

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ



Година LII

БЕОГРАД 2004.

Број 3-4

UDC 34/35

(јул-децембар)

YU ISSN 003-2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Ратко Марковић, Моћ и немоћ председника Републике Србије	325
Силвио Гамбино, Од централног места закона до супериорности Устава	361
Жан Озер, Људска права у француском праву; право својине у европском праву	382
Стеван Ђорђевић, Тумачење међународних уговора	399
Дејан Ђурђевић, Утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестаментa	447

ПРИЛОЗИ

Јожеф Салма, Начело <i>Nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i> и ништавост уговора	487
Горан Георгијевић, Одговорност за проузроковану штету и режима накнада у француском праву	496
Славољуб Поповић, Правно регулисање заштите животне средине	523
Славољуб Поповић, Супротна је Уставу СРЈ одредба закона по којој против закључка нема места правном леку	532

ПРАВНА КУЛТУРА

Милош Луковић, Решавање термилошких питања у изради Општега имовинског законика	539
--	-----

СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Грађанско право – Марија Караникић.	570
---	-----

ПРИКАЗИ

Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, Il Contratto, Tomo Primo XIV + 911; Tomo secondo XIII + 791, UTET Torino 2004 (Миодраг Орлић)	607
Christelle Coutant-Lapalus, Le principe de la réparation intégrale en droit privé, Préface Frédéric Pollaud-Dulian, (Institut de droit des affaires, Presses universitaires d' Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 2002, 591 (Марија Караникић)	625

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

Избори наставника и сарадника Правног факултета у Београду од 1. јула до 31. децембра 2004. године	634
Одбрањене докторске дисертације од 1. јула до 31. децембра 2004. године.	635
Одбрањене магистарске тезе од 1. јула до 31. децембра 2004. године.	635

Др Ратко Марковић*

МОЋ И НЕМОЋ ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

УВОД

У чланку се испитијује сиварни правни домаијај усивавних овлаићења председника Републике (члан 83. Усивава Републике Србије), иако иишо се она, а у вези са државним сиваиусом Републике Србије, доводе најпре у везу с актиима веће правне снае од Усивава Републике Србије (Усивав СФРЈ, Усивав СРЈ, Усивавна иовеља државне заједнице СЦГ), а заиим и са законима Републике Србије (исивојећим или оним које уоишине није донела) који ипреба да их разраде и сироведу (случај кад председник Републике врши усивавно овлаићење, на основу усивава, „у складу са законом”). У ред усивавних овлаићења улазе и овлаићења која председник Републике има према дружим републичким органима (чл. 84, 85, 89. и 132. сивав 1), на основу којих се одреджује иоложај председника Републике у сивему републичких органа (одељак V Усивава Републике Србије). Основни закључак изведен из иаквих испиивавања је да председник Републике Србије нема, на основу усивава, „активну власи”, каквом, од иолиичких органа, расиолажу Народна скуйишина и Влада. Судови нису носиоци иолиичке власи, ниши се образују према иолиичким мерилима.

Кључне речи: *Парламенитаризам. – Председнички сивем.*

У политичким и стручним расправама у време доношења и непосредно по доношењу Устава Републике Србије од 1990. најспорнија институција био је председник Републике. Република Србија је тим уставом први пут добила инокосног шефа државе, додуше, не као самостална држава, него као федерална јединица у федерацији републиканског облика владавине (монархијски облик владавине је готово неспојив с федералним државним уређењем). При том, предмет спора није била политичка инсти-

* Др Ратко Марковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

туција као таква, него њена овлашћења и уставни положај у систему власти Републике Србије. Критичари уставних решења истицали су да су овлашћења председника Републике неубичајено велика и да је реч о најмоћнијој уставној институцији која има превласт у односу на друге државне органе предвиђене уставом. Браниоци уставних решења су, напротив, истицали да је реч о уставној институцији с нешто јачим овлашћењима од „енглеске краљице”, а да њене критичаре на погрешан закључак наводи начин избора и опозива председника Републике, који је врло захтеван и тежак. После деценије и по од ступања на снагу Устава Републике Србије ваљда је сазрело време да се напokon о председнику Републике проговори аргументовано, научно објективно и хладне главе, у којој политичке емоције нису потиснуле разум. Из таквог угла треба сагледати колико су критике уставних решења о председнику Републике биле основане, па ако се покаже да то нису биле, онда одговорити на питање која је била њихова сврха. То је, уједно, и основна сврха овога рада.

ОВЛАШЋЕЊА ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Председник Републике је, поред Народне скупштине, државни орган с највећим легитимитетом, јер он произлази из непосредних избора бирачког тела. Он је, заједно с Народном скупштином, представнички орган. Стога су и његова овлашћења већа од овлашћења шефа државе у чистом парламентарном систему који, у државама с републиканским обликом владавине, произлази из парламента, а не из непосредних избора, али су знатно мања од овлашћења шефа државе у председничком систему, у којем је шеф државе једини орган извршне власти (моноцефална егзекутива) који, исто тако, произлази из непосредних избора.

Овлашћења шефа државе су искључиво *уставна катего-*
рија. То значи да су сва овлашћења тог државног органа утврђена у Уставу Републике Србије и да се, мимо њих, никаква нова овлашћења председника Републике не могу утврђивати законом. То је смисао одредбе члана 83. тачке 12, у којој стоји да председник Републике „обавља и друге послове у складу с Уставом”. При том су овлашћења председника Републике на систематски начин утврђена у члану 83. Устава Републике Србије (са становишта председникових овлашћења, тај члан је *sedes materiae*), као и у чл. 84, 85, 89. и 132. став 1. Устава Републике Србије,

у којима се утврђује однос председника Републике, на једној, и Народне скупштине и Владе, на другој страни.

Сва овлашћења председника Републике могу се поделити у три групе: у прву улазе овлашћења везана за представљање државе Србије (према члану 1. Устава Републике Србије, Република Србија је, према федерална јединица у федералној држави, „држава”); другу чине овлашћења везана за својство председника Републике као државног органа који оличава стабилну, неоперативну егzekутиву, насупротив Влади, која оличава променљиву (зависи од постојања поверења парламентарне већине) и оперативну егzekутиву; трећа обухвата посебна овлашћења везана за нередовна стања, у теорији позната под називом „стања нужде”.

Председник Републике у својству органа који представља („оличава”) државу Србију има следећа овлашћења: 1) „обавља послове из области односа Републике Србије с другим државама и међународним организацијама, у складу са законом” (члан 83. тачка 4); 2) „даје помиловања” (члан 83. тачка 9); 3) „додељује одликовања и признања утврђена законом” (члан 83. тачка 10).

Прво од ових овлашћења председник Републике Србије никада није био у могућности да врши, јер Република Србија од доношења Устава од 1990. до данас никада није имала међународноправни субјективитет. Она је све до 2003. била федерална јединица у федералној држави Југославији, која је једина била субјект међународног права. Према Уставу СФРЈ од 1974 (члан 281. тачка 7), који је важио до ступања на снагу Устава СР Југославије од 1992, „Федерација преко савезних органа: утврђује спољну политику Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и стара се о њеном спровођењу; одржава политичке, економске и друге односе с другим државама и међународним организацијама; закључује, ратификује и обезбеђује извршавање међународних уговора; обезбеђује извршавање међународних обавеза Социјалистичке Федеративне Републике Југославије; уређује организацију и делатност служби иностраних послова федерације.” Према Уставу СР Југославије од 1992 (који је важио до ступања на снагу Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора 2003), та држава била је надлежна у области „међународних односа” (члан 77. тачка 6. Устава СР Југославије), а председник Републике (СР Југославије) „представља Савезну Републику Југославију у земљи и иностранству” (члан 96. тачка 1), док Савезна влада „утврђује и води унутрашњу и спољ-

ну политику” (члан 99. тачка 1). Према члану 14. Уставне повеље, „Србија и Црна Гора је један субјект међународног права и члан међународних глобалних и регионалних организација за чије чланство је услов међународни субјективитет.” Обављање „иностраних послова” у СФРЈ било је регулисано Законом о вршењу иностраних послова из надлежности савезних органа управе и савезних организација (*Службени листи СФРЈ*, бр. 56/81), а у СР Југославији је регулисано Законом о иностраним пословима (*Службени листи СРЈ*, бр. 59/98).

Устав Републике Србије од 1990. садржао је одредбу према којој председник Републике „обавља послове из области односа Републике Србије с другим државама и међународним организацијама, у складу са законом”, због тога што је имао заштитну функцију. Он је требало, у време када је опасност од сецесије појединих република некадашње СФРЈ била сасвим реална, а тиме и опасност распада Југославије, да пружи уставноправну основу за опстанак и функционисање Србије као државе, а да при том Србија не буде република која ће доводити у питање Југославију, која ће разграђивати федералну државу и отказивати послушност федералном уставном поретку (отуда, за устав федералне јединице и крајње неувобичајена, у најмању руку излишна, одредба о лојалности Србије федералном уставу и федерацији, садржана у члану 135. ставу 1. Устава Републике Србије). Због тога и ово овлашћење председника Републике Србије улази у ред његових тзв. резервних надлежности, које би он обављао у случају да Југославије не буде било. Из истих разлога ни закон у складу с којим би председник Републике Србије обављао послове „из области односа Републике Србије с другим државама и међународним организацијама” никада није био донесен. Исту, заштитну функцију, имала је и одредба члана 5. Закона о министарствима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 7/91), у којој се међу набројеним министарствима у Републици Србији налазе и Министарство иностраних послова, Министарство за економске односе с иностранством и привредни развој и Министарство одбране. Пошто се сецесија четири федералне јединице из југословенске федерације догодила и пошто су преостале две федералне јединице, „Полазећи од слободарске, демократске и државотворне традиције, историјске повезаности и заједничких интереса државе Србије и државе Црне Горе,” а „на темељу непрекинутог субјективитета Југославије и добровољности удруживања Републике Србије и Републике Цр-

не Горе” (Преамбула Устава СР Југославије, алинеја 1. и 2.) продужиле егзистенцију југословенске федерације, сада с две федералне јединице и под називом „Савезна Република Југославија”, у Републици Србији је у члану 5. Закона о изменама и допунама Закона о министарствима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 67/93) утврђено: „Даном ступања на снагу овог закона престају с радом: 1) Министарство одбране; 2) Министарство иностраних послова и 3) Министарство за економске односе с иностранством и привредни развој.”

Помиловање (давање помиловања) је врста квазисудског уставног овлашћења председника Републике подвргнуто значајним законским ограничењима (Закон о помиловању, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 49/95). Пре свега, председник Републике Србије даје помиловање „за кривична дела прописана законима Републике Србије” (члан 1. Закона о помиловању). Поступак за помиловање покреће се молбом осуђеног лица или по службеној дужности, кад га покреће министар правде (чл. 4. и 11. Закона о помиловању). Молба за помиловање подноси се суду који је изрекао пресуду у првом степену, а тај суд ће је, заједно са својим мишљењем о оправданости молбе, доставити Министарству правде. Кад размотри и оцени наводе у молби, министар правде је, заједно са свим списима и својим мишљењем, доставља председнику Републике Србије (чл. 9. и 10. Закона о помиловању). Иначе, молба за помиловање не може се поднети пре правноснажности пресуде, тј. пре него што буду исцрпљени сви законом предвиђени правни лекови (члан 5. став 3. Закона о помиловању). Кад министар правде по службеној дужности покрене поступак за помиловање, сходно се примењују одредбе Закона о помиловању о поступку помиловања покренутом молбом (члан 11. став 2. Закона о помиловању).

Уставно овлашћење председника Републике да „додељује одликовања и признања утврђена законом” (члан 83. тачка 10) у пракси до данас није реализовано, једноставно због тога што закон који би утврдио одликовања и признања у Републици Србији није донесен. Постојао је такав савезни закон (у СФРЈ био је то Закон о одликовањима Социјалистичке Федеративне Републике Југославије – *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/86 – који је на основу члана 13. тачке 13. Уставног закона за спровођење Устава Савезне Републике Југославије престао да важи даном ступања на снагу тог устава, па је тек после шест година донесен Закон о одликовањима Савезне Републике Југославије – *Служ-*

бени лисѝ СРЈ, бр. 59/98, 21/01), али, према Уставу СР Југославије, председник Републике „додељује одликовања и признања Савезне Републике Југославије предвиђена савезним законом” (члан 96. тачка 7). У државној заједници Србија и Црна Гора створеној 2003, председник Србије и Црне Горе „додељује одликовања и друге почести” (члан 26. алинеја 6. Уставне повеље), на основу и даље важећег Закона о одликовањима Савезне Републике Југославије, на основу којег су, после шест година, одликовања почела поново да се додељују. Тако се може узети да председник Републике Србије ово уставно овлашћење никада није ни имао.

У својству органа фиксне, неоперативне егzekутиве, председник Републике Србије има следећа уставна овлашћења: 1) „предлаже Народној скупштини кандидата за председника Владе, пошто саслуша мишљење представника већине у Народној скупштини” (члан 83. тачка 1); 2) „предлаже Народној скупштини кандидате за председника и судије Уставног суда” (члан 83. тачка 2); 3) „указом проглашава законе” (члан 83. тачка 3); 4) може поднети предлог за промену Устава (члан 132. став 1).

У вршењу прва три овлашћења самосталност председника Републике је или сасвим мала или никаква. Тако, председник Републике предлаже мандатара за састав Владе (кандидата за председника Владе) тек пошто саслуша мишљење представника већине у Народној скупштини. При том је он у вршењу овог овлашћења везан двојако. Он, најпре, мора предложити кандидата из реда парламентарне већине а, затим, он мора предложити конкретну личност о којој је постигнут договор у тој већини. Одлуку о томе ко је парламентарна већина доноси бирачко тело на парламентарним изборима, односно парламентарне странке коалиционим савезима, а одлуку о томе ко је кандидат за председника Владе доноси та већина. Кад би председник Републике, предлажући кандидата за председника Владе, игнорисао било коју од ове две одлуке, његов предлог у парламенту никада не би прошао. Чак, сматрамо, да би председник Републике повредио устав ако би предложио кандидата којег му та већина није предложила, јер би тиме опструисао формирање Владе и да би се због тога у Народној скупштини могао покренути поступак за његов опозив (члан 88. став 2. Устава Републике Србије). Тим више, председник Републике нема никакав утицај на предлагање кандидата за чланове Владе – за потпредседнике и министре –

јер је такво овлашћење искључиво у рукама кандидата за председника Владе, а коначну одлуку доноси Народна скупштина.

Веома мали степен самосталности има председник Републике и приликом предлагања кандидата за председника и судије Уставног суда. И овде коначну одлуку доноси Народна скупштина, па стога председник Републике мора, пре него што упутити формалне предлоге Народној скупштини, консултовати представнике парламентарне већине, односно Владу. Без њихове претходне сагласности, предлог председника Републике у Народној скупштини сигурно неће добити потребну већину. Иако су за председника и судије Уставног суда од првенствене важности њихови професионални квалитети, политичке странке које имају већину у Народној скупштини, због природе уставносудске функције, која укључује и димензију политичког одлучивања, настоје да имају своје кандидате, како би и у том државном органу имале своје упориште. Дакле, Народна скупштина није везана за предлог кандидата за председника и судије Уставног суда председника Републике, иако она не може изабрати на те положаје неког којег председник Републике није предложио. Али, зато и неко којег је председник Републике предложио неће бити изабран ако га не жели парламентарна већина (тако, недавно, кандидат председника Републике за судију Уставног суда није добио у Народној скупштини потребан број гласова, јер је у парламентарној расправи изражена сумња да је кандидат у тесној вези с Демократском странком, из које потиче и председник Републике, која је у Народној скупштини у опозицији).

Што се тиче проглашења закона указом, то уставно овлашћење председника Републике је у целини декларативног карактера. Акт проглашења закона је декларативни чин, док је акт доношења закона конститутивни чин. Проглашење закон обухвата садржински две ствари: 1) констатацију председника Републике да је закон усвојен од стране законодавних чинилаца и да је при том у свему поступљено по процедури предвиђеној уставом и пословником Скупштине; 2) изјаву председника Републике да је закон постао извршан и да се има приступити његовом извршењу. Стога је указ о проглашењу закона председника Републике „једна исправа која има да служи закону као крштено писмо” (Слободан Јовановић). Из дикције уставног текста („председник Републике... указом проглашава законе”) произлази да председник Републике закон изгласан у Народној скупштини мора прогласити. То његово овлашћење нема, дакле,

карактер дискреционог права, односно слободног одлучивања. У супротном, не би било речи о промулгацији, него о законодавној санкцији, установи карактеристичној за монархију. Да је ово тумачење исправно, о томе сведочи механизам суспензивног вета из члана 84. Устава Републике Србије. Председник Републике, и то је механизам деловања суспензивног вета, може закон изгласан у Народној скупштини вратити Скупштини на поновно гласање, али је изричита уставна одредба: „Председник Републике је дужан да прогласи поново изгласан закон у Народној скупштини” (члан 84. став 2).

Четврто овлашћење, да може поднети предлог Устава (уставотворна иницијатива), које има у својству органа фиксне егzekутиве, председник Републике врши самостално, али оно је сведено на предлог о којем одлуку доноси други државни орган. Овде је тај орган Народна скупштина, којој према Уставу, припада „уставотворна и законодавна власт”. Подношењем предлога за промену Устава (председник Републике је један од четири овлашћена носиоца предлога) и његовим усвајањем у Народној скупштини (двотрећинском већином од укупног броја народних посланика) завршава се прва фаза у поступку промене Устава, иза које следи друга – израда и усвајање акта о промени Устава (акт о промени Устава усваја Народна скупштина двотрећинском већином од укупног броја народних посланика, а он је коначно усвојен кад се за њега на републичком референдуму изјасни више од половине укупног броја бирача). Према томе, председник Републике има тек иницијално овлашћење у уставотворном поступку, овлашћење да подстакне одлучивање другог, уколико овај то овлашћење уопште буде прихватио.

У нередовним стањима, када из разлога државног интереса, који треба да је највише добро (*salus rei publicae suprema lex est*), долази до поремећаја уставом утврђене поделе надлежности између легислативе и егzekутиве, председник Републике има следећа овлашћења: 1) „руководи оружаним снагама у миру и рату и народним отпором у рату; наређује општу и делимичну мобилизацију; организује припреме за одбрану у складу са законом” (члан 83. тачка 5); 2) „кад Народна скупштина није у могућности да се састане, по прибављеном мишљењу председника Владе, утврђује постојање непосредне ратне опасности или проглашава ратно стање” (члан 83. тачка 6); 3) „по својој иницијативи или на предлог Владе, за време ратног стања или непосредне ратне опасности, доноси акте о питањима из над-

лежности Народне скупштине, с тим што је дужан да их поднесе на потврду Народној скупштини чим она буде у могућности да се састане. Актима донетим за време ратног стања могу се ограничити поједине слободе и права човека и грађанина и изменити организација, састав и овлашћења Владе и министарстава, судова и јавних тужилаштва” (члан 83. тачка 7); 4) „на предлог Владе, када су на делу територије Републике Србије угрожени безбедност Републике Србије, слободе и права човека и грађанина или рад државних органа, проглашава ванредно стање и доноси акте за предузимање мера које такве околности изискују, у складу са Уставом и законом” (члан 83. тачка 8).

Сва овлашћења која председник Републике има према Уставу Републике Србије у нередовним стањима (ванредно стање, стање непосредне ратне опасности, ратно стање) припадају категорији резервних овлашћења (надлежности). Њих председник Републике може вршити само у случају промене државног статуса Србије – уколико би она од федералне јединице у федералној држави или државе чланице у реалној унији (државној заједници) постала самостална држава. Такво уставно решење одговор је на опасности којима је у време доношења Устава Србије била изложена федерација, која је тада егзистенцијално била угрожена. С обзиром на одредбу Устава Републике Србије (члан 135), према којој је Република Србија у саставу федерације, а да ће се права и дужности која Устав Републике Србије предвиђа, истоветна правима и дужностима која предвиђа федерални устав, остваривати у складу са федералним уставом, сва наведена уставна овлашћења председника Републике је док је постојала федерална држава (4. фебруар 2003) вршио одговарајући федерални орган, према федералном уставу. За време важења Устава СФРЈ од 1974. било је то Председништво СФРЈ, које је, ако Скупштина СФРЈ није била у могућности да се састане, проглашавало и ратно стање (члан 316. став 1), с обзиром на то да је Скупштина СФРЈ одлучивала „о рату и миру” (члан 283. тачка 5). За време важења Устава СР Југославије од 1992. били су то, зависно од врсте овлашћења, Савезна скупштина („проглашава ратно стање, стање непосредне ратне опасности и ванредно стање” – члан 78. тачка 3), председник Републике („Војском Југославије у рату и миру командује председник Републике, у складу с одлукама Врховног савета одбране” – члан 135. став 1), Савезна влада („наређује општу мобилизацију и организује припреме за одбрану”; „кад Савезна скупштина није у мо-

гућности да се састане, пошто саслуша мишљење председника Републике и председника већа Савезне скупштине, проглашава наступање непосредне ратне опасности, ратног стања или ванредног стања”; „кад Савезна скупштина није у могућности да се састане за време ратног стања, непосредне ратне опасности или ванредног стања, пошто саслуша мишљење председника већа Савезне скупштине, доноси акте о питањима из надлежности Савезне скупштине. Актима донетим за време ратног стања, могу се, док то стање траје, ограничити поједине слободе и права човека и грађанина, осим оних у чл. 20, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 35. и 43. овог устава. Савезна влада дужна је ове акте поднети на потврду Савезној скупштини чим она буде у могућности да се састане”, члан 99. тачка 9, 10. и 11) и Врховни савет одбране (члан 135). Република Србија никада није имала „оружане снаге”. Једина војна („оружана”) сила („снага”) у земљи била је до 1992. Југословенска народна армија, а од 1992. све до данас то је Војска Југославије (Србије и Црне Горе). Врховни командант ЈНА било је Председништво СФРЈ, док „Војском Југославије у рату и миру командује председник Републике у складу с одлукама Врховног савета одбране” (члан 135. Устава СР Југославије), док је према Уставној повељи од 2003. „Врховни командант Војске (је) Врховни савет одбране, који одлучује о употреби Војске Србије и Црне Горе” (члан 56. став 1). Према Уставу СР Југославије од 1992, Савезна влада наређује општу и делимичну мобилизацију и организује припреме за одбрану, што значи да отпада исто овлашћење које председник Републике Србије има према члану 83. тачка 5. Устава Републике Србије. Исто тако, отпадају и овлашћења председника Републике Србије из члана 83. тачке 6, тачке 7. и тачке 8, пошто су све то овлашћења која према Уставу СР Југославије има Савезна влада (члан 99. тачка 10. и тачка 11). И пошто је криза југословенске федерације, изазвана отцепљењем четири од шест федералних јединица, успешно премошћена стварањем двојне федерације, састављене од две федералне јединице, Републике Србије и Републике Црне Горе, престала је потреба за постојањем Министарства одбране у Републици Србији, формираним Законом о министарствима од 1991 (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 7/91). Законом о изменама и допунама Закона о министарствима донесеним у Републици Србији 1993 (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 67/93) престала су с радом сва министарства формирана у управним областима (ресорима) у искључивој надлежности федера-

ције (СР Југославије), међу којима је било и Министарство одбране. Ни по престанку постојања федералне државе Југославије и настанку државне заједнице Србија и Црна Гора (фебруар 2003), председник Републике Србије не може вршити овлашћења која на основу Устава Републике Србије има у нередовним ситуацијама, осим овлашћења из члана 83. тачке 8 (проглашење ванредног стања на делу територије Републике Србије и предузимање мера које околности у таквим приликама изискују). Први пут је то уставно овлашћење искористио вршилац дужности председника Републике (г-ђа Наташа Мићић, која је то овлашћење добила чињеницом да је била председник Народне скупштине), када је марта 2003, супротно Уставу Републике Србије, проглашено ванредно стање и када је први пут био примењен Закон о мерама за време ванредног стања од 1991. (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 19/91). Својевремено је, године 1995, Уставни суд Србије упутио предлог Народној скупштини да односни Закон о мерама за време ванредног стања стави ван снаге, пошто је правни режим ванредног стања федерална надлежност уређена федералним Законом о одбрани (*Службени лист СРЈ*, бр. 43/94, 28/96, 44/99 и 3/02), иако он није имао уставну надлежност оцењивања сагласности закона републике чланице са савезним уставом и законом (ту надлежност имао је Савезни уставни суд). Али, када је у Републици Србији ванредно стање било уведено више није био на снази Устав СР Југославије, него Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора, којом се препушта државама чланицама одлучивање о увођењу ванредног стања. Штавише, премда без језичког упоришта у тексту Устава Републике Србије, „Уставни суд је утврдио да Устав Републике Србије допушта могућност увођења ванредног стања и на целој територији Републике Србије. Устав говори о угрожавању одређених вредности на делу територије и утврђује разлоге за увођење ванредног стања, али не искључује могућност проглашавања ванредног стања на целој територији, односно не одређује изричито ограничено територијално дејство одлуке о предузимању ове мере у скучајевима кад се разлози за то прошире на целу територију Републике” (Одлука Уставног суда, IУ-93/2003. од 8. 07. 2004, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 83/04).

Напослетку, председник Републике има овлашћење које припада свим републичким органима, а наиме да „образује стручне и друге службе за обављање послова из своје надлежно-

сти” (члан 83. тачка 11). Исто такво овлашћење има и Народна скупштина (члан 82) и Влада (члан 90. тачка 9). У вршењу овог овлашћења председник Републике је ограничен средствима која су му додељена државним буџетом, који на предлог Владе усваја Народна скупштина.

Из прегледа ових уставних овлашћења, може се закључити да председник Републике, иако представнички орган, по легитимности раван Народној скупштини, није носилац власти одлучивања. Он је, према Уставу Републике Србије, више модератор између активних државних власти, него што је сâм таква власт. Према Уставу Републике Србије, он не врши ни законодавну, ни извршну, ни судску власт, него „представља” Републику Србију и „њено државно јединство изражава” (члан 9).

ОДНОС ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА ДРУГИМ ДРЖАВНИМ ОРГАНИМА

У односу према Народној скупштини председник Републике Србије има једно право у целини, друго само делимично. Он, наиме, може самостално користити право одлажућег (суспензивног) законског вета, али Народну скупштину, већ, може распустити само на образложени предлог Владе. Он нема право законодавне иницијативе, што значи да ни на који начин не може утицати на законодавну политику парламента ни Владе, поготово што нема право ни да се обраћа парламенту својом посланицом на почетку парламентарног сазива или на почетку свог мандата (*message au Parlement*, према члану 18. Устава француске Републике од 1958).

Посебну пажњу заслужује суспензивни законски вето. Суспензивни законски вето је овлашћење непосредно изабраног председника Републике да, у границама тог овлашћења, учествује у вршењу законодавне власти, чији је уставни носилац Народна скупштина („Уставотворна и законодавна власт припада Народној скупштини” – члан 9. став 1. Устава Републике Србије). Парламент, том приликом, има одлучујућу реч у доношењу закона, али како оба ова државна органа имају исти извор и степен легитимности, сматра се да суспензивни законски вето председника Републике није супротан начелу поделе власти него да је, напротив, остваривање Монтеѕкјеовог захтева да код поделе власти „власт зауставља (*arrête*) власт”. Једини ефекат суспензивног законског вета је што парламент уместо једанпут,

о истом закону гласа два пута. И ако парламент закон други пут не буде изгласао, то је онда зато што је парламент тако хтео, а не због тога што је председник Републике употребио суспензивни законски вето. Имајући то у виду, суспензивни законски вето је више право ометања (*faculté d'empêcher*, како је говорио Монтескје) парламента у вршењу законодавне власти, него право суделовања са парламентом у вршењу законодавне власти.

Према Уставу Републике Србије (члан 84), вето председника Републике је подвргнут толиким ограничењима да је, практично, елиминисан утицај председника Републике на судбину закона према којем има резерве због којих је употребио вето. У уставу је суспензивни законски вето председника Републике доведен у везу са традиционалним правом шефа државе да својим указом проглашава законе усвојене у парламенту. Према Уставу Републике Србије, он то чини у року од седам дана од усвајања закона у Народној скупштини. У стручној литератури се, с правом указивало на то да краткоћа овог рока читав институт суспензивног законског вета чини формалним. Тиме што је тај рок недопустиво кратак, само се показује да се до мишљења председника Републике о враћеном закону суштински много не држи, али се ипак, за сваки случај, Скупштини даје прилика да се још једном замисли над разлозима против усвајања закона о којем она одлучује, државног органа који, иначе, има исту демократску легитимност као и она. Тај рок од седам дана рачуна се од дана усвајања закона у Народној скупштини, што значи да би у оквиру седам календарских дана председник Републике требало да усвојени закон проучи, да обави консултације са политичким првацима у својој странци или шире, и са експертима, да формулише своје разлоге враћања закона Народној скупштини и да такву своју реакцију у писменом облику достави Скупштини. Последица одбијања проглашења закона је поновно гласање о закону у Народној скупштини. Дакле, искључује се расправа у светлости изложених разлога за враћање закона Скупштини и обавља се само материјална радња гласања о закону, што још једном сведочи колика се „тежина” придаје аргументима председника Републике против доношења односног закона. Поново изгласан закон у Народној скупштини председник Републике дужан је да прогласи. С обзиром на то да Народна скупштина поново усваја закон истом већином којом га је усвојила и први пут, а имајући у виду наглашену краткоћу рока, изгледа да разлози председника Републике буду уважени и да спорни закон не

буде поново изгласан искључиво су теоријске природе. Уколико, и пошто прогласи поново изгласани закон, председник Републике буде остао при својим разлозима (који су, по природи ствари, више везани за нецелисходност, а ређе за неуставна решења у закону), председнику Републике стоји на располагању, као и сваком другом државном органу, право да покрене поступак за оцену уставности тог закона пред Уставним судом. Он више нигде формално не може отворити питање целисходности решења садржаних у закону (осим, неформално, у штампи), пошто је о томе позвана да одлучује само Народна скупштина. Дакле, краткоћа рока за употребу суспензивног законског вета, правне последице употребљеног суспензивног законског вета (само поновно гласање о закону, а не и поновна расправа о закону) и парламентарна већина којом закон поново може бити изгласан, а тиме и разлози због којих је председник Републике употребио суспензивни законски вето одбијени, чине читав институт суспензивног законског вета у Уставу Републике Србије slabим инструментом за утицај председника Републике на законодавну власт, оличену у Народној скупштини.

У уставној пракси суспензивни законски вето није био коришћен читавих 11 година. Током прве четири године важења устава, суспензивни законски вето је у периоду 1991–1994. био коришћен 11 пута, а затим је после 11 година паузе био употребљен два пута 2005, када је председник Републике захтевао поновно гласање у Народној скупштини о Закону о раду и Закону о Влади. Народна скупштина је у оба случаја те законе поново изгласала, а председник Републике је покренуо поступак за оцену уставности оба закона пред Уставним судом. У оба случаја разлози захтева за поновно гласање били су везани за неуставност, а не за нецелисходност законских решења, што иначе није првенствена сврха суспензивног законског вета. Уставност закона, много компетентније и са много делотворнијим санкцијама у случају неуставности, оцењује посебан државни орган – Уставни суд.

Суспензивни законски вето, можемо закључити, предвиђен у Уставу Републике Србије од 1990, спада у најблажу варијанту тог инструмента учешћа председника Републике у вршењу законодавне власти, због следећих својих обележја: 1) то је одложни вето (апсолутни вето је, у ствари, законодавна санкција), њиме се само одлаже одлука о закону, коју доноси законодавни орган, тј. Народна скупштина; 2) то је вето који се

може отклонити простим поновним изгласавањем ветираниог закона истом већином, што значи да се не захтева већа већина од оне којом је ветирани закон једанпут већ био усвојен у парламенту; 3) то је вето којим се ветирани закон враћа Народној скупштини само на поновно гласање (одлучивање), а не и на поновни претрес (расправљање), па тек по обављеном претресу и гласање (одлучивање); 4) то је вето који председник Републике може употребити у нереално кратком року од седам дана, који се, уз то, рачуна од дана усвајања закона у Народној скупштини, а не од дана достављања закона председнику Републике, што је најкраћи рок познат у упоредним уставним решењима земаља чији уставни предвиђају овај институт.

Што се тиче распуштања Народне скупштине, реч је о класичном инструменту парламентаризма, којим друга власт, егзекутива, распушта законодавну власт, парламент, пре истека парламентарног мандата утврђеног у уставу (закону). У Уставу Републике Србије то овлашћење је подељено између та два државна органа. Влада даје председнику Републике образложен предлог за распуштање Народне скупштине, а председник Републике, на основу тог предлога, „може одлучити да се Народна скупштина распусти”. Кад председник Републике распусти Народну скупштину, тиме је престао и мандат Владе (члан 89). То значи да председник Републике не може распустити Народну скупштину без образложеног предлога Владе. Дакле, није довољно консултовање Владе (као према члану 12. Устава Пете француске Републике од 1958), тражи се формални, образложени предлог Владе, на основу којег председник Републике може распустити Народну скупштину. Сâм акт распуштања Народне скупштине има следећа три обележја: 1) то је тзв. политички акт, акт владе (ацте де гоуверnement), који према француској типологији аката, не подлеже судској оцени законитости (према америчкој доктрини самоограничења суда, суд не решава политичка питања); 2) то је збирни или сложени акт, у том смислу што у његовом доношењу учествују два или више државних органа, што је за његово доношење потребан стицај двеју или више једнаких воља; 3) то је дискрециони акт, који се доноси на основу слободне оцене (председник Републике, каже се у Уставу, „може одлучити да се Народна скупштина распусти”, а не „распушта Народну скупштину” – све на „образложен предлог Владе”).

У теорији се разликују два облика распуштања парламента. Први се зове „монархистички” и постоји кад монарх „шаље кући” парламент. Други се зове „министарски” и постоји кад влада распуштањем парламента жели да иде на превремене изборе, ради потврђивања или поновног стицања већине. Институт распуштања Народне скупштине, како је уобличен у Уставу Републике Србије, ближи је по мотивима коришћења другом облику распуштања парламента, јер читав институт покреће Влада, с тим што је механизам доношења одлуке о распуштању сложен, јер је потребно да се са предлогом Владе сагласи председник Републике. У уставном животу Републике Србије Народна скупштина је досад била распуштена два пута. Први пут, 1993, када је предлог за распуштање поднела мањинска Влада, пошто је било сасвим извесно да ће јој, пошто је предлог за гласање о неповерењу Влади био у току, бити изгласано неповерење. Други пут, 2000, када је Влада, на притисак опозиције, предлог за распуштање поднела како би у народном представништву могао доћи до изражаја промењени однос политичких снага у бирачком телу. Оба пута председник Републике прихватио је предлог Владе и распустио Народну скупштину.

Однос председника Републике и Владе је класичан однос шефа државе и владе у парламентарном систему власти. У том систему власти влада произлази из парламентарне већине и одговара јој (политички) за свој рад. Већина у парламенту одређује ко ће бити члан владе и докле ће бити члан владе (осим у случајевима кад мандат влади престаје *ex constitutione*). Председник Републике је приликом предлагања кандидата за председника Владе везан мишљењем представника већине у Народној скупштини и он нема право да предложи Скупштини гласање о неповерењу Влади или поједином њеном члану. То и јесте суштина „мешовитог” система власти, чији је највернији израз устав Пете француске Републике, а који у ублаженом облику (са знатно мањом концентрацијом власти у корист шефа државе) постоји у Уставу Републике Србије. Тај систем власти одређују два конститутивна елемента: непосредан избор шефа државе, на једној, и подређеност владе парламентарној већини, на другој страни.

Да је према Уставу Републике Србије Влада основни носилац извршне власти, произлази већ из члана 9. става 3, у којем се изричито каже: „Извршна власт припада Влади.” Таква квалификација Владе је, у односу према највећим овлашћењима пред-

седника Републике дошла до изражаја тако што поједина од својих уставних овлашћења председник Републике може вршити само на предлог Владе, док се за вршење неких тражи прибављено мишљење Владе или их председник Републике може вршити било по својој иницијативи, било на предлог Владе.

Кад је у питању однос егzekутиве према легислативи, у првом плану је као носилац егzekутивне власти Влада, а не председник Републике, осим кад је реч о суспензивном законском вету. Влада може захтевати ванредно заседање Народне скупштине са унапред утврђеним дневним редом (члан 79. став 3), а без образложеног предлога Владе председник Републике не може распустити Народну скупштину.

У међусобним односима са Владом председник Републике има једно уставно овлашћење: „може тражити од Владе да изложи ставове о појединим питањима из њене надлежности” (члан 85). Оваква уставна формулација подразумева две ствари: прво, да председник Републике не може наложити Влади да ова обави одређене послове из своје надлежности и, друго, да председник Републике нема никакав даљи утицај на Владу у вези с њеним ставовима, он не може утицати на Владу да ова од својих ставова одустане или да их измени. У пракси, ствар се своди или на излагање мишљења Владе председнику Републике о појединим питањима из њене надлежности или на пружање информација од стране Владе председнику Републике о тим питањима. Законом о Влади (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 5/51 и 45/93), који је важио до јула 2005, прецизиран је начин остваривања овог права председника Републике тако што је речено: „Влада, на захтев председника Републике, у року који он одреди а који, по правилу, не може бити краћи од 48 часова, заузима став о појединим питањима из своје надлежности и о томе обавештава председника Републике” (члан 19). У новом Закону о Влади (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 55/05), нема одредбе о року који одређује председник Републике, него само стоји: „Влада је дужна да о заузетом ставу одмах обавести председника Републике” (члан 41. став 2). У недавно донесеном Пословнику Владе (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 100/05) стоји да кад председник Републике затражи да Влада заузме став о питању из своје надлежности, Генерални секретар Владе и директор Републичког секретаријата за законодавство најпре оцењују природу тог тражења. Кад оцене да се тражење не односи на заузимање става Владе (него на разјашњење политике

Владе или на добијање одређених информација и сл.), онда они припремају за Владу предлог одговарајућег закључка. У супротном, тражење достављају надлежним органима државне управе да они припреме за Владу предлог закључка који садржи став Владе (члан 85).

Председник Републике у односу према Влади нема класична овлашћења карактеристична за непосредно изабраног шефа државе – да присуствује и да председава седницама Владе, потписује прописе које Влада донесе, именује првог министра и разрешава га кад овај поднесе оставку, а на предлог првог министра именује остале чланове Владе и разрешава их дужности, што су све уставна овлашћења која према Влади има председник Републике према Уставу Пете француске Републике.

Према Уставу Републике Србије, Влада је потпуно истиснула председника Републике од сваке везе са државном управом. Председник Републике је, једноставно, одсечен од државне управе. Влада је та која према државној управи има јака организациона (да утврђује начела за унутрашњу организацију министарстава и других органа управе и посебних организација, да поставља и разрешава функционере у министарствима, другим органима управе и посебним организацијама), финансијска (да подноси предлог закона о буџету) и контролна (да врши надзор над радом министарстава, других органа управе и посебних организација, да поништава или укида њихове прописе који су у супротности са законом или прописом који је она донела) овлашћења, док председник Републике нема ниједно уставно ни законско овлашћење према државној управи, нити органи државне управе имају дужности према председнику Републике. У Закону о државној управи (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 77/05) стоји: „Министарства и посебне организације дужни су да Народној скупштини и председнику Републике преко Владе проследе обавештења, објашњења и податке везане за њихове надлежности” (члан 68).

Однос председника Републике према читавој државној управи, па према томе и Министарству унутрашњих послова није уставна, него је законска категорија. Устав Републике Србије не садржи норме о том односу, него матични закони из области унутрашњих послова, Закон о унутрашњим пословима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 44/91, 79/91, 54/96, 25/00, 8/01, 106/03) и Закон о чиновима припадника Министарства унутрашњих послова (*Службени гласник Републике Србије* бр. 53/95

и 66/03). Оба ова закона престала су да важе, осим одредаба везаних за установе за образовање за потребе полиције које су ограниченог временског важења, Законом о полицији, донесеним крајем 2005 (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 101/05), у којем се председник Републике уопште не спомиње.

За обављање унутрашњих послова важи законско начело концентрације и централизације. Закон о унутрашњим пословима каже: „Унутрашње послове државне управе обавља Министарство унутрашњих послова”, а „Посебним законом се поједини унутрашњи послови могу поверити другим органима и организацијама” (члан 1. ст. 2. и 3). И даље: „Министар прописује начин обављања послова Министарства унутрашњих послова и даје упутства за њихово обављање” (члан 7). У том смислу је и одредба члана 8. Закона о унутрашњим пословима, према којој по прописима из области унутрашњих послова решава надлежни старешина („руководилац организационе јединице”), а по изјављеним жалбама против првостепеног решења надлежног старешине решава министар, као и одредба члана 33. истог закона, према којој су радници у Министарству унутрашњих послова дужни да изврше сва наређења министра, односно другог старешине, издата ради обављања послова, осим оних којима се наређује извршење радње која представља кривично дело.

У Закону о унутрашњим пословима председник Републике помиње се у свега два члана (од укупно 74 колико има читав закон). У члану 9. председнику Републике се, као и Народној скупштини, даје право да захтева од министра унутрашњих послова да поднесе извештај о раду Министарства унутрашњих послова и о стању безбедности у Републици Србији. Министар је тада дужан да поднесе тражени извештај. И док подношење таквог извештаја Народној скупштини има оправдања, јер Скупштина, у случају да тим извештајем није задовољна, може покренути питање политичке одговорности министра унутрашњих послова, подношењем предлога за гласање о неповерењу министру, не види се смисао подношења таквог извештаја председнику Републике. Ово због тога што председник Републике нема на располагању никакве формалне уставне и законске инструменте за покретање одговорности чланова Владе, па тиме ни министра за унутрашње послове. Пуни смисао има подношење тог извештаја Народној скупштини, јер ова, према Уставу Републике Србије, „бира и разрешава председника, потпредседнике и ministre у Влади” (члан 73. тачка 10) и „Законом уређује организацију и

надлежност министарстава, органа управе у њиховом саставу и посебних организација” (члан 94. став 5). Због тога, у односу на председника Републике, то није извештај о раду, него обавештење о раду, које има смисла у односу на уставну функцију председника Републике да изражава „државно јединство” Републике Србије (члан 9. став 2. Устава Републике Србије). Овај, иначе неодређени члан закона, могао би се протумачити и тако да је министар унутрашњих послова, на заједнички и једновремени захтев Народне скупштине и председника Републике, дужан да Народној скупштини поднесе извештај о раду Министарства унутрашњих послова.

Други пут се председник Републике спомиње у Закону о унутрашњим пословима у вези са ванредним стањем. У члану 17. Закона каже се да у случају проглашења ванредног стања на делу територије Републике Србије, Министарство унутрашњих послова предузима и мере заштите безбедности Републике и њених грађана, утврђене наредбама и другим актима председника Републике донесеним ради отклањања ванредног стања, у складу са законом. Овде није реч ни о каквим овлашћењима председника Републике према Министарству унутрашњих послова, него о последици уставом предвиђеног поремећаја у подели нормативне надлежности (члан 83. тачка 8. Устава Републике Србије) за време ванредног стања, када председник Републике, пошто прогласи ванредно стање, „доноси акте и предузима мере које такве околности изискују у складу са Уставом и законом”. Дакле, наведена одредба из Закона о унутрашњим пословима само је правна последица начела законитости у раду читаве државне управе, па и Министарства унутрашњих послова као њеног саставног дела. Уз то, Република Србија постала је овлашћена да, сагласно својим прописима, уводи ванредно стање тек доношењем Уставне повеље 2003, када је престала да постоји југословенска федерација, чија је република чланица била и Република Србија, и када је настала реална унија (државна заједница), чија је држава чланица, заједно са Републиком Црном Гором, и Република Србија.

Два овлашћења председник Републике добио је на основу Закона о чиновима припадника Министарства унутрашњих послова (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 53/95) Прво је да председник Републике својим указом унапређује овлашћено службено лице са вишим официрским чином у чин генерала, односно овлашћено службено лице са чином генерала у виши ге-

нералски чин (члан 6. став 1), а друго је, да по завршетку основних студија на Полицијској академији, распоређује и у почетни чин потпоручника промовише „лица која су високо образовање и тај почетни чин стекла завршетком основних студија на Полицијској академији” (члан 6. став 2). Прво овлашћење из поменутог Закона, кад је унапређење у чин генерала редовно, пример је декларативног акта, јер су услови за унапређење у непосредно виши чин уопште, па и чин генерала, прописани чл. 7. и 8. Закона. У таквим случајевима, унапређење је само акт констатације испуњености Законом прописаних услова. Кад је реч о ванредном унапређењу овлашћеног службеног лица са вишим официрским чином у чин генерала, односно овлашћеног службеног лица са чином генерала у виши генералски чин, председник Републике такво овлашћење не може обављати самостално, него само на писмени предлог министра унутрашњих послова. Председник Републике може само прихватити или одбити предлог министра унутрашњих послова за ванредно унапређење у чин генерала, односно генерала у виши генералски чин, а не може то исто учинити самостално, без предлога министра унутрашњих послова. Овде је реч о конститутивном управном акту, с једне, али и збирном или сложеном управном акту, с друге стране. Члан 10. Закона о чиновима припадника Министарства унутрашњих послова гласи: „Председник Републике, на предлог министра унутрашњих послова, може ванредно унапредити овлашћено службено лице са вишим официрским чином у чин генерала, односно овлашћено службено лице са чином генерала у виши генералски чин”. Иначе, лицима која на основу Закона може унапредити у чин генерала, односно која промовише у почетни чин потпоручника, председник Републике може, на предлог министра унутрашњих послова, смањити или опростити дисциплинску меру заустављања у напредовању у виши чин, изречену у складу са Законом (члан 13), а на предлог министра унутрашњих послова одлучује о задржавању чина тим истим лицима, који су имали у време одласка у пензију, а која нису распоређена у резервни састав Министарства унутрашњих послова (члан 15. ст. 2. и 3), што је одступање од законског правила према којем пензионисани радник Министарства унутрашњих послова, који је распоређен у резервни састав Министарства, задржава чин који је имао у време одласка у пензију (члан 15. став 1).

Треба нагласити да унапређење у чин генерала не значи истовремено и постављење на одређен положај у Министарству унутрашњих послова. Такозване функционере у Министарству унутрашњих послова, заменика (према важећем закону, државног секретара) и помоћника министра поставља Влада, а да за та постављења није услов чин генерала, чак ни поседовање чина. Сва остала постављења у Министарству унутрашњих послова, осим речених, врши министар унутрашњих послова или старешина којег он овласти (члан 6. став 3). Може се узети да је у складу с Уставом Републике Србије (члан 83. тачка 10, према којем председник Републике „додељује одликовања и признања у складу са законом“) овлашћење председника Републике из овог закона да може доделити почасни чин, предвиђен тим законом лицу које није југословенски држављанин, ако има нарочите заслуге за безбедност Републике Србије и њених грађана (члан 16). Иначе, чиновници у Министарству унутрашњих послова уведени су тек по ступању поменутог закона на снагу, 1996. Додајмо још да лица која је председник Републике унапредио у чин генерала не сnose одговорност за рад пред председником Републике, него у зависности од радног места на које су распоређени, односно положаја на који су постављени, пред министром унутрашњих послова, односно пред Владом.

Друго овлашћење председника Републике из Закона о чиновима припадника Министарства унутрашњих послова је да промовише у чин потпоручника полиције дипломиране студенте Полицијске академије, али оно није никакав конститутивни, него је типичан декларативни акт. Дипломирани студенти Полицијске академије чин потпоручника добијају ец леге, што је предвиђао и први и други Закон о Полицијској академији (према члану 15. став 1. Закона о Полицијској академији – *Службени гласник Републике Србије*, бр. 48/93: „Студент који положи све испите утврђене наставним планом основних студија стиче високо образовање и чин: „потпоручник полиције“; према члану 15. став 1. Закона о Полицијској академији од 1998 – *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/98: „Лице које положи све испите утврђене наставним планом основних студија стиче високо образовање и стручни назив дипломирани официр полиције, као и друга права која му по закону припадају“; а према Закону о чиновима припадника Министарства унутрашњих послова, који је донесен пре овог другог Закона о Полицијској академији: „Завршетком основних студија на Полицијској академији пи-

томци, у складу са законом, стичу почетни чин потпоручника” – члан 5. став 3). Дакле, актом промовисања дипломираних студената у чин потпоручника само се констатује чињеница да су дипломирани студенти Полицијске академије стекли право које им додељује закон. То значи, да њима чин не додељује председник Републике, него закон.

Ипак, нарочито прво овлашћење председника Републике из Закона о чиновима припадника Министарства унутрашњих послова изазива подозрење у уставност тог закона. То је због тога што се према Уставу Републике Србије (члан 83. тачка 12) овлашћења, тј. права и дужности председника Републике не могу одређивати законом, него само Уставом. Устав Републике Србије је у неколико својих чланова предвидео овлашћења председника Републике и закон их не може ни проширивати ни умањивати. Овај закон био је током 2002. и 2003. предмет оцене уставности пред Уставним судом, али не због тога што се оспоравала и оцењивала његова уставност у целини, не због тога што је проширивао уставне надлежности председника Републике, јер су оне уставна категорија, него зато што се оспоравала и оцењивала уставност појединих његових чланова, за које је Уставни суд утврдио да нису у сагласности са Уставом (IU 5/96, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 66/03). Уставни суд је сматрао да се тим члановима Закона (члан 6. ст. 1. 2. и 3, члан 10, члан 13, члан 15. ст. 2. и 3, део члана 17. став 1) не само проширују уставне надлежности председника Републике (чл. 83, 84, 85, 89. и 132. став 1) него и нарушава Уставом утврђено начело поделе власти (чл. 9, 73, 83, 90. и 94), у том смислу што се председнику Републике додељују овлашћења извршне власти која, према Уставу, припада Влади (чл. 9. и 90), што се Народној скупштини онемогућава пуна контрола над радом Владе и функционера одговорних Народној скупштини (члан 73) и што се повређује уставно начело самосталности министарства „у вршењу Уставом и законом одређених надлежности” (члан 94. став 3).

Однос председника Републике са Војском Југославије (до 1992. ЈНА, а од 2003. једноставно, „Војска Србије и Црне Горе”) може се поставити само посредством чланства по положају председника Републике у Врховном савету одбране. Република Србија ни када је била република чланица федерације, СР Југославије, ни као држава чланица државне заједнице, Србија и Црна Гора, није имала међу својим правима и дужностима одбрану земље, нити је имала своје оружане снаге, тј. своју војску. У Ус-

таву СР Југославије је и стајало (члан 133. став 1): „Савезна Република Југославија има Војску која брани сувереност, територију, независност и уставни поредак. Њоме је у рату и миру командовао председник Републике, у складу с одлукама Врховног савета одбране, а „Врховни савет одбране сачињавају председник Републике и председници република чланица”, с тим што је „Председник Републике (је) председник Врховног савета одбране” (члан 135. ст. 2. и 3).

Врховни савет одбране је највиши цивилни орган, ради на седницама и пуноважно одлучује кад је седници присутна већина његових чланова. Међутим, кад то прилике налажу, Врховни савет одбране може доносити одлуке и закључке о питањима из своје надлежности и без одржавања седнице, на основу међусобних консултација његових чланова. Први Пословник Врховног савета одбране, донесен на седници одржаној 23. јула 1992, није садржао одредбе о начину доношења одлука, али се на основу његове одредбе о кворуму присутних неопходних за рад на седници, може закључити да се одлуке у том органу доносе већином гласова његових чланова (пошто је иста већина неопходна и за одржавање седнице).

Пословник Врховног савета одбране, донесен на седници одржаној 23. марта 1999, који је заменио претходни Пословник Врховног савета одбране, садржао је неке новине. Најпре, проширио је круг субјеката који могу захтевати седницу тог органа. Према претходном Пословнику, седницу Врховног савета одбране сазива председник по сопственој иницијативи или на предлог члана Врховног савета одбране. Према новом Пословнику, поред наведених субјеката, седницу могу захтевати и савезни министар за одбрану и начелник Генералштаба Војске Југославије. Иако министар за одбрану и начелник Генералштаба Војске Југославије нису, према Уставу СР Југославије, чланови Врховног савета одбране, они обавезно учествују „у седницама Врховног савета” или лица која их заступају, штавише, без њиховог присуства седница Врховног савета одбране не може се ни одржати. Дакле, према одредбама Пословника Врховног савета одбране од 1999. нема седнице Врховног савета одбране без присуства чланова Врховног савета одбране и учесника у седници. И даље, Врховни савет одбране „ради у седницама”, али, према новом Пословнику, „пуноважно одлучује и све одлуке доноси консензусом”. Пословник не каже „консензусом својих чланова”, што оставља могућност тумачењу да су консензусом обух-

ваћени, поред чланова Врховног савета одбране, и учесници у седници Врховног савета одбране, премда то не би било у сагласности с Уставом СР Југославије. Врховни савет одбране одлучује о постављењима, унапређењима и престанку професионалне службе генерала и адмирала, као и осталим питањима из своје надлежности, консензусом, на основу предлога начелника Генералштаба Војске Југославије, а одлуке верификује председник Републике (СР Југославије) својим указом. Дневни ред седнице Врховног савета одбране предлаже његов председник, али су у предлагању дневног реда изједначени чланови и учесници у раду седнице. Сва ова решења дају за право тумачењу, према којем су консензусом у одлучивању о питањима дневног реда седнице Врховног савета одбране обухваћени и чланови и учесници у раду седнице.

На седници Врховног савета одбране, одржаној 11. септембра 2001. Врховни савет одбране донео је нови Пословник, којим је био замењен Пословник Врховног савета одбране, донесен на седници од 23. марта 1999. Нови Пословник није сасвим одређен у својим одредбама о начину рада и одлучивања Врховног савета одбране, тако да и даље оставља простор за своје тумачење. Кад је реч о начину рада Врховног савета одбране, правило је да тај орган ради у седницама и пуноважно одлучује кад су присутни сви његови чланови. Али, кад то није могућно, Врховни савет може доносити одлуке и закључке о питањима из своје надлежности и без одржавања седнице, на основу међусобне консултације својих чланова. Као ни први, ни најновији Пословник Врховног савета одбране не садржи одредбу о томе како се доносе одлуке у Врховном савету одбране. Али, док је у првом Пословнику приликом попуњавања те празнине била искључена могућност консензуса свих чланова, у Пословнику од 2001. није (јер се за пуноважан рад на седници тражи присуство свих чланова Врховног савета одбране), тако да је могуће протумачити да Врховни савет одбране одлуке доноси или консензусом својих чланова или већином гласова својих чланова. Ова двоумица је пресечена доношењем Уставне повеље 2003, у чијем је члану 56. ставу 3. предвиђено: „Врховни савет одбране одлуке доноси консензусом”.

Седници Врховног савета одбране могу, по позиву председника, присуствовати и у раду учествовати, али без права одлучивања, председник Савезне владе, савезни министар надлежан за послове одбране, начелник Генералштаба Војске Југо-

славије и друга лица чије је присуство потребно за разматрање одређених питања. Председник и члан Врховног савета одбране изједначени су у погледу сазивања седнице и предлога дневног реда седнице Врховног савета одбране. Тако, седницу Врховног савета одбране сазива председник по сопственој иницијативи или на предлог члана Врховног савета одбране, док дневни ред седнице предлаже председник, а предлог дневног реда, односно предлог за разматрање одређеног питања може поднети и члан Врховног савета одбране.

Како се из изложеног може видети, председник Републике Србије је у вези са функцијом одбране земље и Војском Југославије само посредством федералног устава, и то у периоду од 1992. до 2003, а посредством Уставне повеље после 2003. Док је важио Устав СФРЈ од 1974. то је била искључива функција Председништва СФРЈ, за време важења Устава СР Југославије од 1992. била је то функција Врховног савета одбране, чији је члан по положају и председник Републике Србије, а Врховни савет одбране доноси одлуке консензусом (члан 56. Уставне повеље). Све ово показује да је председник Републике Србије био само један од чланова најпре федералног органа, а потом органа државне заједнице у обављању функције командовања Војском Југославије, која је била најпре функција федерације, а потом је постала функција државне заједнице. Председник Републике Србије то својство није добио на основу Устава Републике Србије, него устава федерације и Уставне повеље државне заједнице. При том, он у Врховном савету одбране није био ни председник, нити одлучујући глас, него један од његових чланова са једним гласом, недовољним за доношење пуноважне одлуке.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

После свега реченог, неизбежно се поставља питање: какав је уставни смисао институције председника Републике, при постојању оволике несразмере између начина његовог избора и опозива, с једне, и његових овлашћења, с друге стране. Тај смисао је у једној историјској констелацији, а не у логици система власти утврђеног у Уставу Републике Србије.

Према Уставу Републике Србије (члан 9), законодавна власт припада Народној скупштини, извршна власт припада Влади, а судска власт припада судовима. Пошто је тим уставом у

земљи, после готово пет деценија једностраначког система, успостављен вишестраначки систем, а државна власт уместо на начелу јединства власти организована на начелу поделе власти, очекивало се да млада вишестраначка парламентарна демократија неће функционисати без криза и застоја, нарочито на линији односа Народна скупштина – Влада. Уз то, земља је била у великој политичкој кризи и са првим наговештајима привредне кризе катастрофалних размера. Федерацији (СФРЈ), у којој је један од чланова била и Република Србија, претила је сасвим изгледна сецесија, а на Косову и Метохији је постојала већ хронична политичка и безбедносна нестабилност. У таквим историјским условима било је неопходно предвидети да један државни орган са неспорном, високом демократском легитимношћу, а при том без јаким овлашћења, којима би се пореметила уставом успостављена равнотежа власти између Народне скупштине и Владе, оличава државно јединство и гарантује стабилност институција и тиме државе. Било је потребно, у условима политичке и привредне кризе федералне државе, као и опасности од сецесије дела сопствене територије Републике Србије, коју додатно може оптерећивати распуштање Народне скупштине или изгласавање неповерења Влади („пад Владе”), обезбедити очување супстанце и тиме егзистенције државе. Тај гарант очувања целине и поретка државе је на демократски начин изабран, тешко смењив, председник Републике, који је у основи арбитар у међусобним односима законодавне и извршне власти, а који при том није снабдевен „јаким” овлашћењима, која би могла да одведу у аутократску владавину и тиме униште тек успостављену вишестраначку парламентарну демократију.

Председник Републике Србије је државни орган са првенственим циљем да изражава и оличава државно јединство и државну целину, да гарантује континуитет јавних власти, владавину устава и закона и поштовање људских и грађанских слобода. Смисао читаве ове институције готово да је у целини изражен у заклетви коју председник Републике полаже пред Народном скупштином приликом ступања на дужност: „Заклињем се да ћу све своје снаге посветити очувању суверености и целине територије Републике Србије, остваривању људских и грађанских слобода и права, поштовању и одбрани Устава и закона, очувању мира и благостања свих грађана Републике Србије и да ћу савесно и одговорно испуњавати све своје дужности” (члан 86. став 3. Устава Републике Србије).

Један од разлога постојања оваквог председника Републике у Уставу Републике Србије је и предупредивање „терора већине”, сасвим могуће, штавише, честе појаве у младим парламентарним демократијама. У условима ниске опште и политичке културе и јаких политичких страсти (због вишедеценијског идеолошког и страначког монизма), које воде у непомирљиве страначке сукобе, могуће је да се Влада, подупрта парламентарном већином, више бави обрачунама са опозицијом, него државним пословима. Непосредно изабрани председник Републике, са неспорном демократском легитимношћу, којег могу опозвати само бирачи, а не и парламент, поред неопходног ауторитета, има и потребну дистанцу и према Народној скупштини и према Влади, па због тога, више као симбол државног јединства, него као носилац ефективних овлашћења власти (он не доноси законе, не утврђује нити води политику Републике Србије), може осујетити ексцесе парламентарне већине и Владе, на једној, односно арбитрирати у споровима између владе и парламента, на другој страни.

Поставља се сада питање зашто је политичка институција председника Републике из Устава Републике Србије била предмет онако запенушених и оштрих критика непосредно по доношењу и у време доношења тог устава, почетком деведесетих година прошлог века. У то време основна примедба на тај устав била је да је он обоготворио институцију председника Републике, да је, посредством ње, успоставио цезаристички режим, утврдио пут личној власти и сл. У то време се, чак и у научним часописима, могло читати: „У суштини, уставна решења о председнику Републике, његовим овлашћењима и односима са Народном скупштином отварају пут успостављању личне власти заогрнуте велом једне врсте парламентарно-председничког система” (П. Николић, „Институција председника Републике и промашаји и недоречености Устава Републике Србије од 1990”, *Архив за људне и друшћивене науке*, 2–3, 1991, стр. 290–291).

Тадашња критика председника Републике Србије, као уставне институције, није била научно мотивисана, још мање научно заснована, она је била оптерећена политичким циљевима и зато је била необјективна и крајње исполитизована. Преко институције председника Републике водио се немилосрдан политички рат између политичких странака које су профункционисале после готово пола века и које су истакле своје кандидате за

тај високи државни положај. Пошто је у тој изборној трци највеће шансе да буде изабран имао Слободан Милошевић, чак његова изборна победа није била довољна у питање, политички напади на њега су се једног момента протегнули, а затим, после његовог избора, и превалили на институцију председника Републике, с повиком да је она намењена Слободану Милошевићу и да је у уставу „скројена” по његовој мери. На другој страни, извор оваквих запенушених критика и оспоравања институције председника Републике уопште, био је у монархистичком политичком уверењу једног броја критичара, чији број у то време није био занемарљив. У сваком случају, сва тадашња добро оркестрирана политичка поамама против једног политичког уверења и личности које су то уверење делиле имала је за циљ да укаже на то да је институција председника Републике деспотска и тиранска и да је онај ко је на тај положај изабран деспот и тиранин. Да би се политички дисквалификовао Слободан Милошевић извршена је, ниједна друга, до чисто политичка дисквалификација институције председника Републике, за коју се тврдило да је цезаристичка, фараонска и сл.

Према томе, институција председника Републике из Устава Републике Србије од 1990. најпре је, с обзиром на то да су одмах после усвајања тог устава уследили председнички и парламентарни избори, постала средство изборне борбе, да би се, негде све до средине деведесетих година, посредством ње, вршио политички обрачун с Слободаном Милошевићем. Већ код истицања другог његовог мандата (први није трајао ни половину мандатног периода, због ванредних председничких и парламентарних избора 1992), а уочи нових председничких избора, тадашњи вођ, тада опозиционе, Демократске странке, Зоран Ђинђић, изразио је резерву према кандидатури за тај положај, истакавши да се „мора водити рачуна о томе да председник Републике има тако мала овлашћења, да је то, заправо, само једна симболична функција”. На изражену сумњу новинара у исправност таквог става, с обзиром на то да председник Републике одређује кандидата за састав Владе и да може распустити Народну скупштину, Зоран Ђинђић је одговорио: „Али, мандатару је потребна подршка већине да би могао да формира Владу. Дефинитивно, председник не може да распусти Скупштину самоиницијативно” (*Блиц*, од 30. октобра 1997). И, када је Слободан Милошевић престао да врши функцију председника Републике Ср-

бије, пресахнуле су и критике о „свемоћи” те уставне институције. Председником Републике Србије бавили су се још само професори и писци уџбеника уставног права.

Дакле, из претходно изложеног одговора на постављено питање, могу се извести следећи закључци. Тумачења положаја и овлашћења председника Републике у време доношења Устава и првих година његовог важења била су условљена актуелним политичким тренутком. Напади на „цезаристичка овлашћења” председника Републике, према Уставу Србије од 1990, били су не напади на ту уставну институцију, него на политичку личност Слободана Милошевића, с циљем да се ограничи његова стварна моћ која није имала упориште у уставу. Устав Републике Србије није ни у чему давао поводе за такве нападе. Тек када је Слободан Милошевић сишао с тог положаја, реално и објективно је почела да се сагледава и ова уставна институција. Тада је констатовано да је „моћ председника Србије ... заправо веома мала, далеко мања него у стварним полупредседничким системима” (М. Ђурковић, „Ограничена моћ” (1), *Политика*, 14. март 2005).

А, у ствари, председника Републике чинио је „јаким” једино уставом предвиђен начин избора и опозива (ово правилно запажа М. Павловић, „Може ли се ослабити председник и ојачати парламентаризам”, у: Статус и овлашћења председника Републике у уставним системима Југославије, Србије и Црне Горе – зборник радова, Београд, 1997, стр. 50). Изостала је при том очекивана правна последица таквог начина избора – а то је „јачина” председникових овлашћења и његова доминација у односу на друге државне органе. У томе је, заправо, и основна противречност Устава Републике Србије од 1990. у његовом институционалном делу, која, осим историјског, нема ниједно друго оправдање.

Извори

- Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 1/90.
- Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 9/74.

- Устав Савезне Републике Југославије, *Службени листи СР Југославије*, бр. 1/92.
- Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора, *Службени листи Србије и Црне Горе*, бр. 1/03.
- Закон о помиловању, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 49/95, 50/95 (испр.).
- Закон о иностраним пословима, *Службени листи СРЈ*, бр. 59/98, 6/99 (испр.), 68/02.
- Закон о Војсци Југославије, *Службени листи СРЈ*, бр. 43/94, 44/99, 74/99, 3/02, 7/05.
- Закон о одбрани, *Службени листи СРЈ*, бр. 43/94, 44/99, 3/02.
- Закон о унутрашњим пословима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 44/91, 79/91, 54/96.
- Закон о чиновима припадника Министарства унутрашњих послова, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 53/95.
- Закон о Полицијској академији, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 48/93.
- Закон о Полицијској академији, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/98.
- Закон о Влади Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 5/91, 45/93.
- Закон о државној управи, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 20/92, 48/93.
- Закон о изменама и допунама Закона о министарствима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 67/93.
- Закон о одликовањима Савезне Републике Југославије, *Службени листи СРЈ*, бр. 59/98, 21/01.

Литература

- Ђинђић, Зоран, „ДС никога неће подржати” – интервју, *Блиц*, 30. октобар 1997.
- Ђурковић, Миша, „Ограничена моћ (1), Неискоришћене могућности (2)”, *Политика*, 14. и 15. март 2005.
- Јовановић, Драгослав Б, „Доношење закона”, Београд, 1923, стр. 194.
- Јовановић, Павле Б, „Неколико напомена уз текст Устава Републике Србије”, *Архив за правне и друштвене науке*, 2–3, 1991, стр. 197–209.

Јовановић, Слободан, „Држава”, књига прва, Београд, 1936, стр. 446.

Кутлешкић, Владан, „Уставни положај Председника Републике Србије”, *Архив за љравне и друшћивене науке*, 2–3, 1991, стр. 301–308.

Кутлешкић, Владан, „Суспензивни вето у Уставу Србије у светлу компаративног права”, *Сћрани љравни живојћ*, 3–4, 1992, стр. 511–522.

Марковић, Ратко, „Уставно право и политичке институције”, десето поправљено и осавремењено издање, Београд, 2005, стр. 734.

Николић, Павле, „Институција Председника Републике и промашаји и недоречености Устава Републике Србије од 1990”, *Архив за љравне и друшћивене науке*, 2–3, 1991, стр. 287–295.

Николић, Павле, „Правна и фактичка одговорност председника Републике”, у: Статус и овлашћена председника републике у уставним системима Југославије, Србије и Црне Горе – зборник радова, Београд, 1997, стр. 38–41.

Павловић, Марко, „Може ли се ослабити председник и ојачати парламентаризам?”, у: Статус и овлашћена председника републике у уставним системима Југославије, Србије и Црне Горе – зборник радова, Београд, 1997, стр. 50–52.

Петров, Владан, „Распуштање парламента”, *Права човека*, 1–2, 2004, стр. 9–37.

Петров, Владан, „Суспензивни вето председника Републике”, *Права човека*, 3–6, 2005, стр. 59–88.

Тркуља, Јовица, „(Не)могућности уравнотежене уставне владавине у Србији”, у: Статус и овлашћена председника републике у уставним системима Југославије, Србије и Црне Горе – зборник радова, Београд, 1997, стр. 53–63.

Вучић, Оливера, Булајић Светислава, „Расправа на Правном факултету у Београду о предлогу за доношење новог устава СР Србије”, *Анали Правног факултета у Београду*, 4, 1990, стр. 518–528.

Ratko Marković*

THE POWER AND POWERLESSNESS OF THE PREIDENT OF SERBIA

Summary

More than a decade and a half have elapsed since the 1990 Constitution of the Republic of Serbia came into effect, and it seems the time has come for an objective, scientific evaluation of its most controversial institution – the President of the Republic – at least, in the time when it was adopted and in the first years when it was in effect. Judging by the constitutional authorities it implies, this institution is somewhere between the head of state in a parliamentary republic, who is elected by parliament, and the head of state in a presidential republic, who is elected in direct elections. However, the President of the Republic is unable to perform the vast majority of these authorities, either because they are "frozen" (performing duties in the domain of the Republic of Serbia's relations with other states and international organisations, command of the armed forces, the proclamation of a state of war, a state of an immediate threat of war and a state of emergency) for as long as the Republic of Serbia is in the position of a unit in a composite state, or because the law has not defined them in greater detail, so that they remain "a dead letter" (conferring decorations).

With regard to some authorities, the President of the Republic is only one link in the chain of subjects who take part in performing them, and not the sole, independent executor (the right to pardon, to propose the prime minister designate, the candidates for the president and the judges of the Constitutional Court, promulgate laws and constitutional initiatives). The same applies to the President of the Republic's relations with other republic organs. Thus, the President of the Republic cannot dissolve the People's Assembly without the government's explanatory proposal and, even the mildest variant of his right of suspensive legal veto is tied in with a practically unrealistic deadline to apply that right (within seven days of the adoption of a law in the People's Assembly), while the sole constitutional prerogative the President of the Republic has regarding the government – to request it to present the stands from its own jurisdiction – has, in practice, been reduced to the government providing information on certain issues to the President of the Republic. All the legal authorities the President of the Republic had, relating to the Ministry of the Interior (all of which were unconstitutional, because, they were established in laws, instead of in the constitution), ceased to exist, either because the relevant law had ceased to be applicable (the Law on Internal Affairs) or because the Constitutional Court had ruled that the relevant clauses of the law (the Law on the rank of members of the

* Dr. Ratko Marković, Professor of the Faculty of Law, University of Belgrade.

Ministry of the Interior) were unconstitutional. The President of the Republic had authority over the Army only by virtue of the Federal Constitution (later the Constitutional Charter) because this referred exclusively to a federal institution, that is to say, a State Union institution (the Republic of Serbia does not have nor has it ever had its own armed forces). Under the federal constitution (the Constitutional Charter), the President of the Republic of Serbia, by virtue of his position, is a member of the Supreme Defence Council. But, in that body, he is neither the chairman nor does he have the deciding vote. As one of its members, he has a single and equal vote, like the others, and this alone is not enough for passing a decision.

After narrowing down the constitutional authorities of the President of the Republic of Serbia to a realistic measure, in his conclusion the author asks what the justification for this institution was in the system of the Republic of Serbia. The author believes that it lay in the concrete historical circumstances Serbia found itself in at the end of the 1980s and beginning of the 1990s (the first steps towards secession from the Yugoslav federation had been taken, and even towards the secession of Kosovo from the Republic of Serbia, the change in the country's social order, and the new balance of forces in the international community). In those circumstances, the existence was necessary of a state organ with incontestable, high legitimacy (democratic authority), but without powerful authorities (so as not to establish an autocratic system), which would personify the state unity of the Republic of Serbia and guarantee the stability of its institutions and, thereby, of the entire country. In the event of the total disintegration of Yugoslavia, it was necessary to have this kind of institution to enable the Republic of Serbia to continue life as a constitutional state.

The criticism of this constitutional institution, which was particularly intense in the time when the Constitution of the Republic of Serbia was in the process of adoption and in the first years when it was in effect, was not motivated by academic concerns, even less was it theoretically founded. On the contrary, it was heavily charged with political (party) aims and highly politicised. The political parties that had begun to function again, after half a century, and who had, incidentally, nominated their own candidates for this high state office, were locked in a merciless political battle over the institution of President of the Republic. Thus, it became an instrument in the electoral struggle, and the political showdown with the first president of the Republic. By his second mandate (the first lasted two years, instead of five), this criticism began to wane and, with his complete withdrawal from the post, a realistic and objective view began to emerge regarding the institution, altogether.

Key words: *Republic of Serbia. – Parliamentary system. – Presidential system. – Promulgation of laws. – Suspensive legal veto.*

Ratko Marković*

POUVOIRS ET IMPUISSANCE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE DE SERBIE

Resume

La constitution de la République de Serbie, datant de 1990, est en vigueur depuis plus de 15 ans. Or, le moment est venu de porter un jugement d'appréciation objective sur l'institution du Président de la République, une question dont on a le plus débattu, surtout à l'époque où la Constitution est entrée en vigueur et pendant les premières années de son application. Selon ses prérogatives constitutionnelles, le Président de la république de Serbie, peut être positionné quelque part entre le chef de l'Etat dans un système parlementaire (où il est élu à l'Assemblée) et le chef de l'Etat dans le système présidentiel, où il est élu au suffrage universel. Il est à noter que le Président de la République dans le système constitutionnel serbe ne peut pas exercer la plupart de ces pouvoirs, soit parce que ceux-ci sont "gelés" (par exemple, les fonctions dans les domaines concernant les relations de la République de Serbie avec d'autres états ou organisations internationales, gestion des forces armées, proclamation de l'état de guerre, où l'état de danger immédiat de guerre, voire l'état d'urgence) tant que la République de Serbie garde une position au sein de la Communauté d'états (Serbie et Monténégro) soit que les lois ne les ait pas élaborés, si bien qu'ils sont restés "lettre morte" (remise de décorations). Par ailleurs, dans certains domaines le Président de la République n'exerce pas ses prérogatives en tant que pouvoir indépendant et exclusif, mais comme l'un des participants dans le processus de décisions (le droit de grâce, la proposition du mandataire du Gouvernement, proposition des candidats pour le poste du président et des juges de la Cour constitutionnelle, la promulgation des lois et initiatives constitutionnelles). Cela est également valable pour ce qui est des rapports du Président de la République avec d'autres institutions de l'Etat. Ainsi par exemple, le Président de la République ne peut pas dissoudre l'Assemblée nationale sans une proposition motivée du Gouvernement. Par ailleurs, son pouvoir de veto suspensif des lois, qui est déjà la variante la moins stricte possible, était, de plus, lié à des délais peu propices à son utilisation (sept jours à dater de l'adoption de la loi à l'assemblée), tandis que les seuls pouvoirs dont le Président dispose envers le Gouvernement, (c'est-à-dire d'exiger de celui-ci de lui soumettre l'exposé des grandes lignes de sa politique) se sont réduits dans la pratique aux seules informations sur certaines questions fournies par ce dernier au Président de la République.

Les pouvoirs fondés sur les lois dont le Président de la République disposait envers le Ministère des affaires intérieures (qui d'ailleurs étaient tous inconstitutionnels, car au lieu d'être prévus par la Constitution même, étaient au

* Dr. Ratko Marković, professeur à la Faculté de Droit de Belgrade.

contraire inscrits dans les lois), ont pris fin soit parce que la loi n'était plus en vigueur, (la loi sur les affaires intérieures) soit parce que la Cour constitutionnelle a proclamé l'inconstitutionnalité de certaines dispositions (la loi sur les grades des membres du Ministère des affaires intérieures) S'il est vrai que le Président de la République avait certains pouvoirs envers l'armée, ils ne les possédait qu'indirectement, c'est-à-dire par le biais de la Constitution fédérale (et ultérieurement par la Charte constitutionnelle). Il s'agissait en effet d'une institution fédérale, et plus tard relevant de la compétence de la Communauté d'états (la République de Serbie n'ayant jamais disposé de forces armées). En vertu de la Constitution fédérale (Charte constitutionnelle) le Président de la République de Serbie est, de par sa position, membre du Conseil suprême de la défense, mais au sein de ce corps, il n'est, ni le président, ni la force prépondérante mais simplement l'un de ses membres et sa voix est égale à celle des autres et donc est insuffisante pour influencer les décisions.

Ainsi, dans cette analyse, les pouvoirs constitutionnels du Président de la République sont réduits à leur juste mesure. Alors, on peut s'interroger sur la justification d'une telle institution dans le système constitutionnel de la République de Serbie. L'auteur considère qu'elle a trouvé sa pleine légitimité dans les circonstances historiques et politiques de Serbie à la fin des années 80 et au début des années 90 du siècle dernier (les mouvements sécessionnistes au sein de la fédération de Yougoslavie, voire la sécession du Kosovo au sein de la République de Serbie, les transformations du système socio-économique du pays, et finalement le nouveau rapport de forces dans la communauté internationale. Dans ces conditions, il était indispensable de créer une institution d'état disposant d'une légitimité incontestable (l'autorité démocratique) sans lui attribuer, pour autant, les pleins pouvoirs (pour ne pas introduire un régime autocratique), qui personnifierait l'unité de la République et serait la garantie de la stabilité de ses institutions. Par ailleurs, il était nécessaire de créer une telle institution en cas d'une désintégration de la Yougoslavie, pour rendre possible à la République de Serbie de continuer son existence en tant qu'Etat constitutionnel. Les critiques de cette institution qui étaient virulentes surtout à l'époque de l'entrée en vigueur de la Constitution et dans les premières années de son application, n'étaient ni motivées ni fondées du point de vue scientifique. Au contraire, elles étaient grevées par les prises de positions partisans et politisées outre mesure. C'est l'institution du Président de la République qui était la pomme de discorde dans la guerre entre les partis politiques rétablis un demi-siècle après leur dissolution. C'est qu'ils avaient tous leurs prétentions et leurs candidats pour ce poste. Ainsi, l'institution du Président de la République est devenue le moyen de la lutte électorale et des règlements de comptes avec le premier Président élu. Les critiques se sont déjà étiolées durant son deuxième mandat (le premier mandat au lieu de 5 ans n'a duré que deux ans) et lorsque le premier Président a été démis de ses fonctions, elles ont cessé complètement. Ce n'est qu'une fois libérée des préjugés politiques que l'institution du Président de la République a pu finalement devenir l'objet d'analyses impartiales et objectives.

Mots-clés : *République de Serbie. – Système parlementaire. – Système présidentiel. – Promulgation des lois. – Veto suspensif.*

Силвио Гамбино⁰

ОД ЦЕНТРАЛНОГ МЕСТА ЗАКОНА ДО СУПЕРИОРНОСТИ УСТАВА

(Запажања о контроли уставности закона
у правном систему Француске и Италије)

Модерна идеја о држави, онако како је проистекла из Француске револуције заснива се на начелу поделе власти на законодавну, извршну и судску. У тој структури законодавна власт има првенство јер у складу са схватањем о представничкој демократији једина извршава суверенитет народа, док остале две њу врсту легитимитет не мају. Стога је дуго преовлађивало схватање да су закони као продукт скупштинског рада неприкосновени и да не могу бити подвргнути судској контроли. Управо зато није суду недостижаје демократски легитимитет. После Другог светског рата ситуација у Европи се променила и данас се може рећи да судска контрола уставности закона означава оштрије добро европског јавног права.

Кључне речи: *Подела власти. – Законодавство. – Судска контрола. – Уставности.*

1. ЦЕНТРАЛНО МЕСТО ЗАКОНА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ ФРАНЦУСКЕ И УСТАВНА РЕАЛНОСТ

Једна од особености уставног система Француске после Револуције огледала се у значају који је придаван појму закона, произашлог као творевина филозофске мисли у осамнаестом веку и као резултат револуционарне традиције. У тесној вези с тим била је и концепција представничке демократије као посебне врсте политичког организовања власти.

Никао из рационалистичке политичко-филозофске мисли, овај облик власти, ако у погледу мотива покретача тако и када

⁰ Др Силвио Гамбино, професор Упоредног јавног права универзитета Калабрија, Италија.

је реч о правилима организације власти, заснива се, на начелу поделе власти, које је, као што је познато, језгро савременог конституционализма. Преузели су га сви уставни донесени у току Револуције, као и они усвојени касније, при чему се запажа значајна еволуција за време Пете републике. Наиме, управо у тренутку њеног настајања, закон као „општа норма” и „правно правило” бива редефинисан у складу с либерално-демократским идејама о потчињавању разуму не само грађана него и државних власти, схваћених као израз опште воље, *volonté générale*.¹ У том светлу афирмише се правна теорија представљања и одговарајући облик модерне државе, а појам закона се враћа својим далеким коренима у идеји природног права.² Сходно том схватању закон се прилагођава „природи ствари”, дакле он не настаје, човек га не ствара, јер закон претходи његовој вољи. Стога, закон само треба да буде препознат у неписаним правилима која се одражавају на људску свест. Тиме се задатак законодавца своди на верно преношење опште воље у правну норму, и истовремено објашњава теоријско-доктринарно одбијање да се законодавна акта подвргну било каквој судској контроли уставности. Међутим, таква теоријско-политичка конструкција и њене пропратне институције постају непотребне од тренутка када закон, у процесу развоја парламентарне демократије, изгуби обележја која су га чинила апстрактним правним инструментом правних односа. Правна наука тога доба говорила је о „кризи закона”, каткад уопштеније о „кризи права.”³ Међутим, оно што извесни

¹ „Закон је људски разум који управља свим народима на земљи, а политички и грађански закони сваке нације нису ништа друго до различити посебни случајеви у којима се примењује овај људски разум”. На овај начин је парафразирајући одломак из Монтескијеа, био дефинисан закон у *Encyclopedie del secolo dei Lumi*. Упоредити: Montesquieu (de) *De l'esprit des lois*, L. I. cap. 1 и у истом смислу *l'Encyclopedie del secolo dei Lumi*.

