопходно је најпре осврнути се на правну природу ових обавеза односно дужности купца.

С тим у вези неопходно је најпре подвући терминолошке проблеме пред које нас ставља наша, нажалост на овом пољу не баш сасвим развијена правничка терминологија. Наиме, у нашем језику се речи обавеза и дужност употребљавају као синоними (*Pflicht, obligation*).¹¹ Међутим, постоје наши аутори који заступају и другачије ставове. Тако на пример Драгољуб Стојановић чини дистинкцију између обавеза и дужности, додуше у контексту једног страног – немачког права,¹² при чему он даје дефиницију дужности као обавезе мањег интензитета. Тиме он у ствари само потврђује наведени став да је обавеза и дужност (иако мањег интензитета) једно те исто. Стога мислимо да је неопходно увести један нови термин – *нужносћ*, јер је само на тај начин могуће избећи да се сваки пут кад је реч о „*Obliegenheit*“, у више реченица објашњава каква је то врста специфичне дужности.

И ЗОО говори о томе да је купац „*дужан* да купљену ствар прегледа“¹³ иако је већ на први поглед илузорно изједначити ову „*дужност*“ са потпуном обавезом у смислу права које би продавац

6 Члан 478 и следећи ЗОО.

7 Члан 262 и следећи ЗОО.

8 О терминологији, као и о овом односу видети детаљније: П. Кларић, „Одговорност за штету проузорчену материјалним недостатком купљене ствари – правила о одговорности“, *Наши законитељстви*, бр. 3-4/1986, стр. 92 и следеће.

9 Члан 481 ЗОО.

10 Члан 484 ЗОО.

11 Видети нпр. код М. Ведриш – П. Кларић, *Основе имовинског права*, Загреб 1984, стр. 352 и следећа.

12 Драгољуб Стојановић, *Увод у србијанско право*, 9. изд., Београд 1996, стр. 144.

13 Члан 481 ЗОО.

могао принудним путем остварити.¹⁴ Било би, наиме, бесмислено дозволити продавцу да води са купцем судски спор чији би исход нпр. гласио: „Обавезује се купац да неизоставно купљену ствар прегледа и евентуалне недостатке неодложно саопшти продавцу.“ Чак и у случају да ствар има видљивих мана, овакав поступак би био сувишан и економски потпуно неоправдан. Не би се могло прихватити ни становиште да се код обавезе контроле и рекламије ради о натураној облигацији код које поверилац има право на одређену ствар односно одређено понашање дужника, али га не може остварити принудним путем. И у овом случају дужност контролисања представљала би праву обавезу купца коју би он морао увек извршити, уз једину ограду да се њено извршење не би могло принудним путем остварити. Разлог оваквим тврђама лежи у чињеници да је сувишно приморавати купца на понашање од кога само он може имати користи.¹⁵ Стога се у страној доктрини јасно разграничава појам облигације (*Pflicht, obligation*) од других понашања која се налажу једној уговорној страни (*Obliegenheiten, Incombances*).¹⁶

У овом контексту ваља напоменути да у појединим правним системима (на пример англосаксонском) вршење контроле и истицање евентуалних приговора на материјалне недостатке не представља дужност, тј. у нашој терминологији нужност, већ напротив – право купца.¹⁷ У недостатку погодног израза,¹⁸ или с обзиром на неопходност и терминолошког разграничења од обавезе, ми ћемо усвојити термин *нужност* утолико пре што алтернативно предложени термини, као нпр. „дужност мањег интензитета“ или „дужност у сопственом интересу“, не представљају ништа друго него описне термине.

У чему се дакле састоји разлика између обавезе и нужности? Оба термина односе се на неопходност одређеног понашања дужника. Но, последице изостанка наложеног понашања сасвим су различите. Понашање, односно чинидбу код обавезе могуће је принудним путем остварити. Чак и када је реч о природној (нату-

14 О појму и врстама обавеза видети: М. Ведриш – П. Кларић, *op. cit.*, стр. 209 и следећа.

15 У овом случају корист би имала негативно значење, тј. представљала би смањење штете на страни купца који је примио ствар са недостатцима.

16 H. Tandogan, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Genève 1972, стр. 28 и следећа.

17 Видети: Romeo Cerutti, *Das U.S. amerikanische Warenkaufrecht mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf das schweizerische und das deutsche Recht, das CISG sowie die UNIDROIT Principles*, Zürich 1998, стр. 292 и следеће; Јелена Вилус, *Обвездно јправо, 2. књ., Коменијар Конвенције УН о међународној продаји робе*, Загреб 1981, стр. 116.

18 Напред смо навели да се у нашој правној терминологији дужност и обавеза употребљавају као синоними за облигацију.

ралној) облигацији, поверилац бар има право на одређено понашање дужника, иако га не може принудно остварити.¹⁹ Насупрот томе, код нужности се последица искључиво састоји у томе да нужношћу оптерећена уговорна страна у случају неизвршења сама сноси евентуалне неповољне последице.²⁰ Те неповољне правне последице састоје се у првом реду у губитку и/или нестицању права, тако да се нужност начелно може схватити као нека врста услова (правне претпоставке, правне чињенице) за стицање, одн. задржавање права.²¹ Извршење нужности би се пре могло схватити као понашање у циљу остваривања сопствених права, а не као понашање усредсређено на испуњење обавезе на коју друга уговорна страна има право. Нужност дакле није испуњење обавезе, већ напротив – избегавање губитка права или сопственог повољног правног положаја.²²

Као један од најчешћих примера нужности наводи се у доктрини нужност контроле купљене ствари и нужност обавештавања продавца о њеним евентуалним манама.²³ Стога се може закључити да је правовремена контрола и правовремено и ваљано обавештење о евентуалним недостатцима типичан пример нужности.

Са овим у вези поставља се питање значења повреде нужности. Представља ли оно у сваком случају повреду уговорне обавезе, или је и овде реч о једној посебној сметњи у извршењу која захтева и посебан третман. У швајцарском праву, ово разграничење се врши тако што се разликује повреда обавезе (*Pflichtwidrigkeit, Pflichtverletzung*) од повреде нужности (*Verletzung der Obliegenheit*). Као један од примера наводи се доцња. Доцња дужника представља при томе повреду уговорне обавезе, док се доцња повериоца сматра повредом нужности.²⁴

Из досад изложеног може се закључити да се у упоредном праву неопходност контроле робе и обавештавања продавца о њеним евентуалним манама сматра нужношћу (*Obligenheit, Incombrance*), и да непоштовање тога представља штетно понашање куп-

19 Право из натуналне облигације може се тако и против воље друге уговорне стране искористити као нпр. приговор у току поступка у коме је титулар натуналне облигације тужена страна.

20 Dr. Ernst A. Kramer, *Das Obligationenrecht*, Bern 1986, бр. 113 и следећи, Tandogan, *op. cit.*, стр. 28 и следећа.

21 Видети у том смислу изричито: Тандоган, *op. cit.*, стр. 29.

22 Тандоган, *op. cit.*, стр. 29.

23 Видети Тандоган, *op. cit.*, стр. 29.

24 Пореди детаљније W. Wiegand, *Die Leistungsstoerungen*, Teil 2, Verzug und Schlechterfuellung, Recht 4/1983, стр. 122. У односу на уговор о продаји видети M. Keller – Th. Loerscher, *Kaufrecht*, Zürich 1980, стр. 66 и следећа са даљим наводима литературе.

ца, али да ипак не представља повреду уговорне обавезе (*Pflichtverletzung*) у правом смислу те речи, те стога и не може имати за последицу обавезу накнаде штете. Доктрина је развила за тај случај посебан назив – повреда нужности (*Verletzung der Obliegenheit*). Као основни исход повреде нужности наводи се у доктрини губитак права, односно изостанак стицања права на страни лица које је повреду начинило.

Међутим, нужност, као и њена повреда, није ни изричito а ни начелно регулисана у законским текстовима грађанског и облигационог права, као што је то на пример случај са институтом застарелости. Може се наслутити више разлога за ту правну празнину, а ми ћемо се задржати само на некима од њих. Најпре ваља истаћи разноврсност и многобројност правних односа у којима може бити речи о нужностима, тако да општа правила никако не би могла добро регулисати све разноврсне случајеве. С друге стране, а посебно имајући у виду институт застарелости, мора се указати на то да се нужност најчешће јавља у областима које представљају диспозитивно право и у којима судеоници могу самостално уредити свој однос, дакле, било сузити било проширити међусобне обавезе у односу на законом предвиђено решење. Нужности сенеретко срећу и код вршења правне моћи, тако да је и у тим случајевима волја уговорних страна одлучујућа. Насупрот томе, правила о застарелости су когентне природе и странке их не могу уговором изменити.

Све ове чињенице у вези са правном природом и карактеристикама нужности уопште и неопходности контроле и рекламије купљене робе као једног од конкретних примера, морају се имати на уму приликом тумачења њихових последица, тј. приликом интерпретације претпоставки и опсега губитка права купца на заштиту због материјалних недостатака купљене ствари. Диспозитивност одредаба о нужности, бар у погледу уговора о продаји, повлачила би неминовно за собом и то да суд не би могао *ex officio*, тј. сам од себе, применити диспозитивно законско решење. Он би у конкретном случају морао најпре утврдити праву волју странака, и то, ако ништа друго, бар што се тиче констатације да странке нису уговором регулисале питање контроле и обавештења о несаобразности купљене ствари. Већ стога било би необазриво, а и погрешно говорити о аутоматској могућности суда да утврди *ex officio* и *ex lege* губитак односно непостојање права на заштиту услед изостале односно неправовремене рекламије.

Наведена општа разматрања о нужности и последицама њене повреде ваља ставити у оквир нашег правног система, односно у

оквир Закона о облигационим односима, а у циљу његовог правилног тумачења и сврхисходне примене.

Ваља се укратко и посебно осврнути на решења Бечке конвенције, с обзиром на то да се ова конвенција не примењује само између земаља које су је ратификовале већ и кад правила међународног приватног права упућују на примену права једне државе уговорнице.²⁵

3. Бечка конвенција

Бечка конвенција детаљно регулише питања прегледа робе и рекламије од стране купца (члан 38–44), и покушава као и у многим другим приликама да нађе компромис²⁶ између етаблиране праксе која важи у пословном свету САД и западне Европе и настојања земаља у развоју да се бар донекле узме у обзир неразвијеност пословних структура у том делу света.

Стога се одустало од ригидног захтева да се контрола изврши одмах и преузето је решење које одговара захтевима међународне праксе,²⁷ а то је да се преглед изврши у што је могуће краћем року зависно од околности (чл. 38, ст. 1).

И у погледу места прегледа, Конвенција предвиђа да је то, по правилу, место опредељења (чл. 38, ст. 3), осим уколико се у току превоза измени место опредељења.²⁸

Што се тиче начина прегледа, Конвенција не предвиђа изричита решења, вероватно зато што би била сувишна јер се на та питања могу применити или уговорне одредбе или пак узансе.²⁹

Конвенција предвиђа и рокове у којима купац треба да обавести продавца о недостатку саобразности робе, и то под претњом губитка права (чл. 39). И овде је Конвенција флексибилна и предвиђа да се обавештења пошаљу продавцу у разумном року од тренутка када је недостатак откривен или је морао бити откривен од стране купца (чл. 39, ст. 1). На питање шта се има сматрати разумним роком, одговор ће давати национални и арбитражни

25 Видети: Dr. Lajos Vékás, *Zum persönlichen räumlichen Anwendungsbereich des UN-Einheitkaufrechts*, IP Rax 1987, Heft 6, стр. 342 и следеће, а код нас Гашо Кнежевић, *Меродавно право за тарговачки уговор о међународној продаји робе*, Београд 1989, стр. 189 и следеће.

26 О разним захтевима и току преговора видети: J. Вилус, *op. cit.*, стр. 117.

27 Тако изричito Philippe Kahn, „La Convention de Vienne du 1. avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises“, *Revue Internationale de Droit comparé* 1981, стр. 974. Michael Rowe, „UN Convention on International Sales Law“, *International Financial Law Review* 1983, стр. 20 и следеће.

28 Детаљније о томе J. Вилус, *op. cit.*, стр. 117.

29 Тако J. Вилус, *op. cit.*, стр. 118.

судови, при чему се могу очекивати разлике, без обзира на то што члан 7 даје смернице на који ће се начин Конвенција тумачити.³⁰

4. Закон о облигационим односима

Закон о облигационим односима је, по уграду на Опште узансе за промет робом из 1954. године³¹ (узанса бр. 137) и ЈедноЭобразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари (чл. 38), у члану 481 предвидео обавезу купца да ствар коју је примио прегледа или да је дâ на преглед.

У југословенској теорији је истакнуто да ова купчева обавеза има „релативан карактер“ јер на страни продавца не ствара субјективно право да захтева од купца да прегледа ствар или да је стави на преглед.³² Преглед ствари од стране купца јавља се као битна претпоставка (услов) за остварење купчевих права по основу одговорности продавца за материјалне недостатке. Наиме, да би купац остварио своја права по основу продавчеве одговорности, он мора у законом предвиђеном року обавестити продавца о видљивим недостаџима (чл. 481 ЗОО), те стога обавеза прегледа ствари претходи обавези обавештавања продавца о физичком недостатку.³³ Због тога се оваква дужност у теорији назива „обавезом мањег интензитета“ односно дужношћу „која је наметнута у сопственом интересу“.³⁴ Обавеза прегледа робе је у интересу купца и зато што га штити од непромишљених приговора и омогућује му да прикупи све потребне доказе како би могао према продавцу да оствари права по основу одговорности за материјалне недостатке.³⁵ Зато се морамо сложити са констатацијом Драгољуба Стојановића да „купац због занемаривања ове своје дужности не штети продавцу већ самом себи“.³⁶

30 Видети детаљно о тумачењу Конвенције: Paul Volken, *The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-Filling*, у *International Sale of Goods*, New York, London, Rome 1989, стр. 39 и следеће.

31 Службени лист ФНРЈ, бр. 15/1954.

32 Добропав Митровић (Слободан Перовић главни редактор), *Коменијар Закона о облигационим односима*, „Савремена администрација“, Београд 1995, књига 2, стр. 912.

33 Бранислав Чубрило – Томислав Зековић, „Одговорност за материјалне недостатке и гаранција за исправно функционисање продате ствари“, у: *Уговорно и одушевљено право по Закону о облигационим односима – зборник радова*, Београд 1979, стр. 290; Владимир Капор (Борислав Благојевић – Врлета Круљ редактори), *Коменијар Закона о облигационим односима*, 2. издање, „Савремена администрација“, Београд 1983, књига 2, стр. 1294; Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 912.

34 Драгољуб Стојановић, *Увод у ћрнјанско право*, 9. издање, Београд 1996, стр. 144.

35 А. Голдштајн, *Привредно уговорно право*, Загреб 1967, стр. 23, наведено према: Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 912.

36 Драгољуб Стојановић, *op. cit.*, стр. 144.

У погледу начина на који се врши преглед, ЗОО предвиђа да то треба обавити „на уобичајен начин“. Поставља се потреба прецизирања овог правног стандарда.

Пре свега, начин прегледа може бити предвиђен уговором, и у том случају купац је у обавези да изврши преглед на уговорени начин. У супротном, он ће повредити своју уговорну обавезу.³⁷

Опште узансе за промет робом (узанса бр. 147) предвиђају да се квалитет утврђује комисијски или на други веродостојан начин. Као конкретне начине утврђивања квалитета Опште узансе наводе: стручни преглед, упоређивање са узорком, хемијску анализу, физичко мерење и вађење узорка.

Преглед има за циљ да се уоче тзв. видљиви недостаци, тј. они недостаци „које би брижљиво лице са просечним знањем и искуством лица истог занимања и струке као купац могло лако опазити при уобичајеном прегледу ствари“ (чл. 480, ст. 2 ЗОО). Следствено томе, сматрамо да није неопходан стручан преглед.³⁸ Изузетак од овог постоји онда када је такав преглед предвиђен уговором.³⁹

Преглед обухвата следеће: 1) утврђивање да ли је предата ствар саобразна уговореној ствари, 2) утврђивање општег стања и спољашњег изгледа ствари, 3) утврђивање количине ствари (маса, запремина, број комада и сл.).⁴⁰ У том смислу се изјаснила и судска пракса.⁴¹

ЗОО ништа не прописује у погледу прегледа робе која се налази у оригиналном паковању. Робу која се налази у оригиналном паковању купац не може да прегледа док не уклони амбалажу. Овде се јавља проблем, јер од тренутка пријема ствари до тренутка отварања амбалаже може да протекне дужи временски период. Због тога су Опште узансе за промет робе посебно регулисале утврђивање квалитета робе у оригиналном паковању. У узанси бр. 148 предвиђено је да се обавеза прегледа састоји само у испитивању паковања, а уколико се по отпакивању утврди да је роба имала недостатке, продавац за њих одговара по правилима о скривеним манама. У теорији је ова узанса хваљена и заузето је мишљење да

37 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 912; В. Капор, *op. cit.*, стр. 1295.

38 У том смислу и: Мирко Васиљевић, *Пословно право*, 5. издање, „Савремена администрација“, Београд 1997, стр. 417; Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 913.

39 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 913.

40 *Ibid.*

41 „Клаузула у закључници – квалитативно преузимање на истоварној станици – не значи да је купац био дужан да изврши пробно сијање сјемена или лабораторијско испитивање, већ само да приликом пријема робе утврди да ли је пошиљка правилно отпремљена, да ли су атести исправни и да ли током превоза роба није евентуално оштећена.“ Наведено према: Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 913.

би судови трбalo да је примењују и у оним случајевима када уговорници нису уговорили примену Општих узанси за промет робе.⁴²

У погледу трошкова прегледа, такође се предлаже примена Општих узанси за промет робом.⁴³ Узанса бр. 139 предвиђа да трошкове сноси купац; а ако се преглед врши на складишту продавца, он је дужан да купцу бесплатно стави на располагање радну снагу и остала средства којима располаже а која су потребна за обављање прегледа. Уколико се прегледом утврде недостаци за које одговара продавац, купац ће имати право да од продавца захтева накнаду за трошкове прегледа.

Што се тиче временског тренутка у коме треба да се извши преглед, Закон о облигационим односима предвиђа обавезу купца да прегледа „примљену ствар [...] чим је то према редовном току ствари могуће“. То значи да обавеза прегледа настаје тек по преузимању (уручењу) ствари, јер ће тек тада купац бити у могућности да ствар прегледа.⁴⁴ Изузетно, могуће је да странке уговоре да ће се преглед робе извршити и раније.⁴⁵ У пракси се то редовно дешава у случају дистанционе продаје, када купац врши преглед на складишту или код превозиоца.⁴⁶

Преглед робе се врши у месту које је уговорено или уобичајено.⁴⁷ Место прегледа може да се поклопи са местом преузимања робе, али не мора. Пошто ЗОО предвиђа да купац треба да прегледа ствар „чим је то према редовном току ствари могуће“, то значи да уколико није могуће прегледати ствар на месту преузимања, купац је може прегледати на неком другом месту, на пример у свом пословном седишту.⁴⁸

Пошто прегледа ствар и утврди да она има неки недостатак, купац је дужан да о томе обавести продавца. За разлику од обавезе прегледа ствари, где се не прави разлика између уговора грађанској права и уговора у привреди, код обавезе обавештавања продавца о уоченим недостатима таква разлика постоји.

42 М. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 418; Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 913.

43 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 914.

44 Б. Благојевић – В. Круљ, *op. cit.*, стр. 1294; М. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 417–418; Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 914; В. Капор – С. Царић, *op. cit.*, стр. 132.

45 В. Капор – С. Царић, *op. cit.*, стр. 132; Б. Благојевић – В. Круљ, *op. cit.*, стр. 1294.

46 Видети: *Закључак Главне државне арбитража*, Гс. 226/52, од 25. II 1952, наведено према: Б. Чубрило – Т. Зековић, *op. cit.*, стр. 291; Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 914; В. Капор – С. Царић, *op. cit.*, стр. 132.

47 М. Васиљевић, *op. cit.*, 418; Благојевић – Круљ, *op. cit.*, стр. 1294; Перовић, *op. cit.*, стр. 915.

48 Б. Благојевић – В. Круљ, *op. cit.*, стр. 1294; Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 915; Капор – Царић, *op. cit.*, стр. 133.

Код грађанскоправне купопродаје ЗОО оставља купцу рок од осам дана да обавести продавца о видљивим недостатцима. Код уговора о продаји у привреди обавештење треба да буде учињено без одлагања. Поставља се питање шта значи без одлагања. Према једном схватању, купац је обавестио продавца без одлагања само ако је обавештење саопштио продавцу најкасније првог дана када је недостатак и уочен,⁴⁹ а према другом – ако је обавештење послато у најкраћем могућем року.⁵⁰ И у судској пракси је било дosta колебања. У једном случају Врховни привредни суд је имао становиште да приговор треба да буде упућен сутрадан, а у другом случају – трећи дан по откривању недостатка.⁵¹ Врховни суд Босне и Херцеговине био је још ригорознији када је у једној ситуацији донео одлуку да продавцу треба послати обавештење истог дана када се утврди материјални недостатак.⁵² Сматрамо да, када се ради о привредним субјектима, обавеза поштовања правне сигурности и професионалног понашања далеко више долази до изражaja, те стога треба узети да је купац без одлагања обавестио продавца само онда када је обавештење саопштио продавцу истог дана када је недостатак уочен.

Када је преглед извршен у присуству продавца, купац је дужан да свој приговор саопшти продавцу одмах (чл. 481, ст. 2 ЗОО). У случају реекспорта, тј. када купац отпреми робу даље, без претовара, он ће бити дужан да продавца обавести о видљивим недостатцима у року који је по редовном току ствари потребан да би за те недостатке дознао од својих клијената. Овај рок се примењује само онда када је продавцу била позната или му је морала бити позната могућност реекспорта (чл. 481, ст. 2 ЗОО).

Обавештење о недостатку мора бити конкретизовано и одређено.⁵³ ЗОО у чл. 484, став 1 изричito предвиђа да је купац обавезан да ближе опише недостатак и да позове продавца да прегледа ствар. ЗОО не прописује на који начин купац треба да саопшти недостатак. Купац је овлашћен да сам изабере средство путем којег ће обавестити продавца о физичкој мани робе.⁵⁴ То може бити препоручено писмо, телеграм или неко друго средство. Међутим, то средство мора бити поуздано. Опште узансе прописују да приговоре учињене телефоном, телеграмом или телепринтером треба одмах потврдiti препорученим писмом (узанса бр. 152). Уколико је приговор благовремено послат поузданим средством,

⁴⁹ У том смислу: Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 915.

⁵⁰ Алайдин Алишани, *Одговорносћ за материјалне недостатаке ствари, „Стручна књига“*, Београд 1996, стр. 116.

⁵¹ А. Алишани, *op. cit.*, стр. 116.

⁵² А. Алишани, *op. cit.*, стр. 117.

⁵³ В. Капор – С. Џарић, *op. cit.*, стр. 130.

⁵⁴ В. Капор – С. Џарић, *op. cit.*, стр. 130.

ЗОО узима да је купац извршио своју обавезу обавештавања чак и онда када приговор задочни или уопште не стигне до продавца (чл. 484, ст. 2).

Г. ЗАКЉУЧАК

Питање прегледа робе и рекламије евентуалних недостатака регулисано је меродавним уговорним статутом. Да би се избегла свака недоумица, препоручује се странкама да приликом избора меродавног права прецизирају да се тај избор односи и на питање контроле робе и рекламије у вези са евентуалним физичким недостатком.

На основу упоредноправних разматрања, дошли смо до закључка да се неопходност прегледа робе од стране купца и стављање евентуалних приговора на квалитет не сматра купчевом дужношћу (*Pflicht*) већ посебном категоријом грађанског права за коју се употребљава назив *Obliegenheit*. Како су термини које користе наши аутори за ову категорију описни („дужност у сопственом интересу“, итд.), предлажемо увођење термина *нужносӣ*.

Ово питање је у нашем материјалном праву регулисано Бечком конвенцијом (у оквиру њеног поља примене), при чему се ипак поставља неопходност тумачења у конкретном случају, као на пример: шта је то разуман рок.

Закон о облигационим односима, као и прописи на које он упућује, детаљније регулише ову материју и тим решењима ће се користити наши судови и у случајевима се елементом иностраности.

Srđan Stojanović^{*}
Aleksandar Jakšić^{**}

THE CHECKING OF GOODS AND CLAIMING IN THE LIGHT OF THE SALESMAN'S RESPONSIBILITY FOR THE MATERIAL DEFECTS OF AN OBJECT IN YUGOSLAV LAW

Summary

International Private Law, also applies to issues of a legal nature, the conditions and consequences of not inspecting or claiming for goods. After

* Dr Srđan Stojanović, attorney, Belgrade.

** Dr Aleksandar Jakšić, dozent at the Faculty of Law of the University of Belgrade.

the ratification of the Vienna Convention on the Sale of Goods, Yugoslav law recognises two legal regimes for contracts of sale – the conventional regime and the one from the Code on Obligations. These regimes are very similar, therefore, one may assume that our courts will in all cases apply the provisions of the Code on Obligations, to which they are accustomed. In terms of the legal nature of the necessity of control and submitting objections, it is stated that this does not refer to an obligation in the classical sense (*Pflicht, obligation*) but that it refers to a specific duty in one's own interest (*Obligenheit, incombance*), for which the term „necessity“ has been proposed. In applying the rules whereby necessities are established, one must take into account the nature of their wording, which excludes automatic application without establishing the (non)existence of the will of the parties in this respect. Due to the fact that its rules are the result of a political compromise among the representatives of different legal systems, the Vienna Convention contains very imprecise norms on the necessity of inspecting goods and claiming for them. The rules of domestic law (Code on Obligations, General Usances for the Sale of Goods) are more precise. Matters in connection with the inspection of goods are regulated in the same way both for civil and for commercial sales, whereas the deadline for claiming differs. In a civil sale, it is 8 days and, in commerce, the standard „without delay“ applies, which should be interpreted as „on the day of inspection“.

Key words: *Material defect. – Responsibility. – The inspection of goods. – Claiming.*

Srđan Stojanović^{*}
Aleksandar Jakšić^{**}

CONTROLE DE LA MARCHANDISE ET RECLAMATION EN RAISON DE DEFAUTS MATERIELS METTANT EN JEU LA RESPONSABILITE DU VENDEUR

Résumé

Le droit compétent en matière de contrat de vente s'applique également, d'après l'article 23 de la Loi sur le droit international privé, aux questions de nature juridique, concernant les conditions et les conséquences de l'absence de contrôle et les réclamations sur la marchandise. Après la ratification de la Convention de Vienne sur le droit de la vente internationale des marchandises, le droit yougoslave connaît deux régimes régissant les

* Dr Srđan Stojanović, avocat de Belgrade.

** Dr Aleksandar Jakšić, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

contrats sur la vente – celui de ladite Convention et celui de la Loi sur les droits des obligations. Ces deux régimes étant très semblables, on peut s'attendre à ce que les tribunaux nationaux appliquent en fait à tous les cas la Loi sur les droits des obligations à laquelle ils sont habitués. En ce qui concerne la nature juridique de la nécessité du contrôle et de la formation d'une réclamation, on souligne qu'il ne s'agit pas d'une obligation au sens classique (Pflicht, obligation), mais d'un devoir spécifique dans son propre intérêt (Obligenheit, incombaunce), pour la désignation duquel est proposé le terme „nécessité“. Lors de l'application des règles fondant des nécessités il faut tenir compte de leur nature dispositive, ce qui exclut une application automatique, sans établissement préalable de la (non) existence de la volonté des parties à ce sujet. Etant le résultat d'un compromis politique entre les représentants de différents systèmes juridiques, la Convention de Vienne contient des normes très imprécises quant à la nécessité du contrôle et de la réclamation. Les règles de notre droit national (Loi sur les droits des obligations, Usances générales pour le trafic de marchandise) sont quelque peu plus précises. Les questions relatives au contrôle de la marchandise y sont réglées de la même façon pour la vente civile et la vente commerciale, alors que le délai de réclamation est différent, étant de 8 jours pour la vente civile et „sans délai“ pour la vente commerciale ce qui doit être interprété comme „au jour de l'exécution du contrôle“.

Mots-clés: *Défaut matériel. – Responsabilité. – Examen de marchandise. – Réclamation.*

Srđan Stojanović*
Aleksandar Jakšić**

UNTERSUCHUNGSPFLICHT UND MÄNGELRÜGE AUS DER SICHT DER HAFTUNG DES VERKÄUFERS FÜR SACHMÄNGEL

Zusammenfassung

Das für den Kaufvertrag maßgebende Recht wird laut Art. 23 des Gesetzes über internationales Privatrecht auch auf die Fragen der Rechtsnatur, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Ausbleibens der Untersuchung und Mängelrüge angewandt. Nach der Ratifizierung des Wiener Übereinkommens über Warenverkauf kennt das jugoslawische Recht zwei Arten der rechtlichen Behandlung des Kaufvertrags – die Behandlung gemäß dem genannten Übereinkommen und die Behandlung gemäß dem Gesetz über Schuldverhäl-

* Dr. Srđan Stojanović, Rechtsanwalt aus Belgrad.

** Dr. Aleksandar Jakšić, Dozent an der Juristischen Fakultät in Belgrad.

nisse. Diese Arten sind sehr ähnlich, so dass angenommen werden kann, dass unsere Gerichte auf alle Rechtsfälle eigentlich die Regelung des Gesetzes über Schuldverhältnisse anwenden würden, an welche sie schon gewohnt sind. Hinsichtlich der Rechtsnatur der Untersuchungspflicht und der Mängelrüge wird hier betont, dass es sich nicht um die Pflicht im traditionellen Sinne, sondern um eine spezifische Obliegenheit im eigenen Interesse handelt, für welche die Bezeichnung „Notwendigkeit“ vorgeschlagen wird. Bei der Anwendung der Regelung, auf welcher diese Notwendigkeiten gründen, muss ihre dispositivo Natur beachtet werden, was eine automatische Anwendung ohne Feststellung des (Nicht)Vorhandenseins des Willens der Parteien diesbezüglich ausschließt. Wegen der Tatsache, dass die Regelung des Wiener Übereinkommens Ergebnis eines politischen Kompromisses der Vertreter verschiedener Rechtssysteme ist, enthält dieses Übereinkommen sehr vage Normen über Untersuchungspflicht und Mängelrüge. Die Regelung des Nationalrechts (Gesetz über Schuldverhältnisse, Allgemeine Warenverkehrsregeln) ist da etwas präziser. Die Fragen bezüglich der Untersuchung sind auf dieselbe Art und Weise sowohl für Handelskauf als auch für Nichthandelskauf geregelt, während die Rügefrist unterschiedlich geregelt wird, da sie beim Nichthandelskauf 8 Tage beträgt, und beim Handelskauf gilt die Bestimmung „unverzüglich“, was als „am Tag der Untersuchung“ auszulegen sei.

Schlüsselbegriffe: *Sachmängel. – Haftung. – Untersuchungspflicht. – Mängelrüge.*

Драган М. Митровић*

МОЖЕ ЛИ ПРАВО ДА СЕ САЗНА: „ШТА ЈЕ ПРАВО?“

Девет теза са коментарима

*Човек је тикако срећно удешен
да нема никаквог тачног мерила
истинитости, али зато има више
изврсних мерила неистинитости.*

Блез Паскал

Пошто су сазнање и коначно дефинисање права налазе се изван људских могућности. Право се никад не подудара са својим појмом и дефиницијом, није се појам права подудара са својом дефиницијом. Стварне људске могућности за сазнавање, одређивање и дефинисање права веома су ограничена, а границе непоуздане, и због тога што су појам и дефиниција права увек релативни, субјективни, и никад сасвим истинити. Али, ако нису истинити, они су „солидни“ као су истиправни и пододни за раз. Тад су и корисни. Уосталом, развој права и није ништа друго до најдештајније између најразличитијих теорија и схваћања. Стога уместо истинитости треба тежити ка корисности као циљу за сазнавање и одређивање права, и то тикако да се право конвенционално дефинише као зод је што можуће. Чак и као има много конвенционалних појмова и дефиниција права, економичност налаже да се у правном саобраћању користи само једна или неколико њих. Ипак, изледа да је најближи холистичкој природи права, и, стога, најпододније и најкорисније за његово одређивање, оно које се посматра коришћењем тзв. „средишњих“ или „жаршиних“ дефиниција. То је због тога што је право, као динамичка и сврсисходна холистичка творевина која се распросире у стварности, у целости истијујено значењем и смислом.

Кључне речи: *Појам права. – Правни холизам. – Правна етическомологија. – Правна теорија.*

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

ПРВА ТЕЗА
ПОТПУНО САЗНАЊЕ И КОНАЧНО ДЕФИНИСАЊЕ
ПРАВА НАЛАЗЕ СЕ ИЗВАН ЉУДСКИХ МОГУЋНОСТИ

Право не може да се одреди једном засвагда, на апсолутан, објективан, истинит, потпун, свеобухватан, целовит или неки други сличан начин, нити постоји таква дефиниција права. Потпуно сазнање и коначно дефинисање права налазе се изван људских могућности.

* * *

Изгледа да је једно од генеричких човекових својстава и то да може постављати питања на која никад не може коначно одговорити. У ред таквих сталних питања спада и питање: шта је право? И то питање, као и друга стална питања, на свој начин сведочи о људској теодицејској трагичности. Потпуно сазнање и коначно дефинисање права нису привилегија људи, већ право богова.

ДРУГА ТЕЗА
ПРАВО СЕ НИКАД НЕ ПОДУДАРА СА СВОЈИМ
ПОЈМОМ И ДЕФИНИЦИЈОМ

Немогуће је постићи целовито, потпуно сазнање права. Постоје само покушаји да се то постигне. Пошто није сазнатљиво у целости, право се никад сасвим не подудара са својим појмом и дефиницијом. Правна појава је неупоредиво сложенија од било ког изабраног скупа својих суштинских одредаба или свог систематизованог исказа. Постоји право, његов појам и његова дефиниција.

* * *

У ствари, постоји једна до краја несазнатљива правна појава и готово безброј покушаја да се она сазна, одреди и дефинише. Постоји право и постоје тврђње о томе шта је право. Та несразмера јасно доказује да се право никад не подудара са својим појмом и дефиницијом. Уз то, и раскол у човековој целовитости – та подвојеност разума и чула – онемогућава да сазнамо целину права и пружимо коначан одговор на ту чисто људску запитаност. Само изузетно, у посебним тренуцима (инспирације, надахнућа или, чак, откривења), постоји мање-више одређена представа о томе шта би све могло да буде право, али је то готово немогуће до краја изрећи. Као кад су св. Августина питали шта је време, тако стоји ствар и са правом: Кад не питате, знам; кад питате, не знам!

ТРЕЋА ТЕЗА НИ ПОЈАМ ПРАВА НИКАД СЕ НЕ ПОДУДАРА СА СВОЈОМ ДЕФИНИЦИЈОМ

Појам права се увек разликује од своје дефиниције. Дефиниције су увек сиромашније од појма и саме правне појаве. Кад одређујемо појам права, тад крећемо од појаве; кад дефинишемо право, полазимо од његовог појма. И никад се не дешава да се ове две ствари сасвим подударе. Људска несавршеност може да произведе само нову несавршеност. Не постоји савршено право.

* * *

Главни узрок томе, чак и кад смо надахнути најузвишенијим намерама, налази се у несавршености категоријалног апаратса и језика, којима се користимо. Изгледа да Витгенштајн није сасвим у праву (кад тврди: „свака реч има неко значење. То значење је у корелацији с речју. Оно је предмет уместо кога стоји реч“)¹, јер не постоји потпуно подударање између „предмета“, „значења као предмета“ и „речи која стоји уместо њега“, па самим тим ни подударање између појма и дефиниције права. Значење омогућава само то да „предмет“, тј. правну појаву, посматрамо у његовом одразу (на пример, мисао или рачунарски модел као виртуелне појаве нису предмет, али јесу носиоци значења), док речи имају само техничку и прагматичку улогу у формулисању значења, као што имају техничку и прагматичку улогу у формулисању теорија.² Дакле, да бисмо право изразили, морамо да расположимо некаквим (претходним) знањем о њему. Али, дефинишући право, никад нисмо у стању да то учинимо до краја. Због тог чисто људског ограничења, тог израза људске несавршености, ми нужно сужавамо, осиромашујемо и оштећујемо разноврсност правне појаве и, што је још горе, на тај начин се лишавамо могућности да исправно мислимо о праву. Да ли је због тога тачнија тврдња да онај ко не зна да мисли, не зна ни да говори, или, пак, тврдња да онај ко не зна да говори, не зна ни да мисли? Која је од ових тврдњи важнија за право: она која од правне појаве иде ка дефиницији права, или она која то чини обратно, од дефиниције ка појави? И да ли због тога уместо једног увек постоје два појма права: један, несазнатљив до краја, и други, нетачан до краја?

¹ Л. Витгенштајн, *Филозофска истраживања*, Београд 1980, стр. 39.

² К. Попер, *Трајање без краја. Интелектуална аутоиографија*, Београд 1991, стр. 29–30.

ЧЕТВРТА ТЕЗА
СТВАРНЕ ЉУДСКЕ МОГУЋНОСТИ ЗА САЗНАВАЊЕ,
ОДРЕЂИВАЊЕ И ДЕФИНИСАЊЕ ПРАВА ВЕОМА СУ
ОГРАНИЧЕНЕ, А ГРАНИЦЕ НЕПОУЗДАНЕ

Сазнавање права и његово одређивање скопчано је са великим тешкоћама, али и само његово дефинисање производи знатне тешкоће. Неуспех да се право у целости сазна и потпуно одреди (због људске несавршености, тј. неподударања права са својим појмом и дефиницијом, као и самог појма права са својом дефиницијом) указује на неколико важних ствари о ограниченим људским могућностима и непоузданим границама за сазнавање, одређивање и дефинисање права.

I

Појам права је релативан и све дефиниције права су релативне

Појам права је увек релативан и променљив, зато што је наше знање о праву увек недовољно и непоуздано. И све дефиниције права су релативне и променљиве пошто се користе недовољним и непоузданим појмовима који зависе од тога шта се сматра одлучујућим у правној појави, а она има готово безброј обележја која је стално преображавају. Зато право с једне стране не изгледа као с друге, нити садашње право изгледа као некадашње. Појам позитивног права је релативан и због посебности, променљивости и партикуларности тог права, док је природно право још релативније, упркос својој замишљеној сталности и универзалности, јер је наше знање о њему још мање доволно и поуздано. Није релативно у наведеном смислу и не мења се само изумрло право. Али, његов појам је ипак релативан и променљив, јер наше знање није постало доволно и поуздано зато што је оно престало да важи.

* * *

Не постоји коначан, апсолутан одговор на питање шта је право, нити у стварности постоји некакав објективан појам права који неспорно може да се докаже. То као да потврђује и природа људског сазнања, у коме само лично замишљене крајности можемо јасно и да одредимо, док њихово даље прецизно мерење и поређење изазива знатне тешкоће. „Више“ и „мање“ су незвани, али неизбежни гости у праву. Али, ако право не можемо да одредимо и објаснимо једном засвагда, то још не значи да право уопште не можемо да одредимо и да не можемо да пружимо све боље дефиниције права, које ће све више да наликују на његову идеалну, потпуну и коначну дефиницију. Ни физичари у наведеном смислу

не могу да одреде шта је струја, ни филозофи шта је свет, а ни теолози шта је Бог, што их не спречава да користе струју, објашњавају свет или верују у Бога. (Вероватно само врсни математичари расположују том задивљујућом способношћу да баратају апсолутним и да се суверено крећу тим светом, чак и кад тачно не наслућују шта је то.) Најзад, и сама правна наука чини да појам права буде такав. Бројни правци, школе, гледишта и дефиниције права то јасно показују. Вероватно да су управо такве тешкоће са одређивањем појма права својевремено навеле Канта да примети како „правници још траже дефиницију за свој појам права“,³ а нешто касније и Дел Векија да закључи како „свако приближно зна шта је право, али да прецизна дефиниција права изазива знатне по-тешкоће“.⁴ И данас је тако.

II

Појам и дефиниција права увек су субјективни

Појам и дефиниција права увек су субјективни зато што представљају наше мисаоно пројектовање оног што сматрамо правом. То пројектовање сучељава се са увиђањем неизбежног: оно је увек субјективно. Кад утврђујемо шта је право, тврдимо само оно што лично (дакле, субјективно) претпостављамо да јесте право. А таква тврђња је оборива. Она није сигурна, већ извесна. У најбољем случају, таква тврђња је објективизована, што значи да се њен творац ипак некако уздигао изнад личног, али није објективна, јер је и даље релативна и променљива, тј. субјективна. Уз то, ни наше виђење права никад није исто са виђењем неког другог. (Ни два ока не виде исто, а камоли четири.) Исто то дешава се и са нашим појмовима и дефиницијама права.

* * *

Због тога смо присиљени да стварамо читаве мисаоне мреже приликом изградње представе или појма права. Али, чак и кад није тако, кад су они само у знатној мери рационализовани, и тад су субјективни. Уз то, опажање права не зависи само од нашег разума или од стварних подстицаја, већ и од нашег претходног искуства, очекивања, културе којој припадамо. Изгледа да је стварност, па самим тим и право, само производ нашег мозга. Наш мозак није машина која чита свет већ машина која га прави! Прво тумачимо свет, а затим стварамо правни свет којим по жељи можемо да манипулишемо. Тако свако има своју стварност и своје виђење права.

3 И. Кант, *Критика чистог ума*, Београд 1958, стр. 585.

4 G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Paris 1953, стр. 431.

III

Појам и дефиниције права никад нису сасвим истинити

Појам и дефиниције права никад нису сасвим истинити, већ само мање-више уверљиви и, евентуално, проверљиви. Кад тврдимо да је нешто истинито, тад кажемо само *што* што лично претпостављамо да је нешто истинито. И никад не можемо тврдити да *што* нешто збиља јесте потпуно истинито. Постоји само лична истина, која то није. Кад тврдимо да је баш то право, тад само тврдимо да је то за нас право, да је то наше лично увиђање истинитог права. Речју, никад не можемо тврдити да знамо шта је истинито право. То важи и за било која два схватања или две дефиниције права с истим настојањима. Ипак, људима је прихватљивије да се користе претпостављеном, личном истинитошћу него степенима истинитости.

* * *

Ако је „значење неке речи начин њене употребе“, како тврди Витгенштајн, тада је истинитост „у неку руку тон којим кажемо како ствари стоје, али из тога не закључујемо да смо у праву“.⁵ То чинимо износећи „тврђење о стварности, тврђење с разним степенима поузданости“, поступајући са „пуном извесношћу“ која је „само наша“,⁶ јер истинито и погрешно означавају само „екстремне тачке на скали“.⁷ А и то је плод нашег разума и одлуке да негде застанемо. Истина је, другим речима, недостижна вредност, на чијем се другом крају налази „погрешност“ (Х. Рајхенбах, Х. Цефриз).⁸ Она се налази иза хоризонта нашег сазнања, због чега је оно што обично сматрамо истином оповргљиво. Потпуна истинитост, дакле, не може да се докаже. Таква истинитост може само да увери људски дух. Ни исказ да наука пружа истинита, тј. истуствено проверљива сазнања, не може научно да се докаже јер је реч о филозофском исказу, а он је само уверљив. Тако читава зграда науке почива на уверењу, а не на доказу. Због тога истину као циљ треба заменити расправљањем о „степенима истинитости“, „степенима рационалне вере“ или „степенима вероватности“ (Џ. М. Кејнс),⁹ тј. расправљањем о броју, вероватности и тежини употребљених аргумента (К. Попер).¹⁰

Пошто је истина недостижна и не може да се докаже, научно знање је само „хипотетичко“ и „неистинито“, чак у још већој мери

5 Л. Витгенштајн, *О извесности*, Нови Сад 1988, стр. 16, т. 61.

6 *Истио*, стр. 17 и 34, т. 66 и 174.

7 H. Reichenbach, *The Rise of Scientific Philosophy*, Barkley 1968, стр. 359.

8 H. Jeffreys, *Theory of Probability*, Oxford 1848, стр. 341. и H. Reichenbach, *истио*, стр. 411.

9 J. M. Keynes, *A Treatise of Probability*, London 1957, стр. 71–78.

10 К. Попер, *истио*, стр. 93.

нега што је „извесно или вероватно истинито (у смислу рачуна вероватноће)“.¹¹ Сходно томе, основно истраживачево руководно начело треба да буде „погодност за рад“, а не истинитост добијених исказа (Л. Витгенштајн).¹² То је због тога што је човек тако „срећно удешен да нема никаквог тачног мерила истинитости“, али зато има „више изврсних мерила нетачности“.¹³

Из тврђење да је истина недостижна а научно знање неистинито, може да се изведе још један закључак. Ако су сви закони само импликације вероватноће, онда се и правна наука односи само на аргументацију коју користимо. Истинитост њених искусствених ставова припада само нашем „референтном систему“.¹⁴ То значи да више не може да се расправља чак ни о различитим степенима истинитости, већ само о „различитим степенима према којима су добијени резултати уверљиви или неуверљиви“.¹⁵ Па ипак, проблем може једноставно да се реши кад прихватимо да је знање могуће постићи само као „коинциденцију сигурне рационалне вере и чињеничног стања“.¹⁶ На тај начин, сачувана је веза знања са стварношћу и могућност да се на конвенционалан начин користимо истинитошћу.

IV

Појам и дефиниција права – иако нису истинити – „солидни“ су кад су исправни и погодни за рад

Немогућност да се појам права до краја истинито одреди и дефинише не укида могућност да се право исправно одреди и дефинише. Исправност је правилно поступање. Нешто је исправно урађено зато што је изведено на правilan, систематски и стручњачки начин, а не зато што је истинито. Уз то, оно што је исправно мора да буде и погодно за рад (примењивачка исправност). И то је то „неистинито“ виђење ствари. Исправно право, дакле, није истинито већ „солидно“, јер је погодно за рад и корисно.

* * *

Како примећује Паскал, „човек је само створење пуно заблуде, урођене, и неизгладиве без вишње милости. Ништа му не указује на истину. Све га обманује: ова два извора истине, разум и чула, осим тога што сваком од њих недостаје истинитост, обманују узајамно једно друго. Чула обманују лажним привидностима; а ту исту варку коју наносе разуму добијају после од њега: он им

11 Л. Витгенштајн, *истио*, стр. 127, 130–132 и 140.

12 *Истио*, стр. 140.

13 Паскал, *Мисли*, Београд 1988, стр. 72, т. 82.

14 Л. Витгенштајн, *истио*, стр. 19, т. 83.

15 J. M. Keynes, *истио*, стр. 3.

16 *Истио*, стр. 11–12.

враћа мило за драго.“¹⁷ Па ипак, може се рећи да је знање које пружа правна наука „солидно“ кад може да буде потврђено у целини; кад може да се потврди само један његов део, док је остатак способан да се и даље постепено потврђује; као и кад постоји неки разлог који нашу веру у неки садржај рационално оправдава.¹⁸ Исправно право, дакле, никад није истинито, али је увек солидно кад је погодно за рад и корисно.

V

Појам и дефиниција права – кад су исправни и погодни за рад – увек су корисни

Уместо ка истинитости морамо да тежимо оном што је људски могуће: ка корисности, поткрепљеној исправношћу и погодношћу за рад. Само таква корисност може да послужи као поуздано мерило. Сходно томе, исправно је и оно што је корисно, иако оно што је корисно не мора да буде ни исправно ни истинито. Кад кажемо да је нешто корисно, тад мислимо на исправан и погодан начин постизања неког добра, ма како да је то добро схваћено. У правној науци користан је онај појам и погодна је она дефиниција права који омогућавају стицање нових сазнања о праву. Највећа корисност, пак, постиже се најстрожим испитивањем права или истим таквим испитивањем замисли о томе шта је право. Корисност без исправности је штетна, а без погодности за рад недостижна.

* * *

Дакле, право постоји зато што је корисно. Некорисно право не постоји. Такво право се или мења или је бивше. Корисност је доказ да је право сврховита друштвена творевина. Зато право питање није то да ли корисност може да буде мерило за сазнање и дефинисање права (јер она то јесте), већ у чему се састоји. А она се састоји у остваривању неког добра, неке друштвене, правне или чисто техничке вредности (на пример, правде, законитости или делотворности), под условом да је то постигнуто на исправан начин и да је корисно. Највећа корисност, пак, не значи да је остварено највише или највеће добро, већ да је оно постигнуто најстрожим испитивањем на најисправнији начин. Циљ је да се што је могуће више приближимо тим вредностима као пожељном добру, а не да их достигнемо, јер то није могуће. Тако схваћена корисност, до душе на нешто особенији начин, односи се и на вредност самог научног сазнања. Сходно томе, Коперникова теорија није истинитија од Птоломејеве теорије, иако су обе теорије исправне. Копер-

17 Паскал, *исціо*, стр. 72, т. 83.

18 H. Jeffreys, *исціо*, стр. 8–10.

никова теорија је само кориснија и погоднија за рад. То би подједнако требало да важи и за правне теорије, гледишта и дефиниције права у којима би корисност, подупрта исправношћу и погодношћу за рад, а не њихова истинитост, требало да представљају главно руководно начело. Дакле, све теорије и гледишта, и сви појмови и дефиниције права су корисни зато што су исправни и погодни за рад, а не зато што су истинити.

VI

Право треба да се одреди и дефинише конвенционално кад год је то могуће

Појам и дефиниција права су корисни кад су исправни и погодни за рад. Али њих може да буде готово безброј, што значи да се њима у безброј различитих степена и нијанси постиже намеравани циљ, тј. неко добро. Зато се из сасвим практичних разлога примењују само најкориснији појмови и дефиниције. И само такви појмови и такве дефиниције права постају конвенционални. Они су ствар разумног договора људи о томе шта ће уобичајено да се сматра и назива правом. Кад су срочени у најскорије време, они су нови, али увек са ограниченим временским важењем – онолико док су корисни.

* * *

Право можемо слободно да одредимо и дефинишемо, па чак можемо у различитим ситуацијама да користимо различите појмове и дефиниције права. То подсећа на божанску стваралачку слободу. Али, таква слобода није пука самовоља, јер је самовоља недоследна и непоуздана, што право не сме да буде. Најважније је да таква слободна употреба појмова и дефиниција права није оправдана – не само што не може да издржи најстроже захтеве корисности, већ није ни практична. Право не постоји због задовољавања личне радозналости и жеља; оно служи заједничким људским потребама. И зато готово безброј појмова и дефиниција права треба сводити на конвенционалне појмове и дефиниције кад год је то могуће.

VII

Конвенционалних појмова и дефиниција права има готово безброј, мада се у правном саобраћању користи само једна или неколико њих

Кад испитујемо све замишљене стране права, тад слободно можемо да изаберемо одговарајући конвенционалан појам и дефиницију. Штавише, истовремено можемо да користимо више таких конвенционалних појмова и дефиниција ако је то оправдано. Исто

то можемо да чинимо и кад испитујемо само једну, било коју страну права. А таквих страна је безброј. Зато је и безброј посебних конвенционалних појмова и дефиниција права, од којих се у убичајеном академском или практичном саобраћању користи само једна или неколико њих.

* * *

Готово безброј конвенционалних појмова и дефиниција права такође доводи до договора о томе шта ће у нормалном академском саобраћању уобичајено да се сматра и назива правом, а број таквих појмова и дефиниција није мали. У свакодневном саобраћању, пак, користи се само један или, евентуално, неколико таквих конвенционалних дефиниција. У том смислу, право представља или академски договор о томе које ће значење да се дâ једној до kraja несазнатљивој правној појави или практичан договор о томе како ће да се примењује важеће право. Ни такви конвенционални појмови и дефиниције нису трајни, зато што се користе онолико колико су корисни.

ПЕТА ТЕЗА ПРАВО ЈЕ ХОЛИСТИЧКА ТВОРЕВИНА

Право је потпуна, свеобухватна, целовита, сложена и системски уређена холистичка творевина. Оно располаже органском процесуалношћу, тј. свеповезаношћу и међупрежимањима на макро и микроплану као атрибутима, и динамичношћу као стањем. Захваљујући томе, право се појављује као једно сложено ткиво у коме се различите међуповезаности измењују, преклапају, комбинују и на тај начин одређују текстуру целине. Као такво, право надилази прави свет и сâмо сачињава читав један посебан правни метасвет. Оно је „Једно“, али је истовремено и део света који је такође „Једно“. Кад се право тако схвати, тад може да се одреди и дефинише на било који начин под условима који су наведени у претходној тези. И све такве дефиниције права су исправне, погодне за рад и корисне, али ниједна не може да буде сасвим истинита. Па ипак, изгледа да је најприближније холистичкој природи права и, стoga, најпогодније и најкорисније за његово одређивање, оно које се постиже коришћењем тзв. „средишњих“ или „жаришних“ дефиниција.

* * *

На питање шта је холизам одговорио је већ Аристотел, говорећи о целини на следећи начин: „Цело је нешто чему, прво, не недостаје ниједан од делова на основу кога се природно може

назвати целим, и које, друго, своју садржину тако обухвата да је једна.“¹⁹ Та Аристотелова тврђња (за сада) може да се допуни на следећи начин: „цело има већ у органском систему могућност замене, допуне, регенерације, наспрот машини која тога за сада нема“ (до примене нанотехнологија). Речју: „Све целином обухваћено проистиче из целине, њен је атрибут. Поједине функције добијају своју боју, свој карактер од целине којој припадају и необјашњиве су ако се узму саме за себе и као збир.“²⁰ То у потпуности важи и за право, које је такође једна целина. Ако у праву постоји ишта што је стално, то је његов холизам. Право је потпуно холистичко. И ужи делови права такође представљају посебне холистички организоване целине.

Да је право холистичка, свесно-планска творевина, доказује пре свега то што оно без холистичког приступа и третмана не може исправно да се схвати и објасни. О тој потреби да се свет и његове појаве (дакле – и право!) схвате и објасне холистички, Паскал каже: „Како би било могућно да један део упозна целину? – Него он ће можда тежити да упозна бар делове са којима је у сразмери? – Али делови света су сви у таквом односу и тако повезани један са другим да се мени чини немогућно да се један упозна без другог и без целине.“²¹ И управо због тога, холизам се појављује као одистински концепцијски оквир и подлога за научно истраживање права, као и за коришћење аналогија и паралела између неких старих и нових научних открића или бар мисаоних слика права.

Као холистичка творевина, право није самодовољно. Оно је део света који је и сам врхунска холистичка творевина. Дакле, право не може да постоји изван и мимо света. И оно дели судбину света, јер је са њим двоструко повезано: прво, као посебан локални систем права са глобалним системом света, и друго, као глобални правни систем са својим локалним правним подсистемима. На тај начин, право обухвата стварност, изражава је и претвара у правну стварност која на неки начин надилази обичну стварност као њена посебна метастварност. Оно је читаво саткано из најразноврснијих и најтананијих нити међуповезаности и међузависности, помоћу којих је створен читав један холистички свет права који изнова може да се тумачи и открива. Једно од изразитих обележја тог света, и доказ да је право холистичко, представља тзв. „посматрач“, који је увек „биће обдарено духом“. То је у најширем смислу сваки правни субјект. Без „посматрача“ уопште не може да се опази и разуме постојање посебног правног света, нити света уопште, а то

19 Аристотел, *Метафизика*, Београд 1960, I, 4.

20 Р. Вучић, „О појму целине“, *Богословље*, св. I, год. II (XVII), Београд 1958, стр. 66.

21 Паскал, *испхо*, стр. 61, т. 72.

јасно доказује да је право холистичка творевина која није сама себи довољна.

Да је право холистичка творевина доказује и то што његов обим не може прецизно да се одреди. Право можемо да разликујемо од других појава, али не можемо до краја да га разграничимо од њих.²² И никад не можемо да кажемо шта тачно спада а шта не спада у право, јер чак и оно што данас није предмет правног регулисања, већ сутра то може да постане. Сва правна стварност је у прелазима и преливима, због чега су и границе права непрецизне и флуидне. Али то није једини разлог; у том холистичком правном свету истовремено постоје и испреплетано делују експлицитан и имплицитан правни поредак, тј. поредак који је настао свесно-плански и поредак који је резултат спонтаног самоуређивања. Оба поретка су у сталном међудејству и преплитању, што доводи до уравнотежавања тако да право буде сврховито, делатно и делотворно.²³

Право није само целина, оно је изузетно сложена целина у сталној осетљivoј (не)равнотежи. Оно утиче на понашање људи, на мењање друштва, омогућавајући да се људи понашају регуларније него што би то иначе чинили кад би се понашали самовољно. На тај начин, право уноси у људске односе неопходну извесност или предвидљивост, којих не би било да нема права. Међутим, циљ права представља само једну посебно важну страну, од његових многих других важних страна и значења. Право располаже и својом идеалном (надискуственом), и својом реалном (искусственом) страним и значењем. Оно је истовремено и вредносна, и друштвена, и политичка, и економска, и логичка, и језичка, и, претпостављено, „чисто“ правна појава. Оно је, исто тако, и знање и техника, и поглед на свет и решење конкретног случаја. И све те различите стране, као и многе друге стране, јасно показују да је право холистичка творевина.

И савремена правна наука са својим новим парадигмама подстиче нас да прихватимо један много танацији холистички поглед на право, онај који је супротан схватању права као детерминистичке машине, а судије као логичког аутомата. Захваљујући развоју научне мисли, право може да се дели на различите групе међуповезаности. Оно што може да се издвоји јесте она врста међуповезаности која је у правној појави од највећег значаја. Право се, према томе, јавља као једно сложено ткиво у коме се различите међуповезаности изменjuју, преклапају или комбинују, и на тај начин одређују текстуру целине.

22 K. Stoyanovitch, *Le domaine du droit*, Paris 1967.

23 Видети: Д. М. Митровић, *Пут ћрава. Холистичка парадигма светла и ћрава у светлу теорије хаоса и ћравне теорије*, Београд 2000, стр. 333.

Таквој холистичкој суштини права треба да буде прилагођена и његова дефиниција. Најпогодније су за рад и, сходно томе, најкорисније тзв. „средишње“ или „жаришне“ дефиниције, сачињене по узору на Аристотелово и Финисово решење.²⁴

ШЕСТА ТЕЗА СВЕТ ПРАВА РАСПРОСТИРЕ СЕ У ТРИ ХОЛИСТИЧКЕ СТВАРНОСТИ

Право истовремено обитава у три холистичке стварности: физичкој, актуелној и виртуелној. Сходно томе, постоје и три главна холистичка света права: „прави свет“ (свет физичке стварности), „правни метасвет“ (свет правне метаструктуре) и „правни метасвет“ (свет метаправне метаструктуре).

Све три холистичке стварности, три света, рас простирају се попут кругова који су тако повезани да се увек међусобно укрштaju. Средишње место права налази се у правном метасвету, као посреднику између физичког света и метаправног метасвета идеја.

* * *

Шта је свет? Да ли је свет уопште сазнатљив? Ако је несазнатљив или бар није сазнатљив до краја, онда је стварност само производ нашег мозга који не чита већ ствара свет.

Постоји с тим у вези једна веома интересантна и сасвим модерна теорија тзв. морфогенетских поља, која на питање шта је свет одговара разматрањем односа значења и бивствовања, тј. виртуелног и физичког света.²⁵ Према њој, значење или смисленост, а не сама материја, представљају основне квалитетете стварности. Стварност је посредно садржана у значењима, јер све оно што знамо о стварности мора да буде у неком односу са оним што нам то значи. А то казује да је значење увек целина! Суштина је, дакле, у томе да у крајњој линији нема раздвајања, иако значење не мора увек да буде стално. Кад на пример тумачимо неку теорију, долазимо до њеног значења. А теорије су по правилу увек вишезначне, што показује да је само значење такво да никад не можемо да досегнемо врхунско, крајње значење. Па ипак, значење је неисцрпно, упркос том свом значајном ограничењу. Оно нема граница пошто је бескрајно вишезначно и у сваком поједином случају за-

²⁴ Видети: Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутић и Д. М. Митровић, *Увод у право*, Београд 1999. и К. Чавошки, *Увод у право I. Основни појмови и државни облици*, Београд 1994.

²⁵ Видети: Д. Бом, Р. Шелдрејк и сарадници, „Да ли је значење бивствовање“, *Културе Исслока*, бр. 27, год. VIII, Београд, јануар-март 1991, стр. 25–28.

виси од контекста у коме се користи. Како се мења контекст, тако се мења и значење, а са њим и бивствовање.

О вези значења и бивствовања, Дејвид Бом, један од најистакнутијих представника ове теорије, каже: „значење *посијаје* бивствовање (и обрнуто) [...] значење и бивствовање почињу да *одражавају* једно друго. Али, на крају, значење *јесиће* бивствовање. Као и у случају форме и садржине, ми правимо дистинкцију између значења и бивствовања да бисмо изразили своје мисли. Али та дистинкција не имплицира стварну разлику – то је начин на који схватамо једну у крајњој инстанци недељиву целину. На ступњу на коме значење и бивствовање одражавају једно друго, можемо да их третирамо као да су раздвојени. Али на дубљем ступњу, значење и бивствовање морају да се посматрају као суштински једно.“²⁶ Бом наведену тврђњу објашњава тиме што значење и смисао повезује са информацијом. Према њему, оперативан појам у вези са информацијом јесте појам облика (форме). Да би информација постала форма, потребно је да она располаже неким значењем. „Информисати“ значи „ставити у форму“, „убличити“ неко значење. Зато промена значења доводи до промене форме. Промена форме информације, пак, доводи до промене њеног садржаја, а тиме и до промене њеног значења! Другим речима, свака форма која има неко значење може да створи потенцијалну или актуелну информацију која је релевантна и за виртуелни и за физички свет. Како примећује Фритјорф Капра, такво разјашњење појма стварности, макар само „у једној области истраживања – у којој се све јасније спознаје да обрасци материје и обрасци ума одражавају једни друге – обећава отварање фасцинантних области знања“.²⁷

За саму тврђњу да се свет права истовремено распростире у физичкој стварности, правној метастварности и метаправној метастварности, посебно је подстицајно Поперово истраживање проблема регуларности и, с тим у вези, постојања три света: „свет 1“, „свет 2“, „свет 3“²⁸ захваљујући чему могу да се извiku интересантне аналогије и закљуци о три главна холистичка света или три холистичке стварности права.

Први, „прави свет“ (свет физичке стварности) представља физички свет, свет физичких ствари и сила у најширем смислу речи. То је природни свет „без почетка и краја“, „као целина непроменљиво велик“, „окружен оним ништа као својом грани-

26 *Истио*, стр. 25–26.

27 Ф. Капра, *Tao физике. Истраживање паралела између савремене физике и источњачког мистицизма*, Београд 1989. стр. 381.

28 К. Попер, *истио*, стр. 237 и 247.

цом“.²⁹ У том динамичком, процесуализованом физичком свету у одређеном тренутку његовог развоја појављује се човек као „биће обдарено духом“, а затим се појављује и право као саставни део тог света (јер у „бесконачном времену у једном тренутку могла би – у ствари мора! – да се достигне свака могућа комбинација“).³⁰ Право прво израња из тог света у облику материјалних правних извора, а затим се у њега поново утапа у облику материјализованог значења као остварено, опредмећено право. У том физичком свету узрока и последица, право – и по свом постанку, и по произведеним последицама – постоји као нешто што „јесте“.

Други, „правни метасвет“ (свет правне метастварности) јесте свет мисаоних процеса и субјективних искустава који наткриљује физичку стварност, производећи последице којих не би било да нема права. То је dakле актуелни свет у коме обитава „биће обдарено духом“, способно да сазнаје, ствара, испитује и примењује право. Из тог света мисаоних процеса и субјективних правних искустава, право сврсисходно делује на праву стварност. (Брак као фактичко саживљавање мушкарца и жене не производи исте последице као правно закључен брак који се не конзумира.) Зато правни метасвет наткриљује и надилази физичку стварност, производећи своју, посебну правну метастварност из које делује у физичкој стварности. У том правном метасвету право истовремено постоји и као нешто што „јесте“, и као нешто што „треба да буде“. Оно „јесте“, јер је значење врста постојања. Али, оно је и нешто што „треба да буде“, јер је реч о детерминисаном значењу издатом у облику сврсисходне заповести која треба да се материјализује.

Трећи, „метаправни метасвет“ (свет метаправне метастварности) представља свет правних исказа, теорија, проблема и (критичких) тврдњи. Он је чист производ људског ума и људске активности. Као такав, он је чисто виртуелан свет правних идеја, који наткриљује и физички свет и правни метасвет. Али, тај метаправни метасвет у ширем смислу обухвата и све производе људског ума (правне појмове, институције, процедуре или правничка дела). Па ипак, то нимало не утче на његову стварност, јер је он стваран као и сви људски производи уопште – од језичких кодова до таквих друштвених установа какве су „универзитет или полиција“. Он има своју историју (историју наших идеја) и своје вредности (које је створио човеков ум). Али, иако чисто виртуелан, ни он није самодовољан, јер ништа што постоји није лишено значења и сврхе. И његов садржај, макар сасвим посредно и само једним делом, односи

29 Ф. Ниче, *Волја за моћ*, Београд 1976, стр. 431.

30 *Истио*.

се на право које се распостире у претходна два света. То је свет метаправне метастварности, свет у коме је право увек нешто што „треба да буде“.

Метаправни метасвет је производ људског ума. Ми смо ти који стварамо објекте тог света. А то што ти објекти имају своје прирођене и аутономне законе који стварају ненамераване и непредвидљиве последице, само је један пример (мада крајње занимљив) много оштијег правила, правила да сви наши поступци имају такве последице. Зато на метаправни метасвет треба гледати као на производ човекове активности, и то оне чије су последице за нас исто онолико велике као у физичком окружењу, или и веће. Постоји једна врста повратне спрете код свих човекових активности: „делајући, ми увек, посредно, делујемо и на себе“.³¹

Али, постоји још један посебан виртуелан, рачунарски метаправни мета-метасвет, који настаје кад наш метаправни метасвет доведемо у везу са рачунарском симулацијом и готово механички га трансформишемо у тај рачунарски свет. И тада тај посебан метаправни мета-метасвет, као „својеврсна рачунарска аналогија природног света у свету идеја“, постаје аутономан и делотворан истовремено. Он је аутономан јер може да постоји и развија се независно од наших представа о њему, а делотворан је зато што на нас делује као што и ми делујемо на њега. Али, тај свет може да буде и својеврсна рачунарска аналогија наших идеја, кад још више може да постане аутономан и делотворан, чак у тој мери да измакне нашој контроли.

Свет није исто што и природа. Он је у сваком погледу шири од природе. Он је истовремено све што постоји, све што може да се изрази и све што никад не може да се замисли. Природа је само хардверски део света. Остало је драгоцености софтверски део, који чине наше идеје, правни искази, теорије, проблеми, (критичке) тврђње, мисаони процеси и субјективна искуства. Па ипак, сва три главна холистичка света су сврховита, иако на различит начин и у различитом обиму. Први, физички свет је свет материјалних извора права и материјализованог, опредмећеног права. Правни метасвет је свет формалних извора и систематизованог права у најширем смислу. Метаправни метасвет је свет правних идеја (исказа, теорија, проблема и критичких тврђњи). И пошто први свет сам по себи није делатан, а трећи делотворан, између њих постоји правни метасвет који се појављује као посредник између првог и трећег света, између чисте материје и чистих идеја, обезбеђујући на тај начин неопходну холистичку повезаност, смисленост и сврховитост сва три света.

31 К. Попер, *исτο*, стр. 236–237.

СЕДМА ТЕЗА

ПРАВО ЈЕ СВРСИХОДНА ТВОРЕВИНА ИСПУЊЕНА ЗНАЧЕЊЕМ И СМИСЛОМ

Ништа што постоји није лишено значења и сврхе, тј. ништа није бесмислено и бесцјелно. А тај циљ је увек исти: успостављање складног облика, све до достизања хармоније. Зато схватање значења, смисла и сврхе задире до суштине ствари. То посебно важи за право које је у целости испуњено значењем, смислом и сврхом. У ствари, право је у тој мери испуњено значењем, смислом и сврхом да без њих не може да се разуме. А то значи да је и правна наука изразито телеолошка, јер помоћу значења, смисла и сврхе настоји да објасни законитости кретања и развоја права.

* * *

Учење о свету и природи који су испуњени значењем и смислом није ново; Аристотелово учење о појму „психе“ већ је представљало његову најзначајнију претходницу. То је случај и данас, кад се повезивањем духа са појавама физичког света и откривањем блиских веза између макро и микро појава – на шта упућује и Поперово учење о свету 1, 2 и 3 – показује да је основни циљ сваког права да се примењује, да производи дејства у стварности, и то дејства којих не би било да није духа који их у нормативном облику одређује и предвиђа. А то право јасно приказује као сврсисходну појаву испуњену значењем и смислом. Уосталом, кад год се сусретнемо са неком нама непознатом или необичном појавом, питања која себи постављамо гласе: Зашто је то такво какво јесте?, Какво је значење тога?, У чему се састоји сврха?, У каквом се односу то налази са целином – а управо су то питања која захтевају телеолошке одговоре.³²

Интересантно холистичко схватање права као сврсисходне творевине испуњене значењем и смислом, својевремено су заступали Ричард Хукер и Виљем Блекстон, мада се јасни наговештаји сусрећу већ код Пиндара и Демостена. Хукер је право „поистоветио са било којом врстом правила или закона (*canon*) којима су делатности (*actions*) регулисани“.³³ С друге стране, Виљем Блекстон о праву каже следеће: „Закон у свом најопштијем и свеобухватном смислу означава правило акције; па се без разлике примењује на све врсте акције, како живе тако и неживе, рационалне или ирационалне. Стога кажемо: закони кретања, гравитације, оптике или механике, као и природни и државни закони (*laws of nature and of nations*). И то је оно правило делатности које је прописао неко

³² Д. М. Митровић, *Пут јава*, стр. 196–198.

³³ R. Hooker, *Laws of Ecclesiastical Policy*, I, стр. 18. Наведено према: К. Чавошки, *исло*, стр. 16.

виши, а нижи је обавезан да се покори.³⁴ Сходно томе, у право спадају и природни и људски закони – тј. све врсте правилности које управљају како људским акцијама тако и збивањима у целокупном универзуму – који се подједнако односе на живу и неживу природу, дакле на све оно што спада у три холистичка света права.

Такво схватање је данас усамљено или сасвим напуштено, а значење, смисао и сврха права одређују се сасвим другачије. Уз то, све што је испуњено значењем и смислом не мора да буде сврсисходно. Па ипак, оно није неосновано, нити неисправно. Оно само није корисно у практичној правничкој делатности. У противном, свако ко би прекршио људске законе могао би да се извини тиме што није прекршио природне законе. И управо у том простору релативне слободе коју допушта природа – зато што значење и смисао никад нису унапред јасно одређени, али и кад то јесу, увек могу да буду неодређени и нејасни – људи проналазе и одређују сврху којом на делатан и делотворан начин прецизирају значење и смисао права. А они се увек састоје у успостављању, унапређивању или бар одржавању неопходне равнотеже и склада, све до постизања хармоније.

Леп пример, оличен управо у тако замишљеном хијерархијском устројству светског поретка, сусреће се и у делу Томе Аквинског. Саставни део те слике чине вечни (*lex aeterna*) и божански закони (*lex divina*), а затим њима подређени природни (*lex naturalis*) и људски закони (*lex humana*), који су на својеврстан начин садржани у позитивном праву (*ius positum*), чиме се показује како вечни закони, употпуњени динамичким силама привлачења и одбијања, као нека основна црта пролазе кроз колосалну зграду света огледајући се и у друштвеном животу људи. А то значи да се и у праву одражавају основни закони који прожимају цео свет (универзум). Ти закони, као и закони атомске физике, јесу статистички закони вероватноће.

Поменута схватања су корисна и због тога што показују да право не сме да пркоси законима природе. Ако се то ипак учини, ако се од људи захтева да чине оно што природа не допушта, такав захтев је неприродан а право несврсисходно и изопачено. Али, и кад није тако, кад природа допушта испуњење правног захтева, правотворац мора и те како добро да води рачуна о сврсисходности, жели ли да право буде у исто време исправно и ефикасно. Зато правотворац на самом почетку поступка стварања права мора прво да води рачуна о захтевима природе, па тек затим о својим захтевима и очекивањима других субјеката права. И ако он успе да усклади те две ствари, тада може рачунати да ће тако створено право бити делатно и делотворно. Ако, пак, правотворац оде у

³⁴ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, New York 1884, стр. 1. Наведено према: К. Чавошки, *исто*.

сасвим супротну крајност и своје захтеве потпуно изједначи са захтевима природе, ако на пример захтева да људи ходају, дишу или једу, такво право је немоћно, јер исто то људи раде и без права. Па ипак, могуће су и такве грешке приликом састављања права, пошто је створени „састав права“ ограничен тиме што правотворац (или ми сами) посматра право, што такорећи кроз нас као људска бића право посматра себе. А управо је такав телесолошки концепт у великој мери аристотеловски.