² Упоредити потпуну анализу у овом смислу: G. Burdeau, одредница *Loi* у књизи *Encyclopedia Universalis*, France, vol. X и дело истог аутора „*Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*”, у часопису *Archives de philosophie du droit*, 1–2/1939 као и: *Traité de science politique* 1974, t. VIII, ch. II; J. Barthélemy, *Un tournant dans les conceptions françaises sur la loi*, у часопису *Revue philosophique* 1939; J. M. Cotteret, *Le pouvoir législatif en France*, Paris, 1962.

³ Упоредити међу осталима: G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, 1949; A. Sauvaegot, *Devaluation de la loi*, *Revue politique et parlementaire* 1946; R. Savatier, *Observations sur les modes contemporaines de formation du droit positif*, *Mélanges Dabin* 1963 t. I; H. Dupeyroux, *Sur la généralité de la loi in Mélanges à Carré de Malberg*, Paris, 1933. У погледу анализа у истом смислу у италијанској доктрини, упоредити: Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1909 (сада у књизи S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969) и у новије време: S. Sforza, *La crisi della legge*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1954; G. Cianferotti, *La crisi dello Stato liberale nella giurisprudenzistica italiana del primo Novecento*, in AAVV (уредник A. Mazzacane), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986, и још раније AA.VV. (уредник P. Biscaretti di Rufia) *Le dottrine giuridiche e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977. Са посебним освртом на истраживање у оквирима јавног права видети: S. Fois, *La riserva di legge*, *Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963.

правни мислиоци описују као „кризу закона”, пре је редефини-сање појма закона и улоге коју он треба да има у систему парламентарне демократије, него оспоравање важности закона и његово обезвређивање као инструмента демократије. Криза закона је дакле, криза само једне концепције закона, и то оне која је детаљно разрађена у политичко-филозофској (рационалистичко-револуционарној) мисли, а не криза закона као правног акта који је по природи ствари од самог почетка био циљ француског конституционализма. Закон је био и остао производ законодавне активности парламента и према томе израз, а истовремено и резултат вршења националне суверености посредством законодавне скупштине.

Чини се, да се у наведеном тврђењу сажима читава методолошка дебата која је вођена међу француским правним теоретичарима о природи закона и најприкладјим мерилима за одређивање његовог појма.⁴ За разлику од анализе коју је дала немачка правна наука, изгледа да француски мислиоци нису дошли до чврстих научних закључака о одговарајућим мерилима (формалним или материјалним) потребним за одређивање правне природе закона. Општост и апстрактност норми, као неопходна обележја закона, не помињу се у њиховој концепцији као основни елементи правног појма закона. Ово је утолико важније, ако се имају у виду задаци које је законодавна власт требало да решава у друштву у коме се друштвена основа преображавала из раније јединствености у растућу разуђеност друштвених група и категорија што је утицало на диверсификацију материје која је била предмет законодавне делатности и водила је ка све израженијој хетерогености.⁵

⁴ Упоредити: G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1949. и у новије време J. M. Cotteret, *Le pouvoir législatif en France*, Paris, 1962. У италијанској доктрини: F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo a cura di V.E. Orlando*, Milano, 1901, vol. III; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970; E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; A. A. Cervati, *La delega legislativa*, Milano, 1972; F. Modugno, одредница Legge in *Enciclopedia del diritto*. О расправама и закључцима о овом питању у француској и немачкој правној теорији, F. Neumann, *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1957.

⁵ Упоредити о анализи преображавања законодавне функције у еволуцији облика државног уређења: F. Neumann, *op. cit.*; E. Forsthoft, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973; У француској теорији је анализу овог процеса продубљено извео G. Burdeau, нарочито у раду: „*Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*,” *Archives de philosophie du droit* 1–2/1939; у италијанској теорији упоредити: M. Patrono, одредница „*Procedimento legislativo* in *Nuovissimo Digesto Italiano*,” Torino, 1984 као и A. A. Cervati, коментар чл. 70 италијанског Устава у књизи *Commentario della Costituzione* (уредник G. Branca).

Преовлађујући део доктрине залаже се за јасно формално мерило помоћу кога би се дефинисао закон – нарочито почев од Треће републике – како би позитивно право почивало на чврстим основама, али су изгледа остале недоумице у вези с поступком доношења закона, често неодговарајућим због сложености и бројности закона. Резултат таквог поступка бивао је некакав закон (један законски производ) који је постепено, током времена губио и општост и апстрактност, тј. основна обележја сваког закона. После првог заноса изазваног догађајима око „велике револуције”, француски законодавац, као усталом и законодавац у другим земљама Европе, био је принуђен да поступа сходно захтевима законодавне технике.

Појава „уредбодавних закона”, према успелој дефиницији коју је дао М. Лероу,⁶ до које је дошло на крају овог процеса, наговестила је еволуцију и преображаје појма закона према моделу управног права са садржином претежно уредбодавног карактера (*legge provvedimento*) и та обележја ће у двадесетом веку доћи до пуног изражаја, много више него обележја „општости”, „апстрактности” и „типичности”.

Не враћајући се на правну мисао из прве фазе француског конституционализма⁷ (историјска и социолошка школа, школа природног права),⁸ коју карактерише оштра критика закона, због његове нееластичности и правних празнина, речју због његове немоћи, ипак ваља приметити да наведено схватање инспирисано институционалном и позитивистичком концепцијом права (R. Carré de Malberg на првом месту), у анализи закона подвлачи његову надмоћ и централно место у правном поретку и изричито помиње првобитну концепцију закона, да би се нагласила потреба „демистификације” закона у односу на оригинални модел. Пошто је потврдила да позитивно право (члан 1. Устава од 25. фебруара 1875) искључује било коју материјалну дефиницију закона, одређујући га као одлуку законодавне скупштине донесену по одређеном поступку, Carré de Malberg, познат теоретичар и стручњак за уставно право у доба Треће републике, ис-

⁶ М. Leroy, *La loi, Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie 1908*; у новије време М. Duverger, *I sistemi politici*, Bari, 1972 (италијанско издање).

⁷ Упоредити продубљену анализу у овом смислу: С. Mortati, *Le leggi provvedimenti*, Milano, 1968.

⁸ Упоредити систематску анализу о еволуцији концепта закона у француској правној теорији: G. Burdeau, *Essai sur l'évolution*, и од истог аутора *L'apport de Carré de Malberg*.

тиче, да закон у основи није ништа друго до продукт воље парламентарне већине. Оно што му даје „снагу” и чини га општим правилом произилази више из његовог уставно-правног ауторитета, тј. „моћи” („puissance”) коју намеће појединцу, него из особености закона као „општег”, „апстрактног”, „правног правила”. Истакнуто је да наведена анализа – инспирисана позитивистичком концепцијом закона – има ту погодност да је појам закона који нуди више прилагођен реалности одговарајуће уставно-правне организације; она пристаје чак и на прелажење са „моћи” на „правила” што свакако подразумева и начин на који се политика увукла у право.⁹

По том схватању, које је заправо концепција представничке демократије, парламент преузима централну улогу у уставно-политичком систему; он образује тело захваљујући коме се политичка воља претвара у правне норме, дајући живот правном поретку у свој његовој сложености. Због таквог порекла, више него своје сопствене природе, закон улази у срж правног поретка и добија свој фундаментални значај „иницијалног и ничим условљеног правила” („règle initiale et inconditionnée”) које га чини главним средством гаранције права и регулисања правних односа, а истовремено и средством демократског преображаја друштвене стварности. Ово значење не само да не занемарује, као што смо видели, већ јасно предвиђа, у току своје еволуције, било конкретизацију законодавним путем општих принципа потврђених у законодавству (на пример грађански законик), било вршењем од стране законодавца стварне моћи деценирањем закона, прописивањем изузетака, као „извора неопходне хуманизације правних правила, увек сувише уопштенних, и настајања да се под истим условима пронађе правда.”¹⁰ Дакле, као што се види, од схватања „закона као израза националне воље”, које прихватају и Rousseau i Carré de Malberg, прелази се, после победе унитаристичке концепције појма народа, или ако хоћете, после кризе теорије о друштвеној хомогености карактеристичној за једнокласно друштво у његовој либералној фази – на ново поимање закона више прилагођено савременом развоју државе као „државе партије” као израз воље политичке, економске или друштвене групе.¹¹

⁹ G. Burdeau, *L'apport de Carré de Malberg*.

¹⁰ Тако: G. Dupeyroux, *Sur la généralité de la loi*.

¹¹ Ch. Sirat, *La notion de loi*, Paris, 1955. и нарочито H. Kelsen, *La democrazia...*

Ако је такав смисао од самог почетка дефиниције закона у позитивном праву и правној теорији, и ако се као неоправдана показује свака критика закона заснована на недостатку својства „општост” и „апстрактност”, мора се прихватити став према коме је у ствари, главна особина француског уставно-правног поретка, као уосталом и других савремених устава да прихвата промене у еволуцији забележеној у расподели моћи, односу и модалитетима у додели власти на основу устава.¹² У том процесу, заправо, уочава се постепено, али сигурно превализажење традиционалног принципа поделе власти као мерила за анализу државног уређења и одговарајућих облика владавине, у прилог мерила заснованих на ефикасности уставних норми и стога способних да објасне активност и утицај најважнијих политичко-колективних субјективитета преко политичких порука владе или уопште узев политичких порука путем устава.¹³

Још јасније него што се може уочити у савременим европским уставима, француски парламентарни систем – пре уставне реформе од 1958. године пролази кроз више фаза у току којих се односи између законодавне и извршне власти крећу од суверености и апсолутног примата Парламента до принципа поделе власти који крајем XIX века постоји упоредо с принципом сарадње између Парламента и Владе. И управо у току те фазе, која се завршава с Петом републиком, развија се помоћу разних техника и проналажењем других извора за стварање права (декрети закони, овлашћујући закони, оквирни закони) – процес преласка и / или додељивања нормативне надлежности извршној власти од стране Парламента која је додуше стриктно одређена и чије је трајање строго ограничено.¹⁴ Таква еволуција формално оставља отвореним питање хијерархије између законодавне и извршне власти, а с тим и принцип супрематије закона и питање

¹² Упоредити о томе: Carré de Malberg, „La loi; G. Burdeau, *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*”, *Revue de droit public* 1945.

¹³ Упоредити о овим схватањима у италијанској правној теорији: G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, II Milano, 1884; E. Cheli, *op. cit.*; S. Fois, *op. cit.*; L. Elia, одредница: „Governo”, in *Enciclopedia del diritto*; видети и S. Gambino, *Partiti politici e forma di Governo*, Napoli, 1977 и од истог аутора: *Crisi istituzionale e riforma della Costituzione*, Pisa, 1983.

¹⁴ То искуство означава једну од варијаната у којима се изражава покушај рационализације европског парламентаризма у сукцесивним уставима после Првог светског рата. Најзначајнији протагониста овог теоријског схватања био је Mirkine-Guetzevitch (који касније није могао да сакрије своје разочарење насталим резултатима) B. Mirkine-Guetzevitch, *Les constitutions*, и од истог аутора: *L'échec du parlementarisme „rationalisé”*, *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954. Упоредити о овом питању: L. Elia, *op. cit.*

централног места Парламента у уставном устројству државе. Уставно-историјско искуство, међутим, показало је у Француској као и другде – неспособност уставних ограничења, када постоје изузетне околности (неопходност и хитност) – да буду баријера таквим нормативним инструментима насртљиве извршне власти. Противуречни захтеви савременог друштва, због различитих интереса друштвених група, у односу на хомогеност „оригинарне” социјалне структуре (хегемонија буржоазије) и ограничене форме политичког представљања довели су до другачије концепције о улози државе, а с њом и до промењене функције закона, што свакако наводи на закључак да је изворни циљ у јавном праву револуционарне инспирације био заправо поистовећивање права са законом. И француска и италијанска доктрина су добро училе, да се приликом анализе закона и проучавања правног поретка морају узети у обзир и промене у оквиру друштва у коме треба да делују. Неизбежна последица таквог става је „политизација” права, које тежи да постане „*procédé de gouvernement*”¹⁵ чиме право више служи „једној” политици, а мање правди и једнакости, јер парламентарна већина „тежи да оствари друштвени поредак који одговара њеној сопственој визији заједничког добра”.¹⁶ Такав процес – у истицању еволуције у пружању гаранција које нуди закон, а тиме и начела поделе власти, прихватањем једне концепције, углавном усмерене на промоцију друштвеног и економског развоја – недвосмислено поново намеће питање односа између суверености закона, дакле демократског принципа и афирмације принципа уставности. Тиме се изгледа поново потврђује основаност захтева за одређеном формом и поступком уставног надзора, без чега примат устава – нарочито у поретку са чврстим уставима, какав је био онај за време Треће републике у Француској – остаје узалудан, а уставна „суперлегалност” немоћна у односу на евентуалне „неправде закона”.¹⁷

Када погледамо правни поредак и његову суштину, посебну улогу коју има закон, процес изгледа окончан закључком: од пројекта „револуција путем закона”, у коме је овај последњи

¹⁵ G. Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, Archives de philosophie du droit, 1–2/1939, стр. 47; у истом смислу исти писац: *Traité*, t. VIII; као и у одредници „Loi” у књизи *Encyclopedia Universalis*, tome X.

¹⁶ Упоредити: G. Burdeau, *Essai sur l'évolution*, стр. 47.

¹⁷ Упоредити: B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1931; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1923.

био истовремено израз и оставарење слободе, прелази се на нову концепцију закона. Да би био инструмент преображаја друштвене стварности – заједно с другим нормативним техникама које очигледно боље служе постављеном циљу, закон се не брани ни од угрожавања вредности гарантованих појединим нормама, а нарочито не од устава да сакрије да он није више израз националне воље, према традиционалној доктрини народне суверености, схватајући је више као чист производ парламентарне већине и истовремено као нормативни инструмент њене политике.

Међутим, концепција по којој закон такође може да нанесе зло, да пропише неправду или да прекрши начела зајемчена уставом, касно је себи прокрчила пут у правном поретку Француске. Будући да је извршна власт подређена законодавној – она је само пуки извршилац закона – нико није ни помислио у правној науци или међу политичким снагама, током читавог XVIII века, да би слобода, у извесном смислу, могла бити доведена у питање од било ког другог до од извршне власти, па су се правни лекови за такве случајеве чинили довољним у оквиру управног права. Потребу да се власт ограничи, успостављањем равнотеже преко владе мешовитог типа, истаћи ће доктрина либералног усмерења, која, иако не успева одмах да уочи све погодности процеса либерално-демократског преображаја, тада већ увелико испољених (у току те политичко-уставне фазе) у ограничењу власти види могућност превазилажења „неподношљиве парламентарне самовоље”.¹⁸

Уставни оквир који је касније одређен, одражава се на однос између судске и законодавне власти који остаје непромењен у свим уставима усвојеним за време револуције и онима донесеним касније, све до Четврте републике. Такав однос, последица је потпуног неповерења уставотворца у способност судије да буде независан од извршне власти, па је стога прописан принцип пуне зависности судије од законодавца,¹⁹ што према неким рационалнијим схватањима, искључује могућност судије да у току вршења судијске функције тумачи закон.

¹⁸ У истом смислу: J. P. Machelon, *Lu République contre les libertés?*, Paris, 1976.

¹⁹ Упоредити: A. Blondel, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Aix, 1927.

2. НАДМОЋ ЗАКОНА И УСТАВНО СУДСТВО: РАСПРАВА О ПРАВНОМ ОСНОВУ УСТАВНЕ КОНТРОЛЕ ЗАКОНА У ФРАНЦУСКОЈ И ИТАЛИЈАНСКОЈ ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ

Начело (зависности судова од законодавне власти) о коме је било речи, опстало је у уставном поретку Француске за време Треће и Четврте републике, иако је у правној теорији истицана могућност и брањена неопходност уставне контроле закона. Без обзира на хвале вредне покушаје у правној теорији (нарочито су у том погледу значајни *Hauriou* и *Duguit*)²⁰ у којима су антиципирани нови погледи, засновани на преокрету у тумачењу америчког судије Маршала, преовлађујућа схватања и у доктрини и у судској пракси чврсто су потврђивала своју припадност позитивном праву. Смисао тог схватања огледао се у строгом поштовању начела поделе власти и у потпуно јасном искључењу било какве интервенције судије у резултате законодавне делатности. Оно је са своје стране указивало на особености једног уставног система у коме је, у одсуству посебних уставних санкција, излазило на видело нека врста неразликовања између законодавне и уставне власти, а што је у пракси доводило до изједначавања, у суштини, закона с уставом.

Малобројни покушаји у супротном правцу, у смислу успостављања неких облика политичке контроле уставне легитимности закона (*Sieyès et Jurie constitutionnaire*)²¹ у оквиру теорије и праксе Сената у Првом и Другом француском царству били су осуђени на потпуни неуспех. Овоме је, не мало, допринела чињеница што су они реализовани у уставној фази коју је у оба случаја карактерисао потпуни раскид са претходним републиканским раздобљима и што су се ослањали на политичка устројства у којима није било много слуха за изворна начела револуционарне уставности. С друге стране, консолидовање републиканског облика државног уређења за време Треће републике (у једној сличној уставноисторијској еволуцији) означило је да је коначно афирмисана премоћ закона и централно место парламента. Неизбежна последица те еволуције огледала се у неприхватању судске контроле уставности закона било у форми спутног испитивања уставности, што је био један од модалите-

²⁰ У спору *Marbury v. Madison*, *Reports of Decisions in Supreme Court*, t. I.

²¹ Упоредити коментар о неуспесима његове идеје у току поменутих режима: E. J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État*, Paris, 1888 (поновљено издање).

та садржаних у италијанском Уставу од 1948. године или на свеобухватан начин по угледу на северноамерички модел. Што се тиче политичких странака, оне су у то време, ако изузмемо неколико личности с крајње левнице, једнодушно подржавале овакву оријентацију. Изгледало је, штавише, да није била искључена теза, по којој је поменуто неприхватање било оправдано, поред општих разлога, још и тиме што је успостављање уставног судства био један од теоријских захтева крајње деснице у парламенту.²² Што се тиче правних разлога у основи владајуће концепције, они су се огледали пре свега у крутом схватању позитивног права које, као што је речено, не оставља много места екстензивном тумачењу.

Укратко, чињенице што су у уставима изостале одредбе о конкретним облицима заштите уставне премоћи над законодавном влашћу, наводи се у правној теорији као главни разлог у прилог тезе да је недовољна чврстина карактеристична за француске уставе до краја Четврте републике остављала велики простор превласти законодавца.²³ Поменуте концепције заснивају се на готово потпуној истоветности у саставу законодавних и уставотворних скупштина и, у крајњој инстанци, на схватању о првенству и о „неприкосновености” закона. Било је мало оних који су у правној теорији били спремни да расправљају о проблемима који се постављају у вези с евентуалним законским повредама како уставних норми тако и уставних начела, па се тако одржавало схватање о закону као највишем акту органа и процедуре представничке демократије и у крајњој инстанци акту „воље” („volonté”) као изразе суверености народа. Теоријски покушаји у прилог могућности прихватања уставне контроле закона били су дефинитивно осуђени на неуспех. Такође, и управни и редовни судови, доследно су искључивали могућност да се у току суђења истакне приговор о неуставности.

У ствари, као што је то лепо показао судија Маршал на почетку XIX века, и у систему у коме нема изречне одредбе у уставу, требало би да суд по сопственој иницијативи у случају сукоба два закона, а, према мишљењу једног дела француске

²² Упоредити: J. Lemaurier, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité de lois*, Paris, 1953, и у новије време: J. P. Machelon, *op. cit.*; у италијанској теорији: M. Galizia, *Il positivismo giuridico*. Упоредити такође: C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1979; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*.

²³ Упоредити: G. Burdeau, *Une survivance: la notion de constitution in Études en l'honneur de A. Mestre*, 1956; такође: P. Bastid, *L'idée de Constitution*, Paris, 1985 (поновљено издање).

правне теорије²⁴ и у сваком другом случају, кад за то има разлога, да приступи контроли закона који примењује, а посебно са становишта уставности. Међутим, атмосфера неповерења према судству која од давних времена карактерише француску политичку и културну традицију, могла би се навести као разлог више, и то не другоразредног значаја, што су се француски судови ретко упуштали у испитивање уставности закона, у било ком облику. Преостајао је, дакле, само пут обавезне уставне реформе и управо је њу следио, истина у ембрионалној форми Устав Четврте републике а у знатно јаснијим (чвршћим) контурама и уставна реформа изведена 1958. године, мада се ни она не може поредити са зрелим искуствима уставног судства на европском нивоу.

3. У СУСРЕТ „НОВОЈ” УСТАВНОСТИ: ПЕРСПЕКТИВЕ И ГРАНИЦЕ РАЗВОЈА СИСТЕМА УСТАВНОГ СУДСТВА

У закључном осврту на овај део излагања, може се рећи да анализа европских система уставног судства потврђује основну поставку (и кад се посматра из овог, другачијег угла), да је увођењем контроле уставности у Петој републици афирмисано начело о заштити и првенству Устава у односу на оно што је била особеност француског система извора права. Ако се са формалног становишта тај систем недвосмислено може окарактерисати као „политички”, у пракси, је он успео да се приближи зрелијим системима судске контроле уставности закона, било оних у којима је контрола концентрисана, или других у којима је дифузна.²⁵ То начело чини основ развоја „новог” уставног права потврђеног у готово свим земљама модерне парламентарне демократије, а које се изгледа, у новије време јавља све интензивније и у некадашњим социјалистичким земљама.²⁶ Вративши

²⁴ Поред већ поменутог дела: М. Duverger, *Commentaire*, упоредити и радове истог писца: *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1965, као и *La Monarchie républicaine*, Paris, 1974.

²⁵ О проблематици квалификације „политички” или „судски” кад је реч о француском систему контроле уставности, упоредити: F. Modugno, *Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985; L. Favoreu, *Il Conseil Constitutionnel e l'alternanza*, in *Quaderni costituzionali*, 1982.

²⁶ Упоредити: P. Biscaretti di Ruffia, *Les différents systèmes de contrôle de la constitutionnalité de lois*, in P. Biscaretti di Ruffia et S. Rozymarin, *La Constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Paris, 1966 и у новије време прилози садржани у актима Конгреса Међународног удружења политичких наука

првенство уставној власти у односу на законодавну и враћајући тиме смисао и вредност инспиративним начелима и нормама освештаним у Уставу, „начело уставности” (закона) и са њиме повезани „процес универзалности уставног судства”,²⁷ означавају у овом смислу „нови” облик рационализовања власти у савременим уставним порецима, коме изгледа предстоји даљи развој и продубљивање у наредним деценијама.²⁸ Поменута рационализација у смислу проглашавања „начела уставности”, које ће бити додато и стајати начело законитости (већ афирмисано у изворној либералној држави) омогућиће превазилажење традиционалног схватања према коме су индивидуална права и слободе грађана зајемчени самим постојањем начела законитости, јер се њиме пружа заштита појединцу од арбитрарности извршне власти.

Ова разматрања не могу се одвојити од анализе раније заступљене у делу критички расположене доктрине, а која је данас општеприхваћена у теорији јавног права у Европи. У тој анализи умесно је примећено да су целе теорије о изворима права и унутарње начело општости и суверености закона на почецима модерне државе (под утицајима либерално-демократских мишљења) имали снагу и вредности које су неизбежно морале да се мењају у савременој држави, због тога што је друштвено уређење данас другачије. Наиме, друштвена основа, која је раније била хомогена због ускости изборног представништва, почиње да се грана у мноштво друштвених група које постају носиоци различитих интереса и разноврсних вредности. Слично је с начелом равноправности у либералној држави испољеном као неопходност постојања општег и апстрактног закона, који прописује и истовремено ствара „одсјај хармоније и савршености система, а данас се манифестује као криза законитости, чија је

(одржаног у Упсали од 26. до 28. јуна 1984) објављени у књизи: L. Favoreu et J. A. Jolowicz (редактори) *Le contrôle juridictionnel de lois*, Paris, 1986; P. Biscaretti di Ruffia, *Il principio della divisione dei poteri e il suo disconoscimento negli ordinamenti costituzionali dello Stato sovietico*, in Studi in onore di G. M. De Francesco, Milano, 1957, I: S. Rozymarin, *Du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Torino, 1966, H. Roussillon, „Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les pays socialistes”, *Revue du droit public*, 1977. У новијој литератури упоредити: G. Lombardi (редактор) *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Torino, 1985; S. Bartole, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Bologna, 1993.

²⁷ Према успељој дефиницији коју је дао L. Elia у студији: „Giustizia costituzionale e diritto comparato”, *Quaderni costituzionali* 1/1984.

²⁸ B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances, du droit constitutionnel*, Paris, 1931; у истом смислу: A. La Pergola, *Le garanzie giurisdizionali della Costituzione*; такође *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bologna, 1978.

последица то што се „негативни и пасивни концепт преображава у активно начело”, изражено у виду захтева да се реши противречност између рационалности (право) и ирационалности (власт) која кроз читав „систем” стално доводи у питање његову равнотежу.²⁹ Отуда, у оваквој антиномији настаје захтев да се изврши реконструкција система и трагање за „екстерним разумом”, укратко за „арбитром који ће се звати разборитост”,³⁰ што у политичко-уставном систему има улогу крајњег средства, у смислу да се његовом коришћењу прибегава онда „када формални механизам и јемство” (гарантије) нису довољни да обезбеде функционалност поретка у односу на одређено устројство (склоп) друштвене и политичке моћи.³¹

Отуда истицање „начела уставности” у новим уставима после Другог светског рата сведочи да у стварности права и слобода грађана нису адекватно заштићени процедурама и инстру-

²⁹ Тако: А. Baldassare, Dibattito у књизи: *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, (редактор N. Occhiosupo), Padova, 1984.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*. Италијански Уставни суд употребљава израз „разумност” (*ragionevolezza*) као мерило према коме се закони потчињавају начелима која се могу извести из апстрактних уставних вредности, и то његово становиште подвргнуто је доследној и радикалној критици према којој, то схватање своди „законодавну делатност са пиједестала, суверене делатности... на мешавину, аутономије и дискреционе активности, што омогућава Уставном суду да оцењује са становишта прекоречења власти, да ли је законодавац од случаја до случаја тежио постизању вредности које заслужују уставну заштиту и на који начин је то чинио”, закључивши да то све доприноси: „крајњем циљу да практично уништи уставни принцип суверености народа путем потчињавања његовог највишег израза (закони и сам Устав) потпуно дискреционој провери Уставног суда, органа, коме је Crisafulli с правом замерио неодговорност и одсуство било каквог демократског легитимитета” (*ibidem*, стр. 123). У овом смислу, критичким вредновањем судске праксе Уставног суда говори и G. Ferrara, *Giurisprudenza costituzionale e democrazia: quali valori, quale teorie?*, in N. Occhiosupo (уредник) *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, стр. 123. Полазећи од помирљиве и компромисне природе италијанског устава „отвореног”, пројектованог за будућност и усмереног на превазилажење „структурално сукобљених интереса”, Ферара долази до закључка о „отвореној” и стога проблематичној дефиницији демократије а као консеквенцу те поставке наводи одсуство судске праксе уставног суда која би била „директно и/или експлицитно повезана са важећом дефиницијом демократије”. G. Ferrara, *Giurisprudenza costituzionale e democrazia: quali valori, quale teoria*, in N. Occhiosupo (уредник) *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, стр. 328; Ово важи особито кад се узме у обзир да Уставни суд, као суд о уставности закона делује као „установљени орган”, а то ће рећи као орган „условљен целином начела и норми које се изводе из писаног Устава, а чије тумачење даје правнички сталеж на бази постојеће и отуда нужно раније стечене правне културе”. G. Ferrara, *op. cit.*, стр. 327. Упоредити и: G. Ferrara, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, стр. 99. Упоредити излагање о органичењима концепта „разумности” у италијанској уставносудској пракси: A. Giovannelli, *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbareit kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione politica della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985.

ментима које пружа парламентарна демократија, ако после свега грађанин остаје без заштите у односу према могућим арбитрима законодавне власти. Тој оријентацији, као што смо видели, постепено су се прилагођавали ствараоци Европе и политичке снаге после Другог светског рата. У том смилу, посматран са становишта уставног судства, француски систем представља изузетак. Насупрот једној широко распрострањеној тежњи, заступљеној у савременим уставним порецима, Пета република наставља да примењује класично начело о неприкосновености закона и суверености народа, ограничавајући поступак контроле уставности на претхондо испитивање текста (евентуално или обавезно, зависно од врсте закона у питању), који још нема нормативну природу, чиме контрола уставности постаје део (евентуални) законодавног процеса. Требало је да се догоди преокрет у судској пракси почетком деведесетих година, да би могле да се до краја изведу све консеквенце проглашеног начела о чврстом уставу и његовој супериорности. Одбијање било каквог облика судске контроле закона као највишег израза воље народа, било је својствено и италијанском јавноправном поретку почев од Устава из 1948. године. Истина, у италијанској правној теорији с почетка двадесетог века па и за време фашистичког режима, било је залагања и у анализама и у предлозима да се уведу неки облици судске контроле закона. Најчешће су оваква настојања тежила „рационализацији” парламентаризма, а за циљ су имала на једној страни, да се заустави енормно повећање броја декрет-закона (у правном поретку у коме није призната могућност да влада врши нормативну власт), а са друге стране да путем судске контроле законодавне активности скупштине, обезбеде мањини да се политички изрази у односу на већину.³²

Владајућа доктрина у том раздобљу глатко је одбијала наведене предлоге, на основу изворних начела на једној, и „тоталитарне и унитарне природе фашистичког система” на другој страни.³³ Тек када се приближио крај фашистичког експеримента, постало је могуће да се појави схватање које ће реафирмисати логичке консеквенце чврстог устава и предвиђати облике судске заштите индивидуалних права у случају да се законима

³² Упоредити о овом схватању: G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981 и од истог писца: *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1988.

³³ Тако, нарочито: C. Costamagna, *Per la dogmatica del nuovo diritto pubblico*, in *Studi in onore di M. D'Amelio*, I, Roma, 1933.

вређају прокламована уставна начела.³⁴ Отуда, о италијанској, пререпубликанској доктрини, и њеном ставу према овом питању, треба напоменути да се у дебати вођеној између различитих политичких снага у оквиру Уставотворне скупштине, без обзира на сумње, недоумице и изнијансиране позиције, искристалисало мерило по коме устав није само један виши закон, „него нешто сасвим друго што се не исцрпљује у нормативности”.³⁵

Управо идеје о „ненормативном уставу” омогућава да се објасни негативан став према судској контроли уставности, који су странке марксистичке левице, а посебно комунистичка партија испољиле у току дебате у Уставотворној скупштини. Њихов став, што је видљиво, није дозвољавао да се до краја изведу (све) логичке консеквенце из идеје о чврстом уставу које су се теоријски дале извести. Такав став нужно је морао да изазове питање (које су неки већ раније постављали) није ли италијанска левица „рђаво асимиловала учење која су потицала од њихових претходника с краја осамнаестог века, јер овима није измакла противречност која се јавља у поретку засниваном на неприкосновеној власти парламента, а у исто време је одбојан према другим вредностима које су одузете од већине”.³⁶

Управо у том смислу се контрола уставности закона без обзира на нека унутрашња ограничења, која су неизбежна код сваког облика хијерархијски неодређеног испитивања (ко ће надzirати надзорника?) може свести на улогу „додатне гаранције” индивидуалних слобода,³⁷ стварајући истовремено, „једну од компоненти заједничког европског јавног права”.³⁸ И тако се из „уставне демократије”³⁹ у Француској⁴⁰ као и у другим системи-

³⁴ У овом смислу нарочито: F. Bodda, одредница „Guarentigie costituzionali”, in *Nuovo Digesto italiano*, Torino, 1938, XVI.

³⁵ C. Mezzanotte, *op. cit.*

³⁶ C. Mezzanotte, *op. cit.*

³⁷ B. Mirkinе Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*.

³⁸ J. Rivero, *Rapport de synthèse au Congrès d'Aix en Provence (19-21 février 1981)* објављено у књизи L. Favoreu (редактор) *Cours constitutionnelles européens et droits fondamentaux*, Paris, 1987, и у истом смислу: L. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, Paris, 1986; такође: G. Druésne, *L'influence de la Constitution sur le droit public français*, in *Journées de la Société de législation comparée* 1981.

³⁹ A. La Pergola, *op. cit.*

⁴⁰ У француској правној теорији наглашава овај изглед: L. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*; и L. Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Paris, 1988; у италијанској доктрини треба навести: C. Mortati, (који се продубљено бавио анализом еволуције важећег парламентарног система у Италији у правцу „већинског режима”) *Note introduttive ad uno studio sui partiti nell ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova, 1957, и у но-

ма плуралистичке демократије, иако не свуда у истом степену, прелази у облик демократије у коме, уочене појаве настале у облицима владавине (особито појава „режима већине“) као и недовољна заштита слобода и права грађана, воде новом процесу рационализације у виду уставносудске заштите индивидуалних права засноване на начелу поделе и равнотеже власти. После раздобља које је трајало скоро два столећа у коме је била одбачена (слична) функција уравниотежавања (успостављање равнотеже), или ако се хоће рећи другачије, функција арбитража, која би била поверена уставном судству, у новије време и француски конституционализам испољава тежњу да се прилагоди новом процесу. Истина још увек је потпуно легитимно питање: које гаранције пружа демократски поредак у овој улози „модератора и арбитра коју треба да игра уставно судство.“? Утолико пре, што се у новијој пракси европских уставних судова запажа тежња (између осталог и путем диверсификације типова процесуалних средстава) да се пређе са чисто судске функције у једну снажнију функцију ограничавања улоге парламента што је добро окарактерисано формулом о „паралелном законодавцу“.⁴¹

Остаје питање недостатка демократског легитимитета судија уставних судова, што представља средишњу тему расправе у савременој уставној доктрини. У Италији, као и у другим земљама, питање се разматра имајући у виду еволуцију укупне судске праксе Уставног суда, који као што је добро уочено, није успео да одоли „захтевима потеклим из једног система у коме је више наглашавана његова улога модератора у сукобима, него улога чувара уставних вредности“.⁴² Уопште, судска контрола

вије време: G. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Chelli, S. Grassi (уредници) *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.

⁴¹ О сличној еволуцији у италијанској уставносудској пракси упоредити: G. Zagrebelsky, *ibidem*; F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo* (у студији се говори о „споредној законодавној функцији“); G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale in Giurisprudenza costituzionale* 1981; M. Villone, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi. Logiche e politiche della Corte costituzionale*, Milano, 1974. О еволуцији уставносудске праксе у Француској упоредити занимљив прилог: J. C. Escarras, *Sur deux études italiennes*; J. P. Lebreton, „*Les particularités de la juridiction constitutionnelle*“, *Revue de droit public* 1983, и реферат истог писца поднет на седмој конференцији европских уставних судова (Лисабон 26–30. април 1987) „*Le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques par le Conseil constitutionnel*“, *Revue française de droit administratif* 1987.

⁴² C. Mezzanotte, *op. cit.*

уставности закона сада је толико свеобухватна, да се човек морао сагласити са тврђењима да је таквом праксом без сумње пређена „неодређена линија између оцене легитимности закона и улажења у његову суштину”.⁴³ Оваква оријентација добила је подршку у доктрини, почев од „кризе легитимитета позитивности закона и претпостављене рационалности либералног система као и кризе правне државе у условима нарасле сложености друштва.”⁴⁴ У том смислу се Уставни суд (чије су одлуке политичке због тога што се тичу политичких одлука донетих у парламенту) следећи логичке консеквенце наведене оријентације, „се одвојио од судског модела гаранта и чувара претпостављених чврстих и релативно трајних уставних вредности, да би постао медијатор и модератор друштвених сукоба, поготово оних који у институционалним оквирима стварања политичке воље нису могли да добију ефикасна и неоспоравана решења”,⁴⁵ и у томе следу почео да преузима улогу „паралелног и комплементарног законодавца”⁴⁶ поред парламента.

⁴³ F. Modugno, *op. cit.*

⁴⁴ F. Modugno, *La Corte costituzionale oggi*, in G. Lombardi (редактор) *Costituzione e giustizia costituzionale, nel diritto comparato*, Rimini, 1985.

⁴⁵ F. Modugno, *ibidem*.

⁴⁶ F. Modugno, *ibidem*. Ову верзију подвргли су радикалној критици поборници другачије теоријске оријентације, који су наглашавали да употребљени термини, као што су „разумност” и „доследност” не успевају да прикрију да се тумачење које даје Уставни суд не састоји у операцијама „чисте логике” као што би захтевала класична правна догматика. Према овом схватању појам „разумност” далеко од тога да означава хомогено мерило за оцену, пре намеће питање „у функцији којих институционалних импулса, у ком законодавном правцу и за које објективне циљеве је употребљен.” G. Ferrara, *op. cit.* На то питање, могуће је одговорити концепт разумности, узет у свом техничком значењу, упућује или на правила језичког тумачења или на општи смисао. Путем такве оцене, судије уставног суда, у обављању своје функције контролора уставности закона, наводе претпостављене апстрактне „таблице параметара” (мерила), које се односе на суђење према општем смислу, што је у ствари, када се боље погледа, „општи смисао који му придају судије уставног суда а он, разуме се, концидира се општим смислом правничке струке (сталеза) једне одређене генерације, који је створен на бази традиције тумачења правних норми и обновљен (реконструисан) институцијом правног поретка” G. Ferrara, *ibidem*. Према том расуђивању прекорачења овлашћења, која чини Уставни суд, и када су доцније потврђена у судској пракси, обележавају Суд као „арбитрерну и неодговорну власт која се издиже изнад власти која непосредно представља народ.” A. Baldassarre, *ibidem*. А према једној, мање радикалној теорији о „двосмислености” модела уставног судства који су створили италијански уставотворци и о наглашавању карактера италијанског Уставног суда, као „мотора реформи” упоредити предговор који је написао E. Cheli за књигу G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981. Cheli сматра да су захтеви да се успостави равнотежа између супротстављених ставова који су дошли до изражаја у Уставотворној скупштини, утицали на то да се скицира „непотпун и двосмислен систем уставног судства... који представља једну врсту хибрида политичког и судског модела.”

Поменућа еволуција италијанског уставног судства добила је даље оправдање кроз екстензивну улогу замене других фактора у нестабилном политичком систему. У том амбијенту, Уставни суд је постао фактор равнотеже и друштвене интеграције, поред улоге модератора у сукобу интереса⁴⁷ коју је имао одраније, најбољи класични теоретичари у својим анализама јасно уочавали значај ове појаве, иако нису у свему делили схватања о делатности Уставног суда. Они су, наиме, доследно и с методолошког и са суштинског становишта, правили разлику између система чисте демократије и новијих система чврстих зајемчених устава гарантованих контролом уставности закона.⁴⁸ У односу на тај став, преовлађујућа доктрина данас у Италији, и шире у савременим плуралистичким демократијама примећује да Уставни суд (и уопште сваки облик уставног судства) полазећи од улоге која се не састоји само у пасивном гарантовању и чувању (надзору) Устава, почиње да обавља задатак активне контроле која се простире од сузбијања неуставних закона до интегративних и стимулативних усмеравања и уопште до активног јемчења уставних циљева.⁴⁹ Наведено схватање, изгледа, погодно да објасни процес „универзализације” уставног судства, мада оставља без одговора питања о компатибилности тог процеса са основним захтевима система представничке демократије. И што је још значајније, као што је добро примећено, „пренаглашена употреба рационалности задаје тешке ударце „правној сигурности” у њеном највишем изразу: а реч је о добру без којег нема ни слободе ни правде”.⁵⁰

⁴⁷ О систематској разради овог теоријског схватања, упоредити: А. Giovannelli, *op. cit.*; G. Bognetti, *La Corte costituzionale italiana e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello Stato nel presente momento storico*, in *Jus* 1967.

⁴⁸ V. Crisafulli, *Giustizia costituzionale potere legislativo*, in *Diritto e società* 1978, и раније дело истог писца у коме је наглашен недостатак демократског легитимитета Суда *La Corte costituzionale fra Magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici di P. Calamandrei*, IV, Padova, 1958.

⁴⁹ Modugno (F. Modugno, *op. cit.*) изјашњава се, као и Elia, да уставну проблематику демократског легитимитета широко схваћене улоге признате судовима, треба сматрати превазиђеном, због једне фундаменталне „новости”: у демократском систему једно тако далекосежно овлашћење контроле може се признати органу који је различит од органа који уживају легитимитет из разлога што је избор извршен у складу са демократским начелима. Упоредити: „Управо кад је реч о захтеву надзора, може се прихватити различитост, јер се тиме учвршћује легитимност заснована на признању да је функција надзора неопходна” L. Elia, *op. cit.*

⁵⁰ A. Baldassare, *op. cit.*

На другој страни, остаје отворено и без одговора теоријско питање познајемо ли још неки начин да удахнемо живот режиму слободе, а да то не буде, демократија путем права ни пажљиво и сталожено техничко формулисање правних норми у које се слива усијана лава политике”.⁵¹

Француско искуство апстрактне (апприори) и италијански модел конкретне контроле (сукцесивне или инциденталне) уставности закона изгледа да представљају животно испробавање актуелности ових питања. Речју, историја уставности у овим двема земљама, колико год биле значајне њихове разлике у материји односа између закона и Устава и без обзира на дисконтинуитет, чини се као потврда чињенице да питање ко треба да буде „чувар Устава” не представља пуко реторичко питање него Гордијев чвор модерне демократије.

(Превео с италијанског језика М. Орлић)

Silvio Gambino⁵²

FROM THE CENTRAL POINT OF LEGISLATION TOWARDS THE SUPERIORITY OF THE CONSTITUTION

Summary

If one takes the French Revolution as the point of departure for the modern idea of the state, one will remark that the fundamental principle is the separation of powers into legislative, executive and judiciary, in which legislative power

⁵¹ Питање је представљало, а представља и данас предмет разматрања и расправе унутар система политичких институција... Са тог становишта, изгледа да владајуће становиште у Италији прихвата да је развој социјалних права у савременој епохи, после учвршћења судских гаранција индивидуалних права и слобода, уствари одредио еволуцију и саме улоге система уставног судства. За разлику од првобитне статичке функције „негативног законодавца”, према келзенијанским теоријским претпоставкама, оно преузима на себе једну динамику, свакако не мање проблематичну, „гаранта развоја поретка”. Као што је добро запажено, у том смислу, „проблем извора контроле уставности се трансформисао у другачији тип проблема, а то је на који начин се овај тип контроле уставности легитимише... Можда (више) нема потребе говорити о чувару Устава, јер више не постоји Устав којег треба чувати као симболичну вредност, него постоји поредак којег треба гарантовати и гарантујући тај поредак, гарантује се оно што је заједничко, листа уставних вредности, дајући ефикасност која се изражава у пристајању која се данас огледа у придаји не само на бази „емотивног”, политичког схватања, него је дата и у односу на основ којим се легитимише институција у смислу њене ефикасности”. G. Lombardi, *Giustizia costituzionale e tecniche di giudizio: problemi e prospettive in G. Lombardi* (редактор) *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985.

⁵² Silvio Gambino, Professor of Comparative Public Law, University of Calabria, Italy.

enjoys primacy. Therefore, in accordance with the understanding of representative democracy, it alone expresses the sovereignty of the people (while the other two, and this includes the judiciary, do not have such legitimacy). That is why the laws, as the product of the institutions, which are solely endowed with democratic legitimacy, are unquestionable as legal acts and cannot be subject to judicial control because the courts do not have democratic legitimacy. It was unimaginable, in such a system, that the judiciary could supervise what was even indirectly the supreme expression of the will of the people. Among other things, this was partly due to the fact that the members of the legislative assembly and the constitutional assembly were, in most cases, the same people. In the beginning, this stance was out of the question even when control consisted merely of examining whether a law was in accordance with the Constitution. This was the prevailing doctrine in jurisprudence, in judicial cases, as well as in political theory in France and in Italy throughout the entire XIX century. Yet, even then, far-sighted thinkers pointed out, under the influence of Justice Marshall (*Marbury v. Madison*), that it was desirable to introduce the judicial control of constitutionality. The situation changed after World War II. Modern democracies in Europe established judicial control of the constitutionality of laws. But, in this respect, there are still some dilemmas that have not been resolved. For some theorists, who have a slightly suspicious approach, the question remains as to who should supervise the supervisor. Others consider that judicial control of the constitutionality of the law creates an additional guarantee of human rights and fundamental freedoms. One can say that this second approach prevails today and signifies one of the components of the common core of European public law.

Key words: *Separation of powers. – Legislation. – Judicial control. – Constitutionality.*

Silvio Gambino⁵³

DE LA PLACE CENTRALE DE LA LOI À LA SUPÉRIORITÉ DE LA CONSTITUTION

Résumé

Si on prend la révolution française comme point de départ pour le développement des idées modernes, on remarquera que le principe fondamental de l'organisation de l'Etat est la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire parmi lesquels c'est au législatif qu'appartient la primauté. C'est pourquoi, en accord avec la démocratie représentative c'est le

⁵³ Silvio Gambino, professeur de droit public comparé à l'Université de Calabre, Italie.

législatif qui exprime la souveraineté du peuple (tandis que les deux autres ne possèdent pas une telle légitimité). Or, ce sont les lois, comme le produit de la législature, (ayant seules la légitimité démocratique) qui ne peuvent être remises en question et être l'objet du contrôle judiciaire, parce que les tribunaux n'ont pas la légitimité démocratique. Dans un tel système il était inimaginable que le pouvoir judiciaire puisse porter un jugement sur ce qui était, ne serais-ce qu'indirectement, l'expression suprême de la volonté du peuple. Par ailleurs, le fait que les députés de l'assemblée législative et ceux de l'assemblée constitutionnelle étaient souvent les mêmes personnes ne contribuait pas à ce que la question de la constitutionnalité des lois se pose sérieusement. Au début, le refus d'une supervision quelconque par le judiciaire était catégorique, même lorsqu'il s'agissait d'un contrôle concernant la simple question de savoir si la loi était en accord avec la constitution. L'idée de refus prévalait dans la doctrine juridique, dans la jurisprudence et dans la pensée politique aussi bien en France qu'en Italie durant tout le XIXe siècle. Cependant, déjà à cette époque les penseurs qui voyaient loin sous l'influence du fameux cas américain *Marbury c. Madison*, considéraient qu'il serait souhaitable d'introduire le contrôle judiciaire de la constitutionnalité. La situation a changé après la seconde guerre mondiale. Les démocraties modernes en Europe ont établi le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Mais certains dilemmes concernant un tel contrôle sont encore actuels. Pour les uns, plutôt sceptiques, se pose toujours la même question de savoir qui doit contrôler les contrôleurs ?. Pour les autres, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité est une garantie de plus pour le respect des droits de l'homme et les libertés fondamentales. C'est cette seconde approche qui prévaut aujourd'hui et qui est un élément du patrimoine commun du droit public européen.

Mots-clés : *Séparation de pouvoirs. – Législation. – Contrôle judiciaire. – Constitutionnalité.*

Жан Озер*

ЉУДСКА ПРАВА У ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ

Пракса Евројског суда за људска права у Сиразбуру и Суда евројских заједница у Луксембургу довела је до стварања скупи правних правила који се одликује живих на једној страни и неизвесношћу у погледу хијерархије извора, на другој. Ошуда је у будућности потребно више радићи на усклађивању правних норми, које доноси Евројска комисија са одлукама оба евројска суда. Врло је вероватно да у појединим областима одлуке неће моћи да доносе судска већа, маколико иначе уживале ауторитет, него демократски изабрано представништво. Што се тиче права својине, као једног од најважнијих људских права, треба исцртавати да евројско право ипак није право на многе организације и хомогенији начин, него ошће међународно право.

Кључне речи: *Људска права. – Француска. – Евројски суд за људска права. – Суд евројских заједница. – Право својине.*

§ 1. Хијерархија извора и садржина права¹

Заједнички пројекат? Повезивање теорије о људским правима са школама природног права не подлеже сумњи и оно ствара, као што је обично бивало у историји, истовремено и снагу и слабост развоја новог правног корпуса унутар старог система.

Његова снага се састоји у изненађујућој гипкости. Уистину пракса Европског суда за људска права као и, у овој области, временски ближа пракса Суда европских заједница, могле су се несметано развијати, зато што у конвенцијама, које су потписале Државе чланице није било никаквих ограничења. Тако је на пример, примена права на поштовање приватног живота, предвиђеног у члану 8 Конвенције о људским правима, у пракси довела до потпуно неочекиваних решења, која су пореметила систем личног и породичног права. Поменуто запажање о гипкости можемо проширити и похвалити тежњу ка „отвореним

* Жан Озер (Jean Hauser) професор Универзитета Монтекије, Бордо IV (Montesquien, Bordeaux IV), и директор школе за докторат права и центра за породично право (CERFAP).

¹ Предавање одржано 30. септембра 2004. године на Правном факултету Универзитета у Београду.

текстовима”, за разлику од националних законодавстава која често дају предност „затвореним текстовима”. На крају крајева, и дуговечност француског Грађанског законика, који ове године слави два века постојања, може се објаснити макар делимично, његовом гипкошћу. У том смислу може се навести члан 1384 Законика, на чијим основима је изграђено модерно право о одговорности за проузроковану штету.

Њеџова слабост која се показала током историје, састоји се у тежњи, коју је тешко контролисати, ка индивидуализму који разара све друштвене институције.

Пример породичног права, који ћемо укратко размотрити, је веома карактеристичан. Све док је реч била о томе да се осуде или разоре блокаде застарелих законодавства, недовољно усклађених са временом, мање због одбојности према новинама, а више због немарности законодавца, особито у француском праву, подухват је био релативно лак, јер су европски извори права имали улогу покретача у односу на инертне или немарне законодавце, али та решења нису задирали у суштину права. Међутим, рекло би се да је ово срећно раздобље за нама. Данас се и Европска унија и Савет Европе, посредством двеју важних институција, Суда европских заједница и Европског суда за људска права, налазе пред знатно тежим питањем, а то је: какав правни систем треба да има Европа? Да се поново послужимо примером личног и породичног права које сачињава већи део судске праксе Европског суда за људска права и све више обележава и одлуке Суда европских заједница, лако је присилити државе да поштују једнакост у положају деце или слободу брака, али је много деликатније изјаснити се о „праву“ на брак хомосексуалног пара или о праву на еутаназију, итд. Реч је о европском идеалу, а то значи да се пред грађанима Европе поставља питање да ли постоји један заједнички пројект будућег друштва.

Заједничке структуре? Развој двеју паралелних структура у правном конструисању Европе, до скоро није представљао никакав проблем, али сада представља разлог за озбиљну забринутост. У ствари, Савет Европе у коме је настала Конвенција о људским односима као и Европски суд за људска права, окупља учеснике који нису у потпуности истоветни са онима који су створили Европску унију, или су јој приступили касније. Дуго се ова опасност није запажала. Европска унија је у основи имала економске циљеве, који се ниуколико нису преплитали са вокацијом Савета Европе, која је више била везана за основне људске слободе, су настале као реакција на страхоте Другог светског рата. Сада више није тако из два разлога. Европска унија отворено тежећи политичком и интелектуалном уједињењу, природно се упутила у област људских права. Европски суд за људска права произашао из Савета Европе није могао да игнорише чињеницу да људска права обухватају економски одељак, утоли-

ко значајнији што је људима данашњице веома стало до материјалних добара. Развој судске праксе о праву својине или о праву човекове средине преплићу се са судском праксом, европском у ужем смислу, Суда европских заједница.

Поменута несигурност у погледу хијерархије извора права (I) праћена је неизвесношћу у погледу циљева којима се тежи (II) што је знак да се систем налази у настајању, а то се може упоредити са настајањем великих континенталних правних система.

I. Несигурност у погледу хијерархије извора

Погрешно је веровање да су примена основних начела или правно регулисање људских права проналазак двадесетог века. Још 1804. године, француски Грађански законик је у првом члану, подвргао све французе владавини истог закона, што изражава концепцију о једнакости грађана пред законом, а то је без сумње једно аутентично „људско право”. Иначе, појава људских права у самосталном облику има претежно уставни карактер, било да је реч о преамбулама француских устава или о основним начелима које ће усвојити Немачка после Другог светског рата. И тако долазимо до тешког питања: како се успоставља хијерархије између основних правних текстова неке државе и међународних конвенција у којима су проглашена људска права. (А) А имајући у виду дихотомију европских извора права, поставља се и питање како успоставити хијерархију између правних текстова и судске праксе који настају у Европској унији и у Савету Европе. (Б) Оба питања која се постављају у земљама оснивачима, које су принуђене да поново размотре своју хијерархију норми, поставиће се и у земљама које приступају или су кандидати за улазак у ове организације и као такви морају да воде рачуна о овим захтевима у реконструкцији свог правног система.

А. Уставне норме и међународне норме

Државе чланице, практично, никада нису на јасан начин размотриле питање хијерархије норми тако да се ситуација разликује од земље до земље зависно од структуре правног система.

1. Питање је релативно једноставно кад је реч о земљама које немају писани Устав и примењују правни систем који је „отворен” бар делимично судским одлукама. Стваралачки карактер судске праксе у овим земљама омогућава судовима да постепено интегришу европске норме о људским правима у своје правне системе, а да се при томе не сукобљавају са прецизним правним текстовима. Отуда је могуће, када дође време, да се на општи начин прогласи преузимање тих норми у правни систем, а да то не значи правну револуцију и не изазове сувише јаку ре-

акцију. Такав је пример Велике Британије у којој судови имају велика овлашћења у стварању права, а она се заснивају на дугом искуству.

Ипак, не треба веровати да је баш све једноставно, јер и у овим правним системима постоје значајна острвца писаног права, често веома превазиђена управо стога што се на законодавну реформу гледало као на подухват који има карактер изузетка, што је свакако за осуду. Пример из енглеског права који се односи на помоћ у образовању је у великој мери индикативан. Осуде на које је у више махова наилазио енглески систем, објашњавају се тиме што је у важности задржано једно демодирано право, у коме се поштују права страна, и које је, уз то, засновано на идеји да право на детињство остаје изван основних процесних начела. Кад је реч о енглеском праву, одсуство грађанског статуса у смислу континенталног права, омогућило је Великој Британији да избегне осуду у предметима који се тичу транссексуалности, у осамдесетим годинама двадесетог века, особито у случајевима Рис (Rees) и Коси (Cossey), тако што се заклањала иза гипких одлика британског правног и административног система, али тај разлог више није био довољан, када се поставило питање права на брак. Сукоб са прецизним одредбама довео је до осуде у случају Гудвин против Уједињеног Краљевства (Goodwyn c/RU).

Кад је реч о земљама које имају писани устав треба разликовати две ситуације.

Земље које су после рата из основа промениле свој уставни систем биле су у могућности да воде рачуна о предвидљивом развоју људских права и да им омогуће природан пут кроз Устав и систем уставне жалбе. У Немачкој је све изнова уређено без позивања на прошлост коју је требало заборавити. Савезни суд у Карлсруе-у је од почетка испуњавао активну улогу коју је олакшавао један прилично широко отворен приступ његовој јурисдикцији. У исто време потпуна реконструкција читавог низа правних извора омогућила је значајну обнову. Тиме се може објаснити зашто су осуде против Немачке биле ређе, него кад је реч о другим земљама. Уставна контрола играла је овде улогу филтера.

Друге земље, међу којима и Француска биле су у другачијој ситуацији. Истина, Француска је изменила Устав 1946. и 1958. године, али је превагнула концепција континуитета, зато што у постојећем правном систему није било неких крупнијих недостатака и зато што судска власт, бар у Француској није располагала довољним ауторитетом да успостави правну контролу политике. Француски Уставни савет, талац једне неславне прошлости, и једног система у коме је могућност обраћања Савету била веома сужена, није могао или није хтео да постане истински национални суд за људска права, што је постојало као

могућност. Епилог се може јасно видети у одлуци од 10. јуна 2004. године у којој се од Савета тражило да испита уставност једног закона чији је једини циљ био да француско право усклади са правом Европске уније. Савет је могао да бира између две могућности: или да испита уставност тог закона и да покаже како је сачувао контролу над целим текстом (макар се то сводило на просто довођење у склад), или да одбије испитивање уставности потврђујући првенство европског права, али истовремено маргинализујући сопствену улогу. Савет је изабрао друго решење.

Земље које имају природну тежњу, географску и историјску да се придруже Европској унији, мораће претходно да ускладе одредбе Устава и националног права са системом људских права, што ће им помоћи да избегну бројне несигурности које су погодиле земље које су прве приступиле Унији. Истина, тај скуп правних норми садржи још приличан број неизвесности, тако да потпуно усклађивање није могуће, али већ данас постоји довољан број начела, правила и одлука, тако да реформе националног права могу да узму у обзир оквире европског права, иако не треба занемарити локалне отпоре. Увек је боље решавати унапред, него чекати осуде. Било би добро да европски скуп норми о људским правима буде кохерентан и разумљив, што није увек случај.

*В. Бриселска и Луксембуршка правила
и Стразбуришке норме*

Дуго се у европској правној теорији није запажала опасност од сукоба између људских права и норми које су створане у Бриселу и Луксембургу, с једне стране, и норми створених у Стразбуру, с друге. Смештање првих правила у економске оквире (проток робе, добара и услуга), изгледало је да искључује свако преламање.

То више није случај, делом зато што су оба система норми прешла првобитне границе, а делом због тога што су се њихови циљеви у знатној мери приближили једној политичкој целини у којој коинцидирају.

1. Области које се све више и више
окувирују око људских права

Појам „људских права“ испољава експанзионистичке тежње, а оне зависе особито од владајућих филозофских погледа. На пример „слобода“, коју правници добро познају, слобода уговарања може изгледати као чиста економска слобода, која не интересује људска права, али се лако може уочити да се аргумент може преокренути и да слобода уговарања обухвати и један неекономски аспект. Исто важи за слободу кретања и

настањивања, која означава истовремено и лично и економско право. У више случајева дошло је до преплитања и мало помало појавиле су се и противречности између система норми насталих у Бриселу и Луксембургу и оних које су настале у Стразбуру. Узмимо на пример дефинисање заштићеног пребивалишта из члана 8 Конвенције о људским правима, што је довело до истинских размимоилажења, кад је реч о седишту правних лица, јер је Европски суд за људска права дефинисао пребивалиште шире него Суд правде европских заједница. Различите концепције појавиле су се у тумачењу два суда и кад је реч о правима транссексуалаца, о чему се Суд правде ЕЗ изјашњавао из угла забране дискриминације. Уосталом, појам дискриминације омогућио је Суду правде, који га је применио у односу на многа права, да дубоко зађе у област људских права.

Оваквих случајева ће бити све више и више. Право Европске уније ће се употпуњавати бројним међународним конвенцијама и повељама, поготову кад је реч о социјалним правима која су до сада била прилично запостављена. С обзиром на то да су социјална права у највећем делу повезана са људским правима и да представљају њихов израз у социјалној области, сукоби две судске праксе могли би бити још чешћи. Надаље, ако предлог Европског устава буде усвојен, на пољу људских права (Европски човек?) укрштаће се поменута два система норми.

Исход ове борбе је неизврстан. Уистину, Европска унија и Суд правде европских заједница имају предност због тога што располажу једним глобалним, политичким, економским, социјалним и хуманим пројектом, док Европски суд за људска права изгледа више везан за реафирмацију људских права, која је сада у завршној фази. Прогноза би била да на крају један систем апсорбује други. Ипак, то није сасвим извесно. Још дуго, земље чланице двају система неће бити исте и Европски суд за људска права остаће незаменљива институција за многе земље које су још увек удаљене од два могућа круга. Либерални услови обраћања Европском суду за људска права утицали су да овај суд постане веома разумљив за свет. Парадоксално је, али управо популарност Суда, која се испољава у великом броју пријава, може (због преоптерећености у раду) довести у питање његово постојање. Али, пројект о радикалном ограничавању могућности обраћања Суду треба подвргнути брижљивом надзору.

Да ли је могуће замислити правни излаз из ове расправе о нормама?

2. Организовање комплементарности норми Брисела, Луксембурга и норми Стразбура

Полазећи од начела да Европски суд за људска права означава отворену целину, шири и пространији круг у поређењу с правом Европске уније, могуће је замислити да се судови Уније

позивају на Конвенцију о људским правима кад год је то потребно, као што и сада чине национални судови, посебно француски. Чињеница је да се већ данас, Суд правде европских заједница у својим одлукама позива на норме Европске конвенције о људским правима. Али, потребно је да то позивање обухвати и тумачења која даје Европски суд за људска права јер постоји опасност да обострано позивање на Конвенцију доведе до различитих па чак и супротстављених тумачења. Та опасност је присутна ако се узме у обзир да су текстови на које се судови позивају веома уопштени. Отуда је видљиво какав неред може настати из поменутог конкуренције.

Могуће је замислити да се иде и даље. Било је предлога да Европска унија као политичка целина приступи Европској конвенцији о људским правима. Европски Суд правде у саветодавном мишљењу негативно се изразио о овом питању, јер Унија за сада не располаже овлашћењем да ратификује међународне конвенције. *Предлог Европског услова* веома је суздржан у овој тачки. У члану 1-7 о основним правима каже се само да је „Унија је опредељена да приступи Европској конвенцији о људским правима“, али се одмах додаје да „приступање Конвенцији не мења надлежности“ Уније онако како су дефинисане овим Уставом, што текст чини тајновитим. У предлогу се даље каже, не мање тајновито, да „основна права, зајемчена Европском конвенцијом о људским правима, као и она која произлазе из заједничке уставне традиције земаља чланица чине саставни део права Уније као њена основна начела.“

За овај релативан неред на европској нормативној пирамиди могуће је наћи извесно оправдање. На крају крајева и сви европски правни системи су у фази настајања показивали сличне противречности. Присетимо се само, кад је реч о хришћанском делу Европе, на сложеној конкуренцију канонског и лаичког права до средине деветнаестог века.

Свеједно, ова неизвесност ће бити оправдана ако напредак у погледу суштине буде видљив. Што се тиче друге половине двадесетог века напредак је био несумњив. Али да ли ће тако бити и у будућности?

II. Неизвесност у погледу циљева

Ако се посматра круг оснивача Европских економских заједница на једној страни, и Европског Савета на другој, може се запазити да је у годинама од 1945. до 1960. брига да се обнови Европа имала предност у односу на неопходна прилагођавања правних система (привредни закони у условима оскудице, закони којима се настојало да се поново покрену индустрија и трговина, итд...) Брига о људским правима, веома наглашена, после страхаота у претходном раздобљу, дуго се није изражавала у кон-

кретним реформама, с обзиром на то што је велики број земаља био утонуо у послератне сукобе. Француска је релативно касно ратификовала Европску конвенцију о људским правима, а право на индивидуално обраћање Суду још касније из разлога који се нерадо признају, а односе се на вођење рата у Алжиру. Активност европских судова, како Суда правде европских заједница, тако и Европског суда за људска права, састојала се у томе да се упери прстом на превазиђене, неприлагођене норме, или на норме супротне модерној концепцији људских права, а у суштини тиме се подстицала обнова европских правних система *ради њиховог приближавања и усмеравања ка заједничким идеалима*. Овај подухват, који ћемо кратко описати, успео је да отвори пут будућим европским законцима који су већ стварност у појединим областима. (А)

Европска правна конструкција још увек пати од једне иконске бољке: правни систем ствара се пре стварања државе, док се обично поступа другачије. Готово неприметна неповољност у првој фази обнове правних поредака, она постаје све значајнија ових последњих година. (Б)

А) Евројско право, чинилац обнове и приближавање националних права

Динамична активност Европског суда за људска права којом су укинута превазиђене блокаде, јасно се види на примеру личног и породичног права у ширем смислу. Једнакост права деце, без обзира на то како су рођена, остваривала се кроз свечане осуде земаља које су касниле да је уоче, као што је био случај са Белгијом, која је била осуђена 1979. или са Француском две хиљаде године (која је задоцнила да усагласи право наслеђивања са новим начелима). Могло би се замислити да би се ове реформе, о којима се одавно размишљало, спровеле у дело у краћем или дужем раздобљу и без европског права. Дејство европског права огледало се једино у убрзавању тог процеса.

На другим пољима ова активност била је знатно делотворнија. Дејство Европског суда за људска права у Француској, у очима обичног грађанина, било је особито уочљиво у случају Б против Француске (Vs. France) који је деведесетих година довео до осуде Француске, због дискриминације у односу на транссексуалце, пошто су државни органи одбили да изврше промену пола у исправама о грађанском статусу. После тога су скоро све европске државе предвиделе мање ии више обимне одговоре за овакве ситуације. Иако Суд није имао прилику да се изјасни о праву на развод, јер је Ирска, последња земља у којој је развод био забрањен, на крају изменила своје законодавство, може се замислити да би је, у супротном, Суд осудио у име права на поштовање приватног живота. Кад је реч о организацији породице, особито после одвајања брачних другова, судска пракса

Суда била је значајан подстицај да се успостави једнакост у правима, просуђивање *in concreto* итд... у одлукама против Аустрије, Португала и недавно против Француске. Било би заморно помињати све примере, довољно је истаћи да је европско право имало главну улогу у постепеним побољшавању судских система, јер у тој области осуде земаља чланица чине скоро половину укупне судске праксе Европског суда за људска права.

Када се обави задатак, „чишћења“ старих европских права и њихово усклађивање са нормама о људским правима двадесет-првог века оконча, може се поставити питање: куда даље? У тој тачки стварање европског права „на обрнут начин“ почиње да показује своја ограничења.

Б) Филозофија европског правног система

Познато је из расправе о Уставу да је и сама економска филозофија на којој се заснива предлог Устава подложна дискусији. Али, недостатак је дубљи и кроз примере недавних, а веома илустративних одлука, може се уочити да је потребно одредити филозофске циљеве европској правној конструкцији.

Лако је рећи да свако мора добити могућност да закључи брак и да је било какво ограничење у супротности са људским правима. Европски суд за људска права је својим одлукама допринео да се правни системи очисте од превазиђених норми. Ипак, да ли то значи да треба ићи дотле да се отвори могућност да транссексуалци закључе брак узимајући у обзир њихов „нови пол“, или могућност да брак закључују хомосексуалци? Кад је реч о првој тачки, одлука у случају Гудвин (*Goodwin*) је проширила ово право транссексуалцу који је постигао промену грађанског статуса. Што се тиче друге тачке, неке државе (посебно Белгији, Холандији) су омогућиле закључење брака паровима истог пола: *да ли то треба преиновирати у субјективно право, што би водило осуди оних држава које ипакву могућности нису прихватиле и чији број је још увек значајан?*

Суд у Стразбуру је допринео да се прошири право на признање очинства и наметнуо државама обавезу да отворе научне и техничке путеве да се тај циљ оствари, што је било изражено у одлуци Микулић против Хрватске (*Микулић с/Croatie*). *Али, докле се проиђе то право?* Француски законодац је неопрезно признао мајци право да задржи анонимност у тренутку порођаја и да се супротстави сваком истраживању. Једна законодавна интервенција у 2002. години омогућила је Француској да за длаку избегне осуду у случају Одиевр (*Odièvre*), али колико дуго? У закону од августа 2004. исти законодавац је забранио генетско вештачење *post mortem*, што је несумњиво повреда права да се доказује очинство, (али шта је са супротним аргументом о поштовању умрлих).

Француска правила о усвојењу онако како се примењују у пракси онемогућавају особи која живи у хомосексуалном пару да усвоји дете. У одлуци Фрете (Frette) Европски суд за људска права није осудио Француску, али се и овде може поставити питање: колико дуго ће то трајати?

Све европске земље се питају да ли је пожељно правно регулисати еутаназiju или шире, окончање живота, а поједине земље су то већ учиниле. Европски суд за људска права је у случају Прити против Уједињеног Краљевства (Pretty c/Royaume Uni) одбио да се директно изјасни, заклањајући се разлогом да постоји различита пракса у националним правима. Да ли ће Суд још дуго моћи да одлаже разматрање овог питања?

Могли бисмо навести још низ примера. Али, битно је да се констатује да је време лаких решења прошло, тако да се у низу поменутих случајева Европски суд за људска права заклања иза великих разлика међу европским законодавствима, сматрајући да не располаже ауторитетом да намеће један „*opinio communis*“. То становиште је обазриво али и разочаравајуће. Може се стога приметити да у појединим случајевима одлуке све чешће неће моћи да доносе судска већа (која нису изабрана на демократским изборима), него ће доношење одлука бити враћено демократски изабраним представницима, који ће морати да пресеку без обзира на то колико је питање тешко.

Реч је дакле о институционалном проблему. У једном тренутку стварања правног система, бар кад је реч о европским континенталним земљама, постаје нужно да се створи кохерентна држава, која ће имати јасне перспективе. Истина, може се замислити да правна Европа настави да се ствара према моделу Common Law-а што би оставило лавовски део судској пракси, али упркос томе што и у правима Common Law-а у знатној мери постоје писани извори у низу области, пракса стварања права путем судских одлука не одговара већини европских земаља и она би знатно успорила стварање права.

Додајмо још једну, последњу напомену. Правна теорија, други извор или ауторитет у праву, значајно прожима област европског права. У Белгији, у Француској и Немачкој, ова нова област доживљава значајан интелектуални процват. Томе се не треба чудити. Историја лепо показује да у раздобљима нормативне несигурности, улога правне теорије расте. Али пре или касније, упркос доприносима правне теорије и судске праксе стварање европског права мораће да се наслони на државу, макар она била правно веома децентрализована. Тај тренутак, без сумње, је дошао.

§ 2. Право својине у европском праву

Као што примећује Ф. Сидр (F. Sudre) (*Droit européen et international des Droits de l'Homme*, 6^{ème} éd. n° 256), пошто је својина оспоравана у самој суштини, и њен статус у европском и међународном праву је споран. С једне стране својина је једно чисто економско право, а са друге, реч је о истинском људском праву, када се узме да је то право неопходно за постојање личности. Имајући у виду екстремно различита схватања у разним државама, право својине остаје стидљиво зајемчено у међународном праву.

Са тог становишта европско право је хомогеније и јасно се разликује од општег међународног права, тиме што свечано прокламује заштиту права својине. Истина је да економско-политичка филозофија Европске Уније означава предуслов за ово проглашавање које нацрт европског Устава формулише у другом делу Повеље о основним правима Уније у члану II 17: „Свако лице има право да ужива својину на добрима које је легално прибавило, да их ужива, да их располаже њима и да их остави у наслеђе. Нико не може бити лишен својине изузев из разлога јавне корисности, у случајевима и под условима предвиђеним законом и уз правовремену правичну накнаду за њен губитак. Уживање добара може бити законом уређено у мери која је неопходна за њихов интерес. Интелектуална својина је заштићена.“

Ова тежња била је наговештена још у првом Протоколу уз Европску конвенцију о људским правима у коме је било речено:

„Свако физичко или правно лице има право да се поштују његова добра. Нико не може бити лишен својине изузев из разлога јавне корисности и под условима предвиђеним законом и њиховим начелима међународног права“.

Поменуте одредбе не умањују право које имају државе да доносе законе за које сматрају да су неопходни да се регулише употреба добара сагласно општем интересу, или да се обезбеди наплата пореза или других дажбина или казни.“

Судска пракса и Европског суда за људска права и Суда правде европских заједница је релативно оскудна у поређењу са, на пример, бројем одлука у области личног и породичног права. Разлог је што су све земље оснивачи одавно признале постојање приватне својине, а међу њима је знатан број прокламовао заштиту својине у основним правним начелима. У том погледу су расправе приликом национализација, генеционализација и денационализација у западноевропским државама допринеле да се прецизира, одавно уведена основна заштита права својине. На пример, приликом национализације 1981. у Француској, Уставни савет прецизирао је услове и границе деловања законодавца.

Ипак судска пракса није без значаја кад је реч о појму добра и права својине (I) као и режима могућих ограничења права својине (II).

I. Добра и својина у европској судској пракси

Израз „добра“ употребљен у првом Протоколу прецизиран је а његово значење је знатно проширено, као што је проширен и појам својине.

A) Телесна и бесителесна добра и права

Појам „добра“ онако како је схваћен у одлукама Европског суда за људска права знатно превазилази уобичајену дефиницију у грађанском праву. Врло рано, још од случаја Ван Марл (Van Marle) од 26. јуна 1986. године клијентела је посматрана као заштићено добро, а од одлуке од 23. фебруара 1995. Гасус Дозије против Холандије (Gasus Dossier c/Pays Bas) проширење је коначно учвршћено (у том случају обезбеђење права потраживања је било посматрано као добро).

Може се запазити да се у судској пракси европских земаља које припадају романо-германској породици права поново отвара дебата о „својини на потраживањима.“ Што се тиче Европског суда за људска права, треба констатовати да карактер добра имају не само потраживања, него и нада да ће потраживање настати. У случају Данжервил против Француске (Dangerville c/France) од 16. априла 2002. Суд је поново подсетио на проширење појма. Изгледа да се проширење односи само на наду у потраживање (на пример повраћај незаконито наплаћених такси).

Што се тиче пукe наде да се постане сопственик, на пример кад је реч о згради која је незаконито подигнута на једном земљишту које не припада градиоцу, изгледа да она представља гранични случај, јер се у првом Протоколу у члану 1. не јемчи право да се постане сопственик добра. Одлука Онеријилдиз против Турске (Oneryildiz c/Turquie) од 18. јуна 2002.

Уистину да би заштитио право оних о чијој својини се расправља, а случајеви су веома различити, Суд се мање служи проширеним појмом заштићеног добра, кад је сумњиво да ли својина постоји, а више успостављеним друштвеним и породичним окружењем, што омогућава подносиоцу захтева да се нада да ће се његова ситуација одржати. Тада се уплићу (ако постоје стабилност и трајање), елементи права личности и приватног живота да би се консолидовало једно сумњиво право својине. На крају крајева, европска судска пракса, на овај начин, само признаје стицање права својине одржајем на основу савесне државине.

Б) Ширење појма добра на социјална права

Да ће судске одлуке Европског суда за људска права обухватити и социјална права, није *a priori* било јасно, јер се ни у једном члану Конвенције није директно предвиђала њихова класификација. У почетку важности социјалних права, разуме се није било једнака њиховом данашњем значају. Занимљиво је поменути да их је Европски суд за људска права унео у своје одлуке путем појма „добра“ (социјална права су посматрана као добра) у вези са појмом дискриминације (чл. 14. Конвенције). Тако су бројна социјална давања било квалификована као „добра“ и њихово додељивање без дискриминације било је поновно потврђено, било да је реч о односу између домаћих држављана и странаца, или у погледу на однос полова. У овој последној тачки, право на старосну пензију је квалификовано у овом смислу одлукама у случају *Weillis c/Royome-Uni*, од 11. јуна 2000. године и у случају *Wessels-Bergerwoek c/Pays Bas* од 4. јуна 2000. Проширење социјалног обележја појма добра у правцу обухватања „средства за рад“ могло би утицати на даљи развој судске праксе и допринети да се ограничи право на експропријацију ако преостали део непокретности не омогућава експроприсаном сопственику да настави да ради (*Lallemant c/France* од 11. априла 2002. године)

II. Заштита права својине

Прва помисао је експропријација (Б) али пре но што се стигне до тако значајне повреде права својине, Европски суд за људска права се сусрео са знатним бројем мање директних, али исто толико важних повреда и у том погледу усвојио веома динамичну судску праксу у вези са чланом 1. првог Протокола (А).

А) Повреде сујсџание права својине

Правни писци углавном се слажу да текст члана 1. Протокола није фаворизовао санкционисање обичних повреда садржине права својине.

Доиста, лако је замислити да у време потписивања овог протокола, државе, чија је привреда, у то време, још увек била диригована, нису се много бринуле да ли ће претрпети осуду због евентуалне повреде супстанце својине. Истина у члану 1. Протокола се на почетку утврђује заштита права својине, али се одмах затим држави даје овлашћење да уређује употребу у сагласно општем интересу. Отуда, ништа није наговештавало да ће Европски суд моћи да контролише ово „овлашћење да се уређује употребе.“

Пресуда која чини преокрет у овом погледу, свакако је случај *Sporrong et Lönnroth c/Suede* од 23. септембра 1982. године, којом је Суд одлучио да контролише повреду права сопственика да прода непокретност. Повреда се састојала у дозволи експропријације за евентуалну изградњу, при чему је дозвола за експропријацију дуго трајала. Суд је том приликом утврдио да се повреда није састојала у „уређивању употребе“ него у смањивању оних овлашћења која се уобичајено везују за право својине и посебно овлашћење да се добро прода по тржишним ценама.

Оно што се у правној теорији назива „повреда супстанце у праву својине“, вероватно има велику будућност кад је реч о заштити овог права. Ипак и овде се може препоручити обазривост, јер општи интерес (чија је улога веома значајна) може оправдати поједине повреде супстанце. Стога је сасвим логично што је Европски суд за људска права у одлукама које су донете после случаја *Sporrong* и *Lönnroth* применио мерило о пропорционалности, које у другим случајевима карактерише праксу Суда. Према том схватању повреда супстанце права својине, ако је оправдана општим интересом и ако је сразмерна том интересу је легална. Невоља је што распон заштите зависи од просуђивања од случаја до случаја, јер је сразмерност тешко дефинисати унапред.

Б) Одузимање или ограничење права својине

1. Одузимање права својине

Овде такође треба имати у виду начелну одлуку Европског суда за људска права *James et al. c/Royaume Uni* од 21. фебруара 1986. године. У овом случају извршиоци тестамена војводе од Вестминстера су се жалили да су морали да продају поједине непокретности титуларима дугорочних закупа на тим непокретностима на основу једног закона од 1967. Одлука је веома обимна:

– Појам *јавне користи* доводио је до тешкоћа у тумачењу с обзиром на разлике у енглеској и француској верзији текста Протокола. У ствари, принудни пренос овде је произлазио из правнотехничког поступка у енглеском праву код дугорочних закупа који су у пракси доводили до присилног преноса *права појединцу*. Суд је дакле могао да прихвати тужбу констатујући да не постоји јавна корист. Међутим, путем једног сложеног поступка у расуђивању Суд је изрекао да изузетно може постојати „јавна корист“ и кад је реч о принудном преносу права на појединце.

– Појам јавне користи схваћен је широко а његово одређивање је практично остало у рукама државних органа власти

уз једну ограду да не може обухватити мере које немају „разумну основу“.

Али, овде се поново сусрећемо – и то је битно – са начелом сразмерности из одлуке у случају *Sporrong и Lönnroth*: није довољно што нека мера одузимања својине одговара јавном интересу, потребно је поред тога и да је она сразмерна жељеном циљу. Питање је дакле, какву контролу Суд може да врши кад је реч о сразмерности, а одлука у случају *James*, којом је захтев био одбијен, није сасвим јасна у овом погледу. Али, у наставку је могуће замислити и другачији развој.

2. Ограничење права својине

Француска је допринела појави судске праксе о границама права својине у случају *Chassagnou c/France* од 29. априла 1999. године. У питању је био Француски закон којим су мали сопственици непокретности били принуђени да своја ловишта унесу у општинска ловачка удружења, која су једино добијала дозволу за лов. Повреда права својине састојала се по мишљењу сопственика приватних земљишта, у томе што су таква ловишта могла да користе и трећа лица. Суд је најпре подсетио да је правно уређивање лова легитимно као што је легитимно и обавезно удруживање ловаца у законски дефинисана удружења, али је одмах потом додао, да у конкретном случају обавезни улог у виду употребе терена за лов превазилази захтев сразмерности: *дакле, чак и када правно уређивање употребе једног добра одговара општем интересу, несразмерност дозвољава да се правно уређивање довргне кријиши.*

Дефиниција ове несразмере може се очекивати у будућности и она би могла означити противтезу прилично широкој концепцији појма јавног интереса.

Заштита права својине и шире добара, као и заштита њихове употребе у европском праву подсећа на класичне дискусије о легитимности права својине и о делимичном и временском ограниченом приступању бројних европских земаља системима који су настојали да укину право својине. Али, чак и изван те радикалне тежње, која је сада практично ишчезла, ни саме либералне земље нису поштеђене мање или више озбиљних повреда права својине у име општег интереса иза којег су понекад заклоњени моћни економски интереси. Европски суд за људска права има овде деликатну, али утолико више одлучујућу улогу заштите основних слобода.

(Превео с француског језика М. О.)

Jean Hauser*

HUMAN RIGHTS IN FRENCH LAW: HIERARCHY AND CONTENT

Summary

The idea of human rights has become a part of the system of natural law. At one and the same time, this phenomenon constitutes its strength and its weakness. Its strength lies in the admirable flexibility of the case law of the European Court of Human Rights and the Court of the European Communities, which was free to develop because there were no obstacles lying in its path. Its weakness was reflected in the tendency towards individualism that undermines all institutions of society. While it involved condemning the barrier of outdated legislation, the task was easy, such as when it was necessary to oblige certain countries to recognise the equal status for children born out of wedlock, or freedom of marriage. However, this task became far more delicate when the question was raised about homosexual civil marriage or the right to euthanasia. The two courts created two systems of cases and this progressed smoothly till recently because their rulings referred to different domains. The decisions of the Court of the European Communities focused on economic issues, and the decisions of the Court in Strasbourg dealt with human rights. Nowadays, the practice of these courts is more inter-related and that is why the question arises as to which legal source should prevail. In that framework, the author considers the possible conflict of the member states' constitutional norms, as well as the rules that are created in Brussels and Luxembourg on the one hand and, the decisions of the Court in Strasbourg, on the other. His idea suggests the need to harmonise the rules that originate from the said different sources.