ОСМА ТЕЗА

ПРАВО ЈЕ ПРОЦЕСУАЛИЗОВАН ДИНАМИЧКИ СИСТЕМ ЧИЈЕ ЈЕ ПОСТОЈАНО СТАЊЕ ИЗВЕСНОСТ, А СВОЈСТВО ПРЕДВИДЉИВОСТ

Право је изразито динамична творевина у сталном – значењем, смислом и сврхом испуњеном – кретању које тежи успостављању равнотеже, склада и хармоније. Као такво, оно представља процесуализован метасистем чије је постојано стање извесност, а својство предвидљивост. Захваљујући томе, правна стварност може непосредно да се представи у својој пуној сложености и кретању, јер постоји непрекидно струјање и преплитање између три главна холистичка света права. То кретање се одвија у циклусима који право приказују као несавршену и до краја несазнатљиву појаву коју покреће трајна нестабилност. Право пулсира у универзалном ритму света, а са њим и мисао о праву.

* * *

Све је процес. Све што постоји налази се у стању динамичке равнотеже. И све што доспе до своје крајности, мора да се преокрене и претвори у сопствену супротност. Свет се развија све дотле док може да прими утицаје споља и изнутра. Зато процесуализованост представља начин на који се одвија циклично кретање света. То кретање је задато, али какво ће оно конкретно да буде – то није задато. У ствари, постоји једна врста динамичке равнотеже која је од суштинског значаја за разумевање света и заснивање његове холистичке слике као свепрежимајуће динамичке целине испуњене међузависношћу. Можда је ту холистичку слику најбоље описао Дејвид Бом следећим речима: „Сваки актуални ентитет понавља на микрокосмичком оно што универзум јесте на макрокосмичком плану. Сваки ентитет продире и учествује у целини света, штавише, у извесном смислу, све се у сваком тренутку налази свуда.“³⁵

35 David Bohm, *Wholeness and the Implicit Order*, London 1980, стр. 12.

Та слика у целости важи за право, које није нека статичка појава, дата једном заувек и непокретна у својој сталности. Напротив, право је динамична појава, која је у непрекидном кретању. У њему се правним актима непрестано стварају и укидају одговарајуће норме, настају, мењају се и престају одговарајући односи, мења се положај правних субјеката који врше различите материјалне радње понашајући се на одређен начин, сходно правним нормама, итд. И тај сталан покрет тече по одређеном реду, па се стога и зове *поредак*, што значи да су у самом поретку, у самом праву, садржана правила по којима се и ток и покрет врше. А то опет значи да унутар правног метасвета постоје два посебна света: правни метасвет правила (свет самих правила) и правни метасвет метаправних правила (свет правила о правилима). Првим се из тог правног метасвета уређује садржај правног саобраћања, а другим се утврђује поредак правних правила и људског понашања.

Али, кретање права не одвија се само према обрасцима поменутих правила, већ истовремено ритмично и циклично, у једној сасвим другачијој равни која укључује и саме обрасце поменутих правила. Такви обрасци кретања праву треба да обезбеде „извесност“ (која је стање свих динамичких појава и система) и „предвидљивост“ – у понашању људи и функционисању институција – (која је њихово постојано својство). А то у сасвим другачијем светлу приказује нека стална питања на која још није дат, нити ће изгледа икад бити дат коначан одговор: шта је свет, шта је стварност, шта је човек, какво је човеково место у свету и стварности, докле свет и човек могу да се развијају, да ли они уопште могу да се сазнају? Ако пак могу: кад, колико, како, итд. – све до питања којим смо започели: шта је право? Па ипак, покушаји да се на нов холистички начин одговори на ова питања, наговештавају могући нов приступ праву. На његовом почетку налази се стара идеја да је свет „Једно“, тј. да је део у целини и целина у делу. Такав приступ има суштинске последице за разумевање права, јер показује да су све појаве међузависне. А то значи да и право пулсира у истом ритму у коме пулсира свет и да је способно да се развија све дотле док може да прими утицаје из света чији је посебно важан део.

ДЕВЕТА ТЕЗА

РАЗВОЈ ПРАВА ЈЕ НАДМЕТАЊЕ ИЗМЕЂУ НАЈРАЗЛИЧИТИЈИХ ПРАВНИХ ТЕОРИЈА И ИСКУСТАВА

Развој права није ништа друго него надметање између најразличитијих правних теорија и искустава о томе како гласе конвенционалан појам и дефиниција права. Све теорије и дефиниције су

надахнуте тим такмичарским циљем. Али, то успевају само оне које су прошле најстроже испитивање, и то оне које обезбеђују највећу погодност за рад и корисност. За холистичко истраживање права најпогодније и најкорисније су холистичке теорије.

* * *

Кад год дођемо до неке корисне теорије, можемо да се запитамо: зашто је та теорија успешна? На то питање, које важи за све теорије, Карл Попер би одговорио: зато што је таква теорија издржала најстрожа испитивања и показала се научно корисном. Али, и таква теорија је само априксимативно истинита, какав је уосталом случај са свим теоријама. Ако су стара предања и учења тежила ка апсолутној истини, савремена наука тежи ка предвидљивости својих резултата.

Али како се долази до неке корисне теорије? На то питање је одговарио Вернер Хајзенберг, који каже: „најплодоноснији развој често се одиграва управо на оним тачкама где се сусрећу различите мисаоне линије [...] одатле, уколико се оне заиста сретну, што ће рећи, ако су барем толико међусобно повезане да међу њима може да дође до истинске интеракције, онда се можемо надати да ће из тога произаћи нова и занимљива открића“.³⁶

Дакле, развој једне научне дисциплине нужно доприноси развоју других. То поготово важи за правну науку, која изабира, прилагођава својим потребама и усваја открића других научних дисциплина (што се лако уочава како у правној терминологији: „правни атом“, „правни механизам“, „правни организам“, итд. тако и у садржају исказа систематски изложених бројних правних теорија и праваца), под условом да научно испитивање права испуњава неколико услова. Пре свега, оно треба да буде најстроже извођено, при чему истраживач посебно мора да се руководи захтевима логике и оправданошћу таквог подухвата. А то одређује и сасвим другачије „интелектуално важне циљеве“, какви су формулисање проблема, покушај постављања теорија које би решиле дате проблеме и сâмо критичко разматрање међусобно супротстављених теорија. Такви циљеви омогућавају истраживачу да научним ставом сматра само критички став „који не трага за верификацијама, већ за кључним тестовима, тестовима који би могли да оповргну теорију која се тестира, а да никад не могу дефинитивно да је потврде“.³⁷ И погодност за рад представља посебно важан услов за примену одговарајуће посебне правне теорије. Али, није доволно да нека теорија само буде погодна за рад. Потребно је да теорија располаже и високим степеном проверљивости, тј. одговарајућим

36 W. Heisenberg, *Physics and Philosophy*, London 1963, стр. 173.

37 К. Попер, *исціо*, стр. 26, 29–30 и 48.

садржајем који омогућава успешно тестирање.³⁸ То не треба да чуди, јер наше теорије су наши изуми. Оне могу да буду пуха погрешна нагађања, као и смеле претпоставке. Из њих ми не стварамо стварни свет, „већ сопствене мреже у које покушавамо да уловимо стварни свет“.³⁹

Без теорија које су увек некаква пројекција стварности, дакле, ништа не можемо да започнемо, нити можемо да завршимо. Зато развој права и није ништа друго него надметање између најразличитијих правних теорија и искустава. Из тог надметања настаје научни прогрес који представља кретање ка теоријама све већег садржаја које нам „говоре све више и више“ о појави која се истражује. Теорије са богатијим садржајем могу оштрије да се тестирају, што такође доводи до неке врсте надметања и међу њима. Међутим, све теорије су у суштини ипак само хипотезе и апроксимације истине. То је случај чак и са Њутновом теоријом, која је најуспешније проверена теорија. Проблем се, дакле, састоји у томе како да наше теорије схватимо као тенденције из којих произлази „вероватноћа међуповезаности“, како да те тенденције изразимо и повежемо их, јер свет не можемо да разложимо чак ни на најмање јединице које постоје независно једна од друге. Људско знање није ништа друго до производ наших интелектуалних активности.

Dragan M. Mitrović*

IS THE COGNITION OF LAW POSSIBLE: „WHAT IS LAW?“ Nine theses with commentaries

Summary

The total cognition and final definition of law is beyond human capability. Law never coincides with its notion and definition, nor does the notion of law coincide with its definition. Real human ability to cognise and define the law is limited, and the limits are unreliable, and because of this the notion and definition of law, too, are always relative, subjective, and never quite truthful. But, if they are not truthful, they are „sound“ when they are correct and practicable. Then, they are useful. Anyway, the development of law is none other than a contest between the most diverse theories and

³⁸ М. Фајгенбаум, *Задонетика хаоса*, „Преглед“, Београд 1984.

³⁹ К. Попер, *исијо*, стр. 75.

* Dragan M. Mitrović, Ph. D., Full Professor of the Faculty of Law in Belgrade.

interpretations. Hence, instead of truthfulness one should strive for usefulness as the aim of the cognition and definition of law, in such a way as to define law conventionally, whenever this is possible. Even when there are many conventional notions and definitions of law, economy in legal communication calls for the application of just one or some of them. Nevertheless, it appears that the closest to the holistic nature of law and, consequently, the most suitable and most useful for its definition, is the one that is achieved by applying so-called „median“ or „focal“ definitions. This is because law, as a dynamic and purposeful holistic creation that extends in three realities, is completely filled with meaning and sense.

Key words: *The notion of law. – Legal holism. – Legal epistemology. – Legal theory.*

Dragan M. Mitrović*

PEUT-ON CONNAITRE LE DROIT:
„QU'EST-CE QUE LE DROIT?“
Neuf thèses avec commentaires

Résumé

Une connaissance complète et une définition absolue du droit restent hors des possibilités humaines. Le droit ne coïncide jamais parfaitement avec sa notion et sa définition, ni la notion de droit avec sa définition. Les possibilités humaines réelles en ce qui concerne la connaissance, la détermination et la définition du droit sont très restreintes, les limites de cette connaissance étant elles-mêmes instables du fait que la notion et la définition du droit sont toujours relatives, subjectives et jamais complètement vraies. Mais, si elles ne sont pas forcément vraies, elles n'en sont pas moins „solides“ lorsqu'elles sont correctes et propices au travail. C'est alors qu'elles trouvent aussi leur utilité. D'ailleurs, l'évolution du droit n'est rien d'autre que la rivalité entre des théories et des conceptions parfois très variées. Pour ces raisons au lieu d' aspirer au vrai il faut aspirer vers l'utile en tant qu'objectif de la connaissance et de la détermination du droit, et cela de façon à ce que le droit soit défini de manière conventionnelle chaque fois que c'est possible. Même lorsqu'on est confronté à un grand nombre de notions et de définitions conventionnelles du droit, l'économie impose de n'en utiliser qu'une ou quelques unes dans la communication juridique. Cependant, il semblerait que ce qui serait le plus proche de la nature holistique du droit, et par là même le plus propice et le plus utile à sa détermination c'est ce qu'on obtient en utilisant les définitions dites „centrales“ ou „focales“. Et ce parce que le

* Dr Dragan M. Mitrović, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

droit, en tant que création holistique dynamique et opportune qui s'étend sur trois réalités, est entièrement rempli d'une signification et d'un sens.

Mots-clés: *Notion de droit. – Holisme juridique. – Epistémologie juridique. – Théorie juridique.*

Dragan M. Mitrović^{*}

KANN ES RICHTIG ERKANNT WERDEN:
„WAS IST DAS RECHT?“
Neun Thesen mit Kommentaren

Zusammenfassung

Das vollständige Erkenntnis und die endgültige Definierung des Rechts liegen ausserhalb der Grenzen der menschlichen Fähigkeiten. Das Recht ist weder mit seinem Begriff und seiner Definition vollkommen identisch noch ist der Rechtsbegriff mit seiner Definition identisch. Die wirklichen menschlichen Erkenntnis-, Bestimmungs- und Definierungsfähigkeiten sind sehr begrenzt und die Grenzen sind unzuverlässig, und zwar auch aus dem Grunde, dass der Begriff und die Definition des Rechts immer relativ, subjektiv und nie vollkommen wahrhaft sind. Wenn sie aber nicht vollkommen wahrhaft sind, so sind sie doch „solide“, wenn sie richtig und operativ sind. Dann sind sie nützlich. Die Entwicklung des Rechts ist übrigens sowieso nichts anderes als ein Wettkampf zwischen ganz unterschiedlichen Theorien und Auffassungen. Daher muss anstatt der Wahrhaftigkeit eigentlich die Nützlichkeit als Rechtserkenntnis- und Rechtsbestimmungszweck angestrebt werden, und zwar so, dass das Recht, immer wenn es möglich ist, konventionell definiert werden soll. Auch wenn wir über viele konventionelle Begriffe und Rechtsdefinitionen verfügen, so gebietet uns doch die Wirtschaftlichkeit, im Rechtsverkehr nur eine oder einige davon zu verwenden. Es scheint aber diejenige Auffassung der holistischen Natur des Rechts am nächsten, und daher für seine Bestimmung auch am angemessensten und am nützlichsten, die durch Verwendung der sog. „zentralen“ oder „Kerndefinitionen“ erreicht wird. Der Grund liegt darin, dass das Recht, als ein dynamisches und zweckmäßiges holistisches Werk, das drei Wirklichkeiten durchdringt, mit Bedeutung und Sinn völlig erfüllt ist.

Schlüsselbegriffe: *Rechtsbegriff. – Rechtsholismus. – Rechtsepistemologie. – Rechtstheorie.*

* Dr. Dragan M. Mitrović, Professor an der Juristischen Fakultät in Belgrad.

ПРИЛОЗИ

Милош Живковић*

О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ НЕГАТИВНИХ СТВАРНИХ СЛУЖБЕНОСТИ

I. УВОД

1. О појму негативних стварних службености

Стварна службеност се у домаћој правној литератури обично дефинише као право свакодобног власника једне непокретности (повласно добро) да на одређен начин и у одређеној мери користи туђу непокретност (послужно добро) без обзира на то ко је њен власник, или *да свакодобном власнику њослужног добра забрани да се њиме у одређеном правцу кориси.*¹ Сличну, мада не толико разрађену дефиницију срећемо и у предратној домаћој теорији.² Најдetaљнију дефиницију налазимо код Д. Стојановића: „Стварна службеност је право свагдашињег власника повласног добра да на одређен начин и у одређеном обиму користи туђу непокретност (послужно добро), или *да свагдашињем власнику њослужног добра забрани да што добро употребљава на одређени начин или да му забрани да врши неко право које има као власник њослужног добра према њовласном добру.*“³ Напослетку, дефиницију стварних служ-

* Милош Живковић, асистент-приправник Правног факултета у Београду.

1 Видети О. Станковић у: О. Станковић – М. Орлић, *Стварно право*, шесто издање, НИУ „Службени лист СРЈ“, Београд 1993, стр. 180.

2 Ж. Перећ, *Стварно право*, штампано по предавањима Ж. Перећа, Београд 1937, стр. 266; Л. Марковић, *Грађанско право – књига прва, Ошићи гео и Стварно право*, друго издање, Народна самоуправа а.д., Београд 1927, стр. 439. Слична дефиниција налази се и у белешкама са предавања Ж. Перећа и Д. Аранђеловића одржаних почев од 16. октобра 1910. године; белешке сачинио Александар Ђорђевић, студент права из Пирота (у даљим фуснотама: Ж. Перећ – Д. Аранђеловић, *Белешке*).

3 Д. Стојановић, *Стварно право*, девето издање, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 1998, стр. 179 (даље навођење: Д. Стојановић, *Стварно право*). Чини се да Д. Стојановић проширује појам негативних службености утолико што, поред захтева власнику послужног добра да своју непокретност не користи на одређен начин, негативном службеношћу сматра и захтев власнику послужног добра да не користи неко своје право које као власник послужног добра има према повласном добру, што наизглед иде корак даље од ЗОСПО. Ово је проширење заправо привидно, јер представља исказивање исте идеје на другачији и донекле прецизнији начин.

бености даје и сам Закон о основама својинскоправних односа (даље: ЗОСПО): „Стварна службеност је право власника једне непокретности (повласно добро) да за потребе те непокретности врши одређене радње на непокретности другог власника (послужно добро) или да захтева од власника послужног добра да се уздржава од вршења одређених радњи које би иначе имао права вршиши на својој непокрећносити.“⁴

Наведене дефиниције упућују на постојање две основне врсте стварних службености: позитивне стварне службености (на које се односи први део дефиниције) и негативне стварне службености (на које се односи део наведених дефиниција наглашен курсивом).⁵ Када су посреди позитивне стварне службености, њихов титулар има право да туђу ствар – послужно добро – користи или употребљава, док власник послужног добра има обавезу да трпи такво понашање имаоца службености. Код негативних службености, пак, титулар службености нема никакво посебно право према послужном добру као таквом, већ има овлашћење да његовом свакодобном власнику може забранити (или прецизније, како Закон каже, од њега захтевати) да своје добро не користи на одређени начин. Заједничка одлика стварних службености јесте да оне постоје ради неке користи коју има свакодобни власник повласног добра, или, како скраћено каже ЗОСПО, ради „потребе“ повласног добра,⁶ а не ради погодовања тачно одређеном лицу које је власник повласног добра.

Чињеница да негативне стварне службености свом титулару не дају никакво право да употребљава или користи туђу непокретност (у позитивном смислу), већ само захтев власнику послужног добра да своју непокретност у одређеном правцу не користи, наво-

4 Члан 49, ст. 1 ЗОСПО (Сл. лист СРЈ бр. 6/1980, 36/1990 и 29/1996). У Нацрту закона о праву својине и другим стварним правима СР Србије (објављен у Скупштинском прегледу број 199 од 4. децембра 1981) постоји идентична дефиниција – види чл. 187, ст. 1 тога нацрта.

5 Иако се критеријум за разликовање позитивних и негативних стварних службености чини кристално јасним, у литератури се сусрећу и написи који сведоче да је забуна могућа – види Б. Ђосић, „Право на струју у светлу права службености“, *Правни живот* бр. 10/1996, стр. 141. Тако, Б. Ђосић сматра да би тзв. службеност струје, која би се садржала у постављању водова на туђем земљишту и прикључивању тих водова на туђе, била негативна службеност, иако је прилично јасно да би она била позитивна јер овлашћује на одређено коришћење послужног добра. Забуна је проузрокована управо разноликошћу поимања стварних права – питање које ће касније бити стављено у жижу расправе.

6 Наравно, повласно добро као ствар не може имати сопствене потребе – потребе увек има његов власник – али се законодавац определио за економичност у изражавању на уштрб потпуне логичке коректности поменуте дефиниције. Сматрамо да је смисао законске формулатије у томе да службеност мора постојати ради задовољења неке потребе свакодобног власника повласног добра која је везана за олакшано коришћење тог добра.

ди на потребу да се правна природа негативних стварних службености нешто детаљније проучи.

2. Постављање проблема

Неспорна је чињеница да се од римског права надаље службености изучавају као посебна врста стварних права, стварна права на туђим стварима (*iura in re aliena*). Овакво схватање заступљено је у готово свим континентално-европским правним системима – став да су службености *par exellence* стварна права готово је опште усвојен, чак и када се неким другим правним институтима (закупу, на пример) такав статус пориче.⁷

Намера изучавања у овом раду управо је провера „стварноправности“ негативних стварних службености (ако се то тако сме рећи), уз жељу да се, кроз један институт релативно мањег значаја, одшкрину врата ка фундаменталнијим питањима теорије грађанској права, као што је питање о подели субјективних грађанских права на врсте и питање критеријума те поделе.

Дакле, план истраживања и излагања материје биће следећи: прво је покушај да се утврди шта су према преовлађујућим (и мање преовлађујућим) ставовима стварна права, затим се са том дефиницијом упоређују карактеристике негативних стварних службености. Наравно, ради поређења, мора се дати и одређење облигационих права, као традиционалног антипода стварних права, и евентуално утврдити да ли неке од особина негативних стварних службености упућују на облигационоправни карактер.

II. СТВАРНА ПРАВА

Као што је речено, први корак овог истраживања је утврђивање појма стварних права. Другим речима, која су то субјективна грађанска права стварна? Које су то карактеристике које нас опредељују да за једно субјективно право кажемо да је стварно? Анализирајмо најпре какве ставове о овим питањима нуди наша предратна и новија теорија.

Према ставу А. Ђорђевића, стварно право је „дакле, непосредна, потпuna или делимична, правна власт каквога лица над неком одређеном ствари.“⁸ Ђорђевић сматра да је суштина ствар-

⁷ Спор о правној природи закупа назива се у теорији „једним од тежих питања“ и ставови о томе су стога подељени – види М. Орлић у О. Станковић – М. Орлић, *op. cit.*, стр. 295; О. Станковић, „О подели права на апсолутна и релативна“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 5–6/1985, стр. 711 (даље навођење: О. Станковић, „О подели права“).

⁸ А. Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права*, НИУ „Службени лист СРЈ“, Београд 1996 (оригинално дело издато 1893. и 1896), стр. 386.

ног права „овлашћење да се може непосредно (директно) утицати на ту ствар; да се, у погледу на исту, могу предузимати извесне радње, а за све то није потребна сарадња трећег лица“. У погледу апсолутности, односно *contra omnes* дејства стварних права, Ђорђевић је такође прилично категоричан: „Но апсолутност стварног права је само редовна последица његове природе, а никако не основ или критеријум његов, јер се овај састоји у непосредном односу лица према ствари.“⁹

Судећи по белешкама са предавања из 1910. године, Ж. Перић је своје студенте учио да је стварно право „правна власт извесног лица над извесном одређеном стварју.“¹⁰ Н. Перић, који полази од Јерингове (Ihering) интересне дефиниције субјективног грађанског права, стварним правима (која сматра подврстом имовинских права, уз тражбена и наследно) сматра она која се „односе директно на једну ствар“, која су „апсолутна, управљена према читавом свету“, за разлику од тражбених, која су „релативна, усмерена према извесном одређеном лицу.“¹¹ Према Н. Перићу, критеријум разликовања стварних и облигационих права је у њиховом предмету – „да ли је предмет тих права ствар, или нека радња, односно нерадња“. Напослетку, Н. Перић износи у свом уџбенику још једну тврдњу: „Ако према овлашћеном лицу стоји једно друго, извесно, одређено лице, или више одређених лица, од којих то овлашћено лице може тражити извесно понашање, онда је то релативно право; ако пак према овлашћеном лицу стоје сва друга неодређена лица, онда је то апсолутно право“.

М. Бартош сматра да је стварно право у субјективном смислу „овлашћење које – на основу правних правила – припада одређеном лицу да врши извесну власт над одређеном ствари“¹². У разради своје дефиниције Бартош објашњава да стварно право представља непосредну везу извесног лица према извесној одређеној ствари, одакле извлачи и тврдњу: да би неко право било сматрано стварним, потребно је да се правна власт на тој ствари може вршити непосредно од њеног титулара.

Л. Марковић стварним правима сматра сва субјективна права „код којих је садржина воље правног субјекта испуњена влашћу на једном економском, материјалном добру.“¹³ Донекле специфичан начин Марковићевог изражавања последица је схваташа субјективног права као законом признате воље, чији је он био присталица,

⁹ Развијајући ову поставку, Ђорђевић се није лиbio да твrdi „да и стварно право може, изузетно, не бити апсолутно“.

¹⁰ Ж. Перић – Д. Аранђеловић, *Белешке*, стр. 41; Ж. Перић, *op. cit.*, стр. 1.

¹¹ Н. Перић, *Основи грађанској права – Општи geo*, Геца Кон, Београд 1922, стр. 66 и даље.

¹² М. Бартош, *Табаши стварног права*, Београд 1932, стр. 1.

¹³ Л. Марковић, *op. cit.*, стр. 93.

а суштина изложеног става своди се такође на непосредну власт на одређеној ствари као битно одређење стварног права. Уз то, Марковић наводи и два супротстављена схватања стварних права: оно чији је представник велики немачки правник Виндшајд (Windscheid), и према коме је суштина стварног права овлашћење његовог титулара према свим трећим лицима да се уздрже од ометања стварног права, дакле једно негативно овлашћење *contra omnes*; и друго, чији је главни представник не мање велик правник Дернбург (Dernburg), према коме је суштина стварног права непосредна власт на ствари, дакле једно позитивно овлашћење уперено управо на ствар, а тек посредно и на сва трећа лица. Иако се трудио да остане вредносно неопределјен, чини се да Марковић ипак нагиње другом, Дернбурговом схватању, јер тврди да оно „боље одговара спољној или видљивој страни стварних права“. Стога се сме закључити да је, бар што се предратне домаће правне теорије тиче, преовлађујуће схватање о стварним правима било да су то субјективна грађанска права која своме титулару пружају одређену меру непосредне власти на одређеној ствари.

При том, сви аутори напомињу да је предмет стварних права увек индивидуално одређена телесна ствар, односно ствар у ужем грађанскоправном смислу.¹⁴

Послератна теорија грађанског права ослањала се у знатној мери на предратну традицију, али је идеологија новог друштва ипак пресудно утицала на усвајање неких од традиционалних становишта у погледу појма стварног права. Тако, професор Андрија Гамс објашњава да „по типичним буржоаским теоријама, субјективно право као власт може да буде управљено и према стварима, а то значи да може постојати однос не само између лица међусобно него и између лица и ствари“,¹⁵ што није у складу с марксистичким погледом на свет (који је у центар поимања друштва стављао друштвене односе, дакле односе између људи, и чија је срж била управо у анализи својине као друштвеног односа, а не „најапсолутније власти на ствари“), па се стога у социјалистичкој теорији мора одбацити. Професор Гамс прихвата једно такође „традиционално буржоаско“, Виндшајдово схватање, модификовано унеколико владајућом идеологијом, тако да није реч о стварању револуционарно новог, „социјалистичког“ поимања стварних права. Према схватању професора Гамса, „стварна права су она апсолутна права која за свој непосредни предмет имају ствари“,¹⁶ а апсолутна права су

14 Под ужим грађанскоправним појмом ствари у овом раду се подразумевају делови материјалног света који могу бити у људској власти и над којима може постојати право својине.

15 А. Гамс, *Увод у грађанско право – ойшиши део*, „Научна књига“, Београд 1952, стр. 145.

16 А. Гамс, *op. cit.*, стр. 181.

она која делују *contra omnes*, где број обавезних лица није унапред одређен, где је њихова обавеза увек негативна, тј. обавеза неометања титулара у вршењу свог права, где однос титулара и обавезног лица није унапред одређен, где обавеза одговара субјективном праву као таквом, а не поједином овлашћењу из субјективног права, и где се обавеза не састоји у имовинском давању. При том се предмет (објект) субјективног права схвата као „оно на шта је право уперено, на чему или у чему се оно остварује“. Овај основни приступ, изнет у уџбенику из 1952. године, аутор није мењао ни у каснијим издањима,¹⁷ тако да се може рећи да је тај став био преовлађујући у теорији током 45 година постојања социјалистичке, „велике“ Југославије. Дакле, стварно право тада није схватано као правна власт на ствари, већ као правни однос према свим трећим лицима, којима се намеће негативна обавеза да титулара не ометају у вршењу права. Разумљиво, исти став налазимо и у *Основима стварног права* професора Гамса,¹⁸ с тим што је у уводном делу уџбеника, који се бави појмом стварног права, целокупан проблем представљен знатно „мекше“ и са више разумевања за могућност аргументоване одбране и супротног становишта.

Исто полазно полазиште (схаватање субјективног грађанског права као правног односа, тј. друштвеног односа регулисаног правом, при чему у појам права улази како овлашћење тако и обавеза) срећемо и код Д. Стојановића,¹⁹ мада у знатно изменјеном облику, лишено већине идеолошких претпоставки таквога става. Стојановић истиче и оно што назива „унутрашњом страном“ стварног права, а то је заправо непосредна власт на ствари, и критички се односи према схватању о стварним правима посматраним искључиво као однос изменју лица.²⁰ С друге стране, у уџбенику *Стварно право* објављеном нешто доцније,²¹ Стојановић чврсто стоји на класичном становишту да је стварно право оно које свом титулару даје непосредну власт на одређеној ствари. Штавише, апсолутност стварних права (њоме узрокована обавеза уздржавања свих трећих лица) схвата се у том уџбенику не као обележје појма самог стварног права, већ као последица суштине стварних права. На тај начин се и Стојановић практично вратио у токове правне теорије прекинуте ратом и социјалистичком револуцијом, и тиме значајно

17 Последње изменјено и допуњено издање доступно аутору овог рада било је 16. издање из 1991. године, у коме се као коаутор појављује и Љ. Ђуровић.

18 А. Гамс, *Основи стварног права*, пето издање, „Научна књига“, Београд 1968, стр. 1 (даље навођење: А. Гамс, *Стварно право*).

19 Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, девето издање, Драгољуб и Срђан Стојановић, Београд 1996, стр. 139 и даље (даље навођење: Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*).

20 Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, стр. 151 и 152.

21 Д. Стојановић, *Стварно право*, стр. 1.

допринео стварању нових генерација правника који неће бити оптерећени идеолошким дормама.

О. Станковић такође стоји на становишту да је „суштина субјективног стварног права у непосредној правној власти на одређеној ствари“,²² те да је негативна обавеза свих трећих, тј. *contra omnes* дејство стварних права, само рефлекс такве суштине стварног права. Исти став Станковић је изнео и у Уводу у грађанско право,²³ а узимајући у обзир да се поменути коауторски уџбеници О. Станковића већ дужи низ година користе на Правном факултету Београдског универзитета, може се рећи да је овакав став сада усвојен међу великим већином правника у нашој земљи.

За потребе овог рада прихватиће се став да су стварна субјективна права она која свом титулару пружају одређена овлашћења према самој ствари као таквој, а трећим лицима налажу да се уздрже од ометања титулара у вршењу тог његовог права. Стварна права су она субјективна грађанска права која свом титулару обезбеђују одређену меру непосредне власти (од трећих неометану) на (одређеној) ствари.²⁴

III. „СТВАРНОПРАВНОСТ“ НЕГАТИВНИХ СТВАРНИХ СЛУЖБЕНОСТИ

Позабавимо се сада карактеристикама негативних стварних службености у светлу претходних разматрања о одређењу појма стварних права. Као што је речено, суштина негативне стварне службености (за коју је „школски пример“ римска службеност *altius non tollendi*) јесте у овлашћењу њеног титулара да од свакодног власника послужног добра захтева да са својом непокретношћу не чини нешто што би иначе смео да чини. Да ли је једно такво овлашћење стварноправно?²⁵

Већ сама стилизација ЗОСПО, која говори о „захтеву“ титулара према неком лицу, индицира да, упркос укорењеном стано-

22 О. Станковић у: О. Станковић – М. Орлић, *op. cit.*, стр. 1, такође и у О. Станковић, „О подели права“, стр. 710.

23 О. Станковић у: О. Станковић – В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, треће издање, „Номос“, Београд 1996, стр. 108.

24 Слично одређење садржи и одредница СТВАРНА ПРАВА у *Лексикону грађанског права*, „Номос“, Београд 1996, стр. 690 (даље навођење: *Лексикон*).

25 У литератури постоји и став: „Из ове законске дефиниције јасно произилази да је стварна службеност стварно право на туђој ствари“ (мисли се на дефиницију из ЗОСПО). Ова тврдња, међутим, није на конкретном месту поткрепљена никаквом аргументацијом, а једно такво „произилажење“ свакако није „јасно“ и неспорно – види Е. Кајајовић, „Прилагођавање стварних службености савременим променама“, *Правни живот* бр. 10/1996, стр. 125.

вишту да су све службености стварна права, ситуација није сасвим неспорна и јасна. Наиме, какву то „непосредну власт“ на послужном добру пружа свом титулару негативна стварна службеност? Полазећи од својинских овлашћења, која представљају „највишу, у границама закона, власт на ствари“,²⁶ можемо да приметимо да негативна службеност не овлашћује ни на једно од својинских овлашћења према послужном добру.²⁷ Наиме, позитивне стварне службености овлашћују свог титулара на известан вид коришћења, употребе послужног добра, који је као такав заправо један сегмент својинског овлашћења које титулар има на туђој ствари и које власник послужног добра мора да трпи. Садржина овлашћења из негативне стварне службености, напротив, неодољиво асоцира на облигацију која се састоји *in non faciendo*. Код негативне стварне службености нема овлашћења непосредног предузимања извесних радњи на самој ствари (као код стварних права), већ постоји захтев, уперен ка одређеном лицу (власнику послужног добра) да своју ствар не користи на одређени начин. Такав један захтев сасвим лагодно може бити садржина права из некаквог уговора, у коме се, примера ради, лице А обавезује лицу Б да, за новчану накнаду,

26 Латински *plena in re potestas*; одредница ПРИВАТНА СВОЈИНА у Лексиону, стр. 564; Ж. Перећ – Д. Аранђеловић, *Белешке*, стр. 43; Ж. Перећ, *op. cit.*, стр. 13; Л. Марковић, *op. cit.*, стр. 332; М. Бартош, *op. cit.*, стр. 167; О. Станковић у: О. Станковић – М. Орлић, *op. cit.*, стр. 56; Д. Стојановић, *Стварно право*, стр. 40. Супротно: А. Гамс, *Стварно право*, стр. 32, а за приватну својину исто, стр. 57; А. Гамс, *Својина*, треће издање, „Научна књига“, Београд 1991, стр. 74 и даље. Ставови А. Гамса поглавито су супротни изнетом класичном ставу стога што је он својину проучавао и са других становишта, превасходно економског, социолошког и филозофског, и то кроз идеолошки призму (наметнутог) марксистичког учења. Наравно, без обзира на одабрано становиште, и у цитираним радовима А. Гамса постоји тврђда да је својина у чисто правном смислу *plena in re potestas*, али је њој одузет појмовни, суштински значај, који је придаван другим карактеристикама својине.

27 При том се не губи из вида ни схватање о *non usus*-у, „неупотреби“ тј. „некоришћењу“, коју поједини аутори такође сматрају особеним својинскоправним овлашћењем. „Le droit de *ne pas joir* du bien, de le laisser inexploité, doit aussi être compris dans l'expression [‘jouissance’, прим. М. Ж]“ – Jean Carbonnier, *Droit civil*, Tome II *Les Biens et les Obligations*, Partie 1, *Les Biens*, Париз 1957, стр. 77. Јер, и када се узме да је некоришћење неке ствари својинско овлашћење, захтев другом лицу да у погледу неке његове ствари не чини нешто на шта иначе има право – свакако није својинско овлашћење. Било би беспредметно говорити о томе да негативна стварна службеност представља секторско својинско овлашћење само због тога што њен титулар није овлашћен да употребљава послужно добро, сматрајући то „овлашћење на неупотребу“ *non usus*-ом у смислу својинског овлашћења, јер тада би се за свако лице могло рећи да је титулар секторског својинског овлашћења „некоришћења“ у погледу свих ствари на којима нема стварноправно овлашћење коришћења и истовремено има захтев према њеном власнику да се уздржи од неког чињења на које га својина иначе овлашћује. Проблем је у томе што негативна стварна службеност није уперена непосредно на ствар, већ на лице – њеног свакодног власника – и отуд она по овлашћењу није дериват својине, тј. својинских овлашћења.

не подиже своју кућу више од два спрата (што садржински одговара службености *altius non tollendi*). Не дефинише ли се облигационо субјективно право као овлашћење да се од одређеног лица тражи да нешто дâ, учини, или се уздржи од чињења?²⁸ Па, када је већ тако, нису ли онда негативне стварне службености облигациона права? И како је могуће да кроз толике векове правна теорија једногласно негативне стварне службености сматра стварним правима, а ето, сасвим је једноставно извести аргументацију да оне заправо спадају у облигациона права?

Изведена аргументација (да су негативне стварне службености по својој природи облигационе) има један крупан недостатак, једну крупну чињеницу која није узета у обзир, а то је *contra omnes* дејство негативне стварне службености. Наиме, наше наведено лице Б које је лицу А платило да не зида кућу више од два спрата, неће имати никакав захтев према (савесном) лицу В, које је од лица А у међувремену купило двоспратницу (и решило да, „ударивши плочу“, зида и трећи спрат). Разлог за тако нешто је управо у релативном (*inter partes*) дејству облигација, јер је за лице В уговор између лица А и Б једна *res inter alios acta*.²⁹ С друге стране, титулар службености *altius non tollendi* моћи ће своје право да истакне и према сваком ко прибави послужно добро, јер службеност делује *contra omnes*, односно, како се то обично каже, према „свакодобном“ власнику послужног добра. Поред овог аргумента, у прилог „стварноправности“ негативних стварних службености постоји још један, који се не сме губити из вида – а то је чињеница да и негативне стварне службености постоје зарад „потребе повласног добра“, односно потребе свакодобног власника повласног добра у вези са олакшаним коришћењем тога добра.³⁰ Облигација, начелно, увек постоји зарад задовољења неког (имовинског) интереса повериоца, без икаквог ближег одређења тог интереса или његовог

28 Одредница ОБЛИГАЦИЈЕ у *Лексикону*, стр. 422; Л. Марковић, *Облигационо право*, НИУ „Службени лист СРЈ“, Београд 1997, стр. 27; С. Перовић, *Облигационо право*, књига прва, пето издање, НИУ „Службени лист СФРЈ“, Београд 1981, стр. 7 и даље.

29 Речима великог Валтазара Богишића: „Што два углаве трећега не веже“, члан 1025 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору од 1888. године.

30 Овај аргумент истиче Иван Ђепулић, који сматра да је и „пасивно стање, услед кога не смије нетко нешто учинити“ посебан вид употребе, те да стога и код негативних стварних службености имамо случај употребе послужног добра од стране титулара службености – И. Ђепулић, *Сисијем оћећ гравитаног права*, Загреб 1925, стр. 246. Овде је реч о томе да се чињеница да свака, па и негативна стварна службеност треба да служи за потребе повласног добра (а не његовог конкретног власника), изједначава са појмом употребе као својинскоправног овлашћења, чега код негативних стварних службености једноставно нема. Ђепулићево резоновање заправо се наслења на схватање о *non usus*-у као својинском овлашћењу које би имао титулар негативне стварне службености. О *non usus*-у види фусноту 27.

везивања за било шта изван саме личности повериоца.³¹ Управо због ове особине постоји и категорија „неправе стварне службености“,³² под којом се подразумева овлашћење садржински идентично некој стварној службености али успостављено у корист тачно одређеног лица (а не свакодобног власника повласног добра), при чему се према решењу Аустријског грађанског законика у случају сумње претпоставља да је посреди „права“ стварна службеност, па је на ономе који тврди да је ова „неправа“ да то и докаже.³³

Дакле, у складу с наведеним, произлази да негативне стварне службености немају облигационоправни карактер, а пошто извесно немају ни сасвим стварноправни, изгледа да им је правна природа мешовита, „облигационо-стварноправна“: облигациона у погледу садржине овлашћења, а стварноправна у погледу *contra omnes* дејства и услова да морају служити потребама свакодобног власника повласног добра. Може ли се нешто основано приговорити оваквом ставу? Сматрам да може.

1. О *contra omnes* дејству као елементу стварноправности негативних стварних службености

Суштина изложених разматрања показује се, између осталог, у чињеници да се једно субјективно право огледа како у овлашћењу које собом носи тако и у тзв. дејству које има према трећим лицима. Тако, стварно право је у овлашћењу непосредна власт на одређеној ствари а у дејству према трећима је апсолутно, за разлику од облигационог права које је у овлашћењу захтев одређеном лицу да испуни неку престацију а у дејству је релативно, односно нема дејства према трећим лицима. Да ли је изнета тврдња у потпуности тачна? Показаће се да, иако *grosso modo* тачна, ипак није сасвим коректна.

Сматрам да би суштина ствари била јаснија када би се раздвојило овлашћење које субјективно право пружа, и које условно, за потребе овог рада, можемо назвати *садржина*, од могућности исхицања сопственог субјективног права према осталим, трећим лицима, које опет условно и за потребе рада називамо *сујроћистав-*

³¹ На овом месту умесно је напоменути да је „потреба повласног добра“ специфичан вид интереса. Наиме, „интерес“ је знатно шири појам од „потребе“, која по правилу сужава субјективним правом заштићени интерес на ниво индивидуалних потреба титулара, или потреба титулара са његовом породицом (нпр. код личне службености уживања, *iusus-a*). Међутим, као што ћемо видети, везаност интереса који се штити негативном стварном службеношћу за „потребе повласног добра“ не утиче на њену стварноправну квалификацију, јер природа заштићеног интереса није критеријум поделе права на стварна и облигациона.

³² О. Станковић у: О. Станковић – М. Орлић, *op. cit.*, стр. 186.

³³ Види § 479 ABGB.

љивосиј.³⁴ Према томе, могло би се рећи да се садржина стварних права исцрпљује у односу према одређеној ствари („непосредна власт“), а садржина облигационих у захтеву према одређеном обавезном лицу (захтев одређеном лицу да нешто дâ, учини или не учини оно на шта има право). С друге стране, већина стварних права могу се супротставити свим трећим лицима (доцније ће бити објашњено да постоје и нека која се не могу „автоматски“ супротставити свима), али и облигациона права се могу супротставити – додуше ограничено, само оним трећим лицима која за њихово постојање знају (начело савесности и поштења у облигационом праву).³⁵ Дакле, тврђа да облигациона права немају никакво дејство према трећим лицима није сасвим и увек тачна, баш као ни твђња да сва стварна права нужно и појмовно морају бити супротстављива *contra omnes*. На тај начин, истини за вољу, традиционална *suntta divisio* свих субјективних права на апсолутна и релативна права може доћи у питање, јер могућност супротстављања (ono што се обично назива дејство) не би била основни критеријум поделе. Чини ми се да би раздавање тзв. *садржине* и тзв. *супротстављивосији* донекле поједноставило класификацију субјективних грађанских права и схватање суштине сваког од њихових типова. Не говори ли највећи број аутора, цитираних у одељку о појму стварних права, да је *contra omnes* особина стварних права само последица њихове суштине, што значи одређени обим непосредне власти на ствари? Појам супротстављивости свакако је лакше конструисати за облигациона права, јер је њихова суштина захтев према одређеном лицу, а у погледу трећих лица се на основу облигације не може тражити да је испуне, већ само да је не повреде (и то под условом да за њу знају). Дакле, суштина супротстављивости није у томе да се од свих лица којима се облигација може супротставити може захтевати испуњење облигације, већ да се од свих таквих лица може тражити да својим активностима не чине њену повреду. Управо та суштина супротстављивости јесте оно о чему се код стварних права говори као о *contra omnes* дејству, јер такво дејство стварних права управо значи да сва трећа лица не смеју да их повреде. Дакле, *contra omnes* особина није *садржина* стварних права, већ представља њихову (општу) супротстављивост. Стварна права могу се схватити као овлашћење предузимања аката

³⁴ О појму супротстављивости види М. Орлић, коментар уз члан 591. Закона о облигационим односима у: С. Перовић (главни редактор), *Коментар Закона о облигационим односима – II књига, „Савремена администрација“*, Београд 1995, стр. 1063 и даље (даље навођење: С. Перовић, *Коментар*). Занимљиво је да се у расправама о повреди облигације најчешће има у виду само могућност повреде од стране дужника, док се треће лице као могући повредилац уопште не узима у обзир – види Б. Лоза, „Повреда облигације“, *Правни живот* бр. 10–12/1988, стр. 1603–1610.

³⁵ М. Орлић у: С. Перовић, *Коментар*, стр. 1065.

непосредне власти на ствари, и она се као таква, начелно, могу супротставити свима.

Из става да *contra omnes* дејство није суштина већ последица суштине стварних права, произлази и могућност заступања става да постоје и стварна права која не делују *contra omnes*, односно која нису супротстављива свим трећим лицима.³⁶ Примера ради, уговорено право коришћења пута које није уписано у земљишне књиге као стварна службеност (дакле, уопште није стварна службеност) не би се могло супротставити савесном прибавиоцу оптерећене непокретности (а такав прибавилац је онај који не зна, а могуће је то проширити и на онога који према околностима није морао знати, за постојање права пута, односно уговора на коме се то право заснива). С друге стране, од тренутка почетка извршења уговора (односно од тренутка кад титулар права пута стекне државину), његово би право без сумње могло да се подведе под појам „одређеног обима непосредне власти на ствари“, што је суштинско одређење за стварна права. Истовремено, постојала би нека облигациона права која делују *contra omnes*, на пример: негативне стварне службености. Оне су, по природи, облигационе, јер се састоје у захтеву упереном на одређено лице³⁷ да не чини нешто на шта би иначе имао право, што је типично за негативне облигације, а могу се супротставити свима јер су уписане у земљишне књиге, и стога се сматра да су сва трећа лица у погледу њиховог постојања несвесна тј. знају да оне постоје (исто важи и за реалне терете).³⁸

Следеће питање које се нужно намеће јесте питање због чега су стварна права по правилу супротстављива свима, а облигациона то нису, већ се тражи додатни услов да треће лице зна за постојање права (или да за њих према околностима мора знати)? Следствено

36 Овде је битно да наведена претпоставка о стварном праву које не делује *contra omnes* није изричito поменута у одређењу супротстављивости које наводи М. Орлић. Од коришћене литературе таква претпоставка налази се у делу А. Ђорђевића (види фусноту 8) и у цитираном чланку О. Станковића, „О подели права“, стр. 710 и 711.

37 Одређење тог лица није потпуна индивидуализација, као кад би се навело његово лично име, али је сасвим прецизно одређење и својство власника послужног добра, јер је увек посреди једно лице или више лица у заједници – код сусвојине или заједничке својине.

38 О појму реалних терета види РЕАЛНИ ТЕРЕТ, одредница у *Лексикону*, стр. 614 и Д. Стојановић, *Стварно право*, стр. 196. О (облигационој) правној природи реалног терета види О. Станковић у: О. Станковић – М. Орлић, *op. cit.*, стр. 4. Занимљиво је да О. Станковић сматра да су реални терети облигационог карактера јер обавезују на чињење, док се код негативних службености о облигационом карактеру не говори ни у назнакама, мада је једина разлика то што оне обавезују на нечињење власника послужног добра. Критеријум чињења и нечињења битан је за одређење да ли је посреди службеност или реални терет (или евентуално суседско право), али не и за одређење да ли је неко право облигационо или стварно.

тome, поставља се и питање основа супротстављивости, односно разлога због кога супротстављивост опште постоји.

Сматрам да одговор на прво питање лежи у публицистету стварних права, који неки од аутора и изричito наводе као једну од њихових основних особина.³⁹ Тако, Д. Стојановић тврди да је „због апсолутног дејства стварних права потребно... да сва трећа лица знају да одређено право припада одређеном субјекту“, па се „стога појављује потреба да се стварна права споља обележе и маркирају – потребан им је публицистет“. Овај став Стојановића могуће је и изокренути, па рећи да стварна права имају *contra omnes* особину („апсолутно дејство“) управо због тога што та права, за разлику од облигационих, имају особину публицистета. Овде је питање шта је узрок а шта последица – је ли публицистет стварних права узрок њихове *contra omnes* супротстављивости, или је њихова *contra omnes* супротстављивост узрок њиховог публицистета? Сматрам да се оба става могу аргументовано бранити, али да претежу аргументи у корист става да је публицистет узрок опште супротстављивости стварних права. Наиме, стварна права, будући да подразумевају већи или мањи обим непосредне, фактичке власти на ствари, нужно су праћена публицистетом, оличеним у државини. Публицистет се код непокретних ствари остварује уписом у регистре непокретности. Овакав вид публицистета успостављен је, међутим, пре свега из техничких разлога,⁴⁰ пошто је због ограниченностима броја непокретних ствари тако нешто могуће, и због чињенице да су непокретне ствари историјски имале већи значај, и по правилу биле вредније од покретних (што је оправдавало увођење регистрара непокретности зарад повећања правне сигурности). Чињеница државине релевантна је и у односу на непокретне ствари, што показује да су регистри непокретности само посебан вид обезбеђења потпунијег публицистета, а не потпuna замена за државину као вид публицистета стварних права.⁴¹ Могуће је рећи да би стварна права, будући овлашћења за вршење непосредне власти на ствари, имала публицистет све и да немају *contra omnes* супротстављивост, што упућује на чињеницу да је публицистет узрок опште супротстављивости, а не обратно. С друге стране, негативне стварне службености имају *contra omnes* супротстављивост, али пошто не подразумевају државину као вид публицистета, такво дејство добијају само ако су уписане у регистар непокретности (као сред-

39 Д. Стојановић, *Стварно право*, стр. 3.

40 Број покретних ствари и њихова разноврсност чине немогућим да се за њих, сем изузетно (за бродове и ваздухоплове), воде посебни регистри.

41 О значају чињенице државине за непокретне ствари види М. Орлић у: О. Станковић – М. Орлић, *op. cit.*, стр. 332 и даље.

ство публицитета). Другим речима, што се стварних права тиче, *contra omnes* супротстављивост је незамислива у случају непостојања публицитета, управо стога што је публицитет основ такве супротстављивости. У противном би неко лице могло бити правно везано нечим за чије постојање нити зна нити мора знати, нечим што може бити и последица воље једног или више лица која он и не познаје, а то се противи како основним постулатима и начелима грађанског права тако и здравом разуму. С друге стране, чињеница да стварна права одликује публицитет доводе до тога да се за већину тих права претпоставља, понекад необориво, да сва трећа лица знају за њихово постојање. Примера ради: својина, као најтипичније стварно право, има особину која се назива правом следовања управо захваљујући оваквој претпоставци – право следовања означава могућност власника да своје право својине супротстави свакоме код кога се његова ствар нађе⁴² управо због тога што се узима да то лице зна да постоји право својине које је повредило (или да бар зна да својина не припада њему). Ако је то лице савесно, право му пружа могућност стицања својине од невласника или одржајем (под одређеним условима, наравно), што индицира да поменута претпоставка није нужно необорива. Општа супротстављивост стварних права, као последица њиховог иманентног публицитета, ствара захтев титулара стварног права да му одређено треће лице, које га је у вршењу његовог права ометало, омогући даље несметано вршење сопственог права (било тако што ће му одузету ствар вратити, било тако што ће престати да га омета у вршењу права). Овај захтев, пак, не треба поистовећивати са стварним правом као таквим (јер оно се састоји у непосредној власти на ствари), он је специфично овлашћење чија је сврха омогућавање несметаног вршења стварног права, и као такав настаје супсидијарно, тек у случају повреде стварног права.⁴³ Захтев је управо практична последица супротстављивости код стварних права.

Код облигационих права не постоји никакав публицитет у смислу државине, баш због тога што је њихова суштина у захтеву одређеном лицу за одређену престацију. Чињеница да се поједини уговори пријављују или региструју код неких државних органа по административноправним прописима (нпр. обавеза пријаве спољнотрговинског посла, обавеза регистрације уговора о страним улагањима) нема значај публицитета у смислу грађанског права (тј.

42 Одредница СТВАРНА ПРАВА, *Лексикон*, стр. 690 и 691; О. Станковић у: О. Станковић – М. Орлић, *op. cit.*, стр. 3.

43 Овде је реч о тзв. правнозаштитном захтеву (*Anspruch-y*) који је у правну теорију увео Винђшајд – о томе више у А. Гамс са Љ. Ђуровић, *Увод у грађанско право*, XVI издање, „Номос“, Београд 1991, стр. 81.

не сматра се да сва лица знају за облигације настале из пријављених односно регистрованих уговора). Стога није могуће конструисати општу супротстављивост облигационих права. Облигациона права могу се супротставити само оним лицима која за њихово постојање знају.⁴⁴ Изузетно, ако се таква права односе на захтеве за неку престацију везано за непокретност и ако се могу уписати у земљишне књиге, па се такав упис изврши, онда се и такве облигације могу супротставити свим трећим лицима (јер је остварен услов публицизата).

Напослетку, покушајмо да дамо одговор и на друго постављено питање, оно о основу и разлогу постојања супротстављивости. На питање о основу супротстављивости одговор је заправо већ дат у претходном разматрању – срж супротстављивости је чињеница да лице коме се неко право, било оно стварно или облигационо, супротставља, зна (или мора да зна) за његово постојање. За већину стварних права сам закон уводи претпоставку да сва трећа лица знају за њихово постојање – тако је са својином, заложним правом на покретним и непокретним стварима, са стварним и личним службеностима, закупом, као и свим тзв. књижним правима (која су по природи стварноправна, тј. овлашћују на неки вид непосредне власти на ствари на коју се односе), односно са стварним правима која се као терети могу уписати у одговарајуће регистре – али као што смо видели код примера својине, чак ни та претпоставка није у сваком случају необорива.⁴⁵ С друге стране, постоји и право послугопримца из уговора о послузи,⁴⁶ које је по својој природи стварноправно (бесплатна употреба ствари), а за које законска претпоставка да сва трећа лица знају за његово постојање није прописана. Што се облигационих права тиче, код

44 Захтев да за облигационо право треће лице мора ЗНАТИ, односно да није довољно да за њега према околностима мора знати, изричito је прописан чланом 593 Закона о облигационим односима као услов супротстављивости трећем лицу (доцнијем прибавиоцу ствари која је предмет закупа) за основно облигационо право закупца из уговора о закупу – право да захтева да му закуподавац преда ствар. Применом аналогије ово правило могло би да добије општи карактер, али није незамисливо ни решење по коме би се са критеријумом „ЗНА“ изједначио и критеријум „по околностима МОРА ЗНАТИ“, што је у пракси заправо исто јер је готово немогуће доказати да је неко нешто знао, па се заправо доказује да није могао да не зна.

45 Супротно од тога, примера ради, у случају регулисаном чланом 591 ЗОО, та претпоставка је необорива – види М. Орлић у: С. Перовић, *Коментар*, стр. 1067.

46 О уговору о послузи види С. Перовић, *op. cit.*, стр. 692–707; Мироса Мијачић, *Облигациони уговори*, „Савремена администрација“, Београд 1988, стр. 118–123; М. Константиновић, *Облигације и уговори – Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1969, чланови 560–571; Чланови 305–311 Швајцарског законика о облигацијама; Чланови 265–270 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору; Параграфи 582–592 Грађанског законика за Књажевину Србију; Параграфи 971–982 Општег грађанског законика Аустрије.

њих претпоставка да сва трећа лица знају за њихово постојање важи само у случају да облигационо право може да се упише у одговарајући јавни регистар (што је сразмерно сасвим мали број), док у погледу већине облигација таква претпоставка не постоји, па онај ко тврди да је неко лице знало за постојање права, мора то и да докаже (што му значајно отежава процесну позицију у евентуалном спору). Што се, пак, разлога постојања супротстављивости као посебне особине субјективних грађанских права тиче, сматрамо да је довољно објашњење које даје М. Орлић, а то је да „сва субјективна права траже одређено поштовање, не само стварна права“.⁴⁷ Дакле, у суштини је сваког правног поретка да се сва субјективна права морају поштовати (јер какво је то право ако се може без последица повређивати), односно да се њихов титулар не сме спречавати или ометати у њиховом вршењу.⁴⁸ Услови под којима ће повреда права изложити повредиоца неком захтеву титулара варирају од врсте субјективног права у питању, а суштински услов је да онај на кога је уперен захтев зна за постојање права које је повредио.

Отуд произлази да општа супротстављивост, односно *contra omnes* дејство негативних стварних службености, не мора нужно бити аргумент у прилог њиховој стварноправној природи. Ако се усвоји премиса да постоје облигациона права која су супротстављива према несавесним лицима, те да се негативне стварне службености стичу уписом у земљишне регистре, чиме уједно сва трећа лица постају несавесна у погледу знања за чињеницу да оне постоје, онда се овај конкретан аргумент у прилог стварноправном карактеру негативне стварне службености може побити – негативна стварна службеност била би облигационо право које се може супротставити *contra omnes*.

2. О „служењу потребама повласног добра“ као аргументу стварноправности негативних стварних службености

Једно од битних појмовних одређења стварних службености, које је нашло места и у тексту ЗОСПО, јесте да стварна службеност мора постојати „за потребе“ повласног добра. Тиме се, наравно, жели рећи да стварна службеност не сме служити задовољењу потреба само неког конкретног власника повласног добра, већ сваког лица које буде у тој позицији. Везаност сврхе службености за повласно добро, а тек преко њега за његовог власника, истиче се као један од аргумената стварноправности стварних службености. Покушајмо да анализирамо тај аргумент нешто подробније.

⁴⁷ М. Орлић у: С. Перовић, *Коменијар*, стр. 1065.

⁴⁸ У том смислу и В. Водинелић у: О. Станковић – В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 226.

Субјективна грађанска права, по својој дефиницији, служе задовољењу интереса свог титулара.⁴⁹ Интерес као појмовно одређење субјективног грађанског права први је нагласио немачки правник Јеринг, који је субјективна права схватао као правно заштићене интересе. Иако својење субјективног права само на интерес који се њиме штити није сасвим коректно и далеко је од општеприхваћеног, многи аутори после Јеринга у појам субјективног права укључују и интерес, као мотив за признање субјективног грађанског права.⁵⁰ Дакле, неки интерес титулара, као циљ који се правом жели заштитити, постоји код свих субјективних грађанских права.

Чињеница је да су стварне службености, значи и оне негативне, по интересу који се њима штити на одређен начин везане за повласно добро. Међутим, исто тако сматрамо чињеницом да ниједна од постојећих класификација субјективних грађанских права није изведена према критеријуму интереса који се одређеним субјективним грађанским правом штите. Стога из прве наведене чињенице не произлази стварноправна природа негативних стварних службености, из посве једноставног разлога: обележја интереса који се неким субјективним правом штите нису релевантна за поделу грађанских права на стварна и облигациона. Везаност интереса који се негативним стварним службеностима штити и повласног добра доиста упућује на „стварноправност“ негативних стварних службености, али такав закључак не може издржати детаљнију анализу. Према постојећем ставу, „стварноправност“ неког субјективног грађанског права произлази из чињенице да то право овлашћује титулара на одређени обим непосредне власти на ствари и да има тзв. „*contra omnes* дејство“ (оно што је у овом раду названо „*contra omnes* супротстављивост“). Везаност интереса који се правом штити за одређену ствар није нужно појмовно одређење свих стварних права – напротив, оно се у виду везаности потребом повласног добра (као специфичним интересом) среће само код стварних службености (а у виду везаности потребом титулара и његових укућана код личне службености *iusus*) – тако да се та чињеница не може користити у прилог тези да су негативне стварне службености по природи стварноправне. Дакле, везаност интереса

49 О. Станковић у: О. Станковић – В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 101 – „Субјективна грађанска права су правни прерогативи (овлашћења, правне власти) признањи објективним правом правним субјектима (физичким и правним лицима) у циљу задовољења разних њихових интереса.“

50 Такође и А. Гамс – Љ. Ђуровић, *Увод у ћирађанско право*, XVI издање, Београд 1991, стр. 86; Д. Стојановић, *Увод у ћирађанско право*, стр. 144. Занимљиво је да оба аутора полазе од схватања субјективног права као правног односа, дакле другачије од наших предратних писаца и О. Станковића, али и у тој концепцији интерес улази у појам субјективног права.

који се штити за повласно добро јесте критеријум на основу кога ће се одлучивати да ли неко субјективно право јесте стварна службеност или није, а не и критеријум на основу кога ће се одређивати правна природа стварних службености. Ако неко овлашћење које садржински одговара негативној стварној службености постоји задар заштите интереса који није у вези с „повласним добром“, оно уопште неће бити стварна службеност, следствено томе неће моћи да се упише у одговарајуће регистре, а по природи ствари биће знатно теже супротставити га доцнијем прибавиоцу „послужног добра“⁵¹ због недостатка публицизитета.

IV. ЗАКЉУЧАК

Стиче се утисак да изведена анализа, са свим њеним тврђњама и консеквенцијама, има нешто шири домашај од одређења правне природе негативних стварних службености. Иза изнетих ставова, чини ми се, јавља се могућност једног донекле новог разумевања, другачијег теоријског приступа класификацији субјективних грађанских права. Дубина и сложеност питања која се постављају за развијање целовитог погледа на поделу субјективних грађанских права готово је застрашујућа, па су ставови који би могли имати далекосежније последице излагани пре свега с обзиром на негативне стварне службености, и посебно на то да су оне једно „гранично“ право релативно мањег значаја. Проширити видокруг истраживања на сва субјективна грађанска права и „отворати нова врата“ чинило ми се сувише захтевним подухватом, који би сасвим сигурно прекорачио границе семинарског рада.

У светлу изведене анализе, сматрам да негативне стварне службености по својој природи извесно нису стварна права. Ако се остане при традиционалном поимању стварних права као права власти на стварима која делују *contra omnes* а облигационих као права тражења која делују *inter partes*, негативне стварне службености не би се могле сврстати ни у једну од те две групе, односно остале би ван класификованих типова субјективних грађанских права. С друге стране, ако се прихвати став да супротстављивост не улази у појмовно одређење субјективних права, смело би се рећи да је *негативна стварна службеност у сушиини једно тражено, дакле облигационо право*, које се због уписа у земљишне књиге може супротставити *contra omnes*. Овакав теоријски приступ (трећирање негативне стварне службености као облигационог права)

⁵¹ Знакови навода стављени су јер, ако није реч о стварној службености, не може бити речи ни о послужном добру. Из истих разлога под наводницима је написано и повласно добро.

имао би и извесне практичне консеквенце,⁵² али чини ми се да би његовим прихваташем негативне стварне службености биле прецизније одређене, те да не би, као сада, биле изостављене из извршене класификације.⁵³

52 Не би постојала никаква разлика, на пример, у вези са застарелошћу, јер је за негативне стварне службености изричito предвиђено да застаревају у посебним роковима (20 година рок за застарелост, 3 године за либераторну узакапију, с тим што је код њих могуће практично замислiti само ову последњу), али у погледу надлежности суда постојала би разлика која би се састојала у непостојању искључиве надлежности суда на чијој територији се непокретност налази – види члан 56 Закона о парничном поступку, *Сл. лист СФРЈ* бр. 4/1977. Међутим, и ова разлика не би била толико крупна у пракси, с обзиром на то да власник послужног добра по правилу има било пребивалиште било боравиште на територији где се то добро налази (поготово у периоду када својим поступањем врећа право негативне стварне службености), тако да би и примена правила опште месне надлежности, кад год је то практично потребно, довела до судовања пред судом на чијој територији се налази послужно добро.

53 А сада је управо тако, јер, као што је показано, оне нису ни стварна ни облигациона права у смислу класичног дефинисања тих врста субјективних грађанских права.

Владимир Рајковић*

ПРАВО КОРИШЋЕЊА ГРОБНОГ МЕСТА

„Странче, моја беседа није дуга. Заустави се и пажљиво прочитај овај епитаф. Ти видиш ружан гроб једне лепе жене. Родитељи су јој дали име Клаудија. Она је волела свог мужа свим срцем. Родила му је два сина: једног од њих је оставила на земљи, другог је сахранила. Говор јој је био сјајан, ход љубак. Она је водила бригу о свом дому и прела вуну. То су моје речи, можеш да одеш.“

Натпис на надгробном споменику
из времена браће Грах
(II век пре нове ере)¹

УВОД

1. Свако рађање прати смрт. Разумљиво је стога што је ова појава предмет интересовања како филозофије тако и многих других наука, а истовремено и незаobilазна тема свих религија. Гробнице и споменици су њени готово неизбежни пратиоци. Захваљујући настојању људи да овековече траг о себи и свом времену, старе цивилизације су нам оставиле немерљиво наслеђе. Најмонументалнији споменици налазе се у Египту чија је цивилизација више него било која друга окренута смрти и загробном животу. Не мање значајне споменике оставиле су нам и друге цивилизације.

* Владимир Рајковић, студент последипломских студија Правног факултета у Београду, адвокат.

1 Raymond Bloch, *Латинска епиграфика*, превод Анка Милошевић, Београд, 1971, стр. 60.

2. На нашем подручју низ важећих правила везаних за сахрањивања и гробља имају порекло у старој Грчкој. Ту спадају: правила која се односе на подизање гробља ван насеља, спаљивање и сахрањивање умрлих, на изглед гроба и надгробног споменика, на обичај држања надгробне беседе, на називе епитаф и кенотаф.²

3. Римско право је и у овом домену поставило основе који се поштују и данас. Најбитније је правило да гробови и споменици од момента сахрањивања не могу бити у промету. Ово као и друга ограничења узрокована су пре свега жељом да се обезбеди поштовање предака и неговање пијетета према умрлима.

То суштинско обележје и сада пресудно утиче на садржину и природу института права коришћења гробног места.

4. У нашем позитивном праву питања од значаја за ову тему регулисана су Законом о сахрањивању и гробљима (*СГ СРС* бр. 20/77 и *СГ РС* бр. 53/93, 67/93 и 48/94), Законом о погребној дјелатности и уређивању и одржавању гробља (*Службени лист Црне Горе* бр. 28/84), Законом о уређивању и одржавању гробља бораца (*Службени гласник СРС* бр. 22/64, 51/71, и 11/76), одлукама скupштина општина и градова и низом других прописа.³ Овим питањима бави се такође и Кодекс погребних услуга Привредне коморе Југославије. Гробљем се, у смислу Законом о сахрањивању и гробљима, сматра земљиште које је одговарајућим урбанистичким планом или одлуком скupштине општине одређено за сахрањивање умрлих.⁴ Постоје јавна гробља и гробља бораца. Сахрањивање се може вршити само на гробљу а ван гробља покопавање се може извршити само у случајевима предвиђеним посебним законом или на закону заснованом одлуком скupштине општине.⁵ Од посебне је важности напоменути да се гробна места (парцеле) дају на коришћење под условима и на начин утврђен одлуком скupшти-

² Кодекс погребних услуга Привредне коморе Југославије (саставили Обрад Станојевић и Триво Инђић; усвојен 18. IX 1989), Београд 1990, стр. 17.

³ Поред означених прописа ову материју регулишу и: Закон о обележавању и одржавању гробља и гробова припадника савезничких армија и других страних армија на територији Југославије (*Службени лист СФРЈ* бр. 69/75), Закон о комуналним делатностима (*Службени гласник РС*, бр. 16/97), Закон о културним добровима (*Службени гласник РС*, бр. 71/94), Правилник о условима и начину ископавања и преношења умрлих лица (*Службени лист СФРЈ* бр. 42/85), и Правилник о условима и начину ископавања и преношења умрлих лица (*Службени гласник СРС* бр. 56/76 и 52/82)).

⁴ Став 1 члана 4 Закона о сахрањивању и гробљима СРС. Чланом 3. Закона о погребној дјелатности и уређивању и одржавању гробља (*Службени лист Црне Горе* бр. 28/84) предвиђено је да се гробљем, у смислу овог закона, сматра земљиште које скupштина општине одреди за сахрањивање, смештање спаљених посмртних остатака, као и објекти и уређаји који су изграђени на том земљишту и служе за сахрањивање, уређивање и коришћење гробља.

„Гробља су земљишта одређена за сахрањивање умрлих“, *Правна енциклопедија*, главни редактор Борислав Благојевић, Београд 1985, I том, стр. 446.

⁵ Члан 2 Закона о сахрањивању и гробљима СРС.

на општина и градова и општим актима предузећа за погребне услуге, а такође и да се гробно место које је дато на коришћење не може стављати у правни промет.⁶

Овај рад ће се бавити само мањим бројем питања која се показују интересантним са становишта судске праксе.

I. ГРОБЉА

1. Правна природа гробља

5. У правној теорији и судској пракси преовладава схватање према коме *гробља сагадају у добра у ошићтој употреби*.⁷ Не може се, ипак, рећи да и ту нема дилема. Изражено је, наиме, и схватање да гробља треба сврстати у категорију јавних добара у ужем смислу,⁸ тј. међу ствари које су искључиво у јавно-правном режиму.⁹ У том смислу, овај институт у себи обухвата добра у општој употреби и природна богатства. Имајући у виду изнету дефиницију јавних добара, ово друго схватање нас наводи на закључак да гробља, ипак, улазе у круг добара у општој употреби с обзиром да су садржински најближи овој поткатегорији јавних добара, што нарочито долази до изражажа када се има у виду околност да се и на добрима у општој употреби може установити право посебне употребе на основу управног акта, уговора или законског прописа.¹⁰ Раније важећи Закон о сахрањивању и гробљима (*Службени гласник СРС* бр. 30/65) предвиђао је да на гробљу могу постојати

⁶ Члан 17 Закона о сахрањивању и гробљима СРС.

Чланом 17. Закона о погребној дјелатности и уређивању и одржавању гробља (*Службени лист Црне Горе* бр. 28/84) предвиђено је да гробна места (парцеле) и места за смештај пепела спаљених посмртних остатака одређује и даје на коришћење организација удруженог рада, односно месна заједница којој је повериено управљање и одржавање гробља.

⁷ „Добра у општој употреби су ствари чије је коришћење свакоме допуштено или које, у складу са њиховом наменом, свако може да користи“ (Андреја Гамс, *Основи стварног права*, осмо издање, Београд 1980, стр. 20, пасус 25).

Рајко Јелић, *Посебни облици права својине у СРЈ*, Београд 1999, стр. 11 и 29.

Душан Стаменковић, *Приручник за утиске у земљишну књигу и капаситар непокретности*, Београд, 1993, стр. 251.

„Добра у општој употреби су ствари које по својој природи или намени служе општој употреби, односно општем, равномерном и једнаком коришћењу свих субјеката права у мери неопходних употреба и без посебних дозвола или одобрења надлежних органа. По неким мишљењима, међу добра у општој употреби спадају поред осталог и гробља“ (Лексикон *србијанској права*, главни редактор Обрен Станковић, Београд 1996, стр. 123).

⁸ „Гробље као целина сматра се јавним добром“ (Лексикон *србијанској права*, *ibid.* стр. 103)

⁹ „Јавна добра су ствари које се налазе ван имовинскоправног промета и за које важи посебан правни режим“ (*Правна енциклопедија*, главни редактор Борислав Благојевић, Београд 1985, I том, стр. 568).

¹⁰ Лексикон *србијанској права*, главни редактор Обрен Станковић, Београд 1996, стр. 123.

сви облици својине. Закон о удруженом раду (*Службени лист СФРЈ* бр. 53/76 и 57/83) међутим, на основу Устава СФРЈ из 1974. године, унео је ту значајне промене прописујући да су добра у општој употреби без изузетка у друштвеној својини.¹¹ Самим тим, сва до тада установљена гробља, ако пре тога и нису била у друштвеној својини, доношењем Закона о удруженом раду прешла су у друштвену својину. То је био случај и са свим гробљима установљеним у периоду важења Закона о удруженом раду. Важећим уставима, и то чланом 73 Устава СРЈ и чланом 60 Устава РС, предвиђено је да се добра у општој употреби могу налазити и у државној и у друштвеној и у приватној својини. Закон о средствима у својини Републике Србије, у чл. 1, ст. 1 предвидео је при том да у средства у државној својини спадају и добра у општој употреби за која је законом утврђено да су у државној својини, прописујући поврх тога да објект државне својине постаје и имовина органа и организација јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, јавних служби (јавних предузећа, установа) и других организација чији су оснивачи Република, односно територијалне јединице. Из ове одредбе јасно произлази да су ступањем на снагу Закона о средствима у својини Републике Србије гробља која су до тада представљала средства у друштвеној својини, постала објекат државне својине.

2. Питање облика права својине на земљишту на коме се гробље налази

6. Закон о сахрањивању и гробљима ни на једном месту не даје одговор на питање да ли земљишта на којима се налазе гробља морају бити у државној својини или могу бити и у друштвеној или приватној својини. Последица тога јесте да о овом питању постоје различита схватања.

a) *Схватање да на земљишту на коме се налази гробље могу поситојати сви облици својине*

7. По једном мишљењу, земљишта на којима се налазе гробља могу бити и у државној и у друштвеној и у приватној својини.

11 Чланом 85 Устава СФРЈ из 1974 (*Службени лист СФРЈ* бр. 9/74 од 21. II 1974) предвиђено је да земљиште, шуме, воде, водотоци, море и морска обала, рудна блага и друга природна богатства, добра у општој употреби, као и непокретности и друге ствари од посебног културног и историјског значаја, уживају, као добра од општег интереса, посебну заштиту и користе се под условима и на начин који су прописани законом.

Чланом 10, ст. 2 Закона о удруженом раду (*Службени лист СФРЈ* бр. 53/76 и 57/83) предвиђено је да су средства за производњу и друга средства удруженог рада, производи удруженог рада, средства за задовољење заједничких и опште друштвених потреба, природна богатства и добра у општој употреби у друштвеном власништву.