When dealing with property rights, the author stresses that European law is more robust than International law. It relies on Article 1. of the Additional Protocol of the European Convention on Human Rights, which formally proclaimed the protection of property rights. The European Court of Human Rights expanded the protection of property rights, by encompassing not only corporeal, but also incorporeal things, such as rights and claims. On the other hand, in court decisions, one may observe an endeavour to protect property rights not only from the violation of substance (e.g. the right of alienation), but also in cases of depriving and limiting property rights.

Key words: *Human rights. – France. – European Court of Human Rights. – Court of European Communities. – Right of property.*

* Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Directeur de l'Ecole doctorale de droit et du Centre de droit de la famille (CERFAP).

Jean Hauser*

LES DROITS DE L'HOMME EN DROIT FRANÇAIS : HIÉRARCHIE ET CONTENU

Résumé

L'idée des Droits de l'Homme se rattache aux Ecoles du droit naturel, et ce rattachement produit comme à l'habitude en histoire à la fois sa force et sa faiblesse. Sa force demeure d'une étonnante plasticité et la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme comme celle de la Cour de justice des communautés européennes n'a pu se développer que parce que rien n'était véritablement arrêté sur ce plan dans les conventions signées par les Etats. Sa faiblesse demeure une tendance vers un individualisme destructeur de toutes les institutions sociales.

Les deux Cours ont construit deux structures parallèles de droits, et jusqu'à présent cela ne posait aucun problème, parce que leurs décisions se rapportaient aux différents domaines. Tandis que la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes avait une vocation économique, celle de la Cour de Strasbourg était plus liée aux libertés humaines fondamentales. Aujourd'hui le développement de sa jurisprudence traduit une certaine interférence avec la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

Alors une question concernant la hiérarchie des sources se pose dans le droit européen, et cela sous un double aspect : quelle hiérarchie faudrait-il établir entre les textes fondamentaux du droit national de chaque pays et les conventions internationales proclamant les Droits de l'Homme, et puis quelle forme de hiérarchie faut-il instituer entre les textes et les jurisprudences issues de Bruxelles et du Luxembourg d'un côté, et de Strasbourg de l'autre ? En conclusion, il est évident qu'une harmonisation des règles provenant des sources mentionnées s'impose.

Pour ce qui est des droits patrimoniaux, on peut remarquer que le droit européen tranche sur le droit international général en affirmant une protection importante du droit de propriété. Il s'appuie dans ce sens sur le protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Il est à noter que la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme a procédé à une extension remarquable de la notion de « biens » en l'étendant à la clientèle, aux droits de créances, voire même aux espérances de créances. Par ailleurs, on peut constater que la Cour s'est consacrée à protéger la propriété, non seulement contre les atteintes à la substance, mais encore en cas de privation ou de limitation de ce droit.

Mots-clés : *Droits de l'Homme. – France. – Cour européenne des Droits de l'Homme. – Cour de justice des Communautés européennes. – Droit de propriété.*

* Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Directeur de l'Ecole doctorale de droit et du Centre de droit de la famille (CERFAP).

Др Стеван Ђорђевић⁰

ТУМАЧЕЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

У раду се ближе одређује дефиниција, смисао и значај тумачења правних аката уопште, посебно међународних уговора. Основно темеље рада усмерено је на исцртавање: 1. циља тумачења; 2. ко тумачи уговор и 3. како се тумачи уговор, тј. методе и правила тумачења. Посебно су изложена правила тумачења по Бечкој конвенцији о праву уговора 1969. и Бечкој конвенцији о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација од 1986. с критичким освртом на кодификацију правила из ове области. Исцртавање се ослања великом делом на међународну судску праксу.

Кључне речи: *Тумачење међународних уговора. – Циљ тумачења уговора. – Субјекти тумачења уговора. – Правила и методи тумачења уговора. – Бечке конвенције о праву уговора и тумачење уговора.*

Тумачење, по најопштијој дефиницији у правној доктрини, је интелектуална радња која се састоји у томе да се одреди смисао једног правног акта, да се прецизира његов домаћај и да му се осветле нејасне и двосмислене одредбе.

То се односи, у конкретном случају, и на међународне уговоре. Реч је о утврђивању смисла одредаба уговора, изузетно уговора у целини. Уговор је резултат усаглашавања интереса страна уговорница. Поједине одредбе уговора нису довољно јасно формулисане било због језичких и редакцијских разлога било што су одредбе јасно формулисане али доцније, услед промењених околности, појаве се нови, непредвиђени случајеви и односи на које уговор треба применити. С правом се примећује у доктрини да, ако одредбе немају оваква обележја, немамо

⁰ Др Стеван Ђорђевић, редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији.

институцију тумачења уговора, већ подвођене конкретне чињенице или ситуације под правила садржана у уговору, или пак, примену апстрактног правила на конкретно чињенично стање.¹

То је могуће не само због нових прилика и будућих евентуалних ситуација, већ је често немогуће обухватити све постојеће ситуације и у време закључења уговора. После доношења уговора појављује се сумња у погледу тачног значења његовог текста. Поред објективних има и субјективних узрока. Претензије страна уговорница је да из тумачења, иако је текст јасан, желе да извуку одређене користи или да истовремено оспоре легитимну претензију супротне стране. Тумачење се везује за извршење уговора, али и за шире значење појма уговора. У доктрини је доста писано о тумачењу уговора с обзиром на његово значење.

Из дефиниције тумачења сваког правног акта, па и међународних уговора произилазе два битна обележја: 1. то је слободна интелектуална радња која није потчињена строгим правним правилима; и 2. тумачењу подлежу одредбе уговора које нису јасне, тј. оне су нејасне, двосмислине и вишезначне. Из овог разлога, сви аутори, или већина њих, преузимају и понављају мишљења ранијих писаца, која су у доктрини општа места, а наиме, да је „тумачење уговора више вештина, занат, више ствар технике, него ли наука, право по себи” поступак строго регулисан правом.²

Значај и место тумачења уговора је у проналажењу смисла уговора, као што је већ речено, уз помоћ разних метода и објективно датих техничких поступака. Међународни уговори се не закључују у празном простору, већ у оквиру датог међународно-правног поретка у коме делају стране уговорнице. У више махова међународни судски органи (Стални суд међународне правде, Међународни суд правде и др.) водили су рачуна о овој позадини. Та позадина је истовремено правна, политичка и социјална,

¹ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, 1960, стр. 346–347; М. Бартош, *Међународно јавно право*, III књига, Београд, 1958, стр. 332 и даље; Ch. Rousseau, *Droit international public*, tome I, Paris, 1970, стр. 241 и даље.

² Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 291. За писца, тумачење уговора је дело правне технике, а не механичка операција (радња). И даље, тумачење уговора није егзактни процес. Не треба губити из вида, по писцу, тумачење дато од стране међународне јуриспруденције само су директиве а не строге формуле; V. Dj. Degan, *L'interprétation des accords en droit international*, La Haye, 1963, стр. 163. Писац налази основ тумачењу у категоријама ван права (логика, правда и начело *bona fide*).

са манифестованим намерама страна уговорница приликом израде и закључења уговора.³

Смисао и значај тумачења уговора се састоји у томе, да се њиме не иде ван онога што су стране уговорнице одлучиле. Тумачење уговора било би превазиђено, чак и ако би имало за резултат да измени садржину уговора. „Суд је позван да тумачи уговоре а не да их мења”.⁴ Најзад, уговор ће бити оснажен ако има значење подупрто тумачењем.⁵

У области тумачења уговора постављају се ова питања: 1. циљ тумачења; 2. ко тумачи уговор; и 3. како се тумачи уговор, тј. методи и правила тумачења. Реч је о истраживањима која треба да даду истовремено одговор и на циљеве, методе и правила тумачења уговора.

Ова методологија, тј. изучавање и истраживање о тумачењу уговора има у првом реду ослонац у међународној судској пракси, с обзиром на то да она пружа материјал највеће вредности. Са доктрином је ствар мање корисна и ограниченија.

1. ЦИЉ ТУМАЧЕЊА УГОВОРА

Циљ тумачења уговора је да истражи намере страна уговорница и његов прави смисао и да се постигне да се што верније изврши. Ако резултат усаглашавања интереса изражава њихов споразум о предмету уговора, сматра се да треба уговор тумачити онако како то одговара намерама странака у часу његовог склапања. Намере покаткад, остају скривене и нејасне. Осим тога, стране уговорнице се могу разликовати у намерама. Значи, откривање и вршење циља лежи у сврси његовог тумачења.

Поставља се питање да ли се тумачење уговора може издвојити од његове примене? Тачно је да судови могу дати тумачење и ван захтева који поставља примена тог уговора, али се, по правилу узима да је тумачење уско везано са његовом применом. Тумачење у крајњој мери дато, увек има у виду примену уговора и даје се зато да би се уговор могао применити на све

³ Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 291–292.

⁴ Саветодавно мишљење о тумачењу међународних уговора с Бугарском, Мађарском и Румунијом (*Cour internationale de justice, Recueil 1950*, стр. 229; 1952, стр. 196).

⁵ *Cour permanente de justice internationale*, случај мањинских немачких школа у Горњој Шлезији, *série A/B, No 40*, стр. 19.

или одређене случајеве, без обзира да ли су се појавиле у пракси или не. Значи, по том схватању, тумачење се може вршити а да се не постави питање примене и извршење датих одредаба и уговора као таквог.

Супротно мишљење полази од тога да је у питању органско повезивање два процеса али се они могу раздвојити, тј. „теоријски између њих, ипак, могуће је повући разлику”. Ова разлика почиње на правном карактеру тумачења и извршења уговора. Не мора тумачење да буде везано за примену уговора у строгом смислу речи. Пример за то је тзв. доктринарно тумачење, које је општеприхваћено.

Природно одређење једног правног правила је да се примени на друштвене односе из којих је оно настало и установљено. Функција и циљ тумачења се састоји у томе да се пронађе тачан смисао и садржина правног правила које се примењује у датој ситуацији.

Текст уговора може бити на више језика. Покаткад су више њих веродостојни. Због сиромаштва или богатства у језичком изражавању долази до преображаја смисла одредаба уговора. Непрецизне формулације, вишезначност појединих израза, нове настале чињенице које стране уговорнице нису имале у виду приликом склапања уговора – то су само неке од назнака за потребом тумачења уговора. Новонастали односи и ситуације, су снагом логике, саставни део уговорних односа субјеката међународног права.

Чак и у оним државама које претендују да се код њих непосредно примењују правила међународног права, долази до изражаја у унутрашњој пракси одређено тумачење уговора, својствено превасходно тој држави. То се не одражава само приликом примене општих међународноправних начела или правила, већ и код примене појединих уговорних одредаба. У свим тим случајевима, тумачење, било изричито било прећутно, претходи примени уговора.

2. СУБЈЕКТИ ТУМАЧЕЊА УГОВОРА

У доктрини се разликује тумачење на унутрашњем плану и тумачење на међународном плану, прецизније речено, тумачење од стране унутрашњег органа држава и међународних организа-

ција или, пак, од међународних органа и тела. Овој подели додаје се и тзв. доктринарно тумачење.

а) Тумачење на унутрашњем плану дају поједини надлежни органи држава. Може потицати од разних органа државе (законодавних, судских или управних). Без обзира на вредност овог тумачења, оно не може да обавезе друге стране уговорнице, јер га издају органи који немају способност да тумаче важеће међународноправно правило са дејством према другим субјектима међународног права. Овај став потиче од првих писаца класичног међународног права (Н. Grotius), до данашњих дана. На међународном плану такво тумачење нема правно дејство и не обавезује остале стране уговорнице. Оно служи као доказ о томе како поједине државе схватају садржину одређених уговорних одредаба или уговор у целини. Да ли такво тумачење обавезује и саму државу у том случају, у односу на остале стране уговорнице, имајући у виду чији су га органи донели. Може се то прихватити али не као обавезан став за државу у питању. Сигурно је да би друге стране уговорнице такво тумачење подупрле и узеле као разлог у спору око тумачења тог међународног уговора.

Међународно право не регулише надлежност органа у вези с тумачењем уговора на унутрашњем плану. Ово питање је у области строге унутрашње надлежности државе. То је једностранни акт и као посебан акт одређеног органа у посебном облику или у току примене. Он се појављује двојак: у посебном акту, чији је основни циљ тумачење појединих одредаба уговора (нпр. Комисија за тумачење одлука појединих скупштинских тела државе), или пак, као саставни део процеса у примени или извршавању уговора. Значи, овакво тумачење може имати двојак облика, тј. самосталан и несамосталан.

У начелу, сваки државни орган који долази у ситуацију и додир са применом међународног права може се појавити у својству тумача међународног уговора. У пракси се посебно наглашава улога оних државних органа који су учествовали у закључењу међународног уговора. То је и разумљиво. Тумачење које дају ови органи сматра се веродостојним с обзиром на изналажење праве намере уговорница. Узимају се у обзир, при томе, припремне радње и остале околности које су претходиле закључењу уговора.

У неким правним системима, судовима није дато изричито овлашћење да тумаче међународне уговоре, већ је то препуштено надлежном државном органу (нпр. министарству иностраних послова). Насупрот томе, у неким правним системима опште је правило да судови тумаче међународне уговоре. Став према судовима није истоветан ни у погледу врсте спорова нити пак материје која се тумачи. Тако, свуда је пракса да су унутрашњи судови за поморски плен увек надлежни да тумаче међународне уговоре из области поморског права.⁶ Разлике се чине и у односу на спорове приватних интереса (националност; статус лица; положај странаца; економска делатност појединаца и одредбе у споровима међународног јавног поретка – територијална и персонална надлежност; кривична надлежност и др.). Овде постоје тешкоће у разликовању. Ако је, пак, реч о административним судовима, већина праксе је да постоји негативан став у вези са могућношћу тумачења међународних уговора.

Ово тумачење се квалификује и као једнострано тумачење. Има ограничујући значај мада му се он не ускраћује. Често се унутрашње јурисдикције уздржавају и заклањају иза ставова министарства иностраних послова дате земље. У најмању руку, тражи се мишљење министарства иностраних послова али судови нису везани његовим мишљењем односно ставом. Од стране јуриспруденције покаткад се врши и обраћање и техничким министарствима у појединим областима, зависно од одредбе која се тумачи. И најзад, у међународном животу представници држава (дипломатија и др.) могу и ван примене уговора да изложе своје становиште о појединим одредбама или уговора у целини. Ова једнострана тумачења могу се узети у обзир али ипак само као ограничујућа доказна вредност.⁷

б) Тумачење на међународном плану. – Разнородни су међународни органи који дају ово тумачење: било међународни судови било саме уговорнице *in corpore* било од стране дела уговорница било од других међународних органа који немају судски карактер. С обзиром на обавезност њихових одлука доста се ра-

⁶ С. Ђорђевић – С. Новаковић, *Иностранци и југословенски судови за поморски плен*, *Југословенска ревија за међународно право*, 2/69, стр. 268–290; С. Новаковић – С. Ђорђевић, *Пракса југословенског суда за поморски плен*, *ЈРМП*, 1/70, стр. 121–146.

⁷ N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 6^e édition, стр. 253. Став министарства иностраних послова се покаткад узима као просто „обавештење”. Ово је више уздржавање да се доведе у питање или на неки начин погоди спољна политика земље. Истовремено се исказује и „скромност” и послушност.

зликују међу собом. Иначе, све ове облике тумачења повезује да је оно упућено и вршено на међународном плану.

аа) Тумачење од самих страна уговорница. – Опште је схватање у међународној доктрини а и у пракси, да тумачење једног међународног уговора могу дати само све уговорнице *in corpore*, а не неке од њих („ко доноси уговор, тај га и тумачи”). Ово правило се може са резервом прихватити имајући у виду да држава – страна уговорница може претходно пристати на одређени суд или орган за тумачење, тј. у оквиру претходно дате сагласности. Из тога произлази и правило да уговор може тумачити и оно тело које је овлашћено да га мења (нпр. већина уговорница; нека међународна организација и др.), јер тада отпада могућност да ће уговор путем тумачења бити неовлашћено измењен. Разуме се да ће такво тело моћи да тумачи уговор само под условима и у границама у којима може да га мења (нпр. само у погледу одређених уговорних одредаба и слично).

С обзиром на то да су саме уговорнице ствараоци уговора, ово тумачење у доктрини се назива аутентичним (веродостојним). Насупрот њему, стоји неаутентично тумачење ако потиче од трећих. Ова врста тумачења уговора потиче из давнина, показује се историјски као најсигурнији и најприхватљивији приступ у позитивном праву. У пракси се показује значајан интерес за њега, уобичајан је, савремен, врло радо примењиван и има обавезну снагу и знатну практичну вредност. О његовој вредности изјаснила се и постојећа међународна судска пракса. „Право да тумачи једно правно правило припада само ономе који има моћ да га измени или укине”.⁸

Аутентично тумачење је непосредно везано за текст уговора на који се односи, олакшава примену уговорних одредаба. По мишљењу изнетом у доктрини, ово тумачење обавезује уговорнице у истој мери у којој обавезује и сам основни уговор. Ово важи и у случајевима када се на тај начин изађе из оквира правног тумачења, и у ствари, изврши ревизија првобитно закљученог уговора, с обзиром на то да стране уговорнице *in corpore* имају право да мењају уговор који су закључиле. Својом гипкошћу и еластичношћу дозвољава се да се лако, са тумачења пређе на измену садржине међународног уговора, ван сваке

⁸ Саветодавно мишљење Сталног суда међународне правде од 1923 (С. Р. I. J., случај „Jaworzyna”, série A/B, No 8, стр. 17). Стара је латинска изрека, у смислу горе изреченог мишљења *ejus est interpretari cuius est condere*.

формалне процедуре. Слабе стране овог тумачења су у томе што је тешко постићи потпуну сагласност у тумачењу свих страна уговорница, нарочито ако је реч о вишестраним уговорима. Аутентично тумачење може бити двострано (уколико је у питању двострани уговор) и вишестрано (у случају више страна уговорница).

Аутентично тумачење које дају само неке од страна уговорница нема општу обавезну снагу за све уговорнице. Оно је обавезно само за реципрочне односе између ових уговорница које су га дале (*inter se*), али не и за односе према трећим уговорницима истог уговора. То је тзв. подељено тумачење.

Подељено тумачење не иде у прилог једнообразног спровођења у дело свих уговорних односа једног вишестраног уговора, мада се на неки начин чува суверенитет свих држава уговорница. Слабости оваквог тумачења леже у томе што врше утицај на опште тумачење уговора, уносећи евентуално наметање тумачења фактички јачих уговорница и тиме стварајући неподударност у односу на остале чланице уговорнице у тумачењу конкретног уговора.⁹

Аутентично тумачење има разне модалитете и сама техника је на основу сагласности страна уговорница, различита: доношењем додатних протокола који су као прилози саставни делови уговора; закључење посебног уговора, често у упрошћеној форми, којим се тумачи ранији уговор; тумачење путем размене дипломатских писама и нота; заједничке декларације страна уговорница у вези с основним уговором; једностарне декларације прихваћене на посебан начин од друге стране уговорнице; интерпретативни записник (*procès verbal*); изузетни случајеви када се неком посебном органу, најчешће мешовитој комисији повери тумачење уговора и др. Најизразитији је пример ове технике уношење у самом основном уговору одредаба о тумачењу израза и њиховом домањају. Ова техника вуче корен из англосаксонске праксе (облик тзв. законске дефиниције – *legal definition*, у облику интерпретативних одредаба). Избегавају се евентуалне противречности и неслагања у тумачењу израза и

⁹ У доктрини се наводе неки случајеви подељеног тумачења у пракси ОУН у којима је тумачење имало шире дејство. На пример, наводи се тумачење члана 27. Повеље УН, које су на Конференцији у Сан Франциску дале четири велике силе, а примењивано је у пракси целе организације УН (С. Аврамов–М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2001, стр. 506, 507).

значења одредаба уговора. Оне постају саставни део уговора. Ову праксу често имамо у најновијим кодификационим инструментима донетим после Другог светског рата, нарочито у Бечу (међународне конвенције о дипломатским и конзуларним односима; специјалним мисијама; праву уговора; сукцесији држава; представљању држава у међународним организацијама и др.). Ове одредбе су под општим називом „Значење употребљених израза у сврхе” датог (конкретног) међународноправног акта. Оне су међу првима, тј. на почетку конвенција.

Пракса интерпретативних споразума нарочито је у повећању у последњем веку и она је врло различита. Код ове врсте тумачења, уговорнице практично закључују споразум о домашају уговора или појединих уговорних одредаба (интерпретативни споразум). У начелу, интерпретативни споразуми деле судбину основног уговора. Како ова врста споразума нема самосталну садржину, већ је везан за акт који се тумачи, то интерпретативни споразум, уколико је донет после закључења уговора, има ретроактивно дејство.¹⁰ Потешкоће се посебно јављају у међународној јуриспуденцији у случајевима тумачења уговора када ови интерпретативни споразуми нису објављени а постоје.

Интерпретативним споразумима може бити дато објашњење о једној одредби уговора. Додатним пак резолуцијама и анексима објашњава се домет одредаба укључених у уговор (пример Конвенције о праву мора од 1982). Све ово може да има различито значење, почев од интерпретативног споразума који има обавезни карактер, ако чини са основним уговором целину, све до простог акта неуговорног карактера, имајући доказну вредност која се даје таквом акту.¹¹

Могуће је давати изјаве од страна уговорница после закључења уговора. Такве изјаве узимају облик уговора у упрошћеном облику, за разлику од уговора који се тумачи, а који је закључен у класичној форми. Такође може да уговор предви-

¹⁰ За разлику од интерпретативних споразума установљених у моменту закључења уговора, тј. заједно с актом који се тумачи, којима се тражи само да отклоне претпостављени сукоб, интерпретативни споразуми, закључени после ступања уговора на снагу, имају за циљ да прекину потешкоће ефективног тумачења која су се већ чинилично изразила. Ови интерпретативни споразуми често не прате форму основног уговора, те им се често оспорава вредност од унутрашње и међународне јуриспуденције, зависно од њиховог карактера (Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 245).

¹¹ С. I. J., случај „Ambtelos”, Recueil 1952, стр. 44. У овом случају, Међународни суд правде, узео је да је придружена изјава Уговору о трговини и пловидби од 1926. између Грчке и Уједињеног Краљевства, саставни део уговора, а затим даље указао да то не мора бити увек случај.

ди прећутну могућност, а наиме, да уколико дође до неспоразума, саме стране уговорнице могу да се састану и дају потребно објашњење. Тога има и у двостраним и у вишестраним уговорима. Или се предвиђају периодични састанци с циљем тумачења уговора.¹²

Постоје мишљења у доктрини да аутентична тумачења не треба мешати са савесним (*faisant foi*) тумачењем. Природно је да аутентично тумачење је најближе савесном тумачењу, тј. да њему иде у корист, имајући у виду да саме стране уговорнице најбоље знају смисао преузетих обавеза у закљученом уговору. Из овог разлога ова врста аутентичног тумачења је најближа објективном тумачењу. Истовремено стране уговорнице, полазећи од своје суверености тумаче дати уговор а такође су у могућности да се прилагоде новим условима, као и измене сам уговор. Када у тумачењу учествују више страна уговорница, за такво тумачење се такође резервише израз колективно аутентично тумачење.¹³

У доктрини се помиње и тзв. прећутно тумачење, које проилази из извршавања неких одредаба уговора на једнообразан и јединствени начин, мада то није уређено у писаном тексту уговора. Тиме се изражава заједничко тумачење, које произлази из једне усаглашавајуће праксе у примени уговора, мада то није изражено у формалном тексту. У римском праву ово тумачење је познато као *interpretatio usalis*. Оно се узима и као практично или квазиаутентично тумачење. Вредност овог тумачења позната је у међународној јуриспуденцији. Изражава се на тај начин што се приликом тумачења уговора узима у обзир дотадашње понашање страна уговорница.¹⁴

бб) Међународно судско тумачење. – У досадашњој пракси многи судски и арбитражни судови у оквиру своје надлежности тумачили су међународне уговоре. То је и најпогоднији облик за тумачење уговора с обзиром на то да у судовима преовлађују и најбитнији су правни моменти у тумачењу уговора. Имајући у виду да је ово тумачење ван страна уговорница оно се квалификује тзв. неаутентичним тумачењем.¹⁵ Ова квалификација може

¹² Пример за периодично испитивање је члан 11. Уговора о Арктику од 1959. године. Сличних случајевима имамо и у уговорима у области разоружања.

¹³ N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, стр. 253, 254.

¹⁴ М. Бартош, *op. cit.*, стр. 338–340; Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 246.

¹⁵ N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, стр. 254–256.

да унесе одређени неспоразум у погледу вредности тумачења, па по нашем мишљењу треба је избегавати.

Да би се избегле тешкоће које може да произведе тумачење од страна уговорница, надлежност за тумачење уговора може бити додељена изричито одредбом споразума од њих, међународном судији или арбитру. У случају ћутања уговора, ова надлежност се додељује нормално, као и у унутрашњем поретку, општој мисији међународног судства да изрекне право. У члану 36. Статута Међународног суда правде предвиђено је тумачење уговора за све спорове правног карактера. Исти је случај и у саветодавној области за коју је предвиђено свако правно питање укључујући и тумачење уговора, подразумевајући и конститутивне акте организације која то тражи.¹⁶ Сличан је случај и са чланом 286. Конвенције о праву мора од 1982. којим се предвиђа да сваки спор поводом тумачења конвенције, уколико није регулисан другим мирним средствима треба да буде подвргнут Међународном суду за право мора, Међународном суду правде или Арбитражном суду.¹⁷

Судско тумачење је најнормалнија надлежност судова. То је у ствари њихова нераздвојна функција. Кад је реч о тумачењу од међународних органа, мисли се у првом реду на тумачење од међународних судова и арбитра. Спорови око тумачења уговора у ствари чине спорове међународног правног поретка. Претпоставља се да је већа објективност од стране међународних судова, мада апсолутне објективности нема.

Тумачење уговора је основна функција садашњег Међународног суда правде, примењивањем општих апстрактних норми на конкретне ситуације и утврђивањем обавезног значења норми. Међународни суд правде, на основу члана 36. Статута Суда, међу споровима које може да решава, тумачење уговора долази на прво место. Тумачење уговора од стране Суда долази као резултат сагласности држава уговорница и на тој сагласности Суд заснива своју надлежност. Хашка конвенција о мирном решава-

¹⁶ Случај услова за пријем држава у УН (члан 4. Повеље УН), С. I. J. Recueil 1947–1948, стр. 61.

¹⁷ Међународно судовање је такође предвиђено и Римским уговором (члан 177) а то исто важи и за друге комунитарне акте европских заједница; У оквиру Савета Европе, Европски суд за права човека има једнако двоструку надлежност, консултативну и у споровима (N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, стр. 255).

њу спорова од 1899. односно 1907. упућивала је државе на арбитражу као најприкладније средство за решавање спорова око тумачења и примене уговора. Тумачење је у том случају обавезно за странке у спору. Иако важи само за странке у спору и за конкретан случај, пресуде односно судска пракса има шири значај и узима се као помоћни извор међународног права.¹⁸

У стварности, међународноправни спорови имају за предмет непосредно само тумачење међународних уговора. На основу одлука међународних судова следе свестране анализе и озбиљне студије у доктрини. Саме пресуде су заиста озбиљан прилог развоју међународног права. Ван претпоставке кад је тумачење уговора непосредна надлежност међународних судова, може се до њега доћи путем једног одређеног случаја (инцидентним путем), тј. на начин случајан.¹⁹

Такозвано подељено тумачење, о чему је напред било речи, код Међународног суда правда јавља се у новом светлу. Посебан значај у тумачењу уговора има Суд код вишестраних уговора, ако спором нису обухваћене неке стране уговорнице или већи број њих. Суд ће у случају заинтересованости само неких уговорница пресудити не само о непосредним претензијама и захтевима странака у спору, него ће дати и обавезно тумачење које одговара општим критеријумима тумачења уговора. Да се не би прејудиицирале ствари на штету трећих, Међународни суд правде ће у том случају позвати односно обавестити остале уговорнице које нису странке у спору да би на тај начин била пружена могућност да интервенишу у поступку (члан 63. Статута Суда). Пресуда је у том случају обавезна и за државу „интервијента”, уколико се треће државе одазову позиву и помогну да се постигне најбоље тумачење. Једном речју, учешће трећих држава спречава тумачење које би било преседан на штету трећих, те се на тај начин ограничава слаба страна тумачења којим би се његово дејство протегло и на треће. Овим путем омо-

¹⁸ С. Ђорђевић, *Помоћни извори међународног права, Судска пракса*, Београд, 5/95, стр. 51.

¹⁹ Тумачење ће онда бити дато у мотивима а не у диспозитиву одлуке. У том случају, супротно ономе када је тумачење уговора непосредан повод надлежности суда, оно неће имати дејство за будућност и чиниће прост судски преседан не везујући касније ни суд ни странке (Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 248); Међународни судови, како се истиче у доктрини, срећу се с одређеним случајевима тумачења уговора и у оним споровима који у основи то нису. Тако се тумачење уговора може поставити већ приликом одлуке суда о својој надлежности (тумачење уговора којим се заснива надлежност). Овде, садржина другог уговора служи суду за основну одлуку у спору (М. Бартош, *op. cit.*, стр. 344–345).

гућава се свим странама уговорницама да допринесу да судско тумачење буде што објективније и правилније.²⁰ Питање је да ли државе уговорнице одвојено могу постићи боље резултате, имајући у виду да многе ванправне чињенице (однос и интерес снага, које су неравноправне) могу да делају.

У савременом међународном уговорном праву тенденција је да се у тексту самог уговора одреди суд, арбитража односно тело или орган, који ће, у случају спора, дати тумачење уговора. Ова тенденција досада није добила карактер општости. Одредбе ове врсте зову се *компромисним клаузулама*. Ово је важно и значајно што у међународном праву не постоји обавезна надлежност ни једног међународног судског тела односно органа. Улога компромисних клаузула у погледу спорова око тумачења уговора у основи је позитивна и у савременој међународној уговорној пракси све је већи број уговора који садрже одредбе ове врсте.

вв) Тумачење од стране међународних организација или других међународних тела или органа. – Међународне организације долазе у ситуације да тумаче одговарајуће основне делове својих уставних аката вршећи своје функције, што је нераздвајиво од редовног функционисања сваке међународне организације односно органа међународне организације. У доктрини се ово тумачење од неких писаца назива међународно организационо односно извршно тумачење, али ови називи нису шире прихваћени.²¹

Сваки орган једне међународне организације (нпр. ОУН) тумачи делове основног акта који се односе на њега. Проблем се поставља када су поједине одредбе различито тумачене од разних органа исте организације или када нема изричитих одредаба о тумачењу конститутивних аката међународних организација. Да би се избегле потешкоће у тумачењу аката ОУН и специјализованих агенција, Генерална скупштина УН је позвала

²⁰ У супротном случају, ако се треће државе не одазову позиву Суда, такво тумачење, односно као и цела пресуда, не везују оне уговорнице које нису пристале на суђење Међународног суда правде. Ипак, већ сам ауторитет Суда, поред осталог, доприноси да такво тумачење пређе оквири који су одређени чланом 59. Суда (да пресуда везује само стране у спору). Треће уговорнице, истина, неће у неком будућем спору око истог уговора бити везане чак и онда ако се у спору појаве пред истим Судом. Суд није правно везан ранијим тумачењем, али врло мало вероватноће има да ће од њега одустати или одступити, сем ако за то нема озбиљнијих разлога (М. Бартош, *op. cit.*, стр. 336–338).

²¹ Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 247, 248.

све органе УН и специјализоване агенције (резолуција 171/III из 1947) да своје евентуалне спорове око тумачења њихових аката поднесу Међународном суду правде.

Могуће је донети тумачење и у оквиру Генералне скупштине УН, али од самих чланица УН. На пример, резолуције скупштине УН којим се дају допунска тумачења појединих питања (тзв. интерпретативне резолуције). У том случају ове поменуте резолуције треба разликовати од тумачења које дају сами органи Организације. Оваква тумачења, с обзиром на субјекте које их дају, треба узимати од страна уговорница.

Не би се могло озбиљно противречити и оспоравати надлежност несудских органа међународних организација за тумачење конститутивних повеља односно устава, уговора на које се врши позивање пред њима у оквиру њихових функција. Највише што се може дискутовати то је о обиму ове надлежности и о значају тако датог тумачења.

Извесни конститутивни акти садрже изричите одредбе о томе да се организује претходни поступак у оквиру арбитражних или судских органа, или пак, да се предвиди „завршни” поступак у споровима између држава о функционисању ових међународних организација. При томе се посебне функције дају администраторима организације, савету гувернера конкретне организације, пленарним органима организације, или пак шефовима држава-чланицама те организације. У овим последњим случајевима могуће је да приликом тумачења уговора преовладају политичка опредељења над правним аргументима. Такође, услед одсуства стриктне хијерархије између органа организације и недостатка упућивања (*renvoi*) на одређени судски орган, могући су пристрасни ставови. И у оквиру ОУН могући су сукоби између његових главних органа у тумачењу одредаба Повеље УН, из разлога истовремено и правних и политичких.

Конкретни значај датих тумачења од несудских органа варира зависно од ауторитета органа и могућности или немогућности да се он позива на своје одлуке. Поставило се питање у доктрини да ли ова тумачења имају „аутентичну вредност” уз ризик да се конститутивна повеља дотичне организације посредно не ревидира? Полазећи од тога да је најближе веродостојности оно тумачење које долази од оних који су уговор сачинили, тј. да га они такође могу мењати и укидати, сматра се да не би требало да буде сумње у ово правило. Што се тиче Повеље УН још

у Сан Францасику приликом њеног доношења 1945. године заузет је став да таква тумачења од појединих главних органа УН, треба да буду општеприхваћена, тј. да постоји о том тумачењу тзв. *consensus*.²²

Тумачења од стране међународних организација су чешћа но што се стварно мисли, јер је реч најчешће о тумачењу својих „унутрашњих” аката. Бројност ових тумачења се не уочава, јер стране уговорнице-чланице тих организација и тела обично не стављају примедбе на таква тумачења. Понекад ипак долази до разлижења у тумачењу које дају међународне организације и тела у односу на тумачења које дају поједине стране уговорнице-државе.²³

Проблеми око тумачења од стране међународних организација добијају посебну важност из следећих разлога: 1. с обзиром на то да изван број резолуција и других аката у оквиру међународних организација немају обавезан карактер; 2. с обзиром на то да се између међународних организација *inter se* примењује унутрашње право међународних организација, у којим случајевима се то врши, без интервенције држава-чланица; и 3. реч је ипак у многим случајевима о тзв. политичком тумачењу при чему се употребљавају различите технике (функционална, динамичка тумачења).²⁴ Све ово чини, да тумачење у оквиру међународних организација добија посебне одлике и домаћаје.

Чак и у случају ћутања основног уговора међународне организације треба прећутно прихватити, ипак, тумачење органа те организације. На тај начин се омогућује међународним организацијама да испуне своју функцију. У том смеру је и пракса

²² N. Q. Dinh, P. Daillier. A. Pellet. *op. cit.*, стр. 255, 256, 257.

²³ Таквих примера у раду УН било је више (стварање Мале скупштине тзв. Интеримног комитета који би требало да замени Генералну скупштину УН у извесним надлежностима било је неприхватљиво за многе државе; резолуција Уједињени за мир 1950. у корејском сукобу и њен правни значај; однос Генералне скупштине УН и других органа, тј. тумачење унутрашњег правилника Генералне скупштине УН; одсуство совјетског делегата у Савету безбедности 1950. и правна природа донетих одлука у његовом одсуству и др.). Таквих противречних тумачења било је и у оквиру Друштва народа између два светска рата. Данас као пример можемо узети законитост образовања Међународног трибунала за бившу Југославију из 1993. за почињене злочине, у вези са надлежношћу Савета безбедности.

²⁴ Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 249. У доктрини се наводи пример тумачења Споразума о седишту УН од 1947. изазван одбијањем америчке владе да изда визу за улазак на своју територију неким представницима невладиних организација.

политичких органа ОУН, уз све недостатке који прате ову праксу.

Уосталом и Међународни суд правде није оклевао да тумачи Повељу УН у више саветодавних мишљења, које је Суд дао на захтев Генералне скупштине и Савета безбедности односно специјализованих агенција УН, на основу овлашћења из члана 96. Повеље УН, припомагајући (припомажући) се том приликом ранијим тумачењем од стране главних органа УН (случајеви пријема у УН; извесних трошкова УН; Намибије; Светске здравствене организације и др.).²⁵

Најзад, поменимо да често компромисним клаузулама стране уговорнице могу да повере тумачење уговора појединим међународним телима или органима уколико се непосредним дипломатским преговорима не дође до задовољавајућих решења (одређивање Комисије за мирене у оквиру Дунавске комисије по Конвенцији о Дунаву од 1948; Конференција амбасадора – нпр. на основу Уговора о миру с Италијом од 1947; Комисија за репарације и др. после Првог светског рата и др.).

в) Доктринарно тумачење. – Доктринарно тумачење не представља обавезно тумачење за стране уговорнице. Зато се и зове *незванично тумачење*. Неки писци искључују ово тумачење из своје класификације, имајући у виду његову правну необавезност. Иако незваничног карактера, оно није без значаја. Мишљења изложена у доктрини имају у споровима око тумачења уговора вредност помоћних извора међународног права (члан 38. Статута Међународног суда правде). Уговоре могу тумачити стручњаци, професори међународног права, правни саветници и др. Овде додајемо и тумачење од појединих института или удружења на међународном плану. То је тумачење од приватних лица а интерес за њега се показао у пракси, иако ограниченог обима, као користан. Овде наводимо да су доктринарна мишљења од појединих писаца међународног права (H. Grotius,

²⁵ С. I. J., Пријем у УН, Recueil 1950, стр. 8–9; извесни трошкови УН, Recueil 1962, стр. 159–161; Намибија, Recueil 1971, стр. 22. У Саветодавном мишљењу Међународног суда правде у случају „Светска здравствена организација” од 1996. потврђује се право Скупштине Светске здравствене организације да одлучи о својој надлежности на основу Устава Организације да ли ће упутити захтев за саветодавно мишљење Суду. Такође, потврђује се у овом саветодавном мишљењу, да је на самом Суду обавеза да води рачуна да ли су испуњени услови за његову надлежност да се да тражено мишљење (С. I. J., Дозвољеност коришћења нуклеарног оружја, Recueil 1996, стр. 83); N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, 256.

Vattel и др.), раније, у XIX веку имали и непосредан утицај у судској и арбитражној пракси.²⁶

3. ПРАВИЛА ТУМАЧЕЊА

Покушај да се утврде извесна правила тумачења уговора у доктрини и пракси није прихваћен једнодушно. Гледишта се разликују од крајње негативног става, до оног, да се ипак може учинити неко општавање и систем при томе.

У кодификацији права уговора, правила тумачења се не помињу посебно с обзиром на то да не постоји сагласност о њима. Уколико их писци наводе нема јединственог става. Нема истацања првенства већ се напомиње да их је тешко набројати а има и мишљења, по савременим тенденцијама, да их сматрају чак некорисним, илузорним или да их не одобравају (Н. Lauter-
ract). За неке пак писце, тумачење није наука већ вештина (J. Basdevant). Заиста, тумачење није подвргнуто и потчињено изричитим и строгим правилима.²⁷

Ми се опредељујемо између искључивих гледишта, за треће, средње, по коме се признаје нужност постојања извесних, бар основних правила. То су општа правна начела и правила, која су добила подршку и у унутрашњем и у међународном праву. Начела и правила се, у првом реду, извлаче из праксе међународног правосуђа. Државама и судијама који тумаче уговор, треба оставити слободу да их изрекну и да поједина питања или више њих протумаче и примене онако како дати случај и ситуација захтевају. У доктрини се, зависно од писца, излажу више тих начела и правила а покаткад и јуриспруденција се позива на њих, са напоменом да ту нема одређеног система, по коме би се правила примењивала по строго утврђеном распореду и међусобном односу.²⁸

²⁶ С. Ђорђевић, *op. cit.*, стр. 53.

²⁷ Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 291.

²⁸ *Ibidem*. Упућујемо на *trete* наведеног француског професора, који је пажљиво и систематски, изучавајући доктрину, судску и законодавну праксу, сакупио та правила и изложио их као целину. Такође, нека од ових правила се помињу и у извештају Комисије за међународно право (Annuaire de la Commission de droit international, 1966, vol. II, стр. 237–246). У вези с овом темом: С. Ђорђевић, „Општа правна начела просвећених народа као извор међународног права,” *Анали Правног факултета у Београду*, 3/95, стр. 169–171.

Најуопштеније говорећи, ова правила произлазе из два основна становишта доктрине међународног права. Прве, која полази од тзв. волунтаристичке оријентације и концепције и друге, тзв. објективистичке. По првој, има се у виду предност и превласт уговорног карактера међународног права, саглашавајући се са првенством субјективних елемената. Оспорава се или лишава тумач широког домаћаја слободне акције, према странама уговорницама у тумачењу уговора. Друго становиште даје првенство објективним видовима, тј. има одређену независност у односу према ствараоцима уговора.²⁹

Набројаћемо нека од ових правила:

а) Начело односно правило савесности (*bona fide*) је једно од основних не само у тумачењу уговора већ и у њиховој примени. Захтева се истраживање онога што су стране уговорнице заиста хтеле рећи у уговору. Уговори треба да буду тумачени у доброј вери, тј. савесно. Полази се од претпоставке да су стране уговорнице, пошле од поштовања међународног права и узеле га за основ приликом формулисања текста уговора. Ово начело односно правило је истовремено и психолошко и етичко а добило је потврду у многим међународноправним одлукама.

Тумачење је „логика у служби права”. То је такав приступ тумачењу које произлази из овог начела да се на њега ослања тумач, без обзира на околности случаја. Државе као суверене (и друге стране уговорнице) очекују да се не ангажују ван онога што су прихватиле изричито одређене обавезе уговором. По овом приступу основно је тражити вољу страна уговорница, у првом реду држава. Воља је диктирана двоструком обавезом: поштовањем суверенитета ових држава, односно страна уговорница и начела *pacta sunt servanda*. Овде се врше извесна упоређивања и поистовећивања са појмом „контракта” из приватног права. Првенство треба дати чињеницама које најбоље осветљавају вољу страна уговорница.³⁰

²⁹ N. Q. Dinh, P. Dallier, A. Pellet, *op. cit.*, стр. 262. По писцима, по објективистичкој концепцији, уговор се сматра као „правни покривач друштвене стварности”. Из овог разлога у тумачењу уговора се користе објективна средства тумачења. На тај начин овај приступ води тумача у извесну независност у погледу страна уговорница.

³⁰ N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, стр. 257. Наводи се пракса Међународног суда правде који је истакао у саветодавном мишљењу да је ово правило сачувало вредност неспорног начела (C. I. J., случај Конвенције о геноциду од 1948, Recueil 1951, стр. 21).

б) Начело корисног дејства, ефективности изражава се од писаца као „правило ефективности уговора” или „правило о ефективном тумачењу” (*ut res magis valeat quam pereat*). С правом се истиче да тумачење које чини једну одредбу односно акт ништавим и без дејства, не може бити прихваћено. Постоји граница у примени начела корисног дејства, тј. ефективности. Било би немогуће заиста судији или међународном арбитру да измени, исправи или допуни један текст путем тумачења под изговором да да правним инструментима у питању максимално њихово дејство.

Помоћу овог правила долази се до ефикасности у тумачењу уговора. По њему, тумач треба да претпостави да су стране уговорнице изразиле одредбу која треба да се примењује. Значи, треба изабрати ону могућност која води ефективној примени уговора, тј. треба тумачити тако уговор да одредба уговора има „практично дејство”.

Правило ефективног дејства не треба тумачити тако да дође у противречност са другим чиниоцима уговора. Тумачење уговора не треба да противречи слову и духу уговора, тј. функцији и циљу уговора. Било би супротно правилима о тумачењу уговора ако би се тумачењем поједине одредбе, укључене у уговору, дошло до тога, да се њој не даје значај и дејство. Овакав став је потврђен у више одлука Међународног суда правде.³¹

в) Нема места тумачења онога што нема потребе да се тумачи. Прва општа максима, односно правило о тумачењу је да није дозвољено тумачити оно што нема потребу да се тумачи (E. Vattel). Ако је текст уговора сам по себи довољно јасан, нема потребе да се прибегне разним методама да би се дошло до смисла уговорних одредаба које се већ налазе у самом тексту уговора. Не може се удаљавати тумачењем од јасног текста уговора.

г) Рестриктивно и екстензивно (уско и широко) тумачење. У савременом међународном уговорном праву саме стране уговорнице често упућују на технички поступак рестриктивног, ужег тумачења извесних уговорних одредаба. У пракси је чешће рестриктивно тумачење, изузетно екстензивно, (шире). Рес-

³¹ С.Р.Ј.И., случај фабрике Chorzow, 1927, sèrie A, No 29, стр. 24; случај грчко-бугарских заједница, 1928, sèrie B, No 17, стр. 19; случај Слободне зоне Горње Савоје, 1929 sèrie A, No 22, стр. 23; С.И.Ј., случај Крфски канал, Recueil 1949, стр. 24; случај тумачења уговора о миру, Recueil 1950, стр. 229; праксу примене овог правила имамо и у јуриспуденцији Суда правде европских заједница.

триктивно тумачење се не може применити у случају јасног текста, тј. оно се у том случају одбацује. Међународна судска и друга пракса указују да се свака изузетна одредба тумачи рестриктивно, посебно ако је реч у вези с надлежношћу и материјалним правилима.³² Рестриктивно тумачење у корист обавезане стране не би смело да кочи прогресивни развој међународног уговорног права и умањује домашај уговора.

Рестриктивно тумачење има места када постоји сумња о значају спорне одредбе и у том смислу потврђено је са више судских преседана. Одиозне (отежавајуће) одредбе се, по правилу, увек тумаче рестриктивно. Фаворабилне (олакшавајуће) пак, екстензивно.³³ Чврста правила о поступку коришћења рестриктивног и екстензивног тумачења нема, па се она узимају само као помоћна правила и то онда када других правила нема.

д) Прибегавање поступку аналогије (сличности) чини се у случају потребе за попуњавањем празнина или нејасности једне уговорне одредбе. Користи се приликом тумачења упоредни (компаративни) метод, тј. врши се позивање на другу одредбу истог уговора (унутрашња аналогија), односно на праксу унутрашњих законодавстава у истоветним околностима, што је најпорније (спољна аналогија). Прибегавање аналогији је често у пракси. Писци позитивисти се неблагонаклоно односе према овом поступку из разлога што се широком и неселективном употребом аналогије може доћи практично до настанка нових норми са којима се излази из оквира тумачења постојећих одредаба уговора.³⁴

³² На пример, правила о надлежности с обзиром на то да је регулисање арбитражне и судске надлежности за решавање спорова вољно и изузетно, оно се увек рестриктивно тумачи (уговор-компромис о решавању спора; конвенције о потраживањима; уговорима којима се ствара један међународни судски орган и др.). Супротна пракса је ређа и може се занемарити. За примере материјалних правила наводимо: подложне су рестриктивном тумачењу одредбе које чине дерогацију (одступање или ограничење од општих начела; одредбе које се тумаче или анализирају као ограничење суверенитета државе; ограничење у правима државе; одредбе као једнострано одрицање од права рекламанта у вршењу својих права у области међународне одговорности и др.).

³³ Такве су одредбе уговора на штету трећих; у корист трећих; мешовите одредбе и др. Рестриктивно тумачење најчешће има супсидијарно дејство, искључиво корисно за осветљавање нејасних и двосмислених одредаба, посебно у случајевима када би другојачије тумачење било отежавајуће за неку од страна уговорница.

³⁴ Полазећи од текста уговора за тумачење (јасан, нејасан или нема одговарајуће одредбе), аналогија може да има функцију потврђујућу, допунску или стваралачку. Само ова последња функција дошла би под удар лоших страна аналогије. У доктрини се наводе случајеви коришћења аналогије: 1. да се потврде околности већ изведених другим методама тумачења; 2. да се осветле нејасне или употпуне недовољне одредбе; и 3. да се

ђ) Узимање у обзир става страна уговорница. – Међународна судска пракса проводи поступак тумачења уговора сагласно примени која се чини од страна уговорница, тј. како су стране уговорнице до тада стварно примењивали уговор који се тумачи. Уколико је пракса сагласна, она показује како су стране уговорнице схватиле уговор, односно каква им је била намера при закључењу и преузимању обавеза. И за овај поступак има ограничавања и у доктрини и у пракси, јер често баш дотадашња пракса, и то неуједначена, чести је узрок потребе тумачења уговора.³⁵ Међутим, није редак случај, да се овим поступком, постиже резултат до којег би се иначе дошло другим средствима тумачења уговора.

У доктрини међународног уговорног права, често код писаца се правила тумачења уговора, квалификују као методи односно средства тумачења уговора.

4. ПРИСТУПИ И МЕТОДИ ТУМАЧЕЊА

У међународном уговорном праву постоје више приступа и метода (начина) за тумачења уговора. Они се у пракси наизменично употребљавају, често комбиновано а доктрина их све признаје. Од појединих писаца даје се превага овом или оном приступу односно методу. Изузетно неки писци говоре о постојању школа тумачења уговора, а при том мешају елементе приступа и метода.³⁶ Зависно од посебног значаја, који се даје појединим чиниоцима, настају и различити приступи и методи тумачења уговора.

У више случајева потчињених међународној јуриспруденцији дошло је до позивања на начела и највише максиме ту-

испуне празнине уговорних одредаба којима се регулише материја која је предмет спора и тумачења. У овом последњем случају мора се поступити мудро и ту постоје највише примедба и супростављања у доктрини, посебно ако се позајмљују правила и техника аналогије из унутрашњег права (Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 275–278).

³⁵ У судској пракси овај поступак има примену посебно у случају двосмислених одредаба и под условом да ова пракса одговара заједничкој намери страна уговорница израженој у уговору – из праксе арбитражних судова и Сталног суда међународне правде између два светска рата (Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 281, 283).

³⁶ Ранија доктрина се у првом реду служила преносом решења из римског и приватног права у међународно право. Дуго времена се проблем занемаривао у истицању посебности које важе за међународно уговорно право. Данас се чине покушаји да се систематско испитивање проблема веже са тенденцијом прогресивног развоја међународног права и следе основни теоријски правци у доктрини.

мачења уговора. Јуриспруденција је у тој области богата. Треба приметити да се у тим одлукама налази списак скоро свих начела и максима које служе тумачењу закона и контраката у националним правним системима. Такође се, посебно баве тумачењем уговора министарства иностраних послова држава и то имају као свакодневни задатак.

Треба рећи да су сва ова правила необавезна, више се показују као правила логике и доброг резонувања. Најопштије речено, примена великог броја ових начела и правила су најчешће више дискреционог него обавезног карактера. Тумачења докумената односно уговора, у извесној мери, како се то одавно каже, је више уметност, него ли тачна наука. У том смислу бележи се да је најдаље отишао Институт за међународно право, који је на свом заседању 1956. у посебној резолуцији формулисао као почетна неколико основних начела тумачења уговора.³⁷

Доктрина прихвата најчешће субјективни и објективни приступ, о чему је већ било речи на почетку излагања о тумачењу уговора. У првом случају полази се од субјективних чинилаца у тумачењу уговора (намера, заједничка воља страна уговорница) а у другом, од објективних чинилаца (текст уговора и други објективни елементи).

а) Субјективни и објективни приступ. – Суштина субјективног приступа састоји се у томе да се пронађе намера, тзв. заједничка воља страна уговорница приликом закључења уговора. Полази се од тога да је уговор само спољна манифестација сагласности воља страна уговорница, а на њу се не може увек са сигурношћу ослонити. Једном речју, циљ субјективног приступа је да доведе у склад уобичајено значење речи употребљених у тексту уговора са стварном намером страна уговорница. На највеће тешкоће наилази субјективни приступ онда када хоће да за намере стране уговорнице веже оне случајеве који уговором нису предвиђени. Тада се мора приступити претпостављеној намери страна уговорница, која носи вештачки карактер. То је већ несигурна фикција (претпоставка). У доктрини и судској пракси истиче се покаткад да текст уговора, речи саме за себе, немају

³⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1956, vol. 46. У поменутој резолуцији Института у првом реду се истиче текст уговора као основ тумачења уговора, ослањајући се на уступке који произлазе из намера страна уговорница и предмет и циљ уговора. Такође су у току расправе на Институту истицани припремни радови, као и телеолошки приступ, тј. предмет и циљ уговора.

смисла и вредности уколико не изражавају вољу односно намеру страна уговорница. Субјективни приступ се нарочито примењује код уговора-погодби (контрактуелни уговори) а објективни приступ код уговора-законa (легислативни уговори). Не треба мешати вероватну намеру с израженом намером.³⁸

Постоје критичка гледишта што се тиче употребе субјективног приступа. Тако, износи се да намера страна уговорница није искључив и неопходан чинилац у тумачењу уговора. Код уговора закона (легислативни уговори) намера страна уговорница није и не мора увек бити истоветна, с обзиром на то да ови уговори нису обичне погодбе. Код вишестраних уговора, који су добрим делом истовремено и легислативни, стране уговорнице се разликују по посебним намерама, интересима, мотивима, жељама и правним, идеолошким и другим схватањима. Тих разлика има и код двостраних уговора, који су најчешће уговори-погодбе, али у знатно мањој мери. Из ових разлога немогуће је изградити јединствену намеру свих страна уговорница. Код вишестраних уговора, додајемо, да има страна уговорница које накнадно ступају у чланство уговора, независно од тога да ли знају и да ли су упознате са намерама првобитних чланица уговора. Уствари, обично спорови настају око питања која су искрсла доцније у пракси. Из свега реченог, субјективни приступ не може и не сме се користити без ограничења. Он се не може порицати већ га треба опрезно користити. Да би се дошло до намера страна уговорница треба користити и друга помоћна средства која служе у тумачењу уговора. Ту се пре свега рачуна на текст уговора који служи као полазно становиште за објективни приступ, с обзиром на то да текст уговора најчешће изражава веродостојну намеру страна уговорница приликом закључења уговора. Задатак тумачења у том случају, код објективног приступа је, да се полази од неке дате чињенице, објективне чињенице, а ако је реч о тексту уговора да се установи право значење текста.³⁹

³⁸ Истраживање намере страна уговорница посебно је нашло примену у тумачењу у унутрашњем праву, нарочито код тзв. уговора погодби (контрактуелних уговора), који се по својој правној природи разликују од уговора-законa (легислативни уговори). Истражује се намера „заједничка“, „стварна“, „истинита“, „усаглашавајућа“ а не „претпостављена“. Уколико се мешала вероватна намера са израженом, у том случају, сукобило би се тумачење са истраживањем духа уговора. Ово не треба када је текст уговора јасан. Појављују се при том многе тешкоће уколико се врши позивање на психолошке намере страна уговорница.

³⁹ A. Mc Nair, *Law of Treaties, op. cit.*, стр. 365. Познати енглески писац констатује да је реч о истаживању дејства намера уговорница „израженој у речима које су странке

б) Методи тумачења су веома различити и прилагођени и следе природу уговора (уговори-закони и уговори-погодбе; двострани и вишестрани уговори; једнострани правни акти; уговори у упрошћеној форми итд.). Основна разлика се чини између уговора-закона и уговора-погодби. Она је подвучена у доктрини и потврђена у судској пракси. Ти методи, уколико нису супростављени у ове две врсте уговора, они су бар различити. Други писци сматрају да се разлике исказују ако је реч између двостраних и вишестраних уговора. Ова гледишта нису опште прихваћена и многобројним примерима се показује да се не може дати јединствен одговор за све случајеве. Добрим делом доктрина у тумачењу уговора ослања се на решења из унутрашњег права.⁴⁰

Навешћемо неколико основних метода, најчешће истицањих у пракси и доктрини: 1. текстуални (језички, егзегетички); 2. логички; 3. циљни (телеолошки); 4. историјски; и 5. систематско тумачење.

аа) Текстуални (језички, егзегетички) метод. – Текстуални или језички метод полази од самог текста уговора као основице за тумачење уговора. Он је најизраженији облик објективног приступа у тумачењу уговора. Ако текст уговора и језички изрази пружају могућност да се дође до неспорног тумачења, резонује се и претпоставља, нема потребе да се призивају и користе други методи тумачења. Али то није увек случај.⁴¹

Полази се од тога да текстове и речи треба тумачити у њиховом природном, говорном значењу. Смисао одредаба уговора

употребиле”; Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 292, 298, 299. По писцу, субјективни приступ је више везан и присутан у начелу, ако је реч о уговорима-погодбама а објективни приступ, ако је реч о уговорима-законима. И поред тога што има одступања у судској пракси, могу се извући извесни основни правци. Тако, код уговора-погодби, основна је намера странака и припремне радње, што није увек случај са уговорима-законима, где се објективни чиниоци узимају више у обзир (текст, друга логичка правила и др.), свакако увек са посебностима од случаја до случаја; С. Аврамов–М. Крећа, *op. cit.*, стр. 503.

⁴⁰ Пре свега, узима се у обзир предмет и циљ уговора (*ratio legis* уговора). Полази се од конститутивних момената уговора: мотиви (намере); предмет и циљ уговора у смислу резултата који треба њиме да се постигне. Судови се при томе осврћу на „природу”, „општу економију”, циљ, функцију, улогу, предмет, систем уговора који се тумачи. При томе се чине и одређене разлике у тумачењу уколико се за то пружа и прилика у датим околностима које се тумаче.

⁴¹ С. Аврамов–М. Крећа, *op. cit.*, стр. 507. Наводи се пример, када језичко значење, које није непрецизно, ипак није увек и потпуно значење. Тако „ако, рецимо уговорна одредба предвиђа да је уговорницама забрањено рибарење у појасу ширине 10 миља, рачунајући од обала, граматичко тумачење, мада јасно, није потпуно, јер не говори о томе да ли уговорнице могу рибарити изван тог подручја”.

тражи се у самом тексту уговора, тј. утврђивање значења норми се изводи на основу науке о језику као средству изражавања узимајући у обзир поједине елементе језика. Текст уговора је најсигурнији доказ о ономе што је уговорено и о циљу уговора до ког је дошло постигнутом сагласношћу воља уговорница. Тумачења на основу уговорног текста пружа много мање могућности да се одступи и скрене са правца објективног тумачења међународног уговора. Ослонити се на друге моменте онда када постоји јасан и недвосмислени уговорни текст, значи увек изложити се опасности да се закључци изведу на основу нечега што је мање сигурно и мање разрађено до ситнијих појединости. Потпун, јасан, прецизан и одређен уговорни текст, најсигурније је мерило за одређивање садржине, карактера и домаћаја постигнуте сагласности воља страна уговорница. Текст уговора је природно највернија слика намере страна уговорница које су имале у виду приликом закључења уговора. Као веродостојан (аутентичан) израз намера страна уговорница овај метод је полазна тачка тумачења и објашњавања уговорних одредаба. У уговорима питања се излажу у појединостима што се може само видети из текста уговора. „Најбољи метод тумачења је онај који се састоји у позивању на текстове несумњиве, јасно изражене” потврђује се у међународној судској пракси између два светска рата.⁴²

Овај метод потврђен је такође и у раду Међународног суда правде после Другог светског рата. У свом Саветодавном мишљењу о пријему нових чланица у ОУН, он је истакао: „Суд сматра текст довољно јасним; према томе, он сматра да не треба да се удаљи од сталне јуриспруденције Сталног суда међународне правде, према којој нема места прибегавању припремним радovima ако је текст конвенције сам по себи јасан”.⁴³

Из ових разлога ова полазишта су призната у доктрини од најстаријих дана. По својој раширености овај метод има општу тенденцију и оријентацију, сигурнији је од других, тј. признаје му се изузетно место у тумачењу уговора. При томе се користе сва правила о језику (па отуд назив „језички” метод тумачења), та-

⁴² Међународни судија J. Basdevant, случај „Wimbledon”, 1923 у Сталном суду међународне правде. Текст уговора постоји независно од воље страна уговорница чим се оне сложиле о његовом домаћају. То је, како се истиче у доктрини, начело „здравог разума”, тј. *principe d'implication* – начело примене (Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 281 и даље).

⁴³ International Court of Justice, Reports 1948, стр. 63.

ко да се под овим обухвата лексичко, граматичко, интерпункцијско и тумачење по правилима синтаксе.

Природно је да се текст уговора слаже са предметом и циљем уговора односно с намером страна уговорница. Супротно се треба доказивати, што и има примера у судској пракси. Сваки део текста уговора и његова целина имају неки смисао и сврху. Полази се од тога да реч у неком акту и исправи односно уговору имају неко значење. Не може се та чињеница пренебрегавати ако за то нема посебног доказа односно разлога. Исто то важи и за читав уговор и за поједине његове делове и реченице. Не сме се уговор тако тумачити да се некој одредби одузме њено дејство и жељени учинак. Узима се у обзир пре свега обично значење речи, онако како се речи обично подразумевају и како се употребљавају. Не узима се њихово аналитичко и етимолошко значење. Задатак тумачења је да установи право значење текста. Намера странака је изражена у речима које су стране уговорнице употребиле у уговору.⁴⁴

Али ни овај метод не може се бранити као једини и искључиви метод. Бранити такво становиште значило би оставити у пракси низ случајева тумачења уговора нерешеним јер уговорни текст није увек у стању да пружи решење. Зато се и овај метод комбинује са осталим методама. Ово из разлога што текст уговорне одредбе може бити нејасан, неодређен или двосмислено изражен и формулисан. Текст може садржавати терминологију која није опште усвојена; нема у уговору одредбе која би била нужна да би се спор на одговарајући начин решио или су то стране уговорнице намерно превиделе; не може се разазнати из текста прави смисао уговорне одредбе и др. У свим овим случајевима текст уговора не даје чврст ослонац за једно одређено, општеприхватљиво тумачење. Значи, текстуални метод

⁴⁴ Посебна или техничка значења речи успостављају се вољом страна уговорница. То се постиже прећутно (из контекста уговора) или изричито (посебно израженом вољом уговорница). Проблеми се посебно постављају када имамо уговоре на више језика и када треба из тих различитих текстова узети онај који је најверодостојнији. При томе могу бити разлике између текстова неједнаке вредности (веродостојног текста и превода; веродостојног текста и званичног) или и неслагање између текстова исте вредности. У овом другом случају онај који тумачи уговор тражи оно што је заједничко као минимум, или бар оно што је сагласно у свим текстовима. Покаткад се даје предност, како се истиче у доктрини, тексту јасном и мање оскудном, или пак језику текста оне стране уговорнице која је обавезана, или на коју се односи спорна одредба или пак, све верзије имају једнаку и исту вредност (М. Бартош, *op. cit.*, стр. 358 и даље; Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 281 и даље).

треба да буде примаран али не искључив, и то тако да он не прелази оне границе умањења суверенитета које су државе у својим односима сматрале нормалним за извршење обавеза из текста уговора. То паказује да правна техника у тумачењу уговора не може и не сме ићи изван и преко политичких односа који постоје у међународном општењу страна уговорница.⁴⁵ Из ових разлога дају се често у самом уговору објашњења и тумачења појма употребљених израза у уговору.⁴⁶

Нека посебна правила потврђена су досада у судској и другој пракси у тумачењу уговора у вези с овом методом: обично значење речи треба везати за оно значење које су те речи имале у време склапања уговора; тражење обичног, природног значења још увек не значи да се текст мора буквално тумачити; контекст уговора треба користити као средство за одређивање тог обичног значења речи и др. (мада и овде има изузетака). Врши се прибегавању контексту целог уговора, с обзиром на то да покатак одређен смисао речи није довољан за тумачење уговора.⁴⁷

⁴⁵ М. Бартош, *op. cit.*, стр. 371, 372. Текстуални (језички, егзегетички) метод је сигурнији од других што се власт онога који тумачи међународни уговор заснива на формулацијама које су непосредно произашле од суверених држава које се обавезују.

⁴⁶ Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 283, 284. Укључивање техничких израза и материјалних појмова у међународним уговорима обавезује покатак арбитра или међународног судију да дефинише сам употребљене изразе од страна уговорница, нарочито онда када примена уговора зависи од смисла датог овим појмовима или изразима (нпр. „уговор”, „страна уговорница”, „пуномође”, „резерве”, али и „штета”, „спор”, „арбитража” и др.). Из ових разлога, после Другог светског рата у многим кодификационим међународним актима, како смо то већ једном напред рекли, дају се објашњења за појмове и изразе употребљене у овим актима, одмах на почетку текстова. Ова објашњења истина служе само за сврхе тих аката, али свакако имају шири значај (конвенција о дипломатским односима; о конзуларним односима; о праву уговора; о сукцесији држава у области уговора и др.).

⁴⁷ Као пример буквалног тумачења истиче се драстичан случај Утрехтског уговора од 1713. Њиме је наложено Француској да разори луку и утврђење Denkerque. Француска је срушила то утврђење и одмах до тог места изградила нову луку Marduck. Шта је био циљ уговора – да се обезбеди Енглеска од нове опасности. Буквално, Француска је извршила своју обавезу по уговору. Француска је признала овакво логичко тумачење и обуставила изградњу луке (М. Бартош, *op. cit.*, стр. 365, 366). Смисао речи као резултат различите процене израза су повод неспоразумима у тумачењу: 1. узима се редован смисао; тако у судској пракси врши се позивање на њихов „текући смисао”, „природан и редован смисао”, „уобичајан смисао” и др. Међутим, одбацује се смисао речи уколико је „неспојив са духом, предметом и контекстом” одредаба уговора у питању; 2. врши се тумачење по правилима граматике. Тако у судској пракси везица „и” тумачи се као „или”. Уместо кумулативног даје му се алтернативни смисао. – Речи у редовном смислу немају предност уколико произлази различито тумачење речи које резултира из контекста (целине) уговора. Прибегавање контексту подразумева: прибегавање реченици да се објасни реч која се тумачи; прибегавање различитим алинејама и ставовима одредбе која се

бб) Метод логичког тумачења. – Насупрот критикованом буквалном тумачењу у доктрини и пракси истиче се тзв. логичко тумачење. Код логичког тумачења полази се од правила логике. Уговор чини организациону целину а поједини његови делови су у функционалној вези. У Саветодавном мишљењу Сталног суда међународне правде у случају о условима рада у пољопривреди каже се: „Уговор мора бити посматран као целина и његово значење не може бити одређено само на основу појединих израза...”⁴⁸

Навешћемо нека општа начела и правила логике у тумачењу уговора из унутрашњег права: *argumentum a contrario* (разлог супротности; супротстављања у претпоставкама или последицама; навођење једне ствари у исто време значи искључење других). Овај поступак није сталан у судској пракси, покаткад је и одбациван; *argumentum ab absurdo* (разумно тумачење увек треба да буде испред једном бесмисленом, нелогичком тумачењу, чак и кад сам текст фаворизује ово последње); *argumentum a fortiori* (утолико пре); *exceptiones non sunt extendandae* (изузетке треба уско тумачити); *contra preferentem* (тумачење одредаба у корист оног који је обавезан а на штету онога који је редиговао текст уговора). У случају сумње уговор тумачити на штету бенефициара (корисника) уговора, тј. на штету онога у чију корист је одређена уговорна одредба формулисана (правило *ut res magis valeat quam pereat* – правило ефективности уговора односно њиховог дејства). Уговор треба тумачити као органску целину чији су делови у функционалној вези (што логички произлази), а у случају могућности двојаког тумачења од којих једно омогућава да уговор произведе одговарајуће дејство а друго тумачење то онемогућује, усваја се оно прво (тзв. ефективно тумачење, ефективно дејство).⁴⁹

Ова правила се примењују и код уговора-погодби (контрактuelни уговори) и код уговора закона (легислативни уговори).⁵⁰

тумачи; прибегавање делу уговора у ком фигурира одредба која се тумачи; прибегавање уговора у целини; прибегавање уводу уговора; прибегавање серији уговора који зависе једни од других итд. (М. Бартош, *op. cit.*, стр 362–364; Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 284 и даље).

⁴⁸ Permanent Court of International Justice, Ser. B, No 2–3, стр. 23.

⁴⁹ М. Бартош, *op. cit.*, стр. 365 и даље; Ch. Rousseau, *op. cit.*, стр. 270–272, 278–281; С. Аврамов–М. Крећа, *op. cit.*, стр. 508.

⁵⁰ Такав је случај код легислативних уговора ако је реч о уговорима о миру, у којима често има одредаба и контрактуалног и легислативног карактера.

вв) Циљни (телеолошки) метод. – Код овог метода у тумачењу уговора не полази се од намере страна уговорница већ од циља уговора односно од сврхе која је постављена у уговору. Даје се циљу превасходни значај, јер се сматра да текст уговора (изрази употребљени у њему) имају значај у тој мери ако изврши функцију (циљ) које су стране уговорнице себи поставиле као основно при закључењу уговора. Из тог разлога значење речи је оно по овом методу тумачења, које најбоље остварује циљ уговора.

Намере страна уговорница могу током времена бити и превазиђене. Постоје разни ступњеви телеолошке методе, тако да постоји опасност од крајњих облика, с обзиром на то да се практично може створити нови циљ у измењеним околностима. Текст може да не одговара циљу уговора а има се у виду нова улога уговора у међународном праву који има објективни карактер. Најбољи пример телеолошког метода је тумачење којим се бранила оправданост доношења познате резолуције „Уједињени за мир” из 1950. поводом корејског сукоба.⁵¹

Примена овог метода помаже да се дође до правилног тумачења и резултата и ван текста уговора.⁵² Због могућих, далекосежних последица овај метод се тумачи рестриктивно (узима се у обзир првобитни циљ уговора, које су стране уговорнице имале приликом закључења уговора) или екстензивно (када је дозвољено да се циљ тумачи и ван текста уговора имајући у виду околности у којима се уговор примењује).

У прилог телеолошког метода истиче се да данас постоји веома значајни легислативни уговори који делују и ван воља страна уговорница. Указивање на легислативне уговоре има смисла с обзиром на то да их доноси организована међународна заједница. Ови уговори имају шире фактичко дејство но што је то само у кругу страна уговорница. Полази се од улоге који легислативни уговори имају у међународним односима а не само

⁵¹ Реч је о резолуцији, која, због несагласности чланова Савета безбедности или што није био у могућности да донесе одлуку због коришћења права вета од сталних чланова Савета безбедности, је овластила Генералну скупштину УН, да у таквим случајевима, преузме улогу Савета безбедности у вези с очувањем мира.

⁵² Б. Јовановић, Телеолошко тумачење међународних уговора, Југословенска ревија за међународно право, 1/57, стр. 1–15. Писац излаже све видове ове методе; М. Бартош, *op. cit.*, стр. 353–357.

од намере страна уговорница.⁵³ Додајемо ми, да таквих конвенција највише има у области заштите људских права. То су хуманитарне конвенције које имају објективно значење, а проширују се и на друге ван страна уговорница.

Ипак не треба изгубити из вида да се не може ставити знак једнакости између легислативних уговора и закона у унутрашњем праву. Стране уговорнице, свака за себе одвојено, прихватају или неприхватају те уговоре, без обзира што они имају легислативни карактер. Није једини случај да легислативни уговор није ступио на снагу из разлога да га стране уговорнице нису прихватиле.

Телеолошки метод у екстремном облику може да буде и опасан, уколико би се примењивао од стране судова. Судови би на тај начин постали тело које ствара ново право, добијали би легислативно овлашћење, мимо воља страна уговорница што није концепција садашњег међународног судства („Суд је дужан да тумачи уговоре а не да их мења”). Дужност судова је да суде а не да попуњавају недостатке у одредбама неког уговора. Узима се приликом тумачења првобитни циљ уговора приликом његовог закључења, али по ширем тумачењу, циљ се мења са преображајем друштва. Циљ се најчешће утврђује у уводу уговора или произлази из уговора. У судској пракси и међународноправној доктрини има залагања за оно тумачење које најефикасније обезбеђује примену уговора. Ипак, и овде се препоручује опрезност, с обзиром на то да се уговор, као сагласност воља страна уговорница, без посебног законодавца, не може изједначити са тумачењем закона у унутрашњем праву. Не препоручује се његово екстремно коришћење. Сви изложени ставови имају заступнике и у доктрини и у судској пракси.

⁵³ У доктрини за пример ширег (екстензивног) схватања овог метода наводи се издвојено мишљење судије Алвареза у Међународном суду правде у случају Конвенције о геноциду. Он је изјавио да ови легислативни уговори имају самосталан живот. По њему, овакве конвенције треба да се тумаче не гледајући уназад, већ унапред. Могу да се упореде с бродовима који напуштају бродоградилшта где су били саграђени, и плове „самостално, немају више везе са својим бродоградилштем” (I. C. J., Reports 1951, стр. 53); С. Аврамов–М. Крећа, *op. cit.*, стр. 509. По писцима, екстензивно тумачење телеолошке методе има основе када се ради о легислативним уговорима који конституишу објективни правни поредак (нпр. резолуција Уједињени за мир донета 1950. по писцима, је очит доказ да овакво тумачење не само да може имати позитивне политичке ефекте већ је, у неким случајевима, и нужно). Треба га опрезно примењивати јер прећутно даје тумачу легислативна овлашћења. Стога је најприхватљивије ако се примењује у виду аутентичног тумачења свих страна уговорница или претежног дела уговорница.

гг) Историјски метод. – Овај метод тумачења међународних уговора полази од историјских чињеница везаних за уговор који се тумачи. Те чињенице могу се односити на само доношење уговора а могу представљати и опште услове и околности које су постојале у време доношења уговора или су му претходиле. Отуда се примена овог метода усредсређује и своди углавном на испитивање било тзв. припремних радњи око доношења уговора (*le recours aux travaux préparatoires*) било општих околности и услова приликом закључења уговора који се тумачи.

Припремни радови су претходни нацрти, преписка преговоравача, записници о њиховим примедбама у комитетима и комисијама као и на заседањима, извештаји комитета и известилаца и јавне изјаве преговоравача. Предлаже се да се користе само они припремни радови у којима су све стране уговорнице заједно суделовале пре потписивању уговора. При коришћењу припремних радњи води се рачуна о правним традицијама, о техници закључења уговора, о искуству из унутрашњег права – све то помаже као помоћна средства у примени овог метода.⁵⁴

Допринос припремних радњи је посебно користан ако је текст уговора нејасан, али се одбија свака вредност припремних радњи ако је текст јасан. Међународно право *de lege lata* нити забрањује коришћење припремних радњи и радова у тумачењу међународних уговора нити то изричито захтева, већ се ограничено ослања на њих. Уговори закључени у одређеним околностима имају за циљ да потврде или измене одређено стање или да га укину стварајући из односа ново стање. Због тога и постоји тесна повезаност између уговорног текста и стања које је постојало у време доношења тог уговора.

Приликом коришћења овог метода узимају се у обзир и околности и услови који су претходили доношењу уговора; нове околности и чињенице које су настале пошто је уговор ступио на снагу; тумачење ситуације које произлази из уговора али коју

⁵⁴ М. Бартош, *op. cit.*, стр. 372–374. Не постоје општа правила о коришћењу припремних радњи и радова, већ се они према датом случају и околностима узимају у обзир. Постоји ограничење коришћења припремних радњи. Препоручује се опрезност, и поред тога што је њихово коришћење покаткад веома корисно, с обзиром на многобројне опасности које могу имати за последицу погрешно тумачење међународног уговора у питању. У доктрини се често наводи дефиниција припремних материјала од А. Mc Naira, као „омнибус” израз који се користи да укаже на све документе у току преговора (меморандуми, записници, нацрт уговора и сл.). (А. Mc Nair, *op. cit.*, стр. 411).

уговор није имао у виду приликом његовог закључења; прилике у којима се има уговор применити као и општа правна начела међународног права призната од просвећених народа.

Због свега тога, историјски метод тумачења међународних уговора је допунски метод, доста ограничен. Он не поседује самостални карактер, већ је само помоћно средство у утврђивању значења израза у једном међународном уговору. Иако се у пракси ређе истиче у доктрини а и у судској пракси се ређе врши непосредно позивање на њега, историјски метод ипак игра одређену улогу у тумачењу међународних уговора. Свако правилно тумачење траба да има у виду историјске чињенице, моменте и околности везане за уговор који се тумачи.⁵⁵

дд) Систематски метод. – По својој природи систематско тумачење је збирни метод те се додирује са осталим методама, посебно текстуалним али и другим. Састоји се у утврђивању смисла правног правила на основу везе између правила које се тумачи и осталих правних правила а у оквирима међународног права. Он нема самостални карактер, па га у доктрини ретко издвајају посебно. Његово коришћење уноси стабилност и извесност у уговорним односима и обезбеђује јединственост међународноправног поретка. Одредбе се тумаче у оквиру међународног права.⁵⁶

Одредбе уговора треба тумачити тако да их треба прилагодити стању успостављеним међународним правом а не да га укидају. При том се мора водити рачуна о сваком одговарајућем правилу које се тумачи између страна уговорница с обзиром на то да су правила променљива било у односу на време закључења уговора било на време тумачења уговора. Овај метод води рачуна пре свега о правилима међународног права која су важила у моменту закључења уговора (тј. у доброј вери, савесно), али да не искључују и правила у време тумачења уговора, посебно имајући у виду чињеницу да се уговор тумачи у целини „у светлу предмета и циља уговора”.

Систематски метод се примењује само на дизпозитивна правила из међународних правила а не и на обавезна, принудна правила општег међународног права (*ius cogens*). Међународни суд правде у случају Права пролаза истакао је да „одредбе уго-

⁵⁵ М. Бартош, *op. cit.*, стр. 375–383.

⁵⁶ С. Аврамов–М. Крећа, *op. cit.*, стр. 508.

вора морају бити тумачене на такав начин да се могу у највећој мери прилагодити правилима установљеним међународним правом а не укидају та правила”.⁵⁷

5. БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ОД 1969. И 1986. И ТУМАЧЕЊЕ УГОВОРА⁵⁸

Комисија за међународно право се прихватила покушаја кодификације правила о тумачењу уговора, мада је било врло тешко наћи решења која ће обухватити све могуће случајеве. Она се одлучила за најрестриктивнији приступ, који, по њој, изгледа да испуњава најосновније захтеве у области тумачења стриктно правних правила. Не улазећи у многа питања из ове области, које је доктрина и судска пракса већ истакла, о чему је већ било речи, за Комисију је било најважније да уговори буду тумачени савесно (*bona fide, de bonne foi*) и сагласно праву ако се жели да правило *pacta sunt servanda* има стварни значај. Водећи рачуна истовремено да се заузме став о улози текста уговора у тумачењу, као и о разлици између текста који је изражавао уговор и намере страна уговорница.

Комисија за међународно право је пошла од становишта, пре свега, да је текст уговора аутентични израз намера страна уговорница а не истраживање *ab initio* какве су биле намере страна уговорница („текст потписан, изузев ретких изузетака, једини је најскорашњији израз заједничке воље страна уговорница”).⁵⁹

Напред је било речи да се покаткад у доктрини ставља у сумњу корисност, штавише и постојање правила међународног права која уређују тумачење уговора. Тако, прва два специјална известиоца Комисије за међународно право (J. Brierly, H. Lauteracht) у припремном раду изразили су уздржаност у том смислу што се тиче постојања општих правила за тумачење уговора у међународном праву. G. Fitzmaurice, трећи специјални извести-

⁵⁷ I. C. J., Reports 1957, стр. 142.

⁵⁸ Конвенција о праву уговора, *Службени листи СФРЈ, Међународни уговори*, 30/72. Конвенција је потписана од СФРЈ 23. маја 1969, а ратификована 6. маја 1970. Ступила на снагу 30. јануара 1980; Конвенција о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација. Потписана од СФРЈ 21. марта 1986, а до сада није ратификована. Конвенција није ступила на снагу.

⁵⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 44, tome 1 (1952), стр. 199.

лац је из праксе међународних судова извукао извесна основна правила.⁶⁰ Најзад је Комисија после озбиљних расправа поднела у нацрту од 1966. ограничен текст по основним питањима, што је, у начелу, и прихваћено на Бечкој конференцији о праву уговора од 1968–1969. а такође преузето и на Бечкој конференцији од 1986.

а) Опште правило тумачења. – Изложићемо ово питање у три саставна поделка.

аа) Бечке конвенције од 1969. и 1986. дају полазну основу о тумачењу уговора: „Уговор се мора савесно тумачити у складу са уобичајеним значењем у њиховој целини и у светлости предмета и циља уговора” (став 1, члан 31). И даље, за изузетак: „Посебно значење придаће се једном изразу ако је утврђено да је таква била намера страна уговорница” (став 4, члан 31).

Поменути ставови члана 31. бечких конвенција садрже три различита начела односно правила: прво, савесно тумачење (*bona fide*) које произлази непосредно из правила *pacta sunt servanda*; друго, намера страна уговорница која произлази из редовног значења израза које су стране уговорнице употребиле (текст уговора); и треће, смисао одредбе треба тумачити у склопу целине уговора водећи рачуна о предмету и циљу уговора. Ова начела односно правила су потврђивана више пута у судској пракси, како сада Међународног суда правде, тако и Сталног суда међународне правде између два светска рата. Та позивања се врше на целину (контекст) уговора водећи рачуна и о уобичајеном значењу употребљених израза (текст уговора)⁶¹ као и предмету и циљу уговора.