У случају када на земљишту на коме се налази гробље, грађанин или грађанско-правно лице имају право својине, гробљем као комуналним објектом управља орган одређен од стране општинске скупштине. Тада се права и дужности у вези са коришћењем тог земљишта утврђују уговором између општине и носиоца права својине на земљишту, или се земљиште експроприше по важећим прописима.¹² Ово мишљење има своје идејно упориште у ранијем Закону о сахрањивању и гробљима СРС (Службени гласник СРС бр. 30/65).¹³ У вези са њим се, међутим, намеће питање: на који начин ће бити уређени односи између носиоца права својине на земљишту у приватној својини и органа који управља комуналним објектом у ситуацији када на терену фактички постоји гробље а они више нису у стању да уговором на обострано задовољавајући начин регулишу међусобне односе? На ово питање није могуће дати прихватљив одговор уколико се има у виду да поступак експропријације може потрајати дуже, услед чега се постојање оваквог правног вакуума показује неприхватљивим. Надаље, и сама околност да гробља спадају у круг ствари које се налазе ван промета (*res extra commercium*) додатно говори против овог мишљења, мада је несумњиво да и ствари ван промета могу бити предмет права својине. Не изненађује стога што судска пракса није кренула овим путем.

б) Схваћање да земљиште на коме се налази гробље мора бити у друштвеној својини

8. По другом мишљењу, гробља се увек налазе на земљишту у друштвеној својини.¹⁴ Оно је резултат идеје установљене раније

¹² Правна енциклопедија, главни редактор Борислав Благојевић, Београд 1985, I том, стр. 447.

„У народу, у неким крајевима, чак донедавно, био се задржao обичај да земљорадник, власник земље, своје мртваце, а нарочито претке, сахрањује на међи своје земље. Но на те гробове, као и уопште на све гробове на приватном земљишту (без обзира што је сахрањивање на земљишту које не служи као гробље забрањено административним прописима) не примењују се горе наведена правила. Земљиште на коме се ти гробови налазе било би у грађанско-правном промету.“ (Андрја Гамс, *Основи сиварног права*, Београд 1980, стр. 19, пасус 23).

¹³ Раније важећим Законом о сахрањивању и гробљима СРС (Службени гласник СРС бр. 30/65) предвиђено је у ставу 1 члана 4 да је гробље комунални објекат којим управља орган одређен од општинске скупштине, без обзира на то ко има право својине на земљишту на коме се оно налази, а став 2 истог члана каже: ако на земљишту на коме се налази гробље, грађанин или грађанско правно лице има право својине, онда се права и дужности у вези са коришћењем тога земљишта утврђују уговором између општине и носиоца права својине на земљишту, или се земљиште експроприше по важећим прописима.

¹⁴ „Гробље као такво, тј. као скуп земљишних честица одређених за укоп мртвача, не може бити предмет правног промета међу грађанима односно грађанско-правним лицима. Према томе, оно не може бити ни предмет власништва тужиље, која се стога не може успешно позивати на право власништва као основ из кога јој извире тужбени захтев на предају поседа“ (Решење и пресуда Врховног

важећим Законом о удруженом раду и применом историјског тумачења у односу на сада важећи Закон о сахрањивању и гробљима, који је донет 1977. године, дакле, у време када је друштвена својина представљала доминантан својински облик. Све до доношења Закона о средствима у својини Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 53/95, 3/96, 54/96, 32/97) ово мишљење се објективно показивало као и једино прихватљиво. У том смислу јединствена је била и судска пракса. Интересантно је, међутим, да су многи аутора, вероватно по инерцији, и након ступања на снагу Закона о средствима у својини Републике Србије, наставили да заступају исто мишљење.¹⁵ Правило *lex posterior derogat priori*, ипак, не оставља простор за овакво тумачење.

в) Схватање да земљиште на коме се налази гробље мора бити у државној својини

9. По трећем мишљењу, које се појавило након доношења Закона о средствима у својини Републике Србије (*Службени гласник РС* бр. 53/95, 3/96, 54/96, 32/97) гробља се налазе увек на земљишту у државној својини Републике Србије.¹⁶ Наиме, чланом 1 овог закона предвиђено је да средства у својини Републике Србије поред осталог јесу добра у општој употреби за која је законом утврђено да су у државној својини, али такође и средства која су, у складу са законом, стечена, односно која стекну државни органи и организације, органи и организације јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, јавне службе (јавна предузећа, установе) и друге организације чији су оснивачи Република, односно територијалне јединице, осим средстава која користе организације обавезног социјалног осигурања и средстава која су према посебном закону у својини друге организације. Чини се да ово мишљење, које је резултат примене логичког и циљног тумачења

суда НР Хрватске Рев. бр. 842/59 од 19. XI 1959, Збирка судских одлука, књига IV, св. 3, одлука бр. 400).

Указали бисмо на део образложења наведене одлуке у коме Врховни суд НР Хрватске изводи закључак да гробље не може бити предмет власништва тужиље с обзиром да представљаја *res extra commercium*, и то због тога што сматрамо да се поменута својства међусобно не искључују и да у овом случају разлог доношења одлуке није правилно означен.

15 „Сада важећи Закон о сахрањивању и гробљима не предвиђа могућност постојања приватних гробаља, већ гробљанска земљишта третира као друштвена“ (Драгутин Василић, судија Врховног суда Србије, „Основне поставке прописа о сахрањивању и гробљима и нека спорна питања у њиховој примени“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* бр. 2/98, стр. 128).

Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 1482/98 од 30. VI 1998, *Избор судске праксе* бр. 7-8/99, стр. 29.

16 „Гробље као целина сматра се јавним добром“ (Лексикон *србијанској праве*, главни редактор Обрен Станковић, Београд 1996, стр. 103). „Јавна добра у ужем или ширем смислу представљају објекте државне својине“ (*ibid.*, стр. 246).

целовитих текстова Закона о сахрањивању и гробљима и Закона о средствима у својини Републике Србије, на најбољи начин штити, у овом случају, наглашено присутан друштвени интерес. Он је исказан у свим законским и подзаконским прописима који регулишу ову материју а такође и у Кодексу погребних услуга Привредне коморе Југославије. Закон о сахрањивању и гробљима, када је реч о гробљима, предвиђа да земљиште одређено за сахрањивање умрлих мора бити у складу са одговарајућим урбанистичким планом или одлуком скупштине општине, при чему се такође морају претходно утврдити и урбанистичко-технички услови за подизање низа објеката неопходних за вршење погребне делатности, комуналних уређаја и инсталација, као и за регулисање спољних и унутрашњих саобраћајница. Као аргумент у прилог тврдњи да се гробље увек налази на земљишту у државној својини, навели бисмо и да је Законом о средствима у својини Републике Србије предвиђено да средства у својини Републике Србије поред осталог јесу и она која су, у складу са законом, стечена, односно која стекну и органи и организације јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе (дакле, и општине које помиње Закон о сахрањивању и гробљима). На ово указујемо пошто да су за време важења Закона о удруженом раду сва гробља добила статус средстава у друштвеној својини на којима су за носиоце права располагања одређене општине.

10. Истим законом предвиђено је, надаље, да послове погребне делатности и уређивања и одржавања гробља могу вршити једино или организација или месна заједнице којој је скупштина општине поверила вршење ових послова, при чему ти субјекти имају овлашћења да додељују и права коришћења гробних места (парцела). Изузетак у том смислу наведен је у чл. 6, ст. 1 Закона о уређивању и одржавању гробља бораца СРС у којем се предвиђа да борачке и друге организације могу, у споразуму са органом који управља гробљима, преузети непосредно старање о појединачним гробовима или гробљима бораца. На борачке и друге организације не може, међутим, бити пренето право додељивања права коришћења гробних места.¹⁷

11. Закон о средствима у својини Републике Србије у чл. 8, ст. 3 предвиђа да о давању на коришћење као и о отказу уговора о давању на коришћење непокретности које користе органи територијалних јединица и друге организације одлучује орган утврђен

17 „Не постоји правни основ за давање овлашћења СУБНОР-у да издаје дозволе за одређивање простора за сахрањивање, односно за сахрањивање на одређено гробље и гробно место, пошто је уређивање ових питања у надлежности скупштине општине и за то овлашћених органа општине“ (Одлука Уставног суда Србије ИУ – 165/91 од 3. X 1991, *Билћен Уставног суда Републике Србије* бр. 2/91).

законом, односно статутом територијалне јединице и друге организације, уз сагласност Републичке дирекције за имовину Републике Србије, што представља механизам који, по нашем мишљењу, обезбеђује услове за ефикасну заштиту друштвених интереса и када су у питању гробља, будући да организација која те послове не обавља на одговарајући начин може бити замењена другом. Уколико се, међутим, ради о јавним предузећима са претежно државним капиталом, јасно је да се ту у циљу заштите друштвених интереса ефикасно могу применити други методи јер овим предузећима и онако управља држава. Ситуација је, такође, подједнако повољна и када су ови послови поверени месним заједницама. У случају када се борачке и друге организације, у смислу Закона о уређивању и одржавању гробља бораца СРС, непосредно стараву о појединачним гробовима или гробљима бораца на начин који није одговарајући, то право им може бити одузето одлуком органа односно организације која управља гробљем.

12. Подржавајући тумачење према коме се гробља налазе искључиво на земљишту у државној својини, указујемо на то да је оно поред осталог резултат и једне шире тенденције, присутне од момента доношења сада важећих устава (савезног и републичког), која за последицу има и константно квантитативно увећање објекта државне својине на рачун објекта друштвене својине.

3. Последице сахрањивања ван места одређеног за сахрањивање умрлих везане за права на самом земљишту

13. И поред очигледно прихватљиве аргументације која стоји иза мишљења да се гробља увек налазе на земљишту у државој својини, морамо указати и на неке граничне случајеве у којима се, истина ретко, на парцелама које се воде као приватно власништво налази један или више гробова (по правилу предака лица које се води као власник предметног земљишта). Овде се пре свега поставља питање да ли се у таквим ситуацијама може уопште говорити о постојању гробља у правом смислу те речи. Сматрамо да ту постоје разлике и да одговор мора бити негативан ако се на таквом месту налази један или мањи број гробова, зато што увек постоји могућност да се ти гробови, и онако формирани кршењем позитивних прописа,¹⁸ изместе¹⁹ и то утолико пре уколико се ради о

¹⁸ У члану 1, став 1 Закона о сахрањивању и гробљима речено је да се покопавање посмртних остатака умрлог врши на гробљу које је у употреби, а чланом 24 је предвиђена прекршајна одговорност за лица која врше покопавања умрлог ван гробља које је у употреби.

¹⁹ Став 1 члан 19 Закона о сахрањивању и гробљима каже да се посмртни остатци сахрањеног могу ископати и пренети на друго гробље, по претходно прибављеном одобрењу општинског надлежног органа и органа надлежног за послове санитарне инспекције, ако је на другом гробљу обезбеђено гробно место за сахрану.

случајвима скоријег сахрањивања. У таквим ситуацијама предметно земљиште остаје и даље у приватној својини и правном промету. Када је, међутим, парцела која се води као приватна својина дужи низ година у већој мери или потпуно прекривена гробовима, тако да јој се више не може вратити ранија намена, сматра се да представља гробље и да је на тај начин прешла у државну својину, при чему ранији носиоци права својине могу имати само право на накнаду у висини тржишне вредности предметног земљишта, што је резултат аналогне примене Закона о експропријацији.²⁰ Ваља напоменути да је овде реч о посебном начину стицања државне (и друштвене) својине. Поједини теоретичари овај облик стицања државне (и друштвене) својине називају стицањем без правног основа, при чему и судови и сами теоретичари то правдају разлозима друштвено-економске целисходности.²¹ Рок застарелости (ради се иначе о општем року застарелости) за потраживање ове накнаде, попут рокова застарелости за потраживање накнаде за изузете и експроприсане непокретности, почиње тек од момента склапања поравнања или доношења судске одлуке, којима је уврђена висина накнаде.²² Захваљујући оваквом тумачењу, зас-

20 „Уколико је парцела која се води као власништво тужених 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 (суседне парцеле која представља гробље), 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. VI 1998, *Избор судске практике* бр. 7-8/99, стр. 29).

21 „Друга особеност у заштити друштвених својина може се запазити у споровима за повраћај ствари у којима се друштвено-правно лице појављује као тужени. У оваквом спору тужилац (нарочито ако је реч о физичком лицу, мада је било случајева у којима се као тужилац појављивало друштвено-правно лице) не може увек успети са захтевом да му се врати индивидуално одређена ствар, иако је иначе његов захтев основан. Судови су, полазећи од заштите друштвених својина, стали на становиште да, у случају када би повраћај индивидуално одређене ствари био штетан за друштвено-правно лице, тужени треба да врати не ту ствар него неку другу, или да даде накнаду у неком другом облику“ (Миодраг Орлић, *Друштвена својина и самоуправљање, II* geo, Миодраг Орлић и Верољуб Рајовић, Београд, 1984, стр. 14 и 15, пасус 5.).

Рајко Јелић, *Посебни облици права својине у СРЈ*, Београд 1999, стр. 136.

Одлука Савезног врховног суда Рев. бр. 2517/61 од 27. IV 1962, (према Миодрагу Орлићу, *Друштвена својина и самоуправљање, II* geo, Миодраг Орлић и Верољуб Рајовић, Београд 1984, стр. 14, пасус 5.).

22 „Застарелост потаживања правичне накнаде за непокретности које су прешли у друштвenu својину по основу експропријације, односно национализације, или по другом законском основу, где се накнада одређује по службеној дужности, почиње да тече првог дана после дана када је ранији власник непокретности према закону Републике имао право да захтева накнаду одређену поравнањем, односно одлуком суда. Потраживање већ утврђене правичне накнаде за наведене непокретности застарева по чл. 379 Закона о облигационим односима“ (Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије, утврђено на седници одржаној 8. IX 1986, и закључак са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења

нованом пре свега на начелу правичности, сматра се, у случају када накнада није одређена поравнањем односно одлуком суда, да рок застарелости није ни почeo тећи, па самим тим, није могуће са успехом истицати ни приговор застарелости.

14. Управо код одређивања накнаде за земљиште на коме се налази гробље долази до пуног изражaja постојање потребе за утврђењем носиоца права својине на самом земљишту. Уколико би се, наиме, прихватило да се гробље налази у душтвеној својини, накнаду би била дужна да исплати одговарајућа општина, док би у случају да се ради о државној својини, ту накнаду била дужна да исплати Република Србија.

15. Добро решење везано за изложени проблем садржано је у чл. 32, ст. 1 Закона о погребној дјелатности и уређивању и одржавању гробља РЦГ. Он предвиђа да гробове и надгробне споменике подигнуте после 1945. године без одобрења надлежног органа, на местима која на прописани начин нису била одређена као гробља, треба уклонити и посмртне остатке пренети у гроб на гробљу у употреби у року од пет година од дана ступања на снагу овог закона. Ставом 2 истог члана одређено је да је ту обавезу дужна да изврши породица сахрањеног, а ако ње нема, онда општина. Због непостојања сличног решења у Закон о сахрањивању и гробљима РС, мислимо смо да садржина наведене одредбе црногорског закона треба да представља путоказ и за поступање судова у Републици Србији. Основни квалитет решења у црногорском закону огледа се у томе што је закнодавац врло одређено, у једном дугом периоду гледано уназад, искључио могућност стварања гробља на местима која за то нису подобна. Испољена рестриктивност овде има своје пуно оправдање. То произлази и из решења садржаних у члану 4 Закона о сахрањивању и гробљима РС, који у ставу 1 изричito предвиђа да се гробљем сматра земљиште које је одговарајућим урбанистичким планом или одлуком скупштине општине одређено за сахрањивање умрлих, а све то је условљено и логичном потребом да се претходно утврде урбанистичко-технички услови за подизање објекта неопходних за вршење погребне делатности, комуналних уређаја и инсталација, и за регулисање спољних и унутрашњих саобраћајница. Такође је неопходно да се обезбеди заштита изворишта и објекта за снабдевање водом за

Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 28. и 29. V 1986, Александар Радованов, *Начелни ставови и закључци Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда*, Нови Сад 1996, стр. 68, закључак 68).

„Право на накнаду за експропријисану непокретност не застарева. Може застарити само потраживање које је утврђено по основу ове накнаде“ (Одлука Врховног суда Србије Гзз. 101/96 од 2. X 1996, *Билћен правне праксе из областii грађанско-правне заштите закоништвии Републичког јавног тужилаштва Србије*, јануар–децембар 1996, Београд 1997, стр. 12–13).

пиће, да се изврши провера геолошког састава тла, санитарних и других услова прописаних за подизање гробља.²³

II. ПРАВО КОРИШЋЕЊА ГРОБНОГ МЕСТА

1. Појам права коришћења гробног места

16. Право коришћења гробног места је имовинско право које се не гаси смрћу носиоца права.²⁴ Одговор на питање да ли ово право спада у круг стварних или облигационих права, захтева сложенију анализу. Ни новија домаћа правна теорија као ни судска пракса нису се конкретно бавиле овим питањем. При том, правни аутори убрајају различита права у иначе ограничен круг стварних права (начело *numerus clausus*). Тако према Обрену Станковићу, у круг стварних права, поред права својине, службености (стварних и личих), улазе и ручна залога, станарско право, право грађења, закуп и послуга.²⁵ По Оливеру Антићу, у круг стварних права, поред права својине, службености и залоге спадају и право закупа, станарско право, право прече куповине, реални терети, право грађења, а од момента предаје ствари закупцу, и право које закупац има на ствари јесте стварно право.²⁶ Андрија Гамс је у круг стварних права, поред права својине, службености и залоге сврстао још и реалне терете, право грађења и етажну својину, указујући и на постојање нарочитих стварних права која представљају грађанско-правни израз друштвене својине, и то: права располагања, права трајног коришћења земљишта у друштвеној својини и станарског права.²⁷ Миодраг Орлић је у права са претежно стварноправним

²³ „Полазећи од чињенице да је наведено подручје пољопривредно, да за исто није донет детаљни урбанистички план, односно урбанистичка основа, Уставни суд сматра да је оспорена одлука о одређивању локације месног гробља који је донела скупштина општине могла бити донета на основу чл. 4 Закона о сахрањивању и гробљима РС и чл. 66, ст. 1 и 4 Закона о планирању и уређењу простора и просторном плану СРС, према којима услове за уређење простора за изградњу објекта друштвено-правних лица (до доношења одговарајућег урбанистичког плана) може да утврди скупштина општине по поступку прописаном за доношење урбанистичког плана, што значи да се истим утврђује општи интерес за експропријацију земљишта, како према чл. 18 овог закона, тако и према одредбама Закона о експропријацији“ (Одлука Уставног суда Србије ИУ – 282/92 од 3. XII 1992, *Билтен Уставног суда Републике Србије* бр. 2/92, Београд, фебруар 1993, стр. 93–94).

²⁴ Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 1955/87, *Билтен Окружног суда у Београду* бр. 29 30/1988, стр. 68–69.

²⁵ Обрен Станковић, *Увод у грађанско право*, Обрен Станковић и Владимир Водинелић, Београд 1996, стр. 109, пасус 315.

²⁶ Оливер Антић, *Приручник за пољађање правосудног исписа*, редактори Оливер Антић, Ратко Марковић и Зоран Стојановић, Београд 1998, стр. 658–659.

²⁷ Андрија Гамс, *Основи стварног права*, осмо издање, Београд 1980, стр. 12 и 13, пасуси 5 и 6.

обележјима сврстао и право закупа (од момента предаје ствари од стране закуподавца закупцу)²⁸ и станарско право. Петар Симонети у круг стварних права убраја и право грађења и трајно право коришћења.²⁹ При томе се, колико је нама познато, нико од савремених домаћих правних писаца није изјаснио о правној природи самог права коришћења гробног места. Од старијих аутора то је учинио Душан Пантелић, који је право на гробу и гробници дефинисао као једно стварно и непокретно право употребе особене природе са специјалном наменом, чије је преношење било доброчиним или теретним уговорима *inter vivos* забрањено. Овај аутор је такође указао и на то да се наведено право приближава јавним добрима, будући да се, за разлику од осталих стварних имовинских права, не уписује у земљишне књиге.³⁰

17. Ради утврђивања природе права коришћења гробног места, почи ћемо од правних института који су сродни овом праву. Ту пре свега мислимо на право закупа, станарско право и право закупа на неодређено време на становима у државној и друштвеној својини, а такође и на право коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта.

18. У домаћој правној теорији више присталица има мишљење према коме код права закупа претежу његова стварноправна обележја. Заступници изложеног схватања указују при том да ово право постаје стварно право тек моментом предаје ствари закупцу. Многобројни су разлози за сврставање права закупа у круг стварних права. Један разлог је и околност да се ради о праву које се уписује у земљишне књиге, што представља једно од обележја стварних права (начело јавности стварних права). Ипак, и у ситуацији кад ово право није уписано у земљишне књиге, непосредна правна власт закупца на ствари чији је држалац довољно је очигледна да обезбеђује публицитет. Захваљујући овој околности, право закупа делује према свима (*erga omnes*) без обзира на савесност односно несавесност трећих лица. Тиме ово право надилази заштиту у виду „супротстављивости“ која карактерише облигациона права и која његовим носиоцима пружа заштиту једино у односу на трећа несавесна лица.³¹ У контексту права коришћења гробног

²⁸ Миодраг Орлић, *Правна природа закупа*, докторска дисертација, Београд 1974, стр. 514, пасус 531.

²⁹ Петар Симонети, *Право грађења*, Сарајево – Београд 1986, стр. 231.

³⁰ Душан Пантелић, „Приватно-правни положај гробова и надгробних споменика“, *Архив за правне и друштвене науке*, књига педесет шеста, Београд 1939, стр. 86–87.

³¹ Миодраг Орлић, *Стварно право*, четврто издање, Обрен Станковић и Миодраг Орлић, Београд 1989, стр. 427, пасус 1224.

Упоредити: Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига друга, редактори Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић, Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, стр. 243 и 281–282.

места, утврђивање правне природе права закупа показује се посебно значајним и због тога што се на питања из ове материје, која нису регулисана посебним одредбама, супсидијарно примењују одредбе о закупу.

19. У случају станарског права и права закупа на неодређено време на становима у државној и друштвеној својини, њихова стварноправна природа још је очигледнија. Изнету тврдњу не доводи у питање ни околности да се ова права не уписују у земљишне књиге. Овде је, наиме, непосредна правна власт на ствари јасно изражена кроз право коришћења стана (што представља њихову суштинску карактеристику), захваљујући чemu се носиоци ових права могу супротставити свим трећим лицима.³² Има, међутим, и супротних мишљења. Врховни суд Србије (у својој одлуци Рев. бр. 6892/97 од 11. IV 1998) у делу интересантном за нас, изнео је следеће правно становиште: „Неосновани су ревизијски наводи као и становиште јавног тужиоца Србије који је у свом изјашњењу подржао ревизију тужиље да стан у суштини представља заједничку имовину брачних другова, јер су они својство суносиоца станарског права стекли у периоду трајања брачне заједнице. Чињеница стицања станарског права је ирелевантна, јер *станиарско право* не представља имовину коју су супрузи стекли радом у току брачне заједнице. Оно је представљало право трајног и несметаног коришћења стана и право учешћа у управљању стамбеним зградама. По својој природи, иако садржи извесне стварнотравне елемените (*право коришћења*), оно у основи има облигациону природу. Његов преобрађај у стварно право (*право својине, сусвојине и заједничке својине*) извршен је тек ошуком стапа.“ Уколико бисмо цитирани став Врховног суда Србије везан за правну природу станарског права аналогно применили и на право коришћења гробног места, наметнуо би се закључак да је и право коришћења гробног места облигационо право. Међутим, према аргументима које смо већ изнели, мислимо да се не може прихватити схватање Врховног суда Србије о облигационоправној природи станарског права.

20. Аргументи изнети у прилог стварноправној природи претходно побројаних права присутни су и у случају права коришћења

32 Миодраг Орлић, *Стварно право*, четврто издање, Обрен Станковић и Миодраг Орлић, Београд 1989, стр. 443, пасуси 1265–1274.

„Станарско право је једно посебно и сложено право у нашем правном систему. Састављено од разнородних овлашћења, оно је, по својим преовлађујућим елементима, најближе стварним правима, па се може рећи да представља једно ново стварно право. У поступку примене права, поред примене правила Закона о стамбеним односима, на станарско право ће, на питања која нису регулисана или у случају сумње, бити примењена правила стварног права, ако суштина проблема не упућује на друге гране (најчешће облигационог) права, оне гране којој „припада“ спорни елемент“ (Драгор Хибер, *Престапак станиарског права*, магистарски рад, Београд 1982, стр. 105, пасус 34).

неизграђеног градског грађевинског земљишта. И овде је, наиме, носилац права држалац предметне ствари и као такав експониран у односу на сва трећа лица. При томе је стварноправна природа овог института још очигледнија а самим тим и мање спорна ако се има у виду да се и у овом случају ради о земљишнокњижном праву.

21. Стварно право је оно право које се може супротставити свима и које при томе има за објекат извлачење одређених користи из ствари, а облигационо право или право потраживања је оно право које се може супротставити одређеним лицима а које за објекат има одређено понашање (престацију) одређеног лица (дужника).³³ Уколико изложену аргументацију посматрамо у светлу наведених дефиниција, намеће се закључак да је право коришћења гробног места једно стварно право јер је очигледно да се може супротставити свима, а при томе за објекат има извлачење одређених користи из ствари. Стварноправну природу овог института не може довести у питање ни околност да се ово право не уписује у земљишне књиге, будући да поменута особеност само указује на њену специфичну правну природу која, као ни у случају станарског права и права закупа на неодређено време на становима у државној и друштвеној својини, не може довести до сврставања ових права у неку другу групу права.

2. Стицање права коришћења гробног места

a) Додељивање права коришћења гробног места

22. Ставом 1 члана 17 Закона о сахрањивању и гробљима РС предвиђено је да организација удруженог рада (сада Предузеће за погребне услуге) која врши послове погребне делатности и уређивања и одржавања гробља, или месна заједница којој је повериено вршење тих послова, даје на коришћење гробна места (парцеле) под условима и на начин утврђен одлуком скупштине општине. Исто решење је предвиђено и чл. 17 Закона о погребној дјелатности и уређивању и одржавању гробља РЦГ. У том смислу надлежни орган доноси и решење којим се то право установљава. Посмртни остаци сахрањених морају почивати у гробном месту најмање десет година од дана сахрањивања, при чему, по истеку тог рока, почивање посмртних остатака могу продужити чланови породице, сродници и друга лица која за то имају интерес, под условима које утврди скупштина општине. На издато гробно место примењују се одредбе о закупу³⁴ које при том не смеју бити у супротности са

³³ Миодраг Орлић, *Правна природа закупа*, докторска дисертација, Београд 1974, стр. 513–514, пасус 530.

³⁴ *Лексикон грађанској права*, главни редактор Обрен Станковић, Београд 1996, стр. 103.

Законом о сахрањивању и гробљима РС и правном природом права коришћења гробног места. У том смислу треба указати да је чланом 18, став 3 Закона о сахрањивању и гробљима РС предвиђено да се у исто гробно место не може извршити сахрањивање уколико од претходне сахране није протекло десет година, осим у случајевима кад скупштина општине утврди другачије. Према решењу садржаном у члану 16 Одлуке о сахрањивању и гробљима (*Службени лист града Београда* бр. 22/90 од 19. X 1990) за коришћење гроба и места за смештај урне плаћа се накнада која се одређује у годишњем износу; плаћа се унапред најкасније у року од 30 дана од дана истека рока за који је накнада већ плаћена, и то унапред за период од десет година. Ова накнада поред осталог обухвата и сразмеран део трошкова уређења, одржавања и управљања гробљем.

23. Ако је титулар права коришћења гроба грубо повредио своје обавезе, право коришћења може му бити одузето и пре истека рока на које је установљено.³⁵

б) Наслеђивање права коришћења гробног места

24. Закон о сахрањивању и гробљима, осим што у ставу 2 чл. 17 изричito каже да се гробно место које је дато на коришћење не може ставити у правни промет, не одређује ближе овај појам. Како је у чл. 1 истог закона предвиђено да се поред осталог и сахрањивање умрлих врши на начин утврђен прописом скупштине општине, донетим у складу са начелима овог закона и другим прописима који се односе на сахрањивање и гробља, законодавац је тиме дао могућност да се појам правног промета конкретизује одлукама скупштина општина. Тако је нпр. у ставу 1 чл. 17 Одлуке о сахрањивању и гробљима (*Службени лист града Београда* бр.

Кодекс о сахрањивању Привредне коморе Југославије (саставили Обрад Станојевић и Триво Џинђић; усвојен 18. IX 1989), Београд 1990. – Члан 91 у ставу 1 предвиђа да се гробови могу користити уз накнаду на неодређено време или на одређени рок који не може бити краћи од периода потребног за распадање тела, а у ставу 2 каже се да право коришћења није обичан закуп већ право са имовинским и јавноправним елементима, за које важи посебан правни режим.

Чланом 568 Закона о облигационим односима предвиђено је да се одредбе главе XI која регулише закуп неће примењивати на закупе уређене посебним прописима. Много је, међутим, боље решење садржано у члану 526 Скици за законик о облигацијама и уговорима, који предвиђа да се одредбе из одељка који регулише закуп неће примењивати на закупе уређене у поштуностим посебним законима (Михаило Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1996, стр. 195, чл. 526). Израз „у потпуности“ овде норми даје другачији и истовремено једини логични смисао. Тиме што из Скице није преузето једино тај израз, законодавац је направио очигледан пропуст. Судови, међутим, ову одредбу Закона о облигационим односима тумаче на једини могући начин, тј. у свему како то произлази из текста садржаног у Скици.

³⁵ Члан 96 Кодекса о сахрањивању Привредне коморе Југославије.

22/90) одређено да корисник гробног места нема право да коришћење гробног места пренесе на друго лице, а у ставу 2 истог члана пише да у случају смрти корисника гробног места, право коришћења гробног места, припада лицу које је оглашено за његовог наследника.³⁶

Извесна недореченост ових ставова имала је за последицу да су у једном периоду и на нивоу Врховног суда Србије заузимани различити ставови, што је за резултат имало појаву правне несигурности. При том, никада није било дилеме око тога да је право коришћења гробног места имовинско право које се смрћу носиоца права не гаси, и да то право може прећи на његове законске наследнике. Једино је било спорно да ли права коришћења гробног места могу наследити и тестаментални наследници (тј. да ли је овде у питању правни промет или не)?

25. По једном мишљењу, које је било заступљено и у низу старијих одлука Врховног суда Србије, право коришћења гробног места могу наследити једино законски наследници, дакле, не и тестаментални наследници, јер се у овом другом случају ради о правном промету, који није дозвољен.³⁷ Најинтересантније објашњење у вези с тим јесте оно које указује да се гробна места налазе на неизграђеном градском грађевинском земљишту и да се сходно томе и наслеђивање права коришћења гробних места, као и права коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта, мора извршити у складу са Законом о грађевинском земљишту (*Службени гласник РС*, бр. 44/95, 16/97), који у ставу 4 чл. 34 у вези са ставом 2 члана 30 Закона о грађевинском земљишту (*Службени гласник СРС*, бр. 23/90 и *Службени гласник РС*, бр. 3/90, 53/93, 67/93 и 48/94), предвиђа да право коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта могу наследити једино законски наследници ранијег сопственика неизграђеног градског грађевинског земљишта и законски наследници брачног друга, потомка, усвојеника, родитеља и усвојиоца на које је ранији сопственик пренео та права. Поборници овог мишљења сматрају, дакле, да је круг потенцијалних наследника права коришћења гробног места ограничен.³⁸

26. По другом мишљењу, право коришћења гробног места може се наслеђивати и по основу закона и по основу тестамента,

³⁶ Чланом 91 Кодекса о сахрањивању Привредне коморе Југославије у ставу 1 предвиђено је да се на право коришћења примењују посебни прописи које доносе надлежни органи, а у ставу 2 истог члана да се, ако ових прописа нема, примењују општа начела закона о наслеђивању.

³⁷ Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 1955/87, *Билћен Окружног суда у Београду* бр. 29 30/1988, стр. 68–69.

³⁸ Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 1767/94 од 14. IX 1995, *Билћен Окружног суда у Београду* бр. 45/1997, стр. 108.

без додатних ограничења.³⁹ Оно се, уједно, поклапа и са закључком донетим на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије, одржаној 7. IV 1997, захваљујући коме су, надаље, отклоњене не-дouмице у судској пракси. Ово схватање одстранило је једно ограничење које није било засновано на позитивним прописима. Наиме, чл. 1 ст. 2 Закона о наслеђивању (*Службени гласник РС*, 46/95) предвиђа да заоставштину чине сва наслеђивању подобна права која су оставиоцу припадала у тренутку смрти, а чл. 2 истог закона – да се може наследити на основу закона и на основу завештања (тестамента). Уколико се, имајући то у виду, пође од неспорног становишта да право коришћења гробног места представља имовинско право које се не гаси смрћу носиоца права, онда је јасно да без изричите позитивноправне одредбе која би налагала супротно, нема основа за стављање тестаментарних наследника у неповољни положај у односу на законске наследнике.

в) Положај разведеног брачног друга

1° Увођење у проблем

27. Једна од интересантних тема у вези са правом коришћења гробног места јесте она која се тиче положаја разведеног брачног друга у ситуацији када је други разведени брачни друг у току трајања брачне заједнице на своје име стекао право коришћења гробног места. У највећем броју случајева, на име накнаде за стицање овог права издвајају се прилична заједничка новчана средства брачних другова или чланова породичног домаћинства. Изузетак у том смислу представљају поједина сеоска гробља на којима се не плаћа накнада за стицање права коришћења гробног места. Ово питање посебно добија на значају када се има у виду да разведени брачни друг не спада у круг лица која, нпр. у смислу чл. 18, ст. 2 Одлуке о сахрањивању и гробљима (*Службени лист града Београда* бр. 22/90 од 19. X 1990) могу бити сахрањена на предметном гробном месту, чак и у ситуацији када би други разведени брачни друг, носилац права коришћења на предметном гробном месту, дао сагласност за то.

Закон о сахрањивању и гробљима РС и Закон о погребној дјелатности и уређивању и одржавању гробља РЦГ не садрже одредбе које би регулисале положај разведеног брачног друга у погледу права коришћења гробног места. То питање није регулисано ни у Одлуци о сахрањивању и гробљима града Београда, а

³⁹ Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 7323/98 од 13. V 1999, *Избор судске праксе* бр. 12/1999, стр. 42.

Одлука Окружног суда у Београду Гж. бр. 4813/98 од 4. VI 1998, *Билтен судске праксе Првој општинској суду у Београду* бр. 4, септембар 1998, стр. 58.

није нам познато да је ово питање нормирано ни у одговарајућим одлукама било које општине или града у Републици Србији. Једина одредба у том смислу садржана је у Кодексу погребних услуга Привредне коморе Југославије, који у члану 79 предвиђа да ће суд, уколико не постоји споразум разведеног супруга, решавајући имовинске односе, донети одлуку и о праву коришћења гроба (гробнице). У вези са овом одредбом намеће се низ питања у погледу којих не можемо рачунати на помоћ ни судске праксе ни домаће правне теорије.

2[°] Да ли право коришћења гробног места улази у режим заједничке имовине

28. Прва дилема коју у тражењу одговора на постављени проблем морамо разрешити јесте да ли право коришћења гробног места улази у заједничку имовину брачних другова или не? Ставом 1 члана 321 Закона о браку и породичним односима РС предвиђено је да имовина коју су брачни другови стекли радом у току брачне заједнице представља њихову заједничку имовину, а ставом 2 истог члана – да заједничку имовину чине *сва стварна и тражбена права*. Из овакве на први поглед јасне законске одредбе произлази да одговор на наше питање зависи од тога да ли право коришћења гробног места има карактер стварног или облигационог права.

29. Значајан број аутора, ипак, међу стварним правима прави разлику између оних која су подобна да уђу у састав заједничке имовине брачних другова и оних која то нису. У вези са тим треба истаћи да ови аутори као стварна права подобна да буду предмет заједничке имовине неспорно третирају право својине, стварне службености и залогу.⁴⁰ У овом контексту потребно је указати и на закључак Грађанског одељења Врховног суда Србије, од 21. VI 1993, према коме станарско право и право закупа на неодређено време на стану у државној и друштвеној својини не улазе у режим заједничке имовине. Овакво схватање, по нашем мишљењу, треба

40 „Значи, заједничка су, не само својина у оквиру те имовине, својина на разним стварима, нећо, у приншипу, и друга айсолуїна права, уколико што њихова природа дозвољава, а и релативна, тј. облигациона права. Због тога, и потраживања и обавезе у оквиру заједничке имовине припадају брачним друговима неподељено као и стварна права у имовини“ (Андреја Гамс и Љиљана Ђуровић, *Брачно и породично имовинско право*, Београд 1985, стр. 47, пасус 107; део текста је подвикао аутор овог члanka).

„Заједничку имовину сачињавају стварна и тражбена права и обавезе. Стварна права као предмет заједничке имовине могу бити право својине, стварне службености и залога. Тражбена права треба да се односе на правне послове у вези са заједничком имовином или заједничким радом брачних другова“ (Спиридон Јовановић, *Приручник о заједничкој својини*, Београд 1979, стр. 22–23).

„Од стварних права, предмет заједничке имовине може бити право заједничке својине, службеност, залога, и право етажне својине“ (Рајко Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, стр. 133–134).

применити и на институт права коришћења гробног места. То значи да се решење мора тражити ван оквира Закона о браку и породичним односима РС.

3° Испитивање могућности примене аналогије у односу на сродне правне институте

30. Следећи корак везан је за анализу института који су сродни праву коришћења гробног места. Ради се, са једне стране, о станарском праву и праву закупа на неодређено време на стану у друштвеној или државној својини, а са друге стране, о праву коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта.

аа) Примена аналогије у односу на станарско право и право закупа на неодређено време на стану у друштвеној или државној својини

31. За разлику од претходних закона који су регулисали ту материју Закон о стамбеним односима (*Службени гласник РС*, бр. 12/90, 47/90 и 55/90 и *Службени гласник РС*, бр. 3/90 и 7/90) није прихватио решење према коме су брачни другови суносиоци станарског права, односно права закупа на стану. Идентичан приступ има и Закон о становању (*Службени гласник РС*, бр. 50/92, 76/92, 84/92, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94, 48/94, 44/95, 49/95, 16/97). Упркос томе брачни другови су сачували једнаке позиције. То недвосмислено произлази како из позитивних решења према којима брачни другови имају право да заједно користе стан тако, и из околности да у случају смрти носиоца права закупа то право може првенствено стећи други брачни друг.⁴¹ Најважнији разлог за такву тврђњу везан је, међутим, за одредбу чл. 35, ст. 4 Закона о становању РС, према којој се у случају развода брака разведені супружници споразумевају о томе ко ће од њих наставити са коришћењем стана у својству закупца, при чему ће, ако споразум не постигну на предлог једног од супружника, надлежни суд у ванпарничном поступку донети решење о одређивању супружника који наставља са коришћењем стана у својству закупца, водећи рачуна о стамбеним потребама разведеніх супружника и њихове деце, о томе ко је закупац стана, о материјалном и здравственом стању супружника итд. Уколико већ изнете наводе везане за станарско право и право закупа на неодређено време на становима у државној

41 Чланом 34, ст. 1 Закона о становању РС (*Службени гласник РС*, бр. 50/92, 76/92, 84/92, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94, 48/94, 44/95, 49/95, 16/97) предвиђено је да у случају смрти закупца или његовог исељења из стана, закупац на том стану постаје члан породичног домаћинства који је наставио да користи тај стан, и то по следећем редоследу: брачни друг, дете рођено у браку, ван брака, усвојено дете и пасторче; ако у стану није остао нико од ових чланова породичног домаћинства, закупац постаје родитељ закупца, родитељ његовог брачног друга или лице које је закупац дужан по закону да издржава ако је становало у том стану и нема решено стамбено питање.

и друштвеној својини посматрамо у светлу одредбе члана 79 Кодекса о сахрањивању, који предвиђа да ће суд при решавању имовинских односа, ако не постоји споразум разведеног супруга, донети одлуку и о праву коришћена гроба (гробнице) – може нам се учинити да ту има простора за примену аналогије. У том смислу чини се прихватљивим решење према коме разведен брачни другови могу склопити и споразум којим би се утврдило да право коришћења гробног места припада другом разведеном брачном другу а не ономе на кога се до постизања тог споразума ово право водило. У ситуацији када нема могућности за постизање споразума, по тужбеном захтеву разведеног брачног друга на кога се не води право коришћења гробног места у моменту утужења, о томе би одлучивао суд по правилима парничног поступка. При томе, било споразумом разведеног брачних другова било одлуком суда, једино би се могло утврдити да ово право у целини припада једном од разведеног брачних другова; не може се установити постојање права сукоришћења гробног места у корист оба разведен брачна друга, будући да то није могуће ни у случају поменутих сродних института. Има много разлога који би, у случају прихватања ове аналогије, требало да наведу суд да ово право додели једном односно другом разведеном брачном другу, и ту задатак суда никако не би био лак. Чини се да би у том смислу могле бити од значаја и следеће околности: да ли је то право стечено у току брака или не, да ли неко од разведеног брачних другова има право коришћења или сукоришћења на неком другом гробном месту, да ли је у предметној гробници неко већ сахрањен и, ако јесте, у каквом се сродничком односу сахрањени налазио са разведеним брачним друговима, да ли је право коришћења стечено наслеђивањем, итд.

бб) Примена аналогије у односу на право коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта

32. Други институт, сродан праву коришћења гробног места, јесте право коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта. Морамо, међутим, одмах указати и на једну значајну разлику. Наиме, став 4 члана 34 Закона о грађевинском земљишту,⁴² за разлику од Закона о сахрањивању и гробљима, предвиђа могућност да се право коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта правним послом пренесе на трећа лица, мада круг тех трећих лица објективно ограничава на врло узак круг сродни-

⁴² У ставу 4 члана 34 Закона о градском грађевинском земљишту (*Службени гласник РС*, бр. 44/95 и 16/97) у вези са ставом 1 члана 30 Закона о грађевинском земљишту (*Службени гласник СРС*, број 23/90 и *Службени гласник РС*, бр. 3/90, 53/93, 67/93 и 48/94) предвиђено је да права из чл. 27 и 29 овог закона ранији сопственик може пренети на брачног друга, потомке, усвојенике, родитеље и усвојиоце, који ова права не могу пренети правним послом на друга лица.

ка. Дакле, Закон о грађевинском земљишту не искључује правни промет и тиме се његова решења везана за право коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта показују мање крутим од решења које је Закона о сахрањивању и гробљима предвиђео за право коришћења гробног места. Позитивни прописи не дозвољавају установљење права сукоришћења на неизграђеном градском грађевинском земљишту по основу стицања у брачној или ванбрачној заједници.⁴³ Овакво решење, колико год било неправично, у пракси ретко изазива негативне последице јер брачни или ванбрачни друг који није носилац права коришћења на неизграђеном градском грађевинском земљишту накнадно стиче заједничко трајно право коришћења на земљишту по основу стицања у брачној или ванбрачној заједници, и то истовремено са стицањем права заједничке својине, односно сусвојине на стамбеној згради подигнутој на истом земљишту. То право настаје са изградњом зграде и траје док зграда постоји.⁴⁴ Код права коришћења гробног места, могућност такве накнадне корекције не постоји.

вв) Закључак

33. Примена аналогије у односу на институте станарског права и права закупа на неодређено време на становима у државној и друштвеној својини, са једне стране, и на институт права коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта, са друге стране, води нас ка супротстављеним закључцима. Уколико прихватимо да има места аналогији са институтима станарског права и права закупа на неодређено време на становима у државној и друштвеној својини, као резултат се појављује закључак да разведен брачни друг може стечи право коришћења гробног места које се пре тога водило на другог разведеног брачног друга, и то или на основу споразума разведеног брачних другова или, кад тог споразума нема, на основу судске одлуке (ако суд нађе да претежу разлоги у корист разведеног брачног друга на кога се ово право до тада није водило). То би значило уподобљавање ове ситуације оној која настаје када је у питању закуп на неодређено време на становима у државној и друштвеној својини у случају развода брака носиоца тог права, и самим тим би подразумевало и прихватање

43 Петар Симонети, *Право грађења*, Сарајево – Београд 1986, стр. 219. Супротно решење је било предвиђено у чл. 214 Грађанског законика Чехословачке (Видети: Петар Симонети, *ibid.* стр. 219).

44 Законом о грађевинском земљишту (*Службени гласник РС*, бр. 44/95, 16/97) предвиђено је у чл. 18 ст. 1 да се градско грађевинско земљиште користи по основу својине на том земљишту, својине на објекту, односно коришћења објекта изграђеног на том земљишту, или на основу акта о давању на коришћење градског грађевинског земљишта, а у чл. 19 да се преносом права на објекту на изграђеном градском грађевинском земљишту преносе и права на земљишту под објектом и земљишту које служи за редовну употребу објекта.

Петар Симонети, *Право грађења*, Сарајево – Београд 1986, стр. 200.

механизма за решавање оваквих ситуација, утврђеног ставом 4 члана 35 Закона о становаштву РС, о коме је већ било речи. Са друге стране, ако кренемо путем примене аналогије у односу на институт права коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта, долазимо до закључка да разведени брачни друг на кога се не води право коришћења гробног места не може накнадно издејствовати пренос тог права на себе. Иако у оваквим ситуацијама примена Закона о становаштву РС изгледа правичнија, примену овог начела морамо ставити у други план. Разлог за то лежи у чињеници да је пре његове евентуалне примене потребно поуздано утврдити степен сродности наведених института у односу на право коришћења гробног места, односно да ли је неки од поменутих института по својој природи и садржини ближи праву коришћења гробног места. Анализом битних својстава поменутих института, дошли смо до закључка да је право коришћења гробног места у већој близини са институтом права коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта него са институтима станарског права и права закупа на неодређено време на становима у државној и друштвеној својини. Кључни аргумент за ту тврђњу налази се у околности да право коришћења гробног места и право коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта улазе у круг права која су, у смислу става 2 члана 1 Закона о наслеђивању (*Службени гласник РС*, 46/95), подобна за наслеђивање. То, међутим, није случај са станарским правом и правом закупа на неодређено време на становима у државној и друштвеној својини, зато што су та права по својој природи лична и што трају до смрти носиоца, након чега се не наслеђују већ евентуално могу прећи на неког од корисника становиша из тачно одређеног круга лица.⁴⁵ Закључили бисмо, стoga, да разведени брачни друг на кога се не води право коришћења гробног места не може накнадно издејствовати пренос тог права на себе. Једини начин да се ово неправично решење отклони јесте да законодавац изричito утврди другачији механизам за разрешење оваквих ситуација, што је из истих разлога потребно и у случају института права коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта.

34. Посебно разматрање заслужује одредба члана 79 Кодекса о сахрањивању, која гласи: „Уколико не постоји споразум супруга, суд ће, решавајући имовинске односе, донети одлуку и о праву коришћења гроба (гробнице).“ Упркос томе што налазимо да би решење садржано у наведеној одредби представљало помак набоље, сматрамо да овај члан Кодекса о сахрањивању није у складу са позитивним законским решењима и да самим тим нема простора за његову примену. Добар показатељ у том смислу представља

45 Андрија Гамс, *Основи стварног права*, осмо издање, Београд 1980, стр. 111, пасус 295.

судска пракса, која се уз много тешкоћа напокон изборила за становиште да се тестаментарно располагање не подводи под правни промет, а такође и да Закон о порезу на имовину (*Службени гласник РС*, бр. 43/94, 53/95, 54/96) у чл. 20, ст. 1, т. 5, под правним прометом подразумева и пренос трајног права коришћења и права градње на градском грађевинском земљишту, и то чак и када се та права стичу на основу правноснажне судске одлуке или другог акта државног органа.

35. Разведени брачни друг на кога се не води право коришћења гробног места, једино може имати право на наплату новчаног потраживања сразмерно вредности свог доприноса у погледу плаћања накнаде за гробно место. Најчешће се за добијање овог права плаћа, али не увек (накнада се углавном не плаћа кад су у питању сеоска гробља). У првом случају, наравно, постоји потраживање, док у другом случају потраживања нема. Рок застарелости (ради се о општем року застарелости) овог потраживања почиње тећи од дана правноснажности пресуде којом је брак разведен,⁴⁶ при чему се изложено решење у потпуности може применити и на стицања у ванбрачној заједници, с тим што се у тим случајевима рок застарелости рачуна од момента фактичког прекида ванбрачне заједнице.⁴⁷ Исти принцип се може применити и у погледу чланова породичне заједнице. Овакав приступ оставља могућност за заштиту интереса разведеног брачног друга и у ситуацији кад он није носилац права коришћења гробног места.

3. Ко може бити сахрањен на одређеном гробном месту

36. Закон о сахрањивању и гробљима не одређује конкретно која лица могу бити сахрањена на гробном месту на коме је већ одређен носилац права коришћења. И поред тога, нема сумње да ту може бити сахрањен, пре свега, сам носилац права коришћења. Одређивање круга других лица која могу бити сахрањена на истом гробном месту, наравно *једино уз сагласност носиоца права коришћења*, Закон о сахрањивању и гробљима је, у смислу чл. 1, препустио скupштинама општина. Град Београд, на који је пренет део надлежности општина, искористио је ту могућност и у чл. 18, ст. 2 Одлуке о сахрањивању и гробљима (*Службени лист града Београда* бр. 22/90 од 19. X 1990) предвидео је да на истом гробном месту могу бити сахрањени: брачни друг носиоца права коришћења, његов сродник по крви у правој линији, сродник по крви у побочној линији закључно до четвртог степена, као и брачни другови тих лица.

⁴⁶ Чл. 381, ст. 1, т. 1 Закона о облигационим односима.

⁴⁷ Чл. 381, ст. 1, т. 4 Закона о облигационим односима.

Питање начина поступања у ситуацијама када је, противно позитивним прописима ипак дошло до тога да је у одређено гробно место сахрањено лице које не спада у круг лица чији су посмртни остаци ту могли бити похрањени, биће детаљније разматрано у наставку рада.

4. Надлежност за одлучивање о питањима везаним за право коришћења гробног места

a) *Судска надлежност*

1° Ванпарнични поступак

37. Из околности да је могуће да на једном гробном месту буде више суносилаца права коришћења гробног места, до чега долази када ранијег носиоца права коришћења наследи више наследника, неминовно је произашла потреба за изналажењем механизма за регулисање њихових односа, тј. уређивање права и обавеза. Сам Закон о сахрањивању и гробљима не бави се тим питањем, али у чл. 1 предвиђа могућост да се прописима скупштина општина и ово питање детаљније уреди. Користећи ту могућност, град Београд је у својој Одлуци о сахрањивању и гробљима (*Службени лист града Београда* бр. 22/90 од 19. X 1990, стр. 1242) у ставу 3 члана 17 предвидео да у ситуацији када је више лица оглашено за наследнике гробног места постоји обавеза ових лица да једног између себе одреде као заједничког пуномоћника и да примерак пуномоћја доставе Предузећу за погребне услуге; а ставом 4 истог члана – да се међусобна права и обавезе ових лица и Предузећа за погребне услуге уређују у писменој форми, у складу са одредбама ове одлуке.

Јасно је, дакле, да носиоци права сукоришћења гробног места своја права и обавезе везана за коришћење самог гробног места могу регулисати уговором. Уколико нису у стању да своје односе реше на овај начин, једино им преостаје да то учине пред судом опште надлежности у ванпарничном поступку (уређење управљања заједничком ствари и коришћења заједничке ствари – чл. 141–147 Закона о ванпарничном поступку).⁴⁸ Поступак, у том случају, може да покрене сваки носилац права сукоришћења гробног места који сматра да је повређен у праву управљања гробним местом или коришћења гробног места. Предлог мора да обухвати све носиоце права сукоришћења гробног места и подноси се суду на чијем

48 Закон о ванпарничном поступку (*Службени гласник СРС*, бр. 25/82, 48/88, и *Службени гласник РС*, бр. 46/95) у својој деветој глави која регулише уређење управљања и коришћења заједничке ствари, у чл. 141 предвиђа да у овом поступку суд уређује начин управљања и коришћења заједничке ствари сувласника, сукорисника и других судржалаца исте ствари (заједнички).

подручју се гробно место налази. Ако се заједничари не споразују, суд ће извести потребне доказе и на основу резултата целокупног поступка донети решење којим ће уредити начин коришћења гробног места или начин управљања њиме по одговарајућим законским прописима материјалног права, водећи рачуна о њиховим посебним и заједничким интересима.⁴⁹

2° Парнични поступак

38. О захтевима којима се тражи утврђивање постојања стеченог права коришћења или сукоришћења гробног места, или заштита тих права од узнемирања и онемогућавања њихових извршења – с обзиром на то да су у питању имовинска права – одлучује такође суд опште надлежности, који овде, међутим, поступа по правилима парничног поступка.⁵⁰ У таквим ситуацијама могу се подносити државинске тужбе и тужбе ради накнаде штете.⁵¹

б) Управна надлежност

1° О којим питањима се одлучује у управном поступку

39. Низ питања везаних за ову материју решава се у управном поступку. То је случај са додељивањем гробног места, регулисањем питања пролаза до гробног места, подизањем ограде око гробног места, одобравањем покопавања на одређено гробно место, ископавањем и премештањем посмртних остатака на друго гробље или

49 Чланови 142 и 144 Закона о ванпарничном поступку (*Службени гласник СРС*, бр. 25/82, 48/88, и *Службени гласник РС* бр. 46/95).

50 Према закључку са седнице Грађанског одељења Врховног суда Србије, одржане 18. III 1991, судови опште надлежности су, поред осталог, надлежни и за спорове о праву својине и праву коришћења, спорове о службености и спорове о сметању поседа, без обзира на својство странке у спору.

„Сметање поседа права коришћења породичних гробница представља сметање поседа, а за такве спорове надлежан је суд опште надлежности, а не управни орган“ (Одлука Врховног суда Србије, ГЗЗ, бр. 414/72, *Збирка судских одлука из областии грађанског права 1973–1986*, у издању Врховног суда Србије, Београд 1986, стр. 299, одлука бр. 1550).

„Захтев којим се тражи заштита стеченог права на коришћење гробног места, односно уступавање прећашњег стања државине, јесте имовинско-прави захтев, о којем одлучује суд опште надлежности у смислу чл. 1 ЗПП-а, а не орган управе“ (Одлука Врховног суда Србије, Рев. бр. 2546/82, *Збирка судских одлука из областии грађанског права 1973–1986*, у издању Врховног суда Србије, Београд 1986, стр. 300, одлука бр. 1551).

„Лице које је у смислу Закона о сахрањивању и гробљима стекло право на коришћење одређеног гробног места, па му треће лице то отежава или га онемогућава у вршењу тог права, може тужбом код суда опште надлежности остварити заштиту тог права, јер је у питању имовинско-правни спор“ (Одлука Врховног суда Србије, ГЗЗ, бр. 251/75, *Збирка судских одлука из областии грађанског права 1973–1986*, у издању Врховног суда Србије, Београд 1986, стр. 300, одлука бр. 1552).

51 Андрија Гамс, *Основи стварног права*, осмо издање, Београд 1980, стр. 19, пасус 24.

друго гробно место, изградњом односно реконструкцијом гробнице или другог спомен-обележја, као и са подизањем, преправком или уклањањем споменика и другог предмета на гробу, итд. Насупрот томе, суд опште надлежности има простора за поступање једино у правним стварима где се тражи заштита повређеног добра односно права, дакле у ситуацијама где је то право већ стечено.

аа) Ископавање и премештање посмртних остатака

40. Чланом 19 Закона о сахрањивању и гробљима РС предвиђено је да се посмртни остаци сахрањеног могу ископати и пренети на друго гробље уколико постоје одређени услови: 1) одобрење надлежног општинског органа; 2) одобрење органа надлежног за послове санитарне инспекције; 3) ако је на другом гробљу обезбеђено гробно место за сахрану. Иако то у закону није изричito наведено, треба нагласити да је поред кумулативног задовољења набројаних услова неопходна и сагласност лица које је носилац права коришћења или сукоришћења на гробном месту у коме је покојник првобитно сахрањен, нарочито ако је дотично лице и сахрањивало покојника, ако спада у круг лица која су имала законску обавезу да обезбеде његово сахрањивање и ако је уредно плаћало накнаду за коришћење гробног места.⁵²

41. У вези са поменутим питањем, треба указати и на интересантну одлуку Врховног суда Црне Горе Рев. бр. 153/94 од 7. XII 1994. Супротно нижестепеним судовима који су одлучивали о истој правној ствари, овај суд је нашао да одлучивање о премештању посмртних остатака из једне гробнице у другу спада у надлежност редовних судова, и то у ситуацији када је до сахрањивања посмртних остатака дошло неовлашћено, уз сагласност туженог као једног од носилаца права сукоришћења гробног места а без сагласности тужиоца као другог носиоца права сукоришћења гробног места, чиме је повређено тужиочево право у смислу чл. 34 Закона о погребној делатности и о уређивању и одржавању гробља РЦГ.⁵³ Чини се да наведена одлука Врховног суда Црне Горе није прихватљива. Јер, ако је поменута повреда права једног од носилаца права сукоришћења начињена у управном поступку, онда је логично да се у истом поступку та повреда и отклони. У конкретном случају, носилац права сукоришћења, без чије сагласности је дошло

52 Пресуда Окружног суда у Београду донета у управном спору, у погледу које не располажемо подацима о броју предмета и о датуму њеног доношења због грешке у штампању, *Билћен Окружног суда у Београду* бр. 39–40/1993, стр. 116.

53 Збирка судских одлука Савезног суда, књига XIX, свеска I за 1994, одлука бр. 69, стр. 94–95.

Чланом 34 Закона о погребној дјелатности и уређивању и одржавању гробља (*Службени лист Црне Горе* бр. 28/84) предвиђено је да све спорове који настану у вези са давањем на коришћење гробних места (парцела) решава надлежни општински суд.

до сахрањивања, могао је уложити предлог за понављање поступка и на тај начин у управном поступку издејствовати да се нападнута одлука којом је дозвољено сахрањивање замени новом (суд опште надлежности иначе није овлашћен да учини тако нешто), што би на крају требало да обезбеди и пребацивање посмртних остатака на друго гробно место (наравно, по прибављању одobreња органа надлежног за послове санитарне инспекције).

Наведену тврђњу поткрепили бисмо и тиме да је у чл. 239, ст. 1, т. 9 Закона о општем управом поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 55/96, 59/96) предвиђено да ће се поступак окончан решењем против кога нема редовног правног средства у поступку (коначно решење) поновити ако лицу које је требало да учествује у својству странке није била дата могућност да учествује у поступку. Сам предлог за понављање поступка може се, у смислу чл. 242, ст. 1, т. 5 овог закона, поднети у субјективном року од једног месеца од дана кад је странци достављено решење. Из овог разлога се, међутим, у смислу чл. 242, ст. 3 истог закона, понављање управног поступка не може тражити, нити се поступак може покренути по службеној дужности, по протеку рока од пет година од дана достављања решења странци.

III. СПОМЕНИЦИ И ДРУГИ ГРОБНИ ЗНАЦИ

1. Појам

42. Појмови споменика и других гробних знакова, када имају статус ствари ван промета, у себи обухватају четири битна елемената: 1) постојање самог предмета који чини споменик или гробни знак; 2) натпис одговарајуће садржине који симболично везује споменик за личност; 3) правну и фактичку везу са гробним местом;⁵⁴ 4) околност да су у том гробном месту сахрањени посмртни остаци. У сваком конкретном случају ови услови морају бити кумулативно испуњени да би се могло говорити о постојању споменика и других гробних знакова. Изузетак у том смислу представљају једино споменици који су подигнути ради одавања поште лица која су проглашена умрлим, при чему у тим ситуацијама постоји правна фикција да су посмртни остаци похрањени. Овакво решење се показује исправним јер би у супротном промет споме-

⁵⁴ „Лаичко схватање своди појам надгробног споменика на коегзистенцију ова два елемента: градивни материјала и натпис. Правничко схватање пак за појам надгробног споменика, поред коегзистенције два наведена елемента, претпоставља још и коегзистенцију једног трећег елемента, који се састоји у фактичкој и правној вези једног споменика са гробом и гробницом“ (Душан Пантелић, „Приватно-правни положај гробова и надгробних споменика“, *Архив за правне и друштвене науке*, књига 56, Београд 1939, стр. 80).

ника доводио у питање пијетет који се дугује према умрлима. С тим у вези поставља се и питање када споменик или други гробни знак стиче својство ствари ван промета? Кључан је управо тренутак настајања правне и фактичке везе споменика или другог гробног знака са гробним местом, и то под условом да су у њему сахрањени посмртни остаци.⁵⁵ Од тог момента може се говорити о споменику или другом гробном знаку као о ствари ван промета. То решење је иначе било познато још у римском праву; по њему је гроб тек у моменту сахрањивања постајао *locus religiosus*, а истовремено и *res extra commercium*.

43. Интересантно је и питање: када споменици или други гробни знаци поново постају *res in commercio*? Ту треба правити разлику између привременог и трајног фактичког одвајања споменика или другог гробног знака од гробног места. Привременим одвајањем споменика или другог гробног знака од гробног места у циљу поправке због оштећења, преправке или нпр. премештања на друго гробно место заједно са посмртним остацима лица коме је посвећен, као и у неким сличним ситуацијама – споменик или други гробни знак не губи своје суштинско својство. Услед тога, ће у току целог периода привременог фактичког одвајања од гробног места, у питању је *res extra commercium*. У случају трајног фактичког одвајања, међутим, споменик или други гробни знак поново постају *res in commercio* (нпр. када лице које је поставило споменик уклони споменик да би поставило други, по његовом мишљењу прикладнији). На споменицима и другим гробним знацима постоји право својине. Друга права над њима могу се признати само уколико нису у супротности са пијететом који се дугује умрломе (не може се признати заложно право на споменку или другом гробном знаку).⁵⁶

44. За постављање, преправку и уклањање споменика и других предмета на гробним местима, потребно је писмено одобрење надлежне организације или месне заједнице.⁵⁷ Споменик треба да одговара естетским критеријумима и пијетету.

55 Обрен Станковић, *Саварно ђраво*, четврто издање, Обрен Станковић и Миодраг Орлић, Београд 1989, стр. 17, пасус 42.

Душан Пантелић, „Приватно-правни положај гробова и надгробних споменика“, *Архив за ђравне и друштвене науке*, књига 56, Београд 1939, стр. 80.

56 Андрија Гамс, *Основи саварног ђрава*, осмо издање, Београд, 1980, стр. 20, пасус 24.

57 Ставом 1 члана 21 Одлуке о сахрањивању и гробљима (*Службени лист ђуга Београда* бр. 22/1990 од 19. X 1990) предвиђено је да је за постављање, преправку и уклањање споменика и других предмета на гробним местима, потребно писмено одобрење Предузећа за погребне услуге.

У члану 6, ставом 1 Закона о сахрањивањима и гробљима РС предвиђено је да послове погребне делатности и уређивања и одржавања гробља врше организације удруженог рада којима је скупштина општине поверила вршење ових послова, а

2. Круг лица који имају право на постављање споменика

45. Ставом 1 члана 14 Закона о сахрањивању и гробљима РС предвиђено је да су сахрањивање умрлог дужни да обезбеде његови сродници, односно лица која би према важећим прописима била обавезна да га издржавају, да се о њему старају, или друга физичка и правна лица која преузму обавезу сахрањивања, и која су онда дужна да се о томе старају. Чини се оправданим да законска решења везана за сахрањивање треба применити и на ситуације везане за подизање споменка. У пракси најчешће иста лица обезбеђују сахрану и потом подижу споменик. Ипак, и ту су могући спорови, посебно уколико има више лица заинтересованих за подизање споменика. Тада се поставља питање ко од њих у том смислу има јаче право. А уколико је једно лице против воље другог лица већ подигло споменик, питање гласи: да ли и у ком поступку може бити издејствовано евентуално измештање подигнутог споменика и постављање другог.

46. У том смислу, интересантна је и пресуда Окружног суда у Краљеву ГЖ. бр. 932/95 од 5. III 1996.⁵⁸ Тај суд је наиме у парничном поступку нашао да је неоснован тужбени захтев супруга покојнице којим је он тражио да се уклони споменик који су на њеном гробу поставили туженици, а они су је иначе у последње две године живота и издржавали, лечили, а поврх тога и сносили трошкове њене сахране. Доносећи такву одлуку, суд је посебно имао у виду да у свему томе није учествовао и тужилац који се тада налазио у тешкој материјалној ситуацији (примао је и социјалну помоћ). Прво питање које се у вези са поменутом пресудом поставља везано је за надлежност. Наиме, Законом о сахрањивању и гробљима РС (чл. 22 ст. 1) предвиђено је да се споменици могу подизати, преправљати и уклањати уколико је за то претходно прибављено одобрење надлежног општинског органа. Из ове одредбе, по нашем мишљењу, произлази да се у конкретном случају ради о управној ствари и да се ово правно питање самим тим морало расправљати по правилима управног поступка⁵⁹ а не пред

ставом 2 истог члана – да уређивање и одржавање гробља скупштина општине може поверити и месној заједници.

Чланом 6 Закона о погребној дјелатности и уређивању и одржавању гробља (*Службени лист Црне Горе* бр. 28/84) предвиђено је у ставу 1 да је гробље комунални објекат који скупштина општине даје на управљање и одржавање организацији удруженог рада, која врши погребне делатности и уређивање и одржавање гробља, а у ставу 2 истог члана – да скупштина општине може управљање гробљем поверити месној заједници, под условом и на начин одређен законом и прописима скупштине општине.

⁵⁸ Избор судске праксе бр. 10/96, стр. 33.

⁵⁹ „У надлежност управних власти спада спор око питања ко има право да постави крст и какав (ако то право не спада у аутономно одлучивање управе гробља)“ (др Фрањо Горшић, *Коментар грађанској парничној поституцији*, књига 1, Београд 1933, стр. 210).

судом, који се овде, у смислу чл. 16 ст. 2 ЗПП, морао огласити апсолутно ненадлежним. Интересантна аргументација суда ипак показује у ком правцу би могло ићи размишљање и надлежног управног органа. Поступајући суд је, наиме, закључак о праву на подизање споменика извео применом аналогије у односу на чланове 14 и 15 Закона о сахрањивању и гробљима РС који говоре о лицима која имају право и обавезу да обаве сахрањивање. И ова околност, међутим, додатно упућује на закључак да се конкретна правна ствар морала решавати по правилима управног поступка.

IV. ЗАКЉУЧАК

47. Гробља спадају у добра у општој употреби, а самим тим и у појмовно ширу категорију јавних добара.

До ступања на снагу Закона о средствима у својини Републике Србије, гробља су се налазила на земљишту у друштвеној својини. Након ступања на снагу овог закона, гробља се без изузетка налазе на земљишту у државној својини Републике Србије.

Предузећа за погребне услуге и месне заједнице које врше послове погребне делатности и уређују и одржавају гробља дају на коришћење гробна места под условима и на начин утврђен одлукама одговарајућих скупштина општина. На издата гробна места примењују се одредбе уговора о закупу уколико нису у супротности са специјалним позитивноправним одредбама које регулишу ту материју и са природом права коришћења гробног места.

Право коришћења гробног места може се наслеђивати и по основу закона и по основу тестамента, без икаквих посебних ограничења. Гробно место које је дато на коришћење не може се, међутим, стављати у правни промет. Ово право спада у круг стварних права, али не и у круг оних стварних права која су подобна да уђу у састав заједничке имовине брачних другова. Због тога се допринос брачних другова не може изразити кроз одговарајући сукориснички удео на самом гробном месту, нити ово право по било ком основу може бити пренето на другог брачног друга, и то како у току трајања брака тако и након развода брака. Тиме, међутим, разведен брачни друг који није носилац права коришћења гробног места не мора бити оштећен; он од другог разведеног брачног друга може са успехом тражити новчани еквивалент свог доприноса у стицању предметног права, наравно под условом да је то право добијено уз накнаду.

Споменици су као и гробна места ван промета али, за разлику од гробних места на којима једино може постојати право коришћења, на споменицима постоји право својине.

Биљана Марић^{*}

РЕФОРМА СУДСКЕ ВЛАСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Према преовлађујућим схватањима у теорији права, судска власт је један од три облика у модерно уређеним системима, односно, како се то често може чути, судска власт је један од стубова модерно организованих облика државне власти, поред друга два стуба: законодавне и извршне власти. Судску власт у савременим друштвима врше судови као дио власти, па тако својом дјелатношћу остварују циљеве одређеног друштва. Власт у судовима, кроз суђење, непосредно врше судије.

Када говоримо о судској власти у Републици Српској, можемо рећи да она има значајне особености које произлазе из сложености и специфичног уређења њеног правног система. У првом реду, Република Српска је један од два ентитета у саставу Босне и Херцеговине, који има неке државне атрибуте, међу којима је и судска власт, што се одражава и на њено остваривање.

У остваривању судске власти у Републици Српској десиле су се значајне промјене доношењем нових прописа, од којих је доношење Закона о судовима и судској служби¹ означило почетак реформе судства и правосуђа уопште. У Републици Српској примјењују се бројни и разни акти који се односе на судове и судије. Поменути акти се у Републици Српској примјењују било по основу њихове правне снаге (као што је то случај са неким од бројних

* Биљана Марић, дипл. правник, Министарство правде Републике Српске.

¹ Закон о судовима и судској служби донијела је Народна скупштина Републике Српске 25. априла 2000, објављен је у *Службеном гласнику Републике Српске* бр. 13/00, а високи представник за Босну и Херцеговину је донио Одлуку о измјенама и допунама Закона о судовима и судској служби, објављену у *Службеном гласнику Републике Српске* 16/00. Измјена у погледу рока за свеобухватну провјеру судија објављена је у *Службеном гласнику Републике Српске* бр. 70/01. Исправка Закона о судовима и судској служби је објављена у *Службеном гласнику Републике Српске* бр. 16/00.

конвенција), било по основу ауторитета. Овдје ћемо поменути само неке од њих.

УСТАВНЕ ОДРЕДНИЦЕ О СУДСТВУ У УСТАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Устав Републике Српске утврђује мјесто судова у систему власти и садржи основне принципе о организацији и функционисању судова. О судској власти говори се у посебном поглављу под називом „Судови и тужилаштва“, док су у другим поглављима Устава садржане одредбе које се односе на рад и поступање судова. Према уставним одредбама, „судску власт врше судови“, као самостални и независни. Судови суде на основу Устава и закона.² Ове одредбе у себи садрже два, слободно се може рећи, најважнија принципа за организацију и рад судова у Републици Српској, о којима говори још Душанов законик ријечима: „Всаке судије да суде по законику, право, како пише у законику, а да не суде по страху царства ми.“³

Уставни принцип судске независности и самосталности простира из значаја који се у Републици Српској de iure придаје судовима као органима власти. Судови према Уставу Републике Српске „штите људска права и слободе, утврђена права и интересе правних субјеката и законитост“⁴, као проглашаване друштвене вриједности. Неопходно је да судови о основним друштвеним вриједностима одлучују самостално и законито, те да се спријечи могућност незаконитог доношења одлука, под било чијим утицајем (нпр. од стране органа извршне или законодавне власти, под политичким утицајем, и слично). Ово на свој начин говори о тијесној вези која постоји између судске независности и самосталности, с једне стране, и принципа законитости, с друге стране. Принцип независности и самосталности испољен је кроз организациону и функционалну одвојеност судова од других органа власти у Републици Српској. Недозвољен је, дакле, утицај на рад судова, а такође би било недозвољено и поступање судова под таквим утицајима. Искуство из не тако давне прошлости говори да је таквих утицаја било. Као примјер може се навести спомињање писама упозорења

² Члан 121 Устава Републике Српске.

³ Душанов законик, текст призренског рукописа, *Душанов законик – 650 година од његовој доношења*, Бањалука, Академија наука и умјетности Републике Српске, прво издање, 2000, стр. 413.

⁴ Члан 121, став 3 Устава Републике Српске.

појединих функционера предсједницима судова и судијама како да поступају у одређеним случајевима.⁵

Принцип законитости се огледа у чињеници да су судови дужни да своје одлуке доносе само на основу онога како је то за какав случај предвиђено правним прописима. Или, како је то у Уставу Републике речено: „Судови суде на основу Устава и закона“, dakle, у расправљању и одлучивању судови у Републици Српској су везани само прописима. И у погледу тога шта све чини прописе Републике Српске постоје одређене специфичности у односу на друге правне системе, о чему ће нешто више ријечи бити касније. У сваком случају, досљедност у примјени прописа никако не искључује стваралачки приступ судија, већ је, напротив, креативни приступ судија у одређеном предмету (тј. у поступку који претходи доношењу одлуке и изради саме судске одлуке) један од битних предуслова за квалитетно обављање судијског позива, а тиме и за остваривање улоге судова.

Вршећи своју функцију судови штите уставност и законитост, обезбеђујују правну сигурност, односно штите правни систем и поредак Републике Српске и тиме, актуелним политичким рјечником речено, доприносе њеном учвршћивању. Највиши суд, тј. Врховни суд Републике Српске, има и посебну улогу одређену Уставом која се огледа у обезбеђењу јединствене примјене закона.⁶ Ову улогу Врховни суд остварује на неколико начина: кроз одлуке које доноси, кроз начелне ставове које заузима и кроз давање мишљења о примјени закона.