⁶⁰ Annuaire de la C. D. I., 1966, vol. II, стр. 228, 289.

⁶¹ Стални суд међународне правде, у једном од првих својих саветодавних мишљења (случај надлежности Међународне организације рада у регулисању услова рада у пољопривреди) подвукао је да целина (контекст) је конституисана не само једним чланом и делом уговора где је израз употребљен, већ и целином уговора. Истиче се правило, да приликом литерарног тумачења речи не треба никада заборавити, да се реч за одређивање њеног смисла не сме посматрати изолованом, већ напротив, у вези са целом конвенцијом у којој је употребљена. Не би било могуће, одредити важност и значење једног израза, без обзира на целокупну конвенцију у којој се он налази. „Pour examiner la question actuellement pendante devant la Cour, à la lumière des termes mêmes du traité, il faut évidemment lire celui-ci dans son ensemble et l'on ne saurait déterminer sa signification sur la base de quelques phrases détachées de leur milieu et qui, séparées de leur contexte, peuvent être interprétées de plusieurs manières” (C. P. J. I., 1922, série B, No 2 et 3, стр. 22, 23); И даље, значење употребљених речи и израза изналазе се у контексту уговора а дејство одредбама даје се у њиховом редовном и природном смислу. Ако постојећи изрази, пошто им се пружи њихово природно и редовно значење, имају смисао у њиховој целини (контексту), испитивање (ис-

После доношења Бечке конвенције о праву уговора од 1969 (што такође важи и за Конвенцију од 1986) у доктрини је оцењено, да су се, у вези с тумачењем уговора, оне определиле за текстуални метод а као основну полазну тачку тумачења узеле „осветљавање значења текста, а не испитивање намере страна уговорница *ab initio*”. Сматра се да је опште прихваћено текстуално тумачење.⁶² Истовремено, значење израза се не узима *in abstracto*, већ у склопу целине у светлу предмета и циља уговора. Изразима се даје значење у обичном говору. Посебна или техничка значења израза установљавају се вољом страна уговорница која може бити изражена прећутно (кад такво значење произлази из склопа целине) или изричито (посебном одредбом којом се објашњава значење појединих израза). Како је посебно или техничко значење изузетак од општег правила да речи треба тумачити у њиховом уобичајеном значењу, то терет доказивања посебног значења речи пада на страну уговорницу која се на такво значење позива.⁶³

Из овог разлога, посебно је назначен наведени став 4. Општег правила (који се односи на посебно значење ако је потврђено да је таква намера страна уговорница) као изузетан случај када, упркос очитог значења уговорног израза, стране уговорнице су изразиле намеру да му дају посебан смисао.⁶⁴

бб) Даље настављајући јединствено опште правило тумачења, конвенције од 1969. и 1986. дају ближе објашњење, да по-

траживање) треба да се ту заустави. У Саветодавном мишљењу Међународног суда правде о надлежности Генералне скупштине УН за пријем држава УН стоји: „La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir du tribunal appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité est de s'efforcer de donner effet, selon leurs sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là ” (C. I. J., Recueil 1950, стр. 7–8, 9).

⁶² Међународни суд правде, после Другог светског рата, у више махова, прибегавао је исказу (објављивању) предмета и циља уговора у уводу (преамбули) за тумачење дате одредбе (случај држављана САД у Мароку, C. I. J., Recueil 1952, стр. 183, 184, 197, 198).

⁶³ *Annuaire de la C. D. I.*, 1966, vol. II, стр. 240, 241; С. Аврамов–М. Крећа, *op. cit.*, стр. 504, 507.

⁶⁴ *Annuaire de la C. D. I.*, 1966, vol. II, стр. 242. Значи, ако се жели посебно значење, које иначе није уобичајено, терет доказивања лежи на страни уговорници која на томе инсистира, тј. заснованост таквог тврђења лежи на њој (С. Р. Ј. I., случај правног статуса Источног Гренланда, 1933, sér. A/B, No 53, стр. 49 „Le sens géographique de terme „Groenland”, c'est à dire la dénomination qui est généralement employée dans les cartes pour indiquer l'île tout entière, doit être considéré comme l'acceptation usuelle de ce terme. Si l'une des Parties allégué qu'un sens inusité ou exceptionnel doit y être attaché, c'est cette Partie qui doit établir le bien-fondé de ce qu'elle avance”).

ред текста у који се укључује и његов увод и додаци, целина уговора обухвата: 1. сваки споразум у вези с уговором до кога је дошло између свих страна уговорница приликом закључења уговора; и 2. сваки инструмент који је сачинила једна или више страна уговорница приликом закључења уговора и које су стране уговорнице прихватиле као инструмент који је у вези с уговором (став 2, члан 31).

Значи, конвенцијама се ближе одређује шта се сматра „целина уговора”. Документ једностраног карактера не би се могао сматрати као „целина уговора” у смислу овог члана уколико није признат од других страна уговорница и није био признат приликом закључења уговора од осталих страна уговорница да се односи на уговор. Да ли ће се ове две групе докумената узети као целина уговора, зависи од страна уговорница да и ови додатни документи помажу да се разјасни уобичајено значење које треба дати уговорним изразима.

Бечке конвенције у поменутом ставу члана 31. прихватају екстензивну концепцију „целине” тако да тексту уговора придоду додатне споразуме и инструменте у вези с уговором који се тумачи али уз претходну сагласност свих страна уговорница.⁶⁵

вв) Приводећи регулисање о општем правилу тумачења уговора, бечке конвенције иду и даље, и врло опрезно али истовремено и спретно, утврђују: „Заједно са целином уговора водиће се рачуна: а) о сваком накнадном споразуму до кога је дошло између страна уговорница по питању тумачења уговора или примене њихових одредаба; б) о целокупној пракси до које је касније дошло применом уговора која представља споразум страна уговорница у погледу тумачења уговора; в) о сваком одговарајућем правилу међународног права које се примењује у односима између страна уговорница” (став 3, члан 31).

За објашњење „накнадног споразума” наводи се уобичајено у доктрини случај „Амбителос” у коме је Међународни суд правде изрекао: „... les dispositions de la Déclaration ont le caractère de clauses interprétatives et comme telles devraient être considérées comme parties intégrantes de Traité”. Ово је накнадни споразум, тј. издата декларација Грчке и Велике Британије као страна уговор-

⁶⁵ Ослонац за такав став може се наћи у Саветодавном мишљењу Међународног суда правде у случају надлежности Генералне скупштине у вези с пријемом држава у ОУН (I. C. J., Reports 1950, стр. 8).

ница о одређеним интерпретативним одредбама. Реч је о споразумима у вези са тумачењем уговора, постигнутим пре закључења уговора или пак, у моменту закључења уговора. Такође, и споразум о тумачењу једне одредбе постигнут (остварен) после закључења уговора чини аутентично тумачење страна уговорница. Тај накнадни споразум се укључује у уговор с циљем његовог тумачења.⁶⁶

За објашњење „целокупне праксе”, узима се да каснија пракса чини један накнадни објективни доказ споразума страна уговорница. Значај праксе је више пута потврђен за тумачење уговора. Она најизразитије показује како су стране уговорнице схватиле своје обавезе. То је више пута утврђено у пракси Сталног суда међународне правде односно Међународног суда правде.⁶⁷

Бечким конвенцијама у напред наведеном члану 31. предвиђа се да ће се приликом тумачења уговора, поред целине уговора, водити рачуна и о „сваком одговарајућем правилу међународног права које се примењује у односима између страна уговорница”. Како су правна правила подложна променама, поставља се питање временског елемента, тј. да ли су одговарајућа (релевантна) правна правила она која су важила у моменту закључења уговора или пак, правна правила која важе у моменту тумачења уговора? Ова дилема, како се наводи у доктрини, произлази из једне шире контраверзе, а наиме, да ли категорије намере странака ваља тумачити у смислу воље које су странке имале приликом закључења уговора (статичка концепција) или, пак, воље странака у моменту тумачења уговора (еволуционис-

⁶⁶ *Annuaire de la C. D. I.*, 1966, vol. II, стр. 241; *C. I. J.*, *Recueil* 1952, стр. 44 (exception préliminaire).

⁶⁷ *Annuaire de la C. D. I.*, 1966, vol. II, стр. 241, 242. Уколико би постојала каква сумња, Суд би могао с циљем успостављања правог смисла текста, испитивати начин на који је уговор био примењиван (Саветодавно мишљење о надлежности Међународне организације рада за међународно регулисање услова рада лица у пољопривреди: „Si une équivoque avait existé, la Cour, en vue d'arriver à établir le sens véritable du texte, aurait pu examiner la manière dont le traité a été appliqué” (*C. P. J. I.*, 1922, série B, No 2, стр. 39). Такође Међународни суд правде у случају Крфског канала је изјавио у вези с каснијом праксом држава око одштетног захтева Велике Британије према Албаније и следеће: „Il ressort de l'attitude ultérieure des parties que leur intention, lorsqu'elles ont conclu le compromis, n'était pas d'empêcher la Cour de fixer le montant de l'indemnité” (*C. I. J.*, *Recueil* 1949, стр. 25). Значи, у конкретном случају, вредност накнадне праксе се мења следећи меру када је (у којој је) она израз заједничких гледишта страна уговорница о значењу израза; за случајеве праксе Сталног суда међународне правде види: А. Гојевац, *Принципи и правила међународног права* који се излучују из јуриспруденције Сталног суда међународне правде у Хагу, Београд 1932, стр. 16–58.

тичка концепција). Приликом опредељења за једно или друго решење од значаја су два момента: 1. воља уговорница и 2. правила међународног права која су у основи уговора.⁶⁸

Опште је начело права по коме правна чињеница треба да буде цењена у светлости права на снази у моменту када она настаје. С обзиром на извесне примедбе влада, у вези са дејством које еволуција државних односа чини на право, као и са временским чиниоцем, поменуте бечке конвенције садрже текст који има општи карактер, не дајући непосредан одговор и независно од различитих могућих ситуација које су поменуте.

Уколико се стране уговорнице ни изричито ни прећутно о томе нису изјасниле, на органу који тумачи уговор је да одлучи које ће право применити. Како је истакнуто у извештају који је Комисија за међународно право поднела Генералној скупштини УН „коректна примена временског елемента нормално би била сугерирана (надахнута) тумачењем одредаба у доброј вери”.⁶⁹

Тумачење уговора на основу правила међународног права која су на снази у моменту тумачења је могућност којом се субјект који тумачи уговор може користити у односу на диспозитивна правила међународног права. Ако су, међутим, у основи уговора когентна правила тј. *ius cogens*, онда на основу концепције интертемпоралног права, уговорне одредбе морају бити тумачене на основу важећих когентних норми. То произлази из апсолутно обавезног карактера ове врсте правних правила.⁷⁰

Закључујући овај општи приступ тумачења уговора, може се констатовати да су одредбе о тумачењу означене под заједничким насловом „Опште правило тумачења”. Нема овде места хијерархији правила, већ стављајући све те одредбе у једнини, поред односа једних одредаба према другима, желело се, најпре Комисија за међународно право, а потом коначним усвајањем на бечким конференцијама 1968–1969. и 1986, да се означи да примена средстава тумачења предвиђених у члану 31. чине само сложenu радњу. Сви различити чиниоци (елементи), такви како су представљени у датој ситуацији, биће измешани у заједничком лонцу и резултат њиховог међуутицаја чиниће предметно правно тумачење. Зато је наслов у једнини а не у множини.

⁶⁸ С. Аврамов–М. Крећа, *op. cit.*, стр. 508.

⁶⁹ *Annuaire de la C. D. I.*, 1966, vol. II, стр. 242.

⁷⁰ С. Аврамов–М. Крећа, *op. cit.*, стр. 509.

Ово из разлога, што поступак тумачења чини целину. Све одредбе у поменутом члану су у уској зависности. Цео текст је упливисан обзирима логике а не обавезне правне хијерархије. Тумачење почиње од уобичајеног значења израза; затим, тумачи се уговор као целина; при том се води рачуна о предмету и циљу уговора; а затим, узима се у обзир накнадни споразум у погледу тумачења као и омеђена пракса; најзад, при том се примењују одговарајућа правила у односима између страна уговорница. Логички разлог који посредује овде се састоји у томе да су ови чиниоци спољни тексту, али сви исказују (представљају) обавезни карактер. Имамо одмерену комбинацију, пре свега, текстуалног тумачења с упоредним приступом циљног и логичког тумачења. Нема строгих и нормативних правила тумачења.⁷¹

б) Допунска средства тумачења. – Бечке конвенције од 1969. и 1986. такође упућују и на допунска средства тумачења. Оне прописују да се може прибећи допунским средствима, међу њима нарочито се издвајају припремне радње и околности под којима је уговор закључен, с циљем да се потврди смисао који произлази из примене горе наведеног општег правила тумачења или да се одреди значење, када дато тумачење сагласно горе наведеном општем правилу тумачења (члан 31): 1. оставља значење двосмисленим или нејасним; или 2. води очигледно апсурдном или неразумном исходу (члан 32).

Када је редовно значење израза у уговору јасно и повезано, нема потребе за другим допунским средствима тумачења. Такав је случај са многим судским одлукама. Тако Међународни суд правде у Саветодавном мишљењу о надлежности Генералне скупштине УН за пријем држава у ОУН то потврђује.⁷²

Међутим, ипак у пракси, покаткад су међународни судови, као и државе и међународне организације, прибегавали допунским средствима тумачења, посебно узимајући у обзир припрем-

⁷¹ *Annuaire de la C. D. I.*, 1966, vol. II, стр. 239, 240; С. Аврамов–М. Крећа, *op. cit.*, стр. 510, 511.

⁷² *Annuaire de la C. D. I.*, 1966, vol. II, стр. 242, 243; С. I. J., *Recueil* 1948, стр. 63; „La Cour considère le texte comme suffisamment clair; partant, elle estime ne pas devoir se départir de la jurisprudence constante de Cour permanente de justice internationale, d'après laquelle il n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair”. Такође, у случају плаћања српских дугова Француској, пред Сталним судом међународне правде 1929, имамо потврђен став, да с обзиром на то да су текстови обвезница јасни, тј. да саме облигационе исправе нису двосмислене, нема места позивању на припремне (прелиминарне) документе (С. P. J. I., 1929, série A, No 20–21, стр. 30).

не радње с циљем изналагања „редовног” значења текста. Тако, Стални суд међународне правде у случају Саветодавног мишљења око тумачења Конвенције од 1919. које се односе на ноћни рад жена, узима у обзир припремне радње у смислу значења израза поменутих конвенција.⁷³

Реч „допунски” употребљава се у значењу средстава намењених да олакшају тумачење под напред наведеном одредбом о општем правилу тумачења (члан 31), а не као самостална и различита средства тумачења. Ово је изузетак и то врло ограничен, а употребљава се само онда када претходни резултат по општем правилу о тумачењу (члан 31) и даље оставља значење двосмисленим или нејасним или пак води очигледно апсурдном или неразумном исходу.

Помоћу допунских средстава тумачења решавају се они друштвени односи који су присутни рађању уговора и уско су везани са међународним државним животом водећи рачуна о околностима у којима су закључени. Увек су везани са другим средствима тумачења.⁷⁴ Обично су подаци у припремним радовима поверљиви, често противречни и мало доказни. Употребљавају се уколико није дошло до одговарајућег тумачења другим средствима, да потврде тумачење добијено другим средствима или када ова недозвољавају „корисно дејство”. Судска пракса користи припремне радње изузетно.⁷⁵ По неким мишљењима у доктрини, садашња судска пракса више узима у обзир припремне радње.⁷⁶

У бечким конвенцијама од 1969. и 1986, на основу претходних нацрта које је израдила Комисија за међународно право (1966. и 1982), није се ближе указало шта су припремни радови (двострани и вишестрани уговори; припремни радови у преговорима; отворени и затворени уговори; случај држава које присту-

⁷³ *Annuaire de la C. D. I.*, 1966, vol. II, стр. 243; *C. P. J. I.*, 1932, série A/B, No 50, стр. 380: „Les travaux préparatoires confirment donc la conclusion à laquelle conduit l'étude du texte de la Convention, à savoir qu'il n'y a point de motif valable pour interpréter l'article 3 autrement que d'une manière conforme au sens naturel de ses termes”.

⁷⁴ О припремним радовима и околностима у којима је уговор закључен водило се рачуна у пресуди Међународног суда правде у спору Либије против Чада (*C. I. J.*, *Recueil* 1994, стр. 21).

⁷⁵ Случај „Амбитиелос” (надлежност), *C. I. J.*, *Recueil* 1952, стр. 45.

⁷⁶ *N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, op. cit.*, стр. 259. Писци наводе случај са најновијим одлукама (случај Тадић) Међународног кривичног трибунала за злочине почињене на територији бивше Југославије.

пају уговорима; и сл.). Такође, запажамо да се у бечким конвенцијама не набрајају таксативно допунска средства тумачења, већ се међу њима само издвајају „нарочито” припремни радови и околности под којима је уговор закључен. У доктрини се не дају назнаке које би добила допунска средства (историјски метод тумачења и др.).

Овај став о допунским средствима тумачења (посебно ако је реч о припремним радњама) иначе је став који произлази из међународне судске праксе о њиховом значају. Све ово у склопу (контексту) смисла члана 31. бечких конвенција као општем правилу тумачења. Допунска средства стављају се у положај да „потврде” смисао који произлази из тумачења на општи начин „Општег правила тумачења”. Тиме се установљава веза између ових одредаба и чува јединство поступка тумачења уговора. Такође, у бечким конвенцијама нема одговор на питање да ли ово допунско средство тумачења треба применити и код вишестраних уговора (уобичајено је само за двостране), с обзиром на то да се оне о томе посебно не изјашњавају.⁷⁷

в) Тумачење веродостојних текстова уговора. – Бечке конвенције од 1969. и 1986. посветиле су посебну пажњу тумачењу веродостојних (аутентичних) текстова уговора. Ево тих одредаба. Када је уговор проглашен изворним на два или више језика, његов текст је веродостојан на сваком од ових језика, уколико уговор не предвиђа или уколико се стране уговорнице нису споразумеле да у случају неслагања предност има одређени текст (став 1. члан 33). Кад се из веродостојног текста чини превод на још један језик, та се верзија сматра као веродостојна ако је то у уговору речено или су се стране уговорнице о томе споразумеле (став 2, члан 33).

По бечким конвенцијама од 1969. и 1986. претпоставља се да изрази у једном уговору имају исти смисао у свим веродостојним текстовима (став 3, члан 33).

У случају, пак, када се не може отклонити различито значење израза, утврђивањем веродостојних текстова, по нацрту Комисије за међународно право са којим се дошло на Конфе-

⁷⁷ М. Бартош, *op. cit.*, стр. 372–378; N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, стр. 259, 260. Ово посебно важи за отворене вишестране споразуме, где имамо нове стране уговорнице које приступају таквим споразумима, и у вези с тим, поставља се проблем објављених и необјављених докумената у припремним радњама и радовима за закључење вишестраних уговора општег значаја.

ренцију у Бечу 1968–1969. предложено је да се усвоји оно значење које усклађује текстове у највећој могућој мери. На Конференцији, пак, 1968–1969. дошло је до допуне и више прецизности ове одредбе, па је став Комисије за међународно право измењен и признато решење по коме, услед несагласности веродостојних текстова „усвојиће се оно значење које, водећи рачуна о предмету и циљу уговора, најбоље усклађује ове текстове”. Све ово, свакако ако одређеном тексту није дата предност међу изворним текстовима (став 4, члан 33. бечких конвенција). Тако је предмету и циљу уговора, дато истакнуто место у тумачењу уговора.⁷⁸

У међународној судској пракси изражена је тежња да се помире различите верзије које су веродостојне, ако пак то није било могуће, давала се предност најјаснијем тексту или најизричитој а који одговара најбоље „општим преокупацијама” страна уговорница. То је потврђено у више одлука највишег међународног судског органа и пре и после Другог светског рата.⁷⁹

Редакција уговора на два или више језика је чест феномен. После стварања ОУН, вишестрани уговори (општи, посебно уговори-закони) су израђени и установљени на пет језика и они су често многобројни (енглески, француски, руски, кинески и шпански). Такав је случај и са двама бечким конвенцијама од 1969. и 1986. које у овом раду истражујемо. Када је уговор вишејезичан, може се имати или не разлика у статусу између текстова у циљу тумачења. Уводе се различите квалификације: веродостојни, званични текстови, званични преводи. Веродостојни језик у мировним уговорима после Другог светског рата је енглески, руски и француски.⁸⁰

⁷⁸ У случајевима нејасноће може се прибећи и узети у обзир и то на којем је језику текст уговора најпре састављен (радни језик редактора, известиоца, комисије, одбора и др.).

⁷⁹ С. Р. Ј. I., случај концесија Мавроматис, 1924, *série A*, No 2, стр. 29; случај стату-са пољских држављана у Данцигу, 1932, *série A/B*, No 44, стр. 26; С. I. J., случај војних и паравојних активности у Никарагви *Recueil* 1984, стр. 407.

⁸⁰ Члан 90. с Италијом; члан 42 с Мађарском; члан с 40. с Румунијом; члан 38. с Бугарском; итд. (истовремено текстови на италијанском, мађарском, бугарском језику итд. су једноставно „званични”). Мировни уговори после Првог светског рата (Сен-жерменски; Трианонски, Нејски) су посебан случај. Редиговани су на француском, енглеском и италијанском а предност у случају неслагања има француски језик изузев дела тих уговора који се односе на Пакт Друштва народа и Међународну организацију рада.

Сада је уобичајено да већина уговора формалног карактера садрже изричиту одредбу којом се одређује статус језика. За сврхе тумачења уговора, у начелу, имамо једнакост језика и сви текстови су веродостојни, сем ако није другојачије предвиђено уговором. Има чак случајева када један дати текст се сматра веродостојним између извесних страна уговорница, а други текст имеђу других (члан 10. Брест-литовски уговор из 1918).

И најзад, има случајева, што није ретко, да један уговор закључен између две земље, пошто језик једне стране уговорнице није разумљив за другу страну или да ни једна од две државе не жели да призна првенство других језика, означаје текст трећег језика као веродостојан.⁸¹

У пракси, постојање веродостојних текстова на два или више језика, често отежава а често олакшава тумачења уговора. Редак је случај да уговори веродостојни на више језика не представљају неку разлику између текстова. Прикладан дух сваком језику, одсуство потпуне сагласности или недостатак времена да се усагласе текстови, могу да произведу мање или чак веће разлике у значењу израза (текстова).

Изражен на више језика, уговор остаје јединствен, који садржи само низ израза, чије тумачење је регулисано само наведеним одредбама бечких конвенција (чл. 31. и 32). Јединство уговора и сваки од његових израза је од основне важности у тумачењу вишејезичких уговора и ово јединство је сачувано захваљујући сплету (споју) начела једнаке вредности веродостојних текстова и претпоставке да су стране уговорнице хтеле да дају употребљеним изразима исто значење у различитим текстовима.⁸²

*
* *

Бечке конвенције од 1969. и 1986. дају само руководна начела и правила и утврђивање значења речи које су стране уго-

⁸¹ Уговор о пријатељству између Јапана и Етиопије од 1957. сачињен је на јапанском, ахмарском и француском језику а француски текст је веродостојан у случају несагласности у тумачењу (*Nation Unies, Recueil des Traités*, vol. 325, стр. 300). И у уговорима Југославије са суседним зељама после Другог светског рата, било је више случајева да се узима француски језик као веродостојан а не језик страна уговорница.

⁸² *Annuaire de la C. D. I.*, 1966, vol. II, стр. 245.

ворнице дале у тексту уговора који се тумачи. Могу се извући неколико општих закључака из њих: 1. тумачење уговора треба да се врши у доброј вери (савесно); то је у складу и произлази из општег, основног начела *pacta sunt servanda*; 2. даје се предност текстуалном (језичком) методу уз одговарајуће признање и другим методама, који су добили одговарајуће место у бечким конвенцијама; и 3. субјект који тумачи уговор упућен је на суштинске, унутрашње елементе уговора и њихову међусобну зависност.

Бечке конвенције не утврђују хијерархијски значај правила и метода тумачења, којих се треба држати. Пружа се субјектима тумачења велика ширина и слобода. Поменути ред правила тумачења који се даје у бечким конвенцијама нема нормативни карактер. Субјект тумачења у конкретном случају одлучује који поступак и који метод ће употребити.⁸³

У међународноправној доктрини је изражена одређена критичност према, како је то речено, извесној вештачкој поједностављености од стране бечких конвенција у формулисању јединственог „општег правила тумачења”. Али истовремено је додато да се остали методи, спретно придружују овом основном правилу а то је све изражено у члану 31. став 1. Бечке конвенције од 1969. године. Ово становиште је потврђено у судској пракси. Између различитих средстава и коришћених правила за тумачење уговора, што је функција овог основног захтева, треба извршити избор између различитих метода који најбоље одговара конкретном случају.⁸⁴

Тумач међународног уговора може користити било које средство, може дати предност овом или оном средству или их комбиновати. Треба постићи резултат најочигледнији, најлогичнији и најефикаснији. Са пуно спретности и духа треба приступити тумачењу уговора а разне методе треба комбиновати. Доћи до једне синтезе је доста тешко па се и доктринарна мишљења разликују. Често доктринарни ставови уступају место околностима у којима се тумачи уговор. И поред успешне синте-

⁸³ С. Аврамов–М. Крећа, *op. cit.*, стр. 510–511: „... разлика између елемената који су изричито предвиђени уговором и оних који прећутно изражавају намеру уговорница је релевантна само у светлу метода тумачења који су прихватљиви са становишта утврђивања намере уговорница”. Логички ред ствари, који није нормативни, сугерише да је језички метод први метод коме тумач треба да прибегне.

⁸⁴ С. I. J., спор између Либије и Чада, *Recueil* 1994, стр. 21; N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, стр. 257.

зе која је постигнута у бечким конвенцијама, није се могло водити рачуна о свим посебностима и нијансама. Бечке конвенције само су дале извесну скицу општих тенденција у тумачењу уговора. Тумачи међународних уговора истовремено воде рачуна о осетљивости суверених држава, с једне стране, а с друге, често и коришћењем средстава и правила постиже се тумачење које води примени једног датог метода коришћењем другог.⁸⁵

Начелима и правилима тумачења која нису поменута у бечким конвенцијама, не одриче се корисност, већ се само нека од њих наводе. Нема апсолутне и опште вредности приступа и метода који би се механички применили у поступку тумачења. Постоји нераздвојна свеза у употреби разних приступа и метода, тј. немогуће их је апсолутно одвајати једне од других. Треба користити све методе било појединачно било у комбинацијама или паралелно, а њихова је посебна вредност у томе ако доведу до истих резултата у тумачењу уговора. Тумачење уговора је једна неразлучива целина употребе различитих метода.⁸⁶ С правом се може рећи да је то мајсторство посебног квалитета.

Stevan Djordjević⁸⁷

THE INTERPRETATION OF INTERNATIONAL CONVENTIONS

Summary

Two essential features emerge from the definition of interpreting legal acts in general and international conventions, in particular. The first is a free, intellectual act that is not subject to strict legal rules. Secondly, only the clauses of a convention that are not clear need interpretation, whether they are unclear, ambiguous, or polysemous. Interpretation is connected with the implementation

⁸⁵ N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, стр. 260.

⁸⁶ М. Бартош, *op. cit.*, стр. 384, 385. То показује да се комбинација намера страна уговорница, постизање циља, историјских елемената и пре свега текста уговора морају схватити као једна целина, с тим да ће онај који тумачи уговор у датом моменту дати превагу једном од приступа и метода, али тако да се тиме не пренебрегавају други методи релевантни за тумачење уговора. Ово показује да се међународне обавезе морају посматрати у свом историјском кретању и да се за такво испитивање морају користити сви приступи и методи, не губећи из вида да уговорне обавезе постоје зато што су им стране уговорнице приступиле сувереном вољом.

⁸⁷ Dr. Stevan Djordjević, Full Professor of the University in Belgrade.

of the convention, but also with the broader meaning of the notion of the convention as a whole. The sense and the significance of the interpretation of the convention lies in the fact that one does not go beyond what the contracting parties have decided. Seeing that international conventions are not concluded in empty space, but within a given international legal order, within which the contracting parties exist, attention will be paid to this background and foundation in the process of interpretation.

First of all, the paper gives a thorough presentation of the doctrinary views on the aim, subjects and rules of interpreting the convention, with the appropriate quotations and confirmation of those standpoints in international cases. It then enumerates the approaches and methods of interpretation, from the most frequently quoted in practice and doctrine: textual (linguistic, exegetic), logical, historical, teleological, and systematic interpretation.

The 1969 and 1986 Vienna Conventions on the Law on International Conventions merely establish an integral, general rule on interpreting international conventions (Article 31), adding to this complementary means of interpretation (Article 32), as well as clauses on the interpretation of the credible wording of conventions (Article 33). Several general conclusions are drawn from all the clauses of the Vienna Conventions, as a whole: 1. The interpretation of international conventions should be done in good faith; this is in keeping with and proceeds from the general, fundamental principle of *pacta sunt servanda*; 2. Priority is given to the textual (linguistic) method with the appropriate recognition of other methods, that have acquired an adequate place; and 3. The subject who interprets the international convention is guided to the essential, internal elements of the conventions and their inter-dependence.

It is true that the 1969 and 1986 Vienna Conventions on the Law on International Conventions offer only guiding principles and rules, and the establishment of the meaning of the words, which the parties have given in the text of the convention. They do not establish the hierarchical order of the importance of the rules and methods of interpretation, which must be strictly adhered to. Great latitude and freedom of interpretation are offered to the subjects. The usefulness of the principles and rules of interpretation that are not mentioned in the Vienna Conventions is not denied. The individual, combined or parallel use should be made of all methods. One can rightfully say that the interpretation of international conventions is an art of special quality.

Key words: *Interpretation. - International conventions. - Methods of Interpretation.*

Stevan Djordjevic*

INTERPRETATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES

Résumé

L'interprétation des actes juridiques en général et des conventions internationales en particulier sous-entend deux éléments : 1. il s'agit d'une libre activité intellectuelle qui n'est pas soumise à des règles de droit strictes. 2. seules les dispositions des conventions qui ne sont claires, c'est-à-dire celles qui sont ambiguës ou polysémiques nécessitent l'interprétation. Le besoin d'interpréter un texte surgit surtout au moment de l'exécution des conventions mais il peut concerner la notion de convention dans son ensemble. L'importance de l'interprétation des conventions et son sens inhérent exigent que l'on n'aille pas au delà de ce qui a été décidé par les parties. Comme les conventions internationales ne sont pas conclues dans un espace juridique vide, mais dans le cadre d'un ordre donné du droit international où agissent les parties contractantes elles-mêmes, il convient au moment de l'interprétation de tenir compte de cette base juridique.

L'auteur passe en revue les opinions dans la doctrine sur le but, les sujets et les règles de l'interprétation des conventions avec des références aux cas de la jurisprudence des juridictions internationales. Suivent les approches et les méthodes de l'interprétation utilisées dans la pratique et dans la doctrine, c'est-à-dire l'exégèse, interprétations logique, téléologique, historique et systématique.

Les conventions de Vienne du droit conventionnel de 1969 et de 1986 se contentent de définir une règle générale de l'interprétation des conventions (art.31) en ajoutant des moyens additionnels d'interprétation (art. 32) ainsi que les dispositions sur l'interprétation des textes des conventions qui font foi (art. 33). De cet ensemble, on peut tirer quelques conclusions d'ordre général : 1. les conventions doivent être interprétées de bonne foi ; ceci est en parfait accord avec la règle générale *pacta sunt servanda* 2. la primauté dans l'interprétation est accordée à la méthode textuelle (exégèse) tout en reconnaissant une place adéquate aux autres méthodes mentionnées 3. le sujet qui interprète les conventions est amené à le faire tenant compte des éléments inhérents fondamentaux de la convention et de leur interdépendance mutuelle.

Selon l'auteur, les conventions de Vienne ne posent que les principes et les règles générales pour l'interprétation du sens des termes que les parties contractantes ont utilisé dans le texte de la convention en question. Elles ne fixent

* Dr. Stevan Djordjevic, professeur d'Université.

point l'importance hiérarchique des règles et des méthodes d'interprétation et l'on n'est pas contraint de s'y attacher avec rigueur. Or, les sujets disposent d'une liberté considérable dans le processus d'interprétation des textes. Par ailleurs, les principes et les règles d'interprétation qui ne sont pas mentionnés dans les conventions de Vienne ne sont pas privés pour autant de toute utilité. En interprétant les textes, il faut se servir de toutes les méthodes possibles soit séparément soit parallèlement soit en les utilisant dans leur interdépendance.

On peut dire en conclusion que l'interprétation est un art aux caractères particuliers.

Mots-clés : *Interprétation. – Méthodes d'interprétation.- Conventions Internationales. – Conventions de Vienne.*

Дејан Б. Ђурђевић⁰

УТИЦАЈ НЕДОЗВОЉЕНОГ МОТИВА НА ПУНОВАЖНОСТ ТЕСТАМЕНТА

Пошћо је тесћаменџ доброчин љравни посао, завешћочевџ моћиви увек улазе у каузу. Ако је завешћалац љриликoм сачињавања тесћаменџа био вођен недозвољеним побудама, љакав тесћаменџ ће бити ајсолућно нишћав. О недозвољеној побуди се љовори у следећим случајевима: 1) када завешћалац љежи да љућем тесћаменџа ућиче на наследника или исћорукoј-римџа на љонашање које је само љо себи у сућројносћи с љпринудним прописима, јавним љоретћком и добрим обичајима, 2) када завешћалац љежи да љућем расћолађања за случај смрћи ућиче на наследника или леђаћара на љредузимање радње која сама љо себи није у сућројносћи са јавним љоретћком и добрим обичајима, али љо љосћаје када се доведе у везу с имовинском корџићу из тесћаменџа и 3) када нађрада или казна коју завешћалац чини љућем тесћаменџа није у хармонији с јавним љоретћком и добрим обичајима. Терет доказивања недозвољеносћи завешћочевџ побуда љада на она лиша која се љозивају на нишћавосћ као своју љредносћ. У случају кумулације дозвољених и недозвољених моћива, тесћаменџ ће бити ајсолућно нишћав само ако недозвољени моћиви буду одлучујуће ућицали на завешћалоца да расћолаже за случај смрћи.

Кључне речи: *Моћив (побуда). – Кауза. – Тесћаменџ. – Нишћавосћ.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Код добротиних уговора мотив увек улази у каузу.¹ Следствено томе, побуда која је у супротности с принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, увек има за последицу апсолутну ништавост добротиног уговора. Правила Закона о

⁰ Мр Дејан Б. Ђурђевић, асистент Правног факултета у Београду.

¹ Видети члан 53, став 3. Закона о облигационим односима; Слободан Перовић (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1995, књ. I, стр. 124.

облигационим односима, којима је уређена материја уговорног права, сходно се примењују и на тестамент.² Одатле произилази да ће бити апсолутно ништаво оно завештање које је завешталац саставио вођен недозвољеним побудама.

Поменуто правило отвара читав низ теоријских и практичних питања. Прво питање тиче се појмовног разграничења мотива и каузе. Да ли је реч о истим или различитим установама? Друго питање односи се на правнополитичке разлоге због којих законодавац строже третира недозвољену побуду код добротних правних послова. Треће питање односи се на утврђивање и доказивање недозвољеног мотива, с обзиром на то да је мотив унутрашња чињеница која се не може непосредно доказивати. У вези с овим, поставља се и проблем терета доказивања недозвољене побуде. И на крају, јавља се и проблем кумулације недозвољених и дозвољених побуда. Предмет овог рада управо је разматрање свих ових питања која су везана за утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестаментa.

2. ПОЈМОВНО РАЗГРАНИЧЕЊЕ МОТИВА И КАУЗЕ

Мотив (побуда) није исто што и кауза (основ) правног посла.³ Када правни субјект предузме правни посао, он то чини из неког разлога. Разлози због којих настаје правни посао су различити, ближи или даљи, посредни или непосредни, правни, економски, морални итд. Кауза је *непосредан правни циљ* који се остварује предузимањем правног посла. Мотив (побуда) је посредан, „удаљенији покретач” ради којег неко лице предузима правни посао.⁴ Мотив изазива жељу да се постигне одређени правни циљ (кауза) а из тог правног циља даље произилази предузимање правног посла. Због тога се у литератури каже да за разлику од каузе, која је „циљ првог реда”, мотиви представљају „циљеве другог реда”.⁵

² Видети члан 25, став 3. ЗОО; Оливер Антић, „Закон о облигационим односима и наследноправни уговори”, *Правни животи*, бр. 10–12/88, стр. 1747 и даље.

³ Видети: Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 323 и даље.

⁴ Михаило Константиновић, *Облигационо право* (према белешкама с предавања), Удружење студената Правног факултета у Београду, Београд, 1956, стр. 43.

⁵ Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2000, стр. 86.

Осим наведене између каузе и мотива постоји још једна значајна разлика која се огледа у томе што је кауза апстрактни правни појам те је истоветна код правних послова исте врсте.⁶ Код сваке купопродаје кауза продавчеве обавезе је исплата цене од стране купца. Међутим мотиви представљају конкретне фактичке циљеве, тако да иза истоврсних правних послова могу стајати најразличитији мотиви. Новац који добија продајом ствари, једном продавцу је потребан да би купио нову ствар, другом да би отишао на летовање, трећем да би платио дуг итд. Кауза је саставни део правног посла и код највећег броја правних послова (каузални правни послови) она је видљива и позната осталим учесницима у правном промету. Мотив је лична ствар сваког субјекта који предузима правни посао и не мора бити видљив.

Разликовање мотива и каузе нема само теоријски већ и практичан значај. Да би настао пуноважан правни посао, неопходно је да има дозвољену каузу.⁷ Мотив нема такав правни значај. По правилу, недозвољеност мотива не утиче на пуноважност правног посла.⁸ Међутим, постоје ситуације када ће недозвољена понуда имати за последицу ништавост правног посла. Да би дошло до тога потребно је да се испуне одређени услови који нису исти код добротних и теретних правних послова. Код добротних правних послова захтева се само један услов: да је недозвољена побуда битно утицала на одлуку субјекта да предузме правни посао.⁹ Код теретних правних послова, потребна су два услова: 1) да је недозвољена побуда битно утицала на одлуку једне стране да предузме правни посао и 2) да је друга страна то знала или морала знати.¹⁰

3. РАТИО РАЗЛИЧИТОГ ТРЕТМАНА КОЈИ НЕДОЗВОЉЕНИ МОТИВ ИМА КОД ТЕРЕТНИХ И ДОБРОЧИННИХ ПРАВНИХ ПОСЛОВА

Правнополитички разлози због којих се недозвољена побуда строже третира у материји добротних располагања, огле-

⁶ Михаило Константиновић, *op. cit.*, стр. 43. Желимир Шмалцељ из тог разлога каузу назива „објективном каузом” а мотив „субјективном каузом”. Видети његов чланак: „Допуштена основа уговорних обвеза”, *Наша законџосћ*, бр. 1/80, стр. 25.

⁷ Видети члан 51, став 1. Закона о облигационим односима.

⁸ Видети члан 53, став 1. Закона о облигационим односима.

⁹ Видети члан 53, став 3. Закона о облигационим односима.

¹⁰ Видети члан 53, став 2. Закона о облигационим односима.

дају се у специфичностима које се срећу код добротичних правних послова.¹¹

Код теретних правних послова, лице које добија неку корист из правног посла, дугује за то накнаду. Давање једне стране своје оправдање налази у извршењу противуслуге, што евентуалне пропратне околности чини излишним или их ставља у други план.¹² На пример, продавац који одлучи да прода неку ствар, у доношењу одлуке да ли ће и са ким ће да закључи уговор, преваходно се руководи ценом коју нуди потенцијални купац. Цена коју је купац спреман да плати биће продавцу довољан разлог да пристане на закључење уговора. Са малом вероватноћом се може рачунати на то да би продавац могао да искористи своју слободу уговарања зарад остварења неких других циљева, који нису иманентни купопродајном уговору. Теретни уговор с тога тешко може постати средство путем којег ће се вршити утицај на понашање друге стране, а још мање би се могао третирати као награда за одређено понашање другог уговорника. Осим тога, код теретних правних послова се штити принцип поверења у правном промету, те би било у супротности са тим принципом да се правни посао поништи због недозвољеног мотива једне стране, ако друга страна за ту околност није знала и није ни могла знати.¹³

Са добротичним правним пословима ситуација стоји другачије. Чињеница да завешталац својим завештањем бесплатно увећава имовину завештајног наследника или испорукопримца, може да послужи као средство да се тестаментарни наследник или легатар наведу на понашање које је у складу са завештаочевим жељама.¹⁴ Иако је тестамент правни посао *mortis*

¹¹ Слободан Перовић (ред.), *op. cit.*, књ. I, стр. 124.

¹² Слободан Перовић (ред.), *op. cit.*, књ. I, стр. 124; Борис Визнер, „Правно-релевантно значење заблуде о мотиву”, *Гласник Адвокатске коморе САП Војводине*, бр. 1/77, стр. 17 и даље.

¹³ Михаило Константиновић, *Облигационо право*, стр. 45–46; Стојан Цигој, у: Борислав Благојевић/Врлета Круљ (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, II изд., Београд 1983, књ. I, стр. 195; Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, књ. I, стр. 244–245.

¹⁴ Georg Thielmann, *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, Berlin, 1973, стр. 131. Ово је иначе примећено код свих добротичних правних послова. Ж. Ђурђевић и В. Станковић истичу да је: „правни поредак опрезан и скептичан према добротичним уговорима, што су побуде због којих се закључују ови уговори често противзаконите и неморалне.” (Живомир Ђурђевић/Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд 1986, стр. 223).

causa, његова опозивост га претвара у ефикасно средство путем којег завешталац може управљати лицем коме оставља неку корист.¹⁵ Могуће је да завешталац не жели да утиче на понашање наследника или легатара, јер је дефинитивно задовољан или разочаран његовим поступцима. У таквим ситуацијама тестамент може имати карактер награде за понашање или склоности који су завештаоцу по вољи, а с друге стране опозивање завештања, искључење из наследства,¹⁶ или пак одређивање извршиоца тестаментa¹⁷ има карактер казне. Сем тога, код доброчиних правних послова се не штити поверење лица које прима корист из правног посла,¹⁸ тако да не постоји препрека да правни посао буде поништен због недозвољене побуде и онда када је друга страна била савесна.¹⁹ Такође, строже правне последице недозвољене побуде, које постоје код доброчиних правних послова, правдају се и правилом по коме правна заштита бесплатног стицаоца има слабији интензитет од заштите коју ужива прибавилац који плаћа.²⁰

¹⁵ Ulrich von Lübtow, *Erbrecht – Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1971, Bd. 1, стр. 390.

¹⁶ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 131.

¹⁷ На пример, када иза оставиоца остане његова супруга као законски наследник, одредба у завештању којом он за извршиоца тестаментa поставља своју љубавницу представљала би казну за закониту жену јер је она на тај начин понижена. Видети: Wilhelm Simshäuser, *Zur Sittenwidrigkeit der Gelibten-Testamente*, Bielefeld 1971, стр. 49; Dietrich Reinicke, „Anmerkung zum Urteil des BGH III ZR 188/65 vom 17. 3. 1969“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1969, стр. 1344.

¹⁸ Ово посебно важи за завештајна располагања. Заштита поверења (принцип *bona fide*, Vertrauensprinzip) својствена је уговорном праву зато што изјава воље једног уговорника (понуда или прихват понуде) мора бити примљена од стране другог, да би могла произвести правна дејства (*empfangsbedürftige Willenserklärungen*). Насупрот томе, завештаочева изјава не мора бити примљена од стране наследника или легатара да би произвела правна дејства (*nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen*). Завештајни наследници и легатари стичу то својство у тренутку завештаоачеве смрти независно од тога да ли су знали да су означени у тестаменту. Код завештања не постоји лице које би било пријемник завештаоачеве изјаве. Осим тога, тестаментарном праву је страна заштита поверења, с обзиром на то да га завешталац може опозвати све до своје смрти. Из тог разлога се у завештајном праву доследно примењује теорија воље. Законодавац код нормирања правила тестаментарног права више води рачуна о стварној вољи завештаоца, пошто не постоје пријемници чији би се интереси морали штитити. Више о томе видети: Hans Brox, *Erbrecht*, 20. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2003, стр: 125. Reiner Frank, *Erbrecht*, 2. Auflage, München, 2003, стр. 83.

¹⁹ Михаило Константиновић, *op. cit.*, стр. 47; Стојан Цигој, *op. cit.*, стр. 195.

²⁰ Желимир Шмалцел, „Допуштена основа уговорних обвеза“, *Наша законикосић*, бр. 1/1980, стр. 20. Ово правило је нашло своје место код многих института грађанског права. На пример, стицање својине од невластника или побијање правних послова.

4. КАДА ПОСТОЈИ НЕДОЗВОЉЕНА ПОБУДА?

Чињеница да завештање може да послужи као средство утицаја на завештајног наследника или легатара и као инструмент за награђивање и кажњавање универзалних и сингуларних сукцесора, нема за последицу повреду јавног поретка и добрих обичаја.²¹ Тако, ако завешталац остави легат свом рођаку студенту, у намери да га на тај начин подстакне да што пре дипломира, такав мотив завештаоца неће бити у супротности с јавним поретком, иако је очигледна тежња оставиоца да путем располагања за случај смрти утиче на понашање легатара. У светлу изложеног, поставља се питање у којим ситуацијама треба узети да је оставиочев мотив био недозвољен?

У теорији је владајуће становиште да приликом оцене да ли је нека завештаочева побуда недозвољена треба поћи од сврхе коју је тестатор хтео да постигне тестаментом. Сходно томе, може се рећи да недозвољена побуда постоји у три ситуације:²²

1) када завешталац тежи да путем тестаментa утиче на наследника или испорукопримца на понашање које је само по себи у супротности с принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, на пример, да изврши кривично дело и сл.;

2) када завешталац тежи да путем располагања за случај смрти утиче на наследника или легатара на предузимање радње која сама по себи није у супротности с јавним поретком и добрим обичајима, али то постаје када се доведе у везу с имовинском коришћу из тестаментa. Као пример можемо навести ситуације када завешталац настоји да путем завештања изврши утицај на наследнике или легатаре у доношењу одлука које спадају у строго личну сферу, као што су: закључење брака, развод брака, ступање у ванбрачну заједницу, развргавање ванбрачне заједнице, промена религије и сл. Све ове радње, када се посматрају изоловано, саме за себе, дозвољене су, али када се повежу с финансијским добитком постају неморалне, а самим тим противне јавном поретку и добрим обичајима;

3) када награда или казна коју завешталац чини путем тестаментa није у хармонији с јавним поретком и добрим обичајима;

²¹ Wolfram Müller-Freienfels, „Zur Rechtsprechung beim sog. Mätressen-Testament“, *Juristenzeitung*, 1968, стр. 444.

²² Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 135.

ма. Другим речима, када завешталац у тестаменту иде за тим да награди наследника или испорукопримца за понашање које не одобравају принудни прописи, јавни поредак и добри обичаји (на пример, завештавање у корист терористе као награда за извршење терористичке акције), или да казни своје сукцесоре за поступке који се не супротстављају јавном поретку и добрим обичајима (на пример, када завешталац услед својих расистичких уверења искључи из наследства сина који је оженио Кинескињу).

Мотив ће бити недозвољен и онда када завешталац иде с тим да награди наследника или легатара за понашање које само по себи није у супротности с јавним поретком и добрим обичајима, али то постаје повезивањем с финансијским добитком (на пример, завештање у корист љубавнице, као награда за сексуално подавање). Разликовање завештаочевих мотива на мотиве сврхе (којима се утиче на понашање наследника или легатара) и мотиве награде (казне) за већ постојеће понашање наследника или легатара управо долази до изражаја код ових понашања која постају супротна јавном поретку довођењем у везу с финансијским добитком. Мотиви сврхе ће, у таквим ситуацијама увек бити недозвољени, што није случај с мотивима награде. На пример, недозвољени мотив имамо како код тестаментa сачињеног у корист љубавнице да би се навела на ступање у сексуалне односе, тако и код завештања у корист „будућег зета” које је ишло с тим да га подстакне да ожени оставиочеву ћерку (мотив сврхе). Међутим, тестаментарно располагање у корист љубавнице као награда за сексуално подавање ће бити ништаво, што не важи за тестамент у корист зета, који се такође може третирати као „накнадна награда за венчање са завештаочевом ћерком”.²³

Када је реч о недозвољеном „мотиву кажњавања”, он се не сме схватити као супротност „мотиву награђивања”. Другим речима, тамо где није дозвољено завештаоцу да искључи наследника, не мора да значи да неће бити дозвољено да га награди за супротно понашање.²⁴ То можемо показати на једном примеру. Ако је завешталац сачинио тестамент којим је целокупну заоставштину оставио свом сестрићу, да би га наградио за то што је послушао оставиоца, напустио студије менаџмента и с успе-

²³ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 136.

²⁴ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 138.

хом завршио правни факултет, такав мотив није недозвољен. Али, то не значи да није недозвољено кажњавање за супротно понашање, тј. искључење сестрића из наследства зато што је студирао и завршио менаџмент, а не право, како му је сугерисао оставилац.

5. УТВРЂИВАЊЕ МОТИВА

Једно од питања које је веома значајно за практичну примену правила по коме недозвољени мотив тестатора има за последицу апсолутну ништавост завештања, тиче се утврђивања и доказивања мотива. Утврђивање завештаочевих мотива у сваком конкретном случају наилази на једну огромну тешкоћу. Та тешкоћа је у томе што мотив завештаоца, као унутрашњу чињеницу није могуће непосредно доказивати, нарочито ако се има у виду да је тестамент правни посао *mortis causa*, и да суд нема могућност да саслушањем завештаоца изводи доказ о његовом мотиву. Стога су судови упућени на другачији поступак, на посредно доказивање – тј. доказивање помоћу индиција.²⁵

Наиме, код непосредног доказивања суд извођењем доказа утврђује да ли постоји или не постоји чињеница која улази у чињенични основ одлуке, тј. која улази у чињенични скуп који треба да се оствари да би се испунио услов за примену материјалноправне нормe.²⁶ С друге стране, код посредног доказивања суд извођењем доказа утврђује постојање неке чињенице која не улази у чињенични основ одлуке, и која се назива индиција или помоћни предмет доказивања, а потом логичким извођењем из индиције стиче закључак о чињеници која је предмет доказивања.²⁷

Једна од индиција која долази у обзир приликом утврђивања завештаочевих мотива јесте сама изјава завештаоца у завештању.²⁸ Из завештаочевих формулација суд би могао да изведе закључак о томе шта је била завештаочева побуда када је сачињавао тестамент. Ако завешталац сачини завештање ко-

²⁵ Paul Mikat, „Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit“, *Festschrift für Hans-Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965*, München und Berlin, 1965, Bd. I, стр. 581.

²⁶ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1999, стр. 231.

²⁷ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 231–232.

²⁸ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 139.

јим искључује из наследства сина зато што је оженио ћерку свог комшије са којим завешталац није у добрим односима, таква завештаочева изјава представља индицију из које ће суд закључити да је приликом састављања завештања постојала недозвољена побуда кажњавања законског наследника за понашање које је дозвољено са становишта јавног поретка и добрих обичаја.

Проблем настаје онда када завешталац у тестамент није унео никакву изјаву из које би се макар дало наслутити шта су његове побуде. Такође, не сме се изгубити из вида да су разлози које је тестатор унео у своје завештање да би објаснио зашто је располагао на одређени начин можда неистинити.²⁹ Поставља се питање шта треба у таквом случају да послужи суду као индиција из које би извео закључак о завештаочевим мотивима?

У теорији је владајуће становиште да приликом утврђивања завештаочевих мотива судови морају објективно и без предрасуда узети у обзир све околности конкретног случаја, како би о том случају стекли што потпунију представу.³⁰ Када се утврђује мотив тестатора не постоје општеважећа правила. У сваком појединачном случају суд ће настојати да утврди што више чињеница које га могу одвести до одговора на питање шта су биле завештаочеве побуде. Те чињенице не треба тражити само у ономе што је завешталац изјавио у завештању, већ их треба испитивати и у сфери односа између завештаоца и његових наследника, односно легатара, понашања завештаоца, његових наследника и легатара, као и личних особина и склоности тестатора. Целокупну сложеност овог питања Георг Тилман успешно показује на једном хипотетичком примеру.³¹ Завешталац је сачинио тестамент којим је своју ћерку искључио из наследства зато што се није бринула о њему у његовој старости и болести. Ако би се остало искључиво на терену онога што је завешталац изјавио у завештању, дошло би се до закључка да завештаочеве побуде нису недозвољене. Напротив, важећи прописи у Србији и Црној Гори дају завештаоцу право да искључи из права на нужни део нужног наследника који се повредом неке

²⁹ Paul Mikat, „Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit“, *Festschrift für Hans-Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965*, München und Berlin, 1965, Bd. I стр. 601.

³⁰ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 135–136.

³¹ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 139.

законске или моралне обавезе теже огрешило о оставиоца.³² Међутим, узимање у обзир неких других околности случаја могло би довести до другачијег закључка. Ако је завешталац познат као антисемит, а његова ћерка коју је искључио из наследства је удата за Јеврејина, мало је вероватно да недозвољена побуда није одлучујуће утицала на тестатора да сачини негативан тестамент. Али и ове околности не морају нужно да значе да је постојао недозвољен мотив, ако би парнични противници оставиоцеве кћери доказали да се завешталац, упркос својим антисемитским опредељењима, није противио удаји ћерке, да је одржавао срдчане односе са својим зетом и сл. Ако би овоме придодали саслушање сведока, оставиоцевих пријатеља којима се овај пред смрт жалио да га ћерка не обилази и да ће се за то кајати, тешко би се могла бранити тврдња да је у овом случају постојао недозвољени мотив.³³

Тешкоће које се редовно појављују приликом утврђивања мотива у сваком појединачном случају, наводиле су неке ауторе на то да се приклоне схватањима по којима дозвољеност тестаментa са становишта јавног поретка и добрих обичаја, треба испитивати искључиво на терену објективног садржаја правног посла, остављајући по страни мотиве завештаоца.³⁴ Под објективним садржајем подразумева се дејство тестаментa на друга лица, пре свега законске наследнике, и спољашње околности у чијој позадини се то дејство развија.³⁵

У сваком случају различите околности могу утицати на завештаоца да располаже на одређени начин. Ако је завешталац живео у ванбрачној вези с неком женом и њој завештао целокупну имовину, читав спектар стварних околности је могао да покрене завештаоца да располаже у њену корист: сексуални однос, жеља да је обештети, жеља да јој се захвали за негу и помоћ итд. Сваки завешталац их различито вредује. За неког завештаоца ће бити доминантна нега и жртвовање и због тога ће завештати у корист љубавнице. Другог завештаоца ће нега и жртвовање ванбрачне жене оставити равнодушним и само сек-

³² Видети члан 61. Закона о наслеђивању Србије и члан 42. Закона о наслеђивању Црне Горе.

³³ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 139–140.

³⁴ Joachim Gernhuber, „Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1960, стр. 326.

³⁵ *Ibid.*

суална страна ванбрачног односа ће по његовим схватањима завређивати награду. Према схватању Гернхубера, суд треба да испитује само те објективно постојеће околности а не и начин на који их завешталац морално вреднује.³⁶ Овде не треба испитивати како су конкретне стварне околности утицале на конкретног завештаоца, већ како би мотивисале просечног (апстрактног) завештаоца.

Овакво становиште се не може прихватити, јер је мотив конкретног завештаоца једини инструмент помоћу кога се врши селекција различитих околности које прате једно тестаментарно располагање. Тилман на једном хипотетичком примеру демонстрира тешкоће са којима би се сусрели када би прихватили Гернхуберово становиште.³⁷ Завешталац је искључио своју ћерку из наследства, не назначујући разлог ексередације. Његова ћерка је удата за Африканца. Удаја ћерке за припадника друге расе представља једну пратећу околност тестаментa и поставља се питање како она утиче на просечног завештаоца. Можемо узети да је просечни завешталац расиста и да не гледа благонаклоно на бракове узмеђу припадника различитих раса. Такав тестамент би увек био ништав, чак и онда када конкретни завешталац не би имао расистичке предрасуде. Осим тога, ако би се оваква претпоставка по аналогiji проширила и на друге случајеве закључења бракова између припадника различитих друштвених група, које се данас могу формирати по неограниченом броју критеријума (националном, верском, имовинском, политичком итд.), завештаоцу би била одузета могућност искључења из наследства. Са друге стране, прихватање претпоставке да просечни завешталац нема расистичке предрасуде, судовима би везало руке и онда када је опште познато да је завешталац са антипатијом гледао на бракове између различитих раса.³⁸

Гернхубер је истицао још један аргумент у прилог свог схватања.³⁹ Испитивање конкретних завештаочевих побуда могло би довести до неправичних ситуација. То посебно важи онда када морална схватања завештаоца одступају од владајућих моралних схватања. Тестатор је равнодушан према околностима које се са становишта владајућег морала високо вреднују, а при-

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 146.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Joachim Gernhuber, *op. cit.*, стр. 327.

даје значај неморалним околностима. На пример, ако је завешталац живео у ванбрачној заједници с једном женом с којом је одржавао сексуалне односе и која се старала о њему (вођење домаћинства, кување, прање, нега у болести и старости), и сачинио тестамент да би је наградио за сексуалну страну тог односа, такав тестамент ће бити апсолутно ништав, јер је у супротности с добрим обичајима. Такав окрутан исход, по мишљењу Гернхубера, био би избегнут да се суд није упуштао у оцену конкретних завештаочевих мотива, већ да се задржао на одмеравању објективних животних околности које су стајале у позадини завештања.⁴⁰ Поред тога што се слажемо да је исход оваквог спора „окрутан” и неправичан, не можемо ово прихватити као аргумент против истраживања конкретних завештаочевих мотива. Изостанак правичног резултата се не сме приписати у кривицу истраживању мотива, већ завештаоцу, али и становишту законодавства. Наследно правно право може да реагује само онда када завешталац сачини тестамент који није у складу с јавним поретком и добрим обичајима. Оно остаје немоћно у ситуацијама када оставилац одлучи да не сачини тестамент, и на тај начин све остави законским наследницима, упркос томе што ван круга интестатских наследника постоје лица која више заслужују да нешто добију из заоставштине. Шмиц је много раније лепо приметио да установа добрих обичаја има моћ само да поништи тестамент, а не и да га састави.⁴¹

Истраживању завештаочевих мотива се посебно енергично противио Рам.⁴² У прилог свом становишту он је истицао следеће аргументе. Прво, фактор несигурности код утврђивања мотива је веома велики, што би за последицу имало опасност да судија дође у искушење да у присуству стварних тешкоћа утврђивања мотива у пресуђењу конкретног случаја наметне своја лична схватања. Друго, истраживање завештаочевих мотива ће редовно имати за последицу улажење у сферу интима завештаоца и његових наследника, што је по овом аутору недозвољено.⁴³

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Wilhelm Schmitz, *Das Problem der Beschränkung der Testierfreiheit*, Berlin, 1936, стр. 92.

⁴² Thilo Ramm, „Abschied vom Mätressentestament”, *Juristenzeitung*, 1970, стр. 131.

⁴³ *Ibid.*

Оваква схватања се не би могла прихватити, пре свега са правно-догматског становишта. Ово посебно важи за домаће право. Судови Србије и Црне Горе не смеју приликом оцењивања да ли је тестаент апсолутно ништав пренебрегнути завештаочеве мотиве, јер их на то обавезује изричита законска одредба.⁴⁴ Са немачким правом ситуација стоји нешто другачије, јер Немачки грађански законик не познаје установу каузе правног посла и нема изричиту одредбу о утицају мотива на дозвољеност правних послова, већ се судови приликом поништавања тестаента због неморалних побуда завештаоца позивају на уопштену формулацију из § 138. Међутим, историјско тумачење ове одредбе, налаже и немачким судовима узимање у обзир недозвољених мотива.⁴⁵

Фактор несигурности о коме говори Рам је заиста велики. Слажемо се с њим да судије испитивање мотива путем индиција могу да окрену у наметање личних моралних судова, који не морају да буду у складу с владајућим моралом. Ова опасност поготову долази до изражаја у савременим правним системима који су прихватили начело слободне оцене доказа. Свој закључак о томе да ли је постојао недозвољен мотив код завештаоца суд изводи вредновањем свих околности које могу указати на постојање одређене побуде. Суд то вредновање врши „по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно, свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка.”⁴⁶ Начело слободног судијског уверења не долази до изражаја само код оцене истинитости доказног средства, већ и код извођења закључка о постојању неке чињенице на основу индиција. У теорији је истакнуто да ако суд стекне уверење да постоји индиција, он може али не мора извести закључак о постојању чињенице која је предмет доказивања.⁴⁷ На пример, ако суд стекне уверење да су завешталац и легатарка имали браколомну

⁴⁴ Видети члан 53, став 3. Закона о облигационим односима.

⁴⁵ У првом нацрту Немачког грађанског законика стајало да је ништав правни посао *чији је садржај у сујројиносии с добрим обичајима*. Друга комисија је одбацила ограничење испитивања недозвољености на садржај правног посла и захтевала узимање у обзир и субјективних момената. Више о томе видети: Oliver Karow, *Die Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen in historischer Sicht*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1997, стр. 56 и даље; Werner Schubert, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches – Allgemeiner Teil*, Teil 1, Berlin/New York, 1981, стр. 127 и даље.

⁴⁶ Видети члан 8. Закона о парничном поступку.

⁴⁷ Боривоје Познић/Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 232.

сексуалну везу, из те чињенице он може, али не мора закључити да је завештаочева побуда била да награди легатарку за сексуалне односе. Закључак о томе да у конкретном случају постојање индиције доводи до постојања чињенице која се утврђује, суд изводи слободно и заснива га на животном искуству, знању и правилима логике.⁴⁸

Ову опасност можемо илустровати конкретним примером. Ванбрачна заједница данас, према владајућим схватањима, није недозвољена, али то не искључује могућност постојања конзервативних судија који имају ригидан став према овом облику заједнице живота мушкарца и жене. Такав судија ће утврђивати индиције које упућују на завештаочев мотив и те индиције ће тражити у односима који постоје између завештаоца и наследника. У тим односима постоји и сексуална компонента, али и компонента узајамне „материјалне и моралне потпоре”. Када треба оценити те индиције, суд ће поћи од животног искуства, општег знања и правила логике у којима ће тражити одговор на питање која од ових компоненти би могла представљати одлучујућу побуду завештаоца. Та слобода судије у оцени индиција оставиће му простор да у први план стави своју антипатију према ванбрачним заједницама и да дође до закључка по коме „из општег животног искуства сексуални односи чине срж једне ванбрачне везе и битно утичу на формирање завештаочевог мотива.”

Али упркос овоме, остваривање појединачне правичности представља претежнији интерес који оправдава суочавање са ризицима о којима говори Рам.⁴⁹ Не среће се таква опасност само код истраживања мотива. Улрих фон Либтов је у праву када каже да се кроз целокупно право *провлачи антиномија између појединачне правичности и правне сигурности*, и то у смислу предвидљивих судских одлука.⁵⁰ Тежњу судова да примену права ублаже својим виђењем правичности уочио је и професор Обрен Станковић: „За разлику од класичног силогизма, у коме се на основу опште нормe добија решење случаја, судови често поступају обрнуто: прво се опредељују за решење конкретног случаја *које им изгледа људски најпожељније* (курзив Д.Б.), а

⁴⁸ Боривоје Познић/Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 247.

⁴⁹ Werner Speckmann, „Zur Frage der Teilnichtigkeit einer sittenwidrigen testamentarischen Zuwendung”, *Juristenzeitung*, 1970, стр. 402.

⁵⁰ Ulrich v. Lübtow, *Probleme des Erbrechts*, Berlin, 1967, стр. 48.

онда траже општу норму на којој заснивају пресуду.⁵¹ И сама установа јавног поретка и добрих обичаја, налази се у пољу напетости између правичности и правне сигурности. Осим тога процесно право пружа одређене гаранције које треба да обезбеде објективност суда и у систему слободне оцене доказа.⁵² Пре свега, суд је дужан да савесно и брижљиво оцени сваки доказ, а своју оцену мора да образложи у пресуди. Он ће у образложењу пресуде морати да наведе зашто је поклонио веру једном доказном средством, а другом није. Исто тако, суд ће бити дужан да образложи зашто је, у присуству више индиција које су указивале на различите мотиве завештаоца, стекао закључак о томе да је мотив недозвољен. У већ коришћеном примеру располагања у корист ванбрачне жене, суд ће морати да образложи две ствари: 1) зашто је стекао закључак да је одлучујући мотив завештаоца био у награђивању за сексуално подавање и 2) зашто сматра да одлучујући мотив завештаоца није била награда за пажњу, негу, приврженост и сл.

Са схватањем да се истраживањем мотива улази у сферу интима завештаоца, његових наследника или испорукопримаца, није могуће не сагласити се, нарочито када су у питању добротина располагања сачињена у корист љубавнице или ванбрачне жене. Испитивање односа који је постојао између тастатора и његових сукцесора, на основу којег ће суд створити закључке о индицијама које ће га одвести до оставиоачеве одлучујуће побуде, у овим случајевима нужно води ка улажењу у поље интима ових лица. Али, не би се могли сложити да ово има снагу аргумента против истраживања мотива. Истраживање сфера интимности се провлачи кроз читаве области грађанског права. Подсетили би на бракоразводне парнице у којима суд треба да утврди до које мере су односи између супружника озбиљно и трајно поремећени или на патернитетске спорове. Заштита интимне сфере човека без сумње представља један аспект који завређује правну заштиту, али та заштита не сме бити неограничена. Заштита интима не сме бити препрека остваривању материјалне правичности. Интереси угрожени скидањем вела тајне с интима човека штите се установама процесног пра-

⁵¹ Обрен Станковић, *Судска пракса*, у: О. Станковић/С. Перовић/М. Трајковић (ред.), *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, 1978, том III, стр. 226.

⁵² Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 249–250.

ва. То су оне установе које обезбеђују да увид у приватност учесника судског поступка имају само она лица која морају бити упућена на познавање интима да би могла да одлучују. Такав процесни институт је ограничење јавности у поступку.⁵³

У вези с утврђивањем завештаочевих мотива појављује се још један проблем. Ми смо у предходним излагањима показали да суд, код утврђивања завештаочевих побуда, није везан ониме што је завешталац означио у самом завештању као свој мотив. Другим речима, суд ће поништити тестамент ако утврди да је стварна побуда завештаоца у супротности с јавним поретком и добрим обичајима, иако је завешталац у завештању написао да је приликом његовог састављања био подстакнут неким другим мотивима. Поставља се питање како ће суд да поступи у обрнутој ситуацији, када је завешталац у тестаменту назначио недозвољени мотив, а у стварности се руководио побудама које нису у супротности с јавним поретком. На пример, завештаочева ћерка није хтела да га обилази док је био у болници и због тога завешталац жели да је искључи из наследства. Али пошто је ово сматрао великом породичном срамотом коју није желео да обелодани, он је у тестаменту као разлог за искључење навео удају његове ћерке за припадника друге нације.

Према једном схватању овакав тестамент би морао да буде ништав. Редактор Првог нацрта Пете књиге Немачког грађанског законика, Готфрид фон Шмит је у члану 45. Нацрта изричито предвидео да је правно релевантан сваки неморални мотив који је назначен у тестаменту, при чему је ирелевантно да ли је истинит или лажан.⁵⁴ По Шмитовом схватању таква одредба у завештању не би могла да се одржи јер представља подршку „неморалном убеђењу”. То што је завешталац навео у завештању неморални мотив, према Шмитовом схватању, је само по себи у супротности са добрим обичајима.⁵⁵

Овакво схватање је у супротности са основним начелом које се примењује код тумачења завештања, а по коме се теста-

⁵³ Закон о парничном поступку у члану 307, став 1. предвиђа да веће може искључити јавност са целе главне расправе или с појединих рочишта: „ако то захтевају интереси чувања службене, пословне или *личне џајне*, интереси јавног реда или *разлози морала*” (курзив Д.Б.).

⁵⁴ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 40–41.

⁵⁵ *Ibid.*

мент има тумачити према правој намери завештаоца.⁵⁶ Специфичне особине завештања као једностраног, добродиног и строго личног правног посла намећу субјективни метод тумачења,⁵⁷ за разлику од решења које Закон о облигационим односима усваја за уговоре, а по коме, приликом тумачења спорних одредаба уговора треба истраживати праву намеру уговорника и спорне одредбе разумети како то одговара начелима облигационог права која су утврђена Законом о облигационим односима.⁵⁸ Разлика у погледу тумачења између уговора и тестаента, у теорији се објашњава тиме што у тестаментарном праву не постоји заштита поверења (Vertauensschutz).⁵⁹ Овај принцип се огледа у томе што се приликом тумачења изјаве утврђује онај смисао који та изјава изазива код разумног пријемника.⁶⁰ За разлику од закључења уговора где постоји адресат изјаве, код састављања завештања ни завештајни наследник ни легатар нису пријемници изјаве. Осим тога, завештање је увек једнострано опозив акт. Следствено томе, овај принцип се не може применити на завештање. Брокс правилно закључује да се теорија воље (Willensdogma) строже спроводи у тестаментарном праву.⁶¹ Због тога, приликом тумачења тестаента суд се мора оријентисати према стварној вољи завештаоца, а не према „хоризонту пријемника”, као што је случај са тумачењем уговора.⁶²

Још у римском праву је важило да приликом тумачења завештања треба водити рачуна о правој намери завештаоца, а не о употребљеним терминима и изразима у завештању.⁶³ И савремена теорија стоји на таквом становишту.⁶⁴ Оливер Антић недвосмислено указује на то да се приликом тумачења спорних

⁵⁶ Видети члан 135, став 1. Закона о наслеђивању Србије.

⁵⁷ Оливер Антић, *Наследно право*, Београд, 2002, стр. 245.

⁵⁸ Видети члан 99, став 2. Закона о облигационим односима.

⁵⁹ Hans Brox, *Erbrecht*, 20. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München, 2003, стр. 125; Reiner Frank, *Erbrecht*, 2. Auflage, München, 2003, стр. 83; Dieter Leipold, *Erbrecht – Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, 14. Auflage, Tübingen, 2002, стр. 123–124.

⁶⁰ Александар Јакшић/Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд, 1995, стр. 49.

⁶¹ Hans Brox, *op. cit.*, стр. 125.

⁶² Reiner Frank, *op. cit.*, стр. 83.

⁶³ In testamentis plenius testatoris intentionem scrutamur (Sec. Paulus – D. 50, 17, 12) – Код тестаента треба најпотпуније испитати вољу завештаоца, наведено према: Драгомир Стојчевић/Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris – Лајпцигска правна правила, изреке и дефиниције са преводом и објашњењима*, Београд, 1984, стр. 221.

⁶⁴ Hans Brox, *op. cit.*, стр. 128; Reiner Frank, *op. cit.*, стр. 83; Dieter Leipold, *op. cit.*, стр. 124.

одредби у завештању не треба држати дословног значења употребљених израза већ треба истраживати праву намеру завештаоца.⁶⁵ Као примере таквог поступања у судској пракси Брокс наводи случај када завешталац у завештању своју супругузначи као „мајка” а вински подрум који оставља у легат свом пријатељузначи као „библиотека”. Приликом тумачења тестаента неће доћи у обзир дословно значење употребљених израза, већ оно значење које је тим терминима придавао завешталац, тако да ће наследник постати завештаочева супруга, а не мајка, док ће легатар имати право да захтева вински подрум, а не библиотеку.⁶⁶

Следствено томе, приликом утврђивања завештаоачевог мотива, суд не сме да се ослони искључиво на оно што је означено у завештању, већ мора да изнађе праву намеру завештаоца.

Остаје нам да се осврнемо на још један аргумент који је Шмит ставио у прилог свом схватању да лажно означен неморални мотив треба да доведе до ништавости завештања. Шмит, да подсетимо, каже да сам поступак навођења неистинитог мотива представља радњу која је у супротности с добрим обичајима. Још је Флуме истицао да се пресуда о супротности правног посла с добрим обичајима не сме доносити на основу неморалног понашања лица које предузима правни посао, већ на основу неморалности самог правног посла.⁶⁷ Правни посао је изјава воље усмерена на постизање одређеног правног дејства. Из тога проистиче да је битно обележје правног посла правно обликована воља, која постоји на једном правнословном нивоу, а не и у општедруштвеној сфери. Све побуде завештаоца, било да их он крије или саопштава, било да су моралне или неморалне, крећу се још увек у друштвеној и психолошкој сфери. Оне напуштају ту сферу и улазе у правнословну област само онда ако су стварно и одлучујуће утицале на завештаоца да сачини завештање. Стога, оне побуде које нису утицале на завештаоца да са-

⁶⁵ Оливер Антић, *Наследно право*, стр. 246. И Франк је изричит када каже да се приликом тумачења тестаента даје одговор на питање: „Шта је завешталац својим речима хтео да каже” – видети: Reiner Frank, *op. cit.*, стр. 83. Из овога произилази закључак да тумачењу завештања има места и онда када су све одредбе у њему јасне и недвосмислене. Супротно: Слободан Сворцан, „Тумачење завештања”, у: Сл. Сворцан (прир.), *Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године*, Крагујевац, 1998, стр. 3.

⁶⁶ Hans Brox, *op. cit.*, стр. 128.

⁶⁷ Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Band II – *Das Rechtsgeschäft*, Berlin/Heidelberg/New York, 1965, стр. 376.

чини тестамент, макар и означене у самом завештању као такве, не узимају се у обзир.⁶⁸

6. ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА НЕДОЗВОЉЕНОГ МОТИВА

Да би дошло до поништења тестаментa због тога што је недозвољена побуда одлучујуће утицала на завештаоца да сачини завештање, потребно је доказати ову околност. Узима се да је постојање недозвољене побуде доказано онда када суд о томе стекне уверење (убеђење) које искључује сваку разумну сумњу у супротно.⁶⁹ Међутим, дешава се да суд након извођења и оцене доказа не може да стекне уверење о томе које су побуде одлучујуће утицале на завештаоца да сачини завештање. Такво стање се назива „случај *non liquet*” јер чињенице које представљају одлучујућу побуду завештаоца нису разјашњене, нити могу бити разјашњене.⁷⁰ Пошто суд мора и у оваквим ситуацијама да донесе пресуду,⁷¹ чињенично стање утврђује на основу правила о терету доказивања.⁷² Правила о терету доказивања дају одговор на питање како ће суд пресудити ако не стекне одређени закључак о чињеници која је предмет доказивања. Другим речима, ако у поступку поништења тестаментa суд не стекне закључак о томе који је мотив одлучујуће утицао на завештаоца, правила о терету доказивања ће одредити да ли ће суд пресудити на штету тужиоца или на штету туженог.⁷³

Подела терета доказивања је у неким случајевима изричито регулисана законом. На пример, код искључења из права на нужни део је предвиђено да доказивање основаности

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Боровоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 232–233.

⁷⁰ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 168.

⁷¹ Видети члан 2, став 2. Закона о парничном поступку.

⁷² Боровоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 241.

⁷³ Суштина правила о терету доказивања је да реше „ризик недоказаности”, односно да омогуће пресуђење и у оним ситуацијама када суд, на основу процесне грађе не може да са довољном извесношћу закључи нити да нека чињеница постоји, нити да не постоји. Смисао терета доказивања није у томе да суд може узети у обзир само оне доказе који потичу од странке којој иде у прилог да одређена чињеница буде доказана. Другим речима, ако у прилог тужиоцу иде да се докаже постојање неморалног мотива завештаоца, то не значи да суд не може извести закључак о недозвољености мотива на основу доказа које је понудио тужени. Видети: Боровоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 241.

искључења терети оног који се на искључење позива.⁷⁴ Често подела терета доказивања произилази и из оборивих законских претпоставки (*praesumptiones iuris tantum*).⁷⁵ Код законске претпоставке суд узима да постоји претпостављена чињеница, на основу постојања неке друге чињенице, која се назива основ претпоставке или базис.⁷⁶ У овом случају странка у спору не мора да доказује постојање претпостављене чињенице, довољно је да докаже постојање базиса. На тај начин се терет доказивања помера с претпостављене чињенице на базис. На супротној страни је да докаже да упркос томе што постоји базис не постоји претпостављена чињеница.

Ако не постоји законска одредба о подели терета доказивања, суд је упућен на правила науке.⁷⁷ Наиме, Закон о парничном поступку предвиђа да ако суд из изведених доказа не може са сигурношћу да утврди постојање неке чињенице, о постојању те чињенице он доноси закључак применом правила о терету доказивања.⁷⁸ Пошто Закон о парничном поступку не садржи то правило, судови примењују традиционалне максиме:⁷⁹ *Actore non probante, reus absolvitur*⁸⁰ и *Reus excipiendo fit actor*.⁸¹ У материји права правних послова опште је правило да терет доказивања ништавости правног посла пада на лице које се позива на ништавост као своју предност.⁸² Другим речима, терет доказивања свих чињеница које један правни посао чине ништавим, пада на странку која истиче ништавост.⁸³ То некада може бити

⁷⁴ Видети члан 62, став 2. Закона о наслеђивању Србије.

⁷⁵ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 243–244; Обрен Станковић/Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1996, стр. 231.

⁷⁶ Бранко Чалија, „Претпоставке”, у: О. Станковић/С. Перовић/М. Трајковић (ур.), *Енциклопедија имовинског права и права удруженог пара*, Београд 1978, том II, стр. 1049–1050; Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 243; Обрен Станковић/Владимир Водинелић, *op. cit.*, стр. 231.

⁷⁷ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 241.

⁷⁸ Видети члан 221а Закона о парничном поступку.

⁷⁹ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 241–242.

⁸⁰ Ако тужилац не докаже (оптужбу) тужени се ослобађа – наведено према: Драгомир Стојчевић/Анте Ромац, *op. cit.*, стр. 50.

⁸¹ Стављајући приговор, тужени постаје тужилац – наведено према: Драгомир Стојчевић/Анте Ромац, *op. cit.*, стр. 471. Ово треба разумети у смислу да тужени, поводом чињеница које наводи у своју одбрану има исти терет доказивања, као и тужилац у погледу чињеница којима напада. Види Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 242.

⁸² Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, 5. Auflage, München und Berlin, 1965, стр. 260; Ulrich von Lübtow, *Erbrecht*, Berlin, 1971, Band I, стр. 312.

⁸³ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 242.

тужилац, а некада и тужени. Као пример парнице у којој терет доказивања пада на тужиоца, можемо навести случај када завешталац сачини тестамент којим целокупну заоставштину остави љубавници, па законски наследници подигну тужбу за поништење. Овде се тужиоци позивају на ништавост завештања као на своју предност, јер је у њиховом интересу да се завештање поништи. Ако суд не буде стекао закључак о томе шта је била одлучујућа побуда завештаоца, одбиће тужбени захтев.

Могуће је замислити и ситуације у којима терет доказивања пада на туженог. Тужилац је својој љубавници оставио у легат одређени новчани износ. Легатарка тужи законске наследнике тужбом за исплату легата. Законски наследници оспоравају тужбени захтев тврдњом да је завештање апсолутно ништаво због недозвољеног мотива. У овом случају терет доказивања је на страни тужених, јер њима *in concreto* поништење тестаментa иде у прилог. За случај да суд не стекне уверење о мотиву завештаоца, усвојиће тужбени захтев.

У теорији је било и другачијих схватања. Леонхард је сматрао да код поништења тестаментa, на страни лица које се позива на ништавост постоји само обавеза на „покретање и објашњење.”⁸⁴ Извршењем те обавезе терет доказивања се преваљује на другу страну. Леонхард своје схватање правда практичним разлозима. Он сматра да код терета доказивања треба са законским претпоставкама изједначити стварне или фактичке претпоставке.⁸⁵

Фактичке претпоставке су логички закључци које суд, на основу правила искуства, изводи из постојања неке друге чињенице.⁸⁶ Сличност између законских и фактичких претпоставки се састоји у томе што обе полазе од онога што се у животу у сличним ситуацијама најчешће (редовно, уобичајено) дешава. Разлика је у томе што законске претпоставке пристичу из позитивноправних прописа. Код ових претпоставки законодавац предвиђа да суд може узети да постоји нека чињеница, не тражећи доказ о томе, ако постоји нека друга чињеница. Код законских претпоставки законодавац уочава правилност да када постоји једна чињеница онда постоји и друга и на основу тога

⁸⁴ Franz Leonhard, *Die Beweislast*, Berlin, 1956, стр. 282.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Бранко Чалија, *op. cit.*, стр. 1053.

нормира претпоставку.⁸⁷ Код фактичких претпоставки ту правилност уочава сам судија на основу ставова искуства, науке и логике.⁸⁸

Леонхард је сматрао да се према животном искуству, може закључити да је постојање извесних околности, које саме по себи нису неморалне, праћено постојањем неморалних мотива на страни завештаоца.⁸⁹ У тим ситуацијама, лице које се позива на ништавост треба да докаже постојање тих околности које су базис фактичке претпоставке, чиме уједно доказује постојање недозвољеног мотива. На другој страни је да доказује да упркос постојању базиса фактичке претпоставке не постоји недозвољени мотив.⁹⁰ Овај проблем је посебно дошао до изражаја у парницама за поништење тестамена којим је завешталац располагао у корист љубавнице.

Немачка судска пракса је још пре Другог светског рата стала на становиште да завештајна располагања у корист љубавнице нису *a priori* неморална. Својство неморалности она добијају онда када на то указују посебне околности случаја, тј. када је одлучујућа побуда завештаоца била да путем таквог тестамена наведе љубавницу на сексуални однос или је награди за сексуално подавање.⁹¹ У периоду национал-социјализма судска пракса је имала строжи став према ванбрачним сексуалним везама. Међутим, после Другог светског рата дошло је до промене владајуће друштвене свести у области сексуалности у многим правним областима.⁹² Али, упркос тим променама, Савезни суд је имао и даље одбојан став према располагањима у корист љубавнице. Како је у литератури истакнуто, он је „иступао против свих напада на институцију брака са крајњом одлучношћу и непопустљивом чврстином.”⁹³

⁸⁷ Обрен Станковић/Владимир Водинелић, *op. cit.*, стр. 231.

⁸⁸ Бранко Чалија *op. cit.*, 1053.

⁸⁹ Franz Leonhard, *op. cit.*, стр. 283.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ То је и данас владајуће становиште. Видети: Theodor Kipp/Helmut Coing, *Erbrecht – Ein Lehrbuch*, 14. Auflage, Tübingen, 1990, стр. 113–114; Wilfried Schlüter, *Erbrecht*, 14. Auflage, München, 2000, стр. 93–94; Lutz Michalski, *BGB – Erbrecht*, 2. Auflage, Heidelberg, 2001, стр. 168; Hans Brox, *op. cit.*, стр. 158; Reiner Franck, *op. cit.*, стр. 51.

⁹² Volker Stückerdt, *Rechtswirkungen eheähnlicher Verhältnisse*, Frankfurt am Main, 1962, стр. 34.

⁹³ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 132–133.

Савезни суд, додуше, није одступао од правног становишта предратног Државног суда по којима је тестамент у корист љубавнице ништав само онда када је побуда завештаоца проистекла из еротских односа, и да такво завештање може бити и пуноважно ако је сачињено из часних мотива. Простор за исказивање свог одбојног става према ванбрачним сексуалним односима Савезни суд је пронашао на терену доказивања мотива, не мењајући начелна правна становишта. Упадљиво једностраним посматрањем ванбрачних сексуалних односа, он је формирао фактичку претпоставку да су код добротних располагања између људи у таквим везама примарне побуде сексуалне природе, остављајући по страни остале мотиве који су могли да доведу до располагања.⁹⁴

Овакво поступање је јасно дошло до изражаја у пресуди Савезног суда од 8. јануара 1964. год.⁹⁵ Овде се поставило питање пуноважности легата у висини од 15.000 ДМ који је завешталац оставио двадесет година млађој неудатој жени, у чијој је кући, из пословних разлога, становао као закупац. Завешталац је умро у Штудгарту 1959. године у 68. години живота. Осим одредбе о легату, његов тестамент, сачињен два месеца пред смрт, садржао је и одредбу којом је завештаочева супруга именована за предходног, а ћерка за потоњег наследника. У поступку је утврђено да је завешталац становао код легатарке од 1953. године, као и то да су они до 1957. године одржавали сексуалне односе, који су прекинути због завештаочеве болести. У самом завештању, декујус је остављање легата образложио чињеницом да га је легатарка неговала у болести и да она и даље то чини.⁹⁶

Врховни покрајински суд у Штудгарту је прогласио овај легат ништавим због повреде добрих обичаја.⁹⁷ Своју пресуду је образложио тиме што легатарка није успела да докаже да је за сачињавање легата била одлучујућа побуда завештаочеве захвалности за старање и негу у болести. С обзиром на то да су између декујуса и легатарке постојали еротски односи, суд је узео

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Urteil vom 8. Januar 1964, V ZR 5/62, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1964, стр. 140.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

да је одлучујући мотив оставиоца био награђивање за сексуално подавање.⁹⁸

Савезни суд је потврдио одлуку Вишег покрајинског суда у Штудгарту. Он је такође нашао да је одлучујући мотив завештаоца био награђивање за сексуални однос. Аргумент који је тужени истакао против оваквог закључка, а који се састојао у томе што у моменту сачињавања тестаментa између оставиоца и легатарке нису постојали сексуални односи, и да стога сексуална веза има подређени значај у односу на остале морално прихватљиве људске и душевне везе између ових лица, Савезни суд је побијао тврдњом да је „сексуални доживљај у завештаоцу и даље дејствовао и имао утицаја на њега да сачини легат.“ У наставку свог образложења Савезни суд је изнео своје схватање о терету доказивања у оваквим парницама. Он је одобрио начин поступања другостепеног суда и стао на становиште да такво поступање није у противуречности с општим принципом терета доказивања, по коме, онај који се позива на ништавост правног посла треба да изложи њене претпоставке и да их докаже. Тужилац, који се позива на ништавост треба да докаже да су између завештаоца и легатарке постојали ванбрачни сексуални односи. Доказивањем ове околности тужилац је доказао претпоставке ништавости, јер према уобичајеном току ствари доброчино располагање лицу са којим је дародавац у сексуалној вези, подстакнуто је неморалним мотивима награђивања за еротске односе. Тиме се на туженог преваљује обавеза доказивања других завештаочевих мотива, који би морално оправдали тестамент.

Поводом ове одлуке, у теорији је истакнуто да постоји сумња у то да ли су судови без предрасуда и објективно утврдили одлучујућу завештаочеву побуду.⁹⁹ Гернцубер сматра да судови нису узели у обзир све околности конкретног случаја.¹⁰⁰ Уместо да овај случај темељито размотре, на начин који је непристрасан и веран стварности, судови су сву своју пажњу усмерили на сексуални моменат. Он је можда играо неку улогу, сматра

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 136.

¹⁰⁰ Joachim Gernhuber, „Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1960, стр. 330.

овај аутор, али у склопу осталих околности једва да се овом моменту може дати значај доминантне побуде.¹⁰¹

Овакво своје становиште у погледу терета доказивања Савезни суд је потврдио одлуком од 25. маја 1964. год.¹⁰² У овом случају Савезни суд је имао да се изјасни о пуноважности тестаента који је завешталац, трговац без деце, сачинио у последњој години живота, а којим је за наследницу именовано своју радницу, оставивши супрузи само нужни део. Наследница је радила код завештаоца последњих десет година, била је изузетно марљив радник који је пружао драгоцен допринос завештаоачевом пословању. Али, осим овога, утврђено је да је наследница једно време била и завештаочева љубавница.

Одлучујући у овом случају Савезни суд је нашао да овде постоје индиције и моралних и неморалних побуда, али да је приликом одређивања наследника одлучујућа била завештаочева побуда да своју радницу награди за сексуални однос, што има за последицу поништење тестаента због повреде добрих обичаја. Савезни суд је резонувао на следећи начин: пошто је тужиља доказала постојање ванбрачног сексуалног односа између завештаоца и тужене, према општем животном искуству се може закључити постојање „мотивационе везе” између сексуалних односа и сачињавања завештања, чиме се терет доказивања превалује на тужену страну. На туженој наследници је да обори ову фактичку претпоставку доказивањем да су морално прихватљиве околности (савестан и марљив рад наследнице у завештаочевој радњи) представљале одлучујућу побуду за састављање тестаента.¹⁰³

Врхунац такве судске праксе достигнут је у одлуци Савезног суда од 26. фебруара 1968.¹⁰⁴ У овом случају расправљана је пуноважност легата у висини од 20.000 ДМ, који је један нежењени мушкарац, годину дана пред смрт, оставио једној удатој жени. Остарилац је умро у јануару 1963. у 66. години живота, а вредност његове оставинске масе је процењена на 120.000 ДМ. У поступку је утврђено да је између декујуса и лега-

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Urteil vom 25. Mai 1964, III ZR 231/62, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, стр. 764.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Urteil vom 26. Februar 1968, III ZR 38/65, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1968, стр. 476.

тарке од 1949. године постојао однос јаког и искреног пријатељства, који је од 1956. године допуњен повременим сексуалним општењем. Од законских наследника завешталац је имао сестру која је радила као професор у Источној Немачкој и која је тестаментом одређена за једину наследницу. Супруг легатарке је био од 1944. године инвалид услед неизлечивог обољења кичмене мождине, које је спречило сексуалне контакте између њега и његове супруге. Он је знао за односе између своје супруге и завештаоца, али се њима није противио. Због заједничког малолетног детета је желео настављање брака.¹⁰⁵

Другостепени суд у Берлину је одбио да поништи завештање.¹⁰⁶ Према схватању овог суда, завештање у корист особе с којом је завешталац живео у браколомној вези, не може само по себи бити неморално. Потребно је испитивањем завештаоцевих побуда утврдити да ли је завештаочева намера била да легатарку подстакне, односно да је награди за сексуално општење. Односи који су постојали између завештаоца и легатарке су били двојаки. Са једне стране, то су тесни људски и другарски односи, а с друге, постоји сексуално општење. Ако се не може са сигурношћу утврдити који су односи били доминантни за декујуса да састави тестамент, треба поћи од тога да су на оставиоца имали претежни утицај пријатељски и другарски односи с легатарком, нарочито ако се има у виду да легатарка није до отварања наследства знала за легат.¹⁰⁷

Савезни суд се није сложио с одлуком другостепеног суда.¹⁰⁸ У случајевима као што је овај „животно искуство говори о претпоставци да су еротски односи били меродавни за завештање.” Следствено томе, на тужиоцу је да докаже постојање еротских односа између декујуса и легатарке, а на легатарки је да докаже постојање других часних побуда завештаоца. Према схватању Савезног суда не може се прихватити констатација другостепене инстанце да се овај тестамент заснива на мотивима вредним поштовања јер су између завештаоца и легатарке постојали тесни пријатељски односи. Таква унутрашња људска повезаност, иако сама по себи није неморална, то постаје када из

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ KG Berlin, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1968, стр. 241.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Urteil vom 26. Februar 1968, III ZR 38/65, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1968, стр. 476.

ње произађу ванбрачни сексуални односи. Савезни суд је сумњао да је у оваквим ситуацијама могуће у оквиру целокупне социјалне повезаности између завештаоца и легатарке диференцирати еротске од осталих односа. Стога он сматра да оно што је постојало између завештаоца и легатарке „као целина носи моралну љагу и као укупност представља повреду добрих обичаја.” Легатарка се, стоји у образложењу ове одлуке, све више приближавала завештаоцу и удаљавала од свог мужа кршећи тако своје брачне обавезе. Због прилика у њеном браку легатарка не може да се изједначи с неударом особом, а саглашавање њеног супружника с њеним ванбрачним односом, не може да лиши овај случај неморалности, јер је и сама таква сагласност неморална. Овај тестамент представља израз схватања која не поштују брак. За разлику од предходне јурисдикције овде није у питању завештаочев брак, већ брак легатара, који такође ужива заштиту. У прилог таквом схватању Савезни суд наводи кривичноправне прописе који код браколомства предвиђају казну и за браколомника, као и за његовог партнера. Ако би се дозволило легатарки да добије легат, завршава своје образложење Савезни суд, „тада би насупрот општим правним принципима она извукла корист из последица сопственог неморалног понашања”.¹⁰⁹

Оваква пракса Савезног суда је дала повода за читав низ научних расправа у којима су становишта највише судске инстанце била изложена једнодушној и оштрој критици. Један од првих критичара оваквог приступа, Милер-Фрајенфелс,¹¹⁰ држао је да „раздраженост” коју показује Савезни суд у овим питањима не чини проблем једноставнијим. Јурисдикцију савезног суда је квалификовао као „субјективну” и „претерано фиксирану на сексуални моменат.”¹¹¹

Ништа блажи није био ни Брајтхаупт.¹¹² Он је био становишта да „крут догматизам” у моралним схватањима Савезног суда елиминише сваку „животну блискост и људско разумевање”. Брајтхаупт посебно критикује то што Савезни суд полази

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Wolfram Müller-Freienfels, „Zur Rechtsprechung beim sog. Mätressen-Testament”, *Juristenzeitung*, 1968, стр. 441.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Walter Breithaupt, „Anmerkung zum Urteil des BGH von 26. 2. 1968, III ZR 38/65”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, стр. 932.

од тога да су ванбрачни односи између мушкарца и жене претежно сексуалне природе и да су располагања која произилазе из таквог односа превалентно сексуално мотивисана. Савезни суд, вели даље овај аутор, своју претпоставку без икаквог образложења базира на „животном искуству”, према коме је код располагања лицу с којим је завешталац у ванбрачном сексуалном односу примарна мотивациона веза између полног општења и тестаментарног располагања. Тиме Савезни суд терет доказивања превалује на туженог. Такво поступање Савезног суда представља повреду непристрасности и објективности у суђењу, и како каже Брајтхаупт, „стога и само заслужује морално подозрење.”¹¹³ Према схватању Хусмана, преваливањем терета доказивања на легатарку, Савезни суд је „*a priori* жигосе као блудницу”, чиме ова бива неоправдано и неправично понижена.¹¹⁴

Гернхубер становиште Савезног суда о терету доказивања у парницама за поништење тестаментa квалификује као „издају психолошког разумевања.”¹¹⁵ Са овим аутором се морамо сложити када каже да ако се нека претпоставка не заснива на закону, она се мора заснивати на стварности. Таква „стварна претпоставка” извлачи своју доказну снагу из нашег знања и искуства које нас чини склоним да сматрамо истинитим оно што одговара правилу, а то је оно што прати уобичајен ток ствари. Гернхубер даље констатује да према схватању судија Савезног суда уобичајеном току ствари одговара да завешталац располаже у корист свог ванбраног сексуалног партнера искључиво ради тога да би га наградио за еротске односе. Међутим, Гернхубер сматра да су код већине ванбрачних сексуалних односа у првом плану међуљудски односи и искушења која пред њих доноси свакодневни живот, који повезују ванбрачне partnere и одржавају тај однос. Сам сексуални моменат није у стању да објасни како браколомни односи успевају да опстану дуги низ година, често до смрти завештаоца, упркос великим притисцима.¹¹⁶ Гернхуберово мишљење деле Кригер, када каже да: „сексуални односи љубавника постају неважнији и њихова веза све више добија обележја заједништва с бригама, болешћу, ра-

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Herman Husmann, „Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, стр. 407.

¹¹⁵ Joachim Gernhuber, *op. cit.*, стр. 329.

¹¹⁶ *Ibid.*

дошћу, успесима, заједничким интересима и циљевима и заједничким успоменама.”¹¹⁷ и Оте, који указује да: „према животном искуству у односима који се ограничавају на изоловану сексуалност по свим правилима уопште не долази до одређивања наследника или легата.”¹¹⁸

Критички став према оваквој пракси заузима и Каров.¹¹⁹ Он сматра да се нарочито код зрелих људи сексуални односи јављају тек на основу душевне везе. Услед тога, не може се схватити како Савезни суд из „животног искуства” формира фактичку претпоставку да код тестаментарног располагања у корист ванбрачног сексуалног партнера одлучујућу побуду завештаоца представљају разлози еротске природе. Каров сматра да је већа вероватноћа да је у таквом случају завештајно располагање извршено из часних мотива. Због тога је на ономе који се позива на неморалност завештања да докаже да завештање није извршено из часних мотива. Не сме се прихватити фактичка претпоставка сексуалних мотива завештаоца и терет доказивања превалити на завештајног наследника или легатара.¹²⁰

Упркос томе што је правна наука енергично критиковала судску праксу у погледу њеног становишта о расподели терета доказивања у парницама за поништење завештања, Савезни суд у прво време није одступао од својих ставова. Доказ за ову тврдњу је случај пресуђен одлуком немачког Савезног суда од 3. новембра 1969.¹²¹

У овом случају завешталац, по занимању трговац и прокурориста једног великог предузећа, је умро у јуну 1962. Од законских наследника на наслеђе се позивала само његова супруга. Месец дана пред смрт декујус је сачинио завештање којим је једно грађевинско земљиште, велике вредности, оставио у легат знатно млађој и неудартој жени, која му је била важан сарадник у вођењу послова, али истовремено и љубавница са којом је одржавао сексуалне односе. Врховни покрајински суд у Кобленцу је поништио овај тестамент позивајући се на повреду добрих

¹¹⁷ Hildegard Krüger, „Anmerkung zum Urteil des BAG von 23. 4. 1959, II AZR 118/56” *Arbeit und Recht*, 1960, стр. 31.

¹¹⁸ Gerhard Otte, „Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1985, стр. 196.

¹¹⁹ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 149.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 160.

обичаја из § 138 Немачког грађанског законика. Његова одлука је потврђена поменутом пресудом Савезног суда из 1969. године.

У образложењу своје пресуде Савезни суд је навео да терет доказивања у парницама о ништавости тестаментa због повреде добрих обичаја, према општим правилима, пада на ону парничну страну која се позива на ништавост, у конкретном случају на оставиочеву супругу. Она као тужилац треба да докаже да су између завештаоца и тужене легатарке постојали еротски односи, као и узрочну везу између тих еротских односа и оставиочеве намере да сачини завештање, која се узрочност морално не може одобрити. Међутим, према схватању које је Савезни суд изнео у свом образложењу, мотив представља унутрашњу чињеницу, која се чулно не може опазити. Његово постојање се може утврдити на посредан начин. Суд ће из постојања спољашњих чињеница (индиција), међу којима су посебно значајне изјаве и понашања учесника у правном послу, на основу искуствених ставова логички закључити каква је била завештаочева побуда. Пошто је поставио такав начелан став Савезни суд га је даље разрадио на конкретном случају: „Ако је један ожењени мушкарац завештао знатно млађој жени легат велике имовинске вредности, онда ове спољашње чињенице дозвољавају да се на основу животног искуства закључи о унутрашњој чињеници, да је сексуална веза одлучујућа побуда завештајног располагања, под условом да се таквом закључку не противе друге чињенице. Ствар љубавнице је да изложи и докаже такве околности из којих произилази неки други, часни мотив завештаоца.”¹²²

До преокрета у судској пракси дошло је годину дана касније, пресудом Савезног суда од 31. марта 1970.¹²³ У овом случају завешталац је умро 1965. године у Западном Берлину. У фебруару 1948. године, декујус је сачинио завештање којим је за наследника одредио једну распуштеницу с којом је од 1942. године, па до смрти одржавао еротске односе. Покрајински суд у Берлину је одбио тужбу оставиочевих законских наследника за поништење завештања.¹²⁴ У образложењу ове одлуке стоји да је за-

¹²² *Ibid.*

¹²³ Fridrih Wilhelm Bosch, „Anmerkung zum Urteil des BGH vom 31. 3. 1970, III ZB 23/68”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1970, стр. 368.

¹²⁴ KG Berlin – Beschluß des I ZS vom 20. 6. 1968, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1968, стр. 670–672.

вештајно располагање у корист жене са којом је оставилац одржавао ванбрачне сексуалне односе ништаво само онда ако се „позитивно утврди” да је код завештаоца постојао неморални мотив навођења на сексуалне односе или награђивања сексуалних односа. Према схватању овог суда није оправдано и представља „грубо поједностављивање” претпоставку о постојању таквог мотива базирати искључиво на чињеници да су завешталац и легатарка одржавали сексуалне односе.¹²⁵ Савезни суд је потврдио одлуку предходне инстанце.¹²⁶ У образложењу своје пресуде, овај суд је напустио досадашња становишта у погледу терета доказивања мотива у парницама за поништење тестамена. Савезни суд каже да не постоје правила из животног искуства на којима би се базирао закључак да су код декујуса, приликом располагања у корист љубавнице, били одлучујући неморални мотиви сексуалне природе. То значи да се не може *prima facie* претпостављати да је код располагања у корист љубавнице постојао неморалан мотив на страни завештаоца. Онај који се позива на неморалност дужан је да докаже не само спољашње чињенице постојања сексуалних односа између завештаоца и легатарке, већ и узрочност између сексуалне везе и завештаочевих мотива.¹²⁷

Критикујући схватање Франца Леонхарда, које је једно време било прихваћено од стране немачких судова, правна наука је своју пажњу усмерила на то да докаже да се овакво становиште не слаже с приликама из практичног живота. У жижи интересовања је било бављење питањем да ли је у стварном животу правилност да када завешталац својој љубавници остави неку корист из заоставштине, он то чини из сексуалних побуда. Међутим, ми сматрамо да Леонхардово схватање нема утемељења ни у позитивном законодавству. Овде треба поставити питање да ли су у стварном животу правило ништави или пуноважни правни послови. Тилман добро примећује да ово није питање „нумеричког правила и изузетка.”¹²⁸ Одговор на постављено питање не треба тражити на терену упоређивања броја пуноважних правних послова с бројем апсолутно ништавих

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Beschluß vom 31 März 1970, III ZB 23/68, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, стр. 1273.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 139.

правних послова, већ кроз тумачење правних норми које представљају генералну клаузулу ништавости, као што су члан 103. Закона о облигационим односима, члан 155. Закона о наслеђивању Србије или § 138, став 1 Немачког грађанског законика. Када Закон о наслеђивању у члану 155. прописује да је ништав тестамент који је у супротности с принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, то значи да треба да наступе посебне околности које ће тај правни посао учинити апсолутно ништавим. На тај начин овакве одредбе апсолутну ништавост показују као изузетак. По Леонхардовом схватању, у случају када није довољно разјашњен мотив завештаоца, утврђивање једне индиције која би могла да води ка недозвољеном мотиву, имало би за последицу апсолутну ништавост тестаментa. Према таквом схватању, члан 155. Закона о наслеђивању Србије морао би да се чита: „Ништави су сви тестаменти, осим ако се докаже да су у складу с принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима”. Али, као што смо истакли, то није смисао члана 155. Закона о наслеђивању Србије, који апсолутну ништавост представља као изузетак.

7. КУМУЛАЦИЈА ДОЗВОЉЕНИХ И НЕДОЗВОЉЕНИХ ПОБУДА

Одлука завештаоца да сачини тестамент и да на одређени начин располаже својом имовином за случај смрти, ретко проишлаго само из једног фактора.¹²⁹ Обично је реч о неколико околности које су подстакле тестатора да сачини тестамент, или, како се то у литератури метафорично представља, о „снопу мотива.”¹³⁰

Постојање мотивационог снопа представља за судове и науку изазов онда када се „поједине нити” у том снопу могу различито вредновати са становишта јавног поретка и добрих обичаја. Другим речима, поставља се питање како пресудити када су завештаоца у његовој одлуци да сачини тестамент истовремено подстакли и дозвољени и недозвољени мотиви. Као пример можемо навести случај када завешталац својој секретарици остави целокупно наследство, искључивши на тај начин из права

¹²⁹ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 148.

¹³⁰ Joachim Gernhuber, *op. cit.*, стр. 330, Wolfram Müller-Freienfels, *op. cit.*, стр. 446; Ulrich von Lübtow, *op. cit.*, Band I, стр. 309.

на наслеђивање чланове своје уже породице, из следећих разлога: 1) да би је наградио за љубавнички однос, 2) за савестан и одговоран рад у његовој фирми, 3) за духовно разумевање са завештаоцем и 4) да би казнио своју породицу која га не воли и према њему је равнодушна.¹³¹

У теорији и у судској пракси на ово питање није дат јединствен одговор. Према једном схватању, које заступа Ланге,¹³² суд у сваком конкретном случају треба да направи један преглед (биланс) мотива. На једној страни били би дозвољени, а на другој недозвољени мотиви. Затим би те мотиве одмеравао и тестамент би поништио само онда ако би претегли недозвољени мотиви.¹³³

Према другом схватању, које су заступали: Бендикс,¹³⁴ Гернхубер¹³⁵ и Милер-Фрајенфелс,¹³⁶ нема места дељењу мотива, јер завешталац са свим својим намерама продире кроз све делове тестаента у нераздвајој повезаности. Због тога из снопа мотива треба извући оне побуде које су најважније и које постају самим тим једине правно релевантне. Од оцене њихове дозвољености са становишта јавног поретка и добрих обичаја, зависиће судбина тестаента: да ли ће он остати на снази или ће бити поништен.

Међутим, тешкоће да се у сваком појединачном случају из „снопа мотива” издвоје они који имају одлучујући значај, који су најважнији, доводила је до тога да судска пракса посегне и за „Соломонским решењима”.¹³⁷ Као пример можемо навести пресуду немачког Државног суда од 11. октобра 1928.¹³⁸

У овом случају је утврђено следеће чињенично стање. Завешталац је био стоматолог и власник приватне стоматолошке ординације. Умро је у Дрездену 15. јануара 1925. Десет дана пред смрт је сачинио завештање којим је за наследнике именовано суп-

¹³¹ Ulrich von Lübtow, *op. cit.*, Band I, стр. 309.

¹³² Heinrich Lange, *Lehrbuch des Erbrechts*, München/Berlin, 1962, стр. 376.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Ludwig Bendix, „Anmerkung zum Urteil des RG 68/28 IV vom 11.10.1928”, *Juristische Wochenschrift*, 1929, стр. 33.

¹³⁵ Hermann Husmann, „Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetz”, *Neue juristische Wochenschrift*, 1971, стр. 408; Rudolf Welsler, „Die Sittenwidrigkeit des Testaments zugunsten des Ehebruchspartners”, *Juristische Blätter*, 1973, стр. 10.

¹³⁶ Wolfram Müller-Freienfels, *op. cit.*, стр. 446.

¹³⁷ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 149.

¹³⁸ Urteil vom 11. Oktober 1928, IV 68/28, *Juristische Wochenschrift*, 1929, стр. 33.

ругу и обе кћери. Поред овога, у тестаменту су предвиђена два легата. Млађој ћерки, која је такође била стоматолог, завешталац је оставио половину своје ординације. Својој дугогодишњој асистенткињи завешталац је оставио другу половину ординације, а уз то још и једну грађевинску парцелу и новчани износ од 2.000 марака.

У поступку је утврђено да су два мотива утицала на завештоца да својој асистенткињи остави поменути легат. Један од тих мотива је био дозвољен и огледао се у награђивању легатарке за дугогодишњи марљив и драгоцен рад у његовој зубарској пракси. Други мотив је био недозвољен и састојао се у награђивању са сексуално подавање.

У разрешењу овог случаја суд није ишао са тиме да између ове две побуде утврди ону која је имала одлучујући значај за завештоаца. Он је узео у обзир обе побуде и делимично поништио тестамент. Признао је важност легата у оном делу који се односи на грађевинску парцелу и новац. Онај део легата који се односи на зубарску ординацију суд је поништио као неморалан, јер би спровођењем таквог легата ћерка била приморана да трајно и лично сарађује и буде сувласник са љубавницом њеног оца, која је разарала породичну хармонију у њиховом дому.¹³⁹

Сматрамо да се делимична ништавост, као решење за проблем кумулације дозвољених и недозвољених мотива, може прихватити само онда ако се одредбе тестаментa могу квантитативно диференцирати према одређеним мотивима.¹⁴⁰ На пример, завешталац сачини тестамент којим: 1) за наследника именује свог сина, 2) под условом да заврши факултет, 3) да не ожени девојку с којом се тренутно забавља, 4) свом пријатељу који му је спасио живот приликом саобраћајне несреће остави у легатску поцени ручни сат, 5) а својој љубавници новчани износ од 700.000 динара. У овом примеру тестамент садржи неколико одредби и све су настале под утицајем различитих побуда. Стога ће овај тестамент бити делимично ништав. Оне одредбе које су настале под утицајем дозвољених побуда (1, 2 и 4) ће опстати, а оне које су настале под дејством мотива који нису у складу с јавним поретком и добрим обичајима (3 и 5) ће бити поништене.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ У том смислу видети: Joachim Gernhuber, *op. cit.*, стр. 330; Werner Speckman, „Zur Frage der Teilnichtigkeit einer sittenwidrigen testamentarischen Zuwendung”, *Juristenzeitung*, 1970, стр. 402.

Проблем кумулације недозвољених и дозвољених мотива долази до изражаја онда када је „сноп мотива” истовремено утицао на једну одредбу или на цело завештање. У том случају није могуће поједине делове располагања везивати за поједине мотиве из снопа побуда. Ако завешталац својој дугогодишњој сарадници, која је истовремено била и његова љубавница, остави у легат 30.000 динара, сматрамо да није могуће одмеравати колики је део од тог укупног износа представљао награду за марљив рад у фирми а колики део је награда за сексуално подавање. С пуним правом у теорији је констатовано да би било апсурдно,¹⁴¹ када би у овом случају суд утврђивао да је, на пример, 20.000 динара завештано као награда за сексуално подавање, а 10.000 динара као награда за марљив рад у фирми, па у складу с тим донео одлуку да се легатарки одобри право на легат у износу од 10.000 динара.

Све оне нити које улазе у сноп мотива су неразмрсиве. Према схватању једног броја немачких аутора оптирање за делимичну ништавост у оваквим ситуацијама би значило признавање чињенице да је завешталац самокритички анализирао све делове своје мотивације, и сваком дао одређено место у располагању за случај смрти.¹⁴² Овакво поступање би значило измену реалитета и промовисање хипотетичке воље завештаоца. Суд би морао да да одговор на питање, колико би завешталац оставио легатарки да није било недозвољене побуде, иако зна да завешталац није тако располагао.¹⁴³ Такво поступање би било у супротности са теоријом воље, која представља примарни принцип у тестаментарном праву.¹⁴⁴

Сматрамо да је у нашем праву примењиво једино оно становиште по коме се из снопа мотива извучи онај који је најважнији, тако да судбина целокупног завештања зависи од оцене његове дозвољености. Такав закључак произилази из самог текста члан 53, ст. 2. и 3. Закона о облигационим односима, који уређује утицај недозвољене побуде на пуноважност уговора. У овим одредбама стоји: „ако је недозвољена побуда *бићно уишчала на одлуку једног уговарача да закључи уговор* (курзив Д.Б.) и ако је то други уговарач знао или морао знати, уговор ће

¹⁴¹ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 151.

¹⁴² Wilfried Schlüter, *Erbrecht*, 14. Auflage, München, 2000, стр. 94.

¹⁴³ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 151.

¹⁴⁴ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 152.

бити без дејства.” „Уговор без накнаде нема правно дејство и кад други уговарач није знао да је недозвољена побуда *бићно уићцала* (курзив Д. Ђ.) на одлуку његовог сауговарача.”

Из цитираних одредби видимо да Закон о облигационим односима придаје значај само оној побуди која је битно утицала на одлуку правног субјекта да предузме правни посао. Закон о облигационим односима не даје ближа упутства о томе када је нека побуда битно утицала. У теорији је истакнуто да је то она побуда која је „довела до дефинитивне одлуке” да се предузме правни посао, при чему немају правни значај они мотиви који су само „потакли” субјекта који је предузео правни посао.¹⁴⁵ Сматрамо да у давању одговора на питање који је основ битно утицао на одлуку да се предузме правни посао, треба поћи од аналогије са члан 61, став 1. Закона о облигационим односима, који одређује појам битне заблуде. Према схватању законодавца заблуда је битна ако се односи на околности које се према намери странака или обичајима у промету сматрају одлучујућим, а странка која је у заблуди не би закључила такав уговор да је знала за право стање ствари.

На овакав закључак упућује и историјско тумачење наведених одредби из члана 52, став 2. и 3. Закона о облигационим односима. Сматрамо да је и овом приликом неопходно осврнути се на Скицу за Законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића, која је представљала подлогу за доношење Закона о облигационим односима.¹⁴⁶ У члану 32, став 2. Скице за Законик о облигацијама и уговорима стоји следеће: „Али ако је побуда противна неком принудном пропису, или јавном поретку, или моралу, а из самог уговора или прилика у којима је закључен види се да је *она одлучила једног уговорника да закључи уговор* (курзив Д. Ђ.), и да је то други уговорник знао или могао знати, уговор ће бити без дејства.” У члану 32, став 3 Скице за Законик о облигацијама и уговорима је предвиђено да: „уговор без накнаде не производи никаква дејства и кад други уговорник није знао да је недозвољена побуда *која је одлучила његовог сауговорника* (курзив Д. Ђ.).”

¹⁴⁵ Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, књ. I, стр. 244.

¹⁴⁶ О доношењу Закона о облигационим односима и значају Скице за Законик о облигацијама и уговорима, види: Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 39 и даље.

Следствено томе, у случају кумулације недозвољених и дозвољених мотива, треба узети да је завештање апсолутно ништаво само онда када су недозвољени мотиви имали одлучујући утицај на намеру завештаоца да сачини тестамент.¹⁴⁷ Другим речима, да би у таквом случају дошло до поништења тестаментa, лице које се позива на ништавост би морало да докаже да завешталац не би сачинио тестамент у одсуству недозвољене побуде. Примењено на конкретан пример, у коме завешталац оставља легат својој дугогодишњој сарадници која је истовремено била и његова љубавница, овакво схватање би значило да ће суд поништити тестамент ако на основу оцене свих изведених доказа дође до уверења да завешталац не би сачинио тестамент да са легатарком није био у љубавном односу.

8. ЗАКЉУЧАК

За разлику од каузе, која представља непосредан, апстрактни циљ који правни субјекти остварују предузимањем правног посла, мотив је посредна и конкретна околност која покреће субјекта да предузме правни посао. Разликовање мотива и каузе нема практичног значаја код добротних правних послова, с обзиром да недозвољена побуда, која је битно утицала на странку да предузме правни посао, увек има за последицу апсолутну ништавост.

Упркос томе што је немогуће непосредно доказати какве су побуде подстакле завештаоца да сачини тестамент, суд је обавезан да у сваком конкретном случају, путем индиција, утврђује мотиве тестатора. Индиције суд треба да тражи испитујући личне особине, понашање и међусобне односе завештаоца, његових законских наследника, завештајних наследника и легатара. Изјава завештаоца у завештању, којом он образлаже своје располагање, представља само једну од индиција која може да улаже на његове побуде. Суд није везан том изјавом. Он може утврђивати да је тестамент сачињен из других побуда, а не оних

¹⁴⁷ На истом становишту стоји и Желимир Шмалцел, *op. cit.*, стр. 19. Ако је правни посао детерминисан са више мотива његовог творца, недозвољеност једног од њих ће бити довољна за ништавост целокупног правног посла, ако су сви ти мотиви „према концепцији онога који се обавезује тако повезани, да у посао не би улазио када их не би могао све остварити.”

које су у њему означене. Ово правило важи и онда када се завешталац приликом сачињавања тестаментa руководи дозвољеним побудама, а у тестаменту је лажно назначио недозвољен мотив. Такав тестамент неће бити ништав.

Терет доказивања постојања недозвољене завештаочеве побуде лежи на лицу које се позива на ништавост тестаментa као своју предност. Код тестамената у корист љубавнице, на лицу које тежи поништењу тестаментa, лежи терет доказивања, како чињенице да је између завештаоца и тестаментарног наследника постојао ванбрачни сексуални однос, тако и чињенице да је постојање таквог односа одлучујуће утицало на тестатора да располаже за случај смрти.

Када је завешталац приликом сачињавања тестаментa био истовремено вођен и дозвољеним и недозвољеним мотивима, тестамент ће бити ништав само онда када се утврди да су недозвољене побуде имале одлучујући утицај на намеру тестатора да располаже за случај смрти.

Dejan B. Djurdjević*

THE INFLUENCE OF A PROHIBITED MOTIVE ON THE VALIDITY OF A WILL

Summary

This paper discusses the influence of a testator's motives on the validity of a will. The introductory explanations deal with Art. 53 of the ZOO (Law on Obligations), which envisages that a prohibited motive will render gratuitous promises null and void if it has essentially influenced the donor's decision to make such a promise. The author goes on to analyse the distinction between the cause and the motive, and the *ratio legis* of the different treatment of an prohibited motive in contracts and gratuitous promises. In practice, the most important problem is to establish the testator's motives. The motives are the personal domain of the testator and, as such, they may not be known to others. Even so, it is the court's obligation by means of any evidence at all to establish the specific motives that led the testator to draw up his will. The court should

* Dejan B. Đurđević, (Master of Law – Belgrade), Junior Lecturer, Faculty of Law in Belgrade.

seek these indications in the behaviour and the personal qualities of the testator, and those of his legal successors and the persons who stand to benefit from the will, and in their mutual relations. The mention of the motives in the will itself is not binding for the court, which can establish that the testator disposed of his possessions for reasons other than those he mentioned in his will. At the same time, it is irrelevant whether the motives the testator mentioned in his will are permitted or prohibited.

Another problem on the practical level, is with whom the burden of proof lies as to the testator's motives. According to German theory and case, the burden of proof of prohibited motives lies with the persons who invoke the nullity of the will in their interest. For instance, in a will in favour of a mistress, the person who invokes nullity, should prove both the existence of a love affair and the fact that the testator wished by means of his will to reward his mistress for her sexual favours. It may happen that in the same will, there are both permitted and prohibited motives. In that case, the outcome of the will depends on whether the prohibited motive played a decisive role in the testator's decision to draw up such a will.

Key words: *Motive. – Cause. – Will. – Nullity.*

Dejan B. Djurdjević*

INFLUENCE DU MOTIF ILLICITE SUR LA VALIDITE DU TESTAMENT

Résumé

Dans cet article on considère l'influence des motifs du testateur sur la validité de sa dernière volonté. Tout d'abord on expose les règles de l'article 53 de la Loi sur les Obligations qui prévoit que le motif illicite a pour conséquence la nullité absolue d'une libéralité si ce motif a eu une influence déterminante sur la décision de la personne qui a l'intention d'entreprendre un tel acte juridique. Ensuite, on souligne la différence entre la cause et le motif et on considère la *ratio legis* d'un traitement différent des motifs illicites dans les contrats onéreux d'un côté, et dans les libéralités de l'autre.

Dans la pratique, l'un des problèmes les plus importants c'est de rechercher les motifs qui ont pu influencer la volonté du testateur au moment de la rédaction de l'acte. A vrai dire, les motifs se trouvent dans le for intérieur du testateur et en tant que tels ils ont ne sont pas portés à la connaissance de tierces personnes.

* Mr. Dejan B. Djurdjević, assistant à la faculté de Droit de Belgrade

Néanmoins, le tribunal se trouve dans l'obligation d'identifier les motifs (sur la base des indices) qui ont pu déterminer le testateur à rédiger sa dernière volonté. Ces indices doivent être recherchés dans le comportement et les qualités particulières du testateur d'abord, ensuite de ses héritiers ainsi que des personnes qui dans ce testament bénéficieront de certaines libéralités, et finalement dans leurs rapports mutuels. Les motifs invoqués dans le testament ne lient pas le juge, qui peut examiner si le testateur a pris ses dispositions pour d'autres raisons et non pour celles que le testateur a indiqué dans son acte. Par ailleurs, il est sans importance que les motifs indiqués par le testateur soient licites ou non.

Un autre problème qui est important pour la pratique c'est sur qui pèse le fardeau de la preuve des motifs. D'après la doctrine et la jurisprudence allemandes, ce sont les personnes qui, dans leur propre intérêt invoquent l'illicéité des motifs qui doivent la prouver. Par exemple, dans le testament au profit d'une maîtresse, c'est la personne invoquant la nullité qui doit prouver non seulement l'existence du concubinage mais encore le fait que le testateur a souhaité gratifier par sa dernière volonté sa maîtresse. Il est possible que dans un même testament puissent se trouver aussi bien les motifs licites qu'illicites. Dans de cas, si le motif illicite a eu une influence déterminante sur la rédaction du testament, le juge doit prononcer la nullité de l'acte.

Mots-clés : *Motif. – Cause. – Testament. – Nullité.*

Јожеф Салма⁰

**НАЧЕЛО „NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM
ALLEGANS” И НИШТАВОСТ УГОВОРА**

**I. КОНКУРЕНЦИЈА ПРАВИЛА О ШИРОКОМ КРУГУ
ОВЛАШЋЕНИХ ЛИЦА ЗА НАПАДАЊЕ НИШТАВИХ
УГОВОРА И ПРАВИЛА NEMO AUDITUR**

Ништивави су уговори који су супротни *јавном њоретку*, добрим обичајима и императивним одредбама закона.¹ Круг случајева ништавости није одређен само (на општи начин) правилном о *јавном њоретку и добрим обичајима*. Ништави су и они уговори који су противни *конкретним законским забранама* (било забранама ЗОО као кодификације, било забранама посебних, ванкодификационих законских прописа), као што је нпр. случај са зеленашким уговорима.² ЗОО, у случају повреде конкретне забране предвиђа општу последицу *ништивавости, осим ако њовређени ѡройис не ѡредвиди нештво друго*.³ Друга законска решења, тј. када је повређен законски пропис предвиђа другачију, модификовану санкцију, су релативно рестриктивно одређена, и то у следећим случајевима: а) случај код *забране зеленашких уговора*. Код зеленашких уговора ЗОО допушта одржавање уговора на снази на предлог осиромашеног (искоришћеног) уговорача, поднетог у року од пет година од дана закључења уговора;⁴ б) у случају *делимичне ништивавости*⁵ може се одржати уговор на снази уз поништај ништаве клаузуле, под условом ако уговор може опстати без ништаве клаузуле, и ако

⁰ Др Јожеф Салма, редовни професор Правног факултета у Новом Саду, дописни члан Војвођанске академије наука и уметности.

¹ Чланови 10, 104, 103. ЗОО.

² Члан 141. ст. 1–4. ЗОО.

³ Видети члан 103. став 1. ЗОО.

⁴ Видети члан 103. став 1. ЗОО.

⁵ Видети члан 105. ст. 1. и 2. ЗОО.

она није била ни услов ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен. Али ће уговор остати на снази чак иако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње; в) У случају *конверзије* ништавих уговора, ништав уговор се може претворити, интервенцијом суда у пуноважан.⁶ Конверзија је претварање ништавог уговора у пуноважан, уз ревизију права и обавеза странака сходно садржају новог, конвертованог уговора. Наиме, према одредбама ЗОО, кад ништав уговор испуњава услове пуноважности *неко̄ дрӯго̄ ӯговора*, онда ће међу уговорним странама важити тај други уговор. Законски услови конверзије су: аа) да је конверзија сагласна с *циљем* који су *ӯговарачи* имали у виду када су закључили уговор; бб) да се може узети да би они закључили тај уговор *да су знали за ништавост* уговора. Другим речима, конверзија је допуштена *уз обострану савесност*. Уговор у који се конвертује ништав уговор мора бити допуштен. Поступак конверзије остварује се на основу иницијативе странака, уколико је претходно покренут поступак ради поништаја. Конверзију тада врши суд, а не странке, пошто се ради о потреби за „санацијом” повреде општих интереса, на шта суд по члан 109. ЗОО пази по службеној дужности. Конверзија се врши тако што ће се сходно жељеном другом, допуштеном уговору, ревидирати одредбе ништавог уговора и претворити га у допуштени, по могућству истог или сличног типа (нпр. недопуштени двострано обавезни уговор у допуштени двострано обавезни уговор) и циља. На пример, ако је забрањена купородаја датог предмета, а није забрањен закуп, цена ће се претворити у периодичне престације (закупнину), а стичалац неће моћи да стекне својину на предмету (како је код купопродаје), већ само наменску употребу (како је код закупа).

5) Одржавање ништавог уговора на снази, према посебним одредбама ЗОО, могуће је иако су повређене одредбе о обавезној писменој форми, тако што уговор није закључен у тој форми, под условом: аа) да су уговорне стране узајамно извршиле уговор у целини или у претежном делу; бб) осим ако је то у противности с циљем због кога је форма установљена.⁷ Практично, санација недостатака у обавезној писменој форми је по правилу допуштена само онда ако је форма прописана ради заштите при-

⁶ Видети члан 106. ЗОО.

⁷ Видети чл. 70. и 73. ЗОО.

ватног интереса, а не и онда када је форма предвиђена ради заштите јавног интереса. Ништави су надаље и уговори противни одредбама ЗОО и ЗП (Закон о предузећима) којима се регулишу правила о законском заступању (малолетника од стране родитеља и старатеља и предузећа од стране директора, односно других овлашћених лица)⁸ и правила о вољном заступању (пуномоћје ради заступања у закључивању правног посла, или ради предузимања друге правне радње, нпр. у парници, или ради предузимања фактичке радње). Основно и заједничко је правило, да заступник – пуномоћник мора да поступа у складу с овлашћењем из закона, односно уговора о пуномоћству,⁹ у супротном уговор не производи правно дејство. Ништави су уговори закључени од пословно неспособних лица, према становишту праксе, чак и онда ако се ради о пунолетним лицима, која су у време закључења уговора без способности за расуђивање, без обзира на то, што против таквог саговорника није вођен или окончан поступак за лишавање пословне способности.¹⁰ Разуме се, ништави су и они уговори који имају недопуштени основ¹¹ или мотив (побуду),¹² као и забрањени предмет.¹³ Ништави су и они уговори који садрже одложни или раскидни услов противно принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Немогућ раскидни услов по одредбама ЗОО сматра се непостојећим.¹⁴ Наравно, ништави су уговори који се противе императивним *одредбама појединих начела ЗОО*, као што су одредбе о забрани стварања и злоупотребе *монополског* положаја, као и одребе уговора противне начелу *равноправности страна-*

⁸ Видети чл. 54–59. ЗОО.

⁹ Према пресуди Окружног суда у Краљеву, Гж. 143/02 од 26. 3. 2000. године ништав је уговор кога закључи пуномоћник умрлог лица. У конкретном случају умрли је дао пуномоћје за закључење правног посла, али је уговор закључен седам месеци након смрти пуномоћника. Суд је такав уговор поништио „јер не садржи две, већ само једну вољу.”

¹⁰ Према речима ВСС: „Апсолутно је ништав уговор који је закључило потпуно пословно неспособно лице иако том лицу формалним решењем пословна способност није одузета.” ВСС, Рев. 3548/98 од 23. 12. 1998. године. У конкретном случају се радило о пунолетном лицу које је у време закључења уговора боловало од тешког облика зависности од алкохола, „због чега је”, према наводу суда, „био неспособан да схвати значај правне радње коју је предузео, и њене последице. Био је неурачунљив, неспособан да располаже својом имовином. Било је потребно да му се одузме пословна способност што је изостало.”

¹¹ Видети члан 51. став 1. ЗОО.

¹² Видети члан 53. ст. 2. и 3. ЗОО.

¹³ Видети Члан 47. ЗОО у вези с чланом 46. став 2. ЗОО.

¹⁴ Видети Члан 75. ст. 1. и 2. ЗОО.

ка¹⁵ у облигационим односима, одредбе уговора којима се *изѝ-равају* (злоупотребљавају или заобилазе) императивни прописи закона,¹⁶ у законом одређеним случајевима одредбе о *начелу једнаке вредности* престација,¹⁷ о *забрани проузроковања штете*¹⁸ (осим у законом допуштеном кругу пристанка оштећеника), одредбе уговора противне начелу *савесности* и *пошћења*,¹⁹ односно противне *ошћем* (*оснивачком*) *акћу* предузећа (статуту или уговору о оснивању) и уговорне одредбе противне добрим пословним обичајима.²⁰

Право на истицање ништавости се не гаси, оно је у принципу временски неограничено.²¹ Најтежим санкцијама, ништавошћу погођени су уговори који вређају опште интересе.²²

¹⁵ Видети члан 11. ЗОО.

¹⁶ Члан 13. ЗОО.

¹⁷ Члан 15. ЗОО.

¹⁸ Члан 16. ЗОО.

¹⁹ Члан 12. ЗОО.

²⁰ Члан 22. став 1. и члан 25. ЗОО, члан 22. став 2. ЗОО.

²¹ Нижестепени судови су тужбени захтев за поништај уговора о коришћењу стана и исељења туженог одбили, сматрајући да је он по истеку рока од пет година прећутно обновљен и да је његова ваљаност већ претходно цењена у ванпарничном поступку ради откупа стана (стан је откупљен). Према становишту ВСС у односу на тужиоца уговор о коришћењу стана не проиводи правно дејство, јер није у складу са одредбама члан 34. став 2. Закона о стамбеним односима („Сл. гл. СРС”, бр. 9/85) који је у време закључења уговора и стицања станарског права био на снази, јер тужилац није донео решење о додели стана туженом. Ако давалац стана на коришћење није донео акт о коришћењу стана, нити је закључен уговор о коришћењу, тужени би био корисник стана без правног основа, па би тужбени захтев био основан. (ВСС, Рев. 1333/98 од 24. 6. 1998).

²² У новијој судској пракси ВСС бројни су случајеви у којима је суд, због повреде општих интереса, на захтев заинтересованог лица, поништавао уговор: 1. уговор о *промети* *непокретности* закључен под утицајем *пришисака* и *насилја*, односно у ситуацији, тј. околностима када није била обезбеђена сигурност људи и имовине, остваривање заштите *слобода*, права и дужности човека и грађанина или равноправност народа и народности (ВСС, Рев. 1415/97 од 11. 6. 1997). 2. Када су уговори о купопродаји непокретности закључени с циљем да би се непокретности *склони* *од стечаја*, односно од поверилаца, тако што је уговор закључен по књиговодственим вредностима продатих непокретности уз раскидни услов да се уговори раскидају ако до стечаја не дође, дакле противно члану 52. ЗОО о недопуштеном основу (ВСС, Рев. 504/01 од 4. 4. 2001. године). 3. Ништав је уговор о *поклоњу непокретности* ако је *мош* *због кога* је поклоно учињен *ошћом* *или се није осћарио*. Тужилца је у конкретном случају продала непокретност туженом, знајући за праву цену непокретности, за осам пута мању него што је тржишна вредност, на основу обећања брака од стране туженог, до чијег остварења није дошло. (ВСС, Рев. 2887 од 8. 9. 1993). 4. Ако суд утврди да *кауза*, односно основ за закључење уговора *не постоји* *или је недоушћен*, онда је уговор ништав сагласно одредби члана 52. ЗОО. Тужена је у конкретном случају закључивала уговоре ради консолидације, али није обезбедила нове депоненте, нити је унела нова новчана средства, односно са кашњењем је депоновала своја новчана средства да би их потом повукла, пре отказног рока и отказа уговора, тако да разлог због кога је тужилац преузео дуг и пренео акције не постоји. (Пресуда Савезног суда, Гзс. 15/2000 од 29. 6. 2000). 5. Куповина неубичајено

Отуда и право на позивање на ништавост је у закону постављено широко. На ништавост се може позивати свако заинтересовано лице, укључив и јавни орган који пази на остваривање јавног интереса.²³ У закону је дакле декларисано начело о *широком кругу лица овлашћених* на нападање забрањених и противзаконитих уговора, укључив – под условом савесности – и странке. Наспрам овог начела конкурише начело *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, тј. правило да се несавесном уговорнику не допушта позивање на ништавост.²⁴ То је правило по коме суд може одбити захтев несавесне стране да тражи повраћај у пређашње стање (*restitutio in integrum*).

Наизглед је реч о готово непомирљивом сукобу два начела, која су везана за персоналне последице ништавости: прво начело, или правило, у интересу заштите поретка, допушта свим заинтересованима, дакле и уговорним странама да нападну уговор, а друго начело одбија право на позивање на ништавост оној уговорној страни која је била несавесна, дакле знала или је била дужна да зна, да закључује забрањени уговор.

Сукоб ова два начела теорија, а у сагласности с учењем доктрине и закон су решили на тај начин, што допуштају да и несавесна страна тражи поништај уговора, али се одбија њен захтев за повраћај у пређашње стање те предмет престације досуђује у корист општине места закључења уговора. Ова санкција је, с једне стране, образложена тиме што би се допуштањем повраћаја и у корист несавесне стране остала некажњена несавесност странке према поретку, а с друге, долазило би до неоснованог обogaћења у констелацији једностране реституције: савесној страни би се допустио повраћај, а несавесној не. Ако је несавесна страна испунила обавезу из уговора, а савесна још није испунила или је испунила, допуштањем реституције у корист савесне стране и недопуштањем реституције несавесној страни обе престације остају на страни савесне стране. Управо правило

велике количине робе (златног накита) по редовном току ствари упућује на обавезу утврђивања допуштености основа тог уговора, члан 51. ЗОО и следом тога његове ништавости, члан 52. ЗОО. (ВСС, Рев 740/94 и Гзз. 16/94 од 16. 3. 1994). 6. Суд је поништавао уговор због неурачунљивости, односно ако је уговор закључило лице које није било способно за расуђивање у време закључења уговора, без обзира што му пословна способност није била одузета судском одлуком, у смислу члан 103. став 1. ЗОО, јер је за закључење уговора одлучујућа стварна неспособност, а не правна констатација те неспособности. (Одлука Окружног суда у Зрењанину, Гж. 234/96 од 25. 2. 1998), и др.

²³ Члан 109. ЗОО.

²⁴ Члан 104. став 2. ЗОО.

о одузимању престајације служи да до тог неоснованог обогаћења не дође. Престајација се одузима у корист репрезентанта општег интереса.

На тај начин, путем института одузимања предмета престајације несавесног уговорника (грађанске казне за несавесност при непоштовању правила поретка – l'ordre public) је сукоб између два контрарна правила (начела широког круга позивања на ништавост и забране позивања несавесног уговорника) решен „компромисно” Допушта се позивање несавесног лица на ништавост, али се њему одбија део захтева усмерен на повраћај у пређашње стање и истовремено се његова престајација одузима, независно од тога да ли је другој страни испуњена или није.

II. КОНКУРЕНЦИЈА ПРАВИЛА О ОДУЗИМАЊУ ПРЕДМЕТА

Реституција – повраћај у пређашње стање је класична санкција ништавих уговора. Реституциона санкција значи, у случају обостраног испуњења (код двострано обавезних уговора), обострано враћају примљене престајације – правило о обостраној реституцији, повраћају у пређашње стање, стање пре закључења уговора.²⁵ Уговор се ништи од почетка (*ex tunc*). Враћају се и главне обавезе и плодови. То је у складу са старим правилом римског права – *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non est convalescere*, преведено речима Богишићевог Општег имовинског законика за Црну Гору (1888) – што се грбо роди, време не исправи.

Само одузимање *йредмеџа йрестџаџија несавесне сџране у јавну користи*, као својеврсна грађанскоправна конфискација, предвиђена у члан 104. став 2. ЗОО, није уобичајено у упоред-

²⁵ Видети члан 104. став 1. ЗОО. Према судској пракси, која парафразира закон, у случају ништавости уговора свака уговорна страна је дужна да врати другој све оно што је примила по основу таквог уговора. Ако се природа онога што је испуњено протви враћању има се дати одговарајућа накнада у новцу према ценама у време доношења судске одлуке уколико закон што друго не одређује. (ВСС, Рев. 733/97, ВСС). Но, полазећи од одредби члан 104. суд у сваком конкретном случају одређује коју ће од прописаних санкција применити (или правило о реституцији из став 1. члан 104. или правило о једностраној односно обостраној забрани реституције и о одузимању предмета престајације несавесној страни, сагласно члану 104. став 2. ЗОО). ВСС, Рев 1615/96 од 15. 5. 1996). Дужност враћања предвиђају и одлука ВСС, Рев. 1550/90 од 12. 2. 1991, одлука Окружног суда у Београду, Гж. 9872/94 од 23. 5. 1995, ВСС, Рев. 7018/97 од 20. 5. 1998, ВСС. Рев. 1663/92 од 12. 5. 1992. и др.

ном праву класичних грађанских законика. Овај институт није познат ни у француском Code civil-у (1804), ни у аустријском Општем грађанском закону (1811), ни у немачком Грађанском закону (1896) ни у Швајцарском закону о облигацијама (1911), нити у СГЗ-у (1844). Од класичних кодекса институт је познат само у Општем имовинском закону за књажевину Црну Гору (Богишићев законик, 1888). Богишић је овај институт регулисао у члану 600 – одредивши да ће се несавесном уговорнику, код ништавих уговора, његов предмет престаџије одузимати „у корист црквене касе”. С обзиром на тадашњу симбиозу (конституционалну персоналну унију) врховне цивилне и духовне власти, то је практично значило одузимање у корист државе.

Институт одузимања предмета престаџија као цивилна казна за повреду поретка путем забрањених уговора је кодификациони „резултат” времена ауторитарног социјализма и настао је под утицајем руске кодификације из треће деценије XX века. Институт је примењен готово у свим грађанским кодификацијама источноевропских земаља (нпр. Гз бивше Чехословачке из 1964, Гз Мађарске 1959), насталих током друге половине XX века. Да ли је институт наметнут или је спонтано прихваћен, питање је за дискусију. Сигурно је само да је проистекао из природе поретка.

Основно цивилноправно начело које се примењује било у случају повреде индивидуалних, било општих интереса, на плану имовинског права, јесте реституција, повраћај у пређашње стање. Конфискација, у смислу цивилне казне није позната у савременом грађанском праву.

Уколико је повреда јавног поретка таква, да испуњава и услове кривичног дела, тада је „задатак” кривичног права, уз прецизну инкриминацију, да санкционише истовремену цивилноправну и кривичну повреду. Али и тада, цивилноправна повреда је санкционисана карактеристичном санкцијом за цивилно право.

III. РЕСТИТУЦИОНО, ОДНОСНО ПЕНАЛНО ПРАВИЛО У РЕФОРМСКИМ ЗЕМЉАМА

Поставља се питање, да ли је потребно задржати правило о одузимању предмета престаџије несавесном уговорнику забрањеног уговора. Како поступају друге реформске земље, чији су

грађански законици пре реформе прихватили пеналну функцију правила о ништавости.

Овом приликом ћемо се задржати на становишту суседног мађарског законодавства и теорије. Мађарски Грађански законик из 1959. године је (у члан 237. став 4)²⁶ прихватио институт одузимања предмета престације несавесном уговорнику код забрањених и противзаконитих, односно ништавих уговора. У времену од почетака правне хармонизације Грађанског законика, дакле почев од 1988. године, па до 1998. године, овај законик је претрпео преко стотину измена. (На пример, унете су одредбе а јавном поретку и добрим обичајима, као граница слободе уговарања, унете су нове одредбе о јавним и приватним фондацијама, нове одредбе о заложном праву, о накнади неимовинске штете и др.) Треба имати у виду, да се у међувремену и ванкодексно цивилно законодавство веома развило и проширило, као банкарско, потрошачко, антимонополистичко законодавство, и право конкуренције, право осигурања, ауторско и проналазачко право, хипотекарно и заложно право, право о привредним друштвима, право о земљишним књигама и др. Те партикуларне области су и у домену слободе уговарања повратно утицале на измене МГЗ-а. Међутим, до измена правила о одузимању предмета престације несавесној страни код ништавих уговора није долазило. То правило је остало као правило уз правила о реституцији. Од времена промене система и преласка на либералну тржишну привреду санкционисану одговарајућим изменама Устава (1989/1990) па све до данас (1995) судска пракса ретко кад примењује правило о одузимању предмета престације. Сама доктрина, пак, од средине деведесетих година сматра да би правило о одузимању престација требало брисати из законика и оставити само основну правну последицу ништавости – реституцију, повраћај у пређашње стање. Од 1998. године тече поступак рекодификације мађарског Грађанског законика. Први нормативни текст је требало да буде завршен 2002. године, али је рок за израду првог целовитог нормативног текста Нацрта новог Грађанског законика продужен до краја 2005. године. У току 2001. и 2002. године објављене су тезе, основе концепције новог Грађанског законика (I и II Концепт). Аутор теза је главни редактор академик Векаш Лајош, професор Правног факултета у Будим-

²⁶ Видети: Polgári Törvénykönyv, Polgári perrendtartás, Családjogi törvény, szerkesztette (уредник): Dr. Kertész Judit, издање: Uni6, Будимпешта, 1999, стр. 127.

пешти Универзитета Eötvös Lóránd (Етвеш Лоранд), председник Комисије за кодификацију новог МГЗ-а. Наравно, на изради теза су учествовали и бројни професори из појединих области Грађанског права (Weiss Emilia за област породично право, Prugberger Tamás за област радноправни уговори, Lenkovics Barnabás за област стварно право и др.). У тезама је дотакнут и институт одузимања престација код ништавих уговора. Како I тако и II концепт за доношење новог грађанског законика заступају становиште да би овај институт требало да буде брисан из законика. У свом уџбенику *Облигационо њраво* (Bíró György), заступа став о сувишности овог института. Утолико пре што судска пракса ретко примењује институт одузимања престације несавесном уговорнику ништавог уговора.

У нашој судској пракси се, такође, релативно ретко примењује правило ЗОО о забрани реституције и одузимања престација у корист општине места закључења уговора. Редовно се допушта повраћај у пређашње стање. Но, било је и изузетака, нарочито у периоду важења рестриктивних правила из Закона о девизном пословању, када се дешавало да суд одузме девизе у корист општине места закључења уговора. Та правила (Закон о девизном пословању) су анахрона и важила су до недавних измена (2004. године). Она су забрањивала уговарање и исплату у страним средствима плаћања, иначе супротно члану 395. ЗОО.

Нама се чини да треба преиспитати оправданост правила из став 2. члана 104. ЗОО. Није на цивилном пропису да кажњава, већ да реституише. Уколико је кршењем цивилноправне забране истовремено испуњен и кривичноправни деликт, под условом да је то кривично право тачно описао и под условом да је конфискација оправдана (прописана), тада је улога кривичног суда да примени такву санкцију. Грађанском праву у принципу није својствено кажњавање. Има наравно изузетака, то су пенали предвиђени уговором, од стране самих странака за случај неправилног извршења уговора. Има наравно и другачијих гледишта. Они сматрају да је одузимање престација једино решење да се избегне неосновано обогаћење у случају једностране реституције и једностране несавесности.

ОДГОВОРНОСТ ЗА ПРОУЗРОКОВАНУ ШТЕТУ И РЕЖИМИ НАКНАДЕ У ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ¹

„Свака установа се заснива на логици која обезбеђује њену кохерентност. Када та логика производи веома лоше резултате, треба тражити одговарајућа решења заснована на некој другој техници, на некој другој установи.”²

1. Претходно наведени цитат одражава, с једне стране, целокупни развој права одговорности за проузроковану штету, који је изазван техничким напретком француског друштва, и с друге, увођење режима накнаде, који понекад замењују право одговорности за проузроковану штету.

Како дефинисати право одговорности за проузроковану штету? Поврх тога, шта су то режими накнаде?

2. Право одговорности за проузроковану штету је скуп правила која обухватају како деликтну тако и уговорну одговорност и која уређују последице штете проузроковане било кривицом једног лица, било од стране једног лица за чију радњу неко одговара, било чином ствари над којом неко има власт.

Стога, грађанскоправна одговорност захтева увек постојање одређених услова. Неопходно је најпре да постоји штета која може да буде телесна, материјална и морална.³ Затим, потребно

⁰ Горан Георгијевић, асистент Правног факултета у Београду.

¹ Овај рад је настао у склопу пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски и социолошки аспект)”.

² Larroumet C., *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation: l'amalgame de la responsabilité civile et de l'indemnisation automatique*, D., 1985, chr. 237, стр. 241.

³ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 8ème éd., 2002, стр. 677–692.

је да постоји радња на којој се заснива одговорност.⁴ Реч је, или о личној, скривљеној радњи једног лица, или о чину ствари над којом неко има власт или о радњи лица над којим неко врши надзор.⁵ Најзад, између штете и штетне радње мора да постоји узрочна веза.⁶

3. Режији накнаде, сасвим супротно, дају жртви право на обештећење. Беспотребно је претходно испитивање постојања услова грађанскоправне одговорности. Ипак, ради добијања обештећења по основу неког од режима који су због тога и створени, морају да буду испуњени извесни услови прописани законом. У основи једног режима накнаде налази се увек неко трећи ко плаћа: гарантни фонд, држава, осигуравајуће друштво...⁷ У неким случајевима ће тај већ поменути платац имати право да се обрати одговорном лицу, ради наплате онога што је исплаћено оштећеном. У осталим случајевима му такво право неће бити стављено на располагање.

4. С историјске тачке посматрања све док француско друштво није било у већој мери технички развијено, грађанскоправна одговорност заснована на идеји кривице је била довољна. Тај принцип најбоље одсликава изрека: *Ко разбије чаше ѿај их и ѿлаћа*. Људи тог времена нису могли да појме концепт одговорности која не би била заснована на кривици. При одсуству кривице свако је био дужан да поднесе своју лошу судбину.

Ипак, индустријализација друштва је довела до појаве значајних штета које нису потицале од скривљене радње. Да ли је у том случају требало лишити жртву права да буде обештећена? Очигледно, данашњица показује да је одговор на то питање не.

5. Објективна одговорност због чина ствари имала је дуг развој. До краја 19. века, изузев штета проузрокованих од стране животиња (члан 1385. Грађанског законика) и рушењем грађевине (члан 1386. Грађанског законика) судовови примењују правила грађанскоправне одговорности из члана 1382. Грађанског законика.⁸

⁴ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 693–814.

⁵ Упоредити са Leduc F., *L'ouvre du législateur moderne: vices et vertus des régimes spéciaux, Responsabilité civile et assurances, hors série, juin, 2001*, стр. 51.

⁶ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 815–824.

⁷ Упоредити са Leduc, *op. cit.*, стр. 51.

⁸ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 718.

Помало револуционарна решења пореклом су из правне науке. Saleilles и Josserand предложили су ново тумачење члана 1384. Грађанског законика. Реч ствар добија опште значење. Особа која има власт над стварју мора да одговара за штету коју ова проузрокује. Поврх тога, одговорност мора да буде објективна. Идеја кривице се замењује идејом ризика.⁹

6. Судска пракса, када је о њој реч, примењивала је испрва решења по коме се кривица претпоставља.¹⁰

Потпуни преокрет десио се 1930. године у одлуци Jand'heur. Судије су по први пут увеле у позитивно право схватање о објективној одговорности због чина ствари.¹¹

7. Технички развој француског друштва је настављен. Истовремено, достигнут је одређен цивилизацијски ниво који се изражава кроз постојање извесног степена солидарности међу људима. Требало је пронаћи решење за ситуације у којима није било могуће нити је било од значаја применити правила грађанскоправне одговорности.

Да ли се требало зауставити на правилима о објективној одговорности за штету коју проузрокује ствар, у погледу штете коју би требало накнадити? Да ли је требало препустити жртву њеној лошој судбини у случајевима када није могуће применити правила грађанскоправне одговорности, односно лишити је посебног облика заштите у појединим ситуацијама? Законодавац није тако мислио. Напуштање права одговорности за проузроковану штету је остварено уз помоћ режима накнаде.

8. Као почетак законодавне технике режима накнаде сматра се Закон од 9. априла 1898. којим се уређује област несрећа на раду.¹² Поменути пропис није више на снази будући да је замењен касније усвојеним Законом од 30. октобра 1946, који је уградио накнаду штете проузроковану несрећама на раду у општу организацију социјалног осигурања.¹³ У данашње време постоји двадесетак режима обештећења.¹⁴

⁹ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 719.

¹⁰ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 720.

¹¹ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 722–723; Упоредити одлуку Jand'heur с одлуком Teffaine (стр. 720).

¹² Leduc, *op. cit.*, стр. 50.

¹³ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 872.

¹⁴ Као примери могли би се навести: Закон од 8. јула 1941. који се односи на транспортне жичаре; Закон од 12. новембра 1965. који се односи на нуклеарне бродове

9. Различити режими накнаде – као целина имају за циљ да изузму одређене жртве, којима је посвећена нарочита пажња, од примене правила грађанскоправне одговорности. Законодавац је желео да пружи таквим жртвама бољу заштиту кроз увођење одговарајућих режима накнаде. Режији накнаде могу да буду подељени у две групе:

1) С једне стране постоје гарантни режими, који почивају на принципу непосредне социјализације ризика, који одређују надокнадиоца штете, у потпуности страног штетној ситуацији. Као пример могу се навести штете проузроковане несрећама на раду, а које накнађује социјално осигурање.¹⁵

2) С друге стране, постоје такозвани мешовити режими. У коначном исходу обавеза накнаде терети особу која није у потпуности страна штетној ситуацији. Ипак, упркос постојању сличности с правом одговорности, поменути мешовити режими задржавају карактер гарантног режима, пошто се обавеза да се накнада штета не заснива на узрочности. Једно лице може да буде у обавези да накнади штету чак и уколико докаже одсуство кривице или вишу силу. Пример који је често навођен у том смислу је режим накнаде штете коју трпе жртве саобраћајних несрећа.¹⁶

10. Режији накнаде се разликују од права одговорности по својој садржини. Најпре, законодавац је прибеглао одређеним поступцима, као што је, на пример, усмеравање тужбе жртава према једном унапред утврђеном субјекту, уз искључење осталих особа чија би одговорност евентуално могла *a priori* да буде утврђивана. На тај начин се избегава бар у прво време проблем утврђивања грађанскоправне одговорности.¹⁷

(измењен Законом од 29. новембра 1968. и 1. децембра 1988); Закон о нуклеарној енергији од 30. октобра 1968. модификован Законом од 16. јуна 1990; Закон од 7. јула 1976. који се односи на загађење мора, модификован Законом од 10. маја 1983; Закон од 3. јануара 1977, 2. фебруара 1981, 8. јула 1983. и 6. јула 1991. који се односи на заштиту и обештећење жртава повреде прописа; Закон од 5. јула 1985. који тежи побољшању положаја жртава саобраћајних несрећа и убрзању поступка накнаде штете; Закон од 9. септембра 1986. који се односи на борбу против тероризма; Закон од 31. децембра 1991. и Уредба од 26. фебруара 1992. који се односе на обештећење жртава сиде; Закон од 4. јануара 1993. и Уредба од 5. августа 1993. који се односе на сигурност у материји трансфузије крви и лекова; Закон од 4. марта 2002. који се односи на обештећење жртава санитарних ризика.

¹⁵ Leduc, *op. cit.*, стр. 51.

¹⁶ Leduc, *op. cit.*, стр. 51.

¹⁷ Leduc, *op. cit.*, стр. 51.

Затим, законодавац је умањио број случајева ослобођења од обавезе да се накнади штета, пореклом из права одговорности за проузроковану штету.¹⁸ Коначно, законодавац је убрзао остваривање обештећења дајући предност споразумном уређењу односа и установљавајући рокове у којима се мора извршити исплата накнаде.¹⁹

Ипак, претходно поменуте погодности не могу да буду уживане без одређених ограничења, неке врсте противнакнаде за повлашћени положај оштећеног лица. Тако, насупрот принципу потпуне накнаде, који неприкосновено влада правом одговорности за проузроковану штету, обештећење које се може добити по основу неког од посебних режима накнаде је ограничено. Ограничења могу да буду двојака. Постоје квалитативна ограничења, која се остварују кроз хијерархизацију врста штета у погледу њихове накнаде. Осим тога, она могу да буду количинска, што се постиже паушалним утврђивањем висине накнаде или њеним плафонирањем.

11. Чини се да је у садашњем тренутку тежња заштитити боље оштећеног свеприсутна и да преовладава. С једне стране, постојање режима накнаде одсликава јасно бригу да се обештеди жртва која је претрпела извесну штету. С друге стране, и у срцу грађанскоправне одговорности постоји иста тежња, У оквиру субјективне одговорности за проузроковану штету, као најстаријег дела грађанскоправне одговорности, присуствујемо одређеним променама које прете да доведу у питање опстанак ове последње. Удаљавање између између онога што је правно, то јест услова грађанскоправне одговорности и одређених решења судске праксе заснованих искључиво на захтевима и осећању правичности је јасно уочљиво. Као најпознатији примери у том смислу могу да буду наведени накнада штете због изгубљене шансе и субјективна одговорност малолетног или пунолетног лица упркос одсуству способности расуђивања.

12. Због свега до сада реченог, неопходно је запитати се да ли у садашњем тренутку систем грађанскоправне одговорности проналази још увек свој разлог постојања, будући да већ посто-

¹⁸ На тај начин се ојачава право жртве на накнаду штете. Видети Leduc, *op. cit.*, стр. 52.

¹⁹ С једне стране предност се даје споразумном уређењу односа, а с друге, прописују се рокови у којима исплата накнаде треба да буде извршена. Leduc, *op. cit.*, стр.52.

ји, како је то раније речено, извешан број режима накнаде који није занемарљив.

Тако, да би питања о саживоту права одговорности за проузроковану штету и режима накнаде добила одговор, требало би најпре истражити корисност опстанка или евентуалног укидања грађанскоправне одговорности. Нека решења судске праксе у супротности су с устаљеним моделом субјективне одговорности. Да ли би и како би те аномалије могле да буду отклоњене? Једно од могућих решења је да се уређење појединих случајева препусти режимима накнаде.

Осим тога, саживот грађанскоправне одговорности и режима накнаде намеће, као претходно, питање стварних особина и обриса једног и другог. Уколико се прихвати самосталност грађанскоправне одговорности и режима накнаде, праћена строгим одређењем њихових граница, требало би истражити њихов саживот, њихову међузависност, ради утврђивања кохерентности целине. Чини се да строго разграничење између грађанскоправне одговорности и режима накнаде даје могућност постојања једне кохерентне и складне целине, како у садашњости тако и будућности.

13. Дакле, признајући корисност и самосталност грађанскоправне одговорности и режима накнаде треба покушати јасно дефинисање граница сваког од њих (I), како би затим били испитани њихово кохерентно и складно сапостојање како у садашњости тако и у будућности. (II)

I. НЕОПХОДНОСТ ЈАСНО ОДРЕЂЕНЕ СТРУКТУРЕ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ И РЕЖИМА НАКНАДЕ

14. Тежња заштитити боље оштећеног утиче, у данашње време, како на изглед грађанскоправне одговорности, одузимајући јој одређене карактеристике које она традиционално има, тако и на стварање одређених режима накнаде.

С једне стране, чини се да тренутно постоји, у погледу грађанскоправне одговорности, стваран ризик од нереда, створен деформисањем услова те одговорности. Поменуте аномалије произилазе из судских одлука. Изгледа да би решење управо наведеног проблема требало да буде нијансирано. Одређена застрањивања би требало да буду отклоњена без милости. Неке

друге деформације могу да буду исправљене применом неког новог приступа проблему. У сваком случају, као циљ се намеће васпостављање солидности здања грађанскоправне одговорности.

С друге стране, режими накнаде су неопходни и корисни у данашње време. Ипак, они сачињавају једну, у великој мери, разнородну целину. Пошто се одбаци идеја о једном и јединственом режиму накнаде, требало би препустити сувереној процени законодавне политике конкретни облик сваког од појединих режима обештећења. Наравно, било би крајње непожељно по-законити нека неправична решења и претерано велике разлике у садржини између појединих режима. Због тога је неопходно пронаћи заједнички именулац свих режима накнаде.

15. Дакле, два императива се намећу у вези с грађанскоправном одговорношћу и режимима накнаде. Најпре, право одговорности за проузроковану штету не само да треба да настави да постоји већ је неопходно да буде васпостављена његова јасно одређена структура. Његов развој не може да се одвија кроз постепено измештање услова грађанскоправне одговорности. (А) Потом, када је реч о о режимима накнаде, чини се неопходним постављање јединственог критеријума њиховог постојања и развоја, а не обједињавање свих постојећих режима у некакав „суперрежим”. (Б)

А. КА СТРОГО ОМЕЂЕНОМ ОБРАСЦУ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ

16. Аутоматизам у погледу накнаде свих штета које би неко лице могло да претрпи. Мора се признати да се ради о једној веома заводљивој идеји. Ипак, након почетног заноса и одушевљења њоме, ваља се запитати с неупоредиво мање осећања: ко би требало да плаћа, како би такав систем обештећења функционисао.

Једно од могућих решења би било установљавање такозваног „супергарантног фонда”. Ипак, да ли су порески обвезници који би требало да финансирају постојање таквог фонда спремни да прихвате увођење нових, додатних дажбина?

Друго решење које би се дало размотрити било би стварање обавезе да штету накнади лице које је једноставно умешано у њено проузроковање, при чему нису испуњени услови неопход-

ни за постојање грађанскоправне одговорности. Међутим, да ли би стварање обавезе да се накнади штета жртви, иако нису испуњени услови постојања грађанскоправне одговорности, било друштвено пожељно.

17. Уколико се прихвати тврдња да грађанскоправна одговорност треба да настави да постоји без одлагања се намеће питање колика је цена тог опстанка. Треба ли допустити знатно деформисање грађанскоправне одговорности? Треба ли заиста накнадити штету која се састоји у губитку шансе?²⁰ Или пак, треба ли надокнадити моралну штету проузроковану смрћу животиње?²¹ Да ли је у случају када је штета проузрокована од стране припадника једне групе лица, при чему стварни штетник остаје непознат, оправдано обавезати све чланове те групе да обештете жртву?²² Је ли прихватљива идеја о субјективној грађанскоправној одговорности лица лишених способности рађивања?

18. Прочишћење грађанскоправне одговорности је императив који се неумољиво намеће.

Према томе, у прво време било би неопходно одбацити идеју о једном, општем режиму накнаде, као и обавези обештећења жртве, заснованој на простој умешаности у штетни догађај. Напред учињено одбацивање ствара потребу за строгим и јасним омеђивањем обрасца грађанскоправне одговорности. (1) У наставку, показује се нужним отклањање деформација, несумњиво присутних у садашњем тренутку, права одговорности за проузроковану штету. Неке од постојећих деформација требало би да буду уклоњене, док би остале требало да буду, било усмерене ка неком од будућих режима накнаде, било исправљене вештом интервенцијом законодавца или судске праксе. (2)

²⁰ О том питању погледати судске одлуке Cass.civ., 2^{ème}, 4 mai 1972, D., 1972, стр. 596; Cass.civ., 2^{ème}, 25 janv. 1973, D., 1974, стр. 230. У првом случају једно лице се кладило на коња који је стигао четврти на крају трке. Полагач опкладе је замерио кокеју да је лоше водио животињу. Кривица је била присутна, тврдио је он, у кокејовом понашању. Полагач опкладе је захтевао накнаду штете. Апелациони суд је осудио кокеја да накнади штету због изгубљене шансе. Касациони суд се у потпуности сложио с одлуком Апелационог. У другом случају коњ је стигао први на крају трке. Ипак, недуго затим коњу је одузето освојено место одлуком комесара трке. Разлог је била неправилност приписана кокеју. Једно лице које је положило опкладу захтевало је накнаду штете. Касациони суд се неповољно изјаснио о његовом захтеву. Кривица кокеја чини саставни део ризика.

²¹ Marguénaud J.P., *L'animal en droit privé*, P. U. F., 1992, стр. 480 и следеће.

²² Aberkane H., *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé des personnes*, R.T.D. civ., 1958, стр. 517. и следеће.

1. ОДБАЦИВАЊЕ ИДЕЈА О ОБАВЕЗИ ОБЕШТЕЋЕЊА ОПШТЕГ КАРАКТЕРА И О ЈЕДИНСТВЕНОМ РЕЖИМУ НАКНАДЕ

19. Чини се да је немогуће заменити право одговорности за проузроковану штету једним и јединственим режимом накнаде или обавезом обештећења општег карактера. Томе постоје бар два разлога. Ради се о друштвеном и о економском разлогу.

Када је реч о *друштвеном* разлогу, обавезати једно лице да накнади штету, иако не постоји узрочна веза између његове радње, радње особе која се налази под његовим надзором или чина ствари над којом оно има власт, и штете, било би прекомерно опасно са становишта друштвене стабилности. Све активности које несумњиво имају одређену корисност у нормалном функционисању једног друштва биле би доведене у опасност таквим решењем. Брига да се не буде на извору штете, могла би да одврати потенцијалне предузетнике у једном друштву од отпочињања и развијања њихове економске делатности. Поврх тога, односи као што су пријатељски или љубвни били би једнако угрожени. Одлука да се остане сам уместо да се развијају неформални друштвени односи могла би да постане сасвим уобичајена последица законом предвиђеног решења по коме је свако дужан да накнади штету у коју је једноставно умешан, иако не постоје услови грађанскоправне одговорности.

Након дубљег размишљања, долази се до закључка да би обавеза да се накнади штета, а која би била везана за лице које је једноставно умешано у њено проузроковање, могла да омете развој и добро функционисање сваког, па и француског друштва.

20. Извесни *економски* обзири противе се увођењу једног и јединственог режима накнаде који би заменио систем грађанскоправне одговорности. У случају постојања гарантног фонда који би служио накнади свих штета осим оних које су проузроковане кривицом саме жртве, радило би се о једном изузетном примеру примене идеје о солидарности. Ипак, појављују се извесне препреке, тешко премостиве.

Најпре, како израчунати све штете које би могле да буду проузроковане у једном друштву, ради утврђивања доприноса које би требало уплатити у поменути Супергарантни фонд? Укупност штета које могу да настану, њихов број и њихов износ у потпуности су непредвидиви.

Осим тога, претпоставимо да се висина штета поменутих изнад може утврдити и да износ није превише висок. У том случају поставило би се питање да ли је целисходно повећавати број већ постојећих дажбина?

Због свега реченог, остаје утисак да би један и јединствен режим накнаде био злосрећно решење и да би право одговорности за проузроковану штету требало да настави да постоји. Међутим, водећи рачуна о садашњем стању грађанскоправне одговорности извесне промене у њеним оквирима се могу окарактерисати као неопходне.

2. МОГУЋНОСТ ИЗДВАЈАЊА НАКАНАДЕ ПОЈЕДИНИХ ШТЕТА ИЗ СИСТЕМА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ

21. Чини се да све савремене деформације грађанскоправне одговорности француског права могу да буду разврстане у три групе случајева.