У циљу потпунијег остварења уставних принципа судске независности и самосталности, поред осталог, Уставом се обезбеђује не само посебан статус судова већ и судија. Посебан статус судија се огледа у уставним принципима као што су: принцип сталности судијске функције, принцип судијског имунитета, принцип инкомпабилности (етичности) судијске функције.

У Уставу Републике Српске принцип сталности судијске функције разрађен је прописивањем услова под којима судија може бити разријешен судијске функције (у самом Уставу наводе се четири услова: ако судија то сам затражи, када судија испуни услове за старосну пензију, ако је трајно неспособан за обављање судијске функције, ако је осуђен за кривично дјело које га чини недостојним за обављање судијске функције). Надаље, на овој истој линији досљедног остварења прокламованог принципа судске независности и самосталности, предвиђено је да судија има право захтијевати

⁵ УНМБиХ, Тематски извјештај ЈСАП-а из новембра 2000, „Политички утицај: Независност судова у Босни и Херцеговини“.

⁶ Члан 123 Устава Републике Српске.

од Народне скупштине заштиту у случају да је донесена одлука о његовом разрјешењу.

У складу са принципом изборности, судије бира и разрјешава Народна скупштина Републике Српске. О самом поступку избора судија и законским рјешењима у овом погледу, нешто опширије речено је у даљем тексту.

Према принципу судијског имунитета, за мишљење изражено приликом доношења судске одлуке, лица која учествују у суђењу не могу бити позвана на одговорност, а у поступку покренутом због кривичног дјела почињеног у вршењу судијске функције – не могу бити притворена без одобрења Народне скупштине Републике Српске.

Принцип инкомпабилности или етичности судијске функције огледа се у томе што судија, поред судијске функције, не може вршити другу јавну функцију ни посао који је по закону неспојив са судијском функцијом.

Уставом је одређено да Република уређује и обезбеђује „....организацију, надлежности и рад државних органа“, а да се само законом (а не неким другим прописом) може утврдити оснивање, надлежност, организација и поступак пред судовима, из чега произлази принцип републичког карактера судова.

Принцип јавности рада судова подразумијева да је расправљање пред судом јавно. Садржан је у поглављу X Устава под називом „Судови и јавна тужилаштва“. Полазећи од принципа јавности омогућује се начелно најшира друштвена контрола над радом судова. Изузети од овог принципа могу се уврдити, у складу са уставним одредбама, само законом, и то: ради заштите посебних интереса Републике, чувања тајне, заштите морала, интереса маљетника, приватног живота учесника у поступку и ради заштите других општих интереса.

По уставном принципу колегијалности, судови суде у вијећима. Само законом се може уредити да у одређеним поступцима и правним стварима судија појединац. Суђењем у вијећу, већа је вјероватноћа да ће донесена одлука суда бити правилна.

Уз уставни принцип колегијалности повезан је и други принцип, принцип мјешовитог поротног суђења. Суђење у којем учествују и судије поротници, на начин утврђен законом, обезбеђује демократичност. Према Уставу, само законом се може прописати да у одређеним судовима као и у одређеним стварима у суђењу учествују само судије (мисли се на професионалне судије). Говорећи начелно, судије поротници учествују у расправљању и одлучивању заједно и равноправно са професионалним судијама (наврно, ово само када се говори начелно, но практична искуства у

раду судова показују да порота врло често служи само као „декор“ у судским поступцима и одлучивању од стране вијећа. То је систем такозване мјешовите пороте, за разлику од поротног система у неким другим земљама у којима порота одлучује само о чињеницама (нпр. у кривичним стварима одлучује само да ли је окривљени крив или не, док о правним питањима одлучују професионалне судије). Судије поротници у Републици Српској не учествују на исти начин у свим инстанционим поступцима. То се посебно уређује законима за одговарајуће врсте поступака.

Остали принципи који се односе на рад судова садржани су у поглављима Устава. Навешћемо само неке значајне принципе.

Уставни принцип једнакости грађана пред судом у суштини значи да свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом.

Принцип инстанционог рјешавања подразумијева да о жалби или другом правном средству уложеном против судске одлуке може одлучивати само суд који је према закону надлежан.

Право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се рјешава о његовом праву такође је уставни принцип, садржан чак у два члана Устава⁷. Право на жалбу се може искључити једино законом, и то само ако је на други начин обезбиђењена заштита права и законитости. Свакоме је, дакле, дата могућност да брани своја права и интересе и да употребијеби законом предвиђена правна средства, ако је одлуком суда нездовољан.

Принцип садржан у Уставу и разрађен у процесним законима (Закону о кривичном поступку и Закону о парничном поступку) јесте и право (које има свако) на употребу свога језика у поступку пред судом и право сваког појединца да се са чињеницама упознаје на свом језику.

Принцип судске контроле управе такође је уставни принцип у Републици Српској. Према наведеном принципу, о законитости коначних појединачних аката државних органа и организација којима се одлучује о правима и обавезама, одлучује, у правилу, суд у управном спору. Само законом, изузетно и у одређеним врстама управних ствари, може се искључити вођење управног спора.

Принцип законитости ограничења и мјера принуде предвиђа да се она могу примијенити само у складу са законом прописаним поступком.

Принцип који јамчи право на одбрану један је од најважнијих принципа у судским поступцима. Он гарантује свакоме могућност

⁷ Глава II, „Људска права и слободе“, члан 16, став 2; и глава VIII, „Уставност и законитост“, члан 113 Устава Републике Српске.

да се брани сам или да узме браниоца и да предлаже доказе у смислу своје одбране (право на материјалну одбрану). Кад је о формалној одбрани ријеч, с једне стране је свакоме зајамчено право на слободан избор браниоца, а с друге стране се даје гаранција браниоцу да неће бити позван на одговорност за радње пре-дузете у поступку одбране.

Када говоримо о уставним одредницама о судовима, потребно је рећи да су у Уставу Републике Српске, у глави VII: „Одбрана“, садржане одредбе о војним судовима. Према одредби члана 107 Устава, војни судови се установљавају законом, а они су независни судови и суде на основу закона. Може се примијетити да, кад је о војним судовима ријеч, Устав не помиње њихову самосталност као што је то случај код судова опште надлежности. У Републици Српској данас војни судови не егзистирају, будући да је, ступањем на снагу Закона о судовима и судској служби, Закон о војним судовима⁸ престао да важи. У надлежност судова опште надлежности прешли су поступци који су раније били у надлежности војних судова.

У Републици Српској су, на основу Уставног закона за спровођење Устава Републике Српске, преузети закони бивше СФРЈ и СР БиХ.⁹ Уставним законом је било предвиђено да ће у року од 30 дана од дана проглашења Устава између осталих бити донесен и Закон о редовним судовима. Ипак, Закон о редовним судовима донесен је тек годину дана касније,¹⁰ 1993, а затим је замијењен Законом о редовним судовима из 1996. године.

У складу са Уставним законом за спровођење Устава Републике Српске, судови и данас примјењују законе који регулишу судске поступке донесене у бившој СФРЈ (Закон о кривичном поступку, Закон о парничном поступку, Закон о извршном поступку), односно СР Босни и Херцеговини (нпр. закони који регулишу ванпарнични поступак, поступак у брачним и породичним стварима). Према неким мишљењима у томе лежи један дио разлога дугог трајања судских поступака, те се заговара што скорија измјена овог дијела законодавства.

⁸ Закон о војним судовима, *Службени гласник Републике Српске* бр. 27/93 и 8/96.

⁹ Члан 12 Уставног закона за спровођење Устава Српске Републике Босне и Херцеговине гласи: „До доношења одговарајућих закона и др. прописа примјењиваће се закони и др. прописи СР БиХ, који су у сагласности са Уставом и који нису у супротности са законима које је донијела Скупштина српског народа у Босни и Херцеговини односно Народна скупштина.“ (*Службени гласник српскохарнога у Босни и Херцеговини* број 3/92 од 16. 3. 1992).

¹⁰ Закон о редовним судовима објављен је у *Службеном гласнику Републике Српске* и његовим ступањем на снагу престао је да важи Закон о редовним судовима бивше СР БиХ (*Службени лист СР БиХ* 19/86, 25/88, 33/88).

ДЕЈТОНСКИ СПОРАЗУМ И СУДСКА ВЛАСТ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Од 1992. до 1995. године, у Босни и Херцеговини био је рат. Рат је окончан 21. 11. 1995. у Дејтону (САД) закључењем општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (тзв. Дејтонски споразум), а ратификованог у децембру исте године у Паризу. Овим споразумом Босна и Херцеговина је установљена као држава састављена од два ентитета: Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине.

Дејтонски споразум у основи се може подијелити у два дијела: први дио обухвата војне аспекте мировног рјешења, а други дио, који обухвата једанаест анекса, односи се на цивилне аспекте споразума. За организацију правосуђа уопште, па тако и судова, најзначајније су одредбе садржане у Анексу 4, који носи назив „Устав Босне и Херцеговине“. У члану III, „Надлежности и односи између институција Босне и Херцеговине и ентитета“, набројане су надлежности институција (на нивоу) Босне и Херцеговине. У истом члану (тачка 3) говори се, између остalog: „Све државне функције и овлашћења која овим Уставом нису изричito додијељена институцијама Босне и Херцеговине, припадаје ентитетима.“ Према истој уставној одредби, „општи принципи међународног права представљају интегрални дио права Босне и Херцеговине и ентитета“. Ово су одредбе Устава Босне и Херцеговине које су релевантне кад је ријеч о организацији судова у Републици Српкој.

Са становишта функционисања судова, релевантне су и одредбе оних анекса Дејтонског споразума који се баве питањима људских права, с обзиром да судови штите права и слободе грађана.

Када је ријеч о судској власти у Републици Српској, потребно је имати у виду да, Анексом 4 Дејтонског споразума установљен, Уставни суд Босне и Херцеговине има апелациону јурисдикцију о оним питањима из Устава Босне и Херцеговине која произађу из пресуде било ког другог суда у Босни и Херцеговини, па сходно томе и судови у Републици Српској. У надлежности Уставног суда су и она питања која му упути било који суд у Босни и Херцеговини, а која се односе на питања да ли је неки закон од чије ваљаности зависи пресуда, у складу са Уставом БиХ, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и њеним протоколима или са законима Босне и Херцеговине или по питањима која се односе на постојање или дomet неког општег правила међународног јавног права које је релевантно за одлуку суда.

Одлуком високог представника установљен је Суд Босне и Херцеговине, који у овом тренутку постоји још увијек само „на

папиру“. Овај суд има специфичне надлежности везане за институције на нивоу Босне и Херцеговине.

ЗАКОН О СУДОВИМА И СУДСКОЈ СЛУЖБИ

У Републици Српској је у оквирима задатих уставних одредница рад судова и судска служба регулисан Законом о судовима и судској служби¹¹ који обезбеђује провођење у живот прокламованих уставних принципа. Поменути закон је прописао (полазећи од одредбе Устава Републике Српске да судску власт врше судови) да судска власт припада судовима, наглашавајући да је она независна од законодавне и извршне власти. Дакле, полазећи од овог, судска власт припада само судовима као органима државне власти исте врсте, на коју други органи власти не смију утицати, а судска власт не смије дозволити такве утицаје. Ово у организационом смислу одређује вршење судске власти.

Да би се појачао независан положај судова и да би се поново указало на самосталност у суђењу, иако је наравно рад судова, у складу са уставним принципом, јаван, у Закону је уз одредбу о

11 Закон о судовима и судској служби предвиђа да основни судови суде у првом степену у кривичним стварима за КД за које је предвиђена новчана казна или казна затвора блажа од 20 година, да спроводе истрагу, припремни поступак према малолетницима, да одлучују о жалбама против рјешења истражног судије и приговору против оптужнице, о молбама осуђених за брисање осуде и сл.; да суде о грађанскоправним споровима, споровима у вези са имовином; у споровима из радних односа, рјешавају привредне спорове, воде судски регистар предузећа и рјешавају спорове поводом уписа у судски регистар; да рјешавају у посебним поступцима, да обављају земљишнокњижне послове; да одређују и спроводе извршење итд. Окружни судови у првом реду одлучују о жалбама против одлука основних судова, а првостепену надлежност имају за кривична дјела за која закон предвиђа казну затвора од 20 година или тежу; спроводе истрагу за ова кривична дјела као и припремни поступак према малолетницима; суде спорове из ауторског права; одлучују у споровима ради исправке информација објављених у средствима јавног информисања; одлучују о законитости коначних управних аката у управним споровима за које није одређена надлежност другог суда; суде управно-рачунске спорове; одлучују о признању и извршавању страних судских одлука; одлучују о захтјеву за брисање осуде у законом предвиђеним случајевима; одлучују о екстрахицији и молбама за извршење кривичних иностраних пресуда; одлучују о преношењу надлежности са једног основног суда на други на свом подручју и врше друге послове одређене законом. Врховни суд обезбеђује јединствену примјену закона и одлучује о редовним правним лијековима против одлука окружних судова, о ванредним правним лијековима, о жалбама у трећем степену против другостепених судова, о правним лијековима против одлука вијећа Врховног суда ако законом није другачије одређено, о законитости коначних управних аката републичких органа, утврђује начелне правне ставове и начелна јавна мишљења ради јединствене примјене закона и других прописа од стране судова у републици, рјешава сукобе надлежности између судова, одлучује о преношењу мјесне надлежности између окружних судова или између основних судова који нису на подручју истог окружног суда и друге законом одређене послове.

јавности судова прописано да је употреба јавног положаја, медија (или било какво иступање које утиче на ток или исход судског поступка) забрањена. Закон, додуше, не предвиђа санкције за поступање које је супротно овоме, али је то потцртавање у Закону веома важно, јер се на тај начин жели постићи спречавање доношења судских одлука под различитим врстама „притисака“ и избјеђи у првом реду, евентуалне, политички мотивисане, незаконите одлуке судова.

Ваља рећи да су принципи на којима се темељи организација судова у Републици Српској садржани у Закону о судовима и судској служби сљедећи: истоврсност судова, територијални, хијерархијски, функционални принцип и републички карактер судова.

Структура судова опште надлежности у Републици Српској је сљедећа: основни судови, окружни судови и Врховни суд. Према територијалном принципу основни судови се оснивају за подручје једне или више општина. У Закону о судовима и судској служби предвиђено је оснивање 28 основних судова, али три суда ни до данас нису основана (Основни суд Лакташи, Основни суд Српски Брод и Основни суд Шамац).

Окружни судови се оснивају за подручје два или више основних судова, док је Врховни суд основан за подручје Републике, као највиши суд. Овим долазимо и до хијерархијског принципа у Уставу Републике Српске. Као највиши суд у Републици Српској, Врховни суд има задатак да обезбиједи јединствену примјену закона. Ово се остварује не само кроз рад Врховног суда као инстанционог, то јест кроз одлучивање по жалбама и ванредним правним лијековима, већ и на друге начине. Јединственост примјене закона постиже се између осталог путем општих сједница Врховног суда на којима се дају мишљења о законима и другим правним актима од значаја за рад судова, укључујући и мишљења о потреби за измјенама или усвајањем таквих аката, разматрање питања која се односе на рад суда, те по захтјеву Народне скупштине обавјештавање о томе Народне скупштине. У досадашњој пракси Врховни суд је ријетко био у прилици да даје таква мишљења о промјени закона, а ова обавеза извјесно ће доћи до изражaja приликом очекиваних промјена у законима који регулишу судске поступке у Републици Српској.

Хијерархијски систем омогућава контролу судске дјелатности инстанционо виших судова над нижим судовима. То се остварује кроз вршење судске контроле дјелатности судова одлучивањем по правним лијековима, вршењем непосредног увида од стране непосредно вишег суда у рад суда на свом подручју и на друге посредне начине (тражење података и обавјештења ради праћења и про-

учавања судске праксе, примјене закона, поступања по представкама грађана итд.).¹²

Закон је регулисао и улогу извршне власти, у првом реду Министарства правде, у погледу надлежности које се односе на организацију рада и надгледање вршења судске управе, које искључују било какво мијешање извршне власти у рад судова кад је о појединачним случајевима у судским поступцима ријеч. Улога Министарства правде поред стварања претпоставки за рад судова огледа се и у надзору над примјеном судског пословника.

Не може бити спорно да је у Закону потпуно нормативно оваплоћен уставни принцип о независности и самосталности судова. Држећи се истог начелног курса који се огледа у одвојености судова од других органа и самосталности судске власти, предвиђен је у закону посебан положај судија. Ово се односи у првом реду на избор судија и њихово разрјешење, те на дисциплинску одговорност судија. У овом дијелу закон доноси нека потпуно нова решења и предвиђа једно ново тијело – Високи судски савјет. Кандидат за судију и предсједника суда не може се ни изабрати ни разријешити без приједлога Високог судског савјета. Високи судски савјет се састоји од тринест чланова, а чине га: предсједник Врховног суда Републике Српске, предсједник Уставног суда Републике Српске, републички јавни тужилац, један судија Врховног суда, по један судија са подручја окружних судова Републике Српске, предсједник Удружења судија и тужилаца Републике Српске, и три стручњака из реда истакнутих правника Републике Српске изабраних већином гласова осталих чланова Високог судског савјета. Тајним гласањем се бирају представници који у састав Високог судског савјета не улазе по основу свога положаја. Мандат чланова Високог судског савјета траје пет година и ограничен је на највише два избора. Приликом избора чланова обавезно се води рачуна о мултиетничности и полној заступљености, а искључена је њихова припадност политичким странкама. Овакав састав Високог судског савјета треба да буде гаранција да ће Народној скупштини бити предложени управо они кандидати који су по својим професионалним и другим својствима најподобнији за обављање судијске функције, и да се искључе било какви непожељни утицаји на одлучивање Високог судског савјета. Важан задатак Високог судског савјета је и да изврши свеобухватну провјеру рада свих судија у Републици Српској, ради провјере подобности судија и „да би се разријешиле судије које су неподобне за обављање те функције“, како то стоји у Правилнику Високог судског савјета Републике Српске.¹³ Првобитно је законом био утврђен рок од осамнаест мјесеци, рачунајући

12 Видети члан 36 Закона о судовима и судској служби.

13 Правилник Високог судског савјета Републике Српске објављен је у Службеном гласнику Републике Српске број 28/00.

од дана конституисања Високог судског савјета, у којем је требало извршити свеобухватну провјеру, но овај рок се показао прекрат-ким за овако обимне активности (с обзиром на број судија којих у Републици Српској има нешто више од три стотине у овом тренутку и бројне радње које је у оквиру провјере требало предузети). Рок свеобухватне провјере је продужен Законом о измјенама и допунама Закона о судовима и судској служби, усвојеним крајем 2001, с тим да је предвиђено да свеобухватна провјера траје најдуже до краја 2002. године. По ступању Закона о судовима и судској служби на снагу, упућен је позив грађанима путем средстава информисања да изнесу своје примједбе у вези са радом судија. Стигло је око 700 притужби као одговор на овако упућен позив. Високи судски савјет именује и судије поротнике, чији је мандат пет година.

За потпуност остварења принципа независности и самосталности судова потребно је обезбиједити довољно и стабилно финансирање судова, па је и то регулисано Законом о судовима и судској служби. Законска је обавеза Републике да за ову сврху обезбиједи средства тако да „обимом и временом дозначавања не угрожавају независност судова и у свако доба омогућују уредан рад судова“, како стоји у члану 84 Закона о судовима и судској служби. Нажалост, присутна економска ситуација доводи до раскорака нормативног и стварног, између жељеног и могућег, тако да судови још увијек добивају недовољна средства, што се одражава и на остваривање функције судова. Оно што је остварено јесте битно побољшан материјални положај судија кроз плату утврђену законом. Но, због већ поменуте економске ситуације, ово је и извор честих приговора у јавности, уз захтјеве да судбина судијских плата мора да прати опште стање у друштву.

Закон је регулисао и друга питања која се тичу рада судова. То су питања која се односе на унутрашњу организацију рада судова, судску управу, судску стражу и обезбеђење судија, на рад стручних сарадника, приправника и других радника.

Закон, истина, садржи неке правно-техничке недоречености које покаткад изазивају недоумицу, али неоспорно садржи нека битно нова рјешења (поготово у погледу избора судија и судија поротника и њихове одговорности) која положај судије и судску власт у Републици Српској нормативно приближавају стандардима у развијеним демократијама или оним које су општеприхваћене као такве.

УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНИХ ФАКТОРА

Кад је о судству ријеч, присуство међународних фактора на подручју Босне и Херцеговине и њених ентитета веома је изражено

у цијелом поратном периоду, па и данас. Под тиме се подразумијевају не само међународни документи, него и дјеловање различитих међународних организација на просторима Босне и Херцеговине. Бројни су и разни акти (иако неки и немају карактер извора права, као што је то случај са различитим декларацијама) значајни за судове и рад судија у Републици Српској.

Савјет Европе промовише владавину закона, демократију и заштиту људских права и слобода. Парламентарна скупштина Савјета Европе је донијела 22. јануара 2002. препоруку за пријем Босне и Херцеговине у Савјет Европе, и очекује се да ће пријем усlijедити на сесији која треба да буде одржана у априлу текуће године. Знатно раније, у документу који носи назив „Road Map“, утврђено је 18 услова које треба да испуни Босна и Херцеговина за пријем у Савјет Европе. Дио тих услова односи се и на владавину права и судство. Услови који су постављени пред Босну и Херцеговину, а тиме и пред Републику Српску као њен ентитет, односе се једним дијелом и на владавину права. У међународним документима „ефикасно, независно и компетентно судство“ оцјењује се као „кључно за остваривање владавине права“ и као такво често је спомињано. С друге стране, кроз различите документе Савјет Европе је обезбиједио детаљна упутства својим чланицама о организацији судства, па су она свакако од значаја за нас, не само из теоријских већ и из веома практичних разлога.

Када се говори о реформи правосуђа уопште у Републици Српској, као и у Босни и Херцеговини, не може се заobiћи Декларација Савјета за имплементацију мира, усвојена 16. децембра 1998. године (тзв. Мадридска декларација), која има велики значај за ово питање. Међународна заједница је кроз ову декларацију Савјета за имплементацију мира поставила веома амбициозне циљеве у реформи правосуђа, а тиме и судства у Босни и Херцеговини.

У Мадридској декларацији, у анексу А II, „Владавина закона и људских права“, тачка 1 каже се да „без владавине закона и независног и непристрасног судства нема будућности за БиХ као модерне просперитетне...“

Од стране УН МБиХ, према Резолуцији број 1184 Савјета безбједности од 16. јула 1998. основан је ЈСАП (Програм процјене судског система) са задатком да „врши проматрање и процјену судског система у Босни и Херцеговини као дио свеопштег програма правне реформе према нацрту Канцеларије високог представника“.¹⁴ Први извјештај ЈСАП је сачинио за период од новем-

¹⁴ United Nations Mission in Bosnia and Hercegovina – Тематски извјештај IX, Политички утицај: Независност судства у Босни и Херцеговини, новембар 2000, страна 10.

бра 1998. до јануара 1999, концентрисан на прикупљање општих информација о судском систему.¹⁵ У току свог двогодишњег дјеловања сачинио је укупно 10 извјештаја о стању у судском систему. У извјештајима је наведено да они могу и треба да буду од користи и домаћим властима, како би на свој систем имали поглед и из другог угла.

Користећи се овлаштењима која су му дата у члану V Анекса 10 (Споразум о имплементацији цивилног дијела Мировног споразума) Општег оквирног споразума за мир у БиХ, према којем је високи представник коначни ауторитет у земљи у погледу тумачења цитираног споразума, Високи представник је успоставио Независну правосудну комисију. Њен задатак је „да надзира комисије/вијећа на ентитетском и кантоналном нивоу које ће бити задужене за селекцију и дисциплиновање судија и тужилаца, те да настави са надгледањем и оцењивањем рада судова и тужилаштава у складу са претходним мандатом ЈСАП-а“.¹⁶ Чињеница је да према закону чланови Високог судског савјета у Републици Српској треба да раде потпуно самостално, руковођени само законом, па се поставља питање шта значи вршење надзора са становишта могућности утицаја на рад Високог судског савјета.

Међународни документи које ваља споменути када је ријеч о судовима и судијама, свакако су Основни принципи о независности судства, које је усвојила Генерална скупштина Једињених нација Резолуцијом 40/32 од 29. новембра 1985. и 40/146 од 13. децембра 1985, и Европска повеља о статуту судија, која је усвојена на мултилатералном састанку о статуту судија у Европи у организацији Савјета Европе у јулу 1998. Принципи о организацији судова садржани у поменутим документима, неоспорно су нашли своје мјесто у Закону о судовима и судској служби и Кодексу судијске и тужилачке етике, који је по усвајању Закона о судовима и судској служби донијело Удружење судија и тужилаца Републике Српске.¹⁷

Бројни су други документи који се баве овим питањима а које овдје посебно не помињемо. Но, будући да се Европска повеља о статуту судија позива на члан 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција), у којем стоји да „свако има право да законом установљени независни и непристрасни суд праведно, јавно и у разумном року испита његов случај“, а поготово с обзиром на специфично мјесто које поменута конвенција има у правном систему и поретку Републике

15 Хронолошки извјештаји ЈСАП-а: Извјештај за период новембар XI/98–I/99.

16 Одлука о успостављању Независне правосудне комисије, објављена у Службеном ћласнику Републике Српске број 17/01 од 4. маја 2001, позива да се између осталих приоритета сачини водич о независности судија, избору, професионалној обуци и статусу судија и тужилаца.

17 Објављен у Службеном ћласнику Републике Српске 36/00.

Српске – овде ћемо о њој и њеном утицају на судску власт нешто више рећи.

Када је ријеч о примјени Конвенције, може се констатовати да Босна и Херцеговина није ратификовала Конвенцију, нити је њезин потписник, али ипак за БиХ и њене ентитете она и поред тога има велики значај. Предвиђено је да приступање Конвенцији услиједи ускоро, недugo по приступању БиХ Савјету Европе.

У Уставу Босне и Херцеговине у члану II – „Људска права и основне слободе“ – у тачки 2 под називом „Међународни стандарди“ предвиђено је сљедеће: „Права и слободе које одређује Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и њени Протоколи примењиваће се директно у Босни и Херцеговини. Те ће одредбе имати приоритет над свим другим законима.“ У тачки 6 истог члана, под називом „Справоћење“, предвиђено је, поред осталог, да ће „сви судови, установе, државни органи и институције којима управљају Ентитети или се њима управља из Ентитета, примјењивати и поштовати људска права и основне слободе поменуте у тачки 2“.

Инкорпорисање Конвенције у правни систем ентитета и Босне и Херцеговине има другачији карактер него што је то у другим правним системима у земљама које су је потписале и ратификовале. Услиједило је путем Дејтонског споразума. Принцип у међународном праву је да међународни уговор обавезује само уговорне стране, тј. да дјелује *inter partes*, но кад је ријеч о примјени Конвенције у Босни и Херцеговини, то није случај, и свакако представља изузетак у односу на наведено правило. Поред права и слобода из Конвенције, посредно је инкорпорисано 15 других међународних инструмената у Устав Босне и Херцеговине. Наравно, не могу се заобићи ни стандарди и судска пракса стразбуршког Европског суда за људска права¹⁸ (у даљем тексту: Суд), који се морају познавати да би се Конвенција уопште могла примјењивати.

Примјена Конвенције на начин предвиђен Дејтонским споразумом даје могућност судијама, адвокатима и странкама да траже непосредну примјену Конвенције у поступцима пред судовима. Пре ма раније устаљеној пракси било је сасвим неуобичајено, па и недопустиво да се суд позива у пресуди на неки од инструмената међународног права. Но, ситуација се сада битно мијења.

Конвенција је, заједно са њеним протоколима, од посебног значаја не само за организацију судова већ, као што се из наведеног

¹⁸ Европски суд за људска права установљен је Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода 1950, а по доношењу Протокола 11 уз ову Конвенцију 1994, овај суд је срастао са Европском комисијом за људска права у јединствен Суд.

уочава, и за вршење функције суђења. Као илустрацију наводимо да се судови позивају у пресудама на одредбе Конвенције и протокола. Ту су међу првима одлуке Врховног суда Републике Српске, у којима се Врховни суд, замјењујући смртну казну временском (иако је смртна казна у тада важећем кривичном законодавству законом била прописана) позива на Конвенцију и наводи да се смртна казна у садашњој правној ситуацији не може изрећи јер то забрањује Конвенција.¹⁹ У једној од пресуда наведено је између осталог: „....овај суд цени да је, с обзиром на кривично-правни систем кривичних санкција у Републици Српској, ова норма (члан 2) Протокола број 6 инкорпорисана у кривичном законодавству Републике Српске, и то, с обзиром на јасну и изричitu одредбу Устава БиХ, у основне одредбе Кривичног закона Републике Српске. Таквом ставу не стоји на сметњи што је та норма (члан 2 број Протокола 6) технички издвојена из Кривичног закона Републике Српске, будући да је садржајно и концепцијски део тог кривично-правног система Републике Српске.“²⁰

Према Конвенцији, постоји обавеза да се судски систем организује тако да служи задовољавању потреба странака и интересима правде. У важећем Закону о судовима и судској служби свакако су створене претпоставке за организовање судског система на овим основама.

Нешто раније речено је да је члан 6 Конвенције од посебног значаја кад се говори о организацији судства. Члан 6 Конвенције има три става, али у свјетлу теме која се односи на организацију и рад судова, овом приликом више ће бити ријечи само о првом ставу поменутог члана Конвенције. Наведени став прописује да, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби, свако има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Поменути члан је од суштинског значаја за остваривање принципа демократије и владавине права.

Треба истаћи да је за примјену ове одредбе потребно познавање праксе Суда, који члан 6 Конвенције тумачи широко. С друге стране, до сада одлуке Суда нису превођене на српски језик, што може представљати проблем за све оне који у пракси треба да га примјењују.

Дотакнућемо се за ову прилику само неких од незаобилазних појмова које прописи у Републици Српској познају, а који се помињу у члану 6 (1) Конвенције, уз опасности да излагање остане

19 Врховни суд у пресуди Кж 99/99, слично и Кж 17/97.

20 Из образложења пресуде Врховног војног суда Републике Српске II К број 64/97, а слично и пресуде Врховног суда Републике Српске Кж 17/97.

недоречено и неповезано, али уз могућност да упоредимо идеално стање.

Шта значи независтан и непристрасан суд? Овај принцип из поменутог члана Конвенције полази од начела подјеле власти и захтијева да сваки случај буде процесуиран пред законом установљеним судом, који не подлијеже било каквим утицајима извршне власти и који видљиво објективно третира странке у поступку. Огледа се између осталог и у томе да држава не може самовољно преносити надлежности, нпр. са судских на управне органе или обрнуто. Надаље, из члана 6 произлази да суд не само да мора бити независан и непристрасан, већ и да мора бити законом установљен. Према Уставу Републике, како је то видљиво из принципа о којима је било ријечи, све ове претпоставке су испуњене, а ови принципи су своју пуну разраду (када је ријеч о организацији судске власти) нашли и у другим прописима Републике Српске, а првенствено у Закону о судовима и судској служби.

Принцип који није јасно изражен у члану 6 Конвенције али је присутан у пракси Суда јесте начело „једнакости средстава“, огледа се у идеји да свака странка у поступку треба да има једнаке могућности да изнесе свој случај пред суд, што се подудара са принципима из Устава Републике Српске о праву на приступ суду и на одбрану.

Појам разумног рока који се помиње у члану 6 Конвенције за нас има посебан значај, у ситуацији када се говори о дугом трајању судских поступака и када због тога Република Српска трпи посљедице, као одговорна за организацију и рад судова. Одлукама Дома за људска права²¹ у неколико случајева се Република Српска обавезује да апликантима пред Домом за људска права исплати правичне накнаде због дужине трајања судског поступка – нпр. само у једном случају у висини од 300.000 КМ. Када је ријеч о разумном року, стандард „разумног рока“ је различит код грађанских и кривичних предмета. Сасвим је разумљиво да је тај рок, генерално говорећи, краћи када се ради о кривичним стварима. Елементи које Суд узима у обзир приликом утврђивања да ли неки поступак задовољава стандарде „разумног рока“ јесу: сложеност случаја, поступања самог подносиоца захтјева којим је евентуално допринио продужењу трајања поступка, начин на који су се органи

²¹ Дом за људска права је установљен Анексом 6 Дејтонског споразума, као тијело које одлучује о жалбама о наводним или очигледним кршењима људских права. Уобичајен је и назив Вијеће за људска права, са истим значењем. Дом за људска права се састоји од 14 чланова (ентитети БиХ именују шест чланова и то Федерација БиХ четири, а Република Српска 2, док је Комитет министара Савјета Европе именовао остале чланове који, не могу бити држављани Босне и Херцеговине нити било које сусједне државе, и једног таквог члана одредио за предсједника Дома).

државе понашали у односу на предмет, као и евентуално неке посебне околности које су утицале на продужење трајања поступка. Стандард „разумног рока“ и путеви за његово достизање у судским поступцима и законима представљају и даље предмет озбиљних стручних и научних расправа, кад је ријеч о судству Републике Српске.

О јавности расправљања, презумпцији невиности и другим аспектима члана 6 неће бити посебне елаборације пошто су ови принципи углавном нашли своје мјесто у позитивним прописима Републике Српске и оживотворени су у судским поступцима.

Када је ријеч о раду судова, овом приликом може се истаћи да су судови у Републици Српској непосредно послије ратних дејашавања остваривали сарадњу са судовима из земаља насталих на подручју бивше СФРЈ и пружали једни другима правну помоћ. Судови су ишли у том смислу и прије него што су други субјекти власти предузели активности, јер их је на то тјерала управо потреба да остварују своју Уставом одређену функцију.

ДАЉИ МОГУЋИ ПРАВЦИ РЕФОРМЕ

Реформа судске власти у Републици Српској практично је започела доношењем Закона о судовима и судској служби. У Закону о судовима и судској служби су уграђени принципи из транснационалних докумената као довољна нормативна гаранција за остваривање судске независности и судијске самосталности. Наравно, ови принципи морају бити потпуно и стварно акцептирани и од стране носилаца судијских функција.

Даља реформа наставиће се кроз доношење тзв. процесних закона, којима се уређује поступак пред судовима, управо са циљем да се судски поступци учине ажурираним. Подразумијева се и њихово краће трајање, спречавање злоупотреба овлаштења које странке имају у поступцима итд.

Потребно је још доста учинити и у смислу побољшања услова у којима судови раде. Треба имати на уму да раде често у објектима у које дуги низ година није улагано, да раде са технички застарјелом опремом. Све се то одражава на рад судија и административног особља у судовима и смањује „пропусну“ моћ судова, што директно утиче на ефикасност заштите права и слобода грађана загарантованих Уставом Босне и Херцеговине и Републике Српске, законом утврђених права и интереса правних субјеката и обезбеђења уставности и законитости.

Потребно је извршити и одређену специјализацију судова, све са истим циљем успостављања, како је у Мадридској декларацији речено, независног, непристрасног и компетентног судства, које је

предуслов за постизање владавине права. Између осталог, Закључцима Народне Скупштине, усвојеним у јуну 2001. године, предвиђа се оснивање специјализованих трговачких судова.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Судска власт у Републици Српској има многе специфичности које су израз правног миљеа насталог послије закључивања Дејтонског споразума. У новонасталом миљеу судови су Дејтонским споразумом овлашћени да директно примјењују међународне инструменте који се односе на људска права. Ово би требало да убрза сложен процес хармонизације правног система са европским стандардима о људским правима.

Реформа судске власти у Републици Српској отпочела је доношењем Закона о судовима и судској служби. Недуго затим донесен је Етички кодекс судија и тужилаца, као веома значајан документ који усваја универзалне моралне норме и високе професионалне стандарде.

У Дејтонском споразуму чији је дио Устав Босне и Херцеговине и у Уставу Републике Српске, као и у Закону о судовима и судској служби, уграђени су и принципи из међународних транснационалних докумената, као довољна нормативна гаранција за остваривање судске независности и судијске самосталности. Наравно, ови принципи морају бити потпуно оваплођени и стварно акцептирани и од стране носилаца судијских функција. Потребно је радити и на даљем побољшању услова рада у судовима у Републици Српској.

Даља реформа судске власти у Републици Српској наставиће се кроз доношење тзв. процесних закона, којима се уређује поступак пред судовима, управо са циљем да се судски поступци учине ажурираним. Краће трајање поступака жели се обезбиједити и увођењем специјализованих судова, као што су трговачки судови.

Ваља рећи да у процесу реформе судства активну улогу играју и међународне организације које су присутне у Босни и Херцеговини након окончања рата који је трајао у периоду од 1992. до 1995. године.

Дакле, реформа судске власти и правосуђа у Републици Српској представља процес који је у току, али чији су правци условљени прижељкваним приступом у шире међународне интеграције. Уз присјећање на латинску изреку „*Nihil perfectum est dum aliquid restat agendum*“ („Ништа није завршено док преостаје да се још нешто учини“), траже се боља рјешења и кад је ријеч о организацији и раду судова. Правне норме у свему овоме треба да буду

претпоставка за одвијање живота, а никако кочница. Ипак, генерално се може рећи да су већ сада међународни инструменти и стандарди не само *de iure* него и *de facto* постали саставним дијелом домаћег права, барем када је ријеч о судској власти у Републици Српској.

Димшо Перић*

СЕРГЕЈ ВИКТОРОВИЧ ТРОИЦКИ И ЊЕГОВО ЦРКВЕНО ПРАВО

О овом великану науке може се говорити са много аспеката. Читав један научни скуп посвећен њему и његовом делу можда не би могао на најверодостојнији начин да га представи. Као ученик Богословије 1969–1974, чуо сам за овог црквеног правника, али сам се са његовим радовима сусрео тек као студент Богословског факултета 1976–1980. Некако се скоро стидљиво говорило о њему. Нисам тада могао да схватим разлоге таквог односа према С. Троицком, али када сам се посветио науци црквеног права и одлучио да моја преокупација буде канонско и црквено право, тек сам тада почeo да сагледавам величину С. Троицког у тој науци. Пре њега су код нас постојали значајни писци који су написали црквено право на српском језику.

Е. Јовановић, *Начајници црковнага ђрава древнија ђравославнија восточнија цркви, којорија по књизје Кормчеј собрал Е. Јованович*, књига I, Нови Сад 1841. и књ. II, Нови Сад 1844.

Никодим Милаш, *Православно црквено ђраво*, Задар 1890, друго издање Мостар 1902. и треће издање Београд 1926. Милашева књига је убрзо преведена на руски (1897), немачки (1897), бугарски (1904) и грчки језик (1906). Ово дело су Грци фототипски објавили 1987. Оно је и данас незаobilазно штиво за спремање испита из Црквеног права на правним факултетима, или Канонског права на богословским факултетима у Грчкој.

Чедомиљ Митровић (1870–1934), професор Црквеног права, декан Правног факултета у Београду и ректор Београдског универзитета, приредио је уџбеник *Црквено ђраво* који је доживео три издања, сва три у Београду (1913, 1921. и 1929). Књига је представљала кратак преглед црквеног права, и по њој је овај предмет предаван на Правном факултету у Београду између Првог и Другог светског рата. У ствари, ова књига је израђена по утврђеном програму из Црквеног права за ученике Богословије Светог Саве

* Др Димшо Перић, ванредни професор Правног факултета у Београду.

у Београду. У том циљу је Архијерејски сабор аутокефалне цркве у Србији, 9. маја 1912. године, одредио помоћ од пет стотина динара, којом сумом је подмирен део трошкова за њено штампање.¹ Ч. Митровић је Црквено право предавао и на Правном факултету и у Београдској богословији. Отуда је и настао овај уџбеник (формат А5, 226 стр. прво издање, 228 стр. друго, и 243 стр. треће издање). Једно време је држао предавања и испите и на Богословском факултету. После смрти Ч. Митровића 1934. године, др Илија Пржић је предавао на Правном факултету у Београду по овој књизи.

После Другог светског рата, за потребе богословија, Бранко Цисарж (1908–1982) пише *Црквено право* (том I-II, Београд 1970–1973), уџбеник који се и данас користи у богословијама, иако није ни приближно добар као што су то биле књиге Н. Милаша, Ч. Митровића и С. Троицког. Б. Цисарж само на једном месту спомиње С. Троицког: „После Првог светског рата, између осталих руских избеглица, дошао је у Југославију и учени Сергије В. Троицки, који је дуго година био професор Црквеног права на Правном факултету у Суботици и од 1935. до свога пензионисања и на Богословском факултету у Београду. У научном свету њега сматрају као једнога од најбољих живих познавалаца црквеног права Православне цркве. Поред литографисаних лекција *Црквено право* (три свеске) објавио је читав низ врло запажених самосталних дела и расправа, од којих спомињемо само најзначајније...“² У време објављивања ове књиге С. Троицки је био жив. Како је он тада реаговао, није нам познато, јер није ништа написао. Рецензију за ову књигу написао је др Б. Гардашевић, ванредни професор Богословског факултета Српске православне цркве у Београду за предмет Канонско и црквено право. На основу његове „позитивне“ рецензије Свети архијерејски синод Српске православне цркве одобрио је да се књига штампа и да буде званични уџбеник за богословије. По овој књизи се у богословијама и сада предаје Црквено право.

Разлог нејављања С. Троицког на овај уџбеник видимо у његовој ангажованости у Српској академији. М. Петровић је с правом приметио: „Врхунац његовог научног рада чине истраживања *Номоканона светога Саве*.“³

1 Ч. Митровић, *Црквено право*, Београд 1913; видети предговор овом издању.

2 Б. А. Цисарж, *Црквено право*, I (Општи део и организација Цркве), Београд 1970, стр. 21.

3 М. Петровић, „Сергије Троицки – истраживач Номоканона светога Саве“, зборник радова *Руска емиграција у српској култури XX века*, књ. I, Београд 1994, стр. 164.

С. Троицки се упокојио 27. новембра 1972. године у 95. години живота и сахрањен је код Иверске капеле на београдском Новом гробљу. Његов некадашњи асистент на Богословском факултету Б. Гардашевић, тада ванредни професор Богословског факултета, пишући тада о њему, не спомиње његово Црквено право.⁴ Б. Гардашевић пише његову биографију са библиографијом његова 192 рада, 5 превода и 17 рецензија. Ова библиографија није коначна, јер недостаје више радова Троицког.⁵ Није нам циљ да утврђујемо шта недостаје, али је „заборављено“ његово *Црквено право*, штампано у три свеске (формат А4). О Сергејевом *Црквеној праву* биће овде речи јер све до сада нико није направио приказ ове књиге, коју су многи користили до крајњих граница, али је нису цитирали. Разлог због чега то нису чинили, видећемо касније.

Канонско и црквено право са црквеном администрацијом, на Богословском факултету предавали су: Викентије Вујић, Чедомиљ Митровић и Филарет Границ. С. Троицки је као хонорарни професор за овај предмет дошао 1935. године. На основу његових предавања настало је *Црквено право*. Удружење студената православног Богословског факултета у Београду штампало је 1937. и 1938. ове скрипте. Колики је био удео самог С. Троицког, тешко је рећи. С. Троицки је предавао Црквено право на Правном факултету у Суботици. Имао је велико искуство и богато знање. Скрипте су настале вероватно онако како је С. Троицки држао предавања. Распоред грађе је неубичајен. Такав распоред не налазимо ни код руских писаца ни код наших Н. Ружичића, Н. Милаша, Ч. Митровића. Претпостављамо да је С. Троицки желео да буде оригиналан, али када су скрипте биле одштампане, он је тек тада приредио нов распоред материје црквеног права, о чему ће после бити речи.

Црквено право, I део, Београд 1937, стр. 228 + 6. – У уводном делу, на 92 страни говори о црквеном праву и његовом месту у систему правних наука и о зборницима првог периода до 313. године. А онда, уместо да даље говори о зборницима другог и трећег периода, он говори о условима аутокефалије (стр. 93–121), и даље о питању аутономне цркве (стр. 121–136). Следи део о односу цркве и државе у Југославији стр. (136–156), где укратко говори о Српској цркви у XIX веку. Даље подробно анализира стање Српске цркве у XX веку, с посебним задржавањем на решењима Видовданског устава, као и равноправности вероисповести у Краљевини Југославији.

4 Б. Гардашевић, „Сергије В. Троицки, црквени правник и канониста“, *Православље – новине Српске патријаршије*, год. VII, 1. јануар 1973, бр. 139, стр. 12.

5 Б. Гардашевић, „Професор Сергије Викторович Троицки“, *Богословље*, год. XVII (XXXII), свеска 1 и 2, Београд 1973, стр. 1–15.

Посебно место посвећено је положају Православне цркве, где анализира: историјат Закона о Српској православној цркви, његове основне идеје и садржај (стр. 136–167). То је досад најбоља анализа овог закона.

Даље следи црквена аутономија и право представништва пре-ма држави (стр. 167–201). У оквиру овог дела говори о црквеном законодавству, праву цркве да доноси законе у оквиру своје организације, питању веронауке у основним и средњим школама (стр. 173–197), анализира стање веронауке у школама.

У оквиру овог дела (стр. 197–201) следи интересантан део о државним законима који се тичу богослужења и то: свештених времена (календара, празника и постова), светих места (цркава, капела и гробала) као и самог богослужења (светих тајни, молит-вословља и литија).

Следе занимљиви делови о административној и судској црк-веној аутономији у држави (стр. 201–212).

Трећи део (стр. 212–228) посвећен је јавноправности Српске цркве у коме говори о личним привилегијама клирика: *privilegium immunitatis*, *privilegium fori*, *privilegium canonis*, *privilegium honoris et competentiae*. На крају, на шест страна су питања за испит из Брач-ног права.

Црквено право, II део, Београд 1938, стр. 94. – У овим скрип-тама, (стр. 1–10) говори о зборницима другог периода, 313–889. године. Затим, зборници трећег периода, од 889. до 1938. године (стр. 11–32). У оквиру овог дела (стр. 22–31) налази се излагање о Крмчији светога Саве, штампаној Крмчији и њеном садржају. С. Троицки овај зборник не убраја у српске зборнике: „Крмчија је зборник за све православне Словене.“ У српске зборнике (стр. 31–36) он убраја: Устави (типици) светога Саве Хиландарски, Ка-рејски и Студенички, Законик Стефана Душана, Закони цркава које су ушле у састав Српске патријаршије и Уредбе о устројству Српске патријаршије, које су биле замењене новим законима. Сле-де зборници римокатоличке цркве (стр. 36–39). Затим допуна за изворе (стр. 40–50), где детаљно расправља питање *конкордати* које склапа римокатоличка црква са државама. Набраја тада ва-жеће конкордате, као и конкордате Црне Горе и Србије који су склопљени са Ватиканом.

Значајно питање црквеног права јесте црквена имовина, која је обраћена на стр. 51–93: субјекти црквоноимовинског права, органи црквоноимовинског права, објекти црквоноимовинског права, црквена добра, црквени фондови и задужбине, црквени приходи. Код имовинских привилегија цркве, говори о реалном имунитету цркве од јавних дажбина и слободи од поштанских услуга. Посебна

пажња посвећена је стицању имовине црквом, где говори о овом питању од почетака хришћанства до новијег времена. На крају су питања из имовинског црквеног права.

Црквено право, III део, Београд 1938. стр. 127. – На самом почетку (стр. 1–5) налази се садржај, у првом и другом делу нема садржаја. Овај део црквеног права подељен је на три одељка. У првом је (стр. 5–21) стицање чланства у Цркви (света тајна крштења). Права и обавезе чланова Цркве и губитак чланства у Цркви. Други одељак (стр. 21–55) заузима важно место у црквеном праву. Клир, појам и деоба клира, ступање у клир. Права и обавезе клира и губитак свештенства. Одељак трећи (стр. 55–116) – калуђерство, појам, постанак и деоба калуђерства. Ступање у калуђерство. Правни положај калуђера у цркви и држави и губитак калуђерства. Затим (стр. 120–127), питања из Устава Српске православне цркве, питања из брачног права и питања из Поступка за судове у Српској православној цркви.

У досадашњим радовима нигде није било речи о брачном праву Српске православне цркве. Ово црквено право издава ауторова свеобухватност. Он детаљно улази у свако питање о ком говори. За њега нема апсолутних ауторитета. Он се често обрачунаша са Н. Милашем и Ч. Митровићем и јасно ставља до знања где су грешили. Литература коју наводи у свим трима скриптома веома је богата. Ту су радови на латинском, грчком, немачком, руском и српском, и код сваког дела наведени су име аутора, назив дела, место и година издања. Велика је штета што има много грешака у навођењу литературе. По овим књигама он је држао предавања на Богословском факултету до пензионисања 1945. године.

Његов асистент Б. Гардашевић је 1946. године докторирао на Богословском факултету, на тему „Хришћанско право азила у Византији (у вези са милостивом интервенцијом)“. Од 1946. до 1973. Б. Гардашевић је држао предавања на Богословском факултету по овим књигама. Од пензионисања 1973. па до 1991. године хонорарно је предавао Канонско и црквено право и даље по истом систему. Професорски савет Богословског факултета изабрао га је у звање редовног професора у јуну 1973. године. Свети архијерејски синод избор није потврдио, са образложењем да „није написао уџбеник црквеног права“. У јесен 1973. Б. Гардашевић је пензионисан у звању ванредног професора.

Сам С. Троицки није био задовољан системом који је у скриптама изведен, па је од три скрипте начинио један примерак за себе. Направио је другачији распоред грађе. На мноштво места је интервенисао у тексту. Претпостављам да је желео да то приреди за штампу. У академској 1939/40. години направио је овај нови распо-

ред. Идуће академске године почeo је рат, а по његовом завршетку С. Троицки је пензионисан. Као пензионер је сву енергију усмирио на изучавање Законоправила светога Саве и припремање терена за његово превођење на говорни српски језик, што ће, ако Бог да, ове године завршити његов ученик М. Петровић.

По овом преуређеном црквеном праву, оно садржи:

Увод. – Уводна питања као што је било у првом делу 1937. без измена.

Први део. – Комплетни извори црквеног права из сва три периода. Ту су и римокатолички зборници са конкордатима.

Други део. – Правни положај верских организација у Југославији. Интересантно је да он говори о верским организацијама а не о верским заједницама.

Трећи део. – Имовински положај Српске православне цркве у Југославији. У овом делу је реч о чланству у Цркви, све о клиру и калуђерству. Овде се налази и део, Црква и територија.

Четврти део. – Аутокефалија и аутономија у Цркви, знатно прерађен.

Пети део. – Устројство Српске цркве према Уставу Српске православне цркве и Закону о Српској православној цркви.

Шести део. – Поступак за судове у Српској православној цркви и рад црквених судова по истом.

Седми део. – Устројство Римокатоличке цркве. Потпуно преуређен део са детаљном организацијом Римокатоличке цркве.

Овај примерак садржи 497 страна, од тога је 60 страна потпуно нови текст, куцан писаћом машином. Тај део је радио сам С. Троицки. Задржао је литературу из првобитног издања, коју понегде проширује, а грешке у штампању исправља. Био је изврстан зналац важећег државног законодавства. Где год је било потребно, он се позивао на штампану Крмчију. Имао је рукопис који смо с муком читали. Покушали смо да приредимо *Црквено право* С. Троицког за штампу, али смо одустали из више разлога. Прво, што у његовом праву има делова који више нису важни: Верске организације у Краљевини Југославији, Закон о Српској православној цркви, решења Видовданског устава 1921. итд. Друго, што нам је његов рукопис причинјавао скоро несавладиву тешкоћу. Због тога смо се одлучили да самостално приредимо *Црквено право*, штампано у Београду 1997.

Велика је штета што сам С. Троицки није приредио своје дело за штампу. Тиме би и те како обогатио науку црквеног права. Данас је веома тешко доћи до његових скрипти. Неком другом приликом ћемо направити анализу поједињих радова из области

црквеног права са црквеним правом С. Троицког, па ће се видети ко је немилосрдно користио ово дело и штампао га као свој рад. Због тога је оно и прећуткивало у библиографијама његових радова. Разлози су јасни. Док је био жив, за свако озбиљније питање Свети архијерејски синод је тражио мишљење С. Троицког, али по њему нису увек поступали, што се касније и те како светило. Ово је први приказ *Црквеног права* С. Троицког од његовог настанка 1937/1938. године.

СУДСКЕ ОДЛУКЕ

ГРАЂАНСКО ПРАВО СТВАРНО ПРАВО И ПРАВО СВОЈИНЕ

1

Сојсаштвеник има право да из државине и употребе ствари искључује свако лице, ако оно нема правни основ на државину и употребу.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Новом Саду П. бр. 2031/95 од 24. априла 1996. године у ставу првом изреке, тужени Павлов Петар је обавезан да се исели из собе, купатила, предсобља, терасе, шупе за огрев и оставе које се налазе у стамбеној згради у ул. Раде Смиљанова број 4 у Новом Саду, саграђене на парцели број 194 од 4 ара и 21 m², уписане у зк. ул. бр. 6485, а која се налази у десној половини дела поменуте стамбене зграде гледано са улице са десне стране са посебним улазом и да те просторије слободне од лица и ствари преда тужиљи у посед.

Ставом другим исте пресуде тужени Живко и Аземина су обvezани да се са свим члановима своје породице иселе из спорних просторија стамбене зграде ближе означене у ставу првом изреке горе означене пресуде и да те просторије слободне од лица и ствари предају тужиљи у посед а што је првотуженик Петар дужан да трпи. Ставом трећим изреке туженици су солидарно обавезани да тужиљи на име накнаде трошкова парничног поступка плате износ од 7.126,00 динара са законском затезном каматом рачунајући исту од 24. априла 1996. године па до исплате. Ставом четвртим изреке одбијен је као неоснован противтужбени захтев туженог Петра којим је тражио да се опозове поклон који је учињен куповином на име тужиље Павлов Вукице на предметној непокретности у 1/2 дела а која је уписана у зк. ул. 6485 КО Нови Сад и у природи представља породичну стамбену зграду у улици Смиљанова број 4, саграђеној на кат. парцели бр. 194. Тужиља је дужна да се обавеже да ће туженом да врати поклон и дужна је да призна и трпи да се на основу те пресуде на тој непокретности утврди право својине туженог Петра и исто упише у земљишне књиге. Ставом петим изреке одбијен је као неоснован предлог туженог Петра којим је тражио да се изда привремена мера која ће забранити укњижбу права својине тужиље по њеном предлогу под бројем Дн. 1789/95 са означеним уделом предметне непокретности до правноснажног окончања овог спора.

Решавајући о жалби тужених изјављеној против те пресуде, Окружни суд у Новом Саду пресудом Гж. бр. 2013/96 од 5. фебруара 1997. године одбио је жалбу као неосновану и првостепену пресуду потврдио.

Против те пресуде Окружног суда у Новом Саду тужени Павлов Петар благовремено је 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 није основана.

У проведеном поступку нема битне повреде одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на коју ревизијски суд пази по службеној дужности, а ни битних повреда из члана 354, став 2, тачка 13 ЗПП, на које тужени у ревизiji указује, јер су нижестепени судови о свим одлучним чињеницама релевантним за правилну одлуку у овој парници дали довољно јасне, правилне и потпуне разлоге сагласне стању у списима и резултату изведенih доказа, а нема ни других недостатака због којих се побијана пресуда не би могла правилно и законито испитати.

Разлози ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

У поступку пред првостепеним судом на основу правноснажне пресуде Општинског суда у Новом Саду П. бр. 10608/92 од 13. априла 1993. године утврђено је, да је тужиља Вукица путем одржаја стекла право својине са 4/10 дела на постојећој стамбеној згради у улици Рада Смиљанова, број 4 у Новом Саду, што у природи представља 1/2 дела те стамбене зграде гледано са улице са десне стране са посебним улазом, која је саграђена на парцели број 194, уписаној у зк. ул. бр. 6485 КО Нови Сад I. Тужиља Вукица се на основу решења Општинског суда у Новом Саду Дн. 1789/95 од 26. априла 1995. године на основу те пресуде са тим уделом укњижила на предметној згради и тужени је у тој парници учествовао као умешач на страни туженог Стојинов Боже. Даље је утврђено, да се тужиља са туженим Петром као оцем и својом мајком у купљени део предметне куће уселила јула 1977. године, да је у истој непрекидно становала до октобра 1990. године када је отишла на студије у Осијек. Утврђено је да је долазила за викенд све до фебруара 1991. године када је прешла да живи код мајке у подстаниарском смештају јер су се родитељи овде тужени Петар и њена мајка у међувремену развели. Тужени Петар је након развода брака са мајком тужиље остао у поседу спорног дела стамбене зграде који је у име и за рачун тужиље купљен, да је потом издао друго и треће туженим две собе и кухињу за износ од 100 динара, да је за себе задржао једну собу у коју повремено долази и да остале просторије користе заједно. У поступку је као чињеница такође утврђено, да тужени станује у кући у Ковиљу са својим родитељима који поред куће имају и 9 катастарских јутара земље и да по основу пензије остварује месечно 544,00 динара.

Полазећи од тако утврђеног чињеничног стања које се према члану 385, став 3 ЗПП ревизијом не може побијати, нижестепени судови су и по становишту овог суда основано закључили, да је тужиља на спорној непокретности стекла право својине одржајем а не поклоном од стране туженог и да јој као власнику у смислу одредби члана 37 Закона о основним својинскоправним односима припада и право на државну спорног дела те стамбене зграде, коју тужени држи у свом поседу без правног основа, па су правилно применили материјално право када су тужбени захтев тужиље усвојили а противтужбени као неоснован одбили и одлучили као у изреци првостепене пресуде.

Разлоге које су за своје одлуке Окружни и Општински суд дали у свему као правилне, потпуне и основане прихвата и овај суд и на исте упућује туженог Петра да се и у овој пресуди не би непотребно понављали.

Истицање туженог Петра у ревизији да је са својом бившом супругом а мајком тужиље спорни део предметне стамбене зграде купио и поклонио тужиљи и да су се стекли законски услови за опозив поклона те непокретности, Врховни суд је оценио и налази да је неосновано и без утицаја, јер је у парничном поступку у којем је овде тужени Петар учествовао и изјављивао све правне лекове правноснажном пресудом П. бр. 10608/92 од 13. априла 1993. године утврђено да је тужиља путем одржаја стекла право својине на спорној половини предметне стамбене зграде у улици Рада Смиљанов број 4, а не на основу поклона својих родитеља како то тужени Петар у ревизији неосновано представља. Стога је без утицаја на законитост побијање пресуде навод ревизије који се односи на наводну неблагодарност тужиље и осиромашење туженог Петра, као разлоге који су иначе релевантни за опозив уговора о поклону а што овде није случај.

Остале наводе ревизије Врховни суд је имао у виду али није узимао у предмет посебне оцене нити образлагао јер се у суштини своде на побијање другостепене пресуде због непотпуно и погрешно утврђеног чињеничног стања а са тог разлога се према члану 385, став 3 ЗПП ревизија не може изјавити.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3093/97 од 2. јула 1997. године)

СУСВОЈИНА

2

Сувласник не може имати у искључивој државини ниједан део сувласничке ствари. Сваки од сувласника може захтевати да се на сувласничкој ствари усвоји стави судржавина.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Чачку П. бр. 2723/93 од 23. октобра 1996. године ставом првим изреке одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се судском одлуком утврди његова искључива државина над половином куће која се налази у Лупњаци и четвртином парцеле на којој се иста налази. Ставом другим изреке обавезана је тужена да тужиоцу преда кључеве од купатила, кухиње са нишом, шпајза, подрума, таванских просторија и од шупе у дворишту. Ставом трећим изреке обавезана је тужена да тужиоцу накнади трошкове парничног поступка у износу од 500,00 динара.

Пресудом Окружног суда у Чачку Гж. бр. 1162/96 од 24. децембра 1996. године одбијена је као неоснована жалба тужене и потврђена је пресуда Општинског суда у Чачку П. бр. 2723/93 од 23. октобра 1996. године, у ставу другом и трећем изреке.

Против правноснажне пресуде Окружног суда у Чачку у законском року изјавила је ревизију тужена 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 тужене није основана.

У проведеном поступку нема битних повреда одредаба парничног поступка због којих се ревизија може изјавити у смислу члана 386, став 1, тачка 1 и 2 ЗПП а није учињена ни битна повреда члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности.

Разлози ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

Предмет овог спора је између осталог и тужбени захтев тужиоца Бојовић Милорада да му тужена преда кључеве од купатила, кухиње са нишом, шпајза, подрума, таванских просторија и шупе у дворишту.

У проведеном поступку утврђено је да је правноснажним решењем Општинског суда у Чачку О. бр. 140/89 за наследнике на целокупној имовини пок. Вићентија а тиме и на 1/2 идеалној куће у Лупњачи са 1/4 идеалном права коришћења плаца кп. бр. 5947/9 оглашен његов син тужилац Милорад Бојовић. Утврђено је и то да је тужена Љубица Бојовић у искључивој државини купатила, кухиње са нишом, шпајза, подрума, таванских просторија, као и шупе у дворишту.

С обзиром на утврђено чињенично стање према коме тужилац Милорад Бојовић има право сусвојине спорних стамбених просторија у кући која се налази у Лупњачи, па како је тужена у искључивој државини истих, правилно је примењено материјално право када је тужбени захтев тужиоца усвојен и тужена обавезана да му преда кључеве од истих.

Наиме, у смислу члана 14 Закона о основним својинскоправним односима сувласник има право да сувласничку ствар држи и да се њоме користи заједно са осталим сувласницима, сразмерно свом делу, не повређујући права осталих сувласника. Значи, без споразума са осталим сувласницима ни један сувласник не може имати искључиву државину сувласничке ствари, јер се сувласници у смислу члана 70, став 4 наведеног закона у односу на целу сувласничку ствар појављују као сурджаоци, а што значи да сувласник може тражити да му други сувласник преда у сурджајину сувласничку ствар.

Како је тужилац сувласник спорних стамбених просторија, то он као сувласник има право сурджајине на истима и у вези са тим право да може тражити да му други сувласник преда у сурджајину сувласничку ствар, због чега наводи ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

Наводима ревизије се у суштини истиче да између странака као сувласника нема договора о коришћењу сувласничке ствари, што је у конкретном случају без утицаја на правилност спорне одлуке, међутим, тужена може у смислу члана 141 ЗВП тражити уређење начина коришћења или у смислу члана 148 истог закона деобу сувласничке ствари.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1271/97 од 10. јуна 1997. године)

Тужилац не може захтевати да му тужени преда 4/5 сувласничке ствари у државину. Начин на који ће сувласници утврђавати ствар одређује се споразумом сувласника или одлуком суда у ванарничном или извршином постулату.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Пироту П. бр. 1589/95 од 21. марта 1996. године, усвојен је тужбени захтев тужилаца па је утврђено да тужиоци имају

право власништва на 4/5 трактора марке „торпедо“ ближе описаног првостепеном пресудом који се налази код туженог и да тужиоцима тужени мора ово право признати и припадајући део уступити у својину и државину као и да тужиоцима накнади трошкове спора у износу од 240,00 динара.

Пресудом Окружног суда у Пироту Гж. 629/96 од 6. септембра 1996. године, одбијена је као неоснована жалба туженог и потврђена првостепена пресуда.

Против пресуде Окружног суда, тужени је благовремено изјавио 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 је ревизија туженог делимично основана.

Према утврђеном чињеничном стању тужени је 1987. године, купио трактор марке „торпедо“ и после извесног времена се споразумео са тужиоцима да овај трактор прода. Тужиоци су исплатили 80% цене, а како нису могли да исплате остатак, договорили су се да буду сувласници на одговарајућем делу а сразмерно плаћеној цени.

Код овако утврђеног чињеничног стања, правилно су нижестепени судови применили материјално право, када су утврдили да тужиоци имају право својине на 4/5 трактора с обзиром да су платили 80% цене.

Међутим, нижестепени судови су погрешили, када су обавезали туженог да тужиоцима преда у државину 4/5 спорног трактора. Наиме, с обзиром да је предмет спора недељива ствар, нижестепени судови нису могли да наложе да се преда у државину сувласнички део недељиве ствари, јер то није могуће. Према чл. 14 Закона о основним својинскоправним односима, сувласник има право да ствар држи и да се њоме користи заједно са осталим сувласницима сразмерно свом делу, не повређујући право осталих сувласника. Међутим, сувласник може ово право коришћења свог дела да оствари у договору са осталим сувласницима, односно ако се сувласници не могу договорити, начин коришћења заједничке ствари суд решава у ванпарничном поступку. Парнични суд је могао да одлучи да се деоба изврши путем продаје или уопште да не одлучи о начину деобе, већ да о томе одлучи суд у извршном поступку. Наиме, према чл. 241 Закона о извршном поступку, извршни суд ће одлучити да ли ће се извршити физичка деоба или деоба продајом, ако извршном исправом начин деобе није одређен нити су се странке о томе споразумеле. Због тога је Врховни суд преиначио делове пресуде нижестепених судова у делу који се односе на предају 4/5 трактора, због тога што је оваква предаја немогућа, па ће се питање коришћења заједничког трактора односно деоба заједничке ствари решити било договором, било у ванпарничном или извршном поступку.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 204/97 од 3. септембра 1997. године)

ЗАЈЕДНИЧКА СВОЈИНА

Приликом утврђивања колики је дојринос брачних другова у стицању заједничке својине, поред елемената који се могу бројати или меријати, треба

узети у обзир и оне елементи који нису мерљиви, а ишак могу бити од важности за стишашање.

Из образложења:

Побијаном пресудом Окружног суда у Новом Саду одбијена је као неоснована жалба тужиоца и потврђена је пресуда Општинског суда у Новом Саду посл. бр. П-42/95 од 22. септембра 1995. године, којом је одбијен тужбени захтев тужиоца, којим је тражио да се утврди да је он искључиви власник стамбене зграде и земљишта уписаног у зкљ. ул. бр. 963 КО Бегеч, парц. бр. 242 њива, зграда и двориште од 1 ари и 75 m², и да се тужена обавеже да је дужна трпети да се ово право упише у земљишне књиге, на том утврђеном сувласничком делу тужене, што износи 1/2 дела описаних непокретности уз истовремену обавезу тужене да се из куће исели. Тужилац је обавезан да туженом накнади трошкове парничног поступка.

Против те правноснажне пресуде донесене у другом степену, тужилац је благовремено изјавио ревизију због битне повреде одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права, са предлогом да се уважењем ревизије, побијана а по потреби и пресуда првостепеног суда укину и предмет врати првостепеном суду на поновно суђење, или да се обе пресуде судова нижег степена преиначе тако да се тужбени захтев тужиоца у целости као основан усвоји.

Одговор на ревизију није изјављен, нити се о ревизији изјаснио Републички јавни тужилац (чл. 390, став 3 ЗПП).

Испитујући побијану пресуду у смислу чл. 386 ЗПП и садржину предметних списка, овај Врховни суд је нашао да не стоје повреде закона на које се у ревизији указује.

Супротно наводима ревизије тужиоца, овај суд налази да обе пресуде судова нижег степена немају недостатака због којих се не би могле испитати. Обе пресуде садрже разлоге о релевантним чињеницима, и дати разлози нису ни нејасни ни у супротности са изведеним доказима, а одлучне чињенице на којима се темеље пресуде судова нижег степена имају свој ослонац у савесној и брижљивој оцени сваког изведеног доказа посебно и свих заједно, (чл. 7 и 8 ЗПП) а првостепени суд је у својој пресуди образложио, којим доказним средствима је утврдио поједине чињенице, и зашто држи да су оне истините.

Такво чињенично стање као правилно и потпуно утврђено прихватио је и другостепени суд, и на њему је засновао своју пресуду.

Побијаном пресудом, другостепени суд је истакао под које правне норме подводи утврђено чињенично стање, те супротно наводима ревизије, правилно је примењено материјално право, када су побијаним пресудама судови пресудили да тужбени захтев тужиоца није изнет и није основан како је то ближе одређено у изреци пресуде првостепеног суда, и из којих материјално-правних норми закона то произлази.

У поступку пред првостепеним судом утврђено је да су парничне странке брачни другови. Брак су закључили 1972. године, и у браку је рођено двоје деце, живели су након закључења брака једно време код родитеља тужиоца а 1975. године купили су део куће у Новом Саду у ул. Мише Димитријевића бр. 16, за тадашњих 27.000.000,00 динара. За куповину ове куће дали су свој допринос и родитељи тужене са 12.000.000,00 тадашњих динара, 1.000.000,00 је

позајмљен, а преостали део куповне цене су дали родитељи тужиоца. У овој кући странке су живеле три године, а након тога ова кућа је продата за тадашњих 37.000.000,00 динара, и купљена је друга кућа у Бегечу у ул. Светозара Марковића број 64 за 35.000.000,00 тадашњих динара. У купопродајном уговору о куповини ове куће у Бегечу, означен је као купац само тужилац, он га је потписао и платио порез на промет и остале дажбине. Кућа је у земљишним књигама преведена на његово име. На овим непокретностима странке су дogradiле купатило и једну велику собу, али је приликом обнове земљишних књига у катастарској општини Бегеч 1987. године тужена приступила на расправу, и том приликом је констатовано да су странке фактички сувласници на овој непокретности свака у 1/2 дела те је извршен и упис у земљишним књигама. По закључењу брака странке су биле у радном односу, али тужена је због болести деце и своје болести у дужем периоду била на боловању а тужилац је био стално у радном односу, али и он је сматрао да би било боље за тужену да остане у кући, да се стара и брине о деци и домаћинству, тако да се пензионисала и у пензији је већ више од 10 година. Иначе странке су радиле у истој радној организацији – „Центроколонијал“ у Новом Саду. За време трајања брака странкама су помагали и њихови родитељи, и то родитељи тужене на тај начин што су давали у поклон новац, животне намирнице и друге пољопривредне производе, као и приход од пољопривредних производа, а родитељи тужиоца што су продајом својих непокретности омогућили странкама да добију новчана средства за куповину некретнина.

На темељу овако утврђеног чињеничног стања и свих околности које су нижестепени судови правилно ценили, законито су судови нижег степена побијаним пресудама пресудили (применом чл. 398 и 329 Закона о браку и породичним односима Републике Србије) да предметне непокретности чине њихову заједничку имовину, коју су они стекли у току брака, а на којој они имају једнаке уделе сувласништва у стицању (свака странка у 1/2 дела власник је на описаним непокретностима), а што одговара и њиховом доприносу, у стицању.

Стога, по оцени овог суда, неосновано тужилац у својој ревизији указује, да је оваквим пресуђењем побијаним пресудама нижег степена погрешно примењено материјално право, када су судови закључили да тужбени захтев тужиоца није основан, истицањем да се у конкретном случају и не ради о брачној тековини, јер су спорне непокретности стечене искључиво из средстава која су његови родитељи дали њему као сину, и из средстава добијених продајом његовог сувласничког удела на викендици и винограду у Рајковцу, која су по својој вредности била сасвим довољна да се купи како кућа у Новом Саду у ул. М. Димитријевића, тако и касније купљена кућа у Бегечу.

Напротив, у том погледу, судови су ваљано расправили спорни однос између странака због њиховог трајања, као и о пореклу свих средстава која су била прибављена за стицање ових непокретности, и довољно су ценили све одлучне чињенице од којих зависи доношење правилне одлуке о стицању спорне имовине, водећи при томе првенствено рачуна о доприносу сваког од њих у свим видовима активности, и њиховог доприноса у стицању целокупне имовине.

Наиме када се ради о заједничкој имовини на којој су титулари права оба брачна друга на целој имовини, онда се утврђивање доприноса сваког

брачног друга по правилу и не може систематски тачно обавити. То због тога јер осим чињеница које се могу бројати, мерити, има и таквих које нису мерљиве па ипак имају битни значај за стицање. И сам закон упућује на то да се у тој активности поведе рачуна у свим околностима дакле, не само о заради сваког брачног друга, већ и о помоћи једног брачног друга другом у његовом вођењу домаћих послова, старању и одржавању имовине и о сваком другом облику рада и сарадње у унапређењу одржавања домаћинства и вођењу бриге о заједничкој деци и заједничкој имовини. Када се све ово има и виду, с обзиром на утврђене чињенице да је тужена дуже време била на боловању, да је пензионисана и да се старала о њиховој деци и водила домаће послове, да су родитељи обе парничне странке дали новчана средства за стицање спорних непокретности, и по оцени овог суда, удео странака у стицању спорних непокретности како је то уведено у земљишним књигама, одговара и фактичком стању, па су зато и неосновани наводи у ревизији тужиоца, да је побијана пресуда заснована на погрешној примени материјалног права.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1037/97 од 23. априла 1997. године)

5

Малолетник у раном узрасству (када је имао 11 година) није радно способан, па се његово помагање приликом издања куће не може сматрати доносом на основу којег би могао да захтева удео и стицању права својине.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Врњачкој Бањи П. бр. 428/94 од 8. маја 1995. године, у ставу првом изреке, утврђено је према туженицима да тужиља Гордана има право својине на 2/5 идеалних делова на једној мањој породичној стамбеној згради која се налази на кп. бр. 3631/3 КО Врњачка Бања ближе описаној у том ставу изреке и тужени су обавезани да то њено право признају и дозволе да се тај удео тужиље путем физичке или цивилне деобе издвоји.

Ставом другим изреке, одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиоца Братислава којим је тражио да се према туженицима утврди да на спорној непокретности ближе описаној у ставу првом изреке исте пресуде има право својине са 1/10 идеалних делова, што би туженици били дужни да признају и трпе да тужилац тај удео издвоји путем физичке или цивилне деобе.

Ставом трећим изреке, туженици су обавезани да тужиљи Гордани на име накнаде трошкова парничног поступка плате износ од 217,00 динара.

Решавајући о жалби тужиоца Братислава изјављеној против те пресуде, Окружни суд у Краљеву пресудом Гж. 902/95 од 20. септембра 1996. године одбио је жалбу као неосновану и првостепену пресуду у жалбом побијаном делу потврдио.

Против те пресуде Окружног суда у Краљеву тужилац Братислав је благовремено изјавио ревизију због погрешне примене материјалног права.

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

У проведеном поступку нема битне повреде одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на коју ревизијски суд пази по

службеној дужности, а на постојање других повреда из члана 385, став 1, тачка 1 и 2 ЗПП, због којих се иначе ревизија може изјавити, тужилац у ревизији одређено и не указује.

Разлоги ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

У поступку пред првостепеним судом утврђено је, да је спорни стамбени објекат тужени Розмир током трајања брачне заједнице са тужиљом Горданом сазидао у току 1976. године, да је тужилац Братислав у време градње тог објекта имао 11 година, да у стицању истог није учествовао својим средствима нити физичким радом који би се могао сматрати доприносом у смислу стицања својинског удела на непокретности стеченој у породичној заједници.

Полазећи од тако утврђеног чињеничног стања које се према члану 385, став 3 ЗПП ревизијом не може побијати, низестепени судови су и по становишту овог суда основано закључили, да тужилац Братислав по основу сопственог стицања нема својинског удела у предметној непокретности, па су правилно применили материјално право када су тужбени захтев тужиоца Братислава као неоснован одбили.

Истицање тужиоца у ревизији да је у време градње куће без обзира што је био стар 10-11 година, физички помагао у њеном зидању, и да је по основу таквог доприноса у породичној заједници могао да стиче својину, Врховни суд је оценио и налази да је неосновано и за другачију одлуку о тужбеном захтеву без утицаја. Ово стога, јер је израст од 15 година и по одредбама члана 15 Закона о радним односима Србије доња граница животног доба са којом се иначе здрава особа може укључити у процес рада без опасности по живот и здравље. Према томе, не може се сматрати да је тужилац Братислав са 11 година живота био потпуно радно способан, па се његово евентуално помагање при зидању у појединим лакшим пословима не може сматрати физичким радом који по Закону о браку и породичним односима Србије представља основ за стицање имовине, стечене радом у породичној заједници (члан 340 Закона), како су то правилно закључили низестепени судови.

Остали наводи ревизије у суштини се своде на побијање другостепене пресуде због непотпуно и погрешно утврђеног чињеничног стања а како се из тог разлога према члану 385, став 3 ЗПП ревизија не може изјавити, то их овај суд није ни узимао у предмет посебне оцене нити образлагао.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 758/97 од 27. маја 1997. године)

Према одредби члана 16 Закона о основама својинскоправних односа, сувласници сјоразумно одређују начин деобе заједничких ствари. Правно дејство сјоразума о начину деобе заједничке ствари, којим се раскида сувласничка заједница, није условљено писменом формом, јер се деобом не преноси својина и не врши промет непокретности, будући да сувласници већ имају својину на ствари. Сјога и усмени сјоразум о деоби заједничких непокретности, којим је извршена деоба и одређено ко је власник одређене непокретности, прouзводи правно дејство.

Из образложења:

Према разлозима нижестепених пресуда, спорна катастарска парцела је поред друге имовине представљала заоставштину сада пок. Милана Јаворине, коју су по оставинском решењу О. 52/85 од 23. маја 1985. године, наследили на равне делове: тужилац, његове сестре Смиља и Невена и његов брат Мане Јаворина. Ови наследници пок. Милана Јаворине су потом раскинули ову имовинску заједницу, тако што је свако од њих обраћивао и искључиво држао по једну катастарску парцелу. Спорна катастарска парцела припадаје, приликом те деобе, Манету Јаворини; једино је он парцелу обраћивао, а потом продао туженом Душану Опачићу, по уговору о купопродаји од 18. децембра 1985, овереном пред Општинским судом у Пландиншту под Ов. 1006/85. Продавац Мане Јаворина је спорну парцелу предао у државину туженом, а тужени је у целини исплатио купопродајну цену из уговора, платио порез на промет непокретности, наставио редовно да плаћа порез на имовину и спорну катастарску парцелу обраћају. Наследници пок. Милана Јаворине, као сувласници наслеђене имовине, закључили су и поравнање о деоби наслеђених непокретности у предмету Р. 175/94 дана 15. новембра 1994. године, али је тим поравнањем спорна катастарска парцела, поред још једне парцеле припадаје тужиоцу, који је на основу тог поравнања сада уписан у земљишну књигу као власник спорне катастарске парцеле, а Манету Јаворини није припадаје ниједна катастарска парцела.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су закључили да тужени – противтужилац – има ваљан правни основ за стицање права својине на спорној непокретности и да спорну непокретност није дужан да преда у државину тужиоцу.

Наиме, према одредбама члана 16 Закона о основама својинскоправних односа, сувласници споразумно одређују начин деобе заједничке ствари. Правно дејство споразума о начину деобе заједничке ствари, којим се раскида сувласничка заједница, није условљено писменом формом, јер се деобом не преноси својина и не врши промет непокретности, будући да сувласници већ имају својину на ствари. Стога и усмени споразум о деоби заједничких непокретности, којим је извршена деоба и одређено ко је власник одређене непокретности, производи правно дејство.

Имајући у виду околности које су утврдили нижестепени судови, Врховни суд налази да су наследници пок. Милана Јаворине, који су постали сувласници наслеђених непокретности на равне делове, извршили деобу заједничких непокретности, и да је заједничар Мане Јаворина том деобом, постао искључиви власник спорне непокретности, коју је потом продао туженом – противтужиоцу – уговором о купопродаји од 18. децембра 1985.

Како уговор о купопродаји спорне непокретности од 18. децембра 1985. године производи правно дејство у смислу члана 4, став 1 и 2 Закона о промету непокретности, јер је закључен у писменој форми, а потписи уговорника Манета Јаворине, власника спорне непокретности као продавца и туженог као купца, оверени су пред судом – овај уговор, који је у целини извршен, представља пуноважан правни основ туженом за државину и стицање својине на спорној непокретности, у смислу члана 4 и 20 Закона о основама својинскоправних односа. Стога наводи ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

Околност закључења поравнања Р. 175/94 од 15. новембра 1994. између ранијих сувласника наслеђене имовине пок. Милана Јаворине – које тужилац сматра поклоном спорне кат. парцеле, који му је учинио заједничар Мане Јаворина – без утицаја је на правно дејство раније закљученог споразума о деоби и после те деобе закљученог уговора о продаји спорне катастарске парцеле, будући да је спорна непокретност тада припадала у искључиво власништво заједничару Манету Јаворини, који је ту непокретност отуђио 18. децембра 1985. туженом Душану Опачићу.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 5478/97 од 24. септембра 1998. године)

ПРОДАЈА НЕПОКРЕТНОСТИ

7

Када странке изврише у целосности узајамне обавезе, уговор о продаји закључен у писаном облику може бити основ за државину кућица и ако није био оверен.

Из образложења:

Наиме, у проведеном поступку је утврђено да је правноснажном пресудом Општинског суда у Смедереву П. бр. 245/92 од 27. октобра 1992. године одбијен тужбени захтев тужиоца Марковић Томислава за утврђење да уговор о купопродаји, који је закључен 28. јуна 1983. године, којим је правни претходник туженог купио део катастарске парцеле број 5528/6 у површини од једног ара са кућом, не производи правно дејство. Из ове чињенице низестепени судови су правилно закључили да је овај уговор, иако потписи нису оверени, а с обзиром да је у целини извршен, да је писмен и да су га странке потписале, основ за државину туженог на делу кат. парцеле тужиоца број 5528/6 у површини од 10 ари, на коме се налази кућа, која је у облику квадрата. Стога је неоснован тужбени захтев тужиоца да се обавеже тужени да тужиоцу преда у државину означену непокретност.

Надаље је у току поступка несумњиво утврђено, путем вештачења да је површина од 0,28 ари у облику троугла саставни део кат. парцеле туженог број 5528/5 КО Осипаоница, те се вештак изричito изјаснило да се фактичка и катастарска међа подударају, те да тужени спорну површину од 0,28 ари није заузeo.

С обзиром на изложено, неосновано је тужбено тражење тужиоца да се обавеже тужени да у ову површину од 0,28 ари, преда тужиоцу, у државину, пошто тај спорни троугао не припада кат. парцели тужиоца бр. 5528/6, већ је саставни део парцеле туженог број 5528/5 КО Осипаоница.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2853/97 од 3. јуна 1997. године)

8

Ако је продавац на основу усмено закљученог уговора о продаји добровољно предао непокретност у државину кућицу, а кућац је исплатио цену, кућичев сингуларни следбеник не може захтевати укњижење на основу усмено закљученог уговора, али ни наследници продаваца не могу захтевати ресити-

шушију, ако је продавац у дужем раздобљу до своје смрти није тражио најрађ, нити је осиварио државину привавиочевом преходнику.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Кикинди П. бр. 1769/92 од 15. априла 1994. године, одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се тужене као једини и искључиви законски наследници пок. Линкин Душана из Мокрина обавежу да трпе да се тужилац Попић Мита укњижи као власник непокретности уписаних у зк. ул. бр. 3264 КО Мокрин на парц. бр. 14447/122 и 14447/123 – стамбена зграда са двориштем у улици Нова број 27 раније 21 по основу куповине и одржаја те да се тужене обавежу да плате и све настале трошкове спора са насталом законском каматом. Истом пресудом одбијен је као неоснован и противтужбени захтев којим су тужене тражиле да се тужилац Мита обавеже да им преда у посед и државину исту непокретност ближе описану у ставу првом изреке те пресуде као и захтев у погледу тражене накнаде трошкова парничног поступка и одлучено да свака странка сноси своје.

Решавајући о жалбама странака изјављеним против те пресуде, Окружни суд у Зрењанину пресудом Гж. бр. 838/94 од 24. марта 1996. године одбио је жалбе као неосноване и првостепену пресуду потврдио.

Против те пресуде Окружног суда у Зрењанину тужене Линкин Викторија и мал. Даринка благовремено су изјавиле 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 није основана.

У проведеном поступку нема битне повреде одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на коју ревизијски суд пази по службеној дужности, а ни других повреда из члана 385, став 1, тачка 1 и 2 ЗПП, због којих се иначе ревизија може изјавити.

Разлози ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

У поступку пред првостепеним судом утврђено је, да је правни претходник тужених Викторије и мал. Даринке сада пок. Линкин Душан бив. из Мокрина био власник спорне непокретности, да је исту 1983. године по усменом уговору продао Ферковић Милошу и предао у државину, и да о тој продаји између њих није закључен уговор у законом одређеној форми. Даље је утврђено, да је спорну кућу и двориште Милош продао 1990. године по усменом уговору о продаји тужиоцу Мити, цену наплатио и предао у државину, да између њих уговор у писменој форми није закључен нити потписи од стране суда оверени и да се тужилац у државини истих и данас налази. У поступку је као чињеница такође утврђено, да је супруг тужене Викторије а отац мал. Даринке сада пок. Душан погинуо 20. јуна 1984. године, да до своје погибије спорну продају и државину те куће купцу Милошу није оспоравао. То након његове погибије није учнила ни тужена Викторија као његова супруга и законски наследник, и за спорну непокретност до 1990. године није се интресовала. Државину те куће и дворишта од 1990. године тужиоцу Мити, за којег је знала и могла знати да је држалач и корисник није оспоравала нити у предметну кућу одлазила, а законитост његове државине оспорила је тек када је тужилац Мита затражио да му као законски наследник земљишно-

књижног наследника сада пок. Душана и законски заступник мал. Даринке ту непокретност пренесе у својину, а што подразумева и закључење уговора у законом одређеној форми и да је тек за време трајања овог спора противтужбом од 14. јуна 1993. године затражила да јој се спорна непокретност преда у државину.

Полазећи од тако утврђеног чињеничног стања, које се према члану 385, став 3 ЗПП ревизијом не може побијати, нижестепени судови су и по становишту Врховног суда основано закључили, да је противтужбени захтев тужених којим траже да им тужилац спорну непокретност као власницима преда у државину, без правног основа, па су правилно применили материјално право када су исти као неоснован одбили.

Разлоге које су за своје одлуке о правном основу противтужбеног захтева окружни и општински суд дали у свemu као правилне, потпуне и основане прихвата и овај суд.

Неосновано је и за другачију одлуку о противтужбеном захтеву без утицаја указивање тужених у ревизији да њихови правни претходник предметну кућу Ферковић Милошу није продао, већ да му је уз сагласност тужене Викторије само дао у закуп у циљу одржавања исте, а с тим у вези и позивање на исказе саслушаних сведока Челекетић Миливоја и Светозара јер из чињеничног утврђења првостепеног суда произлази супротно, да је кућу и двориште по усменом уговору продао Ферковић Милошу, да је тај уговор у целости извршен, да сада пок. Душан до своје погибије ту купопродају није osporavao и да то након његове смрти нису учиниле ни тужене.

Сама пак околност што о тој купопродаји између правног претходника тужених и Ферковић Милоша није закључен уговор у писменој форми и што је Милош исту непокретност по усменој закљученом уговору продао тужиоцу Мити, нема битног утицаја за другачију одлуку о противтужбеном захтеву. Испуњењем усменог уговора о продаји који је између правног претходника тужених, као продаваца и Ферковић Милоша као купца закључен, настала је промена у њиховим правним односима и ново стање, које само због недостатака писмене форме уговора (који је као правни основ нужан само за стицање права својине), не оправдава противтужбени захтев тужених за повраћај предметне непокретности коју је сада пок. Душан добровољно предао купцу у државину.

Наиме, захтевом за предају спорне непокретности у државину тужене у ствари траже реституцију, па су нижестепени судови правилно такав захтев одбили јер би реституција у конкретном случају, будући да је уговор између њиховог правног претходника и Ферковић Милоша као купца извршен, била у супротности са начелом савесности, поштења и моралног схватања друштва. Ово тим пре, јер тужене у поступку ниједним поузданим доказом нису увериле суд да је купац Ферковић онемогућио њиховог правног претходника сада пок. Душана да уговор о законом одређеној форми закључи.

Стоји чињеница да се усмено закључени уговор не може реализовати судским путем и да купци по неовереном уговору немају ваљан правни основ за стицање права својине, односно, да захтев за стицање својине као савесни држаоци могу поставити тек по протеку рока и под условима из чл. 28, став 4 Закона о основним својинскоправним односима. Међутим, те околности немају значај за правни основ противтужбеног захтева који се односи на

државину, већ само на право купаца да на основу таквог уговора траже утврђивање права својине, а што је било предмет расправљања по тужбеном захтеву тужиоца и због чега је правилном применом материјалног права исти као неоснован и одбијен.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3605/96 од 1. октобра 1996. године)

С обзиром на то да странке нису закључиле писмени уговор о продаји спорне непокретности, што је основни услов за конвалидацију уговора, то се усменом уговору о продаји не може признати правно дејство, иако он може представљати основ за стицање права својине, па је тужбени захтев за утврђивање права својине и за повраћај непокретности одбијен као неоснован.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, између тужиоца и оца тужене закључен је 1978. године усмени уговор о купопродаји спорне непокретности. Тада је уговор у целости реализован на тај начин што је тужилац као купац исплатио цену, а правни претходник тужене је као продавац предао земљиште у државину. У парници П. бр. 521/90 закључено је судско поравнање између тужиоца и оца тужене, по коме су се странке обавезале да у року од 15 дана закључе уговор о купопродаји и изврше пренос права својине у јавним књигама. Код таквог чињеничног стања, низkestепени судови сматрају да је извршена купопродаја из 1978. године пуноважна и да је реализацијом и извршењем уговора дошло до конвалидације, без обзира на то што он није оверен од стране суда.

На правилно утврђено чињенично стање – није правилно примењено материјално право.

У време закључења уговора о продаји (1978. година), за настанак и пуноважност уговора захтевала се писмена форма и овера потписа уговорника пред судом (члан 10 Закона о промету непокретности – *Службени гласник СРС* број 15/74). Конвалидација није била могућа. Изменама Закона о промету непокретности (члан 4, став 4 – *Службени гласник* број 28/87), изузетно се допушта могућност конвалидације уз кумултивно испуњење више услова. Та одредба има ретроактивно дејство и примењује се и на уговоре закључене пре ступања на снагу Закона и изменама и допунама Закона о промету непокретности, уколико до тада стицаљац није стекао право својине на купљеној непокретности по неком другом основу (деривативно или оригинално стицање – одржавај). Основни услов за конвалидацију јесте постојање писмене редакције уговора. Ако странке нису закључиле уговор у писменом облику, уговор се не може оснажити без обзира на то што је реализован и када би били испуњени остали услови.

У конкретном случају, између странака уговорница није закључен писани већ усмени уговор о продаји. Поравнање П. 521/90 од 4. V 1990. године не представља по својој правној природи уговор и продаји већ предуговор из члана 45 ЗОО, јер су странке преузеле обавезу да доцније (у року од 15 дана) закључе писмени уговор, а у супротном, споразумеле су се да изврше повраћај у пређашње стање (став 3 поравнања). Закључење уговора о продаји, у смислу

члана 45, став 4 и 5 ЗОО, могло се захтевати у року од шест месеци од истека рока који је предвиђен за његово закључење, што ниједна уговорна страна није учинила (рок је истекао још у току 1990. године).

Будући да странке нису закључиле писмени уговор о продаји, што је основни услов за конвалидацију уговора, то се усменом уговору о продаји не може признати правно дејство, нити он може представљати основ за стицање права својине. Наследници продавца налазе се у државини парцеле по правном основу, па како тужилац није стекао основ за својину, и како се не може тражити извршење уговора који не производи правно дејство, то су нижестепене пресуде преиначене, па је тужбени захтев, како за утврђење права својине тако и за повраћај ствари, одбијен као неоснован.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3434/98 од 19. новембра 1998. године)

10

У случају поништења уговора закључено је у условима приставка и принуђе, реситијација треба да омогући усвојавање става у имовини обе стране које је претходило закључењу ништаво је уговора.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Приштини П. бр. 953/90 од 22. јула 1994. године ставом првим изреке утврђено је да је ништав уговор о купопродаји непокретности Ов. 2739/63 од 23. октобра 1963. године закључен између Драговић Миладина из Лапљег Села и ПИК „Космет-експорт“ Приштина. Ставом другим изреке обавезан је првотужени да друготуженом врати у посед катастарску парцелу означену у том ставу изреке и да трпи да се наведена непокретност упише на име друготуженог. Ставом трећим изреке обавезан је првотужени да друготуженом плати износ од 6.261,69 динара са затезном каматом почев од 27. фебруара 1994. године до исплате. Ставом четвртим изреке обавезан је друготужени да плати првотуженом износ од 1.597,72 динара са законском затезном каматом почев од 22. јула 1994. године до исплате. Ставом петим изреке утврђено је да су тужени дужни да у року од 15 дана изврше чинидбе утврђене првостепеном пресудом. Ставом шестим изреке одлучено је да свака странка сноси своје трошкове парничног поступка.

Пресудом Окружног суда у Приштини Гж. 239/96 од 27. марта 1996. године одбијена је као неоснована жалба туженог Драговић Новице и потврђена је првостепена пресуда у ставу другом, трећем, четвртом и петом изреке.

Против пресуде Окружног суда тужени Драговић Новица благовремено је изјавио ревизију због погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу одредбе 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.

Ревизијом туженог Драговић Новице побија се другостепена пресуда у делу којим је одлучено о реституцији примљеног по основу предметног уго-

вора о купопродаји непокретности за коју је побијаном пресудом утврђено да је ништав у смислу члана 8, став 1 Закона о промету непокретности и одредбе члана 103 Закона о облигационим односима.

У поступку је утврђено да је уговором о купопродаји од 23. октобра 1963. године овереним под Ов. бр. 2739/63 пок. Миладин Драговић, чији је наследник тужени Драговић Новица, продао ПИК „Космет-експорт“ у Приштини, чији је правни следбеник првотужени кат. парцеле број 205 и број 1683/1 и да је тај уговор закључен у условима притиска и принуде када је била угрожена сигурност грађана и имовине. Такође је утврђено да је катастарска парцела број 1683/1 уписана у катастру као друштвена својина, чији је корисник ПИК „Косово-експорт“ у Косову Пољу поседовни лист број 260 КО Лапље Село, а парцела број 205 је решењем о арондацији пренета на Симић Зафира, а затим решењем О. број 102/75 на Трајковић Миодрага.

На овако утврђено чињенично стање, правилно је примењено материјално право – члан 8а став 1 Закона о промету непокретности и члан 103 Закона о облигационим односима, када је утврђена ништавост уговора о купопродаји непокретности Ов. број 2739/63 од 23. октобра 1963. године, који је закључен између пок. Миладина Драговића и правног претходника туженог, о чему су нижестепени судови дали довољне и правилне разлоге.

При томе, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су обавезали првотуженог да друготуженом врати катастарску парцелу број 1683/1, која се налази у поседу првотуженог и да за парцелу број 205 друготужиоцу исплати накнаду, која према налазу вештака износи 6.261,63 динара. Тај износ представља разлику између исплаћене цене за катастарску парцелу број 205 у време закључивања уговора и тржишне цене ове парцеле у време доношења судске одлуке.

Како је правни претходник првотуженог приликом закључења уговора о купопродаји 23. октобра 1963. године за парцелу број 1683/1 исплатио одређени износ на име купопродајне цене према налазу вештака, који је у целости прихваћен, тај износ представља 34,09% од тржишне цене, у време доношења судске одлуке, што износи 1.597,72 динара. Тај износ како су то правилно закључили нижестепени судови друготужени треба да врати првотуженом, у смислу одредбе члана 104, став 1 Закона о облигационим односима.

Наиме, овом законском одредбом предвиђено је да је у случају ништавости уговора свака уговорна страна дужна да врати другој страни све што је примила по основу таквог уговора, а ако то није могуће или ако се природа оног што је испуњено противи враћању, има се дати одговарајућа накнада у новцу према ценама у време доношења судске одлуке уколико закон друго не одређује. То значи да реституција примљеног по основу ништавог уговора у смислу наведене законске одредбе подразумева успостављање у имовини обе стране стање које је било пре закључења ништавог уговора. Да би се то постигло у условима промењених околности, због инфлаторних кретања, правилно су нижестепени судови применили материјално право кад су обавезали првотуженог да друготуженом исплати разлику између исплаћене цене и износа правичне цене за непокретност коју није у могућности да врати друготуженом и када су обавезали друготуженог да првотуженом плати износ од 34,09% од правичне цене за непокретност коју је обавезан првотужени да врати у посед друготуженом. За ову одлуку дати су разлози које као правилне у свему прихвата и Врховни суд па су неосновани наводи у ревизији о погрешној примени материјалног права.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3977/96 од 26. марта 1997. године)

Kada је у закону Југославијено да је за јакнадност уговора потребно да уговор буде закључен у писменој форми и да постапа са уговорника буду оверени у суду, конвалидација је могућа ако је уговор био закључен у писаном облику (без овере) и ако је испуњен у целини или у претежном облику и уз испуњење евидентално и других услова. Усмено закључени уговор не може се јакнадно оснажити.

Из образложења:

Наведеном пресудом одбијена је као неоснована жалба тужиље и потврђена је пресуда Општинског суда у Гњилану П. бр. 43/94 од 23. јуна 1995. године којом је одбијен тужбени захтев тужиље за утврђење права својине на земљишту ближе описаном и изреци.

Против правноснажне другостепене пресуде тужиља је благовремено изјавила ревизију због битне повреде одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду на основу члана 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија неоснована.

У поступку није учињена битна повреда одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП на коју ревизијски суд пази по службеној дужности, а нема ни повреде из тачке 13 наведене одредбе на коју се у ревизији указује.

Према утврђеном чињеничном стању тужиља је купила непокретности од тужених по усменом уговору о продаји закљученом 25. јануара 1993. године.

На тако утврђено чињенично стање правилно је примењено материјално право када је тужбени захтев одбијен.

Наиме, у конкретном случају нису испуњени услови за конвалидацију непуноважног уговора о промету непокретности у смислу члана 4, став 4 Закона о промету непокретности јер није испуњен први услов за конвалидацију уговора (да је уговор сачињен у писменом облику).

Уговор о промету непокретности (између осталог и о продаји) представља изузетак од општег правила из члана 67 ЗОО да закључење уговора не подлеже никаквој форми. Наиме, форма уговора о промету непокретности прописана је посебним законом тј. Законом о промету непокретности (*Службени гласник СРС*, број 44/81 са изменама објављеним у (*Службеном гласнику* број 28/87, 6/89 и 40/89). По члану 4 тог закона за јакнадност уговора о промету непокретности нужно је закључење уговора у писменом облику и овера потписа странака пред судом. Уколико уговор није закључен у тој форми он не производи правно дејство. Изменама учињеним у току 1987. године изузетно је дозвољено оснажење уговора под одређеним условима. Само суд може признати правно дејство уговора о преносу права на непокретности између носилаца права својине уколико промет није забрањен, а који је закључен у писменом облику и на коме потписи уговорача нису оверени код суда под условом да је уговор испуњен у целини или претежном делу, 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.

Из наведене одредбе о конвалидацији уговора произлази да је писмена редакција први неопходан услов за оснажење уговора и да уколико тај услов није испуњен уговор не производи правно дејство без обзира на чињеницу да ли је потпуно или делимично извршен. То значи да у конкретном случају усмени уговор не производи правно дејство без обзира што је купац исплатио продајну цену и што је ступио у државину непокретности.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1019/97 од 21. маја 1997. године)

КУПОВИНА НЕПОКРЕТНОСТИ ОД ЛИЦА КОЈЕ НИЈЕ СОПСТВЕНИК

12

Лице које кући непокретност ће од продавца који није сопственик, не може стичи право својине на основу уговора.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Прибоју П. бр. 455/94 од 6. јула 1995. године одбија се тужбени захтев којим је тражено да се утврди да је тужилац власник пословног простора који се налази у Прибоју у згради НФ-Т4/1 у приземљу ламела Б, површине 35,12 m² и да су тужени дужни признати да се на основу пресуде тужилац може уписати као власник пословног простора те да се прогласи недопуштеним извршењем ради предаје наведеног пословног простора одређено на основу решења о извршењу истог суда И. 61/94 од 23. маја 1994. године по предлогу тужене ЗЗ „Пољопривреда“ извозници као повериоца против туженог ЗП „Агропромета“ као дужника. Истом пресудом тужилац је обавезан да друготуженој на име парничних трошкова плати 585 динара.

Пресудом Окружног суда у Ужицу Гж. 2082/96 од 5. децембра 1996. године одбија се жалба тужиоца и првостепена пресуда потврђује.

Против другостепене пресуде тужилац је благовремено изјавио ревизију због битне повреде одредаба парничног поступка и због погрешне примене материјалног права.

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

У спроведеном поступку није почињена повреда одредбе чл. 354 став 2 тачка 10 ЗПП на коју овај суд пази по службеној дужности а у ревизији се не указује на постојање повреда овог закона из члана 385 став 1 тачка 1 и 2 ЗПП, због које се ревизија може изјавити.

Према утврђењу суда удружењем ООК „Пољопривреда“ са УТР „Златар“ настало је ново предузеће ЗП „Агропромет“ Нова Варош, уписано у регистар суда 25. децембра 1989. године. У току 1992. године дошло је до статусних промена у овом предузећу тако што се део бивше ООК „Пољопривреда“ издвојио и конституисао као ЗЗ „Пољопривреда“, убележене у регистар суда 20. маја 1992. године. По тужби овде првотуженог против друготуженог, предатој суду 29. маја 1992. године правноснажном пресудом суда од 22. децембра 1993. године утврђује се да је овде друготужени правни следбеник ООК „Пољопривреда“ и да му припада имовина коју је овај унео

у јединствено предузеће приликом интеграције па је првотужени обавезан да му преда некретнине, предмет тужбеног захтева. Директор првотуженог је дао писмену сагласност на захтев збора радника дела предузећа ЗП „Агропромет“ 8. маја 1992. године, да неће отуђити имовину коју је унела бивша ООК „Пољопривреда“. У наведеном судском поступку решењем суда забрањено је првотуженом да отуђи предметни пословни простор до окончања спора. ЗП „Агропромет“ је 19. фебруара 1993. године продао тужиоцу, као најбољем понудиоцу спорни пословни простор. Тужилац је уплатио на рачун првотуженог део купопродајне цене од 25.000 DM, остатак до уговорене цене од 30.100 DM имао је да овом туженом уплати касније, ступио је у посед некретнине, ове уговорне странке су потписале писмени уговор о купопродаји, но потписи уговорних страна нису оверени код суда а није прибављено ни одобрење Министарства за финансије.

Ценећи утврђене чињенице оба суда су пошла од исправног правног схватања да тужилац, куповином предметне некретнине од првотуженог, који у том моменту није био и власник у материјално-правном смислу није могао стећи право својине на предметној некретнини те да у односу на друготуженог, као стварног власника, тужиоцу као купцу не користи што је непокретност купио и добио у посед.

По оцени Врховног суда у пресудама судова је правилно примењено материјално право када је тужбени захтев као неоснован одбијен. Наиме, опште је правило имовинског права да се ствари, које имају власника прибављају у својину када се пуноважним правним послом и законитим начином пренесу од власника на другог и да нико не може на другог пренети више права него што сам има. Са овим у вези је начело јавности и поверења у земљишне књиге и трећа лица могла би стећи право својине ако нису знали нити су то из околности случаја могли да закључе да продавац није и власник у материјално-правном смислу. Закон о основним својинскоправним односима у члану 33 прописује да се право својине на некретнини на основу правног посла стиче уписом у јавну књигу или „на други одговарајући начин одређен законом“. Следи, да су претпоставке за стицање права својине правним послом да је својина књижног претходника уписана или да постоји ваљана исправа помоћу које се претходник може уписати у јавну књигу, да постоји ваљана (табуларна) исправа и да је извршен упис у јавну књигу. Међутим, с обзиром на постојање несагласности између формалног стања у јавним књигама и материјално-правног стања у природи код оцене питања ваљаности стицања права својине на непокретности на основу правног посла не може се купац ослонити само на критериј безрезервног поуздања у земљишнокњижно стање већ се то питање просуђује и решава с обзиром на савесност купца. Купац непокретности своју савесност у стицању не може оправдати само с позивом на поуздање у апсолутну тачност земљишнокњижних уписа, већ је дужан да се провером на сходан начин увери да ли је земљишнокњижни власник и стварни власник у материјално-правном смислу. Пропустили ову дужну пажњу па се испостави да дотична непокретност није и власништво у материјално-правном смислу продавца купац ће се сматрати несавесним јер се узима да је знао или је могао знати да продавац није и стварни власник. Ово у смислу прописаних начела савесности и поштења и начела забране злоупотребе права (чл. 10, 12 и 13 Закона о облигационим односима као и чл. 4, ст. 2 Закона о основним својинскоправним односима). Пропис чл. 33 наведеног закона претпоставља савесност прибавиоца. Околност из тог закона не могу користити

оном прибавиоцу који се понашао супротно назначеним начелима у заснивању облигационих односа и остварењу права и обавеза из тих односа и забране злоупотребе права. У том смислу и да није дошло до уписа земљишта у књигу стварног власника, несавестан купац по правном послу не може имати ваљан правни основ стицања без обзира на то што му је предан посед непокретности.

У овом случају из утврђења суда следи да је продавац продао туђу ствар, у том моменту је знао да се о праву својине на предметној некретнини води спор код суда, директор првотуженог је потписао писмену изјаву да имовину друготуженог неће отуђити до окончања поступка о деоби ова два предузећа, па је првотужени био несавестан, поступао је злонамерно. Тужилац је могао знати увидом у судски регистар да се друготужени издвојио из састава првотуженог и конституисао у ЗЗ „Пољопривреда“ Нова Варош, будући да је статусна промена регистрована код суда решењем од 20. маја 1992. године. Такође провером могао је да установи да ове странке нису међусобно регулисале имовинске односе у складу са одредбом чл. 187а тада важећег закона о предузећима. Из садржине тужбеног захтева може се закључити да некретнина није убележена у јавне књиге као власништво првотуженог а тужилац није доказао супротно.

У таквим околностима следи да тужилац није могао стечи право својине на предметној некретнини на основу правног посла – купопродајног уговора који је закључио са првотуженим.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2780/97 од 20. август 1997. године)

СУКОБ ПРАВНИХ ОСНОВА

13

Ако су два лица као даваоци закључили сукисивно уговоре о доживојном издржавању са истим примаоцием, први уговорник има право да захтева прејају непокретности које су биле предмет уговора од другог уговорника, у чијој се државини оне налазе, ако је овај знао за постоење ранијег уговора о доживојном издржавању.

Из образложења:

Пресудом Окружног суда у Пожаревцу Гж. 1349/96 од 27. новембра 1996. године одбијена је као неоснована жалба тужене и потврђена пресуда Општинског суда у Пожаревцу П. бр. 1642/95 од 15. априла 1996. године, којом је тужена обавезана да тужиоцу преда у државину кат. парцелу број 1972 воћњак, двориште и кућа, укупне површине од 61,00 ари, те објекте који су саграђени на тој парцели, а који су ближе набројани и описаны у изреци ове пресуде, које су непокретности уписане у поседовном листу број 645 КО Петка, те да му накнади парничне трошкове у износу од 1.022,90 динара.

Против пресуде другостепеног суда тужена је благовремено изјавила ревизију због битне повреде одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Тужилац је у одговору на ревизију предложио да се иста као неоснована одбије.

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

У проведеном поступку нема битне повреде одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на коју ревизијски суд пази по службеној дужности, а ни оних на које се указује у ревизији.

У току поступка пред општинским судом утврђено је да је тужилац, као давалац издржавања, са својим дедом, сада покојним Светиславом Николајевићем из Петке, као примаоцем издржавања, закључио уговор о доживотном издржавању, који је оверен од истога суда под Р. 276/86 на дан 21. марта 1986. године. Уговором је предвиђено да ће тужилац као накнаду за дато издржавање добити имовину чија је предаја предмет овог тужбеног захтева. Накнадно је и тужена, као давалац издржавања, закључила уговор о доживотном издржавању, са сада покојним Светиславом Николајевићем, који је оверен код истог суда под Р. 692/92 на дан 26. октобра 1992. године, а као накнада за дато издржавање уговорена је иста имовина као у претходном уговору. Међутим, пресудом истог суда под П. бр. 1564/93 од 24. октобра 1994. године, која је потврђена пресудом Окружног суда у Пожаревцу Гж. 1484/94 од 7. децембра 1994. године одбијен је тужбени захтев тужене за раскид уговора о доживотном издржавању, закључен између сада пок. Светислава Николајевића и тужиоца. Покојни Светислав је умро 14. априла 1993. године, а тужена у овој парници је његова пасторка.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања и по налажењу Врховног суда Општински и Окружни суд су правилно закључили да је уговор о доживотном издржавању који је тужилац закључио са својим дедом, сада покојним Светиславом Николајевићем, пуноважан правни основ за стицање права својине на непокретностима које су предмет уговора и које се налазе у државини тужене, те да је тужена дужна да му ове непокретности преда у државину. Овај уговор производи правно дејство, јер је први закључен, а правноснажно је одбијен тужбени захтев тужене за његов раскид. Стога истоветни накнадно закључени уговор о доживотном издржавању примаоца издржавања са туженом не може да производи правно дејство, па су наводи ревизије о томе да је тужена постала власник ових непокретности неосновани.

Наводи ревизије о томе да уговор о доживотном издржавању који је тужилац закључио са својим дедом не производи правно дејство, зато што тужилац није извршавао своје обавезе из уговора и зато што су у уговору наведени катастарски подаци који су важили пре премера из 1983. године, док је уговор закључен 1986. године, такође нису основани, јер је правноснажном пресудом одбијен тужбени захтев за раскид тог уговора. Зато су и неосновани наводи у ревизији да је побијана пресуда заснована на погрешној примени материјалног права.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2012/97 од 14. маја 1997. године)

ОДРЖАЈ

14

Право својине не може се сишћи одржајем на земљишту које се налазило у друштвеној својини.

Из образложења:

Из чињеничног стања произлази да је спорна парцела у друштвеној својини са правом коришћења тужиоца, да је иста формирана 1979. године када је извршен премер у КО Ветерник, а настала је од неколико парцела које се налазе у поседовном листу број 436 власника „Шајкашк“ Новосадска водна заједница, да се иста налази у поседу тужиоца још од 1966. године, када је извршена експропријација тих парцела у сврху уређења насипа крај Дунава. Произлази још да је 1977. године отац тужених купио од ванкњижног власника Денковић Милорада спорну парцелу, за тадашњих 16.000 динара, да је купо-продајна цена исплаћена у целини, да је купац ушао у посед и да уговор није био оверен код суда.

Имајући у виду изложено да се овде ради о земљишту у друштвеној својини, онда и Врховни суд налази да се питање својине тужених и против тужилаца не може расправити у смислу члана 24 Закона о основним својинскоправним односима, пошто је правни претходник туженика купио предметну парцелу од невласника. Иста је још 1966. године експроприсана у корист тужиоца, а што су туженици били дужни и могли да знају, без обзира што иста није била укњижена тада у земљишним књигама у корист тужиоца.

Према томе како се ради о земљишту у друштвеној својини, Врховни суд налази да су нижестепени судови правилно у смислу члана 29 Закона о основним својинскоправним односима, закључили да је противтужбени захтев неоснован, јер путем одржаја на земљишту у друштвеној својини не може се стицати власништво, па су сви наводи ревизије о наводно савесној и законитој државини оца туженика-противтужилаца као правног претходника потпуно неосновани. При том је без значаја што су туженици противтужиоци на предметној парцели бесправно подигли стамбене објекте које данас користе, када су исти на градском грађевинском земљишту бесправно подигнути а на сопствени ризик тужених противтужилаца.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3427/96 од 30. априла 1997. године)

СТИЦАЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ ДОГРАДЊОМ, НАДЗИЂИВАЊЕМ ИЛИ АДАПТАЦИЈОМ

15

Доградњом, надзиђивањем или адаптацијом туђег или сувласничког грађевинског објекта не симче се право својине, осим ако законом или уговором није друкчије одређено. Изузетно, доградњом и надзиђивањем посебног дела зграде савестан градитељ симче право својине на посебан део зграде ако је власник зграде знао за градњу и није се томе пропливио (сходно члану 24, став 1 Закона о основама својинскоправних односа).

Из образложења:

Према подацима у спису, правни претходник тужиоца ПП „Кастор“ из Београда је уговором о закупу кога је закључио са туженим 1. септембра 1993. године у својству закупца, преузео обавезу да сопственим средствима изврши адаптацију и реконструкцију пословног простора у улици Лоле Рибара бр. 14 и пословног простора у улици Влајковићевој бр. 21 до бр. 23 у Београду. У току поступка утврђено је да је укупна површина коју је тужилац адаптирао 534 m² и да је вредност улагања новчаних средстава тужиоца ради извођења

радова 1.700.924,90 динара. Од адаптираног пословног простора тужилац користи 156 m² и по закљученом уговору о закупу био је дужан да плаћа закупнину од 8,00 динара по квадратном метру. Преостали пословни простор тужени издаје у закуп другим корисницима. Како је тужилац уложио знатна новчана средства у адаптацију и реконструкцију наведеног пословног простора, то се дипломом од 1. јула 1997. године обратио туженом са захтевом да престане да плаћа закупнину као и да се због наведених улагања утврди његово право својине на пословном простору кога користи. Тужени је међутим, дипломом од 29. јула 1997. године откасао тужиоцу уговор о закупу због неплаћене закупнине у укупном износу од 56.390,49 динара.

Код таквог чињеничног стања у поступку који је претходио доношењу побијаних пресуда, суд је пре свега био дужан да утврди праву вољу уговорних страна при склapanju наведених уговора.

Доградњом, надзиђивањем или адаптацијом туђег или сувласничког грађевинског објекта не стиче се право својине, сем ако законом или уговором није другачије одређено. Изузетно, доградњом и надзиђивањем посебног дела зграде, савестан градитељ стиче право својине на посебан део зграде само ако је власник зграде знао за градњу и није се томе противио (сходно члану 24, став 1 Закона о основама својинскоправних односа).

С тим у вези имајући у виду захтев тужиоца од 1. јула 1997. године кога је упутио туженом, да се због знатних улагања новчаних средстава у реконструкцију и адаптацију спорног пословног простора утврди његово право својине на пословном простору кога користи, суд је био дужан да испита да ли је права воља уговорних страна при склapanju наведених уговора била да тужилац по основу улагања у адаптацију и реконструкцију наведеног пословног простора стекне право својине на делу tog простора.

Сем тога, како је тужени откасао уговор о закупу тужиоцу због неплаћене закупнине, потребно је утврдити да ли се у конкретном случају ради о захтеву тужиоца за накнаду штете настале раскидом уговора или се пак ради о стицању без правног основа, с обзиром да ова два правна института могу да повлаче и различите правне последице.

(Решење Савезног суда Србије, Гз. бр. 59/98 од 17. децембра 1998. године)

РЕИВИНДИКАЦИОНА ТУЖБА

16

Сојсјивеник има право да захтева повраћај непокрећности која се у државини туженој налази без правног основа.

Из образложења:

Према чињеничном стању утврђеном у поступку пред Општинским судом, тужилац је власник индивидуалне стамбене зграде, површине 62 m², ближе описане у изреци првостепене пресуде, која се налази у ул. Метохијској бр. 30 у Урошевцу на кат. парц. 903/2, укупне површине 0.04.99 ha КО Урошевац на којој парцели има право коришћења. То је утврђено на основу правноснажне пресуде Окружног суда у Приштини П. бр. 465/94 од 21. октобра

1996. године, донетој у парници коју је тужилац водио против Алије Терзије из Урошевца, сада из Слатине, саслушаног у својству сведока у овој парници.

Утврђено је да су тужени у државини предметне непокретности и да су државину стекли на основу усменог уговора о купопродаји закљученог 1987. године између сведока Алије Терзије из Слатине, као продавца, и туженог Брахима Грајчевци, као купца, па су државину тих непокретности стекли од невласника.

На овакво чињенично стање правилно су нижестепени судови применили материјално право када су усвојили тужбени захтев као у изреци првостепене пресуде. Наиме, тужилац је у складу са одредбом чл. 37 Закона о основним својинскоправним односима доказао да је власник предметног стамбеног објекта и да су тужени у државини истог, а тужени у односу на тужиоца немају право на државину тог објекта. То из разлога што уговор о купопродаји тог стамбеног објекта закључен са невласником 1987. године не представља правни основ по коме би тужени према тужиоцу имали право на државину објекта, тим пре што се ни право својина на непокретности не може стећи од невласника. Зато је правилно примењен наведени законски пропис када је усвојен тужбени захтев, јер тужилац као власник непокретности има право на повраћај те непокретности која је у државини тужених без правног основа, па тужени неосновано ревизијом побијају овакву одлуку због погрешне примене материјалног права.

На правилност побијање пресуде није од правно релевантног значаја истицање тужених да из предметних непокретности нису исељени по решењу И. бр. 398/88, односно И. бр. 4998/91, јер су та решења донета у поступку извршења решења донетог у парници због сметања поседа по тужби, овде тужиоца Хаљиља Ибрахимија против Алије Терзије као туженог, како то произлази иза стања у списима.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3980/96 од 2. октобра 1996. године)

17

Право на подношење реивиндикационе тужбе не застарева.

Из образложења:

Из стања у списима предмета произлази да је тужилац својим личним средствима купио спорну моторну тестеру марке „алпина“ преко свог шурака у Италији, да се предметна тестера сада без правног основа налази код туженог којом се тужени користи и коју не жели да врати тужиоцу као власнику. Имајући у виду изложено и Врховни суд налази да је тужилац несумњиво искључиви власник предметне тестере па је тужени дужан да исту преда тужиоцу као власнику у смислу члана 3 и 37 Закона о основним својинскоправним односима.

Неосновани су наводи ревизије да је тужба у овом случају поднета после истека рока од једне године у смислу члана 31 истог закона пошто се ова законска одредба на конкретан случај не може применити јер тужилац није савесни стицалац а право на подизање тужбе тужиоца као власника у смислу наведеног члана 37 не застарева.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 203/97 од 29. априла 1997. године)

АКТИВНА И ПАСИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА У СПОРУ ЗА ПРЕДАЈУ НЕПОКРЕТНОСТИ

18

Правни претходник тужиља ошуђио је сјорну парцелу првоуђеној Месној заједници, па тужиље немају право да захтевају предају ове парцеле, ниши да траже заштиту због ометања државине ове парцеле у смислу члана 37 и 42 Закона о основама својинскоправних односа, за коју им је признано и право на новчану накнаду због ранијег одузимања од њиховог правног претходника. Првоуђена Месна заједница у смислу члана 49 истог закона, није пасивно легитимисана у спору за конституисање стварне службености на другој сјорној парцели као послужном добру, јер није власник тве парцеле, која је у државној својини Републике Србије.

Из образложења:

Према разлозима нижестепених пресуда, спорна катастарска парцела 2551 у КО Секурич је 1953. године, због обавезног откупа одузета оцу тужиља, сада пок. Жарку Живановићу, и предата Светолику Живановићу, који је ту парцелу користио. Отац тужиља је 1960. године откупио спорну катастарску парцелу од овог лица, а 1964. године је катастарску парцелу 2550 и спорну катастарску парцелу 2551 продао првотуженој МЗ Секурич. На овим катастарским парцелама је 1979. године направљено фудбалско игралиште, постављене су дрвене стативе за голове – које су 1995. замењене металним стативима – а тужене више од 20 година, нико није узнемирао у државини спорне непокретности. Тужиљама је при том, на њихов захтев – у поступку враћања земљишта по Закону о начину и условима признавања права и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу ПЗФ и конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредног земљишта (Службени гласник РС број 18/91, 20/92), које је одузето њиховом правном претходнику, сада пок. Жарку Живановићу – правноснажним решењем СО Рековац број 46-28/92-02 од 1. новембра 1995. године, признато право на враћање спорне катастарске парцеле 2551 у КО Секурич, а због немогућности враћања спорне катастарске парцеле, у ствари право на новчану накнаду за ову катастарску парцелу. Корисник катастарске парцеле 2550 у КО Секурич је општина Рековац, а ова катастарска парцела је у државној својини Републике Србије.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања нижестепени судови су правилно применили материјално право када су закључили да тужиље немају право на заштиту државине и предају у државину спорне катастарске парцеле 2551 у КО Секурич, да је катастарска парцела 2550 у КО Секурич у државној својини Републике Србије и да првотужена МЗ Секурич није пасивно легитимисана у спору за конституисање стварне службености на тој катастарској парцели, као послужном добру.

Наиме, према одредбама члана 37 Закона о основама својинскоправних односа, власник може тужбом захтевати од тужиоца повраћај индивидуално одређене ствари, с тим што мора доказати да на ствари чији повраћај тражи има право својине као и да се ствар налази у фактичкој државини туженог.

Стварна службеност је, према одредбама члана 49 истог закона, право власника једне непокретности (повласно добро), да за потребе те непокрет-

ности врши одређене радње на непокретности другог власника (послужно добро) или да захтева од власника послужног добра да се уздржава од одређених радњи које би иначе имао право вршити на својој непокретности.

Имајући у виду околности које су утврдили нижестепени судови, Врховни суд налази да је правни претходник тужиља отуђио спорну катастарску парцелу 2551 у КО Секурич првотуженој МЗ Секурич и да тужиље немају право да захтевају ни предају ове катастарске парцеле ни заштиту због ометања државине ове катастарске парцеле, у смислу члана 37 и 42 Закона о основама својинскоправних односа, за коју им је признато и право на новчану накнаду, наведеним решењем СО Рековац. Првотужена МЗ Секурич у смислу члана 49 истог закона није пасивно легитимисана у спору за конституисање стварне службености на к. п. 2550 у КО Секурич, као послужном добру, која је у државној својини Републике Србије, јер првотужена није власник ове непокретности. Стога наводи ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

Врховни суд је ценио наводе ревизије тужиља у односу на поновно стицање катастарске парцеле 2551 и њено отуђење мајци тужиља, пре отуђења првотуженој МЗ Секурич, па је нашао да су ови наводи без утицаја, с обзиром на одредбе члана 37 Закона о основама својинскоправних односа и на обавезу власника да, у спору ради предаје непокретности у државину, докаже да има право својине на ту непокретност, у смислу члана 20 и 33 истог закона, а правни претходник тужиља је приликом отуђења спорне катастарске парцеле првотуженој 1964. године, спорну катастарску парцелу предао у државину првотуженој.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 6175/97 од 1. октобра 1998. године)

ПАСИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА У СПОРУ ЗА ПРИЗНАЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ НА НЕПОКРЕТНОСТИ

19

Ако је према стању доказа у стисима, а према свега према изводу из земљишних књиџа, ПИК „Тамиш“ земљишнокњижни власник створне парцеле, онда је неразумљиво због чега тај комбинација, као странка, није утврђена у овој парници. Утолико према, што су у стору ради утврђења јачег правног основа, прогавац и осимали кућни таје непокретностима пасивно легитимисани као јединствени супарничари.

Из образложења:

Предмет спора у овој парници је тужбени захтев тужиље за утврђење њеног права својине на к. п. бр. 7370 ораница од једног катастарског јутра површине 398 метара, КО Владимировац по основу купопродаје, што би тужени били дужни да признају и трпе да се тужиља као власник те парцеле упише у земљишне књиге.

Из списка предмета и образложења побијаних пресуда произлази да су нижестепени судови такав тужбени захтев тужиље усвојили, јер су – полазећи од чињенице да је спорну парцелу тужиља купила 16. маја 1960. године од тадашњих власника Жарков Саве и Драге, да је о томе сачињен уговор у законом одређеној форми и да је у целости извршен – закључили да је тужиља право својине на спорној парцели стекла на законит начин и да у односу на

првотуженика као каснијег несавесног стицаоца, којем је друготуженик као невласник спорну парцелу продао, има јачи правни основ.

Сама пак околност што се спорна парцела, према изводу из земљишне књиге за КО Владимировац, води као друштвена својина са правом коришћења ПИК „Тамиш“ из Панчева, што се раније грешком налазила у оставини правног претходника туженог Трифуна сада пок. Никодин Персе рођ. Весин и што је друготуженик на основу решења о наслеђивању њене заоставштине био укњижен као земљишнокњижни власник те парцеле и исту 1977. године продао првотуженику – према налазу нижестепених судова, нема значаја за другачију одлуку у овој парници, јер је првотуженик знао да је тужиља власник предметне парцеле и да му је у том својству ту парцелу до тада и давала у закуп.

Врховни суд, при оцени навода изјављене ревизије, налази да су побијана и првостепена пресуда захваћене битном повредом одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, јер су разлози судова о стварној легитимацији првотуженика у овој парници у несагласности са стањем доказа у списима и изреком пресуде, што представља недостатке због којих се засада и не могу правилно и законито испитати и разлози за њихово укидање.

Наиме, ако је првостепени суд извршио увид у извод из земљишнокњижног улошка број 9 КО Владимировац, онда је имао могућности да утврди да је спорна к. п. бр. 7370 у земљишној књизи уписана као друштвена својина са правом коришћења Пољопривредног индустријског комбината „Тамиш“ из Панчева. Пошто из списка предмета произлази да је тај упис, према решењу Општинског суда у Лебану Џн. бр. 538/97 од 19. маја 1977, извршен на основу уговора о купопродаји Ов. бр. 31/77 од 16. марта 1997, закљученог између друготуженог Трифуна, као ранијег земљишнокњижног власника и ПИК „Тамиш“ из Панчева – то је онда код таквог стања ствари сасвим нејасно и неразумљиво на основу чега је првостепени суд утврдио да је првотуженик пасивно легитимисан у овој парници и на основу чега је, супротно стању доказа у списима, изреком пресуде првотуженог обавезао да право својине на спорној парцели призна тужиљи, ако ни сам то право није имао, нити га је стекао у смислу одредбе члана 33 Закона о основама својинскоправних односа.

Осим тога, ако је према стању доказа у списима, а пре свега према изводу из земљишнокњижног улошка број 9 КО Владимировац, ПИК „Тамиш“ из Панчева земљишнокњижни власник предметне парцеле, онда је неразумљиво због чега тај комбинат, као странка, није тужбом обухваћен у овој парници. Утолико пре, што су у спору, ради утврђивања јачег правног основа продајац и остали купци те непокретности пасивно легитимисани као јединствени супарничари.

(Решење Врховног суда Србије, Рев. бр. 5860/98 од 27. октобра 1998. године)

ЗЕМЉИШНОКЊИЖНО ПРАВО

Ешажни сојсайвеник не може тражити да се у земљишне књиге ушије као посебан корисник права трајног коришћења на земљишту у државној својини.

Из образложења:

Решењем Општинског суда у Нишу Дн. 154/97 од 10. априла 1997. године, одбија се као неоснована молба учесника Гордане Стефанов за укињбу права коришћења на к. п. 638/3 описано у изреци тог решења.

Решењем Окружног суда у Нишу Гж. 1591/97 од 28. маја 1997. године, одбијена је као неоснована жалба учесника Гордане Стефанов и првостепено решење потврђено.

Против решења другостепеног суда учесник Гордана Стефанов је изјавила ревизију због погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијано решење у смислу члана 386 ЗПП, у вези члана 30 Закона о ванпарничном поступку Врховни суд је нашао да ревизија није основана.

Побијано решење није садржано на битној повреди одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП, на коју ревизијски суд пази по службеној дужности.

Учесник у поступку Гордана Стефанов је тражила да се укњижи у земљишним књигама као искључиви носилац права коришћења на парцели на којој је саграђена зграда у којој има етажно право власништва.

Према неспорним чињеницама утврђеним у првостепеном поступку предметна непокретност је раније била друштвена, а сада је државна својина, на којој је саграђена зграда у којој учесник Гордана Стефанов има право етажне својине.

Према овако утврђеном чињеничном стању правилно је примењено материјално право када је молба учесника Гордане Стефанов у земљишнокњижном поступку одбијена као неоснована.

Наиме, на предметном земљишту се не може ниједан од етажних власника зграде књижити као посебан корисник права трајног коришћења, јер су сви они само корисници земљишта које служи за употребу зграде, али између себе могу споразумно уређивати начин како ће то земљиште користити, па једино у том погледу уговор на који се Гордана Стефанов позива има правно дејство међу уговарачима, како је правилно образложено и у побијаном решењу.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 4619/97 од 15. октобра 1997. године)

21

Упис у земљишне књиге може се извршити само на основу љисмене исправе која се прилаже у оригиналу, а не и на основу оверене фотокопије без увида у оригинал.

Из образложења:

Решењем Општинског суда у Нишу Дн. 100/96 од 26. априла 1996. године дозвољен је упис права својине у корист предлагача на основу решења Комисије за национализацију при Извршном већу СРС 06 број 165/2-62 од 25. јула 1962. године на непокретностима ближе описаним у изреци.

Наведеним другостепеним решењем одбијена је као неоснована жалба градског јавног правобраниоца и првостепено решење је потврђено.

Против правноснажног другостепеног решења противник предлагача је благовремено изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијано решење на основу члана 400 у вези члана 386 ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија основана.

У поступку је учињена битна повреда одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 10 ЗПП на коју ревизијски суд пази по службеној дужности у смислу члана 386 ЗПП.

Наиме, молбу ради уписа права својине поднела је Јовановић Јелена из Ниша. После доношења првостепеног решења, одговор на жалбу противника предлагача поднео је правни следбеник предлагача Јовановић Никола из Ниша. Другостепено решење примио је пуномоћник предлагача адвокат Кнежевић Ивица који нема пуномоћје за заступање нити за поједине радње у поступку.

С обзиром да пуномоћник странке није имао потребно овлашћење за вођење поступка или за поједине радње у поступку (пријем писмена) и с обзиром да није утврђено да ли је предлагач Ј. Ј. умрла у току поступка, то је учињена наведена битна повреда због које се оба решења морају укинути.

Упис права својине није извршен у складу са правним правилима земљишнокњижног права (параграф 97–101 Закона о земљишним књигама) која прецизно регулишу питања прилога уз молбу на основу којих се врши упис. Наиме, по тим правилима упис у земљишне књиге се дозвољава само на основу писмених исправа које морају бити приложене у оригиналу. Ако се изворна исправа већ налази код земљишнокњижног суда било у службеним списима било на чувању, или ако је приложена молби која је већ на решавању, тада је довољно поднети њен препис уз навођење где се изворник налази. Уколико није могуће да се изворна исправа одмах приложи уз молбу због тога што се налази код неког другог органа, онда то треба у молби навести и поднети оверени препис те исправе. У том случају, ако се молби не би могло удовољити и да је изворна исправа била приложена, суд ће молбу одмах одбити. Ако из молбе произлази да би јој се могло удовољити да је приложен изворник исправе, онда ће се молба, ради очувања реда првенства, одмах забележити у земљишној књизи са ознаком „док стигне изворник“. Истовремено молиоцу ће се одредити примеран рок у коме мора поднети изворну исправу, ако суд или други орган код кога се таква исправа налази нису дужни да је по службеној дужности доставе земљишнокњижном суду. Уколико изворна исправа у одређеном или продуженом року не буде поднета, молба ће се одбити, а забележба по службеној дужности брисати. Изворна исправа (оригинал) на којој се заснива упис одлаже се у збирку исправа, а водилац земљишне књиге дужан је да обавести странку да је може подићи чим надно поднесе уредни препис. Ако молилац жели да му се изворна исправа одмах врати дужан је уз изворну исправу доставити препис те исправе. Препис мора имати уобичајени облик, да је јасно и читљиво написан и на ивицама страна мора имати празан простор у ширини која је потребна да се може везати (правно правило из параграфа 39 Правилника за вођење земљишних књига).

Уредна фотокопија оригинала може заменити оверени препис исправе (неће се прихватити оверена фотокопија фотокопије оригинала). Међутим и

у том случају молилац мора приложити ради увида исправу у оригиналу на наведени начин који се односи на препис.

У конкретном случају земљишнокњижни суд је извршио упис права својине на основу оверене фотокопије без увида у оригинал решења, што је у супротности са изложеним правним правилима због чега се правилност побијаног решења није могла са сигурношћу испитати.

(Решење Врховног суда Србије, Рев. бр. 3908/98 од 3. децембра 1998. године)

КАТАСТАР ЗЕМЉИШТА

22

Чињеница што је тужилац био уписан у посписни катастар 1955. године, није довољна као доказ о постоењу права својине, искоготово када је 1959. године у катастру земљиште било уписано на друго лице, тужени, а тужилац отпада био у државини спорног земљишта.

Из образложења:

Пресудом Окружног суда у Призрену Гж. 352/96 од 12. јула 1996. године потврђена је пресуда Општинског суда у Ораховцу П. 127/95 од 23. октобра 1995. године којим је усвојен тужбени захтев и утврђено да је тужилац по основу наслеђа власник дела непокретности парцеле бр. 2144 у површини од 0,94,00 ha уведене у поседовни лист 116 КО Бела Црква те су туженици обавезани да тужиоцу признају право својине и омогуће упис код надлежне службе катастра у Ораховцу, затим наведени део предају у посед и слободно коришћење тужиоцу а под претњом принудног извршења и туженици су обавезани да тужиоцу плате трошкове спора.

Против наведене пресуде туженик је изјавио ревизију због битних повреда одредаба ЗПП и погрешне примене материјалног права, а јавни тужилац Србије подигао је захтев за заштиту законитости из истих разлога.

Испитујући побијану пресуду у смислу члана 386 у вези члана 408 ЗПП, Врховни суд је одлучио као у изреци овог решења.

Тужилац је поднео тужбу ради утврђивања права својине дана 15. априла 1994. године а вредност спора означио са 100,00 динара.

Према одредби члана 382, став 3 ЗПП која је изменењена чланом 8 Закона о измени закона о парничном поступку (Службени лист СРЈ број 24/94) и Уредби о новом динару (Службени лист СРЈ број 6/94) ревизија није дозвољена против правноснажне пресуде другостепеног суда донете на имовинско-правном спору уколико је тужба поднета суду после 25. марта 1994. године и ако вредност предмета спора означена у тужби не прелази 800,00 нових динара.

Како је тужба поднета у овом спору после 25. марта 1994. године односно 15. априла 1994. године, вредност предмета спора означена са 100,00 нових динара произлази, а ревизија туженика у овом случају није дозвољена.

Према наведеним разлогима а на основу члана 392 ЗПП Врховни суд је одлучио као у изреци под I овог решења.

Међутим, Врховни суд налази да се основано у захтеву за заштиту законитости указује да побијана пресуда има таквих недостатака и пропушта

због којих се њена правилност и законитост засада са сигурношћу не може испитати. Наиме, само на основу чињенице да је предметно земљиште у пописном катастру 1955. године уписано на име оца тужиоца, оба низестепена суда усвајају тужбени захтев и утврђују да је тужилац власник спорног дела земљишта: међутим, оба низестепена суда нису ценили, а били су дужни да оцене битне чињенице, да се то земљиште од 1957. године на основу списка Народног одбора Општине Рогово води на Земљорадничку задругу Рогово, а према катастру из 1959. године је потврђено исто стање а сада се ово земљиште води на ПКБ „Орвин“, Ораховац.

Према томе сем наведеног уписа у пописном катастру из 1955. године, а који је упис само доказ о праву коришћења а не и о праву својине, тужилац није пружио ниједан веродостојан доказ о праву својине, извод из земљишних књига, уговор, тапију и слично, нити је суд утврдио основ и начин преласка овог земљишта у друштвену својину, нити је пак суд утврдио да ли је тужилац искључиви наследник свог оца. С тим у вези Врховни суд налази да се не може засада проценити да ли је спорни случај требало решити применом чл. 2 Закона о начину и условима признавања права и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земљишног фонда и конфискације због неизвршених обавеза из обавезног откупна пољопривредних производа (Службени гласник РС број 18/91 и 20/92) у управном поступку. Међутим, уколико се овде радио о поклону учињеном у условима постојања притиска и принуде било је потребно утврдити да ли је постојао притисак и принуда за то, односно да ли су испуњени услови из члана 17 наведеног закона, односно овај спор да реши суд опште надлежности.

Због свих ових недостатака Врховни суд је укинуо обе низестепене пресуде у целини да би сагласно изложеном првостепени суд поново утврдио наведене битне чињенице, односно по ком је основу спорно земљиште прешло у друштвену својину а при томе ће првостепени суд да цени битну чињеницу да тужилац, односно његов отац нису ставили примедбе на спроведени упис у катастар из 1959. године од кад они нису ни били у поседу спорног земљишта, и с тим у вези суд ће да утврди да ли су у конкретном случају испуњени услови за одржај из члана 28 Закона о основним својинскоправним односима, на шта су туженици указивали у току поступка.

(Решење Врховног суда Србије, Гзз. 39/97 и Рев. бр. 1488/97 од 14. маја 1997. године)

УПИС У КАТАСТАР ЗЕМЉИШТА

23

Чињеница што је земљиште у катастру уписано на име тужиоца не значи да је он и сопственик. Право својине не сматре се самим уписом у катастар који је служио за евиденцију о земљишту и објектима на њему.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Прибоју П. бр. 806/93 од 9. децембра 1994. године у stavu I изреке тужени је обавезан да тужиљи преда у државину део к. п. бр. 717 по култури врт уписане у поседовни лист бр. 46 КО Батковићи површине 1,60 ари, у мерама и границама ближе описаним у том stavу изреке. Stavom II изреке исте пресуде одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиље којим је тражила да се туженик обавеже да са њеног двoriшta, које

се води као к. п. бр. 717 уписане у КО Батковићи, уклони своју дрвену качару. Ставом III изреке утврђено је, да је тужени Раденко власник качаре која се налази на к. п. бр. 717 КО Батковићи и да има право коришћења земљишта на којем је изграђена поменута качара, као и земљишта око качаре у површини која служи за редовну употребу тог објекта, док објекат постоји. Ставом IV изреке одбијен је као неоснован тужбени захтев туженог којим је тражио да се утврди да је власник врта површине 200 m² у мерама и границама ближе описаним у ставу I изреке исте пресуде, као и захтев да се тужиља обавеже да му на име накнаде материјалне штете за срушену колибу плати 10.000,00 динара, а такође да се обавеже да споји и пресечени водоводни кабл испод степеништа своје куће на кат. парцели бр. 717 тако да вода од њене куће отиче постојећим каблом до чесме у дворишту туженог. Ставом V изреке туженик је обавезан да тужиљи на име накнаде трошкова парничног поступка плати износ од 1.445,00 динара.

Решавајући о жалби туженика изјављеној против те пресуде, Окружни суд у Ужицу пресудом Гж. бр. 339/95 од 22. јуна 1995. године, одбио је жалбу као неосновану и првостепену пресуду у ставу I и IV потврдио, док је исту пресуду у ставу III и V изреке укинуо и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење.

Против те пресуде Окружног суда у Ужицу и то само дела којим је првостепена пресуда потврђена, туженик је благовремено изјавио ревизију због битних повреда одредба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

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

Наиме, из стања у списима и образложења побијаних пресуда произлази, да су нижестепени судови захтев тужиље који се односи на тражену предају у државину спорног дела к. п. бр. 717 КО Батковићи (врт) површине 1,60 ари у мерама и границама ближе означеним у изреци I првостепене пресуде усвојили, јер су полазећи од чињенице да је спорни део саставни део к. п. бр. 717 и да је ту парцелу у деоби поравнањем закљученим пред Општинским судом у Прибоју П. бр. 395/65 од 11. децембра 1965. године тужиљин супруг сада пок. Милорад, чији је тужиља искључиви наследник добио у својину, закључили, да је тужиља власник и спорног дела те парцеле и да јој стога у смислу чл. 37 Закона о основним својинскоправним односима припада и право на државину тог дела, па је стога тужбени захтев усвојен.

Тако правно становиште судова и по налажењу Врховног суда основано се ревизијом побија као непоуздано и на погрешној примени материјалног права засновано.

Пре свега, сасвим је нејасно и неразумљиво на основу чега је Општински суд утврдио да спорни део који странке означавају као „врт“ припада к. п. бр. 717 која се према подацима пописног катастра у време извршене деобе водила као к. п. бр. 24/28 и да је према томе била предмет деобе, кад у списима предмета нема доказа да је вештак геометар у том смислу извршио идентификацију нити се о тој околности на расправи одржаној 9. децембра 1994. године када је саслушан изјашњавао.

Осим тога, ако је тачан навод туженог да је спорни део к. п. бр. 717 (врт) од извршене деобе држао и користио, да је на истом пре 15 година

засадио и дугогодишње засаде (воћњак) онда је код таквог стања ствари првостепени суд био дужан да без сумње расправи и разјасни да ли је то тужиљи и њеном сада пок. супругу, који је умро 1975. године било познато и због чега је тужиља пристала да туженик спорни део претвори у воћњак ако му је наводно тај део дала на привремено коришћење и ради засејавања повртарских култура, те због чега није још тада затражила да јој тужени спорно земљиште преда у државину. Поред тога, Општински суд није расправио и у својој одлуци образложио од каквог је значаја за одлуку о том тужбеном захтеву чињеница што између спорног земљишта и суседног дела тужиљине парцеле постоји „међник“, што у сваком исказу потврђује и саслушани сведок Милошица и када је исти постављен, јер та околност за разјашњење чињенице да ли је између те две парцеле – врта успостављена катастарска међа није без значаја. Стоји чињеница да се спорно земљиште од 1971. године води као к. п. бр. 717 и да је у катастру уписано као посед тужиље Даринке. Међутим, та околност није од пресудног значаја за закључак суда о праву својине тужиље на том делу парцеле, јер се својина на непокретности у смислу одредбе члана 20 означеног Закона о својини не стиче самим уписом у катастар који је у том моменту служио само за евидентирање о земљишту и објектима на њему.

С обзиром на то да су због погрешне примене материјалног права све те одлучне околности остале неутврђене и недовољно разјашњене, то се основано ревизијом указује да су обе пресуде у том делу захваћене битном повредом одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 13 ЗПП, а што представља недостатак и разлог за њихово укидање.

Ревизијом се такође основано указује да су побијане пресуде захваћене истом битном повредом и у делу који се односи на одлуку о спајању пресеченог водоводног кабла, односно чинидбу тужиље. Наиме, ако је међу странкама неспорна чињеница да је тужиља пресекла водоводни кабл и да због тога од 1993. године вода више не отиче према тужениковој чесми, која се налази у његовом дворишту, онда је дужност првостепеног суда била да као претходно питање расправи по ком основу се тужени довођењем воде од шахта који се налази испод степеништа тужиљине куће до своје чесме користио до 1993. године ако у изградњи водовода са осталим грађанима и тужиљом није учествовао, и ако право коришћења воде на тај начин према усменом постигнутом договору са тужиљом није стекао. Ово тим пре, јер из списка предмета произлази да је спорни кабл својим средствима купио, исти поставио и да му је право коришћења воде преко црева тужиља дозволила као накнаду за пружено помагање у раду при довођењу воде до њеног дворишта.

На основу изнетих разлога Врховни суд је применом чл. 394, став 1 и чл. 395, став 2 ЗПП обе побијане пресуде у односу на одлуку о праву тужиље на предају спорног дела к. п. бр. 717 у државину и туженог на својину тог дела парцеле, као и у односу на одлуку о обавези тужиље да споји пресечено водоводно црево испод степеништа своје куће укинуо и предмет вратио на поновно суђење. У поновном поступку првостепени суд ће пошто у смислу изнетог поступи и ради правилне примене материјалног права расправи све одлучне околности, имајући при том у виду и чињеницу да се тужени Раденко код утврђивања права својине на спорном делу к. п. бр. 717 КО Батковићи

позвао и на стицање својине одржајем, о тужбеним захтевима странака поново одлучити.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 6230/96 од 18. марта 1997. године)

II СТВАРНЕ СЛУЖБЕНОСТИ

24

После ступања на снагу Закона о изменама и дојунама, Закона о основним својинскојправним односима, њојединци могу стичи одржајем право стварне службености на послужном добру у друштвеној својини.

Из образложења:

Наведеном пресудом Окружног суда у Београду (став 2 изреке) одбијена је жалба тужених (осим жалби тужених Величковић Михајла и Стојановић Тројана) и потврђена наведена пресуда Трећег општинског суда у Београду којом се туженима забрањује пролаз пешице и колима преко тужиочеве спорне парцеле (плаца) путем ближе описаним у изреци првостепене пресуде и тужени обавезани да тужиоцу солидарно на име трошкова спора плате износ од 2.612,50 динара.

Благовременим и дозвољеним захтевом за заштиту законитости републички јавни тужилац на основу разлога прописаних одредбама члана 404, став 1 Закона о парничном поступку побија наведене одлуке судова у целини, а у захтеву предлаже да се уважењем истог одлуке судова укину.

Тужилац је у свом одговору на захтев за заштиту законитости предложио да се исти одбије као неоснован, а тужени нису доставили свој одговор на захтев.

Благовременом и дозвољеном ревизијом тужени (осим тужених Величковић Михајла и Стојановић Тројана) на основу разлога прописаних одредбама члана 385, став 1 Закона о парничном поступку побијају другостепену пресуду у целини, а у ревизији предлажу да се уважењем исте одлуке судова преиначе или укину.

Републички јавни тужилац није се изјаснио на ревизију тужених, а тужилац је у свом одговору на ревизију предложио да се иста одбије тражећи трошкове одговора.

Захтев за заштиту законитости и ревизија тужених су основани.

Након што је размотрлио све списе, а полазећи од навода захтева за заштиту законитости и ревизије тужених, овај суд је закључио да су захтев за заштиту законитости републичког јавног тужиоца и ревизија тужених основани. Уважавајући тужбени захтев тужиоца на изложени начин судови сагласно утврђују да тужени нису могли одржајем стечи стварну службеност пролаза пешице и колима преко спорне парцеле, јер је иста у друштвеној својини са правом коришћења тужиоца. То утврђење је и по нахођењу овог суда непотпуно у смислу одредби члана 395, став 2 Закона о парничном поступку а што се основано истиче и у захтеву за заштиту законитости и ревизији тужених. За доношење законите одлуке у овом спору требало је утврдити и да ли су тужени као власници својих парцела фактички остваривали спорну службеност пролаза путем преко спорне парцеле 20 година без противљења тужиоца,

те да ли тужени имају и други пут за долазак на своје парцеле (начело рестрикције службености) и када је спорна парцела постала друштвена својина.