Реч је о:

- лажним деформацијама грађанскоправне одговорности;
- изузетно опасним деформацијама грађанскоправне одговорности, које се могу упоредити са малигним тумором и које будући да нису излечиве морају да буду отклоњене;
- поправљивим деформацијама грађанскоправне одговорности, које могу да буду упоређене са бенигним тумором, и које треба да буду било усмерене према неком новом режиму накнаде, било поправљене неким новим решењем које би имало компромисни карактер.

Како не би био премашен обим расправе у току, који налажу правила пристojности, разматрање лажних деформација грађанскоправне одговорности и деформација које имају карактер малигног тумора ће бити остављено за неку другу прилику. Пажња ће бити усмерена на деформације система грађанскоправне одговорности које би могле да доведу до стварања неког новог режима накнаде.

22. Касациони суд је на општој седници одржаној 9. маја 1984.²³ донео пет одлука које се односе на штету коју проузрокује малолетник. У четвртој одлуци Суд је истакао да кривица де-

²³ D., 1984, jur., стр. 528–530.

тета у смислу члана 1382. Грађанског законика постоји без неопходности постојања способности расуђивања. У конкретном случају радило се о смањењу износа накнаде, коју је требало да плати возач аутомобила.²⁴ Међутим, такво правно становиште води осуди малолетника као одговорног, иако је он штету проузроковао у време када није био способан за расуђивање. Тешко би се могла разумети и оправдати субјективна одговорност једног лица упркос чињеници да оно није било способно да разуме последице свог понашања. Чини се да би усвајање такве позиције као општег правила у материји субјективне одговорности представљало почетак њеног краја. Не може се допустити разградња система грађанскоправне одговорности с циљем заштите појединих категорија оштећених.

23. Чини се неопходним изналажење другачијег решења. Једно од могућих решења би било да, у случају да дете лишено способности расуђивања проузрокује штету, а родитељи за њу одговорни по самом праву, буду платежно неспособни, штету накнађује неки од гарантних фондова који би у будућности могао да буде основан. Ипак, из искључиво економских разлога, како би се избегло да француски држављани буду прекомерно оптерећени дажбинама, ваљало би размотрити и дати предност неким другим решењима напред наведеног проблема.

24. У погледу штете коју проузрокује дете неспособно за расуђивање требало би створити и примењивати правило, другачије од онога из члана 489–2. Грађанског законика. Наиме, поменути члан Законика предвиђа да је пунолетно лице лишено способности расуђивања ипак у обавези да накнади штету проузроковану другоме. Из припремних радова несумњиво се види да је намера законодавца била да се способност расуђивања не сматра надаље као конститутиван састојак субјективне одговорности. Такво решење је, како је већ напоменуто, противно логици система субјективне одговорности, као и грађанскоправне одговорности уопште.²⁵

²⁴ D., 1984, jur., стр. 529.

²⁵ Погледати о томе Chabas F, note sous l'Ass.plén., (5 décisions), 9 mai 1984, D., 1984, jur., стр. 531. Министар правде Фуаје је у току расправе о члану 489–2. Грађанског законика истакао да поменута одредба представља малу правну револуцију. Кривица обухвата субјективни и објективни елемент. Објективни елемент подразумева да кривица представља радњу која није у сагласности с одређеним правилом. Субјективни елемент захтева постојање свести о ономе што се чини и воље да се то учини. Чланом 489–2. Грађанског законика предложено је укидање субјективног елемента.

Зато би правило о одговорности малолетника лишеног способности за расуђивање, засноване на разлозима правичности и супсидијарног карактера, требало да нађе своје место у позитивном праву одговорности за проузроковану штету.

Тако, оштећени би се, сходно правилима грађанскоправне одговорности, морао најпре обратити родитељима са захтевом да му штета буде накнађена. Ипак, постоје случајеви у којима је малолетни штетник лишен способности расуђивања, док су родитељи који су иначе одговорни по самом праву платежно неспособни. Стога би требало прибећи ангажовању одговорности малолетника, чији би се основ налазио у захтевима правичности. Та врста одговорности има супсидијарни карактер, јер бива примењена тек након што је утврђена инсолвентност родитеља.²⁶ После дубљег размишљања, чини се да је стварање система одговорности малолетника неспособног за расуђивање, заснованог на правичности и супсидијарног карактера, решење које треба да добије предност над евентуалним стварањем неког новог режима накнаде.

25. Опстанак и прочишћење права одговорности за проузроковану штету није неспојиво са постојањем и развојем режима накнаде. Ти режими бивају установљени на основу законодавне процене њихове друштвене корисности. Ипак, прекомерна неусклађеност између самих режима обештећења је неодржива. Због тога је неопходно, пронаћи идеју водиљу, један минималан критеријум установљавања и постојања поменутих режима. У оквирима тог критеријума законодавац, узимајући у обзир све конкретне околности, утврђује изглед и садржину сваког од режима накнаде.

Б. ЗАЈЕДНИЧКИ ИМЕНИОЦИ РЕЖИМА НАКНАДЕ

26. Ради утврђивања јасније слике режима накнаде нужно је утврдити елементе који би били заједнички за све. Наравно, разлике у садржини између појединих режима накнаде настављају да постоје. Наиме, законодавац разматра посебности сваке врсте ситуација и покушава да пронађе најприкладнији одговор

²⁶ Упоредити с чланом 169. Закона о облигационим односима који важи у Србији.

водећи све време рачуна о такозваним буџетским императивима.

Чини се да би као основа која прожима све режиме накнаде и која помаже да се с утврде јасни обриси тих режима и границе према грађанскоправној одговорности могао да послужи *криптеријум масовних, штејта проузрокованих чином опасних ствари, обављањем опасних делатности или природним догађајима*. (1)

Иако су режими обештећења у начелу повољнији за жртве у појединим питањима, њихово утврђивање и постојање изискује извесну противнакнаду у виду непримене начела интегралне накнаде. (2)

1. КРИТЕРИЈУМ МАСОВНИХ ШТЕТА ПРОУЗРОКОВАНИХ ЧИНОМ ОПАСНЕ СТВАРИ, ОПАСНОМ ДЕЛАТНОШЋУ И ПРИРОДНИМ КАТАСТРОФАМА

27. Помало је неуобичајено да се помиње у француском праву критеријум опасности ствари, будући да је реч о појму у потпуности непознатом француским законима. Уистину, постоје предлози да би објективна одговорност због чина ствари требало да буде ограничена на оне које имају опасан карактер. У чувеном предмету *Jand'heur* Касациони суд је у прво време потврдио правни значај разликовања између опасних ствари и оних које то нису, да би након тога отклонио поменуто разликовање одлучивши да примени члан 1384. став 1. Грађанског законика на све ствари а не само на оне које су опасне.²⁷

Разликовање између опасних ствари и оних које нису опасне је одбачено пре свега због потешкоћа у омеђивању два поменута појма. Ипак, приметно је да су правила о одговорности за штету која потиче од чина ствари настала управо поводом опасних ствари. Наиме, радило се пре свега о машинама коришћеним у поступку рада и о аутомобилима.

28. У данашње време, штета проузрокована чином горе поменутих ствари је издвојена из система грађанскоправне одговорности и уграђена у одговарајуће режиме накнаде. Измештање поменутих штета из система грађанскоправне одговорности је било учињено Законом од 1898. који се односи на несреће на

²⁷ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 722–723.

раду, и Законом од 1985. којим је уређено питање саобраћајних несрећа.²⁸ Поврх тога, приметно је да се сваки од режима накнаде који је створен након 1898. поводом неке ствари односи без изузетка на оне које се сматрају нарочито опасним. Тако су, на пример, створени режими накнаде који се односе на транспортне жичаре, нуклеарну енергију... Након дубљег размишљања, може се закључити да су режими обештећења настали због нарочито опасног карактера појединих ствари које проузрокују штету и да се њиховим стварањем на отворен начин васпоставља разликовање између опасних ствари и оних које то нису.

29. Напоследку, након што је у француском позитивном праву уведено разликовање између опасних ствари и ствари које нису опасне, без одлагања се намеће питање критеријума који би омогућио разликовање између две категорије.

Чини се да не постоје ствари које су апсолутно опасне или безопасне, већ је свака ствар мање или више опасна, а њена опасност зависи од положаја, брзине или својстава. Опасност ствари о којој је реч у вези са режимима накнаде је она која је створена довођењем ствари у једну посебну ситуацију. Због тога припада законодавцу да утврди прецизно у сваком конкретном случају који услови треба да буду испуњени како би се стекло право на накнаду по основу неког од одговарајућих режима.²⁹

30. Критеријум опасности може да буде примењен *mutatis mutandis* на делатности и на природне катастрофе. Као пример могу да буду наведене штете које потичу од нозокомијалних инфекција, добијених у време медицинског лечења³⁰ као и штете које трпе пољопривредници због природних непогода.

31. Ваља нагласити да није накнада свих штета које потичу од опасних ствари издвојена из система грађанскоправне одговорности и уграђена у неки од режима накнаде. Штете које потичу од многих опасних ствари ипак остају уређене системом грађанскоправне одговорности. Зашто је то тако? Зато што је масовни карактер штета један од делова раније предложеног критеријума. Тако, упркос чињеници што је нека ствар опасна, уколико је проузрокована штета појединачног карактера, то

²⁸ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 871–872. и 883, 891–894.

²⁹ Упоредити са чланом 136. ставом 1. Скице за Законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића.

³⁰ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 959–960 и 964.

јест уколико до проузроковања такве штете долази ретко и уколико таква штета погађа ужи круг лица, није неопходно подвргнути обештећење некаквом посебном режиму накнаде. Право одговорности за проузроковану штету пружа у том случају сасвим довољну заштиту. Насупрот, уколико је ствар у питању опасна, и уколико таква штета може да се окарактерише као масовна, чини се корисним изузети је из система грађанскоправне одговорности и усмерити је према неком од режима накнаде. Масовна штета би се могла одредити као таква штета до које долази релативно често, која погађа већи број жртава и која доводи до настанка значајних материјалних последица. Другим речима, масовне штете могу да поприме више појавних облика. Најчешћи облик масовних штета су серијске штете, које могу да на исти начин погоде већи број особа. С једне стране, њихови извори могу да буду различити али истоврсни. Ради се о умножавању случајева појединачних штета. Као типичан пример серијских штета могу да послуже штете које потичу од добијања заразних болести, као што су штете које хемофиличарима проузрокује вирус сиде.³¹ С друге стране, извор серијских штета може да буде јединствен, као што је на пример случај код штета које потичу од хемијског загађења водених токова или нуклеарног загађења једног региона.

32. Ипак, у сваком случају се доношење одлуке о оснивању неког новог режима накнаде препушта законодавцу. Законодавна политика ће узети пре свега у обзир чињеницу да одређене врсте штета, које или не могу да буду подвргнуте режиму грађанскоправне одговорности или не могу да буду накнађене његовом применом на одговарајући начин, чине положај жртава неподношљивим. У том смислу, дешава се често да је реакција законодавца ништа друго до обичан продужетак „усталасаности” јавног мњења поводом наступања одређених масовних штета.³²

33. Иако је у напред наведеним разматрањима предложено увођење једног и јединственог критеријума који би требало да омогући кохерентност постојећих и будућих режима накнаде,

³¹ Julien J., *Contamination sanguine et responsabilité civile : variation sur un même thème*, Droit de la famille, Ed. Juris–Classeur, mars, 2003, стр. 13. и следеће. Занимљиво је и то да одговарајући Фонд за накнаду штете хемофиличарима и лицима којима је пренета крв најује жртвама којима је пренета крв штету у потпуности. Видети Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 965.

³² Из реакције јавног мњења развио се посебни режим заштите жртава сиде.

несумњиво би требало допустити законодавцу да садржину сваког од њих различито уређује зависно од околности конкретних масовних штета. Разлике између режима накнаде постојале би нарочито у погледу обима штете која се накнађује, као и разлога ослобођења које би лице дужно да штету надокнади могло да наведе у циљу изузимања од напред поменуте обавезе.

Поврх поменутог уважавања различитости чињеничне основе која се налази у срцу сваког од режима накнаде, законодавац води рачуна такође о погодностима које они пружају жртви, те стога привилегије понуђене оштећеном лицу условљава одговарајућом противнакнадом. Тако, примена једног од основних принципа грађанскоправне одговорности, начела потпуне накнаде, отклоњена је у режимима обештећења.

2. ПРОТИВНАКНАДА ПОСТОЈАЊА РЕЖИМА ОБЕШТЕЋЕЊА: ОДБАЦИВАЊЕ НАЧЕЛА ПОТПУНЕ НАКНАДЕ

34. Режији накнаде нуде извесне предности жртви. Тако, оштећени ће добити накнаду претрпљене штете у поступку који се одвија релативно брзо.³³ Осим тога, његово право на накнаду је често појачано смањењем броја случајева ослобођења од обавезе субјекта који је проузроковану штету дужан да накнади.³⁴ Међутим, проучавани режими, за разлику од грађанскоправне одговорности, ограничавају обим накнаде која се даје жртви. Другим речима, обештећење жртве неће бити потпуног већ ограниченог обима.

35. Напред поменуто ограничење се јавља у два облика. С једне стране, оно може да буде квалитативно, путем установљавања хијерархије штета у погледу њихове накнаде. Одређене врсте штета ће бити накнађене, док друге неће. Најчешће жртва добија накнаду економске штете док се морална штета не накнађује. Као пример може да буде наведено решење по коме Со-

³³ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 929–930.

³⁴ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 881–882. Социјално осигурање ће бити ослобођено дужности да накнади штету жртви само уколико постоји њена кривица праћена намером. Према Закону из 1898. године виша сила је такође доводила до ослобођења Социјалног осигурања од обавезе. Напротив, кривица трећег лица, послодавца или неког другог не доводи до укидања обавезе да се штета накнади. О случајевима ослобођења од обавезе да се накнади штета жртвама саобраћајних несрећа видети Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 913–929. За разлику од кривице жртве у погледу које су законодавна решења изнијансирана виша сила и радња трећег лица не могу да доведу до ослобођења од обавезе да се штета накнади.

цијално осигурање накнађује само економске последице повреде физичке целовитости која потиче од несреће на раду.³⁵ Лако се може извести закључак да је систем грађанскоправне одговорности повољнији за жртву, будући да он када је реч о обештећењу жртве не прави разлику између различитих врста штета. Како је већ напоменуто, начело потпуне накнаде царује системом грађанскоправне одговорности.

36. С друге стране, ограничења права на накнаду штете жртве могу да буду количинска. Наиме, износ обештећења може да буде ограничен било путем паушалног износа, било путем технике плафонирања. Као примери могу се навести накнаде штета које проистичу из несрећа на раду,³⁶ или још нуклеарне штете или штете пореклом из загађења мора.

37. Ваља нагласити да се ограничења износа накнаде у систему режима обештећења образлажу буџетским захтевима. Будући да обавеза да се штета накнади почива на извесним субјектима страним штетној ситуацији, не би било пожељно оптеретити их прекомерно износима накнаде. Коначно, недостаци механизма режима накнаде могу да буду отклоњени у појединим случајевима прибегавањем систему грађанскоправне одговорности. Ради се о случајевима у којима исплаћено обештећење не накнађује у потпуности проузроковану штету.

38. Након дубљег размишљања, намеће се закључак да систем грађанскоправне одговорности и режими накнаде исказују две различите воље законодавца. У првом случају законодавац је кроз грађанскоправну одговорност желео да обавезе на процену понашања и узрочности, на начин да се обавезе одговорно лице да у потпуности накнади проузроковану штету, уколико су испуњени позитивним правом предвиђени услови. У другом случају, законодавац је уз помоћ режима накнаде желео да пружи жртви „брзо обештећење”, па макар и у ограниченом обиму.

39. Неспорно је да како систем грађанскоправне одговорности тако и режими накнаде поседују одређену дозу корисности и проналазе своје место у позитивном праву. Још више од тога, они могу и морају да сачињавају једну кохерентну и склад-

³⁵ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 878.

³⁶ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 879.

ну целину, будући да се два поменута система не искључују већ се, сасвим супротно, допуњују.

II. КОХЕРЕНТНОСТ И СКЛАДНОСТ САПОСТОЈАЊА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ И РЕЖИМА НАКНАДЕ

40. С обзиром на то да грађанскоправна одговорност и режими накнаде имају различите функције и да су од несумњиве користи, њихово самостално постојање је у потпуности основано. Чини се да је сапостојање поменутих система кохерентно и складно, а поједине аномалије не доводе у питање поменуте особине. Кохерентност и складност грађанскоправне одговорности и режима накнаде постоје у садашњем тренутку а требало би да постоје подједнако и у годинама које долазе.

Стога, најпре би требало показати комплементарност грађанскоправне одговорности и режима накнаде (А), а затим испитати предвидивост њиховог самосталног развоја који, чини се, не би требало да наруши складност целине. (Б)

А. КОМПЛЕМЕНТАРНОСТ ПРАВА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПРОУЗРОКОВАНУ ШТЕТУ И РЕЖИМА НАКНАДЕ

41. Упркос томе што постоји извештан степен самосталности режима накнаде у односу на грађанскоправну одговорност, два система нису у потпуности одвојени један од другог. Поменута међуповезаност се огледа у њиховој комплементарности.

Не би се могло замислити постојање режима накнаде без испуњености одређених услова, пореклом из система грађанскоправне одговорности.

Поврх тога, дешава се да субјект кога терети обавеза да накнади штету оштећеном није дужан да буде онај ко ће коначно да је поднесе. Жртва у највећем броју случајева, као што је већ било наглашено, не добија по основу неког од режима обештећења потпуну накнаду проузроковане штете. Из тог разлога би требало дозволити жртви да добије накнаду остатка претрпљене штете, заснивајући свој захтев на правилима грађанскоправне одговорности.

Стога, најпре би требало показати неизоставно присуство услова грађанскоправне одговорности у режимима накнаде (1),

а затим испитати да режими обештећења не искључују, у принципу, тужбу засновану на начелима грађанскоправне одговорности. (2)

1. НЕИЗОСТАВНО ПРИСУСТВО УСЛОВА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ У РЕЖИМИМА НАКНАДЕ

42. Функционисање режима накнаде незамисливо је без постојања штете коју трпи жртва. Веза између грађанскоправне одговорности и поменутих режима се појављује пре свега у погледу процене постојања и износа штете и начина накнаде. Ипак, будући да су режими накнаде посебни, извесне специфичности прате накнаду штете по основу тих режима.

Сваки од режима наканде подразумева да неко треће лице стране штетној ситуацији накнади штету коју је жртва претрпела. Тако ће бити чак иако поменути исплатилац не подноси коначно терет обештећења. Субјект кога режим накнаде обавезује да накнади штету жртви није увек исти. Ради се, у зависности од конкретног режима, о Гарантном фонду, Националној солидарности, Социјалном осигурању... У питању је један облик социјализације ризика. Управо због тога је накнада штете ограничена квалитативно и количински.

43. Врсте штета које се накнађују се разликују од једног режима до другог. Најпре, накнада телесне штете проузроковане актима тероризма бива накнађена у потпуности из одговарајућег гарантног фонда. Затим, одговарајући гарантни фонд накнађује штету пореклом из саобраћајних незгода, али у ограниченом обиму. Тако, чланови Р. 421–18. и Р. 421–19. Законика о осигурању прописују смањења и плафонирања накнаде. Поврх тога, накнада штете проузроковане добрима жртве-возача је искључена. Коначно, у случају несрећа на раду Социјално осигурање накнађује само телесне штете.³⁷ Износ накнаде је ограничен додељивањем паушалне своте новца.³⁸ Уопште се не води рачуна о моралној штети која може да наступи смрћу радника.³⁹

³⁷ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 878. Упоредити с врстама штета које се накнађују жртвама саобраћајних незгода које нису возачи (стр. 921).

³⁸ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 879.

³⁹ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 878.

44. У свим режимима накнаде уклањају се у мањем или већем обиму случајеви који доводе до ослобођења од обавезе да се штета накнади. Пре свега, виша сила је та која ишчезава као основ ослобађања од обавезе да се накнади штета.⁴⁰ У режиму накнаде који је установљен поводом саобраћајних несрећа одустало се од неопходности узрочне везе. Због тога се и говори о режиму накнаде штете а не о грађанскоправној одговорности. Наравно, није немогуће да узрочна веза постоји *in concreto*, што даје субјекту који је накнадио штету право да покрене поступак против штетника с циљем повраћаја износа плаћених на име накнаде. Дакле, случајеви ослобођења који важе у режимима накнаде су увек уже одређени него они који се примењују у систему грађанскоправне одговорности.

45. Кривица као један од услова грађанскоправне одговорности чува своје место у режимима накнаде. На пример, у режиму накнаде штета проузрокованих несрећама на раду члан Л. 453–1 став 1. Законика о социјалном осигурању предвиђа да кривица жртве која има намерни карактер, и само она, искључује право на накнаду.⁴¹ Кривица која има неизвињиви карактер може само да доведе до смањења накнаде, што је изречно предвиђено ставом 2. поменутог члана.⁴² Право на накнаду штете жртава саобраћајних несрећа је искључено у случају постојања неизвињиве кривице као искључивог узрока несреће.⁴³ Садржај појма неизвињиве кривице је одредила судска пракса. Неизвињива кривица је вољна погрешка, изузетно тешког карактера, која излаже оштећеног без ваљаног разлога проузроковању штете, чијег је наступања морао да буде свестан.⁴⁴ Дакле, из дефиниције коју је предложила судска пракса јасно је очљиво да вољна погрешка мора да постоји у односу на акт а не на последице. У супротном, радило би се о кривици праћеној намером.

⁴⁰ Тако на пример када је реч о обавези да се накнади штета жртава саобраћајних несрећа.

⁴¹ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 881–882.

⁴² Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 882.

⁴³ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр.922.

⁴⁴ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр.923

Извесне категорије лица као што су деца и старци су повлашћене тиме што само њихова кривица праћена намером може да ослободи возача обавезе да накнади штету.⁴⁵ Кривица жртве возача искључује право на накнаду или га ограничава.⁴⁶ Обична кривица жртве која није возач искључује право на накнаду штета која су причињене добрима.⁴⁷

Кривица, на крају, има посебну улогу у режиму накнаде штете проузроковане саобраћајним несрећама уколико возач није власник возила. Члан 5. став 2. Закона од 1985. предвиђа да кривица возача даје право жртви чије је возило оштећено да тражи накнаду штете и од власника. Тиме се побољшава положај оштећеног.⁴⁸

46. Износ накнаде коју могу да добију жртве несрећа на раду може да буде увећан у зависности од постојања и степена кривице одређених лица. Када постоји неизвињива кривица послодавца члан Л. 452–1 Законика о социјалном осигурању даје могућност жртви и њеним правним следбеницима да захтевају допуну накнаде.⁴⁹ У том случају оштећени може чак да захтева накнаду моралне штете. Осим тога, када штету причини треће лице жртви је допуштено да тражи накнаду оног дела причињене⁵⁰ штете који није покривен социјалним осигурањем. Наравно, реч је о примени правила грађанскоправне одговорности.

Осим што право одговорности за проузроковану штету утиче на режиме накнаде путем неопходности постојања извесних услова грађанскоправне одговорности, ваља подвући да су извесне тужбе предвиђене у систему грађанскоправне одговорности сасвим примењиве у режимима обештећења.

2. ПРИМЕНА ТУЖБИ ПОРЕКЛОМ ИЗ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ У РЕЖИМИМА НАКНАДЕ

47. Две врсте тужби пореклом из система грађанскоправне одговорности могу да буду поднете упркос томе што се *in concre-*

⁴⁵ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 927.

⁴⁶ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 916.

⁴⁷ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 920.

⁴⁸ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 913.

⁴⁹ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 881.

⁵⁰ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 882.

то примењује неки од режима накнаде. С једне стране, жртва која је претрпела штету може да поднесе тужбу против штетника како би била обештећена у оном делу који примена режима накнаде не обухвата. С друге стране, субјект који накнађује штету на основу примене правила неког од режима накнаде може са своје стране да поднесе тужбу против штетника којом би од овога захтевао исплаћене износе.

48. У начелу, жртва која је добила накнаду дела претрпљене штете по основу примене правила неког од режима обештећења, може да прибегне тужбама грађанскоправне одговорности како би добила накнаду остатка штете.

Ипак, жртва несреће на раду може да поднесе тужбу, како би добила накнаду оног дела штете који се не може добити применом режима накнаде, само уколико постоји неизвињива кривица послодавца.⁵¹ *A contrario*, уколико постоји само обична кривица послодавца горе поменути могућност не постоји. Поврх тога, када нема никакве кривице послодавца не примењује се члан 1384. Грађанског законика. Да ли су два напред поменути искључења примене правила грађанскоправне одговорности оправдана? Чини се да нису.

На првом месту, тешко би се могла објаснити разлика између режима накнаде штета које потичу од саобраћајних несрећа, а који допушта примену правила грађанскоправне одговорности у погледу штета које не бивају накнађене на основу поменутог режима, и режима накнаде штета узрокованих несрећама на раду који супсидијарну примену грађанскоправне одговорности допушта само у већ поменути изузетним случајевима.

На другом месту, требало би се запитати да ли је оправдано искључење одговорности послодавца супсидијарног карактера. Ваљало би имати на уму да послодавац у већини случајева обавља економску активност. Он из ње извлачи одређену добит. Због тога се чини сасвим утемељеним допустити запосленом-жртви могућност да уз помоћ правила грађанскоправне одговорности дође до накнаде оног дела штете који није обухваћен режимом накнаде. Реч је о примени изреке *ubi emolumentum ibi onus*.

⁵¹ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 881.

49. После дубљег размишљања, чини се да би допунска примена грађанскоправне одговорности у погледу штета које једним делом остају ненакнађене по основу неког од режима накнаде требало да буде принцип без изузетака. Наравно, у пракси се могу десити случајеви у којима ће упркос могућности допунске примене грађанскоправне одговорности, жељени резултати изостати. Тако, начелна могућност да се примени супсидијарно грађанскоправна одговорност у погледу штета које се не накнађују применом режима накнаде је умногоме ослабљена потешкоћама везаним за идентификацију терористе и његову платежну способност.

Тужбе којима располаже исплатилац накнаде по основу неког од режима обештећења против штетника су бројне. Тако Социјално осигурање може да тражи од послодавца накнаду онога што је исплатило уколико је овај штету проузроковао намерно.⁵² Иста идеја је надахнула решење усвојено у случају у коме штету проузрокује треће лице својом кривицом.⁵³

Ипак, тешко би се могло објаснити решење према коме, иако не постоји узрочна веза између чина возила и проузроковане штете, већ само његова обична умешаност у њено наступање, закон говори о одговорности возача и ставља на располагање гарантног фонда тужбу којом се траже исплаћени износи обештећења.

50. Услед свега реченог, може се извести закључак да је, упркос постојању извесних аномалија у међусобном односу грађанскоправне одговорности и режима накнаде, њихово сапостојање изнад свега „мирољубиво”, односно кохерентно и складно. Међутим, да ли би се исти закључак могао извести када је реч о будућности грађанскоправне одговорности и режима накнаде? Чини се да би предвидиво сутра поменути два система требало да донесе њихов самостални и складни развој.

Б. САМОСТАЛНОСТ И СКЛАДНОСТ БУДУЋЕГ РАЗВОЈА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ И РЕЖИМА НАКНАДЕ

51. Самостални развој грађанскоправне одговорности подразумева одбацавање идеје о уопштавању обавезног осигурања

⁵² Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 879.

⁵³ Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, стр. 882.

(1), док се аутономија и развој режима обештећења исказују кроз могућност њиховог умножавања и повећање њиховог броја. (2)

1. ОДБАЦИВАЊЕ ИДЕЈЕ О УОПШТАВАЊУ ОБАВЕЗНОГ ОСИГУРАЊА У СИСТЕМУ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ

52. Примећује се да је објективизација система грађанско-правне одговорности била праћена повећањем значаја осигурања. Након доношења Закона од 1898. којим је уређена накнаде штете пореклом од несрећа на раду, Законом од 31. марта 1905. организован је, у оквирима поступка накнаде штете коју је претрпео радник, ступање на место послодавца, законски одговорног за насталу штету, осигуравача од одговорности. Почев од 13. јула 1930. и ступања на снагу закона којим је био уређен уговор о осигурању оштећеном је стављена на располагање директна тужба против осигуравача од одговорности. Осигурање од одговорности представља у том погледу обезбеђење права на накнаду које припада жртви. У наставку, ствара се један „осигуравачки дух”, који доводи до умножавања случајева обавезног осигурања. Некако у исто време, примећује се да су средиште грађанскоправне одговорности престали да буду штетник и његова кривица и да су да су то постали жртва и њена штета. На практичном плану, поменута промена се испољава пре свега кроз деформацију грађанскоправне одговорности у судској пракси, повећању броја режима накнаде и поменутиим повећањем броја случајева обавезног осигурања. Управо непрестано повећање значаја осигурања у систему грађанскоправне одговорности је довело до предлога да се уопшти обавезно осигурање у погледу штета које би могле наступити. Предлагано је да се барем телесне штете подвргну режиму обавезног осигурања.

53. Напред поменутој идеји би се могао ставити приговор да јавно мњење није спремно за наметање опште обавезе осигурања. Наиме, чини се неприкладним обавезивање могућих жртва да се обезбеде против евентуалних штета које би могле да претрпе. Осим тога, лако се да предвидети једна врста социјализације трошкова осигурања. Услед тога што би социјално најугроженији друштвени слојеви били у немогућности да сами плате премије осигурања, богатији делови друштва би били у обавези

да непосредно или посредно⁵⁴ поднесу трошкове обавезног осигурања оних најсиромашнијих.

54. Чак и уколико би били занемарени напред наведени аргументи, обавезно осигурање општег карактера се суочава са непремостивим практичним препрекама. Како израчунати укупан износ премија осигурања које би било обавезно у погледу свих телесних штета сваке од потенцијалних жртава. Уистину, износ премија осигурања се рачуна почев од трошкова које могу да проузрокују преузети ризици. Ипак, очигледно је да је ризик који постоји у посматраном случају практично непроцењив. По врх тога, како организовати контролу спровођења у дело тако замишљеног обавезног осигурања општег карактера. Сасвим супротно од контроле обавезног осигурања возила, која је препуштена саобраћајној полицији, тешко је замислити сличну контролу када је реч о обавезном осигурању које би се односило на све телесне штете.

Упркос одбацивању обавезе осигурања општег карактера неспорно је да осигурање као установа не престаје у садашњем тренутку да игра веома важну улогу у систему грађанскоправне одговорности.

Право одговорности за проузроковану штету наставља да постоји упоредо са режимима накнаде који би могли да постану бројнији у будућности него што су то данас.

2. ПРИХВАТЉИВОСТ УВОЂЕЊА НОВИХ РЕЖИМА НАКНАДЕ

55. У садашњем тренутку, свако дубље размишљање о будућности режима накнаде намеће питање о томе хоће ли они почети да падају у заборав или ће, сасвим супротно од тога, добити нови замах.

56. Режимима накнаде упућује се више замерки. На првом месту, законодавац је умножио број интервенција које се разликују од случаја да случаја. Говори се често о законима проистеклим из потреба насталог тренутка. Стога, режими накнаде као

⁵⁴ Када се каже посредно мисли се на плаћање тих премија из неког гарантног фонда, који би опет са своје стране био образован од дела премија плаћених од стране богатијих друштвених слојева.

целина не представљају плод једног организованог метода. Као последица различитости приступа од случаја до случаја јављају се понекад решења која се тешко могу бранити са становишта правне логике. Тако на пример, када је реч о накнади штете потекле од индустријског загађења, закон изрично уређује накнаду штете настале због нуклеарног загађења или због загађења мора. Насупрот томе, закон не предвиђа могућност давања накнаде жртвама других облика индустријског загађења.

Дакле, поменуте аномалије имају озбиљне последице на кохерентност режима накнаде као целине. Оне представљају извор неједнакости између различитих врста жртава, будући да се догађа да у појединим врло сличним ситуацијама поједине жртве могу да добију накнаду штете по основу неког од режима обештећења, док остале морају да се задовоље применом правила грађанскоправне одговорности.

57. У случајевима када законодавац не прибегне стварању режима накнаде, како би удовољио захтевима да се поједине категорије жртава обештете на посебан начин, судска пракса, вођена идејом о правичности, често даје накнаду штете жртви, искривљујући истовремено обресе система грађанскоправне одговорности. Одлука Desmares⁵⁵ је најпознатији пример који осликава напред наведену тврдњу. Та одлука је донета у очекивању усвајања Закона из 1985. године, који се односи на саобраћајне удесе.

58. Услед свега изнад поменутог могао би се јавити страх од законодавца који би, без унапред припремљеног плана, наставио да умножава од случаја до случаја режиме накнаде, продубљујући већ постојећу разнородност садржине поменутих режима. Већ сада, неспорно је да постоје разлике, понекад значајне, између постојећих режима накнаде, у погледу разлога ослобађања од обавезе да се штета накнади, обима накнаде или односа између режима о коме се ради *in concreto* и ситема грађанскоправне одговорности. Све поменуте разлике, које дају једну „слику јарких боја”, узроковане су буџетским разлозима и конкретном проценом законодавца о изгледу режима који би најбоље удовољио потребама одређене групе жртава.

⁵⁵ Cass. civ., 2^{ème}, 21 juill. 1982, D. 1982, стр. 449.

59. Упркос свим, у досадашњем току излагања, критикама упућеним режимима накнаде и неспорним аномалијама који их за сада прате, чини се корисним и оправданим њихово даље постојање. Наиме, њихова улога је суштински другачија од улоге система грађанскоправне одговорности. Зато, не само да режими накнаде настављају да постоје, већ је сасвим прихватљиво размишљати у блиској будућности о евентуалном увођењу нових. Разумно се може предвидети да ће увођење нових режима накнаде бити дуговано, било новим облицима енергије било новим облицима индустријске активности. При свему томе, како у пречишћењу постојећих режима накнаде, тако и при евентуалном установљавању нових, као основни критеријум би требало да послужи постојање масовних штета, које потичу било од опасне ствари, било од опасне делатности било од природне непогоде.

Славољуб Поповић*

ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

I

1. Демографска експлозија, неконтролисана индустријализација, економски раст, трка у наоружавању, разне врсте дискриминације итд., довели су до поремећаја равнотеже између човека и природе. У вези са решавањем кризе животне средине, која прети да постане ограничавајући чинилац развоја, постоје предлози, који се могу сврстати у две основне групе: а) заустављање технолошког и економског развоја (нулти раст); б) предузимање одговарајућих мера с циљем заштите и отклањања штетних последица неконтролисаног развоја, без адекватних промена у друштвеном развоју земље.

У вези с првом групом предлога најпре треба навести истраживања Џеја Форестера,¹ америчког научника који се бавио проблемом узрока раста и пропадања градова. Компјутерском анализом, он је покушавао да предвиди будућност читавог света, узроковану индустријализацијом, истраживањем природних ресурса и порастом становништва. Његови закључци су врло песимистички, јер је утврдио да ће у будућности светско становништво расти прекомерно, да ће исцрпљивати ресурсе енергије, хране и индустријских производа, што ће посебно доводити и до загађивања животне средине. Закључци Форестера су се састојали у томе да се темпо економског развитка мора мењати, јер ће се човечанство кроз извесно време сустрети са оскудицом у појединим сировинама и да ће доживети економску катастрофу, а што ће нарочито изазвати глад у многим подручјима света, разне епидемије, сиромаштво и слично. Форестер сматра да се

* Др Славољуб Поповић, редовни професор универзитета.

¹ Jay Forester, *Urban Dynamics*, Cambridge, MIT Press, 1969.

катастрофа може избећи, али да се при томе мора стриктно контролисати рађање.

У наведеним закључцима Форестера има доста истине. Ипак, његова предвиђања нису се потпуно остварила, јер није дошло до исцрпљивања природних ресурса. Сиромаштва у Африци и неким другим деловима света има, али одговарајуће светске организације настоје да ублаже сиромаштво пружањем различитих помоћи.

2. Чињеница је, међутим, да услед неконтролисаног развоја савремене технологије, и као последица злоупотребе техничке цивилизације, долази до загађивања животне средине што се манифестује: 1) загађивањем атмосфере, а посебно ваздуха, 2) загађивањем копнених вода, 3) загађивањем мора, 4) нагомилавањем чврстих отпадака, 5) нагомилавањем отровних материја у храни, 6) појавом буке, 7) опасности од хемијских и радиоактивних материја и др.

С обзиром на многуструкост штетних последица које могу да наступе услед неконтролисаног техничког и економског развоја човечанства појављује се потреба да се законодавним и другим актима утиче на предузимање мера и да се онемогући произвођење штетних последица, односно да се заустави даље изазивање штетних последица.

Законодавне мере које треба предузимати не треба да буду парцијалне или појединачне, већ се морају базирати на глобалној концепцији развоја друштва и заштити човекове средине. Мере, које се буду предузимале с циљем спречавања штетних последица услед технолошког развоја такође морају бити уоквирене у систем који ће гарантовати и њихову потпуну реализацију.

Глобално законодавство о мерама које треба предузимати с циљем заштите одговарајућих добара човекове средине по самој својој природи мора да буде оквирно, а детаљније одредбе морају се давати у виду посебних закона и подзаконских прописа.

У вези с правним нормама, које треба да регулишу и спрече опасност од загађивања човекове средине, поставља се питање: да ли се правним прописима може контролисати савремена технологија, која с једне стране, човеку пружа велике користи, док с друге, прети његовом опстанку. Требало би оставити по страни расправе које се воде у вези са решавањем кризе

човекове средине и предлоге у вези с тим, који иду од заустављања технолошког и економског раста (нулти раст), преко предузимања одговарајућих мера с циљем отклањања последица неконтролисаног и технолошког развоја, све до предлога о остваривању друштвеног уређења у коме неће долазити до противуречности у односима друштва и човекове средине. Може се констатовати да и правне мере могу да представљају једно од значајних средстава у сузбијању појава које могу да настану неконтролисаним развојем савремене технологије, под условом да законодавни органи, који треба да прописују правне норме, буду довољно динамични и да сваку појаву, која може бити штетна по животну средину, могу да сузбију.

Неопходно је заштиту животне средине, законодавним мерама уградити у концепт технолошког развоја. При доношењу законодавних мера мора се поћи од начела да се при изградњи нове технологије, заштити животне средине морају обезбедити такве гаранције, које ће онемогућити њену деградацију. Истиче се потреба да се законодавним мерама најпре може обезбедити нова животна средина, која неће трпети штетне последице које су до сада настајале услед неконтролисаног технолошког развоја, односно мора се обезбедити и санација стања животне средине које је настало услед непредузимања одговарајућих мера, а с циљем спречавања деградације човекове средине.

II

При разматрању мера које треба предузимати с циљем заштите животне средине мора се најпре водити рачуна о мерама предвиђеним међународним уговорима, као и о мерама које се предвиђају у оквиру појединих организација Уједињених нација. У ову категорију организација могу се уврстити неке специјализоване агенције: 1) Светска здравствена организација (WHO), 2) Светска метеоролошка организација (WMO), 3) Међународна организација рада (ILO), 4) Организација за исхрану и пољопривреду (FAO), 5) Међународна организација за цивилно ваздухопловство (ICAO), 6) Међународна поморска организација (IMO), 7) Међународна организација за интелектуалну својину (WIPO), 8) Међународна агенција за атомску енергију (IAEA), 9) Светска трговинска организација (WTO).

Од посебног су значаја и међународне финансијске организације, односно институције, као што су: 1) Светска банка (WB), 2) Међународна банка за реконструкцију и развој (IBRD), 3) Међународна развојна асоцијација (IDA), 4) Међународна финансијска корпорација (IFC).

Посебан значај за животну средину има Програм УН за животну средину (UNEP) и Програм УН за развој (UNDP), Конференција УН о трговини и развоју (UNCTAD), као и функционалне и регионалне комисије (Комисија за одрживи развој – CSD, Комисија за људска права – CHR, Економска комисија УН за Европу – UNECE, као и одговарајуће комисије за Азију, Африку, Латинску Америку, Кубу и западну Азију).

Треба поменути неке водеће регионалне организације: Организација за европску сарадњу и развој (OECD), Европска унија (EU), Савет Европе (CU), Организација за европску безбедност и сарадњу (OEBS), и др.

Регистар међународних уговора у области животне средине који је 1996. године публиковао Програм Уједињених нација за животну средину броји преко 400 међународних мултилатералних уговора.

Поменуте међународне организације имају важне надлежности у области животне средине. Неке од њих развиле су и сопствена правила за решавање проблема животне средине у појединим областима. Европска унија, као регионална организација, донела је низ прописа који представљају, у ствари, стандарде за све државе у региону.

Једно од важних питања које се поставља у вези са заштитом животне средине је и *постављање одговорности* држава за штету која се причини у вези с експлоатацијом природних ресурса и загађивањем животне средине. Овде треба имати у виду међународне уговоре у вези са заштитом животне средине, и то: 1) Стокхолмска конвенција о дуготрајним органским загађивачима (2001), 2) Базелска конвенција о контроли прекограничног кретања опасних отпада и њиховом одлагању (1989), 3) Монреалски протокол о супстанцама које оштећују озонски омотач (1987), 4) Бечка конвенција о заштити озонског омотача (1985), 5) Конвенција о биодиверзитету (1992), 6) Конвенција о климатским променама (1992), и др. Наведене конвенције прописују принцип одговорности државе за стање у одређеној области.

III

Малта, Кипар, Летонија, Литванија, Естонија, Словенија, Пољска, Словачка, Чешка и Мађарска су државе које конкуришу за пријем у Европску унију. Наведене земље морале су да испуњавају одређене услове, а међу њима су и услови у вези са заштитом животне средине.

Познато је да је Уговором о Европској унији (1992), односно Мастрихтским уговором изричито предвиђена и обавеза у вези са заштитом животне средине.

У вези са пријемом државе у Европску унију треба истаћи да један део услова има општи карактер, док се други односи на конкретне области. Критеријуми из области заштите животне средине тичу се захтева за прилагођавање прописа у области животне средине важећим прописима Европске уније и за усклађивање стандарда животне средине у овим земљама у ниво стандарда ЕУ. Стога, национално законодавство треба да обезбеди институције и средства за примену и остваривање прописа, за контролу над примену прописа и казне за непоштовање одговарајућих прописа.

Међу документима ЕУ којима се утврђују прописи ЕУ који морају бити уграђени у правне системе држава које ће бити у саставу у ЕУ, посебно место заузимају: 1) Бела књига (представља припрему придружених земаља централне и источне Европе за интеграцију у интерно тржиште Европе); 2) Приручник (водич за усклађивање легислативе држава кандидата са легислативом ЕУ у области заштите животне средине).

Поменути документа која се односе на заштиту животне средине обухватају око 70 упутстава и 21 правило. Од тога је 36 упутстава и 11 правила обухваћено Белом књигом, а остала су предвиђена Приручником.

Бела књига обухвата законодавство у следећим областима: 1) радиоактивна контаминација намирница, 2) заштита од радијације, 3) хемијске супстанце, 4) контрола ризичности постојећих супстанци, 5) увоз и извоз опасних хемикалија, 6) последице намерног пуштања генетички модификованог организма у животну средину, 7) уклањање отпадних материја, 8) емисија буке из фабрика и грађевинских машина, 9) загађеност ваздуха – садржај олова и сумпора у неким течним горивима, 10) за-

гађеност ваздуха и 11) контрола супстанци које уништавају озон.

Поставља се питање каква је позиција наше државе (СЦГ) за пријем у Европску унију. Према неким предвиђањима, наша држава може бити примљена ЕУ око 2010. године, а можда и доцније. Наша држава најпре треба да испуни низ услова, а потом и захтеве у вези са заштитом животне средине. С обзиром на то да је постала чланица Савета Европе, мораће своје законодавство да усклади с одговарајућим прописима Европске уније.

IV

У вези с правним мерама које се предузимају у циљу заштите животне средине важну улогу имају и норме унутрашњег права једне земље. За право је свакако од важности одређивање појма човекове животне средине, како би се могле прописати и одредити и мере за заштиту те средине. Закони појединих земаља покушавају да одреде тај појам а то чине и поједине невладине организације.

Јапански законодавац, на пример, овако дефинише животну средину: животна средина обухвата „имовину уско везану за живот човека, животиње и биљке уско везане за живот човека и средину у којој такве животиње и биљке живе”.

У Србији и Црној Гори ниједним законским прописом није одређен појам животне средине. Међутим, из низа савезних и републичких прописа о заштити појединих врста животних добара може се закључити да животна средина обухвата низ животних добара која се штите појединим законима и другим прописима. Треба истећи да се правним прописима штите следећа добра: 1) ваздух и вода, 2) тишина (заштита од буке), 3) радна средина, 4) здравље људи уопште, 5) домаће животиње, 6) заштићена дивљач, рибе и птице, 7) разне врсте биљака, 8) простор и тле, 9) шуме, 10) споменици културе, културна добра, и сл., 11) природа уопште, 12) утврђена је заштита од јонизујућих зрачења.

Поједина животна добра су у Србији и Црној Гори заштићена посебним правним прописима. При доношењу законодавних норми мора се поћи од начела да се у вези са заштитом животне средине морају обезбедити гаранције које ће онемогућити њену деградацију. Истиче се потреба да се законодавним

нормама најпре мора обезбедити изградња животне средине која неће трпети штетне последице које су до сада настајале услед неконтролисаног технолошког развоја, односно мора се обезбедити санација стања животне средине и отклонити последице које су настале услед непредузимања одговарајућих мера, с циљем спречавања деградације животне средине.

V

Детаљније одредбе о праћењу стања животне средине садржане су у савезном Закону о заштити животне средине (Сл. лист СРЈ, бр. 24/98). Овим законом је предвиђено да се обезбеђује систематско посматрање и мерење параметра стања животне средине (мониторинг). Мониторинг се одређује методама које прописује Савезна влада (сада Влада СЦГ). Мониторинг служи за праћење прекограничног загађивања: за праћење степена загађености ваздуха, земљишта, биодиверзитета, шума, вода обалног мора, од интереса за целу земљу, међународних вода, климатских промена, озонског омотача, јонизујућег зрачења, као и преузетих обавеза из међународног уговора. Мониторинг за праћење загађивања обавља надлежна савезна организација.

Да би се пратиле квалитативне и квантитативне промене у животној средини и предузимале мере заштите води се интегрални регистар загађивача животне средине у држави. Катастар води одговарајуће савезно министарство (чл. 29–31. пом. закона).

VI

Одговарајуће савезно министарство контролише примену поменутог савезног закона. Приликом увоза, извоза или транзита технологија, производа, полупроизвода и сировина, отпада, угрожених врста и генетичких врста дивље флоре и фауне, биотехнологија и генетички модификованих организама, инспекцијски надзор обавља савезни инспекторат на граничном прелазу. Савезни инспектор има одређена права и дужности који су наведени у десет тачака. Одговарајуће мере изриче савезни инспектор писменим решењем које је коначно. Против решења може се водити управни спор (чл. 38. и 39).

VII

С циљем заштите животне средине предузимају се и превентивне и репресивне мере. Превентивне мере треба да предупреде штетна дејства по животну средину, а репресивне мере се састоје у казнама, које се примењују када дође до штетних дејстава услед непоштовања правних норми о заштити животне средине.

Превентивне мере. – У низу превентивних мера могле би се издвојити следеће:

1) одредбама закона треба забранити обављање опасних делатности које могу бити штетне по животну средину;

2) карактер превентивних мера има и установљавање стандарда за активности и делатности које могу бити од штете по животну средину. Стандарди могу да регулишу: а) дизања, конструкцију и опрему индустријских постројења, или средстава транспорта; б) методе производње, магационирања или дистрибуције, укључујући и транспорт, в) врсте, величине, квалитет и садржај горива и сировина, водећи рачуна и о транспорту и о производњи, г) мере за спровођење или редуковање производа или отпадака који могу да проузрокују загађивање, укључујући мере о уништавању, одлагању, односно примени отпадака, а с циљем избегавања ризика од загађивања;

3) забрана обављања индустријске или сличне делатности (без дозволе или одобрења надлежног државног органа) која може проузроковати загађивање животне средине или може на други начин штетно да делује по животну средину. Један од проблема у вези с обавезом прибављања концесије, односно одобрења за обављање индустријске или друге сличне активности представљају предузећа или друге организације, односно постројења подигнута пре него што је одговарајући закон ступио на снагу и предвидео обавезе и ограничења. Мора се водити рачуна о појединим случајевима, при чему се појединим предузећима и постројењима одређује рок, у коме морају да изврше усклађивање са новим законодавним нормама;

4) предузимање финансијских и других економских мера представља, такође, једну врсту превентивних мера с циљем спречавања загађења животне средине. Ове мере могу да се састоје: а) у прописивању посебних дужности у вези с производњом и употребом извесних производа или применом одређених мето-

да у вези са производњом или обавезом одлагања отпадака, или обављања других делатности које могу да проузрокују загађивања и које због тога морају да буду измењене другим одговарајућим методама, б) у предвиђању плаћања пореза и других дажбина, в) у давању субвенција и друге помоћи потребне одређеним врстама организација или другим загађивачима;

5) важан елемент заштите животне средине представља успостављање контроле над применом и спровођењем прописних мера. Контрола делатности које могу да угрожавају човекову средину обавља се: а) утврђивањем, односно евидентирањем такве делатности, односно врсте објекта и постројења која угрожавају човекову средину (енергетски објекти, рафинерија нафте, хемијска индустрија, индустрија целулозе и папира, индустрија цемента, металургија, прерада жељеза и легура, индустрија алуминијума, бродоградилшта, одређени транспортни објекти и др.); б) регистрацијом таквих делатности у одређеним временским размацима код надлежног државног органа; в) путем надлежних инспекцијских органа.

Репресивне мере. – Под репресивним мерама подразумева се примена различитих санкција према оним појединцима и правним лицима који су прекршили одредбе закона или друге прописе у вези са заштитом животне средине. У југословенској пракси предвиђа се више врста санкција:

а) казна за прекршаје, уколико се ради о повредама правних прописа лакшег карактера;

б) казне које се изричу по кривичном закону и то казна затвора или новчана казна;

в) привредним и сличним организацијама могу се изрећи казне за привредне преступе у виду високих новчаних казни;

г) накнада штете као грађанскоправна санкција.

Свакако да овим набрајањем није исцрпљен списак свих мера које су заступљене у законодавству Србије, односно државе Србије и Црне Горе.

Славољуб Поповић*

СУПРОТНА ЈЕ УСТАВУ СРЈ ОДРЕДБА ЗАКОНА ПО КОЈОЈ ПРОТИВ ЗАКЉУЧКА НЕМА МЕСТА ПРАВНОМ ЛЕКУ

(чл. 8. ст. 5. ЗИП-а)

I

Најпре бисмо укратко указали на правна средства у *парничном поступку* која могу бити: 1) редовна правна средства и 2) ванредна правна средства.

1) У вези са редовним правним лековима у *парничном поступку* треба истаћи да је парнични поступак по закону строго двостепен. Одлуке донесене у другом степену правноснажне су. Против првостепених одлука закон предвиђа као редовне правне лекове жалбу против пресуде и жалбу против решења. У посебним парничним поступцима постоји још и приговор.

Сви редовни правни лекови имају суспензивно правно дејство, које се састоји у томе што се њиховим улагањем спречава наступање правноснажности одлуке. Подношењем жалбе заснива се надлежност вишег суда да испита побијану одлуку што значи да је примењен принцип деволутивног дејства. Међутим, о приговору против налога одлучује суд који је ту одлуку донео. Странка може побијати једну одлуку само уколико је ова изречена на њену штету.

На штету обеју странака изречена је пресуда којом је тужбени захтев усвојен делимично, као и она којом се од више захтева усваја само неки.

Правним леком странка може да тражи само преиначење или укидање одлуке, али нема право да том радњом истакне неки нов захтев, осим онога којим тражи да суд противника обавезе на накнаду парничних трошкова који ће настати поводом правног лека.

* Др Славољуб Поповић, редовни професор универзитета.

Странка се може одрећи редовног правног лека пре истека рока у коме он може бити изјављен. Одрицање је могуће чим одлука буде објављена, а ако је саопштена писмено, од тренутка када је странци препис одлуке достављен.

Од правног лека који је већ изјављен странка може одустати све до доношења одлуке вишег суда.

Кад је странка одустала од правног лека, дејство одустанка састоји се у томе што одлука постаје правноснажна; за наступање дејства није потребан пристанак противника. Треба додати и то да се изјава о одрицању, као и она о одустанку, не може опозвати. Жалба је допуштена против сваке пресуде; против оне која је изречена због изостанка и на основу признања. Жалба је дозвољена само из одређених разлога.

Жалба се улаже у року од 15 дана. Од овог правила постоје одступања у посебним поступцима.

У вези са разлозима жалбе треба истаћи да је у закону изричито изведена класификација разлога жалбе на ове три врсте: 1) битне повреде одредаба парничног поступка; 2) погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање и 3) погрешна примена материјалног права.

У вези са током поступка по жалби разликује се ток поступка пред првостепеним судом и поступак пред другостепеним судом.

Жалба њојшв решења. – Жалба против решења дозвољена је против сваког решења, осим против оног за који је законом искључена жалба. На пример искључена је жалба против решења којим се виши суд првог степена (окружни) оглашава стварно надлежним поводом приговора да је ненадлежан нижи (општински) суд; има и других таквих случајева.

Жалба против решења не доставља се противнику на одговор. По тој жалби другостепени суд никад не заказује расправу; на овај правни лек примењују се сходно одредбе о жалби против пресуде.

2) *Ванредни њравни лекови.* – Ванредни правни лекови могу се употребити само против правноснажних судских одлука. Странци је омогућено да правноснажну судску одлуку побија: 1) ревизијом; 2) захтевом за ванредно преиспитивање правноснажне одлуке и 3) предлогом за понављањем поступка. Јавни тужилац може у истом циљу подићи захтев за заштиту закони-

тости. Захтевом за заштиту законитости може се оспоравати правноснажна судска пресуда од стране републичког јавног тужиоца и од стране савезног јавног тужиоца.

II

О њравним средсѝвима у оѝиѝем уѝравном ѝосѝуѝку. – У општем управном поступку могу се разликовати: 1) жалба и 2) ванредна правна средства. У управном поступку приговор представља врсту поднеска (члан 54. став 1. ЗУП-а).

Под *жалбом* се подразумева правно средство којим странка или друго овлашћено лице оспорава законитост или правилност (целисходност) првостепеног решења донетог у управном поступку. Странка или друго овлашћено лице путем жалбе тежи да се првостепено решење поново испита и исправи од стране другостепеног органа. Жалбом се тражи да се првостепено решење поништи или измени као незаконито или неправилно (нецелисходно).

У одређеним случајевима посебном жалбом се може оспоравати и закључак.

У погледу легитимације за подношење жалбе важе правила која важе за страначку способност и за страначку легитимацију.

Право на подношење жалбе против решења донетог у првом степену има странка; међутим у ЗУП је предвиђена могућност за државног, односно јавног тужиоца, јавног правобраниоца и друге државне органе када су законом посебно овлашћени, да изјаве жалбу против решења којим је повређен закон у корист појединца или правног лица, а на штету друштвене заједнице.

Страначка легитимација означава да мора постојати посебан однос странке према конкретној управној ствари.

У вези са надлежношћу органа за решавање по жалби најпре треба истаћи да је прописано начело двостепеног решавања; а то значи да по жалби против првостепеног решења може решавати само још један, по правилу, непосредно виши орган и да се, према томе, решењем другостепеног органа окончава решавање у управном поступку. Међутим, у ЗУП-у су предвиђени случајеви у којима се не може изјавити жалба против решења донетог у првом степену. Жалба се не може изјавити: а)

против решења савезне, односно републичке скупштине; б) против решења савезне или републичке владе, као и против решења њихових одбора и комисија; в) против првостепеног решења савезног органа управе или другог самосталног савезног органа управе (против првостепеног решења ових органа жалба се може изјавити само изузетно, и то у следећим случајевима: 1) кад је законом предвиђено и 2) кад се ради о ствари у којој је искључен управни спор).

Законом о општем управном поступку је детаљно регулисано питање надлежности органа за решавање по жалби, рока за жалбу, садржаја жалбе, начина предавања жалбе, дејства жалбе. Законом о општем управном поступку је исто тако детаљно регулисано поступање првостепеног органа по жалби, као и поступање другостепеног органа по жалби.

Приговор. – У Закону о општем управном поступку приговор није предвиђен као редовно правно средство; приговор се помиње само у једној одредби. Приговор се означава као врста поднеска којим се појединци или правна лица обраћају органима (члан 54. став 1). Према томе ова врста приговора нема карактер правног средства.

Ванредна правна средства. – Под ванредним правним средствима подразумевају се она правна средства која омогућавају да се о оним управним стварима која су окончана коначним или правноснажним решењем, поново расправља и решава ради отклањања евентуалних незаконитости или неправилности. ЗУП предвиђа следећа ванредна правна средства: 1) понављање поступка; 2) мењање и поништавање решења у вези са управним спором; 3) захтев јавног тужиоца за заштиту законитости; 4) поништавање и укидање решења по праву надзора; 5) укидање и мењање решења уз пристанак или по захтеву странке; 6) ванредно укидање решења и 7) оглашавање решења ништавим.

III

1. *Извршење судских одлука донетих у јарничном процесу.* – Законом о извршном поступку (Службени лист СРЈ број 28/2000, 73/2000) најпре су уређена правила поступка по којима суд поступа ради принудног извршења судске одлуке која гласи на испуњење обавеза, као и ради обезбеђења потраживања.

Извршење решења донетих у управном поступку. – Одредбе Закона о извршном поступку примењују се и на извршење одлуке донесене у управном или прекршајном поступку која гласи на испуњење новчане обавезе, као и на испуњење новчаних потраживања о којима се одлучује у управном и прекршајном поступку, осим ако је за то извршење и обезбеђење законом одређена надлежност другог органа.

2. Извршење решења и закључака донетих у управном поступку. – Као основ за извршење служи: 1) решење које је постало извршно; 2) поравнање и 3) закључак који је постао извршан. Извршење решења спроводи се ради остваривања новчаних потраживања или неновчаних обавеза. У ЗУП је садржан принцип према коме када постоји могућност да се извршење спроведе на више начина и применом разних средстава, има се спровести на онај начин и применом оног средства који доводи до циља, а које је по извршеника најблаже. Лице против кога се спроводи извршење назива се извршеник.

Странка у чијем се интересу извршење спроводи назива се тражилац извршења.

Закључак донет у управном поступку извршава се пошто постане извршан.

Врсте извршења. – Решење донето у управном поступку у одређеним случајевима извршује се административним путем (административно извршење), а у случајевима предвиђеним ЗУП-ом извршење решења спроводи се судским путем (судско извршење).

Извршење ради обезбеђивања неновчаних обавеза извршеника – спроводи се административним путем. Изузетно, извршење ради испуњења новчаних обавеза из примања из радног односа може се спроводити административним путем по пристанку извршеника. Административно извршење спроводе органи управе по одредбама Закона о општем управном поступку, односно по одредбама посебног закона.

Извршење ради остваривања новчаних потраживања и других новчаних обавеза (под којима се подразумевају извршење ради испуњења новчаних обавеза из примања из радног односа – уколико се по пристанку извршеника не спроводи административним путем) спроводи се судским путем. Судско извршење спроводи надлежни општински суд по Закону о извршном поступку.

3. *Спровођење судског извршења по Закону о извршном поседу.* – Правило је да поступак извршења и поступак обезбеђења се покреће на предлог повериоца. Међутим, ови поступци покрећу се и по службеној дужности када је то законом предвиђено.

Извршни поступак у првом степену води и одлуке доноси судија појединац, а о приговору одлучује веће тројице судија истог суда. Одлуке у поступку извршења и обезбеђења суд доноси у облику решења или закључка. Закључком се издаје налог службеном лицу за спровођење појединих радњи и одлучује о другим питањима управљања поступком.

У вези са правним лековима треба истаћи да се против решења донесеног у првом степену може изјавити *приговор*, осим ако у Закону о извршном поступку није одређено да приговор није дозвољен. Приговор се може изјавити у року од три дана од дана достављања решења. Приговор не одлаже извршење, ако ЗИП-ом није друкчије одређено. Одлука донесена по приговору правноснажна је. Против закључка нема места правном леку.

Против правноснажног решења донетог у поступку извршења и обезбеђења није *дозвољена ревизија нићи ионављање поседу.*

О предлогу за извршење суд је дужан да одлучи у року од 3 дана од дана подношења предлога, а о приговору суд је дужан да одлучи у року од 15 дана од дана подношења приговора.

Треба истаћи и то да се у поступку извршења и обезбеђења сходно примењују и одредбе Закона о парничном поступку, ако Законом о извршном поступку или другим савезним законом није друкчије одређено.

Извршност одлуке. – Судска одлука или одлука донесена у прекршајном поступку извршна је ако је постала правноснажна и ако је истекао рок за договорно добровољно испуњење дужникове обавезе.

Одлука, пак, донесена у управном поступку извршна је ако је постала коначна и ако је протекао рок за добровољно извршење обавезе. Рок за добровољно испуњење обавезе тече од дана достављања одлуке дужнику. На основу одлуке која је у једном делу постала извршна извршење се може одредити само у том делу.

Судско поравнање, односно поравнање закључено у управном поступку извршно је ако је потраживање по поравнању доспело.

Приговор. – Већ је речено да решење о извршењу дужник може побијати приговором. Решење којим је, пак, одбијен предлог за извршење поверилац може побијати, такође, приговором. На решење донесено у спровођењу извршења може се уложити приговор, ако Законом о извршном поступку није одређено да приговор није дозвољен.

О приговору одлучује суд који је донео решење о извршењу. Приговор против решења о извршењу може се поднети из разлога који спречавају извршење, а нарочито у случајевима који су изричито наведени у члану 51. Закона о извршном поступку у 11 тачака.

Решењем донесеним по приговору, приговор се усваја, одбија или се одбацује као неблаговремен, непотпун или недозвољен. Ако усвоји приговор о ненадлежности, суд ће ставити ван снаге своје решење, укинуће спроведене радње и уступиће предлог надлежном суду. Ако усвоји неки други приговор, суд ће, према околностима случаја, обуставити извршење у целини или делимично и укинути спроведене радње.

4. Као што је већ речено, одлуке у поступку извршења и обезбеђења суд доноси не само у облику решења, већ и у облику закључка. Против закључка нема места правном леку, како је то изричито прописано у ставу 5. члана 8. ЗИП. *Посиавља се ишиање да ли је ова одредба на закону заснована, односно да ли је у складу са Уставиом Савезне Републике Југославије?* Треба се најпре подсетити одредбе члана 119. Устава СРЈ у ком члану је предвиђено да се против решења и других појединачних аката судских, управних и других државних органа, као и против таквих аката органа и организација које врше јавна овлашћења донетих у првом степену, може изјавити жалба надлежном органу. Ако је на, други начин обезбеђена заштита права и законитости законом се изузетно, у одређеним случајевима, може искључити жалба.

Одредба става 5. члана 8. ЗИП противна је одредбама члана 119. Устава СРЈ. Мишљења смо да би надлежно савезно министарство савезне владе требало да настоји да се одредба става 5. члана 8. ЗИП измени у смислу, да се и против закључка може употребити одговарајуће правно средство.

Милош Луковић⁰

РЕШАВАЊЕ ТЕРМИНОЛОШКИХ ПИТАЊА У ИЗРАДИ ОПШТЕГА ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА

Као што смо образложили у нашим претходним радовима,¹ све термине Општега имовинског законика за Књажевину Црну Гору (у даљем тексту: Општи имовински законик) чију генезу можемо пратити на основу расположивих извора сврстали смо према сродности института које означавају 30 група термина, а на челу сваке групе налази се носећи термин из њеног састава. У претходном броју овог часописа коментарисали смо 14 група тих термина, а у овом раду коментаришемо преосталих 16 група термина (и то по азбучном редоследу носећих термина из групе).

I. *наруч* или *ѱосуда* [чл. 265–270, 876. ОИЗ ЦГ], *гавалаи* у *наруч* [члан 876. ОИЗ ЦГ], *узималаи* у *наруч* (члан 876. ОИЗ ЦГ)

Институт *ѱослуџе* (лат. *commodatum*, франц. *le prêt à usage*, нем. *der Leihvertrag*) Општи имовински законик назива *наруч* или *посуда*, док га Грађански законик Србије (§ 582) назива *наруч* или *ѱослуџа*, а савремено законодавство (Закон о облигационим односима) само *ѱослуџа*. *Правно-ѱолиѱичка ѱерминологија за аусѱријске словенске језике* (стр. 324) користи термин *ѱосудна ѱоџогба*, *posudna pogodba*.

⁰ Др Милош Луковић, научни сарадник, Балканолошки институт САНУ, Београд.

¹ Овај рад представља у суштини наставак разматрања проблематике генезе терминологије Општега имовинског законика које смо започели чланком у претходном броју овог часописа. Уп. такође *Луковић 2004*, 275–288.

Код уговора о *наручу* или *ѿосуди* Општи имовински законик странке назива: 1) *давалац*, у *наруч* (франц. *la prêtreur a usage*, нем. *der Verleiher* или *Commodant*), 2) *узималац*, у *наруч* (франц. *l'emprunteur*, нем. *der Entlehner*). Грађански законик Србије (§ 587. ГЗС) користи термине *ѿосѿодар сѿвари даѿије* у *наруч* и *ѿослуѿо-ѿримац*.

Савремено законодавство дефинише описно стране код института послуге, а *Правно-ѿолиѿичка ѿтермиолоѿија за аус-ѿријске словенске језике* (стр. 170) има посебан назив само за једну уговорну страну: *узималац*, у *ѿосуду*, *ѿосудовник*; *posudovnik*.

Лексема *наруч* јавља се и у Стулићевом и Вуковом речнику, збиркама народних песама и пословица Вука Караѿића, збиркама хрватских народних песама (1864) Луке Марјановића, делима Ђуре Даничића, Лазара Арсенијевића Баталаке, Франа Иванишевића (о Пољицама), Стевана Дучића (о Кучима), Мићуна Павићевића (о народном благу Црне Горе), као и у *Зборнику за народни живоѿи Јужних Славена* (књ. 9). У истом значењу лексема посуда бележи Вуков речник.

II. *незвано вршење ѿуђих ѿослова* [чл. 191, 587–594, 947. ОИЗ ЦГ], *незвани вршилац ѿуђеѿа ѿосла* [чл. 162, 947. ОИЗ ЦГ], *ѿос-ѿодар ѿосла* [члан 947. ОИЗ ЦГ]

За означавање института *неовлашћено вршење ѿослова за рачун друѿоѿ лица* (лат. *gestio negotiorum*, франц. *la gestion d'affaires*, нем. *die Geschäftsführung*) Општи имовински законик користи израз *незвано вршење ѿуђих ѿослова*. О томе је расправљао Одбор приликом читања нацрта Законика, па је на крају закључио да за лице које се без овлашћења подухватило туђеѿ посла (лат. *negotiorum gestor*) остане термин *незвани вршилац* „јер друге ричеји нема”.² Другу страну пак Законик назива *ѿосѿодар ѿосла* (лат. *dominus negotii*, франц. *le maître de l'affaire*, нем. *der Geschäftsherr*).

За овај институт Грађански законик Србије (§ 628, 629) нема посебан термин већ га дефинише описно, а стране назива: *онај који би се без ѿуномоћја ѿуђеѿа ѿосла ѿримио и онај за коѿа је ѿосао учињен*. *Правно-ѿолиѿичка ѿтермиолоѿија за аус-*

² Бојовић 1992, 188.

џријске словенске језике (стр. 244) користи само термин *џословодсџво*, *poslovodstvo*.

У савременој правној теорији веома је коришћен термин *незвано вршење џуђих џослова* из Општега имовинског законика,³ али се у савременом законодавству (Закон о облигационим односима) користи модификовани термин *вршење џуђих џослова без налођа, као и џословодсџво без налођа*, а стране се називају: *џословођа без налођа* и *лице чији је џосао*.

III. *одржај* [чл. 45, 46, 91, 845. ОИЗ ЦГ]

Један од начина стицања својине – институт *одржаја* (лат. *usucapio acquisitiva*, франц. *l'usucapion* или *la prescription acquisitive*, нем. *die Ersitzung*) управо је тако назван у Општем имовинском законнику за Црну Гору. Грађански законик Србије (§ 922) тај институт назива *засџарелосџи за сџишање својине и друђих сџварних џрава*, а *Правно-џолиџичка џермилођија за аусџријске словенске језике* (стр. 193) користи термин *досјелосџи*, *dosjelost*.

Приликом првог читања нацрта Законика Одбор је расправљао о конкурентним терминима *одржање* и *одржај*, око којих су била подељена мишљења чланова Одбора. Богишић је у записнику Одбора констатовао да је књижевник Томо Ораовац „чуо ријеч *одржај* у простоме народу”,⁴ што је вероватно и одлучило да превагне термин *одржај*. Он се користи и у савременом законодавству (Закон о основним својинскоправним односима).

IV. *осџава* [чл. 378, 379, 380–382, 384–387, 881, 882 ОИЗ ЦГ], *аманеџи* [чл. 390, 882. ОИЗ ЦГ], *осџава у невољи* [члан 882. ОИЗ ЦГ], *осџавилац* или *давалац на осџаву* [чл. 383, 881. ОИЗ ЦГ], *хранилац* или *хранилац сџвари* [чл. 378, 881. ОИЗ ЦГ]

О именовану уговора о *осџави* (лат. *depositum*, франц. *dep. misérable, le dépôt nécessaire*, нем. *der Verwahrungsvertrag*) и уговор-

³ Уп. *Лексикон грађанскођ џрава 1996*, 391, 513, *Лексикон облигационођ џрава 2001*, 214, 279.

⁴ Из текста записника не може се закључити да ли је овај податак прибављен непосредно од Тома Ораовца, који је једно време боравио на Цетињу, или из некога његовог дела, чији наслов нисмо могли утврдити.

них страна Одбор је водио опсежну расправу приликом првог читања нацрта Законика.⁵ У записнику Одбора забележено је мишљење чланова Одбора: „Мисле да је *сахрана* боље него *ѿохрана*, а ријеч *сахрана* као *укоѿ* у народу се не говори, то је књижевничка ријеч. У народном животу има исто као и у Римљана двије врсте остава, тј. *ѿросѿа осѿава*, која се разумије у народу али се ријетко каже, него се каже *дагох дана храни*. Друга је врста која одговара међу мање и међу више римском *depositum miserabile*. То бива кад ко кому даде ствар с особите вриједности, а највише кад се даје потајно за које му није мило да му свак зна, те у томе има некакав елемент особитог повјерења.” За ово друго значење Општи имовински законик користи термин *аманетѿ*, с којим се Богишић сусретао током анкете у Црној Гори 1873. године.⁶ О његовом значењу расправљано је и приликом другог читања нацрта Законика и Одбор је тада констатовао да је „добро и јасно”.⁷ Сличан аманету је и интитут *осѿаве* у *невољи*, а за овај назив Богишић каже у свом писму К. Војновићу да се састоји од две речи „чисто народне”, али да их је он први употребио као термин.

Термине *осѿава* и *аманетѿ* има и Грађански законик Србије, али су они у потпуности дублетни, без разлика у правном значењу (§ 569, 579). *Правно-ѿолиѿичка ѿтермиолоѿија за аусѿтријске словенске језике* (стр. 593) користи термин *осѿава*, *остава*. Савремено законодавство (Закон о облигационим односима) користи искључиво термин *осѿава*. Лексему *осѿава* бележе иначе Јамбрешићев и Вуков речник.

Одбор је такође расправљао о називима уговорних страна. За назив стране које нешто даје у оставу (лат. *deponens*, франц. *le d posant*; нем. *der Hinterleger* или *Deponent*) Одбор је констатовао да „може проћи *хранилац*, који је вазда бољи него *чувар*, само нека се не мијеша с ријечју *храниѿељ*, који значи да храну даје.” Треба, међутим, приметити да је у Његошевом језику лексема *храниѿељ* употребљена управо у значењу „чувар”.⁸ За страну која нешто прима у оставу (лат. *depositarius*, франц. *le d positaire*, нем. *der Verwahrer*) Одбору је било теже да се одлучи, тако да је констатовано: „Мучније је за другу ријеч јер да се узме *осѿав-*

⁵ Бојовић 1992, 121.

⁶ Боѿишић 1984, 430.

⁷ Бојовић 1992, 188.

⁸ Уп. Речник Њеѿошева језика, 477.

љач, остављају обојица, него ту треба остављачу додати и други назив те чекати да се практика одлучи. По томе за прву ријеч нек се каже *осџавилац* или *давалац на осџаву*.” У свом писму К. Војновићу Богишић понавља разлоге да ни термин *осџавилац* ни термин *осџављач* нису добро решење, па каже да уговорници могу рећи: „Остављам ти то”; „Остави ми то”.

Грађански законик Србије (§ 571, 572) користи за уговорне стране термине *осџављач* и *чувар осџаве*, а *Правно-џолиџичка џерминолоџија за аустџријске словенске језике* (стр. 127, 593) термине: 1) *џокладаџиљ, даваџиљ на осџаву, осџаводавац, осџављач; даваџиљ на осџаву, осџавилац, осџаводавац, џокладавац;* 2) *осџавоџримац; ostavoprимас*. У савременом законодавству (Закон о облигационим односима) користе се термини *осџаводавац* и *осџавоџримац*.

V. *џомеђаш* [члан 50. ОИЗ ЦГ], *џомеђашке земље* [члан 849. ОИЗ ЦГ], *џомеђашко џослужје* [чл. 144–155, 851, 854, 855. ОИЗ ЦГ], *џомеђашка уџоџба* [чл. 110–143, 849, 850. ОИЗ ЦГ], *џосџоџиша* [чл. 115, 856. ОИЗ ЦГ], *џроџон* [чл. 115, 856. ОИЗ ЦГ]

Власници суседних земљишних парцела, које Општи имовински законик означава термином *џомеђашке земље*, а Грађански законик Србије термином *суседне земље* (лат. *praedia vicina*, франц. *les propriétés sines*, нем. *die benachbarten Grundstücke*), имају извесна међусобна права и обавезе, која су установљена законом или се пак утврђују уговором између ових суседа. Савремено законодавство означава их термином *службеносџи*. Општи имовински законик значио је термином *џомеђашка уџоџба* оне службености које сџм закон установљава у интересу власника суседних земљишних парцела, тзв. *законске службеносџи*. За овако установљене службености Грађански законик Србије (§ 340) такође користи термин *законске службеносџи* (*сервиџи*). Лексема *џомеђашки* јавља се и у Вуковом речнику.

У Општем имовинском законуку постоје три врсте помеђашких уџоџби: 1) *џосџоџиша*, коју Грађански законик Србије (§ 354) назива *џраво на сџазу на џуџој земљи* (лат. *iter, ius eundi*, франц. *le droit de passer*, нем. *das Recht des Fussteiges*); 2) *џроџон*, који Грађански законик Србије (§ 355) назива *џраво на џроџон своје сџоке џреко џуџе земље*; 3) *џраво џуџи*, које Грађански законик Србије (§ 356) назива *џраво на џуџи на џуџеј земљи*.

И термин *йосйойиша* и термин *йрогон* Богишић је узео из живог говора у Црној Гори, с тим што је термин *йосйойиша* у народном говору имала и дублет *сйойник*, који није уврштен у Законик.⁹ Приликом другог читања нацрта Законика Одбор је констатовао разлику између права постопице и прогона на следећи начин: „Постопица се држи да је кад човјек сам прелази или води коња или вола за собом. А прогон кад се ћера више брава или говеда.”

У Законнику је (члан 856) значење ових термина разлучено овако: „Ко је овлаштен да преко туђе земље постопицом прелази, тиме још нема право да стоку туда прогони.” Првобитне лексеме *йосйойиша* (у вези с лексемом *сйойа*), имала је значење „ступати ногом, ходати”, а лексема *йрогон* (од глагола *йрогонити*) значење „пут којим се стока гони на пашу или с паше”. Трећа, најшира врста службености означена је као *йраво йуша*, а дефинисана је у истом члану Законика помоћу термина *йосйойиша* и *йрогон* на следећи начин: „Ко има право пута, тај може туда не само све чинити што му допушта постопица и прогон, него може и најтежа бремена туда вући.”

VI. *йраво йрече куйње* [чл. 49–52, 57, 58, 60, 64, 107, 254–256, 873. ОИЗ ЦГ], *ближика* [чл. 48–50. ОИЗ ЦГ], *брайсйиво* [члан 714. ОИЗ ЦГ], *шире брайсйиво* [члан 714. ОИЗ ЦГ], *уже брайсйиво* [члан 714. ОИЗ ЦГ], *брайсйивеник* [члан 49. ОИЗ ЦГ], *пас* [чл. 49, 107. ОИЗ ЦГ], *йлеме* [члан 709. ОИЗ ЦГ], *йлеменик* [чл. 49, 712. ОИЗ ЦГ], *другойлеменик* [чл. 55, 61, 62. ОИЗ ЦГ], *йлеменска заједница (комун)* [члан 709. ОИЗ ЦГ], *комуниша* [члан 77. првог издања ОИЗ ЦГ], *йлеменски збор* [члан 710. ОИЗ ЦГ], *сељанин* [члан 49. ОИЗ ЦГ], *другосељанин* [чл. 61, 62. ОИЗ ЦГ], *село* [чл. 121, 130. ОИЗ ЦГ], *међа* [члан 299. ОИЗ ЦГ], *међаш* [чл. 49, 50. ОИЗ ЦГ]

Одлучивши се за дублетне облике *куйовина* и *куйња* у завршници другог читања Законика,¹⁰ Одбор је омогућио да се термин *куйња* употреби и за означавање института који и Грађански законик Србије (§ 670) и савремено законодавство (Закон о наслеђивању Републике Србије) називају *йраво йрече куйовине* (лат. *ius protimiseos*). Дакле, Законик користи термин

⁹ Богишић 1986, 126.

¹⁰ Бојовић 1992, 188.

йраво йрече куйње. У вези с *йравом йрече куйње*, а првенствено ради означавања лица којима то право припада, у Законик је уврштен низ термина чије порекло и значење треба разјаснити. Подаци о томе могу се у траговима наћи и у записницима Одбора, а о неким од тих термина писао је и Богишић.

Законик је пре свега утврдио (члан 48) да право прече купње припада *ближика*. С изразом *ближика* Богишић се сусретао током анкете у Црној Гори 1873. године, када је забележен и облик *близика*.¹¹ Богишић каже да се овим изразом у Црној Гори и Боки означава „сва својбина у братству и племену, дакле сви *agnati*”, а да је реч веома стара и да се среће се у писаним споменицима још у 13. веку. Богишић даље вели да је Вук није навео у свом речнику, али се среће код Стефана Митрова Љубише, а и Богишић ју је употребљавао у *Зборнику садашњих йравних обичаја у Јужних Словена* (1874). Лексема *ближика* налази се и у Пољичком статуту и у још неким статутима приморских градова и општина писаних на народном језику.

Приликом првог читања нацрта Законика Одбор је констатовао: „Премда ријеч *близика* значи не сусједа него сродника, зато се усваја *брасйвеник*, јер је браственик по мушкој лози а *йомеђаши* су сусједи земаљски, а *сусјед* је они што је близу куће.”¹² И поред оваквог разлучивања значења наведених термина, одредбе Законика (чл. 48. и 49) о лицима којима припада *йраво йрече куйње* (чл. 48. и 49) формулисане су тако да се термин *ближика* односи не само на братственике и племенике већ и на друге међаше и сељане. То прелази границе изворног значења овог термина резервисаног за круг ближих сродника по патријархалним критеријумима.

За овако дефинисану категорију *ближика* Законик је утврдио ред првенства у коришћењу *йрава йрече куйовине*. Најпре долазе на ред *брасйсивениши*, и то првих шест пасова, мада је током читања нацрта Законика постојао предлог да се обухвати чак десет пасова.¹³ Тиме је практично одређен круг оних братственика који се сматрају *ближиком*. Сличан редослед првенства у праву прече куповине утврђује и Грађански законик Србије (§ 670).

¹¹ Богишић 1984, 430.

¹² Бојовић 1992, 79.

¹³ Бојовић 1992, 147.

У Законику се (члан 714) користе термини *шире* и *уже брајсџиво*, али се не дају њихове дефиниције. То заправо значи да је при редиговању Законика појам био јасан и да га за кориснике Законика није требало ближе дефинисати (односи се на све сроднике који потичу од једнога претка и носе заједничко презиме). Током анкете у Црној Гори 1873. године Богишић се сретао (поред термина *шире брајсџиво* и *уже брајсџиво*) и с терминима: *јакo брајсџиво (јачица)* и *нејакo брајсџиво (нејачица)*, *брајсџивеник*, *начелник брајсџива (родоначелник)*.¹⁴ Законик користи домаћу реч *џас* за означавање степена сродства (колена), која се јавља и у Његошевом језику, а карактеристична и данас за колоквијалну праксу у Црној Гори (нпр. изрека: „Да пас пасу казује!“). Термин *брајсџиво* налази се и у Пољичком статусу.

Право прече купње по Законику припадало је *џлеменицима*. Законик користи термин *џлеме* кад говори о имовинским односима, али га не објашњава; претпоставља се да је значење свим корисницима Законика јасно. Богишић се током боравка у Црној Гори (посебно кад је био њен министар правде) бавио социолошко-правним изучавањем црногорских племена.¹⁵ У Законику се тај термин користи за означавање територијалне јединице која има познате границе, заједничке институције и имовину, а она је делимично повезана сродничким односима (који су заправо одлика братстава у саставу племена). Термин *џлеме* налази се и у Пољичком статусу и још неким статутима приморских градова и општина на народном језику.