Према одредбама члана 55 Закона о основним својинскоправним односима (*Службени лист СФРЈ* број 6/80) стварна службеност на непокретности која је друштвено средство у друштвеном правном лицу не може се стећи одржајем. Те одредбе су престале да важе на основу одредби Закона о изменама и допунама Закона о основним својинскоправним односима (*Службени лист СРЈ* број 29/96). При таквим околностима у овом спору се налазимо у ситуацији у току из правила о временском важењу закона (тужени све време користе спорни пут и време пролази). То практично значи да се сходно тим правилима спор има решити применом новог Закона према коме се спорна стварна службеност пролаза спорним путем може стећи одржајем. Следом тога потребно је утврдити да ли су тужени по том основу у смислу одредби члана 54 сада Закона о основама својинскоправних односа стекли спорну стварну службеност пролаза.

Зависно од тога када је спорна парцела постала друштвена својина тужени су под условима из члана 54 Закона о основним својинскоправним односима (*Службени лист СФРЈ* број 6/80) могли стећи спорну стварну службеност, ако је до тада протекло 20 година фактичког остваривања те службености.

Ако тужени у смислу изложеног нису одржајем стекли спорну службеност треба расправити и утврдити да ли они имају и други пут за долазак до својих парцела. Јер, у њиховом оспоравању тужбеног захтева да им се забрани пролаз спорним путем истицањем да су одржајем стекли службеност пролаза тим путем садржана је и обавеза суда да по службеној дужности утврди и да ли они имају други пут. За случај да се утврди да тужени немају другог пута или да је спорни пут најкраћи (рестрикција службености) тужилац не може основано тражити да им се забрани пролаз спорним путем, јер они под тим претпостављеним условима могу се противити тужбеном захтеву тужиоца приговором да немају другог пута и да им на спорном путу треба признати службеност пролаза. Практично то значи да таква противтужба није нужна.

(*Решење Врховног суда Србије, Рев. бр. 3235/97 и Гзз. 82/97 од 11. новембра 1997. године*)

Приликом установљења стварне службености суд треба да води рачуна да се њоме послужно добро оштетејује у што мањој мери.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Рашки П. бр. 475/95 од 18. септембра 1996. године, усвојен је тужбени захтев тужилаца па се у корист повласне парцеле тужиоца к. п. бр. 3902 КО Варево установљава право сталне колске и пешачке службености пута који се простире преко послужне кат. парц. бр. 3907/5 КО Варево, туженика Срећка Шумараца, Радмила Шумарац, обоје из Варева и Слободанке Радеке из Кумодражка по целој дужини и ширини наведене парцеле, а потом преко послужне парцеле к. п. 3907/4 КО Варево туженика Драгутина Лазовића из Варева, правцем североисток-југозапад у

укупној дужини од 18 м и ширини од 3 м, југоисточним крајем послужне кат. парцеле к. п. бр. 3907/4 КО Варево, што су туженици дужни признати и са трасе пута уклонити све постојеће препреке и омогућити тужиоцима несметано коришћење описаног пута. Утврђено је да свака страна сноси своје трошкове спора.

Пресудом Окружног суда у Краљеву Гж. бр. 692/97 од 19. марта 1998. године, одбијена је као неоснована жалба тужених и потврђена пресуда Општинског суда у Рашки.

Против ове правноснажне другостепене пресуде, тужени Драгутин Лазовић је 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 основана.

Према чињеничном стању из списка и предмета утврђено је да су тужиоци сувласници повласне парцеле која представља ливаду и да послужна парцела која је власништво туженика Срећка, Радмиле и Слободанке, у својој целији дужини и ширини представља путно земљиште а које ради својих потреба користи тужени Драгутин, те да је послужна парцела бр. 3907/4 власништво туженог Драгутина кућевни плац на коме се налази породична стамбена зграда и остали пратећи објекти на којима се налазе засади. Тужиоци поред спорног пута имају другу могућност доласка до своје повласне парцеле са западне стране где се граниче са парцелом означеном као кат. парцелом бр. 3885 КО Варево, власништво Шумарац Радомира, а која се граничи са јавним сеоским путем на којој парцели нема никаквих објеката. Између ове парцеле и јавног сеоског пута постоји земљани склад висине од 1,5 до 1,75 м, која парцела је низа од постојећег сеоског пута и иста се може користити, али је потребно извести радове чију вредност је вештак утврдио на 8.001 динара.

Изложено становиште нижестепених судова по налажењу Врховног суда не може се прихватити као правилно.

Наиме, из списка предмета може се закључити да послужна парцела трпи штету због овако установљене службености јер се кроз кућевни плац туженог мора пролазити а при том тужени мора да сруши ограду, да исече воћна стабла а на тај начин смањује и функцију и тржишну вредност свога плаца. Члан 50, ст. 1 Закона о основним својинскоправним односима прописано је да се стварна службеност врши на начин којим се најмање оптерећује послужно добро. Према томе, правац стварне службености може бити према налазу вештака датом на расправи од 8. маја 1991. године, најекономичнији пут. Са аспекта трпљења послужног добра јесте отварање службености преко парцеле Шумарац Радомира која је неизграђена, а преко ње је предвиђен и прилаз јавном путу, правац којим власник послужног добра трпи најмање оптерећење. У поступку је вештачењем утврђено да се службеност може установити преко парцеле Шумарац Радомира уколико се изведу одговарајући радови и изврше одређена улагања, па Врховни суд налази да успостављање службености преко ове кат. парцеле без обзира на већа материјална улагања представља мање оптерећење овог послужног добра него послужног добра преко кућевног плаца и дворишта туженога, јер се оваквом решењу преко

кућног плаца може прићеши само онда када не постоји ниједан други начин да се службеност конституише.

Судови су у овој ствари тражили најекономичнију варијанту за повласно добро, уместо да су то чинили у односу на послужно добро.

С обзиром да су нижестепени судови због погрешне примене материјалног права пропустили да утврде све чињенице које су за одлуку од пресудног значаја, то је Врховни суд према изнетим разлозима а на основу чл. 395, ст. 2 ЗПП, укинуо побијане пресуде, па ће првостепени суд у поновном поступку пошто поступи у смислу примедби изнетих у овом решењу о тужбеном захтеву који је био предмет разматрања по ревизији поново одлучити.

(Решење Врховног суда Србије, Рев. бр. 3392/98 од 16. септембра 1998. године)

26

Ако сопственик послужног добра да приспјанак да се преко његове непокретности употреби службености тумачи у корист већег броја сопственика послужних (и истовремено и послужних добара) не може забранити употребу службености једноме ој сопственика ако то није искључио првиком давања изјаве о приспјанку.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Љигу П. бр. 312/96 од 30. септембра 1996. године, ставом изреке под I одбијен је тужбени захтев којим је тужиља тражила да се утврди да тужена Милена нема право стварне службености пролаза североисточном страном кат. парц. 710/1 и 710/2 КО Ивановци, ширином од четири метра ради доласка у своју к. п. бр. 724/3 исте катастарске општине, што би тужена била дужна признати и престати са пролазом. Ставом изреке под II тужиља је обавезна да плати туженој парничне трошкове у износу од 652,50 динара.

Пресудом Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1553/96 од 28. новембра 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, тач. 10 ЗПП, на коју ревизијски суд пази по службеној дужности а не стоје наводи у ревизији да суд није ценио наводе жалбе, јер то што није прихватио жалбене наводе који се односе на истинитост исказа сведока Пешић Радосава и Станојчић Радојка, не значи да није ценио жалбене наводе. Наиме, у смислу чл. 8 ЗПП, судови цене исказе сведока по свом слободном судијском уверењу, а на основу слободне оцене доказа утврђују чињенице релевантне за решење овог спора. У конкретном случају нижестепени судови су поклонили веру сведоцима Пешић Радославу и Станојчић Радојку а не туженој Милени.

Наводи о погрешној примени материјалног права нису основани.

Предмет тужбеног захтева је утврђивање да тужена нема право стварне службености пролаза преко катастарске парцеле 710/1 и 710/2 КО Ивановци, на којима су са по 1/2 сувласнице тужиља и њена сестра, а ради доласка у своју катастарску парцелу бр. 724/3 исте катастарске општине.

У проведеном поступку је утврђено да су сведоци Станојчић Радојко и Пешић Радослав били иницијатори формирања пута који полази од пута Јиг-Белановица и иде преко парцела неколицине власника па између осталог и преко парцела на којима је тужиља сувласник са својом сестром, продужава даље преко парцеле тужене а затим преко парцела других лица и завршава се са уласком у парцелу наведених сведока. Пошто је њима био то једини начин да дођу до својих парцела, они су обављали разговоре са власницима парцела ради добијања дозвола власника да се формира пут. Утврђено је да им је отац тужене Милене, њен правни претходник, дао сагласност да се формира пут преко његове парцеле, али под условом да и он има право да пролази тим путем. Утврђено је да су Радослав Пешић и Радојко Станојчић добили сагласност и од тужиље и од њеног супруга да преко тужиљиних парцела секу пут.

Код овако утврђеног чињеничног стања правилно су нижестепени судови применили одредбу чл. 51 Закона о основним својинскоправним односима, којим је предвиђено да се стварна службеност заснива правним послом.

Наводи у ревизији којима се истиче да тужиља и њен супруг нису знали ко ће све имати право службености не могу се прихватити јер тужиља своју изјаву о пристанку није условила тако да она производи правно дејство.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1277/97 од 3. јуна 1997. године)

Лица којима је сопственик дозволио да пролазе путем преко његовој земљишти да овозивања, не могу сматрати право стварне службености ни одржајем.

Из образложења:

Првостепеном пресудом Општинског суда у Куршумлији утврђено је да туженици Митровић Бошко, Радосав и Милан из Баћоглаве и Петровић Радош и Радисав из Данковића немају право службености пролаза преко имања и дворишта тужилаца Петровић Мирољуба и Петровић Миливоја путем који су тужиоци изградили и који се налази на к. п. број 2396/1 КО Данковић а за повласне парцеле туженика које се налазе на месту званом „Чука код гробља“ што су туженици били дужни да признају и да престану са пролажењем у року од 15 дана од правноснажности пресуде под претњом извршења. Обавезани су туженици да плате трошкове спора тужиоцима у износу од 350 динара.

Другостепеном пресудом одбијена је као неоснована жалба туженика и потврђена првостепена пресуда.

Против обе пресуде Републичко јавно тужилаштво поднело је захтев за заштиту законитости због битне повреде одредаба ЗПП и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу члана 408 у вези члана 386 ЗПП, Врховни суд је нашао:

Захтев за заштиту законитости није основан.

Првостепени суд је утврдио: да са источне стране парцеле тужилаца, а коју у ствари представља њихова кућна дворишта, пролази сеоски пут правцем север–југ који носи катастарску ознаку 1411 КО Баћоглава и овај пут иде у правој линији поред кућног дворишта тужилаца и у знатном је успону. Увиђајем на лицу места утврђено је да је овај сеоски пут у употреби односно погодан за саобраћај, да има довољну ширину за саобраћај, да је добро очуван а поред пута се налазе јаркови за одвођење атмосферске воде. Од овог сеоског пута одваја се спорни пут а који у почетку за дужину од 37 метара има правац исток–запад, затим се савија у луку и иде правцем север–југ и спаја се поново са сеоским путем 1411 КО Баћоглава. Спорни пут је са подлогом од шљунка и има ширину 2,5 метра а сеоски пут који носи ознаку 1411 КО Баћоглава је проходан до места где се спорни пут поново улива у сеоски пут 1411. Такође је утврђено да је овај спорни пут који пролази кроз парцелу тужилаца број 2396/1 у КО Данковиће у блажем успону у односу на сеоски пут. Овај сеоски пут је снимљен детаљним премером 1939–1940. године. Даље је првостепени суд утврдио да је супруга туженика Бошка Митровића – Митровић Даница у даљем сродству са тужиоцима, с обзиром да потиче из те фамилије, те да је отац тужилаца с обзиром на сродство и добре односе са туженицима повремено дозвољавао туженицима да пролазе путем који се налази у дворишту тужилаца. Суд је закључио да је отац тужилаца имао поверење у туженике да ће престати са пролажењем у сваком тренутку када они то затраже с обзиром да су туженици за приступ за своје парцеле имали сеоски пут који пролази поред парцеле тужилаца и који је проходан. Стога је првостепени суд закључио да су туженици злоупотребили поверење које им је указивао отац тужилаца јер је као пријатељ са туженицима дозвољавао да повремено пролазе кроз његову парцелу и поред чињенице да поред парцеле тужилаца постоји сеоски пут. Стога је првостепени суд закључио да туженици нису могли стећи службеност по основу одржаја с обзиром на одредбу члана 54, став 2 Закона о основним својинскоправним односима који прописује да се стварна службеност не може стећи одржајем ако је вршена злоупотребом поверења власника и држаоца послужног добра силом, преваром или ако је службеност уступљена до опозива.

Другостепени суд је прихватио становиште првостепеног суда закључујући да је спорна службеност туженицима фактички уступљена само по дозволи тужилаца односно до опозива, те да туженици нису могли стећи право службености по основу одржаја у смислу цитираног закона.

Врховни суд налази да су нижестепени судови спорни однос расправили правилном применом материјалног права.

Није основан навод у захтеву републичког јавног тужилаштва којим истиче да ни у изреци ни у образложењу нису набројана повласна добра па то представља битну повреду из члана 354, став 2, тачка 13 ЗПП, јер је изрека неразумљива. Пресуда је јасна и разумљива будући да се у изреци идентификује парцела послужног добра која доводи до парцела туженика у месту званом „Чука код гробља“ која се налази поред сеоског пута. Ово и није било спорно а у парници се у смислу члана 7 ЗПП расправљају само спорне ствари. Спорно је било да ли су туженици стекли право службености пролаза преко

послужног добра тужилаца. Правилно су нижестепени судови закључили да то право туженици нису стекли јер су преко парцеле тужилаца која представља окућницу пролазили само уз дозволу тужилаца, односно њиховог оца. Отуда је правилан закључак да туженици таквим коришћењем нису могли одржајем стечи службеност у смислу члана 54., став 2 Закона о основним својинскоправним односима.

Није основан ни навод да првостепени суд није утврдио стање сеоског пута нити локацију повласног добра. Локација повласног добра јасно је означена и идентификована на скици вештака а проходност сеоског пута првостепени суд је утврдио како из исказа саслушаних сведока тако и из исказа вештака а и увиђајем суда на лицу места чија је проходност констатована на записнику са лица места од 22. маја 1996. године. Тим записником је констатовано да је тај сеоски пут најсуш шљунком са изграђеним каналом са стране за отицање сеоских вода и да је проходан. Како је првостепени суд на правилно и потпуно утврђено чињенично стање правилно применио материјално право, а у захтеву се и не указује о којој повреди материјалног права се ради, то произлази да је захтев неоснован па је одбијен као у изреци.

(Пресуда Врховног суда Србије, Гз. 48/97 од 5. новембра 1997. године)

Сојсіївеник по послужноз добра, не може посећи шуму на свом добру, само да би сузио или искључио право сојсіївеника по повласноз добра да се користи службеношћу напасања стоке.

Из образложења:

Пресудом Окружног суда у Новом Пазару Гж. 384/95 од 7. фебруара 1996. године преиначена је пресуда Општинског суда у Новом Пазару П. бр. 57/95 од 17. фебруара 1995. године тако што је делимично усвојен тужбени захтев и утврђено да је туженом привремено престало право службености напасања стоке на тужиочевој к. п. бр. 1866 званој „Батин до“ – шума IV класе, уписана у поседовном листу број 29 КО Бекова у наредних 13 година, од дана доношења ове пресуде, те се тужени обавезује да престане са напасањем стоке на наведеној парцели у наредних 13 година и одлучено је да свака страна сноси своје трошкове спора.

Против пресуде Окружног суда у Новом Пазару благовремено је ревизију изјавио тужени, због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу члана 383 ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија туженог основана.

У току поступка утврђено је да је поравнањем закљученим у парници пред Општинским судом у Новом Пазару П. бр. 481/62 између туженог и оца тужиоца, на парцели тужиоца број 1866 званој „Батин до“ уписаној у поседовни лист број 29 КО Беково установљено у корист туженог право тужилаца на овој парцели посекао раније постојећу шуму и на истој засадио саднице бора и смрче.

Из ових чињеница првостепени суд је закључио да је тужени на основу поравнања П. бр. 481/62 од 4. јуна 1963. године стекао право службености

пашарења, и да ова службеност као и свако друго ограничење подразумева да се власник лиши одређених овлашћења којим би се повређивала права титулара службености, те да је тужилац извршио бесправну сечу шуме са циљем да се туженом ускрати право коришћења установљене службености пашарења на парцели, те да предузимање тих радњи не представља промењене околности, нити разлог за престанак права службености предвиђен одредбом члана 58 Закона о основним својинскоправним односима.

Са овим образложењем првостепени суд је одбио тужбени захтев тужиоца да се утврди да је туженом престало право службености напасања стоке на тужиочевој кат. парцели број 1866 званој „Батин до“.

Окружни суд у Новом Пазару је својом пресудом преиначио пресуду Општинског суда и делимично усвојио тужбени захтев и утврдио да је туженом привремено престало право службености напасања стоке на тужиочевој кат. парцели број 1866 у наредних 13 година и то од дана доношења пресуде.

По оцени Врховног суда пресуда Окружног суда захваћена је битном повредом одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 13 ЗПП, на шта основано у ревизији указује тужени.

Наиме, своју одлуку другостепени суд је засновао на одредби члана 36 и 50 Закона о шумама, које као императивне одредбе обавезују тужиоца као власника шуме да уместо посечене шуме засади нове саднице, као и да је паша дозвољена у шумама када је узраст дрвећа такав да им стока не може наносити штету. Како из налаза и мишљења вештака произлази да је за садницу белог бора потребно осам до десет година, да прерасте висину крупне стоке, а за смрчу 10 до 13 година да достигне исту висину, за који је период потребно забранити пашу, то је Окружни суд првостепену пресуду преиначио и утврдио да је привремено престало право службености напасања стоке на парцели тужиоца у року од 13 година.

Пресуда Окружног суда, по оцени Врховног суда не садржи разлоге о одлучним чињеницама, а дати разлози су нејасни и противуречни, због чега се одлука не може засада са сигурношћу испитати.

Наиме, у пресуди Општинског суда констатовано је да је извршена бесправна сеча шуме од стране тужиоца са циљем да се туженом ускрати право коришћења службености пашарења на парцели број 1866, као и да је против тужиоца вођен кривични поступак за пустошење шума, а оценом исказа сведока Бајровића Назифа, који је у овој парници и био и вештак, првостепени суд је утврдио да приватне шуме не уживају заштиту шумског газдинства. Окружни суд, преиначујући пресуду Општинског суда, уопште не даје разлоге о одлучној чињеници на којој заснива примену одредбе члана 36 и 50 Закона о шумама, а то је да ли је тужилац секао шуму зато да би је обновио, тј. подмладио, да ли је то чинио сагласно чл. 38 и 39 Закона о шумама, те да ли је био овлашћен да мења постојеће стање ствари, и да у присуству стеченог права туженог да тужиочеву парцелу користи ради испаше стоке, сечом стабала и подизањем нових садница установљено право туженог сузи односно искључи.

Како се у одлуци другостепеног суда не ради само о другачијој примени материјалног права на утврђено чињенично стање, већ је за такву примену

материјалног права било нужно располагати и потпуним чињеничним стањем, које није садржано у првостепеној пресуди, то је Врховни суд одлучио као у изреци а на основу члана 395, став 2 ЗПП, укинуо пресуду другостепеног суда и предмет вратио на поновно суђење.

(Решење Врховног суда Србије, Рев. бр. 4643/97 од 9. септембра 1997. године)

III СУСЕДСКО ПРАВО

29

Kada je тужилац сазидао своју стамбену зграду без грађевинске дозволе, не може захтевати правну заштиту кад су у штетију суседски односи.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Лесковцу П. бр. 3670/95 од 7. јуна 1996. године, одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се према туженом утврди да је постављањем ограде од пластифицираног лима на гвозденим стубовима на к. п. бр. 1688/2 у КО Лесковцу у мерама и границама и то почев правцем север–југ од јужног угла стамбеног објекта тужиоца Крсте па идући ка северу у дужини од 10,5 м и висини 4,5 м, злоупотребио суседско право те да му се наложи да у року од 15 дана уклони постављену ограду. Истом пресудом тужилац је обавезан да туженом накнади трошкове парничног поступка.

Пресудом Окружног суда у Лесковцу Гж. бр. 1296/96 од 16. октобра 1996. године, преиначена је пресуда Општинског суда у Лесковцу П. бр. 3670/95 од 7. јуна 1996. године у односу на главни захтев тако што је усвојен тужбени захтев па је утврђено да је тужени постављањем ограде од пластифицираног лима у мерама и границама ближе описаним у изреци првостепене пресуде, злоупотребио суседско право па је наложено туженом да у року од 15 дана уклони постављену ограду под претњом принудног извршења. Изреком под II иста пресуда у односу на трошкове спора укинута је и предмет враћен првостепеном суду на поновни поступак и одлучивање.

Против пресуде Окружног суда у Лесковцу тужени је благовремено изјавио ревизију 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, тач. 10 ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија туженог основана.

Предмет тужбеног захтева у овој парници је да се утврди да је тужени подизањем високе металне ограде од пластифицираног лима између свог и плаца тужиоца злоупотребио суседско право те да му се наложи да ову ограду уклони.

У првостепеном поступку је утврђено да су тужилац и тужени суседи јер им се плацеви граниче. Тужилац је корисник плаца к. п. бр. 1689/1 КО Лесковац и власник стамбеног и помоћних објеката саграђених на том плацу без грађевинске дозволе, иако се ради о градском рејону. Објекат тужиоца сазидан је до саме међне линије плацева странака иако се тужени томе противио. Због градње објекта без грађевинске дозволе тужиоцу је наложено

рушење куће, али она још увек није порушена. Тужени је корисник катастарске парцеле бр. 1688/2 и власник стамбеног и помоћних објеката саграђених на тој парцели уз грађевинску дозволу. Између плацева странака постоји бетонска ограда висине 70 см на којој је надограђена гвоздена ограда висине 1,20 м. Тужени је у току 1992. године до постојеће ограде са своје стране плаца поставио спорну ограду од пластифицираног лима у дужини од 10,5 м а у висини од 4,5 м. До постављања ове ограде дошло је због поремећених односа странака који су поремећени од када је тужилац без грађевинске дозволе саградио свој стамбени објекат до саме међе, до дворишта туженог тако да његов улаз гледа у прозоре куће туженог.

Првостепени суд је вештачењем преко вештака грађевинске струке утврдио да спорна ограда спутава поглед у комшијско двориште, и у мањој мери спречава и продор мириза и звукова са тужиочевог плаца, али и да, с обзиром на правац пружања, ствара сметње стамбеном објекту тужиоца умањењем осунчања у послеподневним часовима, а објекту туженог у преподневним часовима. Ограда се, према налазу вештака, не може сматрати нормалном оградом између суседа. Према налазу вештака неуропсихијатра због спорне ограде тужилац и чланови његове породице када улазе у своју кућу имају осећај да улазе у затвор, тунел или рудник и тај осећај прераста у незадовољство, а код тужиоца изазива осећај несигурности, и беспомоћности, што ствара стање напетости и доводи до кулминације негативних емоција тако да и мали повод може да доведе до асоцијалне радње.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, према оцени Општинског суда постављање спорне ограде не представља злоупотребу суседског права у смислу чл. 5 Закона о основним својинскоправним односима, који прописује шта се тачно сматра злоупотребом права. Ниједан услов из поменуте законске одредбе није испуњен, па је из наведеног разлога Општински суд одбио тужбени захтев тужиоца као неоснован.

Окружни суд је стао на становиште да је тужени подизањем неубичајено високе ограде између свог и тужиочевог плаца злоупотребио своје право својине због чега је преиначио првостепену пресуду и усвојио тужбени захтев, па туженог обавезао да ограду уклони.

Изражено становиште Окружног суда не може се прихватити као правилно.

Полазећи од утврђених чињеница да је тужилац свој стамбени објекат изградио без грађевинске дозволе, према оцени Врховног суда не ужива право на судску заштиту, кад су питању суседски односи. Надлежни орган управе није тужиоцу издао грађевинску дозволу, већ је он на своју руку, бесправно, подигао стамбени објекат на међи свог и тужениковог плаца, па се сада не може позивати у овој парници на правне прописе ради заштите свог права у несметаном коришћењу бесправно подигнутог стамбеног објекта. У конкретном случају, пре би се могло говорити да је тужени био принуђен на самозаштиту од бесправне градње тужиоца, подизањем високе металне ограде неубичајених димензија.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1548/97 од 25. јуна 1997. године)

IV ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ

ПРАВО ПЛОДОУЖИВАЊА

30

Право плодоуживања пресијаје ако плодоуживалац није у тој требљавао ствар у року од три године, а сопственик се у том раздобљу претпоставио у тој треби.

Из образложења:

Предмет тужбеног захтева у овој парници је предаја у посед по основу права плодоуживања једне собе са улице и шанк-бара, те исплата износа од 5.400,00 динара због некоришћења ових просторија у периоду од 1. јануара 1992. године па до 17. јуна 1996. године.

У току поступка пред Општинским судом утврђено је да је тужиљи право плодоуживања признато на раније постојећој уличној згради, која се састојала од две собе, ходника, кухиње и шпајза и то решењем истог суда О. 166/77 од 17. маја 1977. године, када је расправљена заоставштина њеног супруга. Међутим, после тога извршена је комплетна адаптација ове зграде и дотрагивања, тако да на лицу места више и нема старе куће као самосталне грађевинске целине која је била предмет права плодоуживања од стране тужиље. Због тога, тужиља никада није ни користила по основу права плодоуживања целу кућу, него само део куће и неке друге просторије као што су летња кухиња са туш купатилом и нужником (ве-цеом) и још неке помоћне просторије. Истовремено, правноснажном пресудом истога суда П. бр. 198/89 од 7. маја 1991. године тужиљи је признато право својине на тој кући са једном трећином идеалног дела.

Имајући у виду овако утврђено чињенично стање Општински и Окружни суд су правилно применили материјално право када су одбили тужбени захтев за предају у посед спорних просторија по основу права плодоуживања, те исплату наплате за коришћење ових просторија, јер сходно правним правилима грађанског права, право плодоуживања у сваком случају престаје невршењем три узастопне године, а тужиља ово своје право после адаптације и дотрагивања уличне зграде није ни засновала. Зато су и неосновани наводи у ревизији да је побијана пресуда заснована на погрешној примени материјалног права.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 4603/97 од 8. априла 1997. године)

ПРАВО СТАНОВАЊА (НАВИТАТИО)

31

*Повремено одсуствување субјекта права из стапања ради нећевања близ-
кој сродника и издавања у закући за то време не представља основ за прес-
танак права стаповања.*

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Новом Саду П. бр. 1810/94 од 23. септембра 1994. године, одбијен је као неоснован тужбени захтев којим је тужиља

тражила да се утврди да је туженој престало право доживотног бесплатног становања у стану који се налази у приземљу стамбене зграде у Новом Саду, Трг Светозара Марковића број 11, и састоји се од две собе, кухиње, купатила, шпајза, ходника – предсобља, те гараже у дворишту, и да је тужиља обавезана да туженој накнади трошкове парничног поступка.

Пресудом Окружног суда у Новом Саду Гж. бр. 669/95 од 22. августа 1996. године, одбијена је као неоснована жалба тужиље и потврђена пресуда Општинског суда у Новом Саду П. бр. 1810/94 од 23. септембра 1994. године.

Против пресуде Окружног суда у Новом Саду тужиља је благовремено изјавила ревизију 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, став 2, тачка 10 ЗПП, Врховни суд је одлучио да ревизија тужиље није основана.

Према утврђеном чињеничном стању тестаментом сачињеним дана 3. децембра 1979. године, оставилац, сада покојна Савета Стојковић, бивша из Новог Сада, оставила је у наслеђе своју породичну стамбену зграду у Новом Саду, улица Светозара Марковића број 11, постојећој на катастарској парцели број 9682 у површини од 0,6 ари и 27 m², уписане у зкл. бр. 6418 КО Нови Сад, Матици српској у Новом Саду, заједно са књигама свог покојног брата Лазара Стојковића, са обавезом да Матица српска обезбеди – трпи доживотно бесплатно становање тужене Јовановић Катице у стану у приземљу ове породичне стамене зграде, а који се састоји од предсобља, собе, кухиње и шпајза, или јој обезбеди такав одговарајући стан са станарским правом. Тужена је у предметном стану са својом породицом становала од 1971. године. Она је ту живела и пазила сада покојну Савету и њеног сада покојног брата Лазара. У предметном стану тужена је стално боравила до 1993. године, а од тада у предметни стан повремено долази, с обзиром на то да негује бабу свог супруга која живи сама у својој кући у Футогу а стара је и болесна, а уз то је сломила и кук. За време одсуствања тужена је издавала предметни стан подстанарима у закуп који су са њом у родбинским односима, али више ради чувања стана када је она одсутна него из финансијских разлога. Сматрајући да је повременим напуштањем и издавањем предметног стана под закуп тужена изгубила право доживотног становања, тужиља предметном тужбом тражи да се утврди да је туженој престало право доживотног бесплатног становања у предметном стану, и да се тужена обавеже да се исели и преда у посед тужиоцу предметни стан.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања правилно су нижестепени судови одбили тужбени захтев. За своју одлуку другостепени суд је дао разлоге које прихвата и овај суд. Наиме, Окружни суд правилно закључује да је легатом у корист тужене заснована лична службеност становања тужене у предметном стану, да су обим и садржина овог права утврђени тестаментом и да се састоје у бесплатном доживотном становању тужене у предметном стану. Непрекидно борављење тужене у стану није услов опстанка легата. Према томе, повремено одсуствовање тужене из стана ради неговања близског сродника – бабе свог супруга и издавање предметног стана у закуп за време одсутности тужене, не представља основ за престанак права личне службености на предметном стану, како је то правилно закључио и Окружни суд.

Према томе, како се и по нахођењу Врховног суда нису стекли услови за престанак права доживотног бесплатног становашта тужење у предметном стану и за њено исељење, то је ревизијски суд оценио законитим одлуке нижестепеног суда којим је тужбени захтев Матице српске одбијен као неоснован.

(Пресуга Врховног суда Србије, Рев. бр. 928/97 од 14. маја 1997. године)

ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО

I УГОВОРНО ПРАВО

ЗАКЉУЧЕЊЕ ПРЕДУГОВОРА

32

Предуговор се мора закључити у форми која је потребна за закључење главног уговора.

Из образложења:

Чланом 45 Закона о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ* бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ* бр. 31/93) је прописано да је предуговор такав уговор којим се преузима обавеза да се доцније закључи други, главни уговор, да прописи о форми главног уговора важе и за предуговор, као и да заинтересована страна може преко суда тражити да се наложи другој страни да у року од шест месеци по истеку уговореног рока приступи закључењу главног уговора.

Чланом 104, став 1 Закона о облигационим односима је предвиђено да је у случају ништавости предуговора свака страна дужна да врати другој све оно што је примила по основу таквог уговора.

У предметном спору, полазећи од утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно закључили да је предметни предуговор ништаван правни посао зато што исти није закључен у форми која је потребна за главни уговор који није закључен. Наиме, пошто се предуговор односи на закључење уговора о купопродаји непокретности, то је предуговор морао бити закључен у форми у којој се закључује уговор о купопродаји непокретности. Пошто то није случај са предметним предуговором, то су нижестепени судови правилно закључули да се ради о ништавом предуговору. Нижестепени судови су, такође, правилно закључули да је тужени у обавези да тужиоцу врати примљени износ који је овај дао приликом закључења предуговора на име дела купопродајне цене.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 388/98 од 15. октобра 1998. године)

ПРИВИДАН УГОВОР

33

Одредбом члана 66, став 2 Закона о облигационим односима прописано је да ако привидан уговор прикрива неки други уговор, тај други важи ако су искуњени услови за његову правну ваљаност. Пошто се симуловани правним послом прикрива други правни посао, симуловани правни посао је ништав, јер српanke нису хијеле оно што су изјавиле, а за дисимуловани

Правни посао важи правило да се његова јуноважност пресуђује према правилима која важе за тај посао.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу тужиоци Слободан и Миљко Божанић и пок. Радиша Божанић, отац тужених, поред осталих, наследници су имовине иза свог оца пок. Гвоздена Божанића бив. из Гуче. Према уговору о деоби овереном код Општинског суда у Гучи под Ов. бр. 594/69 од 27. октобра 1969. године, закљученим између свих наследника пок. Гвоздена Божанића, уговорачу Радиши Божанићу, правном претходнику тужених – противтужиља, припала је сва имовина која је предмет овог спора. На основу изведенih доказа у поступку је утврђено да је наведени уговор о деоби симуловани правни посао којим је прикривен уговор о купопродаји закључен између пок. Радише Божанића и тужиоца Миљка Божанића, по коме је Миљко продао свом брату 1/2 овде спорних непокретности, као и полу-видану кућу, која је такође предмет спора, за цену од тадашњих 3,5 милиона динара. Како пок. Радиша није имао пару да плати договорену купопродајну цену то је са тужиоцем Слободаном Божанићем закључио уговор о зајму 30. октобра 1969. године на основу кога је зајмодавац Слободан дао на зајам Радиши износ од милион тадашњих динара са роком враћања до краја фебруара месеца 1971. године. Тачком III тог уговора зајмопримац Радиша даје као залогу зајмодавцу своју ливаду, место звано „Страна“ (које је у поступку налазом вештака идентификовано и утврђено је да се ради о овде спорним кат. парцелама бр. 908/3, 913/1, 911 и 910), а тачком VII уговора уговорне стране су се договориле да уколико зајмопримац до договореног рока не врати позајмљени новац пренеће ливаду дату у залогу зајмодавцу, тако да ће се позајмљени новац сматрати као исплата за вредност некретнине. Такође, увидом у признаницу од 25. октобра 1969. године утврђено је да је Миљко Божанић позајмио Радиши Божанићу износ од 2,5 милиона ондашњих динара са роком враћања до 1. јануара 1970. године, или је саслушањем сведока утврђено да новац није позајмљен већ да је та признаница служила као доказ да је пок. Радиша Божанић дуговао брату Миљку на име неисплаћене купопродајне цене наведени износ. У поступку је утврђено да су тужене – противтужиље наследнице имовине која је предмет спора иза свог оца пок. Радише Божанића на основу решења о наслеђивању Општинског суда у Гучи Ов. бр. 58/76 од 26. јула 1976. године.

На основу утврђеног чињеничног стања судови у побијаним одлукама налазе да је на основу одредбе члана 24, став 1, 25, став 1, 4 и 5, члана 28, став 4, члана 61, 69 и 72, став 2 Закона о основама својинскоправних односа и члана 973, став 1 Закона о облигационим односима противтужбени захтев основан те да су противтужиље сувласнице са противтуженим на наведеним непокретностима у односима и на начин ближе прецизирају у изреци првостепене пресуде.

У захтеву за заштиту законитости савезног држavnог тужиоца истиче се да је у побијаним пресудама погрешно примењено материјално право јер су побијане пресуде у супротности са одредбама члана 124, 126, 127, 132 и 135 Закона о облигационим односима.

У побијаним пресудама судови су заузели правно становиште да је уговор о деоби закључен 27. октобра 1969. године симуловани правни посао којим се прикрива уговор о продаји непокретности закључен између пок. Радише Божанића и тужиоца Миљка Божанића.

Одредбом члана 66, став 2 Закона о облигационим односима прописано је да ако привидан уговор прикрива неки други уговор, тај други важи ако су испуњени услови за његову правну вљаност. Према наведеној законској одредби пошто се симулованим правним послом прикрива други правни посао, симуловани посао је ништав, јер странке нису хтели оно што су изјавиле, а за дисимуловани правни посао важи правило да се његова пуноважност пресуђује према правилима која важе за тај посао.

Како је у конкретном случају дисимулован правни посао уговор о купопродаји непокретности, у поступку је било потребно утврдити да ли симуловани уговор о деоби садржи све елементе дисимулованог уговора о купопродаји, као и да ли су испуњени законом прописани услови за пуноважност тог уговора. Посебно се у конкретном случају мора водити рачуна о чињеници да пок. Радиша Божанић, као купац у прикривеном уговору о продаји, није платио продајну цену, те су судови дужни да оцене утврђене чињенице у складу са одредбама Закона о облигационим односима које се односе на права и обавезе уговорних страна у случају неиспуњења обавеза из уговора.

Како наведене одлучне чињенице које се односе на постојање и пуноважност привидног правног посла, тако и на испуњење обавеза уговорних страна из привидног уговора, у овом спору нису утврђене а од битног су утицаја на оцену основаности тужбеног и противтужбеног захтева, то се основано у захтеву за заштиту законитости указује да су побијаним пресудама повређене одредбе Закона о облигационим односима.

(Решење Савезног суда Гзс. бр. 50/98 од 17. децембра 1998. године)

НИШТАВОСТ УГОВОРА

34

Давање новца у циљу закључења брака према обичајима средине у којој живе парничне странке, представља правни посао који је ништав у смислу члана 104, став 2 ЗОО, јер је по свом циљу противдан привредним прописима, јавном поретку и добрим обичајима.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу првостепеног суда тужилац је у току 1978. године дао туженом износ од 30.000 аустријских шилинга на име куповине снахе – туженикове ћерке која је у то време живела у ванбрачној заједници са тужиочевим сином, и са њим је склопила брак 1979. године.

Одлуку о неоснованости тужбеног захтева првостепени и другостепени суд заснивају на одредби члана 103 и чл. 104 Закона о облигационим односима налазећи да се у конкретном случају ради о незаконитом и неморалном правном послу.

Ревизијски суд, међутим, сматра да без обзира што је тужилац утужени износ дао туженом на име склапања брака деце парничних странака, да тужилац има право на повраћај датог новца, јер би се тужени сагласно одредби члана 210 Закона о облигационим односима за утужени износ обогатио без правног основа.

Наведено становиште ревизијског суда не може се прихватити, јер је давање новца у циљу закључења брака између деце парничних странака, који се даје према обичајима средине у којој живе парничне странке, правни посао који је ништав у смислу члана 104, став 2 Закона о облигационим односима јер је по свом циљу противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. У примени наведене законске одредбе суд и ван захтева странака, по службеној дужности одлучује о последицама ништавости таквог уговора, што произлази не само из ове законске одредбе већ и из одредбе члана 3, става 3 Закона о парничном поступку и других одредаба Закона о парничном поступку према којима је суд дужан да спречи недозвољена располагања странака, односно неће пружити правну заштиту правном послу који је у супротности са принудним прописима.

У вези са изложеним, пуна заштита може се остварити само ако се отклоне последице ништавог правног посла у ком случају суд може одбити у целини или делимично захтев несавесне стране за враћање онога што је другој страни дала, а може и одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног правног посла преда општини на чијој територији она има пребивалиште или боравиште.

Суд, дакле, по службеној дужности мора оценити да ли су се стекли услови за одузимање предмета престаје у корист друштвено-политичке заједнице, а што подразумева утврђење околности из члана 104, став 2 и став 3 Закона о облигационим односима, од којих управо зависи изрицање имовинске санкције према несавесној страни.

Како у конкретном случају нису испитане, утврђене и оцењене све релевантне чињенице и околности за доношење одлука суда о одузимању предмета недозвољеног располагања странака у корист друштвено-политичке заједнице, то Савезни суд налази да је ради отклањања уоченог недостатка потребно да се предмет врати првостепеном суду на поновно одлучивање.

(Решење Савезног суда Гз. бр. 64/98 од 24. децембра 1998. године)

РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИСПУЊЕЊА

35

За раскид уговора због неиспруњења његовдано је да је уговорна страна која тражи раскид уговора испунила своје обавезе из уговора.

Из образложења:

Према члану 124 Закона о облигационим односима, за раскид уговора због неиспруњења потребно је да друга страна, у овом случају тужилац, испуни своју обавезу. Тек кад једна страна испуни своју обавезу, а друга страна не испуни своју уговорну обавезу потпуно или делимично, може се захтевати испруњење уговора или раскид уговора простом изјавом, ако раскид уговора не наступа по самом закону или ако нешто друго није одређено у самом уговору. Но, у сваком случају оштећена страна има право на накнаду штете.

Пошто у предметном спору тужилац није испунило своју уговорну обавезу, то су нижестепени судови правилно закључили да он нема право на раскид уговора због неиспруњења. Он може само да тражи да друга страна

испуни уговорну обавезу или евентуалну накнаду штете уколико за то постоје сви потребни услови.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 523/98 од 24. септембра 1998. године)

ИСПУЊЕЊЕ УГОВОРНЕ ОБАВЕЗЕ

36

Ако тужилац остаје при закљученом уговору који тужени не извршава, он може захтевати испуњење уговорне обавезе од стране туженог, а не накнаду штете причињене неиспуњењем уговорних обавеза.

Из образложења:

У случају када је тужилац уговорна страна која не жели да раскине закључени уговор већ исти одржава на снази, онда тужилац не може тражити накнаду штете причињене неиспуњењем уговорних обавеза од стране туженог, већ може тражити само испуњење уговорне обавезе од стране туженог, што у овом спору није случај. Наиме, штета нанета задоцњењем у испуњењу уговора није исто што и штета причињена неиспуњењем уговорних обавеза. У конкретном случају не ради се ни о накнади штете настале због доцње у започињању извршења уговора од стране туженог. Задоцнело испуњење, представља испуњење и то неуредно испуњење, за разлику од неиспуњења као продуженог закашњења које се протеже у недоглед.

Пошто у предметном спору тужилац остаје веран закљученом уговору, он не може тражити накнаду штете причињене неиспуњењем уговора, већ може захтевати само испуњење уговорне обавезе од стране туженог, како су то правилно закључили нижестепени судови.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 439/98 од 30. септембра 1998. године)

II ОДГОВОРНОСТ ЗА ПРОУЗРОКОВАНУ ШТЕТУ

УСЛОВИ ОДГОВОРНОСТИ

ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ПРОУЗРОКОВАНУ ШТЕТУ

37

Одредбом члана 218, став 1, тачка 1 Закона о служби у оружаним снагама (Службени лист СФРЈ број 7/85, 20/89, 40/89 и 26/90 и Службени лист СРЈ број 31/93 и 50/93) прописано је да за штету коју војно лице у вези са вршењем службе учини прећем лицу одговарајућем органу државе ако је штету учинило војно лице у ЈНА. У конкретном случају основано се у захтеву за заштиту законитости указује да су штете тужиоцу причиниле војна лица која се налазе на послужењу војног рока у време када су због вршења службе прећебала да буду приведена у касарну. Како је Војна полиција у вршењу свог војног задатка прописала да приведе објекте војнике у касарну и поред тога што су ови показивали знаке насиља, то је наведеним пропуштањем до приведења

нела настанку штете, те из ових разлога према штетираној одредби Закона стоји обавеза тужене државе да штету накнади тужиоцу.

Из образложења:

Према утврђењу суда тужилац је као милиционер при Станици милиције у Апатину 6. јануара 1990. године као дежурни радник упућен да пружи помоћ Војној полицији у завођењу реда и мира у кафићу „Хороскоп“ у Апатину. По доласку у кафић тужилац је затекао припаднике Војне полиције као и тројицу војника који су се налазили на одслужењу војног рока код Војне поште 3065 у Сомбору, а који су тог дана самовољно напустили своју јединицу. Војна полиција је покушала да приведе одбегле војнике, али од тога је одустала с обзиром на то да су ови претили да ће себе у том случају физички озледити. Након што је успостављен ред у кафићу припадници Војне полиције су се удаљили, а војници су се упутили улицом Бранка Радичевића у Апатину. Тужилац их је пратио патролним колима. Када је приметио да војници ломе прозорска стакла у наведеној улици, тада их је тужилац опоменуо да то не чине након чега су војници пришли тужиоцу и употребном физичке сile нанели му тешке телесне повреде померањем преграде носних костију на десну страну и лаке телесне повреде у погледу нагњечења десне јагодичне кости лица и нагњечења лобање. Због задобијених телесних повреда тужилац је претрпео нематеријалну штету која се огледа у физичким боловима, страху и душевним боловима због умањења животне активности. Пресудом Војног суда, ови војници су проглашени кривима и осуђени су због кривичног дела напада на службено лице у вршењу службене дужности прописаног чланом 214, став 3 Кривичног закона Републике Србије у вези са чланом 22 Кривичног закона СФРЈ.

На основу овог утврђења првостепени суд стао је на становиште да постоји објективна одговорност тужене државе СРЈ за причину штете.

Другостепени и ревизијски суд, међутим, стали су на супротно становиште налазећи да према одредби члана 218 тада важећег Закона о служби о оружаним снагама, тужена држава СРЈ није одговорна за штету причинујену тужиоцу од војника који су без дозволе напустили своју војну јединицу, будући да ови штети нису причинили у вези са вршењем службе.

Наведено становиште другостепеног и ревизијског суда се не може прихватити.

Одредбом члана 218, став 1, тачка 1 Закона о служби у оружаним снагама (*Службени лист СФРЈ* бр. 7/85, 20/89, 40/89 и 26/90 и *Службени лист СРЈ* бр. 31/93 и 50/93) прописано је да за штету коју војно лице у вези са вршењем службе учини трећем лицу одговара Федерација ако је штету учинило војно лице у ЈНА.

У конкретном случају основано се у захтеву за заштиту законитости указује да су штету тужиоцу причинила војна лица која се налазе на одслужењу војног рока у времену када су због вршења службе требало да буду приведена у касарну. Како је Војна полиција у вршењу свог војног задатка пропустила да приведе одбегле војнике у касарну и поред тога што су ови показивали знаке насиља, то је наведеним пропуштањем допринела настанку штете, те из тих разлога према цитираној одредби Закона о служби у оружаним снагама стоји обавеза тужене Државе да штету накнади тужиоцу.

(Пресуда Савезног суда Гз. бр. 27/98 од 22. октобра 1998. године)

ПОДЕЉЕНА ОДГОВОРНОСТ

38

Уколико је утврђено да је задобијена повреда на раду (препонска кила) резултат ранијег узрока (раније препонске киле за коју није одговорна тужена) и скока са приколице у једнакој сразмери (50:50) онда је одговорност тужене лимитирана на максимални износ од 50% од настале штете. У оквиру тако утврђене сразмере било је нужно испитати да ли постоји подељена одговорност за настalu штету у смислу члана 192 ЗОО.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању тужиља је као сезонски радник туженог претрпела повреде на раду на тај начин што је после истовара луцерке искочила из тракторске приколице на бетонску подлогу којом приликом је осетила бол у трбуху. Одмах је превезена у болницу и тада је констатовано да је услед скока задобила препонску килу, те је оперисана. Вештачењем је утврђено да је код тужиље смањена животна активност за 25% и да је то смањење последица раније операције киле (1989. године) и скока са приколице у подједнакој сразмери (50:50). По становишту низестепених судова тужена је искључиво крива за повреду на раду, јер није обезбедила адекватна средства заштите (мердевине). Међутим, судови сматрају да се тужиљи има умањити накнада нематеријалне штете због смањења животне активности за 50% од оне коју би добила због утицаја раније операције, а не и за остале видове штете.

Основано се у ревизији указује да су низестепени судови учинили битну повреду одредаба парничног поступка из члана 354, став 2, тачка 13 ЗПП, јер постоји противуречност у погледу узрочне везе између радње и последице, а осим тога судови нису ценили истакнути приговор подељене одговорности за настalu штету, због чега се правилност пресуда не може са сигурношћу испитати. Због погрешне примене материјалног права ни чињенично стање није потпуно и правилно утврђено.

Основ за накнаду нематеријалне штете није споран (својство радника и повреда на раду). Спорна је узрочна веза и евентуално постојање подељене одговорности за настalu штету. У погледу утврђене узрочне везе постоји међусобна противуречност. Ако је повреда на раду животни догађај који представља извор одговорности, онда сви видови нематеријалне штете морају имати исти третман. Телесна повреда (повреда на раду) проузрокује физички бол, душевни бол због умањења животне активности и страх. Пошто сви видови штете проистичу из једног штетног догађаја, то се узрочна веза односи на сва три вида штете (не досуђује се накнада штете због смањења животне активности, већ због душевних болова које оштећени трипли због смањење животне активности). Према томе, уколико је утврђено да је задобијена повреда на раду (препонска кила) резултат ранијег узрока (раније препонске киле за коју није одговорна тужена) и скока са приколице у једнакој сразмери (50:50) онда је одговорност тужене лимитирана на максимални износ од 50% од настале штете. У оквиру тако утврђене сразмере било је нужно испитати да ли постоји подељена одговорност за настalu штету у смислу члана 192 ЗОО. Тужена одговара по принципу кривице зато што није обезбедила прописано заштитно средство (мердевине) нити је надгледала да ли се заштитна средства употребљавају. Међутим, допринос тужиље настанку штете ће постојати ако је она знала или могла знати да услед раније операције препонске

киле не може безбедно искакати из тракторске приколице која није у покрету у условима када јој не прети опасност по живот и здравље без мердевина или нечије помоћи.

(Одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 2228/98 29. октобра 1998. године)

НАКНАДА

НАКНАДА ИМОВИНСКЕ ШТЕТЕ

39

Висина накнаде штете зависи од чињенице да ли је штета отклоњена, јер у том случају оштећени има право на накнаду у висини издатака које је платио за отклањање оштећења. У прописном, ако штета није отклоњена, оштећени има право на накнаду штете у висини трошка поправке према ценама у моменту пресуђења. Ово све под условом да је поправка возила била отправљана с обзиром на старост возила и његову вредност у моменту оштећења.

Из образложења:

Првостепени суд је обавезао осигуравајућу организацију да тужиоцу из НР Мађарске плати на име накнаде штете услед оштећења возила 19.835,59 динара.

Утврдио је да се саобраћајни удес додгодио 2. фебруара 1996. године. Тужилац је уз тужбу приложио предрачун од 12. августа 1996. године на износ од 22.428,23 динара. Вештач саобраћајне струке проценио је штету на дан 13. октобра 1997. године на износ од 19.835,59 динара који обухвата вредност делова за замену заједно са услугом утврђивања и вредност поправке оштећених делова који нису за замену. Првостепени суд своју одлуку заснива на наведеном налазу и мишљењу.

Тужени је приговорио процени вештака позивајући се на процену мађарског осигуравајућег друштва према којој је тужилац претрпео штету у висини 370.000,00 форинти што одговара суми од 3.600,00 DEM. Из исправе приложене уз овај приговор је видљиво да је штета процењена као тотална штета. Такође, да је возило тужиоца произведено 1984. године.

Начело одштетног права је да накнада не може бити већа од износа штете. Висина накнаде штете зависи од чињенице да ли је штета отклоњена, јер у том случају оштећени има право на накнаду у висини издатака које је платио за отклањање оштећења, а ако штета није отклоњена, оштећени има право на накнаду штете у висини трошка поправке према ценама у моменту пресуђења.

При оваквом стању ствари иако се не може уважити као опште усвојено начело да се штета досуђује према условима земље чију регистрацију возило носи, приликом решавања по жалби тужене осигуравајуће организације јавила се оправдана сумња у правилност утврђеног чињеничног стања на коме је заснована првостепена пресуда, јер првостепени суд није расправио и утврдио да ли је тужилац у међувремену поправио своје возило, те да ли је, с обзиром на старост возила и његову вредност у моменту оштећења, поправка оправдана.

Према наведеном, суд је уважио жалбу тужене, првостепену одлуку на основу члана 370, став 1 ЗПП укинуо и предмет враћа првостепеном суду на поновно суђење.

(Решење Окружног суда у Суботици Гж. бр. 1180/98)

40

Утврђене чињенице да тужилац не поседује возачку дозволу за управљање камионом, нити је у изгледу да је добије и да није ни тражио одобрење за обављање аутопревозничке делатности, не указује на то да би се добитак тужилаца од обављања те делатности могао основано очекивати према редовном току ствари, а у смислу члана 189, став 3 ЗОО, због чега је неоснован његов захтјев за накнаду штете услед некоришћења камиона.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу на коме су засноване пресуде нижестепених судова, тужилац као купац и тужени као продајац закључили су усмени уговор о купопродаји камиона. Тужени је након исплате купопродајне цене камион предао тужиоцу у државину, али му није предао и саобраћајну дозволу за камион, тако да тужилац није могао да изврши пренос камиона на своје име. Тужилац нема положен возачки испит, ни возачку дозволу за управљање камионом. Он такву дозволу и не може добити, с обзиром на своје године старости и здравствено стање, а ни у породици нема лица са положеним возачким испитом за управљање камионом. Утврђено је такође да тужилац није покренуо поступак пред надлежним органом управе за добијање одобрења за обављање аутопревозничке делатности.

На основу тако утврђених чињеница, правilan је закључак нижестепених судова да захтев тужиоца за накнаду штете због некоришћења камиона није основан. И по становишту Врховног суда, наиме, утврђене чињенице да тужилац не поседује возачку дозволу за управљање камионом, нити је у изгледу да је добије, и да није ни тражио одобрење за обављање аутопревозничке делатности, не указују да би се добитак тужиоца од обављања те делатности могао основано очекивати према редовном току ствари, а у смислу чл. 189, ст. 3 Закона о облигационим односима. Добитак који неко по субјективним проценама претпоставља, не може се сматрати елементом интегралне накнаде штете. То је само онај добитак који се с обзиром на објективне околности може основано очекивати. У овом случају, у односу на редован ток ствари, нижестепени судови правилно закључују да се тај добитак и није могао очекивати.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1726/98, од 22. септембра 1998. године)

НАКНАДА МОРАЛНЕ (НЕИМОВИНСКЕ) ШТЕТЕ

41

Накнада штете због смањене живоћине активностима преостављава повреде због којих је трајно и у већем степену умањена физичка или интел

лекарственна активност оштећеној, чије би последице он, током свог будућег живота, свакодневно трпео.

Из образложења:

Према чињеничном стању утврђеном у првостепеном поступку тужиља је претрпела лакше телесне повреде уједом пса туженог. Због претрпљеног страха и лакших физичких болова које је услед тога привремено трпела досуђена јој је новчана накнада, која није под ревизијом. Није утврђено да је тужиља због таквих повреда претрпела умањење животне активности. Према овако утврђеном чињеничном стању правилно је примењено материјално право када је другостепеном пресудом одбијен захтев тужиље као неоснован за накнаду штете због умањења животне активности.

Оваква одлука је у складу са одредбом члана 200 Закона о облигационим односима у вези члана 223 ЗПП.

Да би се могла потраживати накнада штете због смањене животне активности онда мора бити утврђено путем вештачења да је оштећени, кривицом штетника, претрпео такве повреде због којих је трајно и у већем степену умањена његова физичка или интелектуална активност, чије би последице током свог будућег живота свакодневно трпео, а то код тужиље није утврђено и не даје јој право на накнаду за тај вид нематеријалне штете.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 4262/97, од 17. септембра 1997. године)

ЗАСТАРЕЛОСТ ПОТРАЖИВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ ПРОУЗРОКОВАНЕ КРИВИЧНИМ ДЕЛОМ

42

У судској пракси заузет је став да се застарелост постраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом пресуђује по одредбама чл. 377 ЗОО у случајевима када је правноснажном осуђујућом пресудом кривичној суду утврђено постојање кривичној дела и одговорности лица за учинено кривично дело. Међутим, ако су постојале прописне смеште због којих је било апсолутно немогуће да се пропиштим учиниоца кривичној дела постапајућак покрене и оконча, било зато што је учинилац штете умро, или је недоступан органима ћењења, или је нейознат, или је тај, у штетију више извршилаца, парнични суд је у таквом случају овлашћен да утврди, као претходно штетије, да ли је штетајућа прузркована таквом радњом која у себи садржи елемените кривичној дела, јер кривично дело може да постоји и када је кривични постапајућак изостао.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу судова син тужиље пок. Драган Андрић рођен 7. априла 1969. године у Ваљеву, погинуо је 20. септембра 1991. године у селу Товарник као војник Војне поште 2028/9 Ваљево у сукобу са паравојним формацијама Републике Хрватске. Решењем Војне поште 2082-2 број Оп-81/91 од 25. марта 1992. године тужиља је делимично обештећена и на име накнаде за претрпљене душевне болове исплаћен јој је износ од 310.000 ондашњих динара. Тужбу у овој парници тужиља је поднела 16. октобра 1996. године којом захтева накнаду неимовинске штете због претрпљених душевних болова

услед губитка сина, као и накнаду трошкова сахране и накнаду за подизање надгробног споменика.

Одлuku о неоснованости тужбеног захтева судови у побијаним пресудама заснивају на одредби члана 376, став 1 Закона о облигационим односима, оцењујући основаним приговор застарелости потраживања кога је законски заступник тужене истакао у току поступка, јер је захтев поднет након истека субјективног рока од три године од када је тужиља као оштећена сазнала за штету. При том судови налазе да се застарелост потраживања накнаде штете у конкретном случају не може ценити са становништва примене члана 377 Закона о облигационим односима, јер посебан рок застарелости потраживања накнаде штете прописан наведеном законском одредбом може се применити само када постоји конкретан учинилац кривичног дела који је оштећеном причинио штету.

Наведено становиште судова засада се не може прихватити.

У судској пракси заузет је став да се застарелост потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом углавном пресуђује по одредбама члана 377 Закона о облигационим односима у случајевима када је правносажњом осуђујућом пресудом кривичног суда утврђено постојање кривичног дела и одговорност лица за учинено кривично дело.

Међутим, ако су постојале процесне сметње због којих је било апсолутно немогуће да се против учиниоца кривичног дела поступак покрене и оконча, било зато што је учинилац штете умро, или је недоступан органима гоњења, или је непознат, или пак у случају више извршилаца, парнични суд је у таквом случају овлашћен да утврди као претходно питање да ли је штета проузрокована таквом радњом која у себи садржи елементе кривичног дела, јер кривично дело може да постоји и када је кривични поступак изостао. При том деловање парничног суда није усмерено на утврђивање кривичне одговорности (јер се то може утврдити само у кривичном поступку), већ да би сагласно начелу пружања јаче заштите праву оштећеног на накнаду штете проузроковане кривичним делом применио посебна правила о застарелости захтева за накнаду штете из члана 377 Закона о облигационим односима.

Како је према доказима у спису смрт пок. Драгана наступила у сукобу са паравојним формацијама Републике Хрватске, то је према изложеном у наставку поступка потребно утврдити да ли су припадници паравојних формација Републике Хрватске спорном приликом извршили кривично дело против друштвеног уређења и безбедности СФРЈ (глава XV КЗ СФРЈ) или кривично дело против оружаних снага СФРЈ (глава XX КЗ СФРЈ) и које кривично дело, као и из којих разлога против њих није вођен кривични поступак. У случају да се утврди постојање кривичног дела, као и чињеница да против учиниоца из објективних разлога није могао бити проведен кривични поступак, застарелост потраживања спорне накнаде штете треба ценити са аспекта примене члана 377, став 1. Закона о облигационим односима и у односу на тужену државу СРЈ као одговорно лице с обзиром да према преамбули Устава СРЈ ова наставља непрекидни субјективитет СФРЈ, и то по правилима објективне одговорности за причињену штету.

(Решење Савезног суда Гзс. бр. 72/98 од 24. децембра 1998. године)

III ПОСЕБНИ УГОВОРИ

РАСКИД УГОВОРА О ПОКЛОНУ ЗБОГ ГРУБЕ НЕБЛАГОДАРНОСТИ

43

Закон о облигационим односима није регулисао уговор о поклону, па шиме ни разлог је због којих се раскид таквог уговора може тражити. Међутим, судови правилно оцењују да поклонодавац може тражити враћање поклона ако је поклонопримац показао грубу неблагодарност. Такво сматрање судова у сличности је са основним начелима наше грађанској законодавствома и у складу је са одредбом члана 115 Закона о наслеђивању. По том законском пропису опозивање уговора о уступању имовине могуће је, ако је поклонопримац према претку, који му је уступио своју имовину, показао грубу неблагодарност.

Испаша, закон не дефинише појам грубе неблагодарности, али по аналогији наведене законске одредбе реч је о грубој неблагодарности када понашање поклонопримца указује на такву неблагодарност.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу првостепеног суда мајка парничних странака пок. Лепосава Рајчић закључила је 25. децембра 1959. године са туженим Петром уговор о поклону који је оверен пред Општинским судом у Љигу под Ов. бр. 960/59. Према садржини тог уговора Лепосава је своме сину, туженом Петру, поклонила тачно одређене непокретности, док је друге такође одређене непокретности поклонила сину Богдану. Они су од тада засновали посебна домаћинства и то на имовини коју су наведеним уговором добили. Од тада па све до 1970. године пок. Лепосава је живела у домаћинству туженог Петра када је ово домаћинство напустила, и тек 1991. године поднела тужбу за раскид, односно поништај наведеног уговора због неблагодарности поклонопримца, као и зато што је у питању привидан уговор закључен са циљем да се избегне примена принудних прописа о арондацији. Након смрти покојне Лепосаве тужиоци су као њени законски наследници преузели спор и остали при постављеном тужбеном захтеву.

Првостепени суд је након исцрпног доказног поступка и у складу са овлашћењима из члана 7 и члана 8 Закона о парничном поступку ценећи сваки доказ засебно и све доказе заједно и на основу резултата целокупног поступка утврдио да је неоснован тужбени захтев којим се тражи опозив поклона због грубе неблагодарности, као и да наведени уговор о поклону није привидан уговор у смислу члана 66 Закона о облигационим односима, јер није закључен између странака да би се тиме избегла примена принудних прописа о арондацији земљишта с обзиром да у том периоду а и у том потесу арондација није вршена.

Зато Савезни суд не налази да су побијане пресуде донете уз битне повреде поступка означене у члану 354, став 2, тачка 13 Закона о парничном поступку и да је то утицало на правилну примену материјалног права.

Законом о облигационим односима није регулисан уговор о поклону па тиме ни разлог је због којих се раскид таквог уговора може тражити. Међутим, правилно судови у побијаним пресудама оцењују да поклонодавац може тражити враћање поклона ако је поклонопримац показао грубу небла-

годарност. Такво становиште судова у сагласности је са основним начелима нашег грађанског законодавства и у складу је са одредбом члана 115 Закона о наслеђивању. По том законском пропису опозивање уговора о уступању имовине могуће је, ако је потомак према претку, који му је уступио своју имовину, показао грубу неблагодарност.

Истина, закон не дефинише појам грубе неблагодарности, али по аналогији наведене законске одредбе реч је о грубој неблагодарности када понашање поклонопримца указује на такву неблагодарност. У конкретном случају судови су у побијаним пресудама ценећи целокупно понашање туженог – поклонопримца и његов међусобни однос са мајком – поклонодавцем правилно оценили да нема грубе неблагодарности која би могла послужити као основ за опозив поклона.

Сем тога, судови у побијаним пресудама правилно оцењују да спорни уговор о поклону није привидан уговор, односно да се сагласно одредби члана 66 Закона о облигационим односима не ради о фиктивном правном послу. Наиме, фиктиван уговор постоји онда када је закључен у намери да се само створи привид као да је закључен, без намере уговарача да уговор изазове правно дејство.

Међутим, у конкретном случају спорни уговор је након закључења у потпуности реализован и то под условима и на начин како су се уговарачи у њему споразумели, па из тих разлога не ради се о привидном уговору којим су уговарачи хтели да изиграју принудне прописе о арондацији земљишта. Ово тим пре што поступак арондације у то време и у том потесу уопште није покретан.

(Пресуда Савезног суда Гз. бр. 66/97 од 24. септембра 1998. године)

ПРОМЕНА ОБЛИКА СВОЈИНЕ И ПРЕСТАНАК УГОВОРА О ЗАКУПУ

44

Промена облика својине на снажној непокрећности која је из друштвено-предузећа у државну својину Републике Србије, на основу одредбе члана 1 Закона о средstвима у својини Републике Србије, по становишту Врховног суда, није изменењен корисник снажне непокрећности. Органи и организације које су до ступања на снажу овога закона користиле непокрећности које су прешле у државну својину, настављају да их користе и њима распораджу у смислу члана 47, у вези са чланом 5 овог закона. У овом снажу ступилац своје право на предају снажне непокрећности заснива на овлашћењу закуподавца из члана 585 ЗОО да захтева враћање закупљене ствари огашеној као закупа, који ће престанку закупа више нема правни основ за државину тие ствари, коју је ће том основу – закупу – и примио огашеној као закуподавца.

Из образложења:

Из утврђеног чињеничног стања произлази да су парничне странке као уговорници, дана 25. марта 1994. године, закључиле уговор о закупу спорног пословног простора на одређено време од три године, а тужени се чланом 10 овог уговора обавезао да спорни пословни простор, по истеку времена за које

је закључен, преда тужиоцу као закуподавцу. Тужилац је по истеку овог периода, 4. децембра 1997. и 15. децембра 1997. године, обавестио туженог да је у обавези да преда спорни пословни простор, сада у државној својини Републике Србије, чији је корисник Фонд за стамбену изградњу у Аранђеловцу. Република Србија је након тога спорни пословни простор отуђила јавним надметањем трећем лицу — Весни Ђуран, са којом је закључен уговор о купопродаји спорног пословног простора 21. јануара 1998., о чему је тужени обавештен, с тим што на основу овог уговора о купопродаји није извршена промена титулара права својине у земљишној књизи.

Полазећи од тако утврђеног чињеничног стања, другостепени суд је правилно применио материјално право када је преиначио првостепену пресуду, усвојио тужбени захтев тужиоца и обавезао туженог да тужиоцу преда спорни пословни простор у државину, будући да је уговор о закупу спорног пословног простора престао.

Наиме, према одредбама члана 595 и 596 ЗОО, уговор о закупу закључен на одређено време, престаје самим протеком времена за које је закључен. Кад по протеку времена за које је уговор о закупу био закључен закупац продужи да употребљава ствар, а закуподавац се томе не противи, сматра се да је закључен нови уговор о закупу неодређеног трајања, под истим условима као и претходни. Уговор о закупу чије трајање није одређено, нити се може одредити због околности или месних обичаја, престаје отказом који свака страна може дати другој, поштујући одређени отказни рок, чија дужина, уколико није одређена уговором, износи осам дана, а закупац је дужан да закупљену ствар врати по престанку закупа, у смислу члана 597, у вези са чланом 585 ЗОО.

Закуподавац је, сагласно наведеним одредбама из члана 585 ЗОО, овлашћен да по престанку закупа, од закупца захтева враћање закупљене ствари, па из тог овлашћења произлази активна легитимација тужиоца — као закуподавца спорног пословног простора који је био предмет закупа – да у овој парници захтева предају спорног пословног простора, будући да је закуп престао.

Променом облика својине на спорној непокретности која је из друштве не прешла у државну својину Републике Србије, на основу одредаба члана 1 Закона о средствима у својини Републике Србије (*Службени гласник РС* број 53/95), по становишту Врховног суда, није изменењен корисник спорне непокретности. Органи и организације које су до ступања на снагу овога закона користиле непокретности које су прешли у државну својину, настављају да их користе и њима располажу у смислу члана 47, у вези са чланом 5 овог закона. Оваква промена облика својине од утицаја је на стварну легитимацију стражака у споровима ради заштите права својине у смислу одредаба члана 37 Закона о основама својинскоправних односа. У овом спору тужилац своје право на предају спорне непокретности заснива на овлашћењу закуподавца, из члана 585 ЗОО, да захтева враћање закупљене ствари од туженог као закупца, који по престанку закупа више нема правни основ за државину те ствари, коју је по том основу – закупу и примио од закуподавца.

Отуђење спорне непокретности трећем лицу, Весни Ђуран, правним послом, представља само основ за стицање права својине овог лица на спорној непокретности. Својина се стиче уписом у јавну књигу на основу правног посла у смислу члана 33 Закона о основама својинскоправних односа. Стога се без уписа овог права својине у јавну књигу не може сматрати да је то треће

лице као прибавилац закупљене ствари ступило у права и обавезе на место тужиоца као закуподавца и да је само то лице овлашћено да од туженог захтева враћање закупљене ствари у смислу члана 591 ЗОО.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 4825/98, од 29. октобра 1998. године)

ОТКАЗ ЗБОГ НЕПЛАЋАЊА ЗАКУПНИНЕ

45

Закуподавац може отказати уговор о закупу ако закупац не плаши закупину ни у року од 15 дана ипак да је закуподавац позвао на плаћање, с тим што и подношење тужбе представља позивање на плаћање закупине.

Из образложења:

Нижестепени судови су одбили тужбени захтев само зато што су оценили да тужилац, у смислу члана 584, став 1 Закона о облигационим односима, није пре подношења тужбе позвао туженог на плаћање закупнине. При том су занемарили да је и само подношење тужбе позивање на плаћање закупнине. С обзиром на то, постојали су услови да се судови упусте у мериторни спор. Они то нису учинили, па зато и постоје мане у примени материјалног права, због којих је и релевантно чињенично стање остало неутврђено. Имајући ово у виду, низестепене пресуде су, у смислу члана 395, став 2 ЗПП, укинуте, а предмет враћен на поновно суђење.

(Одлука Врховног суда Србије, Рев. бр. 4058/98 од 2. септембра 1998. године)

ОТКАЗ ЗАКУПА

46

Отиказ представља правну моћ закупца или закуподавца да изостане изјаве воле учини да престане да важи закључени уговор о закупу.

Из образложења:

Према чињеничном утврђењу радна заједница тужиоца на основу уговора бр. 3194/16 од 20. децембра 1985. године издала је туженом на привремено коришћење стан који је предмет овог спора. Чланом 4 наведеног уговора предвиђено је да свака од уговорних страна може отказати уговор у складу са чл. 74 Правилника о стамбеним односима, а чланом 8 уговора договорено је да уговор престаје да важи отказом од стране привременог корисника или радне заједнице, односно повратком носиоца станарског права или члана његовог породичног домаћинства. Пре закључења овог уговора тужилац је предметни стан дао на стално коришћење Борисаву Крстићу који се налазио на привременом раду у дипломатском – конзулярном представништву наше земље у иностранству, који је закључио са надлежном самоуправном интересном заједницом уговор о његовом коришћењу, али се у стан није уселио. С обзиром да је Борисаву Крстићу рад у иностранству престајао 30. јуна 1988. године, то је тужилац због његовог повратка туженом писменим

путем 25. фебруара 1988. године отаказао уговор о привременом коришћењу стана са отказним роком до 30. априла 1988. године. Како се тужени није иселио из стана, тужилац је Борисаву Крстићу дао други стан на коришћење. Према стању у списима утврђено је да тужени није учествовао на конкурсу за расподелу предметног стана.

На основу утврђеног чињеничног стања судови у побијаним одлукама налазе да је према одредби члана 597 Закона о облигационим односима предметни уговор престао да важи и да је тужени у обавези да стан испразни и преда тужиоцу.

У захтеву за заштиту законитости савезног државног тужиоца истиче се да су судови у побијаним одлукама погрешно применили одредбу чл. 597 Закона о облигационим односима, с обзиром на то да нису испуњени услови из члана 57 и 74 Правилника о стамбеним односима тужиоца.

Правно ставновиште савезног државног тужиоца се не може прихватити.

Неосновани су наводи Савезног државног тужиоца да у конкретном случају због неиспуњења услова прописаних чланом 57 и 74 Правилника о стамбеним односима тужиоца за отказ уговора о привременом давању стана на коришћење, предметни уговор није могао престати отказом, јер се у конкретном случају наведени уговор има третирати као уговор о закупу на неодређено време, с обзиром на то да Законом о стамбеним односима СР Србије који је био на снази у моменту закључивања уговора овакав начин давања стана на коришћење није био регулисан тим законом, па се имају применити одредбе Закона о облигационим односима које се односе на закуп.

Престанак закупа отказом регулисано је одредбом члана 597 Закона о облигационим односима којим се прописује да уговор о закупу чије трајање није одређено нити се може одредити престаје отказом који свака страна може дати другој поштујући одређени рок. Другим ставом наведене законске одредбе прописано је да ако дужина отказног рока није одређена уговором или законом или месним обичајима, она износи осам дана, с тим да отказ не може бити дат у невреме.

Према наведеној законској одредби отказ представља правну моћ закупца или закуподавца да путем једностране изјаве воље учине да престане да важи закључени уговор о закупу. Како је у конкретном случају, сходно наведеној законској одредби, као и на основу члана 8 Уговора о давању стана на привремено коришћење, тужилац, као закуподавац дана 25. фебруара 1988. године упутио туженом писмени отказ уговора са отказним роком до 30. априла 1988. године, то је тужилац у свему поступио у складу са законом и закљученим уговором, па се наведени уговор има сматрати престалим и тужени је, као закупац, дужан на основу одредбе члана 585, став 1 Закона о облигационим односима да стан врати.