Општи имовински законик (члан 709) утврђује да се свако „племе сматра правим имаоником, за све што се тиче опште племенске заједнице (комун)“, те да је у тој заједници „најглавније: гора, паша, вода, у колико што од тога није већ подијељено“. На тај начин дефинисан је термин *џлеменска заједница – комун*. У првом издању Законика (члан 77) користи се и облик *комунџица*, а потом се од те шире верзије термина одустало вероватно због ређе употребе од парњака *комун*. Истовремено Законик ту имовину назива и племенским имањем, којим управља заједничка институција *џлеменски збор*. Приликом другог читања нацрта Законика Одбор је сматрао да термин *збор* треба за-

¹⁴ Богишић 1984, 431.

¹⁵ Видети о томе више у Марјиновић 1958, 242–248; Луковић 2003.

менити термином *скуџ* или *џлеменска скуџиџина*.¹⁶ Грбаљски законик користи термине *браџка скуџиџина* и *збор*, а термин *збор* налази се и у Пољичком статуту и још неким статутима приморских градова и општина на народном језику. Термин *имање* јавља се такође и у Пољичком статуту и Грбаљском законнику.

Припадника (члана) племена Законик назива *џлеменик* (попут *брајсвеник*), а њему по Законнику припада и право прече куповине (као и братственику) по утврђеном редоследу. Да би дефинисао до краја тај редослед, Законик је увео и термин *сељанин* (јавља се и у Његошевом језику и Пољичком статуту), који се односи на становника оног села где се налази добро на које се право прече куповине односи. *Сељанин* је фактички и племеник, а често и *брајсвеник*, али не припада кругу *ближике*, тј. братственицима првих шест пасова сродства. Они сељани чија се имања граниче с добром о којем је реч Законик означава као *међаше* (термин *мејаш* налази се и у Пољичком статуту, а термин *мејаш* у неким статутима приморских градова и општина на народном језику; термин *међа* постоји у Пољичком статуту и Грбаљском законнику). А оне *сељане* који нису *мејаш* Законик означава термином *друџосељани*. Човек из другог племена који има какав имовински интерес означен је пак као *друџоџлеменик* (у овом контексту „иноплеменик”). Термин *друџобрајсвеник* логички није долазио у обзир јер припадник другога (иног) братства није уопште братственик лица о коме се ради. Њему братственик (припадник истог братства) може бити *ближика*, *мејаш* и *сељанин*, а ако то није, Законик га третира једнако као све друге сељане и племенике.

VII. *џрејџосџавка* [чл. 976. и 977. ОИЗ ЦГ], *џрејџосџавка без доџовора* [члан 77. ОИЗ ЦГ], *доџовор* [чл. 9, 113, 242, 316, 347, 451, 647, 706, 713, 977. ОИЗ ЦГ], *рок* [чл. 27, 46, 88, 90, 179–181, 186, 191, 282, 980–985. и др. ОИЗ ЦГ], *џрилика* [чл. 6, 44, 84, 85, 101, 109, 221, 223, 231, 234. итд. ОИЗ ЦГ], *џриџога* [чл. 571, 664, 672, 673, 776, 871. ОИЗ ЦГ], *догир или веза* [чл. 439, 465, 721, 767, 769, 849, 850, 932, 970. ОИЗ ЦГ], *џосљедак* [чл. 198, 97. ОИЗ ЦГ], *исџрава* [чл. 972, 973 ОИЗ ЦГ], *свјеџоџба* [чл. 28. првог издања ОИЗ ЦГ, чл. 613. ОИЗ ЦГ]

¹⁶ Бојовић 1992, 184.

Приликом разматрања нацрта Законика Одбор је расправљао о терминима за неке процесне радње и апстрактне појмове. За термин *̄ре̄ӣј̄ос̄ӣавка* Одбор је у завршници другог читања закључио да се од *̄ре̄ӣј̄ос̄ӣавка* „ништа није могло наћи боље [...] којој кад треба може се додати *без договора*”.¹⁷ Термин *̄ре̄ӣј̄ос̄ӣавка* (лат. *praesumptio*) користио је и Закон о грађанском поступку Краљевине Србије (§ 179), а користи га и савремено законодавство (нпр. Закон о парничном поступку). Правна теорија разликује *обориве ̄равне ̄ре̄ӣј̄ос̄ӣавке* (*praesumptiones iuris tantum*) и *необориве ̄равне ̄ре̄ӣј̄ос̄ӣавке* (*praesumptiones iuris et de iure*).¹⁸ За ову другу врсту претпоставки Општи имовински законик користи термин *̄ре̄ӣј̄ос̄ӣавка без договора*, кад „законодавац не допушта ничијег поговора некој претпоставци” (члан 977). Термин *договор* налази се и у Пољичком статуту.

У завршници другог читања нацрта Законика Одбор је такође закључио да термин „*̄рилике* нек буде где то смисао допушта”, а „за остале случајеве ће не може да буде нека је: *везе и додири*”. Тако је термину *везе и додири* намењено најшире значење „околности”, а понекад и „односи”. Дублет термину *̄рилика* у Законнику (јавља се и у Његошевом језику) представља термин *̄рӣдога*.

За термин *̄ос̄љедци*, који је био првобитно употребљен у нацрту Законика, Одбор је констатовао да се у народу њиме означавају заправо „потомци који после остају”, те да треба узети термин *посљедица*, „што се боље разумије у народу”.¹⁹ У Законик ипак није увршетен облик *̄ос̄љедица већ само ̄ос̄љедак/̄ос̄љедци*. Одбор је прихватио термин *ис̄права*,²⁰ какав је већ постојао у Грађанском законнику Србије (§ 334, 337). У Општем имовинском законнику налази се и термин *свједоџба*, какав има и Грађански законик Србије (§ 13, 382–385), а налази се и у Грбаљском законнику (*свједочба*) и Пољичком статуту (*свидочба*).

¹⁷ Бојовић 1992, 187.

¹⁸ Лексикон *̄грађанско̄ ̄права* 1996, 528.

¹⁹ Бојовић 1992, 99.

²⁰ Бојовић 1992, 79.

VIII. *рукогаће* или *зајам* [чл. 258–260, 875. ОИЗ ЦГ], *рукодавалац* [члан 875. ОИЗ ЦГ], *узајмилац* или *узималац* *рукогаћа* [члан 875. ОИЗ ЦГ]

За означавање института зајма (лат. *mutuum*, франц. *le prêt [de consommation]*, нем. *das Darlehen, Darleihen*) Богишић каже да је у Црној Гори веома жива употреба и термина *рукогаће* (поред општег термина *зајам*),²¹ с којим се сретао већ током анкете у Црној Гори 1873. године.²² Термин *рукогаће* односио се на позајмицу новца или других истоврсних („суврстих“) ствари. То потврђује још један „извањац“ који је дуже боравио у Црној Гори – Милорад Медаковић, секретар владике Петра Петровића Његоша, а потом и књаза Данила, с тим што он прецизира да је *рукогаће* зајам „готове аспре“, тј. новца.²³ Етимологија овог термина ослања се на чин давања на позајмицу *из руку*, дакле ствари малог волумена а велике вредности (какову представља новац). Грађански законик Србије (§ 593) користи термин *зајам*, а исти термин (*зајам, zajam*) има и *Правно-џолићичка џерминолоџија за аустријске словенске језике* (стр. 124). Термин *зајам* налази се и у Пољичком статуту.

За уговорну страну која даје зајам у Црној Гори су били уобичајени називи: *рукодавалац, рукодавац, рукодавник*. Грађански законик Србије (§ 596) користио је термине *зајмодавац, џозајмилац*, а *Правно-џолићичка џерминолоџија за аустријске словенске језике* (стр. 124) има само први од ова два термина (*зајмодавац, zajmodavac*). У савременом законодавству (Закон о облигационим односима) користи се такође термин *зајмодавац*.

За уговорну страну која прима зајам (франц. *l'emprunteur* или *le débiteur*, нем. *der Schuldner*) у језичкој пракси у Црној Гори (и шире) није било посебног назива, па је то причињавало потешкоћу. Зато се Богишић одлучио за то да у једном делу Законика (чл. 258–264) уговорне стране означи општијим терминима (који се користе за све врсте дуговинских односа) *дужитељ* и *дужник*. У другом делу Законика, где се дефинише сâм уговор о зајму (члан 875), определио се пак за специфичан црногорски термин *рукодавалац* (уговорна страна која даје зајам) и за тер-

²¹ *Боџишић 1986*, 124. На крају другог читања нацрта Законика Одбор је констатовао да је реч *рукогаће* средњег рода; видети *Бојовић 1992*, 187.

²² *Боџишић 1984*, 433.

²³ *Медаковић 2001 [1860]*, 145.

мин *узајмилац* (уговорна страна која узима зајам), за који ипак закључује да није „згодно” употребљен.²⁴ Међутим, термин *узајмилац* користи (уз дублет *зајмојримац*) и Грађански законик Србије (§ 596) док се *Правно-јолијичка терминологија за аусџријске словенске језике* (стр. 453) задовољава општијим термином *дужник, дужник*. Савремено законодавство користи термин *зајмојримац*.

IX. *сџарајџелсџиво* [чл. 653–655, 660, 670–672. ОИЗ ЦГ], *сџарајџел* [чл. 644–646, 648, 653, 664, 960, 961. ОИЗ ЦГ], *сџарајџелка* [члан 961. ОИЗ ЦГ], *шџићеник* [чл. 673, 960, 962. ОИЗ ЦГ] *имовинска својевласџи* [чл. 501–510, 636–642, 953, 957. ОИЗ ЦГ], *својевласџан* или *јуновласџан човјек* [члан 481. и наслов испред члана 636. ОИЗ ЦГ]

Приликом првог читања нацрта Законика Одбор је предложио да се првобитни термини *наџзор* и *наџзорба* замене термином *сџарајџелсџиво* (лат. *tutela, cura*, франц. *la tutelle, la curatelle*, нем. *die Vormundschaft, die Curatel*), а да у значењу и „тутор” и „куратор” остане иста реч: *сџарајџел* (лат. *tutor, curator*, франц. *le tuteur, le subrogé tuteur, le curateur*, нем. *der Vormund, der Mitvormund, der Curator*).²⁵

Правно-јолијичка терминологија за аусџријске словенске језике користи термине: *шџујџорсџиво; tutorstvo, zakrilstvo*, као и *шџујџор; tutor, zakrilnik*. Савремено законодавство (Породични закон Републике Србије) користи термине *сџарајџелсџиво* и *сџаралац*.

У свом писму К. Војновићу²⁶ Богишић каже да је термин *шџићеник* његова „формација” и да се односи на појам *pipilus*. За овај појам Закон о старатељству Краљевине Србије имао је термин *сџараник*. Савремено законодавство (Породични закон Републике Србије и Породични закон Републике Црне Горе) такође користе термин *шџићеник*. И за термине *имовинска својевласџи* (франц. *la capacité*, нем. *die Handlungsfähigkeit*) и *својевласџан* [човјек], чији је дублет *јуновласџан човјек*, Богишић каже да представљају његову творевину. У савременом законодавству (Закон о облигационим односима) за ове правне појмове кори-

²⁴ Богишић 1986, 127.

²⁵ Бојовић 1992, 74.

²⁶ Марџиновић 1958, 202, 203.

сти се термини *йословна сйособносй* и *йословно сйособно лише* док их Грађански законик Србије (§§ 38, 39, 533, 920) дефинише описно.

Х. *сйвар* [чл. 159, 237, 258, 526, 542, 808–810, 839, 875, 932. ОИЗ ЦГ], *суврсйа сйвар* [чл. 159, 237, 258, 526, 542, 810, 839, 875, 932. ОИЗ ЦГ], *йварна сйвар* [члан 871. ОИЗ ЦГ], *главна сйвар* [члан 808. ОИЗ ЦГ], *уззредна сйвар или уззредиша* [чл. 808, 809. ОИЗ ЦГ], *йриложје сйвари* [чл. 95, 809. ОИЗ ЦГ], *йприродни йлодови* [чл. 22, 23, 93, 158, 163, 165, 178, 184, 188, 239, 670, 707, 823, 864, 878, 884. ОИЗ ЦГ], *рог* [чл. 113, 303, 305, 308, 309, 311, 312. ОИЗ ЦГ], *йриша* [чл. 313, 315, 317, 321, 323, 442. ОИЗ ЦГ], *гоходши* [чл. 106, 158, 162, 165, 167, 184, 823. ОИЗ ЦГ], *йриходи* [чл. 628, 744, 968. ОИЗ ЦГ], *йрид* или *йрирасй* [чл. 229, 383. ОИЗ ЦГ], *йреокрейа сйвари* [чл. 68, 69. ОИЗ ЦГ], *йреокрейач* [члан 68. ОИЗ ЦГ]

Појам *сйвар* (лат. *res*) представља један од темељних института грађанског права, а непосредан је објекат тзв. *сйварних йправа*.²⁷ Отуда именовање свих појмова у вези са појмом *сйвар* има системски карактер. Терминологија Општега имовинског законика у тој сфери прилично је специфична, а записници с читања нацрта Законика сведоче о напору да се проберу термини који би ваљано изразили хијерархију појмова у области стварних права и уједно били разумљиви корисницима Законика. И Богишић је коментарисао неке од одабраних термина. Зато се ваља осврнути на кључне појмове везане за појам *сйвар* да би биле разумљиве разлике међу појединим предложеним и прихваћеним решењима у Законику. При том треба имати у виду упозорење наших правника цивилиста да је терминологија у овој области „неуједначена како у упоредном законодавству тако и у правној теорији”.²⁸

У свом писму К. Војновићу Богишић наглашава да је термин суврсте *сйвари* (лат. *rei fungibiles*) његова творевина, уз напомену да би облик *суврсйне сйвари* био погрешан.²⁹ У савременом законодавству (Закон о облигационим односима) користи се термин *заменљиве сйвари*. Законик користи и термин *йварна сйвар* (лат. *res corporalis*, франц. *la chose corporelle*,

²⁷ О томе видети више у *Лексикон грађанског йправа 1996*, 687, 690, 692.

²⁸ *Сйанковић–Орлић 1999*, 9.

²⁹ *Марйиновић 1958*, 203.

нем. *die körperliche Sache*), а за исти појам Грађански законик Србије користи термин *тјелесна ствар*, као и *Правно-џолићичка термилозија за аустријске словенске језике* (стр. 304): *тјелесне ствари, тјелесне ствари*. Поводом овог института Одбор је приликом првог читања нацрта Законика закључио да је „*тјелесно* ријеч двосмислена и треба ју изоставити”, те да „*тјелесно* је само човечије *тјелесно*”.³⁰ То су били разлози да се уместо термина *тјелесна ствар*, која се већ користила у законодавству, уведе термин *тварна ствар*. Лексема *тјелесна* регистрована је као *славенизам* у Његошевом језику. Грађански законик Србије (§ 184) користи термин *тјелесна ствар* (као и термин *бестјелесна ствар*), а има га *Правно-џолићичка термилозија за аустријске словенске језике* (стр. 304): *тјелесне ствари, тјелесне ствари*. Савремена правна теорија користи термине *тјелесна ствар* и *бестјелесна ствар*.³¹

Говорећи о стварима у имовини, Општи имовински законик дели ствари према различитим критеријумима, а за објашњење термилошких проблема најважнија је подела ствари на *главне* и *узредне*. Термин *главна ствар* (лат. *res principalis*, франц. *la chose principale*, нем. *die Hauptsache*) користи се и у Грађанском законнику Србије (§ 189) и у *Правно-џолићичкој термилозији за аустријске словенске језике* (стр. 273). Општи имовински законик (члан 808) дефинише *главну* и *споредну ствар* на следећи начин: „*Главна* је ствар она која може самостално опстајати, и сама по себи служити послу за који је одређена; напротив *узредна* је ствар или узредица она која је одређена да служи другој, главној ствари, или да допуња службу којој је главна намењена.” Савремена правна теорија појам *узредна ствар* из Општега имовинског законика идентификује с појмом *споредна ствар*, али сматра да је тај појам обухваћен ширим појмом (и општеприхваћеним термином) *припадак*, који се овако дефинише: „*Припадак* је покретна ствар која служи за употребу друге ствари (главне ствари) према њеној намени, под условом да је с њом у таквој стварној вези која одговара том циљу.”³²

Општи имовински Законик не користи пак термин *припадак* већ *приложје*, који се односи не само на *узредну ствар* (уз-

³⁰ Бојовић 1992, 74.

³¹ Видети *Лексикон грађанског права* 1996, 51, 687.

³² Видети *Спанковић–Орлић* 1999, 9–12.

зредуци) него уопште на све „што јој се дода или прида, па потекло то из ње саме или дошло изван ње”.

Тако појам *приложје* из Законика обухвата и појмове *илодови сивари*, који се према устаљеном критеријуму деле на *природне* (лат. *fructus naturales*) и *грађанске* (*fructus civiles*). Богишић каже да је термин *илог* (*илогови*) у смислу *fructus naturales* веома распрострањен у приморским крајевима, али да је мало коришћен у „загорским крајевима”. Запазио је да Црној Гори тај термин није непознат, с тим што је од њега распрострањенији термин *рог* (који се користи и у Грбаљском законнику, док у статутима неких других приморских општина овај термин означава само „братство” [*gens*]).³³ Уврстио је обе речи у Законик за означавање *fructus naturales*, док је за означавање *fructus civiles* у Законнику коришћен термин *гоходак/гоходии* (јавља се и у Његошевом језику, Пољичком статуту и неким другим статутима приморских градова и општина на народном језику). У савременом праву пак за *fructus civiles* користи се термин *приходи* (*производи сивари*).³⁴ И Законик има термин *приход*, али га употребљава у најширем значењу: за означавање стицања било какве вредности (новчане и неновчане) којом се увећава имовина. С тим термином Богишић се сусретао у току анкете у Црној Гори 1873. године,³⁵ а он постоји и у статутима неких приморских градова и општина.

Једну врсту *природних илодова сивари* представља повећање броја грла стоке природним размножавањем, за шта је Богишић узео реч *прииаша*. За њу Богишић каже да је „врло обична” у Црној Гори,³⁶ а уједно скреће пажњу на њено другачије значење које је Вук забележио: „онај дио животиње, који се не продаје”. Грађански законик Србије (§ 260) користи пак термин *прилог од живоишња*.

Приликом другог читања нацрта Законика Одбор је констатовао да исто значење као реч *прииаша* има и реч *прид*,³⁷ али да се употреба речи *прид* може проширити „и на другу ствар”.³⁸ Тако се у Законнику *прид* користи као дублет термина *прираси*.

³³ Богишић 1986, 126.

³⁴ Видети Сиванковић–Орлић 1999, 12–13.

³⁵ Богишић 1984, 438.

³⁶ Богишић 1986, 126.

³⁷ Бојовић 1992, 117.

³⁸ Бојовић 1992, 108.

Грађански законик Србије (§ 186, 258–254, 638) и савремена правна теорија тај институт називају *иприрашињај* (лат. *accessio*, нем. *der Zuwachs*).³⁹ *Правно-иприрашињска термиолошка термиолошка за аустријске словенске језике* (стр. 680) *иприрашињај* назива *умножење, умноженје*. А институт *иприрашињаја* означава спајање ствари, односно вредности (материјал и рад) што припадају разним власницима између којих не постоји уговорни однос.⁴⁰

Прирашињај је дакле један од начина стицања својине. Постоји неколико врста *иприрашињаја*, од којих се једна врста у савременој правној теорији назива *иперага* (лат. *specificatio*, франц. *spécification*, нем. *die Verarbeitung* или *Umgestaltung des fremden Stoffes*). Грађански законик Србије (§ 269) има термин *иперага иуђе сивари*, а Општи имовински законик *ипреокреињај сивари*. Приликом првог читања нацрта Законика констатовано је да је „ријеч *ипреокреињај* од глагола преокренути”, те да се „преокренути може и ствар израђена”, а да се „онај који преокреће зове преокретач”.⁴¹ У завршници другог читања нацрта Законика закључено је да остаје термин *ипреокреињај* „јер се не може ништа боље наћи”.⁴² У свом писму К. Војиновићу Богишић каже да је од „народног глагола” преокренути „посве законито направио преокретај”, али да се смисао овога термина јасно види из формулације у Законнику (члан 68): „Ко радом својим преокрене...”.⁴³ Законик је усвојио и термин *ипреокреинач* (лат. *specificator*), коме у Грађанском законнику Србије одговара термин *иперадилац* или *иперађач*.

XI. *суг* [чл. 7, 8, 17, 19–21, 28, 647, 653, 795–797, 897, 903, 932, 949, 950, 963, 973, 976, 977, 986, 1112. ОИЗ ЦГ], *сугац* [чл. 722, 781, 782, 821, 834, 923, 925. ОИЗ ЦГ], *судска ипресуда / ипресуда суда* [чл. 26, 65, 145, 198, 634, 742, 795–797, 841, 871. ОИЗ ЦГ], *осуда* [члан 220. ОИЗ ЦГ]

За термин *суг* (нем. *das Gericht*), који је доследно употребљен у Законнику, Богишић у свом чланку о стручним изразима у

³⁹ Уп. *Лексикон грађанског права 1996*, 582. Важећи Закон о основним својинскоправним односима (чл. 22–26) овај институт дефинише описно.

⁴⁰ Уп. *Лексикон грађанског права 1996*, 583.

⁴¹ *Бојовић 1992*, 85.

⁴² *Бојовић 1992*, 187.

⁴³ *Марјиновић 1958*, 203.

законима⁴⁴ каже да је то општесловенска реч, која је жива у свим словенским језицима (код Бугара *сџ*, код Словенаца *sod*, код Руса *судџ*, код Чеха *soud*, код Пољака *sad*). *Правно-џолиџичка џерминолоџија за аусџријске словенске језике* (стр. 240) за немачки термин *das Gericht* утврдила је термин *sodnija*.

Термин *судџиџиџе*, који је обновљен у Далмацији у Божишићево време за означавање окружног суда као више инстанце, није употребљен у Општем имовинском законуку јер се то значење косило са значењем које су му придавали у Црној Гори. Када би ко у Црној Гори онога времена био незадовољан одлукама суда, рекао би: „Ово није суд него судиште!” То значи да тај суд својом неправедношћу подсећа на место где су развалине, остаци правога суда, те се наставак *-џиџиџе* додаје на основну реч исто као и код речи *куџиџиџиџе*, *каџиџуниџиџиџе* и сл. Поред тога, истиче Божишић, Вук реч *судџиџиџиџе* наводи са значењем *судбина* = *fortuna*, па је и то било разлог више да се одустане од употребе облика *судџиџиџиџе* и поред начелне тежње кодификатора да специфицира сродне термине.

Међутим, Божишић није коментарисао реч *судаи* (нем. *der Richter*), која је такође доследно употребљена у Законику. Иако се током анкете у Црној Гори сусретао с термином *судџија*,⁴⁵ дао је предност облику *судаи*, који се употребљавао у Приморју, чему се није противио ни Одбор приликом читања нацрта Законака. Термин *судаи* налази се у Пољичком статуту и у неким другим статутима приморских градова и општина на народном језику. У законодавству Кнежевине / Краљевине Србије био је устаљен термин *судџија*.⁴⁶ *Правно-џолиџичка џерминолоџија за аусџријске словенске језике* (стр. 433) и за српску и за хрватску страну утврђује оба облика: *судџија*, *судаи*; *sudac*, *sudija* (према редоследу навођења ових термина рекло би се да је предност дата ипак првоименованом термину: *судџија* за српску страну, а *sudac* за хрватску страну; то се касније усталило у језичком стандарду Срба и Хрвата).

Основну одлуку суда Општи имовински законик означава термином *судска џресуда* или *џресуда суда* (нем. *das Urteil*), а у једном случају и *осуа*. У Грбаљском законуку јавља се термин

⁴⁴ Божишић 1986, 127.

⁴⁵ Божишић 1984, 440.

⁴⁶ Речник закона 1856, 482.

ѝресуда, а у Пољичком статуту и неким другим статутима приморских градова и општина на народном језику користи се термин *осуа*. Законодавство Кнежевине / Краљевине Србије има термин *ѝресуда*,⁴⁷ као и *Правно-ѝолийичка ѝерминолоѝија за аусѝријске словенске језике* (стр. 544), а користи га и савремено Законодавство (Закон о парничном поступку, Закон о кривичном поступку).

ХП. *суѝона* [чл. 442–445, 892. ОИЗ ЦГ], *суѝоник* / *суѝониши* [чл. 442–445. ОИЗ ЦГ], *орба* [члан 327. првог издања ОИЗ ЦГ], *орање* [члан 446. ОИЗ ЦГ]

Називе *суѝона* и *суѝоник* Богишић је сретао током анкете у Црној Гори 1873. године⁴⁸ и за њих каже да су „чисто црногорске”.⁴⁹ Етнографи су их забележили и касније у Кучима.⁵⁰ Приликом првог читања нацрта Законика Одбор је констатовао да у Законнику не треба употребити реч *суѝонишиѝво* него *суѝона*, „која је љепша”.⁵¹ Такође је констатовао да се у истом значењу чује, али знатно ређе, и реч *суѝаша*.

Супона означава врсту уговора коју је Законик дефинисао на следећи начин: „Супона је, кад неколико кућа своју животињу или дио ње измијешају, па раздијеливши је на струке (млад, овце, козе, волове, итд.) свакој струци поставе по пастира, те их све уједно отпреме на пашу, гдје сав гној од помијешане стоке бива за супоничку заједницу.” Члан супоничке заједнице назива се *суѝоник*.

Богишић је процењивао да је изван Црне Горе овај уговор веома редак, те да стога његовог назива нема ни код Вука, мада он наводи реч *суѝојник* у другачијем значењу. Иначе, Богишић сматра да етимологију речи супона није тешко објаснити, да је она у почетку имала облик *сѝона*, а проширени лик *суѝона* настао је као и дублети: *свијесѝи*; *савјесѝи*; *свијейѝи*; *савјейѝи* и сл.⁵²

⁴⁷ *Речник закона 1856*, 337.

⁴⁸ *Боѝишић 1984*, 440.

⁴⁹ *Богишић 1986*, 128.

⁵⁰ *Ердељановић 1981*, 322.

⁵¹ *Бојовић 1992*, 126.

⁵² *Боѝишић 1986*, 128.

Приликом другог читања нацрта Законика закључено је да се првобитно предложени термин *орба* замени речју *орање*.⁵³ Ово питање остало је међутим отворено до краја читања нацрта Законика, када је Одбор констатовао да „*орба* није баш разумљиво, али као неко скупно вријеме орања боље је него *орање*”.⁵⁴ Тако је у првом издању Законика остао термин *орба*, али је у другом издању Законика замењен термином *орање*.

ХШ. *увјетӣ* [чл. 25, 27, 48, 53, 54, 64, 120, 190, 207, 338, 339, 668, 705, 722, 723, 726, 737, 753, 775, 833, 895, 973. ОИЗ ЦГ], *услов* [чл. 566–569, 597, 939–942. ОИЗ ЦГ], *условни уговор* [члан 939. ОИЗ ЦГ], *одложни услов* [чл. 568, 940. ОИЗ ЦГ], *разрјешни услов* [чл. 569, 940. ОИЗ ЦГ], *увјетӣ* [чл. 25, 27, 48, 53, 54, 64, 120, 190, 207, 338, 339, 668, 705, 722, 723, 726, 737, 753, 775, 833, 895, 973. ОИЗ ЦГ]

Термини *услов* и *увјетӣ* у Законнику нису употребљени као прави синоними. Порекло оба термина Богишић је добро познавао и осврнуо се на то у писму К. Војновићу⁵⁵ и у свом чланку.⁵⁶

Приликом књажевог и Богишићевог читања нацрта Законика констатовано је да се „*увјетӣ* више мили него *услов*”.⁵⁷ У свом писму Кости Војновићу Богишић каже да су термин *услов* „употребљавали правници у Србији”, а да се *увјетӣ* „у народу говори, барем у Дубровнику [...] али да у Црној Гори није ријеч много позната”. Богишић у свом чланку за реч *увјетӣ* каже да има доста честе потврде у старим списима (при том се позива на „Даничићев рјечник” [заправо *Рјечник ЈАЗУ*]), те да је у Приморју и даље жива њена употреба, али да је у другим крајевима „наумила сасвим ишчезнути из живог језика”. За *услов* пак каже да нам је доспела преко руских књига, и то „не тако давно”, док Вуков речник не региструје ни једну ни другу реч. Треба приметити да је и Његош користио лексему *условије* (која је означена као славенизам), али не и *увјетӣ*.

Ипак, Богишић је искористио оба ова термина и дистрибуирао је њихову употребу. Термином *услов* означио је посебан елемент уговора (лат. *conditio*, франц. *la condition*, нем. *Bedingung*)

⁵³ Бојовић 1992, 174.

⁵⁴ Бојовић 1992, 187.

⁵⁵ Марџиновић 1958, 203.

⁵⁶ Боџишић 1986, 130.

⁵⁷ Бојовић 1992, 180.

који се може предвидети при закључивању. Отуда се такав уговор у Законику назива *условни уговор*. За атрибут одложни код термина *одложни услов* Богишић каже да је настао „под упливом руштине”, а да је термин *разрјешни услов* његова творевина.⁵⁸ У завршници другог читања нацрта Законика Одбор је закључио „да се разумије *разрјешни*”.⁵⁹ За случајеве општег карактера (како сâм каже: „у смислу *Bedingnis*”), који су и знатно чешћи у Законику, користио је термин *увјет*, као у примерима *и сви друѓи увјетѝ њод којима се добро усѝуѝа; њод увјетѝма који се излажу у чланицама 24 и 828*.

У оба значења Грађански законик Србије (§ 474, 546) користи термин *услов*, као и савремено законодавство (Закон о облигационим односима). *Правно-ѝолиѝичка ѝерминолоѝија за аустријске словенске језике* (стр. 62) има термин *увјет*, *увјет*.

XIV. *уговор* [чл. 494–569, 905–908. ОИЗ ЦГ], *ѝоѝодба* [чл. 173, 181, 214, 225, 251, 253, 288, 428, 775, 905, 928. ОИЗ ЦГ], *добра воља* [члан 343. ОИЗ ЦГ], *воља уѝоворника*, *уговор* [наслов испред члан 518, члан 907. ОИЗ ЦГ], *добра ѝривола или ѝрисијање уѝоворника* [чл. 191, 198, 208, 380, 404, 420, 466, 505, 557, 630, 647, 650, 690, 707, 988. ОИЗ ЦГ], *ѝријетња* [чл. 518, 523, 908, 909. ОИЗ ЦГ], *озбиљно ѝлашење* [чл. 518, 523, 908. ОИЗ ЦГ], *узајамни уговор* [члан 920. ОИЗ ЦГ], *ниѝѝави уговор* [чл. 567, 918. ОИЗ ЦГ], *руѝљиви уговор* [чл. 916, 918. ОИЗ ЦГ]

Богишић у свом чланку⁶⁰ каже да за означавање појма *contractus* (франц. *le contrat*, нем. *der Vertrag*) стоје на располагању две речи из живог народног језика: *уговор* и *ѝоѝодба*. Њему се чинило да је, како сâм истиче, за означавање тако важног формалног акта као што је *contractus*, коме претходе мање-више опсежна преговарања, требало изабрати „свечанију, одређенију и енергичнију реч”. По његовом мишљењу та својства више има реч *уговор* него *ѝоѝодба*. И кодификатор Грађанског законика Србије Јован Хаѝић (с којим се иначе Богишић често није слагао у законодавним решењима) био се претходно одлучио за термин *уговор* (у руском законодавству исти је термин већ био устаљен), па је све то имало утицаја да се и Богишић определи

⁵⁸ Марѝинович 1958, 203.

⁵⁹ Бојовић 1992, 188.

⁶⁰ Боѝишић 1986, 129.

за њега. Треба додати да се лексема *уговор* јавља и у Пољичком статуту и Његошевом језику. Ипак, Богишић није Законик лишио ни термина погодба. Ова реч му је изгледала „доста згодна” за појам *pacca adjecta*, тј. за исказивавање суштине односа у који две стране ступају закључујући један формални акт означен термином *уговор*.

За појам *contractus* Грађански законик Србије (§ 531–560) користи термин *уговор*, као и савремено законодавство (Закон о облигационим односима), док *Правно-џолићичка џермиолоџија за аустријске словенске језике* (стр. 589) користи термин *џоџоба, pogodba*.

Битан услов за настанак уговора јесте *воља уговорникâ*, о којој говори и Општи имовински законик. За појам *саџласносџи воља* (лат. *consensus*, франц. *le consentement*, нем. *die Einwilligung*), без чега нема уговора, Законик користи дублетне термине *џривола* и *џрисџајање уговорника*. У свом писму К. Војновићу Богишић каже да постоји глагол *џриволиџи*, „и то у народној пјесми (цар Лазар приволио небескому цартву), отуда ријеч *џривола*, која је усталом и од прије у литератури била”.⁶¹ Заправо, лексема *џривола* пре Општега имовинског законика јавља се у Стулићевом и Шулековом речнику. За тај појам Грађански законик Србије користи термин *саизвољење* или *џрисџанак уџоварајуће сџране*, а *Правно-џолићичка џермиолоџија за аустријске словенске језике* (стр. 162) има термин *џрисџање, саизвољење; џрисџанје*. Савремено законодавство користи дублете: *саџласносџи воља* и *џрисџанак уџоворних сџрана*.

Околности које ограничавају слободу изражавања воље уговорних страна Општи имовински законик означава терминима *џријеџња* и *озбиљно џлашење*, о којима је расправљао и Одбор приликом првог читања нацрта Законика. Тада је закључено да „мјесто *џријеџња* треба ставити *сџрах* или *засџрашење*, то је резултат *џријеџње*”. Такође је закључено да „ријеч *изнуђење* не би била јасна, него *џринуђењем* треба замијенити *силовањем*, а ријеч *нудии* значи *молиџи*, *изнудии*, *измолиџи*.⁶² На крају другог читања нацрта Законика Одбор је закључио да је „боље казати *сџрашење* него *џлашење*, али уз то нека буде и

⁶¹ Марџиновић 1958, 291.

⁶² Бојовић 1992, 101.

пријетња, која страх рађа”.⁶³ Лексема *пријетња* јавља се и у Његошевом језику. Термин *добра воља* који се на једном месту помиње у Општем имовинском законнику постоји и у Грбаљском законнику.

У вези с недостацима у вољи уговорних страна Одбор је прихватио атрибуте *нишћав* и *рушив*, који се у Законнику користе у двочланим терминима: *нишћави уговор* и *рушљиви уговор* (као и у термину *рушљив дар*). Лексеми *нишћав* Богишић је користио и у свом *Зборнику садашњих правних обичаја у јужних Славена, I*, а коришћена је и касније у литератури: у преводу *Корана* Мића Љубибратића и преводилачким радовима Светислава Вуловића, књижевним делима књаза Николе и Јосипа Косора и у публицистици („Босанска вила, лист за забаву, поуку и књижевност”), а нашла се и у лексичкој збирци из говора Цуца у Црној Гори (сакупио Митар Пешикан).

Предлог да се употреби израз *рушив* настао је приликом књажевог и Богишићевог разматрања нацрта Законика,⁶⁴ а у коначној верзији кодификован је облик *рушљив*. У свом писму К. Војновићу Богишић каже да је термин *рушљиви уговор* његова творевина.⁶⁵ Термин *нишћави уговор* (лат. *nullum [negotium]*) користи се и у савременом законодавству, док је Грађански законик Србије (§ 539) користио нешто развијенију синтагму: *уговор који закон унишћава*.

Богишић је прокоментарисао и термине *узајамни уговор* и *двосџрани уговор*.⁶⁶ За термин *узајамни уговор* (једно време у нацрту Законика фигурирао је термин *обосџрани*)⁶⁷ каже да „није друго до пријевод ријечи *synalagmatikos*, која је примљена и у Француској *synallagmatique*”. А за термин *двосџрани уговор* (*zweiseitig*) пак каже да „никако не ваља јер је сваки уговор двостран; то је управо бесмислица”. У савременом законодавству за институт *узајамноџ уговора* из Општега имовинског законика (франц. *le contrat synallagmatique ou bilatéral*, нем. *zweiseitig verbindlicher Vertrag*) користи се ипак термин *двосџрани уговор*, док га је Грађански законик Србије дефинисао описно.

⁶³ Бојовић 1992, 189.

⁶⁴ Бојовић 1992, 179.

⁶⁵ Марџиновић 1958, 203.

⁶⁶ Марџиновић 1958, 203.

⁶⁷ Бојовић 1992, 177.

XV. *удружење*, или *удру̀га*, или *ор̄ѣаклук*, или *ор̄ѣачина*, или *друш̄ѣво* [чл. 418–441, 885–891. ОИЗ ЦГ], *удруженик* или *дру̀г* [чл. 419–430, 885. ОИЗ ЦГ], *чланови друш̄ѣва* или *дру̀гови* [чл. 726, 738, 739–745, 753. ОИЗ ЦГ], *ѣрос̄ѣо удружење* или *ѣрос̄ѣа удру̀га* [чл. 441–885, 885–891. ОИЗ ЦГ], *ѣековинско удружење* или *ѣековинско друш̄ѣво* [члан 886. ОИЗ ЦГ], *друш̄ѣво на геонѣце (акѣѣе)* [члан 754. ОИЗ ЦГ]

Поред у народном језику одомаћених термина *ор̄ѣаклук* и *ор̄ѣачина* (лат. *societas*, франц. *la société*, нем. *die Gesellschaft*) Општи имовински законик озаконоио је у истом значењу и термине: *удружење*, *удру̀га*, *друш̄ѣво*. Приликом првог читања нацрта Законика Одбор је констатовано да „ријеч *ор̄ѣачина* још треба, али је и *удружење* лијепа и разумљива ријеч”.⁶⁸ Законик разликује *ѣрос̄ѣо удружење* (или *ѣрос̄ѣа удру̀га*) и *ѣековинско удружење*.

За овај институт Грађански законик Србије (§ 751) користи термине *ор̄ѣаклук*, *ор̄ѣачко друш̄ѣво*, а *Правно-ѣолиѣѣичка ѣтерминологѣѣја за аусѣријске словенске језике* (стр. 246) термине: *ор̄ѣачѣво*, *ор̄ѣаклук*; *ор̄ѣачѣво*, *ор̄ѣаклук*. Савремено законодавство (Закон о облигационим односима) у овом значењу користи термин *ор̄ѣаклук*, а термини *удружење* и *друш̄ѣво* у савременом законодавству добили су другачија (шира) значења, која су шира и од значења термина *ѣековинско удружење*, односно *ѣековинско друш̄ѣво*.

Припадника овог облика пословног удруживања (лат. *socius*, франц. *l'associé*, нем. *der Gesellschafter*) Богишић назива: *удруженик* или *дру̀г*, а у множини: *удруженици*, или *удру̀гари*, или *дру̀гови*, или *дружина*. Грађански законик Србије (§ 727–758) има термине *ор̄ѣак*, *ор̄ѣаци*, као и савремено законодавство, док *Правно-ѣолиѣѣичка ѣтерминологѣѣја за аусѣријске словенске језике* (стр. 247) има и *дру̀г* и *ор̄ѣак (drug, ortak)*. Термин *дру̀г* налази се и у Пољичком статуту.

Одбор је, приликом другог читања нацрта Законика, поводом имовине *ѣековинског удружења* расправљао о домаћом еквиваленту за интернационални термин *акѣѣја* и тада је констатовано да је бољи облик *удијониѣа* од *дијониѣа*.⁶⁹ На крају је у Законнику (члан 754) уз термин *акѣѣја* наведен дублет *диониѣа*, а та

⁶⁸ Бојовић 1992, 124.

⁶⁹ Бојовић 1992, 140.

врста друштва означена као *друштво на геонице (акције)*. А београдски професор Андра Ђорђевић, који је о Општем имовинском законуку опширно писао исте године кад је он ступио на снагу, примећује поводом термина *дионица (акција)* да је и у Пољичком статуту употребљен термин *геоница*.⁷⁰ С тим у вези треба ипак приметити да се у Пољичком статуту термин *дионица* користи у односу на земљу (*particula tereni*),⁷¹ што Богишићу и Одбору није сметало да га употребе за означавање другог појма – *акција*.

XVI. *шћеџа* [чл. 541, 923–925. ОИЗ ЦГ], *џросџа шћеџа* [чл. 541, 924. ОИЗ ЦГ], *изџуб добџџа* [члан 923. ОИЗ ЦГ], *џоџџуна шћеџа* [чл. 541, 923, 925. ОИЗ ЦГ], *шћеџник* [члан 572. ОИЗ ЦГ], *ошћеџеник* [члан 600. ОИЗ ЦГ], *неодољива сила* [чл. 367, 392. ОИЗ ЦГ], *омањи немар* [чл. 541, 928. ОИЗ ЦГ], *крајњи немар* (чл. 541, 928. ОИЗ ЦГ), *одвлака* или *доџња* [чл. 543, 545, 546, 548, 922. ОИЗ ЦГ], *одвлачник* [члан 922. ОИЗ ЦГ]

Општи имовински законик (члан 923) дефинисао је институт *шћеџа* „у ширем значењу”, али је истовремено разлучио два облика штете: *џросџа шћеџа* (лат. *damnum emergens*, нем. *ugehender Schaden*) и *изџуб добџџа* (лат. *lucrum cessans*, франц. *le gain*, нем. *abgehender Gewinn*). Истовремено постојање оба ова облика штете Законик назива *џоџџуна шћеџа* (лат. *damnum emergens et lucrum cessans*, франц. *les dommages et intérêts*, нем. *das Interesse*), о чему је расправљано приликом првог читања нацрта Законика.⁷²

Савремено законодавство (Закон о облигационим односима) уместо термина *џросџа шћеџа* има термин *обична шћеџа*, а уместо термина *џоџџуна шћеџа* има термин *укујна шћеџа*. Грађански законик Србије (§ 819) оба ова института дефинише описно.

За термин *изџуб добџџа* Богишић каже у свом писму К. Војновићу да су „обје ријечи народне”, али да их је он први употребио заједно као технички термин за *lucrum cessans*. Као што је речено, приликом првог читања нацрта Законика Одбор је прихватио лексему *изџуб* (а тиме и термин *изџуб добџџа*)⁷³ уз

⁷⁰ Видети Ђорђевић 1986 [1888], 487.

⁷¹ Видети Рјечник к пољичком сџаџџу у: *Lingua croatica conscripta* 1890, 231.

⁷² Бојовић 1992, 120.

⁷³ Бојовић 1992, 112.

напомену да се користи у народу, а и да се среће у Његошевем *Горском вијенцу*. Лексема *иззуб* јавља се такође у делима Ј. Кавачина, С. М. Љубише и народним песмама из Вукових збирки. Грађански законик Србије (§ 819) овај институт назива *иззубљени добийак*, савремено законодавство *измакла користи* или *иззубљена добий*, а *Правно-полицичка терминологија за аустројске словенске језике* (стр. 253) *престијни добийак*, *prestajni dobitak*.

Код института *штеће* Општи имовински законик разликује две стране: *штећника* и *штећеника*. У свом писму К. Војновићу Божић каже да је *штећник* црногорска реч (напомиње и то да се у Дубровнику детету каже да је *штећочина*), а да је термин *штећеник* узео као еквивалент за немачки термин *Beschädigter*.⁷⁴ Лексему *штећник* бележи и Вуков речник (где се напомиње да се јавља у Црној Гори), али се среће и у Пољичком статуту (у форми *штећник*). Грађански законик Србије (§ 817, 825) користи термине *штећивање* и *штећени*, а савремено законодавство термине *штећник* и *штећени*.

Током читања нацрта Законика Одбор је расправљао и о терминима за означавање узрока настанка штете. Прво је констатовано да је прихватљив термин *ризик* (лат. *periculum rei*, франц. *le risque*, нем. *die Gefahr*), док Грађански законик Србије (§ 658) користи термин *опасност*. Закључено је такође да уместо термина *удес* треба узети термин *случај*, па је тако усвојен и термин *случајна штећа*. С тим у вези усвојен је и термин *неодољива сила* (лат. *vis major*, франц. *la force majeure*), који су прописи Краљевине Србије (§ 245а, тачка 2. Закона о грађанском поступку Краљевине Србије) називали *неодољив догађај*. Савремено законодавство за овај институт користи термин *виша сила*.

Приликом првог читања нацрта Законика одлучено је да се усвоји термин *прекомјерни немар* (лат. *culpa lata*, франц. *la faute, lourde*, нем. *das grobe Versehen*),⁷⁵ који је касније преименован у *крупни немар*, да би на предлог књаза Николе био коначно усвојен термин *крајњи немар*.⁷⁶ Термин *крајња немарност* у исто време употребљена је у *Јублициски* („Бршљан, лист за забаву, поуку и књижевност”, Београд, 1885). Овај институт Грађан-

⁷⁴ Мартиновић 1958, 204.

⁷⁵ Бојовић 1992, 104.

⁷⁶ Бојовић 1992, 177.

ски законик Србије (§ 819) назива *крајње небрежење*, а савремено законодавство (Закон о облигационим односима) *крајња нећажња* или *г̃рубa нећажња*.

Генеза дублета *доиња* и *одвлака* (лат. *mora [solvendi vel accipiendi]*, франц. *la démeure*, нем. *die Verzögerung* или *der Verzug*) била је такође нешто дужа. Приликом првог читања нацрта Законика Одбор је констатовао да се за овај институт узме термин *задоињење* или *одоињење*, а Богишић је записао да се њему овај други термин „боље допада”.⁷⁷ Приликом другог читања Законика фигурирао је термин *доиња*, али су чланови Одбора из Црне Горе били мишљења да је од њега бољи израз *задоињење* „јер је свакоме разумљивије”.⁷⁸ И у завршници другог читања Законика расправљало се о алтернативним терминима *задоиња*, *доиња*, *доињење*, *иовлака*, па је „нађено да је најбоље *доиња*, *доинићи*, који *задоињи*”. У свом писму К. Војновићу Богишић каже да је термин *доиња* или *одвлака* сâм сковао, а да у народном језику постоје глаголи *доинићи* и *одвлачићи*, „али субстантива нема, има само одвлачење”. Затим додаје да *одвлачник* долази од *одвлака* и закључује: „Као што је *одвлака* моја формација, коју нијесам сретао ни у законима ни у правника, тако је и *одвлачник*.”⁷⁹ Термин *одвлака* забележили су ипак знатно раније речници: Белостенчев, Јамбрешићев, Хабделићев, Стулићев и Даничићев, а јавља се и у *Monumenta serbica* и књижевним делима: Мирка Боговића (1856), Матије Бана (1891) и Јосипа Драженовића (1901).

За овај институт Грађански законик Србије (§ 823, 889) користи термин *задоињење*, а савремено законодавство термин *доиња*, док се лице коју пада у доцњу дефинише описно.

3. ЗАКЉУЧЦИ

На основу претходне анализе порекла, односно генезе кључних правних термина из инвентара термиолошке лексике Општега имовинског законика могу се извући следећи закључци:

⁷⁷ Бојовић 1992, 104.

⁷⁸ Бојовић 1992, 169.

⁷⁹ Марјиновић 1958, 202, 203.

1. Врло је мало термина из области имовинског права у савременом законодавству који немају упоришта у српском термиолошком наслеђу, односно које није користио неки од три коментарисана правна споменика – Општи имовински законик, Грађански законик Србије и *Правно-џолићичка џтермиолођија за аустријске словенске језике*.

2. У савременом законодавству не среће се више десетак термина који су били коришћени у Општем имовинском законуку, Грађанском законуку Србије и *Правно-џолићичкој џтермиолођији за аустријске словенске језике* (у сва три правна споменика или у неким од њих). То не значи да су ишчезли сви правни институти на које се ти термини односе, као што је случај с терминима (и институтима) *Кућа* или *кућна заједница* и *кућни сџарјешина* или *сџарешина* *Куће* из Општега имовинског законика (њихови су еквиваленти *задружна кућа* или *задруђа* и *сџарешина куће* или *сџарешина задруђе* из Грађанског законика Србије). За преостале правне институте из ове групе у савременом законодавству користе се: а) или потпуно другачији термини: уместо *блађонаравље* или *блађонаравије* – термин *морал*; уместо *џријамник* или *џријамник џрава* – термин *џравни следбеник*; уместо *куџовина на џочек* – термин *џродаја са оброчним оџџлаџама цене*; уместо *исџис* или *исџисање* код хипотеке – термин *брисање хџџџеке*; б) или структурално слични термини: уместо *џромјена/џромена* – термин *размена*; уместо *закуџник* – термин *закуџаи*; в) или уместо раније коришћених термина (*давалаи у наруч* и *узималаи у наруч* из Општега имовинског законика; *џосџодар сџвари даџе у наруч* и *џослужџџримаи* из Грађанског законика Србије; *узималаи у џосуду*, *џосудовник*, *џосудовник*, *џко шџџ* узима у наруч из *Правно-џолићичке џтермиолођије за аустријске словенске језике*) – савремени пропис описно дефинише дати појам.

3. Постоји тридесетак термина који су заједнички савременом законодавству и Општем имовинском законуку, а нема их у Грађанском Законуку Србије и *Правно-џолићичкој џтермиолођији за аустријске словенске језике*, па се основано се може претпоставити да су то оригинални термини Општега имовинског законика који су продрли у савремено законодавство. То су термини:

савр. *нишџави уђовор* (ЗОО); *нишџави уђовор* [чл. 567, 918. ОИЗ ЦГ];

савр. *ѵрилоѳ уѳовору* (ЗОО); *ѵриложје к уѳовору* [члан 936. ОИЗ ЦГ];

савр. *рушљивосѳи уѳовора* (ЗОО); *рушљивосѳи уѳовора* [члан 916. ОИЗ ЦГ];

савр. *рушљиви уѳовор* (ЗОО); *рушљиви уѳовор* [чл. 916, 918. ОИЗ ЦГ];

савр. *заблуда* (ЗОО); *заблуда* или *ѳоѳрешка* [чл. 521, 911, 912, 945. ОИЗ ЦГ];

савр. *ѵриѳовор* (ЗОО); *ѵриѳовор* [члан 285. ОИЗ ЦГ];

савр. *ризик* (ЗОО); *ризик* [чл. 543, 932. ОИЗ ЦГ];

савр. *доиња* (ЗОО); *одвлака* или *доиња* [чл. 543, 545, 546, 548, 922. ОИЗ ЦГ];

савр. *ѵрейња* (ЗОО); *ѵријеѳиња* [чл. 518, 523, 908, 909. ОИЗ ЦГ];

савр. *одложни услов* (ЗОО); *одложни услов* [чл. 568, 940. ОИЗ ЦГ];

савр. *случај* (ЗОО); *случај* [члан 931. ОИЗ ЦГ];

савр. *ѳодзакуѳи* (ЗОО); *ѵренајам* или *ѳодзакуѳи* [чл. 285, 878. ОИЗ ЦГ];

савр. *накнада*, *најамнина* (ЗОО); *најмовина* [члан 276. ОИЗ ЦГ];

савр. *ѵребијање ѳоѳраживања (комѳензација)* (ЗОО); *ѵребијање дуѳа* [чл. 385, 615–619, 949. ОИЗ ЦГ];

савр. *сједињење обавеза (конфузија)* (ЗОО); *слијевање* или *сједињење дуѳа* [чл. 620, 860. ОИЗ ЦГ];

савр. *задужбина (ЗЗФФС)*; *заклада* или *ѳрајна задужбина* [чл. 755–760, 763–766. ОИЗ ЦГ];

савр. *добии, добииак* (ЗОО); *добииак* [чл. 688, 726, 745, 891, 924. ОИЗ ЦГ];

савр. *ѳиѳеѳник* (ЗОО); *ѳиѳеѳник* [члан 572. ОИЗ ЦГ];

савр. *сѳаратељсѳиво* (ПЗС); *сѳаратељсѳиво* [чл. 653–655, 660, 670–672. ОИЗ ЦГ];

савр. *сѳаралаи* (ПЗС); *сѳаратељ* [чл. 644–646, 648, 653, 664, 960, 961. ОИЗ ЦГ];

савр. *ѳиѳиѳеник* (ПЗС; ПЗЦГ); *ѳиѳиѳеник* [чл. 673, 960, 962. ОИЗ ЦГ];

савр. *нейокрејино добро, нейокрејиносӣ, некрејнина* (ЗОСПО); *нейокрејино добро* [чл. 56, 57. ОИЗ ЦГ];

савр. *йовласно добро* (ЗОСПО); *йовласно добро* [члан 853. ОИЗ ЦГ];

савр. *йослужно добро* (ЗОСПО); *йослужно добро* [члан 853. ОИЗ ЦГ];

савр. *давалац залoге* (ЗОО); *давалац залoге* [члан 179. ОИЗ ЦГ];

савр. *йраво йрече куйовине* (ЗОО); *йраво йрече куйње* [чл. 49–52, 57, 58, 60, 64, 107, 254–256. ОИЗ ЦГ];

савр. *йржишина цена и йекућа цена* (ЗОО); *йржна (йазарска) цијена* [члан 223. ОИЗ ЦГ];

савр. *зубийник ојкладе* (ЗИС); *зубийник оклада* [члан 476. ОИЗ ЦГ];

савр. *добийник ојкладе* (ЗИС); *добийник оклада* [члан 476. ОИЗ ЦГ];

савр. *обезбеђење дуға* (ЗОО); = *обезбједа (сизурносй) дуға* [чл. 174, 864. ОИЗ ЦГ].

4. У савременом законодавству постоји мања група термина којих је било или у Грађанском законнику Србије или у *Правно-йолийичкој йтермиолозији за аусйријске словенске језике* (или пак у оба ова правна споменика) – а нема их у Општем имовинском законнику. Уместо тих термина Општи имовински законик користио је као еквиваленте за те правне институте следеће термине: *засйава, рукодавалац, йовјереник, йрезалоға, већинак* (или *добий*), *давалац у закуй, намјењеник* или *наречени йримац, осйавилац* или *давалац на осйаву, хранилац сйвари, за-йрјейта расйолағања имовином*. То су такође оригинални термини Општега имовинског законика, којима треба додати и дублете из Законика: *йренајам, задавак, рукодаће, влашийина, држина, куйовина на обид, зло лукавсйво, дружина, дружински йослови, йривола* и др. Чињеница да се ти термини не користе у савременом законодавству – а нису се користили ни у Грађанском законнику Србије ни у *Правно-йолийичкој йтермиолозији за аусйријске словенске језике* – говори о њиховој слабој виталности у правној пракси. Како нису надживели Општи имовински законик, постали су *йтермиолошки истйоризми*.

Цитирана литература
са скраћеним ознакама библиографских јединица

Богишић 1967

Валтазар Богишић, *Мејод и сисџем кодификације имовинског љрава у Црној Гори* [приредио Томица Никчевић, серија САНУ *Посебна издања*, књ. CDIX], Београд, 1967.

Богишић 1984

Валтазар Богишић, *Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији (Анкеџа из 1873. з.)* [приредио Томица Никчевић, серија ЦАНУ *Историјски извори*, књ. 2], Титоград, 1984.

Богишић 1986

Валтазар Богишић, *Изабрана дела и Ојшиџи имовински законик за Црну Гору* [приредила Јелена Даниловић, серија *Класици јуџословенског љрава* у издању НИУ Службени лист СФРЈ], Београд, 1986.

Богишић 1998

Валтазар Богишић, *Ојшиџи имовински законик за Књажевину Црну Гору и изабрана гјела* [приредила Јелена Даниловић], Подгорица–Београд, 1998.

Бојовић 1992

Јован Р. Бојовић, *Усвајање џексџа Ојшиџеџ имовинског законика за Књажевину Црну Гору*, Подгорица, 1992.

Ђорђевић 1986 [1888]

Андрa Ђорђевић, *Преџлед љравних џермина коришићених у Ојшиџем имовинском законикy* [у:] Валтазар Богишић, *Изабрана дела и Ојшиџи имовински законик*, Београд, 1986, 487–500.

Ердељановић 1981

Јован Ердељановић, *Кучи, Брајџоножићи, Пиџери*, Београд 1981.

Лексикон џрађанског љрава 1996

Лексикон џрађанског љрава: ојшиџи гео џрађанског љрава, сџварно љраво, облиџационо љраво, наследно љраво, џородно љраво, ауџорско љраво, љраво индустријске својине, лично љраво, џрађанско-џроцесно љраво [главни уредник Обрен Станковић, издавач Номос], Београд, 1996.

Лексикон облиџационог љрава 2001

Илија Бабић, *Лексикон облиџационог љрава*, Београд, 2001.

Lingua croatica conscripta 1890

Линџуа проаџиџа ионсириџиџа, хрвайџски џисани закони: винодолски, џољички, врбански а донекле и свеџа крчкоџа оџока, касџавски, веџриначки и џирсаџски, Загреб, 1890.

Луковић 2003

Милош Луковић, *Исџираживања Валџазара Боџиџиџа џлеменскоџ друџиџива у Црној Гори, Херцеговини и Албаниџи, „Балцаница”, ЦЦЦИВ/2003 Београд, 2004, 237–265.*

Луковић 2004

Милош Луковић, *Језичко обликовање Оџиџеџа имовинскоџ законика, Архив за џравне и друџиџивене науке, бр. 3–4, Београд, 2004, 241–288.*

Марџиновић 1958

Нико С. Марџиновић, *Валџазар Боџиџиџ. I. Исџориџа кодификаџиџе црноџорскоџ имовинскоџ џрава, Цетиње, 1958.*

Медаковић 2001[1860]

Милорад М. Медаковић, *Живоџ и обичаџи Црноџораџа, Београд, 2001[1860].*

Речник закона 1856

Ђорђе Петровић, *РНчникъ закона’, уредба’, и уредбены џроџиџса’ изданы у Княжесџиву Србиџ одџ 1827. до џоловине 1854. џод., Београд, 1856.*

Речник Њеџошева језика

Речник језика Пеџира II Пеџировиџа Њеџоша, I–II [израдили Михаило Стевановић и сарадници], Београд–Титоград–Цетиње, 1983.

Сџанковић–Орлић 1999

Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сџварно џраво, Београд, 1999.*

Термиолоџиџа 1853

Terminologie für die slavischen Sprachen Oesterreichs. Deutsch-kroatische, serbische und slovenische Separat-Ausgabe, Wien, 1853.

СУДСКЕ ОДЛУКЕ

ГРАЂАНСКО ПРАВО

ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО

УГОВОРНО ПРАВО

1.

Послодавац који је толерисао праксу својих радника која је била противна принципима не може се ослободити одговорности за штету коју радник претрпи неправомерно се понашајући, али радник који је својим неправилним понашањем допринео сопственом повређивању има право само на сразмерно умањену накнаду.

Из образложења:

Пресудом Другог општинског суда у Београду П. 1. 252/03 и П. 1. бр. 436/01 од 12. 9. 2003. године, ставом првим изреке делимично је усвојен тужбени захтев и обавезан тужени да тужиоцу исплати нематеријалну штету и то на име претрпљених физичких болова 100.000,00 динара, претрпљеног страха 100.000,00 динара, умањења животне активности 300.000,00 динара и наружености 200.000,00 динара, укупно 700.000,00 динара са законском затезном каматом почев од дана доношења пресуде до исплате у року од 15 дана. Ставом другим изреке, одбијен је тужбени захтев тужиоца преко досуђених а до тражених износа, ближе означених у том ставу изреке. Ставом трећим изреке, констатовано је да је тужба повучена у делу захтева који се односи на накнаду материјалне штете ближе означене у том ставу изреке, и ставом четвртим изреке, обавезан тужени да тужиоцу накнади трошкове парничног поступка.

Окружни суд у Београду пресудом Гж. 1. 406/04 од 25. 2. 2004. године, преиначио је првостепену пресуду у ставу један изреке тако што је одбио тужбени захтев којим је тужилац тражио да се обавезе тужени да му накнади нематеријалну штету за претрпљене физичке болове, страх, умањење животне активности и наруженост са законском затезном каматом од доношења првостепене пресуде до исплате.

Против правоснажне пресуде донете у другом степену благовремено је изјавио ревизију тужилац побијајући је због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Испитујући правилност побијане пресуде у оквиру овлашћења из члана 386. ЗПП у границама разлога наведених у ревизији а пазећи по службеној дужности на битну повреду одредаба парничног поступка из члана 354. став 2. тачка 11. ЗПП и на правилну примену материјалног права, Врховни суд је нашао да је тужиочева ревизија основана.

Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је био радник туженог на неодређено време на радном месту маневристе. Дана 19. 3. 1993. године у јутарњим часовима у 6.35 часова тужилац је претрпео повреду на раду на тај начин што је при уласку воза 2600 на десети колосек покушао да ускочи на степенице вагона у чему није успео већ је пао ногама на шине, Том приликом точкови вагона су прешли преко обе његове ноге. Тужилац је задобио тешке телесне повреде, губитак десне ноге високо изнад колена и леве ноге испод колена, које су ампутиране. Руководилац маневра, саслушани сведок Ђулбија Ђелман, напустио је посао тог дана пре тужиочевог повређивања а другог руководиоца задуженог за вођење послова маневрисања није било. Тужиочев задатак је био да сачека воз, откачи воз и испусти ваздух, извуче три вагона и врати их на перон пошто је воз требало да крене у 7,05 ујутру. У време тужиочевог повређивања видљивост је била добра, воз који је улазио у станицу имао је статус воза а не маневарског стања. Тужилац је био обучен за послове маневристе и био је упознат са прописима и актима из области заштите на раду, мерилима и средствима заштите и мерилима личне сигурности на раду као и са условима рада, техничким и технолошким карактеристикама средстава за рад и пословима и задацима на радном месту маневристе.

На основу овако утврђеног чињеничног стања, првостепени суд закључује да је тужбени захтев тужиоца делимично основан јер је тужилац својим радњама допринео настанку штетног догађаја пошто се понашао на начин који није дозвољен, ускакао је у воз иако је свим прописима то забрањено, али истовремено закључио да је тужени знао да маневристи на недозвољен начин приступају пословима маневрисања, ускачу у воз приликом његовог кретања што угрожава сигурност оних који раде. Из таквог понашања првостепени суд је закључио да тужилац није поступао по правилима струке, а да је тужени толерисао такво понашање тужиоца и осталих радника који су радили на пословима маневриста јер је имао сазнање да се такр ради и да је допринос тужиоца и туженог подједнак (50% према 50%), због чега је делимично усвојио тужбени захтев.

Окружни суд одлучујући о жалби туженог, преиначио је првостепену пресуду у усвајајућем делу тако што је тужбени захтев тужиоца одбио. Ово, због тога што по схватању Окружног суда по одредби члана 50. став 1. Закона о заштити на раду радник је дужан да ради са пуном пажњом ради безбедности свог живота и здравља, да се придржава утврђених мера заштите на раду, да правилно рукује оруђем за рад и да се понаша по упутству за безбедан рад који утврди предузеће и да се

стара о спровођењу заштите на раду. Ову норму тужилац није поштовао што је искључиви узрок његове повреде на раду. Одредбама члана 16. тачка 20. Правилника о посебним мерама заштите на раду у железничком саобраћају ускакање и искакање из воза у кретању брзином преко 5 km на час, није дозвољено (овај воз се кретао већом брзином од дозвољене – 10 km на сат при уласку у станицу). Дакле, у ситуацији када је тужилац знао да се воз кретао већом брзином од дозвољене он је на свој ризик донео одлуку да ускочи у воз у покрету и на тај начин поступио супротно овом правилу због чега има услова за ослобођење туженог од одговорности из става 2. члана 177. Закона о облигационим односима због чега је тужбени захтев тужиоца одбио.

Основано се у ревизији тужиоца указује да је другостепени суд на потпуно и правилно утврђено чињенично стање погрешно применио материјално право.

Одредбом члана 85. став 1. Закона о радним односима (*Службени гласник РС*, бр. 45/91...), према тексту важећем у време тужиоачевог повређивања било је прописано да ако радник претрпи штету на раду или у вези са радом, предузеће је дужно да раднику надокнади штету по начелима одговорности за штету. Одговорност послодавца по овој законској одредби може бити последица повреде права или повреде односно професионалног обољења. Послодавац одговара за штету ако постоји основ и услови одговорности и ако не постоје разлози за искључење одговорности. По схватању првостепеног суда, у конкретном случају не постоје разлози за искључење одговорности туженог послодавца, док по оцени другостепеног суда постоје услови за искључење одговорности туженог по члана 177. став 2. ЗОО јер је до штете дошло искључиво радњом оштећеног, овде тужиоца.

По оцени Врховног суда, закључак другостепеног суда није правилан. Ово, због тога што је одредбом члана 2. Закона о заштити на раду (*Службени гласник РС*, бр. 42/91...) према тексту важећем у време тужиоачевог повређивања прописано да заштита на раду представља саставни део организације рада и радног процеса и обухвата мере и средства која су неопходна за остваривање безбедних услова рада. Одредбом члана 6. истог Закона прописано је да је предузеће дужно да предузима одговарајуће мере за заштиту здравља и безбедност радника као и да спречава професионална обољења, док је чланом 55. истог Закона прописано да директор, односно привати послодавац одговара за спровођење и унапређивање заштите на раду, а радник који организује или руководи процесом рада сваки у свом делокругу одговоран је за спровођење заштите на раду, а нарочито у тачки 9. истог члана да забрани рад раднику који се не придржава прописаних мера заштите на раду и упутстава и који не користи средства и опрему личне заштите или одбије да поступи по упутству за безбедан рад.

Из утврђеног чињеничног стања произилази да је тужени имао сазнања да радници на пословима маневра ускачу у воз у кретању приликом обављања послова маневрисања и да је такву праксу, супротну прописима толерисао. Стога по оцени Врховног суда, тужени не може бити ослобођен од одговорности за штету коју је тужилац претрпео. Како је тужилац својим радњама допринео настанку штетног догађаја тако што се понашао на начин који није дозвољен, то је тужиочев допринос повређивању и насталој штети већи и износи 80% а допринос туженог 20%. Имајући у виду да је тужилац претрпео тешке телесне повреде које су оставиле трајне последице, да је тужилац повређен као млад човек, (имао је 22 године) да је инвалид (остао без обе ноге), то је висина штете од стране првостепеног суда правилно одређена и то за претрпљене физичке болове и страх по 100.000,00 динара, имајући у виду дужину и интензитет трајања физичких болова и страха. За умањење животне активности 300.000,00 динара, полазећи од процента умањења животне активности (70%) и њених манифестација а за унакаженост средњег степена која се огледа у потпуној ампутацији једне ноге високо изнад колена и друге ноге испод колена од 200.000,00 динара, правилном применом одредбе члана 200. Закона о облигационим односима. Приликом одмеравања накнаде суд је водио рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи накнада као и томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом. Преко досуђених износа тужбени захтев није основан, јер би то било противно циљу коме накнада служи (члан 200. став 2. ЗОО).

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 860/04 од 2. децембра 2004. године)

2.

Ако је до удеса изазваног мојџорним возилом у џокрејџу дошло искључивом кривицом једног имаоца, џај ималаи је дужан да накнади џроузроковану шџејџу џо џравилима о субјекџивној одгђоворношџи.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда у Младеновцу број П. 64/02 од 25. 12. 2002. године ставом I обавезан је тужени да тужиоцу Миодрагу Максимовићу по основу накнаде штете за путничко возило „Застава 128 – Скала” исплати износ од 84.646,00 динара са затезном каматом од 19. 12. 2002. године до исплате. Ставом 4. изреке обавезан је тужени да тужиоцу Србољубу Аврамовићу по основу накнаде штете за путничко возило „Лада – Рива 1300” исплати износ од 21.337,20 динара. Тужбени захтев другоозначеног тужиоца преко досуђеног износа главнице и тужбени захтев тужилаца за затезну камату на део главнице почев од 17. 2. 1999. године до 18. 12. 2002. године одбијен је као неоснован. Ставом VII изреке обавезан је тужени да тужиоцу Миодрагу Максимовићу на име трошкова парничног поступка плати износ од 29.305,00 динара,

а тужиоцу Србољубу Аврамовићу по наведеном основу износ од 17.583,00 динара.

Пресудом Окружног суда у Београду број Гж. 6396/03 од 10. 6. 2003. године одбијена је као неоснована жалба туженог и потврђена је наведена првостепена пресуда у ставу IV изреке. Иста пресуда је преиначена у ставу I изреке тако што је обавезан тужени да тужиоцу Миодрагу Максимовићу на име накнаде штете за путничко возило „Застава 128 – Скала” исплати 45.603,40 динара са законском затезном каматом од 19. 12. 2002. године до исплате. Преко наведеног износа, а за износ од 39.037,60 динара са припадајућом каматом на тај износ, тужбени захтев је одбијен као неоснован. Решено је да свака странка сноси своје парничне трошкове.

Благовременом и дозвољеном ревизијом тужиоци побијају другостепену пресуду у делу у којем је преиначена првостепена пресуда, те одлучено о трошковима поступка. Пресуду у наведеном делу побијају због погрешне примене материјалног права.

Републички јавни тужилац се није изјаснио о изјављеној ревизији, а тужени није поднео одговор на ревизију.

Испитујући побијану другостепену пресуду у смислу члана 386. Закона о парничном поступку ревизијски суд је нашао да је ревизија основана.

Према утврђеном чињеничном стању тужени је дана 12. 12. 1997. године изазвао саобраћајну незгоду на тај начин што је управљајући трактором за који је била прикачена приколица, крећући се уназад и укључујући се у саобраћај из дворишта своје породичне куће, а претходно се није уверио да то може учинити безбедно без опасности по друге учеснике у саобраћају, услед чега је тужилац Србољуб Аврамовић који је управљао путничким возилом марке „Лада – Рива 1300”, крећући се својом коловозном траком приликом наилаaska на део пута испред куће туженог, у намери да избегне контакт са задњим делом приколице, прешао у леву коловозну траку и предњим чеоним делом ударио у возило марке „Застава 128 – Скала” којим је управљао Миодраг Максимовић крећући се из супротног правца својом коловозном траком.

Према налазу вештака утврђена је висина штете на путничком возилу тужиоца Миодрага Максимовића у износу од 84.646,00 динара на дан 19. 12. 2002. године, а на путничком возилу тужиоца Србољуба Аврамовића у износу од 35.562,00 динара. У првостепеној пресуди је утврђено да не постоји кривица тужиоца Миодрага Максимовића за штету, а да је грађанско-правна одговорност тужиоца Србољуба Аврамовића за предметну штету у висини од 40% и туженог Зорана Лукића у висини од 60%.

Према одредбама члана 178. став 1. ЗОО у случају удеса изазваног моторним возилом у покрету који је проузроковао искључивом кривицом једног имаоца, примељују се правила о одговорности по основу кривице.

Пресудом Општинског суда у Младеновцу број К. 149/99 од 14. 7. 1998. године, која је потврђена пресудом Окружног суда у Београду број Кж. 2726/98 од 30. 12. 1998. године, утврђена је кривица туженог Зорана Лукића за предметни саобраћајни удес. Одговорност туженог имаоца трактора са приколицом, према тужиоцу Миодрагу Максимовићу решаван је на плану субјективне одговорности. Она, дакле, зависи од кривице за удес. Како је до оштећења на путничком возилу тужиоца Миодрага Максимовића дошло кривицом туженог, а доприноса тужиоца Максимовића нема, следи закључак да је он дужан да овом тужиоцу накнади проузроковану штету у целости (члан 154. став 1. и члан 158. ЗОО).

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3009/03 од 3. јуна 2004. године)

3.

Ималац моторног возила и осигуравајуће друштво код кога је ималац моторног возила био осигуран од одговорности солидарно од одговорних сродницима настарајало за претрпљене душевне болове због смрти блиског лица.

Из образложења:

Делимичном пресудом Првог општинског суда у Београду П. 1313/2000 од 3. 7. 2001. године, ставом првим и другим изреке, усвојен је тужбени захтев тужилаца и обавезани су тужени да солидарно тужиоцима Чонгуру Иштвану Кадару и Илдико Ухелски, на име накнаде нематеријалне штете за душевне болове због смрти оца плате по 300.000,00 динара, све са законском затезном каматом почев од 3. 7. 2001. године, до исплате. Ставом трећим и четвртим изреке, обавезани су тужени да солидарно на име накнаде нематеријалне штете за душевне болове због смрти блиских лица. плате тужиљи Габријели Кадар због смрти родитеља 600.000,00 динара, а тужиљи Маргити Фабијан због смрти ћерке 300.000,00 динара, све са законском затезном каматом почев од 3. 7. 2001. године, до исплате. Петим и шестим ставом изреке наведене делимичне пресуде Првог општинског суда у Београду, одбијен је тужбени захтев тужилаца Чонгора Иштвана Кадара и Илдико Ухелски, којим су тражили да се обавежу тужени да им солидарно на име накнаде ове нематеријалне штете, плате још по 300.000,00 динара, са законском затезном каматом почев од дана пресуђења до исплате, као неоснован. Седмим ставом изреке одбијен је тужбени захтев тужиље Габријеле Кадар, којим је тражила да се обавежу тужени да јој солидарно на име накнаде нематеријалне штете за душевне болове због смрти родитеља плате још 600.000,00 динара, са законском затез-

ном каматом почев од дана пресуђења до исплате, као неоснован. Осим и деветим ставом изреке, одбијен је тужбени захтев тужиље Маргите Фабијан којим је тражила да се обавежу тужени да јој солидарно на име накнаде ове нематеријалне штете за душевне болове због смрти ћерке плате још 300.000,00 динара, са законском затезном каматом почев од дана пресуђења до исплате, као неоснован, и констатовано је да ће о трошковима поступка суд одлучити доцнијом пресудом.

Одлучујући о жалбама странака Окружни суд у Београду је пресудом Гж. 2464/03 од 8. 9. 2003. године, ставом првим изреке, одбио жалбе тужених као неосноване и првостепену делимичну пресуду потврдио у ставу првом, другом, трећем и четвртном изреке. Другим ставом изреке наведене пресуде Окружног суда у Београду, одбијена је жалба тужилаца као неоснована и првостепена делимична пресуда је потврђена у ставу петом, шестом, седмом, осмом и деветом изреке.

Против наведене пресуде Окружног суда у Београду, тужиља Габријела Кадар и тужени АТП „Ласта”, благовремено су изјавили ревизије, због погрешне примене материјалног права.

Врховни суд је испитао побијану пресуду у смислу члана 386. ЗПП, и нашао да ревизија тужиље Габријеле Кадар није основана, а ревизија туженог АТП „Ласта” је делимично основана.

У проведеном поступку није учињена битна повреда одредаба парничног поступка из члана 354. став 2. тачка 11. ЗПП на коју Врховни суд пази по службеној дужности.

Наводи ревизија о погрешној примени материјалног права, тужиље Габријеле Кадар нису основани, а туженог АТП „Ласта” су делимично основани.

Према утврђеном чињеничном стању, у саобраћајној незгоди 1. 10. 1981. године на аутопуту Београд–Нови Сад, погинули су Иштван Ђерђ Кадар и Корнелија Кадар из Румуније, путници у аутобусу туженог предузећа, који је у моменту незгоде био осигуран код тужене компаније. Незгоду је изазвао Радован Релић, теретним возилом рег. бр. СМ 686-88, који је поводом те незгоде осуђен правоснажном пресудом Општинског суда у Старој Пазови К. 332/83 од 26. 9. 1984. године, за тешко дело против безбедности јавног саобраћаја. Тужиоци Чонгор Иштван Кадар, Илдико Ухелски и Габријела Кадар су деца погинулог Иштвана Ђерђ Кадара, тужиља Габријела Кадар је ћерка погинуле Корнелије Кадар, а тужиља Маргит Фабијан је мајка погинуле Корнелије Кадар. Тужиоцима је тужена осигуравајућа организација на име накнаде штете проузроковане наведеном саобраћајном незгодом исплатила укупно 3.054.499,00 тадашњих динара, што према налажењу нижестепених судова, на дан настанка штете износи 61,09% од лимита осигуране суме, који је тада износио 5.000.000,00 тадашњих динара.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су закључили

да су тужени: Компанија као осигуравач од ауто одговорности и Предузеће као ималац моторног возила (аутобуса), на основу одредаба чл. 173, 174, 178. ст. 4, чл. 414, 684. и члан 897. ЗОО, и члан 93. Закона о основама система осигурања имовине и лица, сагласно уговорима између наше државе и држава Републике Мађарске и Републике Румуније из 1961, 1968. и 1986. године, солидарно одговорни за накнаду ове штете тужиоцима, с обзиром да су у аутобусу туженог предузећа 1. 10. 1981. године, на аутопуту Београд – Нови Сад, осигураним у моменту незгоде код тужене Компаније, погинули отац тужилаца Чонгора, Илдико и Габријеле, мајка тужиље Габријеле и ћерка тужиље Маргит, као путници и трећа лица.

Тужиоци су због погибије ћерке и родитеља, претрпели и трпе душевне болове који оправдавају досуђивање правичне накнаде у смислу члана 200. став 1. у вези с чланом 201. став 1. ЗОО. Како је тужена осигуравајућа организација тужиоцима исплатила део накнаде штете, који како то правилно утврђују нижестепени судови износи 61,09% од лимита осигуране суме, у моменту незгоде, тужени су у обавези да тужиоцима исплате преостали део, до пуног износа накнаде ове нематеријалне штете, према околностима у моменту пресуђења.

Међутим, ревизијом туженог предузећа основано се побијају пресуде нижестепених судова у погледу висине правичне новчане накнаде досуђене тужиоцима за претрпљене душевне болове због смрти блиских лица. Наиме, полазећи од свих околности које су утврдили нижестепени судови по оцени Врховног суда, правичну накнаду тужиоцима у смислу члана 200. став 2. 300, у вези с чланом 223. ЗПП, представљају износи од по 150.000,00 динара, тужиоцима Чонгору Иштвану Кадару и Илдико Ухелски, 300.000,00 динара тужиљи Габријели Кадар и 200.000,00 динара тужиљи Маргити Фабијан, с обзиром на природу новчане накнаде и њену друштвену сврху. Већи износ накнаде нематеријалне штете, према околностима у време доношења првостепене пресуде, за душевне болове због смрти родитеља тужиљи Габријели Кадар, не оправдавају новчану накнаду као сатисфакцију у складу с одредбом члана 200. ЗОО.

Како су нижестепени судови приликом одмеравања висине правичне накнаде тужиоцима за овај вид штете, погрешно применили материјално право, Врховни суд је преиначио нижестепене пресуде и одбио је тужбени захтев тужилаца за исплату износа од још по 150.000,00 динара, тужиоцима Чонгору Иштвану Кадару, и Илдико Ухелски, још 300.000,00 динара тужиљи Габријели Кадар и још 100.000,00 динара тужиљи Маргити Фабијан, јер би досуђивање и ових износа било противно циљу коме ова накнада служи и поговарало би тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

Како је висина ове нематеријалне штете утврђена према околностима у време доношења делимичне првостепене пресуде 3. 7. 2001.

године, тужиоцима на досуђене износе накнаде штете припада и право на затезну камату у смислу члана 277. став 1. ЗОО у вези с чланом 1. Закона о висини стопе затезне камате.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 165/04 од 25. фебруара 2004. године)

4.

Држава СРЈ је објективно одговорна за штету коју су пријавили њених оружаних снага припадници у ратном периоду од 24. марта до 26. јуна 1999. године.

Из образложења:

Пресудом Другог општинског суда у Београду П. 6364/01 од 4. 12. 2002. године, ставом првим изреке, делимично је усвојен тужбени захтев тужиоца Слађана Перића из Београда, па је обавезана тужена да му на име накнаде нематеријалне штете исплати следеће износе: на име претрпљених физичких болова износ од 170.000 динара, на име претрпљеног страха износ од 170.000 динара, на име претрпљених душевних болова због наружености износ од 250.000 динара и на име претрпљених душевних болова због умањене животне активности износ од 500.000 динара, односно укупан износ од 1.090.000 динара са законском затезном каматом од 4. 12. 2002. године па до исплате у року од 15 дана од дана пријема пресуде. Ставом другим изреке одбијен је тужбени захтев тужиоца Слађана Перића преко износа досуђених ставом првим изреке, а до тражених износа. Ставом трећим изреке, делимично је усвојен тужбени захтев тужиље Милке Перић, па је обавезана тужена да јој на име накнаде нематеријалне штете по основу душевних болова због нарочито тешког инвалидитета сина Слађана Перића исплати износ од 250.000 динара, са законском затезном каматом од 4. 12. 2002. године па до исплате у року од 15 дана од дана пријема пресуде. Ставом четвртим изреке, одбијен је тужбени захтев тужиље Милке Перић преко износа досуђеног ставом трећим изреке, а до траженог износа. Ставом петим изреке, обавезана је тужена да тужиоцима на име парничних трошкова исплати износ од 178.425 динара.

Пресудом Округног суда у Београду Гж. 2943/03 од 9. 4. 2003. године, делимично је усвојена жалба тужиоца па је преиначена првостепена пресуда у делу који се односи на накнаду нематеријалне штете тужиоцу Слађану Перићу тако што је обавезана тужена да му на име накнаде нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због умањене животне активности поред досуђеног износа од 500.000 динара исплати износ од још 130.000 динара и за претрпљене душевне болове због наружености поред досуђеног износа од 250.000 динара исплати износ од још 70.000 динара, са законском затезном каматом од 9. 4. 2003. године па до исплате, у року од 15 дана од дана пријема пресуде, док је преко овако досуђених износа тужбени захтев одбијен као неос-

нован, као и у делу којим је одлучено о парничним трошковима тако што је обавезана тужена да тужиоцима накнади парничне трошкове у укупном износу од 198.429 динара. У осталом делу жалба тужиоца одбијена је као неоснована.