(Пресуда Савезног суда Гзс. бр. 38/98 од 17. децембра 1998. године)

ПРИКАЗИ

Klaus Müller:

Sachenrecht

(4. neubearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, LV + 1087)

A. Карактер дела

1. Пред нама је још један немачки уџбеник стварног права, из пера Клауса Милера (Klaus Müller), професора Универзитета у Мајнцу. Будући да је реч о четвртом издању, и уџбеник и његов писац познати су одраније немачкој правничкој јавности. Ни његов издавач није од оних о којима се мало зна, него је управо један од најистакнутијих издавача правне литературе у Немачкој. У техничком погледу књига је заиста беспрекорна и за тог издавача стандардна, али је и њен идејни садржај такође на завидној висини. Нема уобичајену назнаку ни „кратких“ ни „великих“ уџбеника јер се не уклапа ни у један од тих шаблона, мада је ближа овом другом. Сигурно је, међутим, да садржи обимну и разноврсну грађу, изложену на веома јасан и прегледан начин. Намењена је и студентима правних факултета и правницима који раде у пракси, па је зато и подешена да задовољи потребе читалаца из обеју категорија.

2. Из предвора дознајемо да је писац у овом издању уџбеника узео у обзор не само новију литературу и судску праксу из области стварног права, него и сугестије и предлоге својих дотадашњих читалаца. Настојао је да важећа правила стварног права изложи у њиховој систематској повезаности, да истакне основне теоријске концепције и да њихове практичне последице учини видљивим у конкретним примерима из живота. Књига одражава ауторово схватање да правовољано решење појединачних ситуација може произаћи само из јасне теоријске доследности и да се теорија верификује искључиво кроз правично решење конкретних случајева. Стога писац стално тежи да своје излагање доведе у везу са индивидуалним случајевима, а нарочито са онима о којима се изјаснила и судска пракса.

Б. Садржина дела

1. Највеће засебне делове овог уџбеника чине његова поглавља, којих има укупно петнаест. Пре прве главе долази објашњење употребљених скраћеница, односно скраћено наведених дела, и списак одговарајуће стручне литературе. Изјаве последње главе следује десет прилога, у виду образца и формулара за вођење земљишних књига, на читавих педесет страна. Потом иде регистар правних прописа, са ознаком места њиховог навођења у уџбенику, и стварни регистар појмова. Излагање сваког питања започиње списком одговарајуће литературе, а сваки нов пасус има своју нумерацију која се ређа непрекидно од 1 до 3155. Највеће јединице у оквиру поглавља означене су параграфима и имају своје засебне наслове. Њих је веома много, и простор не дозвољава да их све набројим, те ћу се ограничити на наслове поглавља.

2. Главе уџбеника иду овим редом: 1) Утемељење стварног права; 2) Државина; 3) Својина; 4) Својински захтев за предају; 5) Однос власник–држалац; 6) Захтев за уклањање и уздржавање саобразно § 1004 BGB; 7) Право које се тиче непокретности, општа правила; 8) Права коришћена као ограничена стварна права на непокретностима; 9) Заложна права; 10) Наследно право грађења; 11) Стамбена својина; 12) Стицање својине на непокретним стварима; 13) Заложно право на покретним стварима; 14) Плодоуживање на покретним стварима; 15) Право које се тиче налаза ствари.

В. Одабрана места

Будући да је ово пети по реду немачки уџбеник стварног права који приказујем, веома сам се двоумио која питања да посебно издвојим. Јер нисам хтео да се садашњи избор поклопи са неким мојим ранијим избором. Сем тога, настојим увек да одаберем она питања која представљају неку специфичност немачког права и која би могла бити интересантна за наше читаоце. Овог пута избор је пао на својинску државину и на право грађења.

I. Својинска државина

a) Значај и садржина појма

1. Једна од особености немачког Грађанског законика (скраћено: BGB) чини и његова одредба о тзв. *својинској државини*, смештена у § 872: „Онај ко ствар држи као да му она припада јесте својински држалац.“ Милер ће приметити да појам својинске државине нема непосредан значај у праву које се односи на државину,

али је он од важности у низу одредаба BGB о другим питањима. Тако је својинска државина претпоставка за стицање својине одржајем и присвајањем напуштене ствари (§ 958 BGB), као и за стицање плодова од ствари (§ 955 BGB). Сем тога, одговорност због штете узроковане рушењем грађевине везује се за својинску државину (§ 836 BGB).

2. Тумачећи § 872 BGB, Милер посебно истиче да је за својинску државину битан субјективан став држаоца према ствари, тј. да се он према њој односи као према властитој. Такав однос заснива својинску државину и у случају када држалац зна да није власник ствари коју поседује. Стога и лопов који присваја ствар има положај својинског држаоца, без обзира на то што му недостаје материјалноправни основ. Уз то, свака врста државине може се квалифиkovати као својинска, а нарочито непосредна и посредна, па и судржавина. Појмовно, супротност својинској државини чини „туђа државина“ или „државина за другога“. Она постоји увек кад држалац хоће да државину употребљава у оквирима неког правног система са посредним држаоцем (стр. 83).

3. Писац тврди да је својинска државина основана чим је држаочева воља да ствар држи као своју видљива споља. У многим случајевима, таква воља долази до изражaja у самом чину стицања, на пример, кад се државина задобија путем преноса или крађе. Али се власничка државина може стећи и преобраћањем туђе државине у својинску државину. То бива, рецимо, у случају утаје туђе ствари и у случају преношења својине у форми *traditio brevi manu*, саобразно § 929 BGB. Воља да се туђа државина преобрati у својинску мора доћи до изражaja у неком споља видљивом понашању. То се дешава ако туђи држалац недвосмислено прекорачи границе свога односа са посредним држаоцем. Тако на пример, онај ко узме на послугу неку књигу може формирање воље својинског држаоца исказати на тај начин што ће на књизи написати властито име. С друге стране, својство наследникove државине зависи од усмерености воље оставиочеве у тренутку наслеђивања, а не од воље наследника. Ако наследник жели да такву квалификацију државине промени, мора то показати одговарајућим видљивим понашањем (стр. 83).

4. Својинска државина може се окончати не само губитком поседа, него и преобраћањем воље да се ствар држи као своја у вољу да се она држи као туђа. Но, у сваком случају то вала учинити радњом која је споља видљива. На пример: уговорањем одређеног односа са лицем које задобија статус посредног држаоца (стр. 83).

б) *Својинска државина на покретним стварима као основ претпоставке својине*

1. Већи део излагања Милер посвећује својинској државини на покретним стварима као основу за претпоставку својине. Такву претпоставку прописује § 1006 BGB. То показује да је законодавац водио рачуна о функцији публицитета коју има државина, али и о правилу да је стицање својине на покретним стварима условљено њиховом државином. Стога, по мишљењу аутора, § 1006 BGB треба тумачити тако да се најпре претпоставља да је садашњи својински држалац приликом стицања државине стекао и својину. Али се ова претпоставка проширује тиме што једном стечена својина, за време државине, траје и даље. Из таквог тумачења произлази да претпоставка својине не важи за онога које најпре имао туђу државину а потом њу преиначио (стр. 84).

2. Аутор наглашава да претпоставка из § 1006 BGB важи у корист сваког својинског држаоца, па био он посредни или непосредни. Али, ако непосредни држалац омогућује некоме посредну државину, он није својински него туђи држалац. Сходно томе, за њега не важи ни претпоставка да је власник ствари. Посредни пак држалац може се користити претпоставком својине само ако је својински држалац, тј. ако своју државину не изводи из државине неког другог као „врховног“ држаоца. Уосталом, правило из § 1006 BGB има циљ да државину на покретним стварима учини индицијом својине, па се најпре претпоставља да је свака државина својинска државина, јер она једино тако бива индицијом својине (стр. 84). С друге стране, кад је реч о судржавини, § 1006 BGB заснива претпоставку сусвојине. Разуме се, ако један судржалац докаже да су остали судржаоци туђи држаоци, тиме се заснива претпоставка искључиве својине тога судржаоца (стр. 85).

3. Правило о претпостављеној својини из § 1006 BGB није без изузетка. Оно не важи за ранијег држаоца од кога је ствар украдена, изгубљена или је нестала на било који начин, осим уколико се ради о новцу или вредносном папиру који гласи на доносиоца. Јер под наведеним условима садашњи држалац није могао прибавити својину приликом стицања државине (§ 935 BGB), тако да је претпоставка својине оборена *per se* (стр. 85).

4. Милер наглашава да претпоставка својине делује искључиво у корист држаоца, не и на његову штету. Стога, ако се захтев за предају темељи на својини покретне ствари, против њеног држаоца нема места позивању на правило о претпоставци својине из § 1006 BGB. Напротив, подносилац захтева мора доказати да је власник ствари. Уосталом, претпоставка својине користи свакоме ко своје право изводи из права својинског држаоца. Тако на пример, ако закупац ствари тражи од неког трећег да му је преда, он

се може позивати на претпоставку својине коју § 1006 BGB прописује у корист закуподавца као посредног својинског држаоца, како би доказао да своје овлашћење за држање ствари изводи из односа са закуподавцем (стр. 85).

5. Писац ће посебно истаћи да претпоставка својине није апсолутна него релативна. Она бива оборена чим се докаже да држалец покретне ствари није са стицањем државине стекао истовремено и својину. Држалец не мора при том да изложи чињенице из којих би се дало закључити да је стекао својину. Напротив, цео терет доказивања лежи на ономе ко оспорава својину држаоца ствари. Истина, дејство претпоставке о својини престаје чим се утврде чињенице које, на први поглед (*prima facie*), говоре да је стицање својине приликом задобијања државине искључено. Ако, на пример, купац стекне државину ствари а да за њу није платио одговарајућу цену, тада доказ *prima facie* говори против претпоставке о његовој својини, уколико се куповина односи на браншу у којој је уобичајено да се право својине задржи док цена не буде исплаћена. Општи је став Савезног врховног суда Немачке да оповргавању претпоставке о својини не треба постављати сувише високе захтеве, како се та претпоставка не би претворила у фикцију својине. Управо примена правила о *prima facie* доказу кадра је да ову претпоставку одржи у стању које је законодавац желео (стр. 86).

II. Право грађења

a) Појам

Праву грађења Милер посвећује цело једно поглавље у своме уџбенику. При томе ће указати на околност да је ово право било најпре уређено у параграфима 1012–1017 BGB, а потом је, одговарајућом Уредбом од 1919. године, издвојено из BGB и засебно регулисано. У суштини, право грађења је ограничено стварно право на земљишту, иако оно заснива својину на одређеним предметима, тј. на грађевинама које су њиме обухваћене. Ималац тог права је овлашћен да на површини одређеног земљишта или испод његове површине подигне неку грађевину. Тако подигнута грађевина, у правном погледу, није саставни део земљишта за које је физички везана, него се третира као битан део права грађења. За такво поимање грађевине није од значаја да ли је она подигнута тек после установљења права грађења или пре тога. Власник грађевине је обавезно ималац права грађења. Грађевину обухваћену правом грађења не оптерећују ни постојећа заложна права на земљишту, док право грађења ужива уставну заштиту (стр. 657–658).

б) Наследник

Право грађења настаје на исти начин као и остала стварна права на земљишту, тј. споразумом између власника земљишта и стицаоца права грађења и уписом у земљишну књигу. Уредба о праву грађења захтева да се приложи посебан земљишнокњижни лист, који потом представља релевантну земљишну књигу за сва дешавања која се тичу права грађења. Она не допушта да се право грађења установи под раскидним условом, а ако је такав услов уговорен, сматраће се ништавим, док право грађења остаје у важности. Међутим, уговарање одложног условия јесте допуштено (стр. 659).

в) Садржина

1. Писац констатује да из законског текста проистиче да се само једно земљиште као целина може оптеретити правом грађења. Међутим, то право не мора имати за садржину коришћење целокупне површине одређеног земљишта. С друге стране, укупно право грађења може постојати на више различитих земљишта. То бива у случају кад се ради о грађевини која се простира на више суседних земљишта. Значајно је да се право грађења може засновати само са првим рангом. Ако се оно упише са неким низким рангом, сматраће се да такав упис не важи, те ће се брисати по службеној дужности. Из Уредбе нужно проистиче да се на једном земљишту може установити само једно право грађења, јер само једно такво право може стајати на првом месту (стр. 660). Али, то није препрека да право грађења буде оптерећено неким ограниченим стварним правом које се односи и на земљиште. Штавише, право грађења може бити оптерећено другим истоврсним правом, у ком случају имамо *подправо грађења* (стр. 661).

2. За имаоца права грађења битно је да на земљишту стекне одређену грађевину, која је већ подигнута или ће се тек подићи. Подизање грађевине треба да уследи употребом рада и материјала који не стоје ни у каквој вези са земљиштем. Појам „грађевина“ подразумева зграде свих врста, као што су стамбене и пословне зграде, на земљи и испод земље, али и мостове и вијадукте, затим шахтове, привредне уређаје, бензинске пумпе и спортске објекте, уређаје за голф и игралишта за децу. Грађевина која је предмет права грађења мора бити доволно одређена у споразуму између страна уговорница и уписана у земљишну књигу. Тај услов није испуњен ако се само каже да је у питању „подизање грађевине“, али је назнака да се ради о „кући за становање“ доволјна (стр. 661–662).

3. Милер подвлачи да право грађења, по својој суштини, није временски ограничено, али се оно може орочити, и орочење мора бити утврђено уговором и уписано у земљишној књизи. Време трајања овог права могуће је ограничити и као доживотно право одређеног лица. Сем тога, карактер ограничења има и споразум да рачунање рока почиње од неког тренутка који пада пре уписа права грађења у земљишну књигу, па самим тим и пре него што је то право настало (стр. 664). Међутим, за конкретно лице може се уговорити и право првенствене обнове права грађења. Право обнове представља овлашћење имаоца да, после гашења тог права услед протека рока, захтева његово поновно успостављање, уколико власник допушта неком да стекне право грађења на земљишту. Ово право је слично праву прече куповине, па стога за њега аналогно важе прописи о праву прече куповине. Наспрам лица коме је власник допустио да стекне право грађења право обнове има карактер предбележбе (стр. 668).

4. У право грађења може се укључити и *стварно право куповине*. На основу тог права ималац је у позицији да путем једностране изјаве воље закључи са власником уговор о куповини земљишта. Стварно право куповине делује и према трећим лицима која желе да прибаве земљиште. Од права куповине које има носилац права грађења треба разликовати његову *обавезу* да, на захтев власника, купи земљиште. Таква обавеза може се уговорити само као облигационоправна обавеза, без стварноправног дејства (стр. 668).

ѣ) Отуђивосї и наследивосї права грађења

Битну карактеристику права грађења чини могућност његовог отуђења и наслеђивања. Без тих својстава право грађења није ни могуће конституисати. Не може се, исто тако, искључити ни могућност оптерећења права грађења неким другим ограниченим стварним правом. Али је допуштено да се могућност отуђења права грађења услови сагласношћу власника земљишта. У том случају, недостатак власникова сагласности повлачи неважност не само отуђења и оптерећења, него и посла обавезивања који има за предмет отуђење или оптерећење права грађења. Ималац права грађења је овлашћен да захтева сагласност власника земљишта уколико не постоје никакви стварни разлози да он сагласност одбије (стр. 669). Отуђење права грађења следује саобразно § 873 BGB, тј. путем одговарајућег уговора и уписа у земљишну књигу. Интересантно је да уговор о отуђењу није везан за одређену форму и да се право грађења може пренети и на самог власника земљишта (стр. 676).

g) Накнада за јраво грађења

По правилу, власник земљишта уступа другоме право грађења уз надокнаду. Ипак, то је првенствено ствар међусобног споразума лица која су у питању, тј. подлеже слободи уговорања, уколико та слобода није изричito искључена, као што је случај кад се ради о изградњи станова у општекорисне сврхе. Накнада се може одредити као „куповна цена“ или као „рента за грађење“, која се плаћа периодично и прилагођава се промењеним околностима. Постоји и могућност да се ренти одреди стварноправни карактер, тако да она представља реалан терет за право грађења, у корист сваког власника земљишта. То је повољна околност за имаоца права грађења, јер у ренту није укључена прометна вредност земљишта (стр. 671–672).

ћ) Заштита јрава грађења

Писац констатује да се на право грађења примењују, начелно, прописи који важе за овлашћења што произлазе из својине. То значи да је право грађења заштићено на исти начин на који је заштићена и својина. Али ваља водити рачуна о чињеници да су грађевине на које се право грађења односи саставни делови тог права, те да се његова заштита односи и на њих. Сходно томе, ималац права грађења може, саобразно § 985 BGB, захтевати од држаоца да му уступи државину грађевине, уколико држалач нема наспрам њега право на државину. Захтев за предају грађевине може бити уперен и против власника земљишта, јер се својина земљишта не протеже на грађевине на које се право грађења односи (стр. 675–676).

e) Гашење јрава грађења услед истека времена

1. Милер истиче да се право грађења гаси, по сили закона, кад истекне време за које је оно установљено. Гашење није условљено посебним уписом у земљишну књигу, јер упис има само декларативан значај. Са гашењем права грађења грађевина на коју се оно односи постаје саставни део земљишта са којим је физички везана; својина на земљишту аутоматски се протеже и на грађевину. Ималац угашеног права грађења није овлашћен да грађевину уклони нити да њене битне делове присвоји. Али се забрана уклањања не односи на ствари које нису битан део грађевине и које су јој приододате само ради привремених циљева (§ 95, став 3. BGB).

2. Пошто власник земљишта постаје и власник грађевине на коју се угашено право грађења односи, дужан је да дотадашњем имаоцу права грађења исплати обештећење за грађевину. Висина обештећења одређује се према вредности грађевине у тренутку

гашења права грађења. У истом тренутку и захтев за обештећење сматра се доспелим. О висини обештећења заинтересована лица могу склапати међусобне споразуме са стварноправним дејством. Али ће аутор упозорити читаоца да је та слобода уговорања ограничена кад је реч о праву грађења које служи задовољењу стамбених потреба лица из категорије низких службеника. У том случају, обештећење мора износити најмање две трећине од укупне вредности грађевине. Потраживање обештећења осигурано је заложним правом на земљишту, и оно има исти ранг који је имало и угашено право грађења.

3. Аутор напомиње да би обавеза власника земљишта да плати обештећење за право грађења могла за њега представљати неприкладно оптерећење. Да би га од тога заштитила, Уредба о праву грађења гарантује му могућност да исплату обештећења одбије за време за које се право грађења продужује. Продужење права грађења представља промену садржине тог права, која изискује сагласност страна и упис у земљишну књигу, саобразно § 877 BGB. Понуду за продужење права грађења власник земљишта мора учинити пре него што се то право угаси протеком времена. Ако ималац права грађења одбије ту понуду, његово право на обештећење се гаси (стр. 679).

4. Са гашењем права грађења морају се нужно угасити и сва стварна права која на њему постоје. За повериоце хипотеке, земљишног и рентног дуга и реалног терета, образује се фонд за обештећење, из којег њихова потраживања бивају намирена саобразно правилима Закона о принудном извршењу (стр. 679). Ако је ималац права грађења издао грађевину у закуп, власник земљишта, који је са гашењем права грађења постао власник и грађевине, ступа у уговор о закупу, уместо имаоца права грађења, и постаје закупопродајац. Он је овлашћен да уговор откаже (§ 565 BGB). Закупац може од њега захтевати да се у примереном року изјасни да ли ће користити своје право отказа. Ако тај рок протекне узалудно, ванредни отказ уговора више није могућ (стр. 680).

ж) Укидање права грађења правним послом

Милер засебно говори о укидању права грађења путем правног посла. То се постиже једностраним изјавом имаоца права грађења да напушта то право и уписом у земљишној књизи. Ако је право грађења оптерећено неким стварним правом у корист одређеног лица, за гашење је потребна и његова сагласност. Сем тога, гашење је условљено и сагласношћу власника земљишта. Мада и у овом случају грађевина на коју се право грађења односи постаје саставни део земљишта, његов власник нема законску обавезу да обештети носиоца права грађења за одговарајућу грађевину. Али је могуће

да се питање обештећења уреди одговарајућим споразумом између заинтересованих страна (стр. 680–681). Ни у овом случају носилац угашеног права грађења није овлашћен да грађевину уклони нити да њене делове присвоји, осим ако је другачије уговорено. Стварна права трећих лица која право грађења терете гасе се без намирења, јер су се та лица као повериоци сагласила са укидањем права грађења. Ако је грађевина или њен део био предмет уговора о закупу, власник земљишта ступа у тај уговор као закуподавац, уместо имаоца права грађења (стр. 680–681).

Г. Закључак

Милеров уџбеник стварног права има своје истакнуто место међу савременим немачким уџбеницима исте врсте. Свако у њему обрађено питање, па и оно најситније, добило је своје засебно место, одговарајући наслов и нумерацију. Писац има нарочит осећај и за садржину и за форму онога о чему пише. Настојао је да његов уџбеник буде што даље од оних у којима се „од шуме не види дрвеће“. У њему је заиста све веома систематизовано и прегледно, тако да се неодоливо намеће за читање. Они којима овај уџбеник стоји надохнат руке, немају никакав разлог за недоумицу, јер их као читаоце очекује необично задовољство.

Јаков Радишић

Manfred Wolf:
Sachenrecht
(14., ergänzte und überarbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung,
München, 1997, XIX + 435)

А. Карактер дела

1. Међу савременим немачким писцима кратких уџбеника стварног права, име Манфреда Волфа (Manfred Wolf), професора универзитета у Франкфурту, заузима истакнуто место. Нашим читаоцима он би могао бити познат и као прерађивач чуvenог Ларенцовог уџбеника *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (8. Auflage, München 1997).¹ Пред нама је 14., допуњено и прерађено издање

¹ О томе видети приказ у: *Анали Правног факултета у Београду*, број 1–3/1997, стр. 240–248.

његове *Скице (Grundriss) стварног права*, коју је објавио највећи немачки издавач правне литературе, С. Н. Веск. Књига је у мекоме повезу али у савршеној штампарској техници, која визуелно веома привлачи читаоца. Привучен том спољашњом лепотом, читалац ће, међутим, осетити убрзо и другу врсту задовољства коју му ова књига пружа.

2. Већ сама чињеница да је реч о четрнаестом издању сведочи о прекомерној „потрошњи“ овог уџбеника, коју нису спречиле бројне понуде других истоврсних дела. Волфов уџбеник је намењен не само студентима права него и приправницима. У њему је целокупна испитна материја, изложена на веома прегледан и јасан начин. За разлику од осталих немачких правних писаца, Волф не следи систематику немачког Грађанског законика (скраћено: BGB). Он најпре говори о својини, о њеним уставним темељима и разноврсним функцијама, па тек онда о државини, и то у оквиру поглавља о својини. Излагање свих важнијих проблема започиње на вођењем два до три практична случаја, која се завршавају питањем како би их ваљало решити. Објашњењем задате теме писац ће дати и одговор на свако од тих питања. Читалац тако бива убрзо свестан да све што је у овој књизи казано није пука теорија него стварни живот, сагледан очима стручњака. Тај утисак појачава додатно и често навођење одлука виших немачких судова, а у неким случајевима и Европског суда за људска права. На крају долази увек и сумаран упоредни преглед француског, италијанског и енглеског права. Тиме је јасно стављено до знања да је Немачка члан Европске уније и да се њени студенти не могу задовољити познавањем искључиво домаћег права.

Б. Садржина дела

1. Књига се састоји од шест поглавља, чије су највеће јединице означене параграфима, који се ређају непрекидно из поглавља у поглавље. На почетку стоји објашњење употребљених скраћеница, а на крају регистар параграфа из појединих закона, са назнаком страница на којима су они наведени у уџбенику, и стварни регистар појмова.

2. Прва глава је посвећена објашњењу основних појмова стварног права. Она садржи два параграфа, у којима се говори о својеврсности и значају стварног права и о његовим принципима.

3. Друга глава односи се на својину. Њу сачињавају шест параграфа, који иду овим редом: 1) Садржина и врста својине; 2) Границе својине; 3) Својина у привреди и предузеће; 4) Својина и уређење земљишта; 5) Својина и стан; 6) Државина.

4. Наслов треће главе гласи: „Заштита својине“. Ову главу чини осам параграфа међу којима су најважнији: 1) Опсежна заштита својине; 2) Својински захтев за повраћај; 3) Захтеви за предају користи и накнаду штете; 4) Захтев за уздржавање и отклањање; 5) Приватноправне обавезе трпљења, судско право; 6) Конкуренција између приватног и јавног права у праву које се тиче непокретности.

5. Четврта глава има назив: „Стицање и губљење својине“, а подељена је на два одељка. Први одељак је насловљен са „Стицање и губљење права на непокретности“. О томе писац расправља у четири параграфа: 1) Преношење и оптерећење непокретности; 2) Предбележба; 3) Јавно поверење у земљишне књиге; 4) Исправљање земљишне књиге. Други одељак је означен са „Стицање и губљење својине на непокретним стварима“, а рашчлањен је на шест параграфа: 1) Преношење својине на покретним стварима; 2) Стицање покретних ствари у доброј вери; 3) Прерада, спајање и мешање; 4) Намирење због губитка права; 5) Стицање производа и саставних делова; 6) Остали основи стицања и губљења.

6. Пeta глава обухвата „Права која се тичу обезбеђења и уновчавања“. Њен први параграф односи се на значај и функцију права које се тиче обезбеђења. Потом следи први одељак, посвећен правима обезбеђења на покретним стварима, па други одељак, у коме је реч о заложним правима на непокретностима.

7. Шеста глава односи се на права коришћења туђих ствари. У њој су изложене најпре службености, а потом право плодоуживања.

B. Одабрана места

Будући да је ово четврти мој приказ немачких уџбеника стварног права, тешко ми је да одаберем место за детаљније приказивање које се тематски не подудара са већ одабраним местима у неком ранијем приказу. Не због тога што је мало тема које овај уџбеник обрађује, него што сам себи поставил задатак да одаберем она места која би могла бити интересантна за наше потенцијалне читаче. Учинило ми се да би њих могле интересовати ове две теме: 1) Јавно поверење у земљишне књиге и 2) Начела стварног права.

I. Јавно поверење у земљишне књиге

Излагање ове проблематике аутор је разлучио на два дела: 1) Претпоставка тачности и 2) Стицање права на непокретности у доброј вери.

a) Претпоставка тачности

Писац полази од констатације да упис у земљишну књигу има значај битног услова за стицање стварних права на непокретностима. Строге претпоставке поступка и материјалноправни захтеви за укњижење пружају извесну гаранцију да земљишна књига тачно изражава стварноправне односе који се тичу непокретности. Зато BGB, у § 891, утврђује законску претпоставку тачности земљишне књиге: „Ако је у земљишној књизи уписано неко право за некога, тада се претпоставља да му то право припада. У случају кад је у земљишној књизи неко уписано право избрисано, претпоставља се да то право не постоји.“ Ова претпоставка има за последицу премештање терета доказивања. Онај ко је уписан као овлашћени не мора да доказује своје право, јер се претпоставља да оно заиста постоји. Зато онај који упис не признаје као тачан мора да доказује његову нетачност. Да би се оборила претпоставка о својини, није, међутим, нужно доказати да не постоји ниједан од могућих основа за стицање одређеног стварног права; довољно је ако се утврди непостојање оног основа који стицање уписаног лица оправдава (став Савезног врховног суда Немачке, наведен на стр. 207). То значи да § 891 има исту функцију као и § 1006 BGB, који прописује претпоставку својине у корист држаоца покретне ствари.

б) Стицање права на непокретности у доброј вери

1. Волф подвлачи да далекосежна вероватноћа тачности правних односа уписаних у земљишној књизи, сходно одредби § 891 BGB, користи не само укњиженоме; закон штити и учеснике у правном саобраћају који се ослањају на тачност земљишне књиге (јавно поверење у земљишну књигу). Под условом да су у доброј вери, учесници у правном саобраћају могу уписана права стећи и кад она уопште не постоје или кад нису онаква као што их упис приказује. Лице које је заиста овлашћено губи своје право уколико није уписано у земљишној књизи као његов имаоник, јер заштита промета која се обавља помоћу правних послова и која се поуздава у тачност земљишне књиге, заслужује предност. На пример: Ако је лице А грешком уписано у земљишној књизи као власник и ако оно непокретност уступи лицу Б, тада Б, уколико је у доброј вери, може стећи својину и у случају да је стварни власник лице Е, те да А није био ни овлашћен да располаже непокретношћу.

2. Међутим, § 892 BGB штити једино уписе који се тичу стварноправних односа, а нарочито опстојања, садржине и носилаца стварних права на непокретностима или права на праву; нису заштићени фактички односи изван земљишне књиге, као што су, на пример, обрада земљишта или зидање зграда, чак и кад су

прибележени у земљишној књизи (став Савезног врховног суда Немачке, наведен на страни 208).

аа) Подручје важења

1. Писац ће нарочито истаћи да се заштита веровања у тачност земљишне књиге односи само на располагање стварним правима путем правних послова који су уписаны у земљишној књизи. Правне промене што настају на основу закона или управног акта нису тиме обухваћене. Параграф 892, став 1 именује као заштићене само послове којима се располаже, односно стиче неко право на непокретностима. То подразумева стицање својине или успостављање неког ограниченог стварног права, као што су службеност и залога, и њихов пренос на другога. Поред тога, § 891 штити и стицање стварних права на ограниченим стварним правима, у облику плодоуживања и залоге. Нису, међутим, заштићене фактичке ситуације (на пример, да је земљиште обрађено) нити ситуације које се тичу постојања или непостојања облигационоправних односа, као што је, на пример, уговор о закупу. То је видљиво из § 571 BGB, који гласи: „Ако непокретност дату у закуп, после предаје закупцу, закупдавац отуђи неком трећем, тада прибавилац ступа на место закупдавца...“ Није реч о располагању својином на непокретности ни у случају кад се ортачки удели уступе друштву које је сувласник непокретности (стр. 209).

2. По § 893 BGB, заштиту јавног поверења ужива посебно и лице које је издејствовало предбележбу, јер предлог за упис предбележбе представља располагање непокретношћу. Тренутак меродаван за добру веру јесте време уписа предбележбе, односно време подношења предлога за упис. То важи и у случају кад је предлог за предбележбу поднет ради осигурања будућег захтева. Међутим, заштита јавног поверења не подразумева искључиво стицање у доброј вери права које је уписано а које у стварности не постоји; поред тога, § 892 BGB штити и стицање без терета, ако постојеће право није уписано или ако је изbrisано (стр. 210).

бб) Искључење стицања у доброј вери

1. Више пута Волф ће упозорити читаоца да јавним поверењем у земљишну књигу треба да буду заштићени они учесници у правном саобраћају који верују у тачност земљишне књиге. Не заслужује, међутим, такву заштиту онај ко зна да је упис у земљишној књизи нетачан. Исто тако, нема заштите ни у случају кад се забележбом противљења у земљишној књизи скреће пажња на могућу нетачност одређеног уписа.

2. Лицу које зна да је земљишна књига нетачна није потребна заштита. Оно може да се управља према стварном стању конкретног права и да се само заштити од штете због стицања права које не постоји. Зато § 892 BGB искључује стицање таквог лица у доброј

вери. Међутим, с обзиром на важност веровања у земљишне књиге које државни органи воде по службеној дужности, стицање у доброј вери искључено је само кад се ради о *позитивном знању*. Поред информације о стању земљишне књиге, промет који се обавља путем правних послова не изискује никакво допунско проверавање. За разлику од правила које се тиче стицања својине од невласника на покретним стварима (§ 932, став 2 BGB), овде није довољно и незнање условљено грубом непажњом. Али је Савезни врховни суд Немачке заузео став да се са позитивним знањем може изједначити неразумно опирање стицалаца да сазна право стање ствари које пада у очи (стр. 213).

3. Упис противљења одређеном праву које је такође укњижено, указује на то да је таква укњижба можда погрешна. Противљење има улогу упозорења стицалацу, па стога он не треба да очекује заштиту. При томе је небитно да ли је он одговарајућу забележбу противљења видео у земљишној књизи; битна је једино чињеница да је противљење уписано у земљишној књизи. Ако стицалац земљишну књигу не разгледа, то је његов ризик. Противљење се уписује код права на које се односи, и оно не представља препреку за нормално функционисање земљишне књиге. Онај ко је уписан као носилац права коме се неко други противи може тим правом и даље располагати. И дејство претпоставке тачности по § 891 BGB важи упркос противљењу. Али противљење онемогућује стицање у доброј вери оног уписаног права на које се противљење односи, ако то право уопште не постоји или ако није онакво како је убележено.

4. Да би боље објаснио оно што је раније већ изложио, писац је извучао поднаслов: „Дејство стицања у доброј вери“. Ту ће поново истаћи да јавно поверење у земљишне књиге делује тако што стицалац у доброј вери стиче одређено право саобразно ономе како је оно у земљишној књизи уписано. Он то право стиче и у случају кад оно у стварности не постоји. Исто тако, стицалац у доброј вери може право на непокретности (на пример, земљишни дуг) да стекне и кад лице које је упис тог права издејствовало није власник конкретне непокретности. Најпосле, онај ко је у доброј вери стиче одговарајуће право неоптерећено правима трећих лица, уколико та лица нису уписана у земљишној књизи или су избрисана. Но, сва ова дејства наступају само у релативном смислу, тј. искључиво у корист стицалаца у доброј вери. Сва остала лица не могу се на то позивати. С друге стране, стицалац у доброј вери може стечено право пренети на другога а да при том претпоставке за стицање у доброј вери код другога не морају постојати, јер је сада стицалац у доброј вери стварно овлашћени (стр. 215).

Стварни или неуписани носилац права, који је услед стицања у доброј вери своје право изгубио, има на располагању тужбу због неоснованог обогаћења. Том тужбом може захтевати од лица које

је неовлашћено располагало његовим правом да му преда оно што је примило (на пример, куповну цену).

5. У последњем излагању ове проблематике, писац се укратко осврће на француско, италијанско и енглеско право. При томе ће рећи да правни пореци који упису у земљишној књизи не придају конститутивни значај не познају, начелно, ни одговарајућу заштиту јавног поверења. Стицање непокретности од неовлашћеног могуће је у тим правним порецима само путем одржаја. По француском праву одржај претпоставља својинску државину у трајању од 30 година (члан 2262 и члан 2265 француског Грађанског законика), док по италијанском праву време за одржај износи 20 година (члан 1158 и члан 1159 италијанског Грађанског законика). И по енглеском праву могућност стицања у доброј вери начелно је искључена, али од тог правила постоје и извесни изузети. У областима у којима је регистрација непокретности обавезна (на пример, у великим градовима), купац мора да трпи само терете који су уписаны у регистар. Стицање у доброј вери такође је могуће, пре свега, у случају кад прдавац непокретност пренесе на трећег који је у доброј вери, мада је по правичности својина прешла на купца већ у тренутку закључења уговора о куповини (стр. 216).

II. Начела стварног права

Као што се могло и очекивати, о овим питањима Волф говори на првим страницама уџбеника. Полази од констатације да у стварном праву, као и у осталим областима права, важе одређена начела, која закон изричito не спомиње али која стоје у основи законских правила и утичу на њихово тумачење и примену. Стога је познавање тих начела неизбежно. Да би их учинио што упадљивијим, писац је свако од тих начела изложио у засебним поднасловима, а своје објашњење поткрепио и наведеним примерима.

a) *Начело обавезности и ограничности њихова стварних права*

1. Писац најпре указује на околност да су стварна права апсолутна, тј. да делују према свима и да их свако мора поштовати. Поштовање таквих апсолутних правних позиција олакшано је ако је њихов број прегледан и ако је њихово међусобно разграничење јасно. Само тада је могуће захтевати од трећих лица да садржину туђих стварних права знају и да је уважавају. Сем тога, отуђивост и способност за промет права је већа ако се стицалац може ослонити на њихову чврсто утврђену садржину. Из тих разлога, закон допушта само одређен број стварних права, у облику својине и у облику тзв. *ограниченih стварних права*. Нову врсту стварних права не могу створити сама заинтересована лица, јер за њих важи

принцип *numerus clausus*. Сходно томе, слобода уговорања у стварном праву је сужена. Могуће је, додуше, слободно одлучивати о томе хоће ли се или неће установити стварно право које је законом допуштено, али, за разлику од облигационог права, овде не постоји слобода преображавања. BGB не познаје опште стварно право стицања покретних ствари, тј. не признаје *ius ad rem* код уговора о куповини, а тзв. *предбележба* може се односити само на непокретности (стр. 10).

2. Да би боље објаснио ову ситуацију, Волф наводи следећи пример: Лице А открије код лица Б, трговца уметничким предметима, један веома вредан антички орман. А није имао код себе довољно новца али је, с друге стране, желео да предупреди опасност да орман буде продат неком другом купцу. Зато је хтео да на орману установи стварно право стицања, које би лице Б требало да спречи да орман отуђи неком трећем. Међутим, такву врсту стварног осигурања BGB не допушта. Другим речима, А не може спречити Б да орман уступи неком трећем, јер А није стекао својину на орману. Он може од лица Б тражити једино накнаду штете због кршења уговора (стр. 10).

3. Обавезан карактер типова стварних права искључује, међутим, само уговорну слободу њиховог преображавања. Тиме није искључена могућност да се нови типови стварних права образују путем закона или одлуком суда. Тако на пример, у случају задржавања својине од стране продавца стварно право које ишчекује купац суд би могао да изведе из закона не вређајући обавезност типова стварних права. Исто тако, фидуцијарна својина, као посебан облик својине, не вређа обавезност наведених типова. Најпосле, тој обавезности не противи се ни узајамно признање и допуштење стварних права једне државе чланице Европске уније у другој држави чланици (стр. 11).

4. *Numerus clausus* се употребљава законским утврђивањем могућих типова стварних права. То значи да нови типови не само што се не могу створити, него законом предвиђене типове заинтесорисана лица не могу мењати или то могу чинити само у уским оквирима. И у том смислу слобода преображавања је искључена. На пример: Банка би хтела да уговори хипотеку која би власника оптерећене непокретности онемогућила да на њој врши било какве промене. Међутим, то није могуће, јер хипотека коју закон познаје гарантује повериоцу једино право на одговарајуће уновчење, али не и право да утиче на одлуке власника које се тичу инвестиција. Споразум који ту слободу искључује могућ је једино у оквиру службености (§ 1018 BGB), док изван тога он производи само облигационоправно дејство. Банка не би могла конституисати ни хипотеку која подразумева право коришћења као стварно право. BGB не зна за тзв. *антикрезу*, којом се повериоцу признаје право

не само да своје потраживање намири из заложене непокретности, него и да се служи њоме (стр. 11).

б) Начело јубилишћета

Писац истиче да апсолутни карактер стварних права не изискује само законско ограничење њихових типова, него захтева и да битисање конкретних стварних права буде *сазнатљиво*. Ту сазнатљивост гарантује начело публицитета или јавности. Закон, наиме, тражи да се код успостављања и преношења стварних права поштују одређене форме публицитета. Кад су у питању права на покретним стварима, средством публицитета сматра се државина, а кад је реч о правима на непокретностима – упис у земљишну књигу. Стога је за пренос својине на покретним стварима, поред сагласности, потребан, у начелу, и пренос државине, јер преношењем стварне власти прелаз својине бива сазнатљив. Слично томе, установљење и пренос права на непокретностима претпоставља упис у земљишну књигу, чиме промена имаоца права постаје, такође, видљива споља (стр. 11–12).

в) Начело одређености

Апсолутна важност стварних права изискује да споразум који се њих тиче буде *садржински одређен*. Волф сматра да се тиме омогућује трећим лицима да се тачно обавесте о подручју важења стварних права и да буду приправна да их поштују. Начело одређености добија на значају и код питања које ствари којем лицу припадају. Благодарећи њему, могуће је утврдити ко је овлашћен да одређеном ствари или правом пуноважно располаже или да другога за то овласти. Поред тога, ако у случају принудног извршења или стечаја закон допушта захват у стварна права, мора се тачно знати ко је њихов ималац, јер такав захват треба да погоди само носиоца права, а не неког другог. Док код генеричког дуга облигационправни захтев може бити уперен на неодређену ствар одговарајуће врсте, која се тек накнадно мора конкретизовати, код стварних права то није могуће. Нико не може бити власник ствари која припада одређеном роду али која сама није тачно одређена (стр. 12–13).

г) Начело специјалистета

За разлику од неких других немачких правних писаца,² Волф не сматра да се ово начело поклапа са начелом одређености. По

² Видети, на пример, Klaus Schreiber, *Sachenrecht*, 2. Auflage, Stuttgart, 1996, стр. 27.

његовом мишљењу, начело специјалитета захтева да свакој самосталној ствари одговара засебно право својине и да се својина увек може односити искључиво на *једну једину ствар*, а не на мноштво ствари. Стога нема својине на предузећу као таквом, јер је предузеће збир ствари, права и пословног угледа. Својина може постојати само на појединачним стварима које припадају предузећу. Иста је ситуација и са библиотеком и књигама у библиотеци. Будући да се стварима може правно располагати само утолико уколико на њима постоји засебно право својине, начело специјалитета омогућује да се сваком ствари која је економски самостална самостално и располаже, независно од других предмета (стр. 13).

Г. Закључак

Волфова књига завређује сигурно више од приказа. Завређује марљиво читање и дубоко промишљање. И то не само о питањима којима се она бави, него и о начину на који то чини. Ради се о изврсном уџбенику за студенте и веома добром узору за наставнике који уџбенике пишу и одговарајућу материју предају. Велика је штета што ће наши правници морати, претежно, да се задовоље приказом, umесто да Волфов уџбеник упознају читајући га сами. Јер туђа прича о књизи, ма каква и колика била, није у стању да замени књигу. Али би штета за наше правнике била још много већа кад, поред тога што немају књигу, не би имали ни моју причу о њој. Не верујем у то да ћу некога подстаћи да приказану књигу набави и прочита, али се надам да пишући овај приказ нисам задовољио искључиво свој интерес.

Јаков Радишић

Александра Јовановић:
Увод у економску анализу права
(Правни факултет Универзитета у Београду, 1998)*

Монографија *Увод у економску анализу права* први је покушај да се на систематичан начин презентују основни концепти Економске анализе права (Law and Economics) у централној и ис-

* Ово је уређени и слободно преведени текст приказа књиге, објављен у *European Journal of Law and Economics*, 12(1), pp. 91–4. Аутор дугује захвалност мр Јелени Зекић на преводу текста са енглеског на српски језик. Мр Зекић је боравила на Универзитету у Гриничу као *Chevening Fellow* од септембра 2001. до априла 2002. године.

точној Европи. Књига је објављена на српском језику у оквиру великог пројекта „Србија – правна држава“, који је финансирало Министарство за науку и технологију, а остварио га је Правни факултет Универзитета у Београду. Као резултат овог пројекта сачињена је серија монографија углавном из доминантних области права. Приказана књига је, међутим, једна од неколико правних наслова који не припадају великим правним областима, а може се класификовати као рад у области друштвено-правних наука.

Књига уједно представља и први успешан покушај да се правни и економски концепти представе професионалној јавности у једној од централно-источних европских (СИЕ) земаља. Неки претходни покушаји, објављени под насловом 'Економска анализа права' (Law and Economics) или 'Право и економија' (Law and Economy) у републикама бившег СССР-а у раним 1990-им, били су, у ствари, радови које бисмо према западним стандардима класификовали као допринос 'Економском праву' (Economic Law) или евентуално 'Правном оквиру пословања' (Legal Environment of Business). Дисциплина Економска анализа права још увек је нова, недовољно заскупљена у СИЕ земљама и не предаје се на универзитетском нивоу, изузев као опција на Central European University (CEU). Др Александра Јовановић, ванредни професор Политичке економије на Правном факултету Универзитета у Београду, написала је веома интересантну монографију која приказује све главне ауторе на пољу Економске анализе права, иако понекад ни сам аутор није сигуран да ли да свој рад смести у Економску анализу права или у Нову институционалну (Neo-institutional) литературу.

Књига је подељена на следећих седам поглавља са додатним уводним поглављем: (1) Институције, право и економија; (2) Основни економски појмови и основни принципи економске анализе права; (3) Својина у праву и економији; (4) Трансакциони трошкови; (5) Размена, уговори и тржишта; (6) Правила и трансакциони трошкови; (7) 'Друштвено предузеће' и трансакциони трошкови. Збуњујуће је да монографија нема закључни део, што показује да је циљ аутора био да направи и монографију и уџбеник који би могли користити студенти Економске анализе права. Иако наслов књиге потврђује да се југословенски/српски правни систем и правна мисао под снажним утицајем немачког права, књига је, сама по себи, организована и написана у англосаксонском стилу. Аутор је био под примарним утицајем економије права власништва и радова Пејовића (и Furubotn-a).

Доктор Јовановић верује да би бољи наслов монографије могао бити „Економска анализа својине и уговора“. У извесном степену можемо се са тим сложити, али је фокус ове књиге сигурно много шири од својине и уговора јер даје веома интензивну анализу модерне корпорације (користећи термин 'предузеће' и, посебно,

још увек постојећег, југословенског 'друштвеног предузећа'. Аутор детаљно приказује модел *партиципативне економије* и дизајнира модел 'партиципативног предузећа' у модерној економији, надграђујући неке раније радове Backhaus-а. У уводном делу аутор изједначава (у већем степену) Економску анализу права и Институционалну економију (Institutional Economics) и верује да је Институционална економија састављена од Старе економске анализе права (Old Law and Economics), Нове економске анализе права (New Law and Economics), Економике права својине (Economics of Property Rights) и 'Јавног избора' (Public Choice). Др Јовановић изједначава такође и Економију права својине са Новом институционалном економијом (Neo-institutional Economics). Без обзира на ову малу теоретску слагалицу, аутор презентује главне концепте Економске анализе права на супериоран начин започињући анализом друштвених институција и бројним дефиницијама институција, уз објашњење разлога за њихово постојање кроз добро осмишљен пример кошаркашке утакмице. Међутим, како се сви главни концепти базирају на теорији трансакционих трошкова, сасвим је извесно да се аутор користио теоријом трансакционих трошкова да би објаснио већи део економског резоновања о правним институцијама.

У наставку књиге следи анализа алокације средстава, проблем који није често истраживан у литератури модерног права и економије. Али, узимајући у обзир да књига има све карактеристике 'буквара Економске анализе права', то треба посматрати као њен посебан квалитет. Поред других концепата, аутор посматра и основе микроекономске анализе, задржавајући се на Pareto ефикасност, Kaldor-Hicks компензациони тест, и примену Pareto-Wicksell критеријума у јавним финансијама, заборављеног од стране неких аутора. Ово је, затим, праћено добрым прегледом односа између неокласичне и неоинституционалне школе у економској мисли. Обезбеђујући добру основу, аутор се затим усредређује на концепт својине, за чим следи исцрпна презентација трансакционих трошкова дефинисаних као 'трошкови трансфера својинских права'. Интересантно је да аутор посвећује посебну пажњу *ex ante* и *ex post* трансакционим трошковима, стављајући их у контекст транзиционих економија.

Доктор Јовановић такође анализира процес закључивања уговора, фазу по фазу: (1) планирање; (2) обећање; (3) конкуренција – тржиште; (4) руковођење/управљање – предузеће. У овом делу аутор демонстрира своју јаку наклоност праву, али не запоставља ни економску компоненту *Law and Economics* кроз пажљиву и свеобухватну микроекономску анализу. Посебна пажња посвећена је проблему модерног предузећа коришћењем трансакционотрошковног типа анализе. Даље следи детаљна анализа правних аката и релативних трансакционих трошкова, што чини веома

значајну одлику књиге. У класичноправној теорији, доношење за-кона углавном се посматра као ослобођено трошкова – уколико се не захтева подршка јавних фондова у форми монетарних транс-фера. Доношење правног акта *per se* није виђено у југословенс-кој/српској правној теорији као нешто што изазива трошкове, већ као појава са нултим маргиналним трошком, уз претпоставку да ће државна управа примењивати право у сваком случају. Међутим, др Јовановић јасно показује да правна акта могу бити веома не-ефикасна и уз велики пратећи беспотребни друштвени трошак; након чега следи детаљна презентација Коузове (Coase) теореме, коју аутор објашњава кроз неколико новијих проблема из југосло-венске правне праксе.

У петом поглављу књиге аутор посматра питања различите тржишне структуре. Најпре је разматрана перфектна конкуренција, а затим следи анализа монополистичке структуре, монопсона, и улоге екстерналија у одређивању структуре тржишта и његовог нивоа ефикасности. Шесто поглавље посвећено је детаљној анализи модерног предузећа. Др Јовановић повезује општи теоретски оквир са тренутном југословенском праксом, обезбеђујући многе релевантне изворе за југословенско пословно право. Аутор анализира предузеће као производну функцију, а затим наглашава уго-ворну теорију предузећа. Ово је праћено анализом улоге и сврхе пословно оријентисане легислативе и питањем како она може утицати на форму предузећа. Аутор види корпоративно право као стандардни општи уговор који је, посматрано са економског ста-новишта, одржив – иако би се многи аутори аутономног права томе снажно супротставили. Посебна пажња је посвећена корпорацији као спонтано произишлој форми модерног предузећа. Др Јовановић такође разматра бројна, чисто правна питања (као што је модификација ограничених одговорности), и то на супериоран начин.

Последње поглавље књиге бави се друштвеним предузећима и трансакционим трошковима. Аутор тврди да југословенски кон-цепт друштвене својине без власника у ствари и није 'пуна својина' јер не дозвољава онима који доносе одлуке да сносе пуне, и пози-тивне и негативне, последице тих својих одлука. Такође, друштвена својина не може бити трансферисана пошто увек остаје у друштве-ном домену. Др Јовановић иде чак и даље тврдећи да присуство друштвене својине у значајном обиму утиче на покушаје да се успостави тржиште капитала, и да то спречава оснивање ефикас-ног финансијског тржишта. Анализа југословенске реалности та-кође спада у последње поглавље овог вредног рада и сасвим је сигурно да транзиционо 'партиципативно предузеће' може бити једна *ad interim* солуција за проблематичну југословенску економију са доминантном улогом друштвене својине. Аутор обезбеђује и

прилично исцрпну листу библиографских извора, што би сваком студенту Економске анализе права требало да омогући започињање индивидуалног рада на предмету.

Књига др Јовановић је важан покушај не само да се ревидира углавном амерички допринос Економској анализи права, већ такође да се инструменти и методе Економске анализе права примени на савремене теме са којима се сучељавају југословенско/српско друштво и правна и економска мисао. Ово је сигурно добродошла промена у централно-источној европској правној и економској терији, и надамо се да ће бити праћена и другим систематским радовима на другим језицима, и да ће Економска анализа права бити изучавана као дисциплина на правним и економским факултетима у региону. Има знакова да се то може десити ускоро, јер су неке друге иницијативе, као што је 'Летњи курс 2000.' о Економској анализи права, у организацији СЕУ, сигурно покренуле шири интерес за ову дисциплину у региону. Уверен сам да ће читаоци бити одушевљени веома концизним уводом у Економску анализу права.

Једини видљиви недостатак књиге јесте једноставна техничка продукција књиге и бројне некомплетне референце, како у тексту тако и у оквиру библиографије. Такође, било би корисно имати додатне библиографске белешке, с обзиром на најновија кретања у оквиру ове дисциплине у земљама централне и источне Европе.

Желько Шевић

Лазар Марковић:
Облигационо право
(Новинско-издавачка установа „Службени лист СРЈ“, Београд 1997)

I. О Лазару Марковићу

1. Мало је познато да је у Србији, у време када се још опорављала од тешких последица Првог светског рата и не слутећи страхоте оног који ће тек наићи, и када су у њој почели да се срамежљиво појављују демократија и грађанско друштво, настао за сада једини целовит систем грађanskог права. Аутор је доскора био непознат широј правничкој јавности. А име му је Лазар Марковић. То је име које се на kraју рата нашло на оптужници нових народних власти, а затим и на списку затвореника у Сремској Каменици. Због своје величине коју је у пуном светлу испољио пре почетка рата, био је означен као непријатељ нове државе и стално

прогањан и злостављан. То је на крају, пре времена, у тренутку када је још много тога могао да остави будућим поколењима у Србији, угасило његово физичко постојање.

2. Рођени Београђанин (рођен је 1882. године), Лазар Марковић је у свом граду завршио основно, средње и на крају високо образовање. На Правном факултету је дипломирао 1905. године, затим је две године радио у пореској управи Министарства финансија као приправник деловођа, а одатле одлази пут Берлина где је наставио студије. Докторирао је 1910. године код професора Јозефа Колера са дисертацијом „Проблем посебних права чланова корпорације“. Исте године је изабран за доцента на Правном факултету у Београду, а 1914. за ванредног професора. Напустио је Правни факултет 1920. године. У његова најзначајнија објављена дела из области права спадају: *Хитошекарно право* (1911), *Грађански законик Краљевине Србије са крајким објашњењима* (1913) и његов систем Грађанског права – *Ойшиш део и Стварно право* (1912), *Породично право* (1920), *Наследно право* (1930).

Лазар Марковић је био свестрана личност. Поред бављења правом као науком бавио се и политиком. Био је члан ондашње Радикалне странке а себе је сматрао верним и оданим пријатељем Николе Пашића. Налазио се на многим високим положајима у тадашњој власти. Био је министар за Уставотворну скупштину, министар правде у два наврата, народни посланик трипут... Покретач је часописа „*La Serbie*“, *Београдски дух* и *Дело*. Бавећи се политиком објављивао је књиге на француском и српском језику.¹ На француском је објавио *La Serbie et L'Europe 1914–1920* (1920), *Le désarmement et la politique de Belgrade 1922–1932* (1932) и *La politique extérieure de la Yougoslavie 1933–1936* (1936), а на српском *Политику* (1925). Књига *Југословенска држава и хрватско ђиђање* штампана је 1935. и у Београду и у Загребу.

После завршетка Другог светског рата Лазара Марковића прати лоша судбина. Још пре краја рата, 1944. године, ухапшен је и оптужен, изведен пред суд заједно са још тројицом професора Правног факултета у Београду и осуђен на шест година затвора уз принудни рад. Одузета су му сва политичка и готово сва грађанска права и конфискована му је целокупна имовина. Поново је ухапшен 1954. године и у Централном затвору у Београду проводи три месеца. Разлог је био више него бизаран. Наиме, утамничење бившег професора Правног факултета у Београду и истакнутог учесника предратног политичког живота било је најједноставније

¹ Лазар Марковић је писао и објављивао на српском, енглеском, немачком и француском, а служио се и италијанским језиком. Видети о томе: Симон Симоновић, „Библиографија и основни биографски подаци (Лазара Марковића)“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 1997, бр. 4–6, стр. 430–431.

решење за комунистичке власти. Повод је био позив који је стигао са Сорбоне а тицоа се предавања о међународној политици које је Лазар Марковић требало да одржи у Француској. У неравноправној борби, у којој никако није могао да победи, као што ни многе напредне цивилизације кроз историју нису успевале да одоле налетима варвара, Лазар Марковић је заувек затворио очи 15. априла 1955. године у граду где је рођен и где је доживео своје најсветлије тренутке.

II. Структура дела

3. Дело је традиционално подељено у две целине, општи и посебни део. И један и други су даље подељени у одељке, у оквиру којих се понегде налазе одсеци као уже целине.

У првом одељку општег дела налазе се општа разматрања о тражбинама, где је извршено разликовање између субјективних тражбених права и објективног тражбеног права, затим су дати појам и карактеристике тражбених права и на крају су изложена схватања о односу дуга и одговорности.

Други одељак је посвећен садржини тражбених односа, и поред општих правила везаних за ове односе (поштен и савесно одређивање садржине чинидбе, тумачење и извршење обавеза на поштен и савестан начин и искључење неморалних, немогућих и закону противних чинидаба) у њему су дате поделе и врсте чинидаба тј. облигација (позитивне и негативне чинидбе, имовинске и неимовинске, личне и стварне, одређене и неодређене, обавезе по врсти и специјалне обавезе, пролазне и трајне чинидбе, алтернативне обавезе, обавезе са алтернативном могућностју испуњавања, дељиве и недељиве чинидбе, главне и споредне – у вези са којима је иссрпно обрађено питање камата, правне обавезе и природне обавезе, тражбине као имовински објекти, обавезе на полагање рачуна, на подношење обавештења и на давање ствари на увид и на крају тражбине као узгредна права или припаци).

У трећем одељку је обрађено извршење чинидбе, и то питања која се по природи ствари намећу у вези са тим – место и време извршења чинидбе, задоцнелост како дужника тако и повериоца.

Четврти одељак доноси детаљно објашњење појма кривице, штете и њене накнаде. У оквиру излагања о штети и њеној накнади обрађен је један подједнако важан елемент код накнаде штете, а то је узрочна веза код оштећења.

Пети одељак је посвећен дуговним односима који се заснивају на правним пословима – уговорима и једностраним правним пословима.

У оквиру општих излагања о уговору дат је његов појам, објашњени су понуда и њен пријем, форма уговора, време закључења уговора и предуговор. Затим су побројани услови за пуноважност уговора – правна способност уговорача, стварност изјављене воље, допуштеност садржине уговора и у вези са њом су размотрена питања слободе уговора и њеног ограничења – уговора о немогућој чинидби, забрањених уговора, неморалних и зеленашких уговора. Потом су обрађене поделе, односно врсте дуговних уговора (каузални и апстрактни, наплатни и ненаплатни, једностренообавезни и двостранообавезни и уговори у корист трећих лица). На овом месту су обрађена појачања и обезбеђења уговора – капара, одустаница и уговорна казна. Основна излагања о уговорима завршавају се престанком уговора по основу одустанка.

Једнострани правни послови (једнострана обећања дуга) којима се могу засновати дуговни односи јесу јавно обећање награде и папир од вредности.

Излагања о уговорима и једностраним правним пословима груписана су у два засебна одсека.

Шести одељак тиче се субјектата обавеза и тражбина. У њему се говори о заједничким обавезама и заједничким тражбинама за које важе *mutatis mutandis* иста правила као и за заједничке обавезе. После општих разматрања заједничких обавеза изложена су правила за заједничке подељене обавезе, солидарне обавезе и скупне обавезе.

Претпоследњи, седми одељак обрадио је питања промена у субјектима тражбина и дугова – пренос тражбина и преузимање дуга.

Последњи одељак општег дела, осми, носи наслов „Престанак дуговних односа“. На том месту су појединачно обрађени, као начини престанка дуговних односа, испуњење обавезе (исплата дуга), полагање дуга код суда, пребијање дуга за дуг (компензација), опроштај дуга и одрицање од тражбине, сједињење права и обавезе у истој личности (конфузија), новација (пренов обавезе), пропаст дуговане ствари и уопште немогућност чинидбе, смрт дужника или веровника, протек времена и застарелост права.

Посебни део има свега два одељка.

Први носи назив „Обавезе из појединих уговора“. У оквиру тог одељка обрађени су сразмерно своме значају уговори о куповини-продажи, о размени (трампи), о најму (кирији), о закупу (пограби), о поклону, о зајму, о чувању или остави, о послузи, о налогу, о служби, о изради дела, о наклади или издавању дела, о друштву (ортаклуку), на срећу, о јемству, о поравнању и осигурању. Поред

уговора, у првом одељку посебног дела нашао се и апстрактни правни посао – асигнација.

Како је уговор о куповини-продаји најдоминантнији свуда где постоје релативно развијени робно-новчани односи, сразмерно највећи простор писац је, у оквиру излагања о уговорима, посветио овом уговору. Детаљно су размотрена питања као што су предмет куповине, куповна цена, форма уговора, место и време извршења (први одсек), правни односи који су засновани куповином, и то како тзв. правни односи у међувремену (ризик за пропаст или погоршање купљене ствари и приходи и користи од ствари у међувремену), при чему се под појмом „у међувремену“ подразумева период времена од закључења уговора о продаји до предаје ствари купцу, тако и правни односи између купца и продавца који су дефинисани њиховим узајамним правима и обавезама (други одсек), правни и физички недостаци ствари (трећи одсек), посебне врсте купопродајног уговора – уговор о откупу ствари (придржај откупа), о повратној продаји (придржај повратне продаје), о прекупу ствари (придржај прекупа), куповина на пробу, по мустри или узорку, ради пробе, продаја са придржајем бољег купца, по продајном налогу, и судска продаја (четврти одсек).

Други одељак је посвећен обавезама које настају без уговорног основа. То су дуговни односи из пословодства без налога, по основу неправедног обогаћења (неоправдано искоришћење туђе ствари и безразложне чинидбе), из недопуштенih радњи (оштећење ствари, повреда тела, повреда личне слободе, повреда части, завођење жене, нетачно представљање и погрешни савети, повреда службеног звања или службене дужности и прикраћење поверилаца) и из заједнице ствари. Посебну пажњу овде заслужују излагања о одговорности за накнаду штете без кривице, дакле о објективној одговорности која је у време писања дела била још у повоју.

III. Нека најзанимљивија места

A. Дуг и одговорност

4. Према чувеном немачком правнику Гиркеу, дуг је јединствен правни однос који има две корелативне стране – с једне стране требање, и тада говоримо о дугу и дужнику, а са друге стране једно примање, искоришћење, где је реч о тражбини и веровнику.

Веровник има једну личноправну или стварноправну власт за случај неиспуњења обавезе. Док још није дошло до неиспуњења обавезе, одговорност дужника производи своје правно дејство. Са измирењем дуга, особена власт повериоца према дужнику престаје

као да није ни постојала. Али ако повериочев дуг не буде исплаћен, његова власт добија свој пун ефекат, који се састоји у принудном измирењу путем самопомоћи или судским путем.

Лична одговорност дужника, која подразумева предају дужника у руке повериоца са обавезом или без обавезе рада, или дужниково затварање у случају неиспуњења обавезе – у свим цивилизованим друштвима данас је напуштена. Постоји тзв. стварна одговорност која погађа имање дужника.

5. Дуг без одговорности схвата се као један непотпун дуг. У питању је непотпун правни однос, који је у свим савременим правима допуштен као изузетна појава. Без неке посебне напомене о томе, свака тражбина ужива судску заштиту и утерива је редовним путем, путем тужбе. Међутим, има тражбина тј. дугова где ово право на тужбу не постоји. Испуњење такве обавезе зависи искључиво од воље дужника. Ако дужник неће да испуни такву обавезу, поверилац га не може натерати да то учини. Овакве обавезе се означавају као природне, и сматрају се за несавршене правне обавезе. На такве обавезе се у погледу већине питања примењују правила тражбеног права. Одговорност дужника постоји, али је знатно смањена. Поверилац нема право на судску помоћ, нити се може вансудски намирити (нпр. искоришћењем права ретензије). Али, чинида која се изврши уистину се дугује, па ако дужник добровољно испуни једну природну обавезу, не може да тражи повраћај као да је реч о *condictio indebiti*. Неважно је то што дужник није знао да се ради о природној обавези.

Природне обавезе могу да настану из више разлога. Најпре, могуће је да законодавац са неодобравањем гледа на одређену врсту обавеза и не жeli да им дајe право на судску помоћ – дуг по основу уговора о коцки, дуг који настаје из уговора о брачном посредовању. Затим, у неким случајевима законодавца руководе обзирима опортуности, целисходности, правне сигурности. Тако је када су у питању застареле обавезе, дугови који нису пријављени у дужникову стечајну масу, као и онај део за колико је обавеза смањена у поступку принудног поравнања. На трећем месту су оне природне обавезе које проистичу из етичких, моралних или социјалних дужности а нису добиле карактер правних обавеза – обавеза помагања својих даљих рођака, као и друга помагања вршена из хуманих обзира.

6. Поред изложене ситуације, где наспрам дуга не постоји одговорност која омогућава принудно извршење обавезе према дужнику, постоје случајеви где се не поклапају дуг и одговорност у погледу лица на коме они леже. Тако ће бити у случају кад за нечији дуг одговара сасвим друго лице својом имовином (нпр. чланом 1384 француског Грађанског законика предвиђена је одго-

врност за кривицу својих укућана и помоћника у послу и радњи), у случају одговорности јемца и одговорности хипотекарног дужника кад он није лично обавезан и нема никакав дуг (стр. 39–45, 85–90 и 138–140).

Б. Уговор о најму и закупу

7. Већина модерних грађанских законика (са изузетком француског Грађанског законика који је пошао путем римског права) издвојила је најам радне снаге у две посебне категорије уговора, зависно од чињенице да ли се на употребу узимају људски рад и знање или радна снага уопште. Реч је о уговорима о служби и изради дела. Уговори који имају за предмет употребу једне непотрошне ствари, за одређено време, уз одређену новчану накнаду, означавају се као закупни уговори. И они се деле на две категорије: 1) уговори о најму (кирији); 2) уговори о закупу (пораби). Уговори о најму су они кад се ствар уступа ради коришћења према обичној и редовној сврси којој она служи. Код уговора о закупу ствар се привредно искоришћава уз могућност прибирања плодова. Сама употреба ствари није довољна код овог уговора већ је неопходно омогућити да се ствар економски искоришћава. Ствар се привредно може искористити само посебним трудом и радом, за разлику од уговора о најму где сама државина ствари прибавља погодности дотичном лицу. Док закуп служи у првом реду производњи добара, најам омогућава првенствено употребу ствари за личне и друге потребе.

У изложеном смислу, југословенски Грађански законик² у члану 1073 разликује уговор о најму и уговор о закупу. Француски Грађански законик користи општи израз – *les contrats de louage*, уговори о закупљивању. У чл. 1708–1710 говори се о две категорије – *le louage des choses*, закупљивању ствари, и *louage d'ouvrage*, закупљивању рада. Закупљивање ствари обухвата, даље, три категорије – *le bail à loyer*, изнајмљивање станови, кућа, домаћина и покретних ствари, *le bail à ferme*, закуп пољских добара, и на крају *le bail à cheptel*, изнајмљивање стоке.

8. Уговори о пораби, што је заједнички назив за уговоре о најму и закупу, закључују се са намером да трају извесно време, дуже или краће, а не ради трајне употребе, искоришћења ствари. Тако по члану 1097 југословенског Грађанског законика, у случају да је уговор о закупу закључен на неодређено време, свака уговор

² Аутор све време под ознаком југословенски Грађански законик објашњава правила Предоснове за Грађански законик Југославије, која никад није постала законски текст. Видети о томе: Слободан Перовић, „Облигационо право Лазара Марковића као део његовог система класичног грађанског права“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4–6, Београд 1997, стр. 420.

на страна може га прекинути отказом, тј. изјавом да жели да уговор сасвим престане. Странке се при том морају држати прописаних законских одредаба о роковима и моментима отказа.

Према члану 567 немачког Грађанског законика, најдуже време трајања уговора о закупу је 30 година или до краја живота једног или другог уговорника. Југословенско право није предвидело такво ограничење.

Правило је да се уговор о пораби односи на непотрошне ствари. То је разумљиво с обзиром да се по протеку уговора ствар мора вратити власнику. Изузетно, и потрошне ствари могу бити предмет овог уговора, али се тада појављују у функцији непотрошних ствари (нпр., воће се узме у најам ради изложбе). Док се под најам могу узети само телесне ствари, јер само оне допуштају редовну употребу, дотле предмет уговора о закупу могу бити како телесне тако и нетелесне ствари (нпр. право ужитка, право риболова и сл.).

Употреба тј. уживање ствари уступа се уз накнаду. У противном се ради о уговору о послузи. Накнада се по правилу састоји у новцу, али може да се састоји и у извесној количини природних добара. Могуће је и да се накнада даје у некој корисној чинидби.

9. Југословенски Грађански законик нема посебних одредаба о форми уговора о пораби. То значи да је реч о консенсуалном, неформалном уговору који је закључен кад су се стране сложиле о ствари и наплати, а предаја ствари од стране закуподавца сматра се извршењем уговора. У немачком Грађанском законику, у члану 566, прописана је обавезна писмена форма за уговоре о закупу земљишта за време дуже од једне године. Недостатак писмене форме значи да је уговор закључен на неодређено време.

10. У римском праву установљен је принцип да куповина ништи најам, тј. закуп. Уговори о најму и закупу посматрани су као чисто облигациони уговори који стварају облигационе односе између странака без икакве непосредне власти над ствари на коју се односе. Кираџија и закупац су, у погледу ствари коју су употребљавали и уживали, посматрани као обични детентори. Ако би својина на ствари била пренета на другог, прибавилац би стицао чисту својину, без обзира на евентуално постојеће уговоре о најму и закупу. Кирија и закуп нису посматрани као терети на ствари већ као личне обавезе онога ко је ствар дао у најам или закуп. Издавач је у том случају био дужан да кираџији, односно закупцу накнади штету претрпљену због напуштања ствари. Али та накнада, макар правично одређена, никад није исто што и употреба ствари. Овакву природу најамних и закупних односа прихватили су француски Грађански законик и немачки Грађански законик.

Насупрот оваквом решењу налази се оно из пруског Земаљског законика. Уговором о пораби заснивају се чисто стварноправни односи, и то у погледу непокретности уписом правом упорабе у земљишне књиге, а у погледу покретних ствари прибављањем државине. Сваки следбеник издавача дужан је да сноси најам и закуп на конкретном добру иако су они уговорени са претходником. Код покретних ствари штитио се при стицању савесни прибавилац, али је кираџија, односно закупац био јачи у праву ако је ствар имао у својим рукама, јер је на тај начин била искључивана прибавиочева савесност.

У југословенском праву остављено је на волју прибавиоцу да у законском року откаже порабни уговор. Ако је право упорабиоца уписано у земљишну књигу, оно добија стварноправни карактер и важи и за прибавиоца све време трајања уговора. Када је реч о покретним стварима, прибавилац се може користити законским правом отказа које важи код уговора закључених на неодређено време. Иако се положај кираџије тј. закупца правно не разликује у односу на досадашњег власника и прибавиоца, стварно се и те како разликује. Нови власник може да има разлог да учини отказ који ранији није имао чим је дао ствар на порабу. Тек ако прибавилац не откаже уговор о пораби у за то остављеном року, овај почиње да производи иста права и обавезе и за њега као и за ранијег власника (стр. 501–522).

В. Упут (асигнација)

11. Чланом 1341 југословенског Грађанског законика прописано је да је упут овлашћење које упутилац даје примаоцу упата да код упућеног лица наплати, односно подигне једну одређену чинидбу за рачун упутиоца. За разлику од немачког права, у југословенском није предвиђено да упут мора бити учињен у писменој форми, нити да мора да гласи на новац, хартије од вредности или друге замењиве ствари.

Упут није ни уговор ни налог. Може да буде али не мора. Прималац упата може да изврши наплату у свом интересу ради измирења тражбине која му припада према упутиоцу. Ни упућени не мора да има улогу налогопримца. Упутилац је нпр. као комисионар купио ствар за упућеног, па се продавац као прималац упата јавља упућеном за исплату цене. Упут је апстрактан правни посао слободан од сваке везе са неким правним основом.

Према члану 1344 југословенског Грађанског законика, упут се може опозвати све до тренутка док га упућени није прихватио и тиме се обавезао да испуни чинидбу према примаоцу упата, тј. све до момента извршења чинидбе од стране упућеног.

По члану 1342, став 3, сам упут се не сматра као исплата дуга већ је потребна фактичка исплата од стране упућеног. Према ставу 2 истог члана, уколико упућеник већ дугује упутиоцу чинидбу коју треба да изврши, обавезан је да се покори упуту.

Пријем (акцепт) упуга се врши путем писмене изјаве на самој исправи о упуги. Акцепт вреди тек од тренутка када се исправа са акцептом уручи примаоцу упуга. Све до тог тренутка упућени може да опозове свој пријем. Након уручења акцепта упућени је непосредни дужник примаоца упуга. Ако упућени своме акцепту дода одређене услове или ограничења, одговара онолико и како се обавезао.

12. Код упуга постоје тројаки правни односи. Најпре су то односи између упутиоца и примаоца упуга. Реч је о оним каузалним односима који представљају повод за издавање упуге. Затим односи између примаоца упуга и упућеног. Све док упућени не учини пријем упуге и док такву изјаву не преда примаоцу упуге, овај нема према њему никакав захтев. Ово важи и за случај када је упућени обавезан да поступи по упуги. Из акцепта проистиче за упућеног једна самостална, апстрактна обавеза према примаоцу упуге. Приговори које упућени може да истакне према примаоцу упуге по члану 1343 југословенског Грађанског законика jesu:

- приговори који се тичу ваљаности прихвата (акцепта), нпр. приговор да је упућени силом или претњом акцептирао упугу, да је био пословно неспособан тј. ограничено пословно способан при прихвату упуге и сл.;
- приговори који се тичу саме садржине упуге (акцепта), нпр. приговор да је акцепт зависан од неке противчинидбе;
- приговори који проистичу из личног односа упућеног према примаоцу упуге.

Права примаоца упуга према упућеном на основу акцепта застаревају за три године. Коначно, у трећу врсту правних односа код упуге спадају они између упућеног и упутиоца. То су каузални односи који постоје између њих и који су независни од упуге. Ако међу њима не постоје правни односи независни од упуге, за расправљање односа међу њима вреде одредбе о налогу.

13. Према члану 792 немачког Грађанског законика, прималац упуге може уговором да пренесе тај упут на друго лице, док упут још није примљен. Наравно да он то може да учини и онда кад је упут примљен. Иако овакве одредбе нема у југословенском Грађанском законику, такво решење, по мишљењу аутора, треба прихватити и у југословенском праву. Упутилац може да искључи пренос упуге, али то мора да учини видљивим у исправи о упуги (стр. 708–714).

Г. Накнада штете због недопуштене радње

14. Једна недопуштена радња може бити таква да повлачи и накнаду штете и казнену санкцију. Друге су такве да се кажњавају само по кривичном закону не заснивајући никакву обавезу накнаде штете. Коначно, постоје и тзв. грађанскоправне недопуштене радње које не повлаче казну али заснивају одговорност на накнаду штете.

Штета је, по члану 1240 југословенског Грађanskог законика, сваки квар нанесен нечијој имовини, свако повређивање нечијег права или личности. У француском и швајцарском праву не наводе се посебно предмети који могу бити оштећени, већ се једноставно каже да свака штета причињена противправном радњом има да се накнади. Дефиниција југословенског Грађanskог законика покрива само област материјалне штете. Законик у начелу не признаје нематеријалне штете. Тако, по члану 1280, онај ко је повређен у својој части има право на накнаду само када му је тиме проузрокована права материјална штета или када је изгубио добит. Иначе се не може тражити никаква накнада јер се част не плаћа новцем. Изузети су предвиђени члановима 1275 и 1278, у случајевима претрпљених болова при повреди тела и завођењу женског лица кажњивим делањем, лукавством, претњама или злоупотребом зависног статуса да би се изнудило полно општење. У том случају може се тражити накнада и материјалне и нематеријалне штете.

Радња којом се причињава штета мора бити противправна. Противправна радња је она која је супротна грађanskим, кривичним или неким другим специјалним законима. Онај ко остварује своје право у начелу не одговара другом за штету коју му тиме проузрокује. Онај ко остварује права у намери да другоме проузрокује штету, чини једну недопуштenu радњу забрањену законом, и самим тим одговара за тако проузроковану штету. У извесним случајевима одговорност постоји и кад радње нису противправне (недопуштене) али су неморалне.

Да би постојала обавеза на накнаду штете, потребно је да учинилац буде крив за предузимање радње тј. проузроковање штете. У одређеним случајевима учинилац ће бити дужан да штету накнади чак и ако је проузрокована без његове кривице. Тада се може ослободити одговорности само ако докаже да је штета наступила услед неотклоњиве више сile. Случајеви у којима закони (нпр. немачки Грађански законик) предвиђају такву одговорност jesu: штета коју причине животиње, штета од упаљивих ствари и опасних предузећа, штета од грађевина и других направа, штета од падања или бацања покретних ствари и приликом сличних удеса.

Последњи елемент који се тражи да би постојала обавеза на накнаду штете јесте узрочна веза између радње или пропуштања радње и причине штете (стр. 802–809 и 828–833).

IV Закључак

15. На путу показивања колико је људски ум савршен механизам, Лазар Марковић је далеко стигао. Бавио се политиком, али је истовремено писао и објављивао. Иза њега је остало преко седам хиљада страна необјављених рукописа. Показао је да је један људски век сувише кратак да испрати полет и стваралаштво радознalog интелекта. Нарочито ако је видно скраћен залагањем оних који таква постигнућа тешко могу да докуче.

На срећу српске правничке јавности, а нарочито правничког подмлатка, неки други великаны (који су избегли злу коб овог аутора), упркос анатеми која је бачена на Лазара Марковића, на прави начин су схватили значај његовог опуса и стрпљиво сачекали право време да се дело заувек отргне од заборава и tame једног породичног сандука.³

Горан Георгијевић

Зоран Рашовић
Стварно право
(Подгорица, 2002)

I. Неколико речи о аутору

1. Са простора где се родио један од најблиставијих умова јужнословенске правне науке, Валтазар Богишић, потиче и др Зоран Рашовић, професор на Правном факултету у Подгорици. Његов уџбеник *Стварно право*, објављен у Подгорици 2002. године, заслужује да барем у најкраћим цртама буде представљен као једно од најновијих дела из ове области (ако не и најновије) на просторима Србије и Црне Горе.

2. Професор Зоран Рашовић је рођен 1959. године у Подгорици. Ту је са одличним успехом завршио основно и средње образовање, а затим као један од најбољих студената у генерацији, за

3 Видети о томе: Слободан Перовић, *наведено дело*, стр. 418–419.

свега три године, и Правни факултет у Подгорици. После тога је пут одвео у Београд. Најпре је са успехом на Правном факултету у Београду одбранио магистарску тезу под називом „Заједничка својина брачних другова“, а затим, 1991. године, докторску дисертацију „Заложно право на покретним стварима“.

Реч је свакако о једном плодном аутору. Поменућемо прво монографије: *Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина, Залога у функцији обезбеђења поштаривања, Етажна својина и решење стамбених поштреба, Европско право и правни систем у Црној Гори* (коаутор), а потом и коментаре закона – „Коментар Закона о основама својинскоправних односа“, „Коментар Закона о етажној својини“, „Коментар Закона о фидуцијарном преносу права својине“. Поред тога, ту су још приручници у виду образца уговора и тужби из стварног права, одреднице у лексикону грађанског права и преко 30 чланака објављених у домаћим и страним часописима.

Поред бављења научним радом, професор Рашовић је такође и истакнути законописац, који је дао велики допринос у изради закона из области имовинског права у Црној Гори.

II. Структура дела

3. Структура дела Зорана Рашовића не разликује се много од структуре других дела уџбеничке природе из ове области.

Уџбеник се састоји из седам глава.

Глава прва даје појам стварних права и анализу ствари као објекта тих права. Затим су описане традиционалне поделе ствари (покретне и непокретне, генеричке и индивидуално одређене, заменљиве и незаменљиве, потрошне и непотрошне, дељиве и недељиве, процењиве и непроцењиве, просте и сложене, збирне, бестелесне, ствари у промету и ван промета) којима се појам ствари у грађанскоправном смислу разрађује и конкретизује.

Глава друга се односи на државину као чињеничну власт на ствари. У првом одељку су обрађена најважнија питања везана за државину и дате су њене поделе. Други одељак је посвећен државинској заштити.

Глава трећа односи се на право својине и у њој су дати појам и основне карактеристике овог права, али су такође обрађени деривативно и оригинално стицање права својине (правни посао, прираштај-прерада, спајање и смеша, грађење на туђем земљишту, сејање на туђем земљишту, сађење на туђем земљишту, нанос, одрон земље, ново речно острво, напуштено речно корито, одржај,

стицање својине од невласника, окупација), те на крају заштита права својине путем *rei vindicatio*, *actio Publiciana* и *actio negotioria*.

Као посебна, четврта глава издвојени су модалитети права својине-сусвојине, заједничка својина и етажна својина и најважнија питања везана за њих.

Глава пета описује службености, како стварне тако и личне, а затим суседска права.

Следећа, шеста глава подробно анализира права реалних (стварних) гаранција, и то полазећи од општег ка посебном. Писац је најпре изложио најопштија правила која постоје у области реалних гаранција (начела) а затим је описао сваку од њих посебно: ручну залогу, хипотеку, право ретенције и на крају правни институт својствен црногорском праву – фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања.

Напослетку, у седмој глави обрађена је материја власничке евиденције непокретности која је у нашој земљи у последње време предмет бројних стручних расправа.

III. Нека најзанимљивија места

A. Појам и објекти стварних права

4. Сасвим је природно да се уџбеник из стварног права бави субјективним стварним правима. Субјективна стварна права су, према аутору уџбеника, законом одређена и заштићена права њихових ималаца да непосредно, без помоћи других лица, врше правну власт на појединачно одређеним стварима (стр. 1).

А ствар професор Рашовић одређује као што то чини и већина других аутора, као делове материјалне природе који су у домену људске власти и који могу бити у грађанској правнијству. Појам ствари, међутим, треба разликовати од појма добра. Добро је у свом најширем значењу свака творевина, било физичка било идеална, која је правно релевантна. То су ентитети који су подобни да буду објект субјективних грађанских права. Тако се у добра убрајају не само ствари већ и лична добра, затим интелектуална добра (нпр. know-how као скуп тајних искустава и знања) и сл. Ствари су отуда само добра у свом најужем значењу, као телесна добра, те следствено томе објекти стварних права могу бити само материјалне, телесне ствари.

Уобичајено је да се правна добра поистовећују са економским. Истина је да су економска добра истовремено и правна. Али не важи увек и vice versa. У складу са изложеним разликовањем између добра у најширем смислу и ствари као материјалног добра,

није тешко уочити да је могуће да добро буде правно а да при томе не буде економско, намењено тржишту (стр 6–8).

Б. Појам и карактеристике права својине

5. Економски посматрано, својина се одређује као присвајање одређених добара од стране једног лица, а као резултат тог процеса јавља се припадање. Док се присвајање сматра динамичном компонентом овако схваћеног економског појма својине, дотле је припадање статична компонента.

У правном смислу, право својине је правни израз економских појмова присвајања и припадања.

Закон о основама својинскоправних односа не дефинише право својине. Професор Рашовић се опредељује за одређење својине онако како је то учињено у члану 544 француског Грађанског законика:

„La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...“

Али француски законодавац је одмах поставио и ограничење овог најапсолутнијег стварног права:

„...pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.“

Нема дакле никакве сметње, иако се наш законодавац о томе не изјашњава, да се и за наше право прихвати одређење права својине као права да се ствар држи, користи и да се њоме располаже у пуној мери и искључиво док ограничења и обавезе могу да буду постављени само правним поретком. Међутим, у погледу највећег броја ствари границе су одређене природним својствима ствари а не правним прописима (ствари мање вредности).

6. Према професору Рашовићу, има неколико основних карактеристика права својине.

Прва карактеристика права својине је стварноправност која у себи обухвата непосредност, тј. моћ да се право врши без посредовања трећег лица, затим апсолутност, што значи да ималац права ужива правну заштиту према свим трећим лицима која његово право угрожавају, и коначно материјалност, што означава да право својине за свој објекат има телесну ствар.

Друга карактеристика права својине је његова свеобухватност која у ствари означава апсолутност у једном другом смислу у односу на већ изложен. Својина обухвата сву правну власт која може да се има на једној ствари, при чему се ограничења морају предвидети изричito императивним, принудним прописима. У том смислу се говори о својини као о најапсолутнијем праву. Или, како

је то сликовито и сажето изразио Валтазар Богишић у члану 1015 Општег имовинског законика за Црну Гору:

„Кажеш ли о каквој ствари моја је, то је највише што о њој казати можеш.“

И управо та свеобухватност доводи до поистовећивања самог права својине и његовог објекта, ствари, па чак и у законским текстовима.

Трећа карактеристика права својине је његова рекадентност, еластичност. Са престанком ограничења права својине, *nuda proprietas* која је остала власнику ствари поново и аутоматски се претвара у својину пуног обима, тј. у својину каква је постојала пре заснивања ограничења.

Четврта карактеристика права својине је његова искључивост, и она схваћена у ужем смислу значи да власник ствари има право да искључи сва трећа лица из уживања ствари (нпр. да огради своју земљу), а у ширем смислу – да су сва трећа лица у обавези да не узнемирају власника у уживању ствари. Искључивост права својине је последица тога да на истој ствари не могу постојати истовремено два права својине.

Пета карактеристика је трајност (незастаривост). Право својине, за разлику од неких стварних и свих облигационих права, не може се изгубити застарелошћу, јер у складу са начелом диспозиције власник може да употребљава ствар или да је не употребљава. Чак и кад постоји законска обавеза у погледу коришћења ствари, неизвршење те обавезе не доводи до престанка права својине већ до других санкција.

И последња, шеста карактеристика је независност права својине, јер док друга стварна права (стварна права на тужим стварима) захтевају постојање права својине на некој ствари, дотле право својине не подразумева постојање других стварних права (стр. 84–92).

B. Уговорно право прече куповине

7. Код уговорног стицања права својине могуће је да се уговори право прече куповине у корист продавца. То право свог имаоца овлашћује да захтева да му се ствар понуди пре него трећим лицима, а ако ствар буде продата пре него што је њему понуђена, да захтева да му се ствар уступи под условима и по цени како каже закључени купопродајни уговор. Ималац уговорног права прече куповине може га уписати у јавну књигу како би искључио савесност каснијег стицаоца ствари, који се више не би могао позивати на чињеницу да му је уговорно право прече куповине било непознато у тренутку стицања права својине.

Члан 532, став 1 Закона о облигационим односима оставља места за недоумицу тако што продавца тј. имаоца уговорног права прече куповине овлашћује да захтева, у року од шест месеци од дана сазнања за пренос којим је повређено његово право, да се пренос поништи и да му се ствар уступи под истим условима. Пракса наших судова показује да они ову одредбу примењују тако што поништавају уговоре којима је повређено уговорно право прече куповине.

Професор Рашовић истиче да је то неправилна пракса. Јер уговор којим је повређено уговорно право прече куповине мора бити пуноважан да би ималац тог права могао да га користи. Ако би уговор био ништав, тада не би производио дејства *ex tunc*, од самог закључења, па се поставља питање како ималац права прече куповине може да врши право прекупа? Због тога, једино исправно решење било би да уговор остаје на снази и производи правна дејства. Долази до персоналне суброгације, а на место првог купца долази ималац права прече куповине (стр. 123–124).

Г. Стицање права својине одржајем

8. Да би се право својине стекло одржајем, захтевају се државина која се означава као квалификувана, одређени протек времена, као и подобност ствари која је предмет одржаја, јер се њиме не може стећи право својине на стварима на којима се оно и иначе не може стећи (нпр. градско грађевинско земљиште).

Квалификувана државина је она која је законита, савесна и права.

Законита својинска државина је она која се заснива на пуноважном правном послу усмереном на пренос права својине. А шта ако је правни посао рушљив? Тада ће законитост односно незаконитост државине зависити од судбине уговора. У случају конвалидације уговора, државина ће и коначно бити законита, док у случају његовог поништења државина постаје незаконита.

Савесна својинска државина је она кад држалач не зна нити може да зна да ствар коју држи није његова, да није власник ствари. Потребно је да држалач оправдано верује да је ствар његова, односно да није могао ни посумњати да ствар није његова. Да ли се савесност држалаца тражи само у тренутку заснивања државине или све време њеног трајања? Савесност мора да постоји све време постојања државине – *mala fides superveniens* посет. У супротном, доћи ће до прекида рока за одржај. Али садржина савесности се разликује у тренутку заснивања државине, када је стицалац дужан да пажљиво истражи да ли је претходник заиста и власник, и током трајања државине, кад није довољна сама могућност да стицалац сазна да претходник није власник већ је неопходно да он то заиста

и сазна. Савесност се претпоставља, па је терет доказивања на ономе ко тврди супротно.

Коначно, права државина је она која није прибављена силом, потајно, злоупотребом поверења или на други недопуштен начин. Занимљиво је да наш законодавац, у члану 72 став 1 Закона о основама својинскоправних односа, не прави разлику између законите и праве државине, дефинишући закониту државину као ону која се заснива на пуноважном правном послу који је потребан за стицање права својине, и која није прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења.

Овако одређена квалификована државина подобна је за стицање права својине редовним одржајем. Ванредни одржај је такав код кога законита државина није *conditio sine qua non*. Код овакве државине држалац оправдано верује у две ствари: да је претходник власник и да постоји законит правни основ усмерен на стицање права својине. Неки правни писци сматрају да државина која води ванредном одржају не мора да буде права. Али због чега правити такву разлику између редовног и ванредног одржаја? Зашто допустити да државина стечена на начин који правни поредак не одобрава доведе до стицања права својине (стр. 151–161 и 52)?

Д. Стицање стварних службености на основу правног посла

9. Према члану 51 Закона о основама својинскоправних односа, стварна службеност се може стећи на основу правног посла, одлуке државног органа, и на основу одржаја.

Да би се стекла стварна службеност на основу уговора, потребно је да се испуни неколико услова. Најпре, потребно је да је преносилац власник ствари (послужног добра), док невласник мора имати нарочито овлашћење да закључи уговор. Затим треба да постоји пуноважан уговор, теретан или доброчин, који је управљен на заснивање стварне службености. Коначно, стварна службеност мора да буде уписана у јавну књигу, при чему се уговор појављује као правни основ, *iustus titulus*, док је упис у јавну књигу одлучујући тренутак у коме се заснива право стварне службености, *modus acquirendi*.

Службеност се може стећи и на основу тестамента (легата). Професор Рашовић наводи два таква случаја. Први постоји када оставилац који је искључиви власник непокретности легатом установи службеност у корист неког повласног добра. Други случај је када оставилац одреди у тестаменту делове непокретности, па на једном или више њих заснује службеност у корист оних других. У оба случаја тестамент се појављује као правни основ, док је упис

у јавну књигу начин стицања, тренутак у коме се право стварне службености коначно стиче.

Швајцарско право допушта да власник две непокретности оптерети једну непокретност у корист друге. Када једна од тих непокретности буде отуђена, активира се службеност која је дотле била прикривена, па није потребно закључити посебан уговор како би се установила стварна службеност. Оваква својинска службеност може се прихватити и за наше право, јер Закон о основама својинскоправних односа говори о заснивању службености правним послом, дакле не искључујући могућност да то буде једнострани правни посао.

У још једном случају није потребно да се закључи посебан уговор о заснивању стварне службености. Наиме, према аустријском Грађанском законику, ако дође до консолидације, тј. ако исто лице постане власник и повласног и послужног добра, службеност престаје по природи ствари. Међутим, ако службеност није исписана из јавних књига приликом каснијег отуђења повласног добра, службеност се активира у његову корист (стр. 291–296).

Т. Начело акцесорности код реалних гаранција

10. Начела реалних гаранција су најопштија правила која постоје у материји хипотеке, ручне залоге, фидуцијарне својине и права рetenције.

Начело акцесорности означава да, упркос чињеници да реална гаранција има сопствену физиономију и функционалну независност, њена судбина зависи од судбине главног потраживања. Ништавост уговора из кога произистиче главно потраживање доводи до непуноважности реалне гаранције. У случају да је уговор којим је створено главно потраживање рушљив, судбина реалне гаранције зависиће од тога да ли ће тај уговор бити конвалидиран или поништен.

А шта се дешава са реалном гаранцијом када застари потраживање чијем обезбеђењу она служи? Неки аутори мисле да само правно а не и натурално потраживање може да буде обезбеђено стварном гаранцијом. Њима појам принудног извршења и појам натуралне обавезе изгледају непомирљиви.¹

Међутим, најпре треба раздвојити принудно извршење потраживања и принудно извршење реалних гаранција. Затим, ту је чињеница која се не сме испустити из вида: иако је потраживање правно ослабљено, оно и даље постоји, с тим што правну принуду

¹ Видети о томе: Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd, T. 2, Paris, 1932–1933, стр. 823.

замењује морална. Али, чак према члану 366 став 2 Закона о облигационим односима, давање залоге или ког другог обезбеђења за застарело потраживање сматра се као одрицање од застарелости. То значи да једно потраживање које је изгубило својство правног па постало натурално, поново стиче своју првобитну природу. Члан 367 дужнику који је испунио застарелу обавезу ускраћује право да захтева повраћај онога што је дао, па чак и ако није знао за застарелост своје обавезе.

Решење које је распострањено у упоредном праву прихваћено је чланом 368 Закона о облигационим односима. Оно овлашћује имаоца застарелог потраживања да се намири из вредности заложене ствари ако је држи у рукама, тј. ако је његово право уписано у јавну књигу. Та могућност не постоји када су у питању потраживања застарелих камата и других периодичних давања.

Конечно, уколико поверилац не може да се намири из вредности заложене ствари, он то не може да учини ни из опште имовинске масе дужника (стр. 349–356).

Е. Фидуцијарна својина

11. Фидуцијарна својина се заснива фидуцијарним правним послом. Таквим правним послом се једна страна, фидуцијант, обавезује да другој страни, фидуцијару, пренесе неко стварно или облигационо право, а овај се обавезује да пренето право врши и да га под одређеним претпоставкама пренесе назад фидуцијанту. Фидуцијарна својина може бити ради управљања, када је првенствено у интересу фидуцијанта, или ради обезбеђења, када је у интересу фидуцијара.

Који су основни разлози за увођење института фидуцијарне својине у црногорско право? Најзначајнији разлог је спрост реализације потраживања из вредности заложене ствари. Повериоцу није стало да има ефикасно средство обезбеђења само у погледу сигурности намирења већ и у погледу брзине. Код заложног права повериоца очекује вођење парничног поступка ради добијања извршног наслова, као и извршни поступак, који по правилу дugo траје, ради намирења из вредности заложене ствари. За разлику од ручне залоге, код фидуцијарне својине државина на ствари може да остане у рукама дужника путем *constitutum possessorium-a*.

Код ручне залоге неопходна је депосесија дужника. Конечно, ручна залога није подобна када су у питању велике машине или кабасте ствари, јер је у таквим случајевима депосесија дужника немогућа, или је знатно отежана.

За решења Закона о фидуцијарном преносу права својине Црне Горе карактеристично је да, било да су у питању покретне било непокретне ствари, државина остаје, по правилу, у рукама дужника. Фидуцијарна својина на непокретности се уписује у катастар непокретности и тиме се обезбеђује њен публицитет. Али како обезбедити публицитет код покретних ствари, и искључити савесност каснијег стицаоца, кад државина остаје у рукама дужника? Поменутим законом прописано је најпре да се уговор о фидуцијарном преносу својине уписује у регистар специјализоване агенције Дирекције за некретнине. Овај упис је обавезан јер је предуслов за стицање права својине. То се односи како на покретне тако и на непокретне ствари. Међутим, од учесника правног промета не може се очекивати да непрестано проверавају стање у регистру. То би нарочито кочило правни промет покретних ствари. Зато специјализована агенција врши маркирање покретних ствари и на тај начин се постиже публицитет фидуцијарне својине на покретним стварима.

Фидуцијарно право својине у црногорском праву одликује се и тиме да се својина враћа дужнику аутоматски, ex lege, кад дужник изврши своју обавезу. Поверилац у том случају нема обавезу да дужнику пренесе право својине натраг већ само да му омогући његово несметано вршење (стр. 477–485 и 487–491).

12. Закон о фидуцијарном преносу права својине посебно регулише фидуцијарни пренос својине на робном лагеру готових производа. Банка може обавезати примаоца кредита да изврши фидуцијарни пренос својине на робном лагеру. Законом је предвиђено да се уговором регулише минимум робе који је дужник у обавези да држи на лагеру ради обезбеђења повериоца. Дужник је у обавези да о сваком предузетом послу обавести банку преко трговачких папира. Ако дужник повређује уговорне обавезе, поверилац може да захтева превремену наплату кредита. Повреда се утврђује преко лагерских књига. Ако дужник са робом поступа противно уговору и закону, поверилац може да захтева да суд одреди одузимање робе од дужника и предају трећем лицу или продају ствари пре времена када је то оправдано. Публицитет фидуцијарне својине над робним лагером обезбеђује се тако што роба мора бити обележена и смештена у одређени простор. Роба се уобичајено маркира бојом, налепницама и картицама. Дужник може заменити робу са лагера новом робом исте вредности (стр. 492–494).

Ж. Појам и обележја катастра непокретности

13. Катастар непокретности је јединствена евидентија непокретности. Он представља евидентију о чињеницама везаним за

непокретности, али и о стварним и другим правима на непокретностима.

Три су битна обележја ове новоуведене власничке евиденције.²

Прво обележје је уједињавање евиденције. Катастар непокретности је евиденција како о чињеничном тако и о правном стању непокретности. На тај начин катастар непокретности обједињује и материју коју обухвата катастар земљишта и ону коју обухвата земљишна књига, где су ове две врсте евиденција раздвојене.

Друго, у катастар непокретности стварна права на њима уписују се превасходно ex officio, дакле по службеној дужности, а тек у другом реду на захтев странке. У вези са таквим начином уписа постоји дужност обавештавања надлежног органа управе, и то како за физичка лица, појединце, тако и за државне и друге органе.

Треће, устројавање и вођење катастра непокретности повеreno је управном органу – Дирекцији за некретнине Републике Црне Горе. Вођење земљишних књига поверено је судовима.

Чини се да и писац, будући и сам свестан овакве, помало експерименталне власничке евиденције, изражава сумњичавост пре ма њеном увођењу.³ Као један од проблема који се могу јавити у пракси он наводи могућност да се управни орган јави као страна у спору, те да у исто време има положај и тужиоца и пресудитеља.

14. Саставни делови катастра непокретности су: радни оригинал плана, катастарски операт и збирка исправа.

Катастарски операт садржи катастарске планове и лист непокретности, списак катастарских парцела, преглед површина и катастарског прихода по културама и класама, списак катастарског прихода и азбучни преглед власника и ималаца права. Лист непокретности се састоји од листа А, где се уписују подаци о катастарској парцели; листа Б, где се уписују подаци о праву својине и коришћења на земљишту; листа В, са подацима о зградама и посебним деловима зграда; и листа Г, у који се бележе терети, ограничења и одређена стања (нпр. изградња без грађевинске дозволе).

Збирка исправа представља скуп оригинала или оверених преписа исправа на основу којих се врше уписи у катастар непокретности (стр. 515–518).

² Закон о државном премјеру, катастру и уписима права на непокретностима, *Службени лист РЦГ* бр. 55/2000.

³ „Пракса ће, такође, показати да ли је повјеравање послова овим органима било мудро рјешење“ (стр. 516).

IV Закључак

15. Писац књиге се потрудио да студентима који изучавају стварно право на Правном факултету у Подгорици понуди довољно материјала за размишљање, али и за даље истраживање. Дело је обогаћено бројним примерима из судске праксе и навођењем литературе којом се писац користио. Доктрина на коју се ослањао углавном је италијанска, што је значајно када се има у виду да је наша грађанскоправна наука углавном надградња достигнућа француских и немачких писаца. Како због чињенице што је уџбеник тек скоро угледао светлост дана, тако и због његових несумњивих квалитета, дело професора Зорана Рашовића заслужује и више од тога да буде у најкраћим цртама представљено српској правничкој јавности.

Горан Георгијевић

Jesse Dukeminier, Stanley M. Johanson:
Wills, Trusts and Estates,
(Sixth Edition, Aspen Law and Business, New York, 2000, XLV + 1111)

Већина професора на правним факултетима у Сједињеним Америчким Државама, када је реч о основној литератури за курс наследног права, опредељује се за уџбеник *Wills, Trusts and Estates* (Завештања, прастори и заоставштине) аутора Џесија Ђукминијеа и Стенлија Јохансона (Jesse Dukeminier, Stanley M. Johanson), који је 2000. године прерађен и објављен по шестиј пут.

Прво издање овог уџбеника појавило се 1972. године. Измене које је од тада доживело последица су темељне реформе америчког наследног права, започете шездесетих година XX века. Ова реформа подстакнута је учесталим захтевима да се трансфер имовине у случају смрти учини јефтинијим и једноставнијим. Реформа је усмеравана, између осталог, маштовитим предлогима правних мислилаца, развојем медицинске науке, развојем идеје о одговорности састављача завештања за проузроковану штету, променама у опорезивању доброчиних трансфера, као и задивљујућим гранањем trust-a, специфичног common law института, у чијој еластичности су амерички правници у последње три деценије проналазили решења за бројне проблеме на које су наилазили у пракси.

Аутори уџбеника су угледни професори права који, како је то уобичајено на америчким универзитетима, паралелно са наследним правом изучавају стварно право, пореско право и планирање заоставштине.

Професор Џеси Дјукминие предаје предмете Својина (Property) и Наследно право (*Wills and Trusts*) на Правном факултету Калифорнијског универзитета у Лос Анђелесу (UCLA) од 1963. године. Основне студије завршио је на Харварду, а студије права на Универзитету Јејл (Yale). Поред уџбеника који је предмет овог приказа, професор Дјукминие је аутор и тренутно најзаступљенијег уџбеника за предмет Својина на правним факултетима у Америци [Property (with James E. Krier), 4th edition, New York: Aspen Law & Business (1998)]. Био је гостујући предавач на правним факултетима Универзитета Харвард и Чикашког универзитета.

Професор Стенли М. Јохансон предаје Наследно право и Планирање заоставштине (Estate Planning) на Правном факултету Универзитета у Тексасу од 1963. године. Био је гостујући предавач на Чикашком универзитету и члан Америчког правног института (American Law Institute) под чијим окриљем настају такозвани *Restatements*, зборници америчког права систематизовани по правним гранама. *Restatements* обично преузимају и кодификују правила прихваћена у већини америчких јурисдикција, али понекад избор пада на решења која важе у мањини држава или чак решења која кодификатори, чланови Института, сматрају најбољим. Снага ових кодификација лежи у стручном угледу њихових аутора. Утицајем који остварују на судије свих јурисдикција, *Restatements* доприносе уједначености америчког права.

Овај уџбеник намењен је студентима друге или треће године правног факултета. Амерички студент права има обавезу да на првој години студија положи шест испита: Уговоре, Штету, Својину, Кривично право, Уставно право и Грађански поступак. Попхађање свих осталих предмета препуштено је избору студената, те се неки од њих у току студија и не сусретну са материјом наследног права. Студенти који се определе за изучавање наследног права, то по правилу чине на другој години студија.

Како је у Сједињеним Америчким Државама предуслов за упис на студије права, које трају три године, да кандидат претходно заврши неки факултет, правни факултети су по својој природи „последипломске школе“ (Graduate Schools). Стога су студенти којима је овај уџбеник намењен старији у просеку четири године од европских студената који изучавају наследно право.

Као свој основни циљ, непромењен кроз свих шест издања, аутори уџбеника наводе не само стварање компетентних правника практичара већ правника кадрих да критички мисле и да уочавањем и поређењем различитих опција дођу до одговарајућег решења. Писци се мало баве питањима техничке природе, у која сами сврставају, на пример, појединости тока оставинског поступка и слична правила локалног карактера, различита од државе до др-

жаве. Аутори не говоре много ни о посебностима појединих јуридиција, нарочито не оних чија су правила мањинска и полако ишчезавају из америчког права. Они се труде да студенту представе теоријске и филозофске поставке које стоје иза савремених правних решења, као и историјски развој модерног америчког права. Овакав приступ омогућава да књига *Wills, Trusts and Estates* буде уџбеник у свакој од педесет америчких држава, упркос томе што су правила наследног права умногоме различита од државе до државе. Све специфичности права поједине државе студент ће имати прилику да научи ако реши да положе правосудни испит те државе.

Овај уџбеник је далеко више од збирке релевантних судских пресуда (casebook) из каквих амерички студенти обично стичу прве појмове о одређеној грани права. Свако од његових поглавља обухвата излагања аутора о поједином институту, значајне судске пресуде и, на крају, белешке.

Аутори пишу прецизним и лако разумљивим стилом, у тој мери да студенту који је основе правничке логике савладао на европском континенту чине први сусрет са специфичним common law институтима готово безболним. Прво читање овог уџбеника је попут читања лепе књижевности; читалац је радознао да сазна шта свако следеће поглавље доноси и жао му је када се оно оконча. Животности излагања и утиску да је сваки обрађени теоријски концепт примењив у пракси нарочито доприносе судске пресуде које прате излагања аутора. Ипак, кључ добре комуникације коју овај уџбеник остварује са студентом јесу белешке на крају сваког поглавља. Оне се састоје из провокативних питања, хипотетичких ситуација и проблема, па подстичу студенте на дубље размишљање о прочитаном, на критиковање става које је о одређеном питању заузeo суд, на храброст да још у процесу учења заузму став о позитивном праву и да уоче његове мањкавости. У белешкама се, такође, налазе одломци из значајнијих дела правничке литературе, као и униформни модел – закони чијим се делимичним усвајањем или усвајањем у целости умањује јас између правних решења важећих у различитим јуридицијама. Вредност ових бележака је и у томе што скрећу пажњу на друштвене околности и интересне групе од утицаја на доношење норме и на начин на који се та норма тумачи.

Грађа уџбеника распоређена је у четрнаест поглавља, од којих је свако подељено на три до пет одељака. Пре првог поглавља налази се детаљан садржај који је од велике помоћи при савладавању овако обимног штива, сажетак садржаја, списак литературе и илustrација, и предговор аутора. На крају уџбеника налази се табела судских пресуда, међу којима су кључне дате у италику,

индекс цитираних аутора и индекс правних појмова. Тиме је крење кроз безмало хиљаду и две стотине страна текста учињено једноставним и за студента који још није спознао и навикао се на систематизацију и терминологију наследног права.

Прво поглавље носи наслов „Увод у планирање заоставшице“. Њега чине:

1. Моћ преношења имовине за случај смрти – њена оправдања и ограничења; 2. Трансфер оставиочеве заоставшине; 3. Један пример проблема при планирању заоставшине.

Друго поглавље, „Изостанак опоруке – Наслеђивање по основу закона“, чине: 1. Основна схема наслеђивања; 2. Деца као наследници; 3. Сметње при наслеђивању.

Наслов трећег поглавља је „Завештање: Завештајна способност и побијање завештања“. Оно обухвата поднаслове: 1. Ментална способност; 2. Противправни утицај на оставиоца; 3. Превара.

Четврто поглавље, „Завештање: Захтеви форме“, обухвата: 1. Сачињавање тестамента; 2. Опозив тестамента; 3. Компоненте тестамента; 4. Наследноправни уговори.

У петом поглављу које носи наслов „Уместо завештања: Преноси имовине мимо оставинског поступка“ налазе се следећи одељци: 1. Уговори са одредбама наплативим у случају смрти; 2. Банковни рачуни са више корисника; 3. Заједничко власништво; 4. Опозиви траст; 5. Планирање за случај сопствене неспособности.

Шесто поглавље, „Тумачење завештања“, најављује следеће поднаслове: 1. Прихватање спољних доказа; 2. Смрт бенефицијара пре смрти тестатора; 3. Промене у имовини по сачињавању завештања.

Поглавље „Ограничења слободе завештања: Заштита супружника и деце“, седмо по реду, обухвата: 1. Права надживелог супружника; 2. Права потомака изостављених из тестамента.

У наредних шест поглавља аутори обрађују тематику траста (trust), фидуцијарног правног посла којим једно лице (settlor) преноси својину на некој ствари на друго лице (trustee) уз услов да оно њоме управља у корист трећег лица (beneficiary). Наслови ових поглавља су: „Траст: Настанак, врсте и обележја“, „Уграђивање флексибилности у траст: Пуномоћство“, „Тумачење траста: Будућа корист“, „Трајање траста: Правило против интереса који никада не доспевају“, „Добротворни траст“, „Управљање трастом: Фидуцијарна обавеза“.

Последње, четрнаесто, поглавље носи наслов „Порез на пренос имовине: Порески план“.

Систематика овог уџбеника веома се разликује од начина на који је европски студент права навикао да буде уведен у неку материју. Индуктивно сазнавање, зазирање од дефиниција, примери који претходе излагању о неком институту наместо да следе као илустрација већ изложеног, питања којима се аутор обраћа читачу, као и фотографије, илустрације и карикатуре које обогаћују текст, доприносе осећају новог и непознатог, који у правнику образованом у Европи изазива већ и сама садржина књиге. Међутим, другачији је и начин на који се овај уџбеник користи у амфитеатрима америчких правних школа. Од студената се очекује да унапред договорени одломак штива прочитају пре доласка на час, како би били способни да се укључе у разговор о прочитаном. Професор не предаје градиво, не излаже материју у целости остављајући студентима времена за питања на крају часа. Професор настоји да, низом питања, наведе студенте да сами дају одговор на сопствена питања и разјасне све што им је остало нејасно после самосталног читања уџбеника. Овакав метод наставе амерички професори права називају „Сократским методом“ (Socratic method) и сматрају га далеко бољим од европске предавачке традиције коју виде као предавања „ex catedra“.

Разумевање садржине овог уџбеника далеко је лакше уколико читалац познаје основе англосаксонског стварног права, односно материје која се изучава у оквиру курса који носи назив Својина (Property). Темељно начело наследног права у земљама које следе традицију римског права, начело универзалне сукцесије, у америчком праву не постоји, изузев у праву државе Луизијана. У свим осталим државама живи енглески систем управљања заоставштином од стране извршиоца завештања, односно администратора заоставштине, а под надзором суда. Заоставштина не припада наследницима док се оставински поступак не оконча, односно док администратор заоставштине не исплати сва оставиочева дуговања. Такође, облигационоправни захтев легатара није усмерен према наследницима већ према администратору заоставштине. Униформни закон о оставини (Uniform Probate Code), модел-закон који су државе слободне да усвоје у целости, или да усвоје неке његове одредбе по сопственом избору, допушта универзалну сукцесију као алтернативу већ постојећем систему. Према параграфима 3-312 и 3-313 овог закона, наследници могу захтевати од суда писану потврду о универзалној сукцесији. Суд ће издати ову потврду уколико су се захтеву за њено издавање придружили сви наследници, а заоставштина није изложена побијању нити другим тешкоћама. Међутим, ниједна држава до сада није усвојила ове одредбе модел-закона.

Интестатско наслеђивање покретне ствари врши се према закону државе у којој је оставилач имао пребивалиште, док се

непокретност наслеђује по основу закона оне државе у којој се та непокретност налази. Америчко право познаје три система законског наслеђивања сродника:

1. Енглески систем (English distribution per stirpes), у коме се иницијална расподела врши у првој генерацији (степену) испод оставиоца. Потомак који наслеђује по праву представљања пење се у позицију коју би заузимао, да је у животу, предак којег представља.

2. Модерни амерички систем, прихваћен у већини држава (reg capita with representation). Заоставштина се дели на степену на коме је барем један оставиочев потомак у животу, уз даљу примену права представљања.

3. Систем предвиђен Униформним законом о оставини (reg capita at each generation) претпоставља да су оставиоцу подједнако драги сродници који су му подједнако блиски (equally near, equally dear). Стога се део заоставштине који се по праву представљања прелива на следећу генерацију (степен) посматра као јединствена сума која се дели на равне части међу припадницима те, следеће, генерације.

Старије америчко наследно право није дозвољавало такозвани негативни тестамент – да би разбаштинио законског наследника, оставилац је морао целокупну заоставштину да подели другим лицима. Униформни закон о оставини омогућио је да оставилац искључи из наследства свог законског наследника, а да се на заоставштину ипак примене правила интестатског наслеђивања узимајући да искључени није надживео оставиоца.

Само осам америчких држава познаје институт брачне тековине, присутан у наследном праву европских држава. У Аризони, Ајдаху, Калифорнији, Луизијани, Невади, Новом Мексику, Тексасу и Вашингтону, имовина коју супружници зараде за време трајања брака представља њихову заједничку имовину, коју они поседују у једнаким неопредељеним деловима. Имовина коју један брачни друг стекне по основу наслеђивања или поклона у току брака, као и сва имовина коју је стекао пре брака, не улази у брачну тековину. У свим осталим државама важи систем одвојених имовина – сваки од супружника самостално поседује и оно што заради у току брака. У овим државама преживели супружник је заштићен институтом такозваног опционог дела (elective share), који се израчујава не као део брачне тековине, већ као део целокупне заоставштине. Тестаментални део или доживотно плодоуживање које преживели супружник одбије не одбија се од опционог дела на који у том случају супружник има право. Џорџија је једина америчка држава у којој не постоји ни институт брачне тековине, нити опциони део, па је

незапослени супружник, обично жена која се бави домаћинством, у незавидном положају у случају искључења из наследства.

У свим државама деца оставиоца и њихови потомци не уживају никакву законску заштиту у случају да их родитељ разбаштини. Изузетак је Луизијана, у којој деца млађа од 23 године, ментално заостала и хендикепирана деца имају право на нужни део (forced share или legitimate, установа која потиче из француског права).

Део овог уџбеника који може бити нарочито занимљив и информативан за европске правнике јесте онај посвећен институту trust-a. Траст потиче из установе средњовековног енглеског права под називом *use* (од латинског *usus*). *Use* је настао у XIII веку, по доласку фрањевача на територију Енглеске. Како је фратрима било забрањено да поседују било какву имовину, они који су хтели да дарују фрањевачки ред преносили су својину на жељеном поклону, најчешће земљи, на треће лице – особу од поверења, а у корист фратара. Онај на кога је пренета својина (*fee simple*) називао се *feoffee to uses* и имао је у почетку само моралну обавезу да држи стечено у корист бенефицијара (*cestui que use*).

Када је лорд канцелар (Lord Chancellor) почeo да приморава *feoffee to uses* да се понаша како је обећао, односно када је положај бенефицијара добио правну заштиту, употреба овог института најло се проширила. Земљопоседници су користили *use* како би избегли правило примогенитуре у наслеђивању. Наиме, до 1540. године када је донет Закон о тестаментима (Statute of Wills), у Енглеској није било могуће располагати својином на земљи путем тестамента, већ је земљу увек наслеђивао најстарији син. Установа *use* је омогућавала да оставилац, на пример, за живота одреди млађег сина за бенефицијара читаве користи коју земља донесе; такође да се и после оставиочеве смрти земљом управља у корист лица именованих завештањем. *Use* је коришћен и за избегавање замашних средњовековних пореза на наследство.

На инсистирање Хенрија VIII, Парламент је 1535. године донео закон (Statute of Uses) којим се својина преноси са *feoffee to uses* на *cestui que use*, односно којим бенефицијари ове установе постају и власници имовине у питању. Циљ овог закона био је гашење установе *use*. Међутим, судови су заузели становиште да се Закон из 1535. не примењује у случају активног траста (active trust), то јест, када је на треће лице које држи имовину за бенефицијара пренета обавеза не само да имовину држи за другога, већ и да њоме управља на одређени начин.

Оваква интерпретација законске норме од стране судова омогућила је лорду канцелару да поврати своју надлежност над установом *use*, сада под модерним именом *trust*. Током векова развио

се читав низ подврста *trust-a*, најразличијих намена. Фредерик В. Мејтленд је 1936. године писао: „Од свих постигнућа које нам је донео *Equity*, највеће и најважније јесте откриће и развој *trust-a*. То је вероватно најособеније постигнуће енглеских правника. Нама се чини готово кључним за цивилизацију, а ипак, нема ничега ни налик њему у страним правима.“

Уџбеник *Завештања, трастови и заоставшиштине* уводи читаоца у занимљив свет америчког права, не пропуштајући да исто времено прикаже историјски и културни контекст, друштвена струјања и теоријска објашњења која се око тог света плету. Стога ова књига није само врхунска испитна грађа за будуће америчке правнике већ и драгоцен извор сазнања за припаднике других правничких култура, вољне да прошире своја знања и видике.

Марија Караникић

ПОВОДИ

Бранко А. Лубарда*

СВЕТИ САВА – РЕЧ ВЕКОВА

Беседа поводом свечане доделе диплома и награда
студентима Правног факултета на дан Светог Саве
2002. године

I

Свети Сава, први монах из српске владарске куће, својом раном спознајом (ништишија) пролазности деоница световне власти и уздизањем од „клањања златном телету“, као веома млад креће на пут просвећености, надмоћи умности над чулношћу. Стваралачка аскеза подвизања водила је брзом сазревању Савине личности, уздизању ка светости и стицању дубоких богословских знања у светогорским манастирима Светог Пантелејмона и Ватопеда. Прожимање Савиног духа и ума кардиналним (филозофским) врлинама: праведношћу, мудрошћу, чистотом и храброшћу, и посвећеност богословским врлинама: вери, нади и љубави, Сави је донело највеће богатство и дело – реч Светог Саве, реч дугу векова.

Реч Савина спасавала је српску државу од унутрашњег раздора (мирећи браћу Стефана и Вукана); реч у молитви Савиној чувала је државу од спољних насртја (одвраћање и погибија великаша Стреза); прибавила је хрисовуљу византијског цара Алексија III за подизање Хиландара (1198); и потом, заслужила рукоположение за архимандрита (1204) и хиротонисање за достојанство архиепископа (1219), што је Српској цркви донело самосталност. Реч Савина се дубоко уважавала у хришћанској свету. Она је, тако, на молбу бугарског цара Ивана II Асене, дипломатски помогла да и Бугарска црква обнови своју патријаршију.

Речи Савиној се једнако веровало и после његове смрти у Трнову (1235). Та реч, међутим, знала је и да засмета као какав умишљени *crimen maiestatis*, делом и због поштовања које је према Светом Сави исказивало наше неправославно живље, тако да је Синан-паша наредио спаљивање моштију Светог Саве на Врачару

* Др Бранко А. Лубарда, ванредни професор Правног факултета у Београду.

поткрај XVI века (1594). Синан-пашин својеврсни *damnatio memoriae* имао је за циљ да избрише реч и име Светог Саве из народне свести и памћења, а постигао је да из истог тог пепела, праха духовног оца Србије, четири века касније, израсте величанствени Храм Светог Саве на Врачару.

II

Свети Сава, „вожд отачства и благонаравља“, први је архимандрит и архиепископ „све српске земље и поморске“ хиротонисан 1219. године у Никеји, у храму у коме је 325. године одржан Први васељенски сабор, на Светој архијерејској литургији коју је служио никејски (цариградски) патријарх Манојло I Сарантен. Реч архиепископа Саве је истом том приликом издејствовала и готово једнако важно право да будуће архиепископе самостално бирају епископи Српске цркве, чиме је Српска црква стекла и својство истински народне цркве. Свети Сава је том приликом уживао посебне почасти и личну подршку од стране византијског цара Теодора Ласкара. Апостолска мисија Светог Саве, када је у питању организација и развој Српске цркве, пореди се са апостолом Павлом. Оно што је апостол Павле за хришћанску цркву уопште, то је Свети Сава за Српску цркву.

Црквено-организациони рад започео је подизањем Хиландара, ктиторске задужбине Светог Симеона и Светог Саве, нашим најстаријим „универзитетом беседништва“. Праве беседе (о вери) нема без дубине (монашког) ћутања, да би се из речи многих земаљских језика – *multae terricolis linguae*, открио један небески – *caelestibus ipsa*, и да би дошло до спознаје самог (метафизичког) почетка: „У почетку беше реч“ (Јеванђеље по Јовану). После хиротонисања за архиепископа, односно стицања аутокефалности Српске цркве, у жељи да христијанизује српски народ, Свети Сава подиже многе цркве и украсава их својим омилијама и беседама о правој вери. Архиепископ Сава поставља тако камен темељац моралном уздизању српског народа, јер вера је прва и последња реч хришћанства, као религије добра, религије морала. Морално уздизање народа, јачање духа слободе, и правде као „сестре побожности“, остале су темељне карактерне црте нашег народа, које су и код Ј. Цвијића записане: „Да би се изазвала највиша сума народне снаге, треба дирнути... у индивидуални и национални понос; треба истаћи питање части или идеал правде или слободе.“ Доиста, морал је везивно ткиво основних правних вредности: правде, слободе, једнакости, мира и сигурности.

Организација и јачање аутокефалне Српске цркве одвијали су се у традицији византијског учења о симфонији државе и цркве

(као тела и душе верујућег српског народа), наспрам сваког облика цезаропапизма или папоцезаризма, што је дошло до изражaja и у симболици зидног сликарства средњовековне Србије од Милешеве (фреска Светог Симеона, Светог Саве, краља Стефана Првовенчаног, Радослава и Владислава) и Студенице, до Дечана и Пећи, Каленића и Ариља. Јачање државе, у то време, није било могуће без јачања цркве, тако да филозофија симфоније остаје добним делом изражена и у Душановом законику који, додуше, садржи и елементе поделе власти. И када је у каснијим вековима српска држава изгубила (политичку) сувереност, остала је у основи очувана сувереност Српске цркве, и „њојзи“ хвала што се очувала самобитност српског народа и његова државоправна свест; и „њојзи“ хвала за protu Mateju Ненадовића који је ту сачувану државноправну свест, на основу светосавског Законоправила, односно Крмчије, преточио у први закон устаничке Србије (1804).

III

Савин рад на организацији цркве (која се у хришћанству схвата као заједница свештенства и верника у љубави с Богом) није могуће одвојити од законодавне делатности – верско и законодавно се веома тесно преплићу у његовом делу. Доментијан је чак значај Светог Саве као законоположника за српски народ упоредио са значајем који има законоположник Мојсије за синове Израиљеве. Бити такав законописац није могуће без спознаје и људских и божанских ствари: *humanorum atque divinorum rerum notitia* (Улпијан). Отуда, смртан човек не сме да иде против неписаних вечних божијих закона, упозорава Антигона Креонта (Софокле).

Без Савине спознаје божанских и људских ствари, без Саве као законоположника и налогодавца (превођења са грчког на стари српскословенски језик) не би било ни Карејског, Хиландарског, нити Студеничког типика, којима се регулише монашки живот у манастирима и, што је још важније, не би било Законоправила, Светосавског номоканона или Крмчије (1220). Законоправило се сматра „самосталном кодификацијом византијског права у Србији“, односно представља црквенограђански законик у традицији грчко-римског права (који садржи елементе црквених зборника – Синопсиса ефеског епископа Стефана и Фотијевог номоканона, као и превод Прохирона из деветог века). По свом значају Законоправило далеко превазилази оквире средњовековне српске државе – уз одређене измене, коришћено је у Бугарској, Украјини и Белорусији (XV–XVII век), а од половине XVII века и у Русији (Крманошка књига).

Без Законоправила можда не би било ни нашег највећег средњовековног правног споменика – Душановог законика (1349, допуњен 1354). Законоправило се примењује и по доношењу Душановог законика, који, надахнут начелом правде, ни данас не престаје да потврђује своју трајну вредност и да нас задивљује кад, поред осталог, налаже: „Све судије да суде по законику, право, како пише у законику, а да не суде по страху од царства ми.“ На таквој светосавској традицији, непосредно ношен идејом историјскоправне школе, која развој права везује за развој народног духа, Богишић *noster* је казивао да „ништа не унапређује толико благостање једног народа као добро уређено и за сваког једнако правосуђе“.

IV

Карејски, Хиландарски и Студенички типик, а пре свега Законоправило, поред свог црквено-правног и законског карактера и значаја, имају и свој књижевни значај. Свети Сава се стога сматра и нашим првим књижевником. Сава је знао да сачувати језик, стари српскословенски језик, значи сачувати народ, јер „језик је најдубљи и основни израз народног карактера“ (В. Соловјов). Свети Сава је дубоко разумео поруку старозаветне приче о Вавилонској кули и свој тежини небеске казне (због губитка вере и унутрашњег моралног јединства народа), која гласи: „Хајде да сиђемо и да им пометемо језик да не разумеју један другог што говоре.“ Он је знао да следи очински савет Светог Симеона: „Боље ти је изгубити и највећи и најтврђи град своје земље него најмању и најнезнатнију реч свога језика. Знај, непријатељ те онолико освојио и покорио колико ти је речи потро и својих потурио.“ Ако занемаримо дубоко значење очувања српског језика, пре свега у нашим законима, недовољно ћемо сачувати и развијати своје културно биће и језичку самосвојност. Ово тим пре што и Европа XXI века наставља да иде у правцу економског, социјалног и политичког интегрисања, али и истиче значај и неопходност очувања различитости култура и језичког богатства. Европи у културном смислу више припадамо ако негујемо и очувамо богатство свог језика, посебно у закону.

Без Саве као писца Житија Светог Симеона, Карејског типика, без Светог Саве као надахнућа, не би било ни наше средњовековне књижевности – Доментијана и Теодосија (Житије Светог Саве), врхунских српских богослова. Свети Сава је узор и нашем Доситеју Обрадовићу, просветитељу. Свети Сава је и нас овде, на Правном факултету Универзитета у Београду, окупио данас да тумачимо његове поруке мира, које је Сава у себи носио и на друге преносио, и поруке обзирности, којих нема без праштања и кајања.

„Праштање је пола пута до Бога; милосрђе је друга половина“ (Н. Велимировић). Ако не смогнемо мудрости, чојства и храбрости да праштамо, ако нас савлада чулност нетолеранције, остаћемо у (дантеовском) *circulus vitiosus*-у нетолеранције – „ћераћемо се још“ (М. Бећковић). Нама праваницима је можда лакше да протумачимо светосавске симболе, знакове поред пута Светог Саве, који су у духовном смислу и наши „знакови поред пута“ (И. Андрић). Право се, наиме, сматра науком највеће ерудиције – *eruditissimus disciplina iuris*, а из космополитизма, тежње за стваралаштвом, уз надареност и ентелекију, најпре извире уздржаност и скромност, толеранција и мир.

Драги наши дипломирани правници и награђени студенти, нека ваша реч – усмена и писана, од које зависи остваривање и заштита права, понекад и судбина не само појединца – буде реч правде и правичности, реч правне и моралне чистоте, реч мудрости и храбрости, реч мира и обзирности.

Vivat Academia iuris Singiduni!

Vivat haec sodalitas!

Стеван Ђорђевић*

ПОЛА ВЕКА ОД УПИСА ГЕНЕРАЦИЈЕ СТУДЕНАТА ПРАВА 1951/52.

Бруцоши уписани на Правни факултет у Београду пре педесет година имали су 4. октобра 2001. пријатан сусрет прослављајући свечани јубилеј.

Њих седамдесетак, саслушали су луцидно излагање, јединог живог професора од оних који су предавали тој генерацији, иначе бројној – излагање др Боривоја Познића о досадашњем и новом законодавству, те новим предлозима у области грађанског судског поступка. Из редова слављеника скупу су се обратили академик Слободан Перовић, Владислав Јовановић, ранији министар иностраних послова СР Југославије и проф. др Стеван Ђорђевић. Бираним речима, споменути су начело толеранције и савестан и одговоран рад припадника ове генерације у судству, управи, привреди, дипломатији и у другим делатностима, као и у наставном и научном раду у универзитетским установама. Из миља, речено је да је то била „златна“ генерација.

Уз претходно одавање поште умрлим професорима и колегама, учесници прославе добили су бећ генерације 1951–2001, слављенице струк руже и обављено је заједничко фотографисање. Председник Организационог одбора, колега Љубиша Јовановић, коме су упућене честитке за успело прикупљање и организацију, поделио је тзв. „златне“ индексе са потписом декана Правног факултета у Београду проф. др Драгутина Шошкића.

Сусрет је пропраћен са неколико сјајно изведенih тачака из богатог програма хора „Бранко Крсмановић – Обилић“, под руководством виртуозне проф. Даринке Матић-Маровић.

Професор др Боривоје Познић пожелео је генерацији да доживи његове године. Поменуто је и да је поштовани проф. Михаило Константиновић, својевремено, приликом прославе 25. годишњице од уписа генерације, 1976. године, пожелео слављени-

* Др Стеван Ђорђевић, редовни професор Универзитета.

цима да прославе и 50. годишњицу, изражавајући жаљење што он неће бити са њима.

Прослава је завршена опуштеним и лепим дружењем уз вечеру у кафани „Два јелена“ – Скадарлија, до дубоко у ноћ, а појединци су се растали у ситне сате. Договорено је да се генерација опет састане поводом 55. годишњице од уписа, и то првог петка у октобру 2006. Жеља је да нас буде што више, укључујући како присутне, тако и оне који овим приликом нису обавештени или су били спречени да дођу.

Нови декан Правног факултета у Београду, проф. др Владимира Милића, иначе спречен да присуствује свечаном скупу, примио је делегацију генерације после прославе. Слављеници су декану уручили „златни“ индекс са заједничком фотографијом, за документацију Факултета. Том приликом у разговору је поменуто да од оснивања Правног факултета, пре 160 година, није из исте школске генерације остало више појединача да наставе универзитетску каријеру на матичном факултету и у другим научним установама (њих десетак). Њихов допринос у наставном и научном раду веома је запажен.

Обележавање ове прославе није само лепо сећање на почетак правних студија учесника, већ и израз њихове непрекинуте веза са својим другим домом, Правним факултетом у Београду.

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ ОД 1. ЈАНУАРА ДО 30. ЈУНА 2002. ГОДИНЕ

Декан Правног факултета Универзитета у Београду, на предлог Наставно-научног већа од 24. децембра 2001. и сагласности министра просвете од 21. јануара 2002. године, изабрао је 1. фебруара 2002. године:

др ВЛАДИМИРА ВОДИНЕЛИЋА, ванредног професора, у звање и на радно место *редовног професора* за предмете Увод у грађанско право и Стварно право.

Декан Правног факултета Универзитета у Београду, на предлог Наставно-научног већа од 11. марта 2002. године, изабрао је 12. марта 2002. године:

ЧЕДОМИРА ГЛИГОРИЋА, дипломираног економисту, у звање и на радно место *асистента-приправника* за предмет Политичка економија;

МИЛЕНУ МИЛУТИНОВИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место *асистента-приправника* за предмете Међународно привредно право и Право осигурања.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 8. маја 2002. године изабрало је:

мр ДЕЈАНА ЂУРЂЕВИЋА, асистента-приправника, у звање и на радно место *асистента* за предмет Наследно право;

ИВАНА НИКОЛИЋА, дипломираног правника, у звање и на радно место *асистента-приправника* за предмет Општа социологија.

Стручно веће за правне науке, политичке науке и науке о одбрани и заштити на седници од 24. јуна 2002. године, дало је сагласност на одлуку Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 8. маја 2002. године, за избор:

др ВЕСНЕ РАКИЋ-ВОДИНЕЛИЋ, ванредног професора, у звање и на радно место *редовног професора* за предмет Грађанско процесно право;

др ЈАСМИНКЕ ХАСАНБЕГОВИЋ, доцента, у звање и на радно место *ванредног професора* за предмете Увод у право и Филозофија права;

др ДОБРОСАВА МИЛОВАНОВИЋА, асистента, у звање и на радно место *догенита* за предмете Управно право и Банкарско и берзанско пословање и право.

**ОДБРАЊЕНЕ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОД
1. ЈАНУАРА ДО 30. ЈУНА 2002. ГОДИНЕ**

мр СРЂАН ГОЛУБОВИЋ, 11. фебруара 2002. године, „Институционални оквири деловања монетарног фактора у економској политици транзиторних привреда“;

мр БОРИСЛАВ ГРАХОВАЦ, 14. фебруара 2002. године, „Предузеће од јавног интереса“;

мр СЛОБОДАН ЈОВАНОВИЋ, 28. марта 2002. године, „Уговор о реосигурању“;

мр БОЖИДАР БАНОВИЋ, 30. априла 2002. године, „Обезбеђење доказа у криминалистичкој обради кривичних дела привредног криминалитета“;

мр МИЛАН БЛАГОЛЕВИЋ, 9. маја 2002. године, „Правна природа и положај Брчко дистрикта у Босни и Херцеговини“;

мр СОФИЈА СИРИШКИ, 31. маја 2002. године, „Заједничка спољна политика Европске уније суочена са југословенском кризом“;

мр НЕВЕНА ВУЧКОВИЋ-ШАХОВИЋ, 26. јуна 2002. године, „Међународно-правна заштита права детета“;

мр ЈЕЛЕНА ПЕРОВИЋ, 26. јуна 2002. године, „Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе“.

**ОДБРАЊЕНЕ МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ
ОД 1. ЈАНУАРА ДО 30. ЈУНА 2002. ГОДИНЕ**

РАДОМИР ЗЕКАВИЦА, „Идеја и пракса тоталитаризма“ – одбранио 22. марта 2002. године;

РАДОСАВ МИЛАНОВИЋ, „Усклађивање расходне стране пореског биланса“ – одбранио 19. априла 2002. године;

СНЕЖАНА СТОЈАНОВИЋ, „Заједница прихода у пореском систему Републике Србије“ – одбранила 28. маја 2002. године;

ТОМИСЛАВ РАДОВИЋ, „Методика откривања, разјашњавања и доказивања кривичног дела силовања са битним кримино-лошким обележјима“ – одбранио 29. маја 2002. године;

ЈОВИЦА ЂУКИЋ, „Евазија пореза на добит предузећа“ – одбранио 30. маја 2002. године;

НИКОЛА ДЕМОЊА, „Социјални чиниоци стварања права“ – одбранио 17. јуна 2002. године;

МАРТА СЈЕНИЧИЋ, „ХИВ зараза и имовинска одговорност“ – одбранила 17. јуна 2002. године.

ПРЕГЛЕД ПРЕТПЛАТНИКА

ПРЕТПЛАТНИЦИ НА ЧАСОПИС АНАЛИ ЗА 2002. ГОДИНУ

ПОЈЕДИНЦИ

1. Величковић Драган
Милентија Поповића 70/1, Београд
2. Дајовић Горан
Трг слободе 1, Стара Пазова
3. Дрљачин Берислав
Цара Душана 63, Станишић
4. Јеремић Драгана
Милешевска 2/3, Београд
5. Калаба Драган
Окружно јавно тужилаштво, Чачак
6. Кубињец Јанко
Лава Толстоја 3, Бачки Петровац
7. Кадриу Осман
Лазара Линченовског 13, Скопље
8. Лазић Жика
Милешевска 5, Београд
9. Мильевић Владимир
Краља Петра 10-а
10. Обрадовић Дејан
Моравска 51, Деспотовац
11. Поповић Илија
Булевар АВНОЈ-а 96, Београд
12. Поповић Славољуб
Илије Гарашанина 49, Београд
13. Славнић Јован
Саве Ковачевића 51, Београд
14. Терзић Ненад
Ивановачка 11, Београд
15. Тодоровић Слободан
Карађорђева 46/3, Београд
16. Трифковић Владимира
Вука Караџића 15, Прибој
17. Човић Живан
Омладинска 34, Ужице

ПРАВНА ЛИЦА

1. „Видело“ – Предузеће за производњу, промет и услуге
2. Виша школа унутрашњих послова – Библиотека
3. WOLF THEISS & PARTNERS D.O.O.
4. Градска библиотека Суботица
5. Институт за криминолошка и социолошка истраживања
6. „Југословенска књига“
7. Компанија ДУНАВ ОСИГУРАЊЕ – Библиотека
8. Народна банка Србије
9. PARTENON-M.A.M. Publishing House
10. Полицијска академија – Библиотека
11. Правни факултет у Новом Саду
12. Правни факултет у Подгорици
13. Савезни завод за информатику – Библиотека
14. Скупштина Србије и Црне Горе – Библиотека
15. Служба за опште и заједничке послове покрајинских органа (ИНДОК)
16. Српска академија наука и уметности – Библиотека
17. Трговински суд
18. Универзитетска библиотека „Светозар Марковић“
19. Уставни суд Србије
20. Часопис „Привредни саветник“

СТУДЕНТИ

1. Анђелковић Миомир
2. Бабовић Наташа
3. Бегановић Маја
4. Вујовић Игор
5. Вучковић Јелена
6. Гојков Дејан
7. Живковић Ненад
8. Иванић Миодраг
9. Јовановић Ненад
10. Митровић Ана

11. Невајда Радомир
12. Никшић Жељко
13. Павићевић Марко
14. Перовић Владимира
15. Петровић Ивана
16. Рајковић Владимира
17. Учајев Петар

НАСТАВНИЦИ И САРАДНИЦИ

Сви наставници и сарадници Правног факултета у Београду претплаћени су на *Анале Правног факултета*.

*Уредништво изражава усрдну
благодарност претплаћенима за
сву оданост и подршку коју пру-
жају изложењу часописа.*

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Željko Šević, Property Right, the Market „System“ and the Rule of Law in the Protection of the Human Environment - - - - -	6-46
Stevan Đorđević, The Division of International Law and the Distinction from Kindred Scientific Disciplines - - - - -	47-67
Srđan Stojanović, Aleksandar Jakšić, „The Checking of Goods and Claiming In the Light of the Salesman's Responsibility for the Material Faults of an Object in Yugoslav Law“ - - - - -	68-84
Dragan M. Mitrović, Is The Cognition Of Law Possible : „What Is Law?“ Nine theses with commentaries - - - - -	85-108

CONTRIBUTIONS

Miloš Živković, On the Nature of Negative Real Servitudes - - -	109-127
Vladimir Rajković, The Right to Use a Grave Site - - - - -	128-157
Biljana Marić, The Reform of the Judicial Authority in the Republika Srpska - - - - -	158-176
Dimšo Perić, Sergei Victorovitch Troicky and his Ecclesiastical Law - - - - -	177-183

CASES

Civil Law Cases	-----	184–245
-----------------	-------	---------

BOOK REVIEWS

Klaus Müller, <i>Sachenrecht</i> (4. neubearbeitete Auflage, Crl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, LV + 1087) (Jakov Radišić)	-----	246–255
Manfred Wolf, <i>Sachenrecht</i> (14, ergänzte und überarbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, XIX + 435) (Jakov Radišić)	-----	255–264
Aleksandra Jovanović, <i>An Introduction to the Economic Analysis of Law</i> (Faculty of Law, University of Belgrade, 1998) (Željko Šević)	-----	264–268
Lazar Marković, <i>The Law on Obligations</i> (Novinsko izdavačka ustanova „Službeni list SRJ“, Beograd, 1997) (Goran Georgijević)	-----	268–279
Dr Zoran Rašović, <i>Real Law</i> (Podgorica, 2002) (Goran Georgijević)	-----	279–290
Jesse Dukeminier, Stanley M. Johanson, <i>Wills, Trusts and Estates</i> (Sixth Edition, Aspen Law and Business, New York, 2000, XLV + 1111) (Marija Karanikić)	-----	290–297

OCCASIONS

Branko A. Lubarda, Saint Sava – The Word of Centuries (Speech at the official presentation of diplomas and awards to students of the Faculty of Law, on the Feast of St. Sava in 2002)	-----	298–302
Stevan Đorđević, Half a Century Since the Enrolment of the 1951/1952 Generation of Students of Law	-----	303–304

FACULTY CHRONICLE

(Miljko Valjarević)		
Election of Professors and Assistants of the Faculty of Law, January–June, 2002.	-----	305–306

Doctors' Degrees Conferred, January–June, 2002. - - - - -	306
Masters' Degrees Conferred, January–June, 2002. - - - - -	306–307
LIST OF SUBSCRIBERS - - - - -	308–310

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES

Željko Šević, Droit de propriété, ordre marchand et règne du droit dans la protection de l'environnement - - - - -	6–46
Stevan Đorđević, Division du droit international et distinction entre des disciplines scientifiques proches - - - - -	47–67
Srđan Stojanović, Aleksandar Jakšić, Contrôle de la marchandise et réclamation en raison de défauts matériels mettant en jeu la responsabilité du vendeur - - - - -	68–84
Dragan M. Mitrović, Peut-on connaître le droit: „Qu'est-ce que le droit?“ Neuf thèses avec commentaire - -	85–108

VARIÉTÉS

Miloš Živković, De la nature juridique des servitudes négatives réelles - - - - -	109–127
Vladimir Rajković, Le droit à l'utilisation d'une concession funéraire	128–157
Biljana Marić, La réforme du pouvoir judiciaire en République serbe - - - - -	158–176
Dimšo Perić, Sergeï Viktorovitch Troitski et son droit canonique -	177–183

JURISPRUDENCE

Droit civil - - - - -	184–245
-----------------------	---------

COMPTE RENDUS DES LIVRES

Klaus Müller, <i>Sachenrecht</i> (4. neubearbeitete Auflage, Crl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, LV + 1087) (Jakov Radišić) - - - - -	246-255
Manfred Wolf, <i>Sachenrecht</i> (14, ergänzte und überarbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, XIX + 435) (Jakov Radišić) - - - - -	255-264
Aleksandra Jovanović, <i>Introduction à l'analyse économique du droit</i> (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1998) (Željko Šević) - - - - -	264-268
Lazar Marković, <i>Le droit des obligations</i> (Novinsko izdavačka ustanova „Službeni list SRJ“, Beograd, 1997) (Goran Georgijević) - - - - -	268-279
Dr Zoran Rašović, <i>Le droit réel</i> (Podgorica, 2002) (Goran Georgijević) - - - - -	279-290
Jesse Dukeminier, Stanley M. Johanson, <i>Wills, Trusts and Estates</i> (Sixth Edition, Aspen Law and Business, New York, 2000, XLV + 1111) (Marija Karanikić) - - - - -	290-297

A L'OCCASION DE

Branko A. Lubarda, Saint Sava – parole des siècles Discours prononcé à l'occasion de la distribution des diplômes et des prix aux étudiants de la Faculté de droit le jour de la Saint Sava - - - - -	298-302
Stevan Đorđević, Un demi siècle depuis l'inscription de la génération des étudiants de droit 1951/52. - - - - -	303-304

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

(Miljko Valjarević)	
Élection des professeurs et assistants du 1 ^{er} janvier au 31 juin 2002. - - - - -	305-306
Thèses de doctorat soutenues du 1 ^{er} janvier au 31 juin 2002. - - - - -	306

Thèses de troisième cycle soutenues du 1^{er} janvier
au 31 juin 2002. ----- 306-307

LISTE DES ABONNÉS ----- 308-310

INHALTSVERZEICHNIS

ABHANDLUNGEN

Željko Šević, Eigentumsrecht, Marktordnung und Rechtherrschaft beim Umweltschutz	6–46
Stevan Đorđević, Die Einteilung des Völkerrechts und seine Abgrenzung von verwandten Wissenschaftszweigen	47–67
Srđan Stojanović, Aleksandar Jakšić, Untersuchungspflicht und Mängelrüge aus der Sicht der Haftung des Verkäufers für Sachmängel	68–84
Dragan M. Mitrović, Kann es richtig erkannt werden: „Was ist das Recht?“ Neun Thesen mit Kommentaren	85–108

BEITRÄGE

Miloš Živković, Über Rechtsnatur der negativen Dienstbarkeiten	109–127
Vladimir Rajković, Nutzungsrecht über Grabstätten	128–157
Biljana Marić, Reform der Rechtsprechung in der Republik Srpska	158–176
Dimšo Perić, Sergei Wiktorowitsch Troitzki und sein Kirchenrecht	177–183

RECHTSPRECHUNG

Zivilrecht	184–245
------------	---------

DARSTELLUNGEN

Klaus Müller, <i>Sachenrecht</i> (4. neubearbeitete Auflage, Crl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, LV + 1087) (Jakov Radišić) - - - - -	246–255
Manfred Wolf, <i>Sachenrecht</i> (14, ergänzte und überarbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, XIX + 435) (Jakov Radišić) - - - - -	255–264
Aleksandra Jovanović, <i>Einführung in die wirtschaftliche Rechtsanalyse</i> (Juristische Fakultät der Universität Belgrad, 1998) (Željko Šević) - - - - -	264–268
Lazar Marković, <i>Schuldrecht</i> (Presseverlag „Službeni list SRJ“, Belgrad, 1997) (Goran Georgijević) - - - - -	268–279
Dr Zoran Rašović, <i>Sachenrecht</i> (Podgorica, 2002) (Goran Georgijević) - - - - -	279–290
Jesse Dukeminier, Stanley M. Johanson, <i>Wills, Trusts and Estates</i> (Sixth Edition, Aspen Law and Business, New York, 2000, XLV + 1111) (Marija Karanikić) - - - - -	290–297

ANLÄSSE

Branko A. Lubarda, Sveti Sava – das Wort der Jahrhunderte. Die Rede anlässlich der feierlichen Diplom- und Preisverleihung an Studenten der Juristischen Fakultät am Tag des Sveti Sava 2002. - - -	298–302
Stevan Đorđević, Ein halbes Jahrhundert seit der Immatrikulation der Studenten des Jahrgangs 1951/52. - - - - -	303–304

CHRONIK DER FAKULTÄT

(Miljko Valjarević)	
Wahl der Professoren und wissenschaftlichen Assistenten im Jahre 2002 - - - - -	305–306
Doktorarbeiten, verteidigt im Jahre 2002 - - - - -	306

Magisterarbeiten, verteidigt im Jahre 2002 - - - - - 306–307

ABONNENTENÜBERSICHT - - - - - 308–310

Главни уредници *Архива за юравне и друштвене науке*
(часописа 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)

*Објављивање овог броја Анала финансијски је помоћила
Немачка задужбина за међународну юравну сарадњу*

*Die Herausgabe der Annalen der Rechtsfakultät Belgrad hat die
Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit
e.V. finanziell unterstützt*

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

Секретари:

мр Марија Караникић и Горан Георгијевић

Дописни чланови из иностранства:

Christa Jessel-Holst, Max-Planck-Institut, Hamburg,
Slobodan Milacic, Université Montesquieu Bordeaux IV
Tomoyoshi Ito, Hokkai Gakuen University
Željko Šević, University of Greenwich Business School

Издавач: Правни факултет Универзитета у Београду

Лектор: Мирјана Јосић

Коректор: Биљана Џукавац

Преводи у овом броју: Нада Варничић-Donjon (француски), Тамара
Јовановић-Rodwell (енглески) и мр Данка Стојаковић (немачки)

Технички уредник: Мирко Милићевић

Слог и прелом: „Досије“

Штампа: „Футура“, Петроварадин