Против пресуде Окружног суда у делу који се односи на накнаду нематеријалне штете тужиоцу Слађану Перићу, тужилац је благовремено изјавио ревизију због погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу одредбе члана 386. ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија делимично основана.

У проведеном поступку није учињена битна повреда одредбе парничног поступка из члана 354. став 2. тачка 11. ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности.

Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је као војни обвезник резерве у саставу ВП 1351/2 Приштина 26. 3. 1999. године при извршавању борбених задатака у реону северног дела насеља Обилић приликом напада шиптарских терористичких банди стрељачком ватром, рањен у пределу кичменог стуба. Повреде које је тужилац претрпео представљају тешке телесне повреде и у моменту повређивања су биле опасне по живот. Доњи део тела му је потпуно одузет. Болове јаког интензитета трпео је од момента повређивања до доласка у болницу. током болничког лечења укупно три дана, болове средњег интензитета око три месеца, а болове лаког интензитета трпи и данас. Наружење је изражено у јаком степену са унакажењем које код околине изазива сажаљење. Општа животна способност је умањена 90% због потпуне парализације доњих екстремитета са губитком контроле столице и мокрења, везан је за колица и не може се сам премештати са колица на кревет, а има туђу негу и помоћ. Страх је код тужиоца након повређивања трајао 15 дана јаког интензитета, затим су се јавиле неуролошке тегобе у трајању од годину дана, а последице су трајног карактера које ће трајати до краја живота с обзиром на психичко стање на граници средњег и тешког степена, а изражен је комплекс ниже вредности због кретања у колицима, скретања пажње околине и сажаљења. Тужилац прима личну инвалиднину, накнаду за туђу помоћ и негу и ортопедски додатак. Рођен је 1973. године. Интензитет претрпљеног страха, врста и последице психичке болести, врсте повреде, боловакоје је тужилац трпео, наруженост, као и укупно умањење животне активности од 90% утврђени су на основу усклађених налаза и мишљења судских вештака неуропсихијатра и хирурга ортопеда.

Код тако утврђеног чињеничног стања, правилно су нижестепени судови применили материјално право када су закључили да је тужена одговорна за причињену штету. Одговорност тужене Државе СРЈ за штету проузроковану припадницима оружаних снага у ратном периоду од 24. 3. 1999. године до 26. 6. 1999. године. заснива се на објек-

тивној одговорности у смислу чл. 173. и 174. ЗОО, као и по основу начела правичности, солидарности и узајамности.

Међутим, основано се ревизијом тужиоца напада висина досуђене накнаде штете за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, јер је Врховни суд нашао да је ова накнада прениско досуђена. Наиме, с обзиром на врсту и степен умањења животне активности, сходно одредби члана 200. ЗОО уз примену члана 223. ЗПП, Врховни суд налази да је накнада ове штете тужиоцу у висини од 730.000 динара одговарајућа околностима случаја и сврси ради које се досуђује. Стога је тужена обавезана да тужиоцу накнади ову штету, како је то у изреци ове ревизијске одлуке наведено, док је преко ове висине тужбени захтев неоснован.

Досуђена накнада штете за претрпљене физичке болове, претрпљени страх и претрпљене душевне болове због наружености, представља примерену и правичну новчану сатисфакцију, те се неосновано ревизијом оспорава висина досуђених износа по овим основима.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 265/04 од 10. мајна 2004. године)

5.

Власник њаса одговара као ималац ојасне сивари за сву штећу коју његов њас проузрокује.

Из образложења:

Побијаном пресудом у ставу првом изреке делимично је усвојен тужбени захтев, па је обавезан тужени да тужиоцу на име накнаде штете исплати по основу претрпљених физичких болова износ од 20.000,00 динара, по основу претрпљеног страха износ од 10.000,00 динара и по основу трошкова лечења и операције пса износ од 12.527,50 динара, све са законском затезном каматом почев од 17. 6. 2004. године до исплате у року од 15 дана. Ставом другим изреке одбијен је тужбени захтев за износ од 10.000,00 динара, на име претрпљених физичких болова и за износ од 20.000,00 динара, на име претрпљеног страха, као и захтев тужиоца да на досуђене износе по основу претрпљених физичких болова и страха и по основу трошкова лечења и операције пса од 12.527,50 динара исплати камату за период од 27. 8. 2001. до 17. 6. 2004. године. Ставом трећим изреке обавезан је тужени да тужиоцу на име парничних трошкова плати износ од 18.014,80 динара, у року од 15 дана по пријему пресуде.

Против наведене пресуде тужени је благовремено изјавио жалбу побијајући исту у ставу првом и трећем изреке због битних повреда одредаба парничног поступка, погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, погрешне примене материјалног права и одлуке о трошковима.

Испитујући правилност побијане пресуде у смислу члана 365. ЗПП, Окружни суд је нашао:

Жалба није основана.

При доношењу побијане одлуке нису учињене битне повреде одредаба парничног поступка из члана 354. став 2. ЗПП на које другостепени суд пази по службеној дужности.

Одлучне чињенице за решење ове правне ствари су потпуно и правилно утврђене и на исте је правилно примењено материјално право, тако да се жалбом и из ових жалбених разлога неосновано побија правилност донете првостепене одлуке.

По проведеном поступку је утврђено да је 1. 8. 2001. године око 9,00 часова ујутру испред улаза у зграду у којој тужени станује пас туженог, расе ротвајлер, кога је тужени извео у шетњу, напао тужиоца и његовог пса паце пекинезер наневши тужиоцу лаке телесне повреде у виду раздеротине врха десног кажипрста и раздеротину јагодичног предела десне стране лица, а псу тужиоца раздеротине перијалне регије са расцепом око аналног отвора. Од задобијених повреда тужилац је трпео бол јаког интензитета у трајању од 24 часа, затим бол средњег интензитета у трајању од 3 дана, а потом бол слабог интензитета у трајању од 10 дана. У моменту задобијања повреда тужилац је претрпео страх високог интензитета који је трајао колико и напад – неколико минута који страх је потом замењен секундарним страхом умереног интензитета у трајању од 7 дана, а затим страх слабог интензитета око 2 месеца, стим да претрпљени страх није код тужиоца оставио последице у психичкој сфери. У предметном штетном догађају тужилац је претрпео и материјалну штету у виду учињених издатака за операцију и лечење повређеног пса који према ценама у време доношења судске одлуке износе 12.527,50 динара. Утврђено је и то да критичном приликом тужилац свог пса није држао на повоцу нити је пас имао заштитну корпу а што тужени није ни спорио.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања правилан је закључак првостепеног суда да је тужени у смислу одредбе члана 174. ЗОО у обавези да тужиоцу накнади насталу материјалну и тражене видове нематеријалне штете при чему је првостепени суд правилно у смислу члана 200. ЗОО у вези с чланом 223. ЗПП одмерио висину накнаде за претрпљене болове и страх узевши при томе у обзир све околности конкретног случаја. За своју одлуку првостепени суд је дао јасне и ваљане разлоге које прихвата и Окружни суд.

Оцењујући жалбене наводе туженог Окружни суд налази да се истима не доводи у сумњу правилност утврђеног чињеничног стања. Наиме, без утицаја је у конкретном случају указивање у жалби на неприхватљивост исказа саслушаних сведока и стим у вези потреба за сучоћењем саслушаних сведока и туженог. Ово стога што из списка прозилази да је тужени био присутан на рочишту од 17. 6. 2004. године на-

кон чијег закључења је и донета побијана одлука, а на ком рочишту је између осталих доказа прочитан и исказ салушаних сведока који тужени није оспорио нити је предложио да се у допуни доказног поступка изврши суочење између туженог и саслушаних сведока. Жалбом се практично неосновано напада оцена доказа, с обзиром да је првостепени суд код оцене доказа узео у обзир све околности конкретног случаја и на основу тога стекао уверење о њиховој доказној вредности.

Како се жалбеним наводима туженог правилност донете првостепене одлуке у побијаном делу не доводи у питање, а имајући у виду да је правилна и одлука о трошковима, с обзиром да је иста донета у складу са одредбама чл. 154 и 155 ЗПП, то је жалба одбијена као неоснована, те је сходно члану 368. ЗПП одлучено као у изреци.

(Пресуда Окружног суда у Београду, Гж. 11795/04 од 29. децембра 2004. године)

6.

Наручилац и извођач радова су солидарно одговорни за штећу у вези са невалидијетном израдом београдске подлоге на којој је у тузиоцијеном стању издати паркет.

Из образложења:

Пресудом Трећег општинског суда у Београду П. 4119/96-98 од 28. 1. 1998. године усвојен је тужбени захтев па је тужени обавезан да отклони недостатке у стану бр. 13 на првом спрату зграде у Улици Булевар револуције бр. 261, тако што ће паркет у целом стану скинути, урадити нову подлогу и поставити нов паркет на тој квалитетној подлози у року од 30 дана по правоснажности пресуде, што уколико не учини тужилац је овлашћен да ове радове изведе преко другог овлашћеног лица или организације на терет туженог, те ставом другим обавезан тужени да тужиоцу накнади трошкове парничног поступка.

Пресудом Окружног суда у Београду Гж. 7154/98 од 22. 3. 1999. године потврђена је првостепена пресуда а жалба туженог одбијена као неоснована.

Против пресуде Окружног суда у Београду тужени је благовремено изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Испитујући правилност побијане пресуде у оквиру овлашћења из члана 386. ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија туженог основана.

Према утврђеном чињеничном стању тужилац се у стан бр. 13 на првом спрату зграде у Улици Булевар револуције бр. 261 у Београду уселио почетком 1974. године у својству носиоца станарског права. Тужилац је стан откупио марта 1991. године. Кратко време по усељењу у стан паркет у стану почео је да се одлепљује, па је по захтеву тужиоца упућеног правном претходнику туженог извођач радова ГП „Нап-

ред” отклонио уочене недостатке, али су се они удаљем току тужиоачевог становања поново појављивали и проширивали. На први писмени захтев упућен од стране тужиоца правном претходнику туженог 1982. године да се недостаци на паркету у стану отклоне, правни претходник туженог је писмено одговорио да за то нема довољно средстава. У даљем току је уследила преписка између тужиоца и правног претходника туженог и туженог, као и усмени контакти поводом поправке паркета у тужиоачевом стану, али паркет није поправљен, па је тужилац поднео тужбу и против извођача радова ГП „Напред” и туженог. Правоснажном пресудом П. 1154/91-93 од 24. 2. 1993. године одбијен је као неоснован тужбени захтев у односу на туженог ГП „Напред”.

Вештачењем од стране вештака грађевинске струке утврђено је да је узрок одвајања паркета у тужиоачевом стану некавалитетно изведена бетонска подлога на којој је паркет постављен, па је према мишљењу вештака у тужиоачевом стану неопходно цео паркет скинути, урадити нову подлогу и поставити нов паркет на тој квалитетној подлози.

Полазећи од ових чињеница нижестепени судови су применом одредаба Закона о стамбеним односима (*Службени гласник СРС*, бр. 12/90), који је важио у време подношења тужбе и Закона о стамбеним односима (*Службени гласник СРС*, бр. 29/73, 30/80 и 8/81), који је важио у време настанка спорног. односа, усвојили тужбени захтев, те обавезали туженог да тужиоцу отклони насталу штету, јер је основ одговорности туженог у овим прописима као и у одредбама Самоуправног споразума о правима и обавезама, удруживању и одржавању стамбених зграда и станова удружених у општинске заједнице становања и удружену београдску заједницу становања (*Службени лист Града Београда*, бр. 8/78).

Међутим, основано се у ревизији туженог указује да због погрешне примене материјалног права чињенично стање на коме су засноване нижестепене одлуке није потпуно и правилно утврђено.

По становишту Врховног суда спорни правни однос не решава се применом прописа којима је регулисано инвестиционо одржавање, како су то учинили нижестепени судови (Закона о стамбеним односима и Самоуправног споразума о правима и обавезама управљања и одржавању стамбених зграда и станова удружених у београдску заједницу становања) већ одредбама Закона о облигационим односима којима је регулисана материја уговора о делу и уговора о грађењу (члан 615, 616, 618. у вези с чл. 643, 644. и 207. Закона о облигационим односима).

Полазећи од мишљења вештака да је до оштећења паркета у тужиоачевом стану дошло због некавалитетно изведене подлоге на којој је постављен паркет, првостепени суд није разјаснио да ли се ради о не-

достатку у изради грађевине која се тиче њене солидности за коју би одговарао извођач радова, уколико би се ови недостаци показали за време од 10 година од предаје и пријема радова како је то прописано чланом 644. Закона о облигационим односима. Тужени је у току поступка, а то чини и у ревизији, истицао да је штета у тужиоцевом стану која се огледа у подизању паркета настала као последица недостатака у градњи од стране извођача радова и то за време гарантног рока за коју би према цитираном члану одговарао извођач радова. Осим тога, у поступку није утврђено да ли је тужени наручилац посла да би по основу члана 207. Закона о облигационим односима солидарно са извођачем радова одговарао за штету која је настала у вези с извођењем радова. Како због погрешне примене материјалног права нису утврђене све одлучне чињенице за оцену основаности постављеног тужбеног захтева, то су обе нижестепене пресуде морале бити укинуте.

У поновном поступку, првостепени суд ће потпуно и правилно утврдити све одлучне чињенице за правилну примену материјалног права из цитираних одредаба Закона о облигационим односима и одлуку о тужбеном захтеву, тако што ће утврдити да ли је тужени био наручилац посла да би могао солидарно одговарати са извођачем радова, или се ради о недостацима у изради грађевине за коју одговара извођач радова, поновном оценом већ изведених и по потреби нових доказа, те потом донети нову правилну одлуку о тужбеном захтеву.

(Решење Верховног суда Србије, Рев. 5826/99 од 22. јануара 2001. године)

7.

Ошћенник који је својим понашањем допринео да му шћейта буде причињена има право на накнаду умањену у оном сћейену у коме је сам допринео настћуйању шћейте.

Из образложења:

Пресудом Другог општинског суда у Београду П. 2237/03 од 30. 4. 2004. године у ставу један њене изреке делимично је усвојен тужбени захтев тужиље, па је обавезан тужени да тужиљи на име накнаде нематеријалне штете исплати, и то: због претрпљених физичких болова износ од 198.000,00 динара, на име претрпљеног страха износ од 108.000,00 динара, на име наружености износ од 144.000,00 динара и на име душевиних болова због умањења опште животне способности износ од 450.000,00 динара, односно укупно 900.000,00 динара са законском затезном каматом на овај износ почев од 30. 4. 2004. године као дана пресуђења па до коначне исплате, у року од 8 дана од дана пријема писменог отправка пресуде, ставом два њене изреке одбијен је тужбени захтев тужиље преко досуђених па до тражених износа и то у делу у коме је тражена накнада: на име претрпљених физичких болова за износ преко досуђених 198.000,00 динара па до тражених 400.000,00 динара, на име претрпљеног страха за износ преко досуђених

108.000,00 динара па до траженог износа од 250.000,00 динара, на име наружености за износ преко досуђених 144.000,00 динара па до тражених 200.000,00 динара и на име душевних болова због умањења опште животне способности за износ преко досуђених 450.000,00 динара па до тражених 500.000,00 динара све са законском затезном каматом почев од 30. 4. 2004. године па до исплате, као неоснован, док је ставом три њене изреке обавезан тужени да тужиљи на име накнаде трошкова парничног поступка исплати износ од 101.510,00 динара у року од 8 дана од дана пријема писменог отправка пресуде.

Против ове пресуде жалбе су благовремено изјавили и то тужиља у односу на став два изреке због погрешне примене материјалног права, а тужени у односу на став један и три њене изреке, због битних повреда одредаба парничног поступка, погрешној примени материјалног права и погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања (део изреке у коме странке нису успеле у спору).

Испитујући правилност побијане пресуде у границама овлашћења из одредбе члана 365. ЗПП, Окружни суд у Београду као другостепени суд је нашао:

– жалба туженог је неоснована, а жалба тужиоца делимично основана.

У поступку доношења побијане пресуде у односу на став један и два њене изреке нема битних повреда одредаба парничног поступка из одредбе члана 354. став 2. ЗПП, нити других битних повреда одредаба парничног поступка које би биле од утицаја на њену правилност и законитост.

Према чињеничном утврђењу у првостепеном поступку овом делу следи: да је тужиља као запослена у радном односу код туженог дана 24. 12. 1994. године претрпела повреду на раду на тај начин што је при повратку из продавнице где је куповала доручак пала на улазним степеницама пословне зграде туженог (улаз у пословну зграду Железничке станице „Београд”, Савски трг) где јој је било место рада, да је назначена подлога улазних степеница од бетона, да степенични простор нема ограду, да је обавеза туженог била да одржава – чисти улаз у пословну зграду са Савског трга, да је назначена подлога улазних степеница била клизава због поледице у време пада тужиље, те да је реконструкција Железничке станице „Београд” завршена 15. 9. 1994. године. Такође је утврђено да је тужиља у време повређивања била стара 42 године, да је назначеном приликом задобила тешку телесну повреду изазвану падом у виду прелома надколенице, у пределу врата, да је због тога трпела бол јаког интензитета од момента повређивања и после две операције и у току рехабилитације стационарно и амбулантно уз адекватну медикаментну терапију укупно 10 дана, да је бол средњег интензитета трајао годину дана као последица операције и после оперативног лечења (јер се радило о некрози главне бутне кости),

а потом бол лаког интензитета који је трајао до краја непрекидног лечења и даље, да је код тужиље дошло до тешког степена наружења које се огледа у отежаном ходу са помагалима или уз придржавање за предмете, или уз помоћ друге особе, да је животна активност тужиље због ове повреде умањена за 50% што је последица депресије и скраћења ноге за око 5 cm због чега ће тужиља у даљем току свога живота свакодневне животне потребе везано за дуже стајање и ходање и пешачење, припремање хране и одржавање хигијене обављати са отежаним напором (усаглашено мишљење вештака ортопеда-травматолога и неуропсихијатра) да је примарни страх приликом повређивања трајао око 30 минута и био високог интензитета, да је секундарни страх високог интензитета трајао укупно око пет дана (тужиља је три пута оперисана, трпела је јаке болове, бојала се инвалидитета), те секундарни страх средњег интензитета трајао укупно око месец дана (тужиља се споро опорављала после лома кука, трпела болове и није могла да се креће без помагала), да је секундарни страх ниског интензитета трајао око две године (није дошло до оздрављајућег опоравка повређеног кука, а појавиле су се и компликације) и да је претрпљени страх оставио трајне последице на тужиљино психичко здравље због чега она испољава знаке депресије.

Првостепени суд је на овако правилно и потпуно утврђено чињенично стање правилно применио материјално право када је утврдио да постоји подељена одговорност тужене и тужиље са њеним доприносом од 10% и такође правилно применио одредбу члана 200. ЗОО код одмеравања накнаде нематеријалне штете по назначеним основима, дајући за своју одлуку разлоге које у свему као јасне, прецизне и потпуне прихвата и овај суд као другостепени у поступку њене жалбене контроле.

Наиме, према одредби члана 154. став 1. ЗОО ко другој проузрокује штету, дужан је накнадити уколико не докаже да је штета настала без његове кривице. У датој ситуацији правилно закључује првостепени суд у ожалбеној пресуди да постоји материјална одговорност на страни тужене стране, јер је пропустила да створи безбедне услове у погледу кретања запослених, али и других лица на улазном делу у своју пословну зграду због чега су улазне степенице биле прекривене ледом, па зато клизаве и самим тим биле узрок повређивања тужиље у конкретном случају. На тај начин тужена страна је поступила супротно одредби члана 6. став 1. тачка 4. Закона о заштити на раду према чијем садржају је предузеће дужно да предузме одговарајуће мере за заштиту здравља и безбедности радника и с тим у вези да спроведе мере превенције у погледу радних услова. На све то правилно указује и ожалбена пресуда у свом образложењу наводом да је тужени у обавези да одржава, чисти улаз у пословну зграду са Савског трга и да у датој ситуацији није створио безбедне услове рада у смислу члана 3. став 1. тачка 1. Закона о заштити на раду.

Правилан је и закључак ожалбене пресуде да у датој ситуацији постоји и допринос тужиље насталој повреди процентуално исказан у вредности од 10%, а применом правила из одредбе члана 192. ЗОО. Тужиља је знала како то наводи првостепени суд у ожалбеној пресуди да је назначена подлога клизава, а имајући у виду и временске прилике, тога дана је на ноге обула чизме које су имале повишену пету од прилике 2,5 cm и није се придржавала за зид. То у битном потврђује исказ саме тужиље саслушане у својству странке (записник са рочишта за главну расправу од 30. 4. 2004. године), па је правилно првостепени суд применом одредбе члана 192. ЗОО – подељена одговорност и нашао да постоји допринос тужиље насталој штети, правилно одмерио степен њеног доприноса и с тим у вези досудио јој сразмерно смањену накнаду штете водећи рачуна о свим околностима конкретног случаја.

Досуђени износи по назначеним основима нематеријалне штете (физици бол, страх, душевни бол због наружености и душевни бол због умањења животне активности) правилно су утврђени и за назначени проценат с обзиром на допринос тужиље умањена вредност накнаде по тим основима. Ти износи представљају правичну накнаду-сатисфакцију тужиљи и не погодују тежњама противно њиховој сврси, па се и у овом делу ожалбена пресуда заснива на правилно примени одредбе члана 200. ЗОО.

Правилно је досуђена и камата од дана пресуђења до исплате применом правила из одредбе чл. 186, 277. и 324. став 1. ЗОО, а имајући у виду да су вредности по назначеним основима нематеријалне штете досуђене према стању материјално правног односа на дан пресуђења у овој парничној ствари.

Погрешно жалба тужиоца инсистира на искључивој одговорности тужене стране за насталу штету наводом да би овај став првостепеног суда био прихватљив у случају да је утврђено да је назначени простор био сув и неоштећен, или да су уза зид били причвршћени рукодржачи. Ово са разлога што је и према исказу саме тужиље она видела да је на улицама клизаво па јој је то било упозорење да се у датој ситуацији креће са повећаном пажњом, а такође и да предузме потребне мере с циљем смањеног ризика од повређивања. У том смислу карактеристичан је и исказ тужиље да су степенице исто биле клизаве и да се она назначеном приликом није држала за зид. Наравно, то не искључује материјалну одговорност тужене стране као послодавца и организатора посла, али не искључује ни допринос тужиље настанку штете у назначеном проценту.

Тужена страна у жалби наводи да су спорног дана били уобичајени временски услови за то доба године (појава поледице слабог интензитета, а не ледена киша) и да је тужиља била дужна да се понаша са пуном пажњом ради безбедности свога живота и здравља. Међутим, погрешно закључује да до повреде не би ни дошло да се тужиља крета-

ла са пуном пажњом. Наиме, ризик од повређивања постоји увек када је подлога клизава, а за стварање безбедних услова рада одговоран је тужени послодавац. Тачно је да постоји и допринос тужиле насталој повреди на раду назначеном приликом, али тај допринос није занемарен у поступку доношења ожалбене пресуде, већ је правилно оцењен како у погледу његовог присуства тако и у погледу обима.

Навод жалбе туженог да је тужилца била једина особа која се тог дана повредила на степеницама, иако није била једина особа која се кретала тим степеницама, зато остаје без значаја.

Према одредби члана 50. Закона о заштити на раду, радник је дужан да ради са пуном пажњом ради безбедности свога живота и здравља, што је и првостепени суд имао у виду у поступку доношења ожалбене пресуде када је утврдио да постоји и допринос тужиле насталој штети. Зато нема покриће навод жалбе туженог да је у датој ситуацији погрешно примењена одредба чл. 50. и 54. Закона о заштити на раду.

Одредба члана 54. овог закона инсистира на дужности радника да одмах обавести одговорног радника о другим недостацима који могу угрозити безбедност на раду. Међутим, имајући у виду назначене прилике и стање подлоге на улазним степеницама у пословну зграду туженог послодавца где се тужилца повредила, туженом није могло остати непознато да је назначена подлога клизава и да зато садржи повећани ризик од повређивања онога ко се по њој креће.

Код претходних разлога правилно је одмерен и проценат доприноса тужиле насталој штети, јер је примарна одговорност туженог послодавца имајући у виду да је његова била обавеза да створи безбедне услове кретања на улазним степеницама у своју пословну зграду. Ради тога су наводи жалбе туженог и у овом делу без основа.

Правилно жалба тужиоца утврђује да је проценат умањења животне активности тужиле 50% и указује на назначене последице прелома главне бутне кости са некрозом исте, контрактуром кука јачег степена, скраћењем ноге за 5 cm и депресијом изазваном тешком повредом операцијама и дугим лечењем. Међутим, занемарује и вредност досуђеног износа по основу душевног бола због умањења животне активности тужиле. Право на накнаду због смањења или губитка животне активности односи се на смањену могућност, односно немогућност оштећеног да врши, односно упражњава оне активности којима је раније био испуњен његов живот. Првостепени суд имајући у виду утврђено, правилно је одмерио правичну накнаду тужилци по овом виду нематеријалне штете која ће представљати сатисфакцију тужилци – накнаду за душевни бол због губитка животне активности у назначеном обиму. Супротно досуђени износи преко те вредности били би противни сврси којој та накнада служи, па је зато правилно одбијен

тужбени захтев тужиље за већи износ по овом виду накнаде нематеријалне штете.

Ово посебно имајући у виду и назначени проценат доприноса тужиље као оштећеника насталој штети за коју вредност је умањен претходно утврђен износ накнаде штете.

Неосновани су наводи у жалби тужиље на околност вредности досуђеног износа нематеријалне штете по основу физичког бола. Све околности које наводи жалба тужиље у овом делу су правилно вредноване, назначени износ представља правичну накнаду засновану на правилној примени одредбе члана 200. ЗОО, а потраживање тужиље преко тог износа било би противно циљу коме назначена накнада за физички бол служи. Ово имајући у виду и допринос тужиље као оштећеника насталој штети за коју вредност је првостепени суд претходно умањено утврђени износ по овом основу нематеријалне штете.

Правилно је одмерена накнада штете тужиљи и по основу страха, ценећи све околности које наводи и жалба тужиље, али и претходно умањујући утврђени износ накнаде штете по овом основу за проценат доприноса тужиље њеном настанку – сразмерно снижење накнаде штете.

Према налазу судског вештака код тужиље постоји естетско оштећење тешког степена са наружењем које се огледа у отежаном ходу са помагалима скраћењем ноге за 5 cm, ожилком од операције дужине од 15 cm, па имајући у виду животну доб тужиље (тужиља је рођена 1964. године), у време повређивања је имала 42 године правилно је тужиљи одмерена накнада штете и по основу душевног бола због наружења, имајући у виду при томе и њен допринос насталој штети. Већи износ од досуђеног, по овом виду нематеријалне штете такође би био противан циљу коме назначена накнада служи.

Са свега изложеног правилно је ожалбена пресуда и у ставу два њене изреке којим је одбијен тужбени захтев тужиље.

Међутим, решење о накнади парничних трошкова садржано у ставу три изреке ожалбене пресуде морало је бити укинато, јер је засновано на битној поврди одредаба парничног поступка из члана 354. став 2. тачка 14. ЗПП.

Наиме, према разлозима побијаног решења тужиљи је досуђена накнада парничних трошкова применом правила из одредби чл. 154. и 155. ЗПП и то за састав поднеска по 3.600,00 динара и за заступање на одржаним рочиштима по 4.200,00 динара, а на три неодржана рочишта по 2.100,00 динара.

Међутим, у ожалбеном решењу су изостали разлози у одлучним чињеницама зашто код примене Тарифе о наградама и накнадама трошкова рад адвоката није узет у обзир као и вредност предмета спо-

ра, с обзиром да се ради о процењивом предмету спора, а нашта правилно указује и жалба тужиље.

По становишту овога суда независно од тога што се ради о радном спору, пошто њихов предмет није ни процењив, требало је узета вредност тарифних ставки за писање поднесака, односно за заступање на рочиштима према вредности за процењиве предмете спора.

Ради тога првостепени суд ће у поновном поступку отклонити учињене битне повреде одредаба парничног поступка у односу на укинути део ожалбене пресуде и донети правилно на закону засновано решење о накнади трошкова парничног поступка.

(Пресуда Окружног суда у Београду, Гж. I 3251/04 од 28. децембар 2004. године)

НАКНАДА ШТЕТЕ

8.

Суд ће досудити правичну новчану накнаду за прејтрљени стѳрах само ако ујѳврди да је реч о стѳраху нарочитијој инјѳензијѳејѳа који изазива ѳрајније ѳсихичке ѳоследице.

Из образложења:

Пресудом Другог општинског суда у Београду XIV П. 3746/01 од 24. 6. 2003. године у ставу првом изреке обавезана је тужена да тужиоцу на име накнаде нематеријалне штете исплати: на име душевних болова због умањења општеживотне активности исплати износ од 250.000,00 динара; на име претрпљених физичких болова износ од 100.000,00 динара; на име претрпљеног страха износ од 100.000,00 динара и на име душевних болова због наружености износ од 45.000,00 динара, све са законском затезном каматом почев од 24. 6. 2003. године, као дана пресуђења. па до исплате. У ставу другом изреке обавезана је тужена да тужиоцу накнади трошкове парничног поступка у износу од 49.300,00 динара.

Пресудом Окружног суда у Београду Гж. 9707/03 од 29. 4. 2004. године у ставу првом изреке одбијена је жалба туженог и потврђена напред наведена пресуда Другог општинског суда у Београду у делу става првог изреке којим је тужена обавезана да тужиоцу на име душевних болова због умањења општеживотне активности исплати износ од 250.000,00 динара, на име претрпљених физичких болова износ од 100.000,00 динара и на име претрпљеног страха износ од 100.000,00 динара, све са припадајућом каматом почев од 24. 6. 2003. године до исплате. У ставу другом изреке првостепена пресуда преиначена је у делу става првог изреке којим је одлучено о накнади штете на име душевних болова због наружености и одбијен тужбени захтев да се тужена обавезе да тужиоцу на име душевних болова због наружености исплати износ од 45.000,00 динара са законском затезном каматом.

Против пресуде Окружног суда у Београду, ревизију је благовремено изјавила тужена, побијајући је у ставу првом изреке, због битне повреде одредаба парничног поступка и због погрешне примене материјалног права.

Испитујући другостепену пресуду у побијаном делу, а у смислу члана 386. ЗПП, Врховни суд Србије налази да је ревизија тужене делимично основана.

У спроведеном поступку нема битне повреде одредаба парничног поступка из члана 354. став 2. тачка 11. ЗПП, на коју се у ревизијском поступку пази по службеној дужности. Ревизијом се неосновано указује на битну повреду одредаба парничног поступка из члана 354. став 2. тачка 14. ЗПП, будући да побијана пресуда нема никаквих недостатака због којих се не може испитати.

Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је 21. 3. 1992. године као припадник јединице под командом ЈНА тешко рањен у сукобу са паравојним формацијама тадашње Републике Хрватске. Том приликом тужилац је задобио тешке телесне повреде, због чега је трпео физичке болове чије је време трајања и интензитет утврђен вештачењем. Као последица рањавања код тужиоца је умањена општеживотна способност за 20%, која се изражава кроз умањену покретљивост у десном скочном зглобу у лакој степену у поређењу са здравом ногом, хронични остеомијелитис петне кости са фистулом и велики ожиљак на пети после дефекта меког ткива. У тренутку повређивања тужилац је претрпео страх јаког интензитета, примарни страх који је трајао неколико минута, а затим се појавила забринутост – секундарни страх који је трајао до маја 1992. године. Претрпљени страх примарни и секундарни није оставио последице у психичкој сфери тужиоца, али су остале последице (хронични остеомијелитис који захтева честе хируршке интервенције), што изазива душевне болове средњег интензитета. који умањују општеживотну способност за 5%, те је на основу усаглашених налаза судских вештака од 11. 5. 2003. године утврђено да код тужиоца постоји умањење општеживотне способности за 20%.

Код овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилном применом одредбе члана 200. Закона о облигационим односима обавезали тужену да тужиоцу на име накнаде нематеријалне штете и то на име душевних болова због умањења општеживотне активности исплати износ од 250.000,00 динара и на име претрпљених физичких болова износ од 100.000,00 динара, са припадајућом каматом почев од 24. 6. 2003. године до исплате. Досуђени износи по наведеним основима представљају правичну новчану накнаду у смислу цитиране законске одредбе, јер су нижестепени судови приликом одлучивања о висини накнаде нематеријалне штете водили рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, као и о томе да се њоме

не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом. Стога су неосновани наводи ревизије да су износи досуђени тужиоцу на име накнаде нематеријалне штете по наведеним основима превисоки, те да је суд приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете погрешно применио одредбу члана 200. Закона о облигационим односима.

Ревизијом се основано указује да су нижестепени судови погрешно применили материјално право када су туженог обавезали да тужиоцу на име претрпљеног страха исплати износ од 100.000,00 динара.

Услов да се може досудити накнада неимовинске штете за претрпљени страх није у томе да ли је реч о примарној или секундарној појави страха, већ у томе да ли се ради о правно релевантном душевном поремећају нарочитог интензитета. За сваки страх не припада накнада штете, већ само кад је проузроковани страх нарочито интензиван, а поремећај њим изазван трајније природе. Та разлика има своје оправдање, јер без тих услова страх не представља поремећај осећајне сфере људског организма са трајним релевантним последицама, не представља негативну последицу коју у домену накнаде неимовинске штете оправдава задовољење у виду одређеног новчаног износа.

Код чињенице да претрпљени страх примарни и секундарни код тужиоца није оставио последице у психичкој сфери, али су остале последице (хронични остеомијелитис који захтева честе хируршке интервенције), што изазива душевне болове средњег интензитета који умањују општу животну способност за 5%, овај суд налази да тужиоцу не припада накнада неимовинске штете на име претрпљеног страха. Ово са разлога што су последице страха који је тужилац претрпео утицале на умањење општеживотне активности тужиоца за 5%, тако да досуђени износ на име накнаде неимовинске штете за умањење општеживотне способности садржи и накнаду за претрпљени страх. Због претрпљеног страха не може се досудити накнада неимовинске штете по два основа, те су стога нижестепене пресуде преиначене у делу којим је тужена обавезана да тужиоцу на име претрпљених физичких болова исплати износ од 100.000,00 динара.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3003/04 од 28. октобра 2004. године)

9.

Суђружник и деца лица које је њовређено у актиу насиља или њерора имају њраво на накнаду моралне њиђеије само уколико се њелесна њовреда њиховог суђружника, односно родиђелња квалификује као њежак инвалиђиђеи.

Из образложења:

Пресудом Првог Општинског суда у Београду П. бр. 5278/99 од 31. 10. 2001. године, ставом првим изреке тужена је обавезана да тужиоцу Јокић Браниславу исплати на име физичких болова 250.000 динара, на име умањења општеживотне активности 500.000 динара и на име наружења 100.000 динара, да тужиљи Љиљани Јокић на име душевних болова исплати 100.000 динара, тужиоцима Јокић Дарку, Борку и Нову на име претрпљених душевних болова по 100.000 динара, све са законском затезном каматом почевши од пресуђења па до исплате. Ставом другим изреке одбијен је тужбени захтев тужиоца Бранислава Јокића за накнаду нематеријалне штете на име умањења општеживотне активности преко досуђеног износа, а ставом трећим изреке обавезана је тужена да тужиоцима накнади трошкове парничног поступка у износу од 74.400 динара.

Допунском пресудом под истим бројем и са истим датумом, обавезана је тужена да тужиоцу Браниславу Јокићу исплати на име претрпљеног страха 100.000 динара, док је преко овако досуђеног износа његов тужбени захтев одбијен као неоснован.

Пресудом Окружног суда у Београду Гж. 9445/02 од 26. 2. 2003. године, ставом првим изреке одбијене су као неосноване жалбе парничних странака и потврђена је првостепена пресуда у ставу првом и другом изреке, и допунска пресуда. Ставом другим изреке укинута је првостепена пресуда у ставу три изреке која се односи на трошкове поступка и у овом делу предмет је враћен истом суду на поновни поступак. Против другостепене пресуде тужена је благовремено изјавила ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права. Испитујући побијану пресуду у смислу члана 386. ЗПП-а, Врховни суд је нашао да је ревизија тужене делимично основана. У поступку није учињена битна повреда одредаба парничног поступка из члана 354. став 2. тачка 11. ЗПП на коју Врховни суд пази по службеној дужности.

Према утврђеном чињеничном стању, тужилац Бранилав Јокић повређен је дана 3. 12. 1998. године приликом одласка на службени пут у Приштину, када су на њега пуцали припадници ОВК. Том приликом тужилац је претрпео тешке телесне повреде због којих је трпео физички бол јаког интензитета у трајању од пет дана, бол средњег интензитета око 23 дана, а затим бол слабијег интензитета који повремено и сада осећа. Животна активност је тужиоцу умањена за 50%, због отежаног пражњења црева, немогућности узимања тешке хране, одстрањеног левог бубрега и искључења дебелог црева. Тужилац је претрпео естетско наружење лакшег степена, а страх је био јаког интензитета око 12 часова, а затим средњег интензитета у трајању од око седам дана.

Код овако утврђеног чињеничног стања, правилно су нижестепени судови применили материјално право када су обавезали тужену

да тужиоцу Браниславу Јокићу накнади насталу нематеријалну штету у смислу члана 180. Закона о облигационим односима. Међутим, ревизијом тужене основано се истиче да је у побиијаној пресуди погрешно примењено материјално право у делу којим је тужиоцу досуђена накнада на име претрпљених физичких болова и на име претрпљених душевних болова због умањења општеживотне активности.

По оцени Врховног суда, тужиоцу Браниславу Јокићу припада правична новчана накнада на име претрпљених физичких болова у износу од 120.000 динара и на име претрпљених душевних болова због умањења општеживотне активности у износу од 250.000 динара. Ови износи у складу су са трајањем и интензитетом претрпљених физичких болова као и степеном умањења општеживотне активности, одговарају значају повређеног добра и циљу коме ова накнада служи, у смислу члана 200. Закона о облигационим односима. Стога су нижестепене пресуде преиначене и тужиоцу су по овим видовима нематеријалне штете досуђени наведени износи, док је преко ових износа његов тужбени захтев одбијен као неоснован.

Такође се основано ревизијом тужене истиче да код тужиоца Бранислава Јокића не постоји нарочито тешки инвалидитет у смислу члана 201. став 3. Закона о облигационом односима, који би оправдавао досуђивање накнаде на име претрпљених душевних болова његовој супрузи и синовима. Наиме, ову накнаду могуће је досудити само у случају постојања нарочито тешког инвалидитета блиског лица, због кога брачни друг и деца трпе посебне душевне патње. Међутим, код тужиоца Бранислава Јокића повреде нису изазвале такве промене телесног интегритета нити довеле до таквих последица које се могу окарактерисати као нарочито тешки инвалидитет због којег блиски сродници трпе посебне душевне патње, па стога по оцени Врховног суда нема основа за досуђивање накнаде нематеријалне штете супрузи и синовима тужиоца по овом основу, у смислу члана 201. став 3. Закона о облигационим односима. Стога је тужбени захтев тужилаца Љиљане Јокић, Дарка, Борка и Нова Јокића одбијен као неоснован.

По налажењу Врховног суда, тужиоцу Браниславу Јокићу досуђена је правична новчана накнада на име претрпљеног страха и душевних болова услед наружености. Досуђни износи у складу су са трајањем и интензитетом страха и обимом наружености, као и циљем коме накнада служи и значајем повређеног добра у смислу члана 200. став 2. Закона о облигационим односима. Стога се ревизијом тужене неосновано истиче да су тужиоцу досуђени превисоки износи на име накнаде нематеријалне штете по наведеним видовима.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3795/03 од 10. јуна 2004. године)

10.

Ошћенењеник не може у њарничном ѡсћѡујку осћварити ѡраво на накнаду моралне шћѡење све док је на снази ућвор о ѡравнању закључен између ошћенењеника и њећовоћ осћћуравача којим се ошћенењеник изричито одрекао ѡрава на накнаду ове врћѡе шћѡење.

Из образложења:

Пресудом Другог општинског суда у Београду П. 3557/98 од 15. 11. 2002. године, ставом првим изреке одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиље према друготуженом „СИМ – осигурању”, којим је тражено да се друготужени обавезе да солидармо са првотуженим Славком Јовановићем из Београда исплати тужиљи нематеријалну штету и то на име претрпљеног страха 40.000 динара, на име претрпљених физичких болова 60.000 динара, на име наружености 40.000 динара и на име психичких болова због умањења животне активности 50.000 динара, као и на име накнаде материјалне штете износ од 1.175 динара са припадајућом каматом. Ставом другим изреке делимично је усвојен тужбени захтев тужиље у односу на туженог Славка Јовановића, па је обавезан тужени Славко Јовановић да накнади тужиљи нематеријалну штету и то 5.000 динара на име претрпљеног страха, 4.000 динара на име претрпљених физичких болова, 2.000 динара ма име наружености и 15.000 динара на име претрпљених душевних болова због умањења животне активности, укупно 29.000 са каматом почев од дана пресућења од 15. 11. 2002. године па до исплате, као и да јој исплати 587,50 динара на име накнаде материјалне штете са каматом почев од дана подношења тужбе 30. 6. 1998. године па до исплате. Ставом трећим изреке делимично је одбијен тужбени захтев тужиље преко досућеног износа из става другог изреке, за 35.000 динара на име претрпљеног страха, 56.000 динара на име претрпљених физичких болова, 38.000 динара на име наружености, 35.000 динара на име претрпљених душевних болова због умањења животне активности и 587,50 динара на име накнаде материјалне штете, укупно за износ од 164.587,50 динара са припадајућом каматом. Ставом четвртим изреке констатовано је да је тужба тужиље против тужених повучена у делу камате за износ од 1.175 динара за период од 31. 12. 1997. године па до 30. 6. 1998. године. Ставом петим изреке одлучено је да свака странка сноси своје трошкове поступка.

Одлучујући о жалбама тужиље и туженог Славка Јовановића Окружни суд у Београду је пресудом Гж. 10706/03 од 23. 2. 2004. године, ставом првим изреке одбио као неосновну жалбу тужиље и потврдио првостепену пресуду у ставу првом изреке. Ставом другим изреке укинуо је првостепену пресуду у ставу другом, трећем и петом изреке и у том делу предмет вратио првостепеном суду на поновно сућење.

Против наведене другостепене пресуде у ставу првом изреке тужиља је благовремено изјавила ревизију због битне повреде одредаба ЗПП и погрешне примене материјалног права.

Тужени Славко Јовановић је поднео одговор на ревизију тужиље.

Испитујући побијану пресуду у смислу члана 386. ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија тужиље неоснована.

У правоснажно окончаном поступку утврђено је да је 31. 12. 1997. године дошло до саобраћајног удеса у Улици Булевар војводе Мишића бр. 92 у Београду у коме су учествовала три возила, и то: возило марке „Рено 4” регистарски број БГ 705-984 које је власништво тужиље Павловић Ане, а којим возилом је управљао Драгољуб Павловић, док је Ана Павловић била сувозач, друго возило марке „Мерцедес” регистарки бр. БГ 333-904 које власништво и којим је управљао првотужени Славко Јовановић а које возило је било осигурано у тренутку настанка штетног догађаја код друготуженог „СИМ – осигурање”, и треће возило марке „Југо” регистарски број БГ 429-993 које је власништво и којим је управљао Љубомир Миљковић. До саобраћајног удеса је дошло на тај начин што је због одржавања новогодишњег сајма у Улици Булевар војводе Мишића била велика гужва услед чега је саобраћајни милиционер регулисао саобраћај и непосредно пред сам удес сигнализирао возилима која су се кретала из правца мостарске петље у Улици Радничкој да убрзају скретање својих возила па је возач Драгољуб Павловић управљајући својим возилом у коме се налазила као сувозач Ана Павловић пратећи сигнализацију коју даје саобраћајни милиционер у једном моменту угледао да возило испред њега стоји због саобраћајне гужве услед чега је нагло заклочио и услед наглог кочења на њега је налетело возило отпозади којим је управљао првотужени Славко Јовановић, а од силине удара возило којим је управљао Павловић Драгољуб налетело је на возило испред себе којим је управљао Миљковић Љубомир. Том приликом је тужиља задобила повреду прелома првог вратног пршљена услед чега је трпела страх и физичке болове одређеног интензитета и дужине трајања који су утврђени медицинским вештачењем. Код тужиље је дошло до естетског наружења у изузетно благом степену а животна активност јој је умањена за 5%. Тужиља је закључила са друготуженим „СИМ осигурање” дана 20. 3. 1998. вансудско поравнање у коме је констатовано да је у штетном догађају 31. 12. 1997. године тужиља претрпела имовинску штету, према записнику о оштећењу и одлуци о ликвидацији штете у износу од 4.857 динара а неимовинску штету у износу од 00 динара па је осигуравач обавезан да исплати тужиљи укупно 4.857 динара који износ је тужиља примила. Ставом другим овог поравнања констатовано је да су се странке сагласно споразумеле о свему, док је у ставу три поравнања констатовано да исплатом утврђене накнаде штете из тачке један и два тог поравнања оштећена у потпуности намирена за сву имовинску и

неимовинску штету која је проистекла или може проистећи из штетног догађаја наведеног у тачки један овог поравнања, те да оштећени изјављује да по основу накнаде штете из овог штетног догађаја није примила нити очекује да прими било какву накнаду штете ни од једног друштвеног, правног, физичког или грађанско-правног лица и да се одриче било каквог другог захтева за накнаду штете према осигуранику – штетнику или осигуравачу, а у ставу четири странке су сагласно изјавиле да се одричу побијањем овог поравнања по ма ком основу као да исто није закључено под било каквом принудом, претњом или заблудом. Ово поравнање потписано је од стране тужиље Павловић Ане као и оверено печатом друготуженог „СИМ осигурања”.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања правилно су нижестепени судови применили материјално право када су одбили тужбени захтев тужиље као неоснован у односу на друготуженог којим је тражила да се друготужени обавезе да солидарно са првотуженим Јовановић Славком из Београда исплати тужиљи како нематеријалну тако и материјалну штету, јер закључено ван судског поравнања са „СИМ осигурањем” има карактеристике уговора о поравнању у смислу члана 1089. Закона о облигационим односима.

Одредбом члана 1089. ЗОО прописано је да се уговором о поравнању лица између којих постоји спор или неизвесност о неком правном односу, помоћу узајамних попуштања прекидају спор, односно уклањају неизвесност и одређују своја узајамна права и обавезе.

Имајући у виду цитирану законску одредбу као и чињеницу да је између странака постојао спор и неизвесност у погледу висине потраживања на које тужиља има право, да су закључујући вансудско поравнање обе странке уклониле неизвесност, одредиле своја узајамна права и обавезе, да тужиља има способност уговорања и способност располагања правом које је предмет поравнања у смислу члана 1091. Закона о облигационим односима, да је предмет поравнања допуштен и није ништав у смислу члана 1092. став 3. Закона о облигационим односима, да наведено поравнање до момента закључења главне расправе пред првостепеним судом није поништено из разлога апсолутне или релативне ништавости нити је тражен његов раскид, то је побијана одлука у свему правилна и законита.

Обзиром да се тужиља у наведеном вансудском поравнању изричито одрекла тражења накнаде за све видове нематеријалне штете, то она не може ни у овој парници остварити право на накнаду исте по истом основу, јер је материјално правни однос између странака закљученим вансудским поравнањем дефинитивно решен у складу са његовом израженом вољом. Наиме, закључено поравнање између осигуравајуће организације и оштећене тужиље обавезује странке те тужиља док је ово поравнање на снази не може ништа потраживати од

туженог осигуравача, јер је поравнањем уговорени износ тужиља прихватила као пуну накнаду штете.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3406/04 од 15. децембра 2004. године)

ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЂЕЊЕ

11.

Лице које се неосновано обогаћило има обавезу да врати оно што је у његову имовину ушло без правног основа или да накнади вредности прибављених користи.

Из образложења:

Правоснажном пресудом Окружног суда у Београду Гж. 9556/03 од 18. 11. 2003. године одбијена је жалба тужиоца и потврђена пресуда Општинског суда у Лазаревцу П. 1051/99 од 15. 4. 2003. године у делу којим је одбијен тужбени захтев тужиоца да се утврди да је он по основу сопствених средстава и сопственом изградњом постао власник 1/2 дела пословног објекта – продавнице П+ПК, габарита 7,28 x 5,64, који се налази на парцели 872/2, површине 0.04.05 ha у Улици Димитрија Туцовића између броја 2 и 4 уписане у ЗКУЛ бр. 1707 КО Лазаревац као тело 3, на коме су као власници уписани тужени Чабараја – Мининчић Бранке и Мининчић Милана са по 1/2, те да је постао корисник катастарске парцеле 872/2 са уделом од 25/405 уписане као тело 1 у власничком листу ЗКУЛ бр. 1707 на име тужене Бранке Чабараја са 12/405 и на име туженог Милана Мининчића на 13/405, а све ово по основу усменог договора о поклону закљученог између тужиоца и тужених и усвојен противтужбени захтев тужених да се обавезе тужилац да туженима преда у посед локал П+ПК изграђен на катастарској парцели број 872/2 уписане у ЗКУЛ бр. 1707 КО Лазаревац, ослобођен од свих лица и ствари. Истом пресудом потврђена је првостепена пресуда у делу изреке којом је усвојен евентуални тужбени захтев тужиоца и обавезани тужени да му плате по основу уложених средстава и рада на грађевинском објекту П+ПК изграђеном на катастарској парцели 872/2 уписаног у ЗКУЛ бр. 1707 КО Лазаревац износ 1.242.558,75 динара са припадајућом каматом од 21. 6. 2002. године до исплате и потврђено решење о парничним трошковима а жалбе парничних странака у том делу одбијене.

Против пресуде Окружног суда у Београду тужени су благовремено изјавили ревизију због битне повреде одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побјигану пресуду у смислу члана 386. ЗПП, Врховни суд је нашао да је ревизија тужених делимично основана.

Нема битне повреде одредаба парничног поступка из члана 354. став 2. тачка 11. ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности. Разлози о одлучним чињеницама довољни су и јасни, па нема ни битних повреде одредаба парничног поступка на које се ревизијом указује. Наводи ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани. Према утврђеном чињеничном стању тужени су били корисници катастарске парцеле, која је грађевинско земљиште у КО Лазаревац, па су дозволили тужиоцу да својим средствима на тој парцели изгради пословни објекат. Када је тужилац изградио пословни објекат, 1996. године с туженима је закључио уговор о закупу од 25. 12. 1996. године, којим је било уговорено да тужилац изврши додатне радове, наведене у уговору, да ће се његово улагање урачунати у закупнину за пет година, да је уговор закључен на неодређено време и да у истом нема уговорене закупнине. Тужени су након прибављања употребне дозволе 26. 11. 1999. године уписани као власници саграђеног објекта на по 1/2 дела а 22. 2. 2001. године тужиоцу су дали усмени отказ уговора о закупу. Између парничних странака усмено је постигнут споразум да тужени тужиоцу бесплатно уступе плац, на коме је објекат саграђен, па је тужилац вршио улагања, уверен да гради пословни објекат за себе. Стога је тужилац, приликом градње извршио измену објекта у односу на пројектну документацију, па су поједине позиције изграђене од квалитетнијег и скупљег материјала. Вредност грађевинских радова на објекту, који је тужилац изградио износи 1.242.558,75 динара.

Нижестепени судови су правилном одлуком усвојили евентуални тужбени захтев тужиоца и обавезали тужене да му исплате износ од 1.242.558,75 динара што је вредност грађевинског објекта.

Према члану 210. Закона о облигационим односима кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће да накнади вредност постигнутих користи.

Нижестепени судови су правилном применом одредби члана 210. ЗОО закључили да су тужени без основа постигли имовинску корист у висини грађевинске вредности објекта, који је својим средствима изградио тужилац, чији су власници тужени.

Неосновани су ревизијски наводи о повреди начела једнаке вредности давања, јер одлуке нижестепених судова које обавезује тужене да тужиоцу исплате утврђени износ представљају доследну примену овог начела. Ово из разлога што је ставом 3. Уговора о закупу од 25. 12. 1996. године, на чијој примени тужени инсистирају у ревизији, утврђено које је радове тужилац био дужан да предузме на објекту, а чија би се вредност урачунала у закупнину. Вредност грађевинског објекта које је тужилац изградио, неупоредиво је већа, што су судови одредили према налазу судског вештака, на који тужени нису имали

приговоре. Наводи ревизије о погрешној примени материјалног права на одлуку о камати на чије су плаћање тужени обавезани, а на износ накнаде од 1.242.558,75 динара су основани. Нижестепени судови су погрешно применили материјално право, кала су обавезали тужене на законску затезну камату од 21. 6. 2002. године, будући да тужилац има право на затезну камату од дана постављања тужбеног захтева, а то је 15. 4. 2003. године, када је на рочишту извршио преиначење тужбеног захтева, након коначног изјашњења судског вештака о висини вредности грађевинских радова. Осталим наводима ревизије побија се утврђено чињенично стање, што не може бити ревизијски разлог у смислу члана 385. став 3. ЗПП.

Из изнетих разлога, Врховни суд Србије је на основу члана 395. став 1. ЗПП, делимично усвојио ревизију тужених и као у ставу I преиначио одлуку нижестепених судова у односу на камату, а у осталом делу ревизију одбио на основу члана 393. ЗПП, као у ставу II ове пресуде.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 967/04 од 22. децембра 2004. године)

12.

Ималац ствари има право на накнаду оних користи које је дружи стварао употребом његове ствари, без обзира на то да ли је употребом ствари имаоу причињена штета.

Из образложења:

Пресудом Другог општинског суда у Београду П. 5513/92 од 19. 1. 2001. године ставом I изреке делимично је усвојен тужбени захтев тужилаца Тодоровић Миодрага и Тодоровић Димитрија, па су обавезани тужени Ваљаревић Вера, Ваљаревић Владимир и Ваљаревић Слободан да тужиоцима солидарно плате 229.795,00 динара, са каматом на овај износ по Закону о висини стопе затезне камате од 22. 2. 1996. године до исплате. Ставом II изреке преко досуђеног износа од 229.795,00 динара до траженог износа од 472.381,80 динара тужбени захтев је одбијен. Ставом III изреке констатовано је да је противтужба Ваљаревић Вере, Ваљаревић Владимира и Ваљаревић Слободана, повучена.

Пресудом Окружног суда у Београду Гж. 4734/01 од 14. 6. 2001. године одбијене су као неосноване жалбе тужилаца и тужених, а пресуда Другог општинског суда у Београду је потврђена.

Против наведене другостепене пресуде, тужиоци и тужени су благовремено изјавили ревизије и то тужиоци због погрешне примене материјалног права, а тужени због битних повреда одредаба парничног поступка и због погрешне примене материјалног права.

Врховни суд је на основу одредбе члана 386. ЗПП, испитао побијане пресуде и нашао:

Ревизија тужилаца је неоснована, а ревизија тужених је делимично основана.

У поступку није учињена битна повреда одредбе члана 354. став 2. тачка 11. ЗПП, на коју Врховни суд у поступку по ревизији пази по службеној дужности, а ни битна повреда одредбе члана 354. став 2. тачка 14. ЗПП, на коју се указује ревизијом тужених, јер је побијана пресуда потпуна, јасна и правилна и садржи све што је потребно да би се могла испитати.

Према утврђеном чињеничном стању, од 5. 1. 1981. године до 27. 7. 1993. године тужени су без правног основа користили петособан конфоран стан површине 150,05 m² који се налази у Улици Теодора Драјзера број 34 на првом спрату индивидуалне породичне стамбене зграде у Београду, чији су власници тужиоци. Све до своје смрти, тј. до 4. 1. 1981. године, сада пок. Јовановић Зорка користила је овај стан по основу личног права становања, а тужени су наставили да га користе до 27. 7. 1993. године, када су у поступку извршења правоснажне пресуде Другог општинског суда у Београду П. 3679/89 од 5. 2. 1992. године тужени сада пок. Предраг Ваљаревић и Вера Ваљаревић обавезани да се са свим лицима и стварима иселе из истог и предају тужиоцима, и којим је одбијен и противтужбени захтев којим су наведени тужени Вера и Предраг Ваљаревић тражили да се утврди да су на том стану стекли право заштићених подстанара. У спорном периоду тужени су вршили уплате одређених износа у судски депозит у корист тужилаца на име станарине и других доприноса. Висина месечне закупнине за предметни стан према слободној погодби је према налазу и мишљењу судског вештака 950 еквивалената (однос 1 ДЕМ према 3,3 ДИН), према критеријумима из Одлуке о утврђивању накнаде за коришћење стана из 1959. и из 1985. године, а на дан допуне налаза и мишљења 22. 2. 1996. године за период 5. 1. 1981. године до 27. 7. 1993. године ова накнада износи 472.281,80 динара.

На основу тако утврђеног чињеничног стања правилно су нижестепени судови применили материјално право – члан 210. као и члан 219. ЗОО, када су делимично усвојили тужбени захтев тужилаца за главни дуг са каматом, а одбили противтужбени захтев туженика као неоснован.

Наиме, како су тужени пре смрти покојне Зоре Јовановић, као и после њене смрти (4. 1. 1981. године) предметни стан користили без правног основа, што значи да са тужиоцима нису имали закључен усмени или писмени споразум, ни сагласност тужилаца да исти користе, правилно су нижестепени судови нашли да тужиоцима по основу стицања без основа припада право да им тужени плате накнаду за коришћење предметног стана за спорни период у висини економске станарине, односно по слободној погодби, у смислу одредби члана 210. став 1. и члана 219. ЗОО, пошто су на рачун тужилаца стекли корист

употребом предметног стана. Све то време тужени су знали да стан користе без правног основа, што је и утврђено напред наведеном правоснажном пресудом Другог општинског суда у Београду од 5. 2. 1992. године.

Правилно је од стране нижестепених судова оцењено да је истакнути приговор застарелости делимично основан и то за период од 5. 1. 1981. године до 17. 6. 1987. године, због чега је тужбени захтев за износ обрачунате накнаде за коришћење предметног стана за овај период одбијен као неоснован. Ово са разлога јер је општи рок застарелости од 5 година прописан ранијом одредбом члана 371. ЗОО, која је тада била на снази, протекао пре подношења тужбе у овој правној ствари дана 17. 6. 1992. године. Како је ова одредба ступањем на снагу Закона о изменама и допунама ЗОО, измењена тако што је прописан општи рок застарелости од 10 година, који се примењује на све правне односе настале пре ступања на снагу овог закона, уколико није протекао петогодишњи рок застарелости, правилно је од стране судова оцењено да за период од 17. 6. 1987. године до 27. 7. 1993. године, овај приговор застарелости није основан и правилно је тужиоцима досуђен износ од 229.795,00 динара, који је вештачењем правилно утврђен.

Међутим, када је у питању досуђена камата на наведени досуђени износ Врховни суд налази да је тужиочев захтев делимично основан. Наиме, судови су тужиоцима досудили камату од 22. 2. 1996. године, као дана допунског вештачења, односно када је утврђена висина обавезе тужених. Како су тужиоци камату на досуђени износ тражили тек поднеском од 6. 12. 2000. године, то им камата припада од тог датума, а не од дана допунског вештачења 22. 2. 1996. године, у смислу одредбе члана 277. у вези с чланом 214. ЗОО, па је за тај период одбијен тужбени захтев за камату и одлучено је као у изреци пресуде под I у погледу тог дела захтева.

Правилно је становиште судова да подношењем тужбе од стране тужилаца против тужених Вере и Предрага Ваљаревића 1984. године, није прекинута застарелост у смислу одредбе члана 388. ЗОО, јер та тужба није тужба поднета против дужника с циљем утврђивања, обезбеђења или остварења спорног потраживања. Такође, правилно је оцењено да уплате станарина, односно трошкова за инвестиционо и текуће одржавања и других трошкова за предметни стан извршене од стране тужених у депозит суда нису правни основ да им се ове уплате и признају. Наиме, тужени у смислу одредбе члана 211. ЗОО, нису имали право да врше исплату ових трошкова, па су стога неосновани наводи ревизије тужених да су се ови исплаћени износи имали узети у обзир, односно евентуално пребити са тужиочевим захтевом.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 271/03 од 22. октобра 2004. године)

ЈЕДНОСТРАНА ИЗЈАВА ВОЉЕ

13.

Јавно обећање наградe сивара за обећаоца уиуживу обавезу да изврши обећану пресјаицију ономе ко први испуни услов за чије испуњење је награда обећана.

Из образложења:

Пресудом Првог општинског суда у Београду П. 10767/92 од 19. 6. 1996. године обавезана је тужена Компанија за новинско-издавачку и графичку делатност „Политика” ДОО да преда тужиљи Јеловац Биљани један авион УЛ (ултралаки) типа „Челинџер” II специјал двосед са серијском опремом, као и да јој накнади трошкове поступка у износу од 4.800,00 динара, све у року од 15 дана под претњом принудног извршења, док је решењем повучена тужба којом је тужиља тражила да јој тужена исплати динарску противвредност износа од 38.000 ДЕМ уместо авиона УЛ (ултралаки) типа „Челинџер” II специјал двосед са серијском опремом и у делу у коме је предложено одређивање привремене мере забраном располагања са износом који представља динарску противвредност од 38.000,00 ДЕМ, а одбачен је и предлог тужене Компаније за новинско-издавачку и графичку делатност „Политика” ДОО да се дозволи ступање у парницу на страни тужене Предузећу „Цепелин” и његовом правном следбенику Производно-прометном предузећу „Егал ДМ” као недозвољен.

Одлучујући о жалби тужене против наведене првостепене пресуде (одлуке), Окружни суд у Београду је пресудом Гж. 5853/97 од 29. 10. 1997. године одбио као неосновану жалбу тужене а пресуду Првог општинског суда у Београду П. 10767/92 од 19. 6. 1996. године потврдио.

Против наведене пресуде Окружног суда у Београду, тужена је благовремено изјавила 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 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 на коју се и у ревизији указује, уз објашњење да означени тужени у изреци под тим називом више не постоји, због промене назива фирме које су биле 27. 11. 1996. и 1. 4. 1997. године (а што је значи наступило после доношења првостепене пресуде). У време доношења првостепене пресуде која је по жалби тужене потврђена означеном другостепеном пресудом, тужени је имао назив фирме Компанија за новинско-издавачку и графичку делатност „Политика” ДОО и под тим називом, под којим је тужени и био уписан код суда који води регистар, тужени је означен у уводу и изреци пресуде. Фирма је само

назив под којим предузеће послује са законском могућношћу промене назива фирме на начин одређен оснивачким актом. Чињеницом што је тужени – правно лице (које у смислу члана 77. ЗПП може бити странка у поступку), након доношења првостепене пресуде променио назив фирме са уписом истог код суда који води регистар, тужени није престао да постоји као правни субјекат, ради се о једном истом правном субјекту, само са промењеним називом фирме, чиме тужени није изгубио својство странке у поступку. У проведеном поступку нема ни других повреда из члана 385. став 1. т. 1. и 2. ЗПП, због којих се иначе ревизија може изјавити, а на које тужена у ревизији одређено и не указује.

Разлози ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

У проведеном поступку је утврђено да је тужена Компанија за новинско-издавачку и графичку делатност „Политика” ДОО из Београда, правни следбеник НИП Политика „Радио ТВ ревија” из Београда. „Радио ТВ ревија” је у првој половини 1991. године организовала награду игру „Вежите се, полећемо” под условима објављеним у овом недељнику, и наградна игра је трајала у периоду од 10. маја до 28. јуна 1991. године. Главни добитак у овој наградној игри био је авион типа „Челинџер” УЛ (ултралаки), специјал двосед са серијском опремом. Резултати наградне игре објављени су у броју недељника 1272 од 12. 7. 1991. године према којима је тужиља извукла главни добитак. Описани тип авиона је поседовало Предузеће „Цепелин” из Ваљева, а набављани су преко фирме „Агенда” из Љубљане. Правни претходник туженог је поводом наградне игре код Предузећа „Цепелин” по профактури од 22. 5. 1991. године био уплатио 50% вредности авиона са обавезом да преосталих 50% вредности исплати приликом испоруке авиона. У односној профактури је означено да се ради о авиону УЛ (ултралаки) типа „Челинџер” специјал двосед са серијском опремом. Авион никад није испоручен, па самим тим није извршена ни уплата преосталих 50% вредности авиона. Пресудом због изостанка привредног суда у Ваљеву П. бр. 6510/92 од 4. 11. 1992. године обавезано је предузеће „Цепелин” из Ваљева да НИП „Политици” из Београда преда напред означени тип авиона са серијском опремом, а неспорно је да та пресуда никада није извршена. Решењем Привредног суда у Ваљеву Фи. бр. 9283/93 од 19. 11. 1993. године је решено да је правни следбеник Предузећа „Цепелин” производно-прометно предузеће „Егал ДМ” из Ваљева, Улица Радничка бр. 146.

Правилно нижестепени судови закључују да у конкретном случају нема места примени одредбе члана 354. Закона о облигационим односима, јер околности које је тужена истицала у оспоравању тужбеног захтева, а позивајући се на ову одредбу нису спречавале извршење обавезе тужене из разлога што економски промет са Републиком Словенијом није био прекинут у вези с чим у списима постоји

допис од Савезне управе Царина од 15. 12. 1993. године из чије садржине произилази да са становишта царинских прописа није било забране увоза робе у СРЈ из Републике Словеније од момента њеног одвајања из састава бивше СФРЈ, како од стране физичких лица, тако и од стране правних лица, под условима прописаним важећим одредбама Закона о спољнотрговинском пословању, Царинског закона и осталих подзаконских прописа. Ни из једне одредбе означених закона, а ни Одлуке ограничења увоза из списка царинских квота не произилази ни ограничење ни немогућност промета ствари која је била предмет ове наградне игре. То не произилази ни из Закона о ваздушној пловидби из чије одредбе члана 57. произилази да физичко лице може бити носилац права располагања спортског авиона. Па како је предмет наградне игре била ствар одређена по роду, те уколико се иста није могла набавити преко словеначке фирме због ратних сукоба, те прекида економских односа, нашта се тужена позива, није било законских сметњи да се овакав тип авиона набави на иностраном тржишту и преда тужиљи. Како Врховни суд прихвата ове разлоге нижестепених судова, као правилне и аргументоване, то су разлози ревизије који се односе на потребу примене члана 354. Закона о облигационим односима у решавању ове правне ствари лишени сваког основа.

Правни следбеник Предузећа „Цепелин” а што је производно-прометно предузеће „Егал ДМ” је као треће лице било обавештено о овој парници по члану 211. Закона о парничном поступку. То лице није дало изјаву о ступању у парницу у смислу члана 206. ЗПП. А, како се решење којим се одбија или прихвата учешће умешача може донети само на предлог тога лица, а не саме странке у поступку, то нижестепени судови правилно закључују да је недозвољен предлог тужене странке да се прихвати мешање предузећа „Егал ДМ” на страни туженог, у коме смислу је одлучено побијаном пресудом која у себи инкорпорира то решење, уз дато образложење од оба нижестепена суда, која као правилна прихвата и Врховни суд. Тиме су лишени основа наводи ревизије да другостепени суд није одлучиовао о жалби тужене против решења о одбацивању као недозвољеног овог предлога туженог.

Супротно тврдњи ревидента да није правилно утврђен прави предмет јавног обећања награде (уз објашњење да није обећана и серијска опрема), нижестепени судови су из садржине наградне игре која је трајала од 10. 5. до 28. 6. 1991. године, профактуре правног претходника туженог од 22. 5. 1991. године и изреке пресуде због изостанка Општинског суда у Ваљевоу П. бр. 6510/92 од 4. 11. 1992. године правилно утврдили ову релевантну чињеницу да је предмет јавно обећане награде био један авион ултралаки типа „Черинџер” II специјал двосед и то управо са серијском опремом.

У присуству овако утврђеног чињеничног стања, да се ради о обећању награде учињене јавним огласом, да су у објављеној наградној игри одређени услови такве наградне игре, и да је тужиља као учесник

а испуњавајући услове добила главну награду – згодитак у тој наградној игри (а које чињенично стање се не може побијати пред ревизијским судом), нижестепени судови су правилном применом материјалног права садржаног у одредбама члана 229, члана 231. и члана 233. Закона о облигационим односима обавезали туженог као правног следбеника обећаваоца награде да преда тужиљи добитак из ове наградне игре а што је један авион ултралаки типа „Черинџер” II специјал двосед са серијском опремом.

Одредбама члана 229. Закона о облигационим односима је прописано да јавним огласом учињено обећање награде ономе ко изврши одређену радњу, постигне неки успех, нађе се у одређеној ситуацији, или ако је обећање учињено под неким другим условом, обавезује обећаваоца да испуни обећање, док је одредбама члана 231. истог закона прописано да право на награду има онај ко први изврши радњу за коју је награда обећана.

Јавно обећање награде као једнострана изјава воље неког лица јесте извор облигационог односа у том смислу што ствара обавезе за обећаваоца да испуни обећање. Обавеза обећаваоца настаје чим је објављен јавни оглас. У јавном огласу мора бити тачно одређена награда која ће припасти лицу које задовољи услове из јавног огласа. Награда може бити у новцу, ствари, или некој бесплатној чинидби. Обећавалац једнострано јавним огласом одређује и услове истог. Лице које има право на награду не мора захтевати награду. Међутим, како тужиља у конкретном случају као учесник ове наградне игре која је испунила услове из исте и добила главни предметни згодитак, није од правног претходника туженог као обећаваоца награде а ни од туженог као правног следбеника обећаваоца награде, добровољним путем ту награду добила, то је тужиља овлашћена да тужбом суду тражи обавезивање на испуњење ове обавезе, што је тужиља конкретно у овој правној ствари затражила и побијаном пресудом у том смислу и са тих разлога правилно је и одлучено.

Зато разлози ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 6624/99 од 19. децембра 2000. године)

Rodolfo Sacco e Giorgio Nova,
Il Contratto, Tomo Primo XIV + 911 pp;
Tomo secondo XIII + 791 pp,
UTET Torino 2004

А. УВОД

Први сусрет са професором Саком (Rodolfo Sacco) збио се готово пре тридесет година. У богатој библиотеци Института за упоредно право која је била у пуном процвату и обиловала чудесним књигама (док је наша библиотека на Правном факултету пролазила кроз оскудна времена) моју пажњу привукла је, не знам зашто, једна књига окер боје на којој је писало Sacco Il Contratto, Unione Tipografico Editrice Torinese. Имала је више од хиљаду страна. Нејасно ми је што сам је понео кући а још мање ми је јасно што сам је задржао. Италијански нисам знао ни да читам ни да говорим. Узимао сам је с времена на време, мучио се са неколико реченица, па бих је остављао, поново узимао, и тако редом. Због те књиге почео сам да купујем речнике италијанског језика, тако да су у мој кабинет ушли Garzanti, Monier, Zanichelli. Почео сам да понешто распознајем, поглед који се раније губио у магли полако је постајао бистрији, и постепено сам бивао у могућности да наслутим смисао. Пред мојим очима појављивала се и добијала све оштрије контуре велика и лепа интелектуална творевина, какве на нашем језику није било.

А онда, у децембру 2004. године, појавио се на Саветовању српских и црногорских правника у оквиру Копаоничке школе природног права, њен аутор Родолфо Сако и уз посвету даровао ми је треће издање књиге о уговору, у чијем писању му се придружио као сарадник Ђорџо де Нова (Giorgio de Nova).

У овом приказу биће речи о овом новом проширеном издању двојице аутора (друго издање у коме је де Нова такође учествовао било је објављено 1993. године).

Б. САДРЖИНА КЊИГЕ

Књига *Уговор* састоји се из два тома, а ови су подељени на поглавља. Први том обухвата следеће наслове: 1. Општа разматрања (I. Извори и литература, II. Уговор, аутономија и тржиште); 2. Појам уговора (I. Genotipi – скупови наслеђених особина и fenotipi – резултати узајамног утицаја наслеђених особина и средине; II. Како индивидуализовати уговор. Како избројати уговоре); 3. Закључење споразума (I. Изјава воље; II. Изјаве које установљавају правна дејства и изјаве које их спречавају, закључење уговора; III. Повезаност понуде и прихватања; IV. Уговор и двострано закључење правног посла; V. Сагласност, ћутање и прећутне изјаве воље; VI. Закључење уговора започињањем испуњења; VII. Уговор без изјава воље; VIII. Закључење мултилатералних уговора); 4. Општи услови уговора; 5. Воља (I. Изјава воље и друга питања; II. Општи проблеми воље; III. Разматрања; IV. Заблуда и непотпуно информисање; V. Принуда; VI. Заједничка правила); 6. Противизјаве (I. Симуловани уговор; II. Посредни уговор); 7. Форма (I. Уопште о форми; II. Приватна исправа; III. Остале врсте форми); 8. Кауза (I. Опште теме; II. Посебни проблеми); 9. Остали елементи (I. Изјаве о чињеничном стању; II. Побуда, циљ и интереси; III. Предаја ствари и други облици испуњења).

Други том је краћи и има шест поглавља. У њима су разматране следеће теме: 10. Садржина уговора (I. Општи појмови; II. Услов, уговорна казна, капара; III. Закључење уговора за друго лице); 11. Припремање уговора (I. Преговори; II. Предговор, обавезно закључење уговора, опциони уговор, понуда као извор инструменталних стања, уговорно право прече куповине, поновно закључење уговора о коме је изгубљена ранија исправа); 12. Правна дејства уговора (I. Тумачење; II. Интегрисање; III. Квалификација); 13. Неважећи уговор (I. Ништави уговори; II. Судска одлука; III. Оснажење неважећег уговора; IV. Одговорност за закључење неважећих уговора); 14. Правна средства у двостранообавезним уговорима (I. Раскид уговора због неиспуњења; II. Приговор неиспуњеног уговора; III. Раскид због немогућности

испуњења; IV. Правна средства у случају неочекиваних догађаја); 15. Важније промене у уговорном односу (I. Одустаница; II. Уступање уговора).

Из прегледа садржине може се уочити да књига обухвата материју општег дела уговорног права. На тај начин постигнуто је разграничење са другим деловима облигационог права на двема странама. На првој страни остала су изван домаћаја књиге питања опште теорије облигација: појам и обележја облигације, остали извори облигација (проузроковање штете, правно неосновано обогаћење и квази контракти, итд.), правна дејства и престанак облигација, а на другој страни: материја посебних уговора (именованих и неименованих). У том смислу књига има сличности са делима о уговору као што су у француском праву Jacques Ghestin, *Le contrat* (два тома, Paris 1993 и 2001); у америчком праву E. Allan Farnsworth, *Contracts* (три тома, Boston 1990) и са стандардним уџбеницима у енглеском праву.

В. ОДАБРАНИ ДЕЛОВИ

Није могуће, а није ни уобичајено приказати у потанкостима књигу у целини, па чак ни у њеном значајнијем делу. Мој осврт ће обухватити три теме, које сам изабрао имајући у виду нека карактеристична обележја италијанског права и особености стила једног од аутора (који је написао претежнији део књиге). Реч је, дакле, о следећим деловима: I. Зашто уговор? II. Преговори; III. Кауза.

I. Зашто уговор?

Perché il contratto? Питање је којим ће нас Сако увести у средиште материје. Нема околишања, нема дугих академских увода; расправа је започета директним питањем у чему је смисао и која је сврха бавити се уговором. Одговор је у језгру дат одмах, а у развијеном облику на свих 911 страна прве и 791 страни друге књиге.

Наш животињски предак пренео је човеку једну помало неодређену идеју о облигацији давања, насталу из извора који би се у категоријама изведеним из римског права могао назвати квазиконтрактом. Како је у мраку давних времена могла изгледати једна таква облигација, Сако (у фусноти) као пример наво-

ди обавезу да се дели улов, што је могло погађати учеснике у колективном лову. Онај, који би у својим рукама имао уловљену животињу, морао је дати делове другим учесницима у лову, или макар „трпети” да сваки узме свој удео.

Тако је почела, или је могла почети историја уговора као факта. Али, када и како се та фактичка ситуација винула до свести наших предака и створила представу о правној обавези и о уговору као извору те обавезности? Одговор на то питање Сако даје у следећем облику. На основу чињеница утврђених на поуздан начин, осветљених логично изведеним закључцима може се претпоставити да се од неког, временски непознатог тренутка почело примењивати правило по коме када је неко лице уверавало друга лица да одређена фактичка ситуација постоји, онда оно само није више могло да пориче постојање те ситуације у коју су други поверовали. У неком тренутку, не знамо када, људи су увели финију праксу даривања, која је имала за последицу нарочиту повезаност међу странама. Нешто доцније, настала је замисао о размени код које једна страна нешто чини данас, а друга спонтано даје противнакнаду сутра. Још доцније појавили су се квазиконтракти о правно неоснованом обogaћењу из којих је настајала обавеза реституције и на тај начин су рођени депозит, послуга и пуномоћство (до те фазе стигло се у Хамурабијевом закону али не и даље) и на крају су правном сценом овладали појмови програмиране размене, а то су пре свега идеја о обећању која правно обвезује и идеја о правном послу којим се отуђује право својине.

1. Аутономија воље

Од тада аутономија воље је централна фигура у свету права. Тамо где је размена заснована на консенсуалности, аутономија је гарант једног драгоценог резултата. Сваки од два уговорника приступа размени зато што за њега оно што добија има већу вредност од онога што заузврат даје. Продавца више занима 300.000 евра него земљиште које продаје, купца више интересује земљиште које купује, него 300.000 евра, које треба да исплати. Да није тако, ниједан од њих не би пристао на размену.

Сако закључује, да размењујући, обе стране добијају. За онога ко је без стана, а има довољно пара, кућа је интересантнија и вреднија од онолико евра колико кошта, а за онога ко је

уложио новац у градњу куће новчани износ у еврима је интересантнији и вреднији него кућа.

Аутономија воље је уско повезана са тржиштем на коме влада економски закон понуде и потражње. После свих искустава кроз које су прошле европске земље уопште, а Италија посебно, Сако је дошао до чврстог уверења да је слободно тржиште од изузетног значаја за уговоре. Тамо где цвета тржиште, цветају и аутономија воље и уговор. Уз то, тржиште гарантује рационалност размене (I стр. 19).

2. Уговорна правда

Занимљиво је да Сако уговорну правду заснива на тржишту и његовим законитостима. Његов одговор на питање када је уговор праведан је једноставан: када је у складу са тржиштем. Наиме, када цене нису максимирани, не постоји неки објективни параметар правичности, изван тржишта (а када јесу, судија не може да поставља питање о правичности, него мора да их примени, пошто иза њих стоји ауторитет државе, I стр. 21).

Разуме се, Сако зна да „тржишних цена” нема свугде, јер у многим областима тржиште не постоји. Законодавац који би се са много ентузијазма упустио у борбу за правду, створио би атмосферу неизвесности, неспојиву са примарном функцијом уговора, која се састоји у пружању правне сигурности странама уговорницама у програмирању њихових активности (I стр. 25).

Отуда се може рећи да правичност уговора постоји када се уговор ослања на тржиште, уговорна правда када одговара тржишту а пропорционалност узајамних обавеза уговорника када њихова мера изражава тржиште. Борба за уговорну правду је борба за функционисање тржишта и за успостављање (савршене) конкуренције (I стр. 26).

Из претходних излагања, може се разумети колику важност су имали европски уговори о формирању Европских заједница, доцније Европске уније, којима се уређује слободна конкуренција. У Италији они су изазвали праву идеолошку револуцију, пошто је фашистичким режим био инспирисан супротним идејама корпоративизма и стога наклоњен картелима и конзорцијумима (I стр. 29). Реч није била само о уклањању царинских баријера, у питању је било нешто много важније, то је утемељивање неповредивости слободног тржишта. Под утица-

јем европских уговора (који су 1957. године закључени у Риму) у италијанском законодавству су први пут установљене норме, које означавају борбу против картела и злоупотреба доминантне позиције.

Докле досеже тржиште? Сако је уверен да тржиште ствара и даје човеку више добара и услуга него што ствара и даје било које алтернативно решење. Али то не значи да се од тржишта може захтевати све. Друштвени проблеми сиромашних лица која не могу да прибаве оно што им је неопходно, морају се решавати другим средствима, као што су фискалне мере, јавне службе, социјална помоћ, итд. а не нормама уговорног права. А што се тиче ситуације унутар уговорног права и настојања похлепних појединаца да за себе постигну претерану имовинску корист италијански законодавац располаже једним оружјем које представља кичму грађанско-правног поретка, а то је, читалац ће погодити *кауза*. Сако ће обасути каузу изузетним похвалама и нагласити њену важност (доцније, у разматрањима о каузи одушевљење ће бити знатно мање, судови одмеренији, до тачке на којој ће аутор дозволити могућност да кауза нестане из позитивног права). Кауза је, рећи ће он на овоме месту, челични оклоп закона, противстављен вољи страна уговорница. Кауза представља заштиту колективног интереса наспрот приватном интересу, којем би несавесна страна хтела да потчини правни посао.

Истина, и најлепша девојка на свету не може да пружи више него што има. Отуда, ни кауза није у стању да снизи цену закупу, који не може да је плати, нити може да повиси квалитет производа, нити да дозволи потиштену уговорнику да не врати примљени зајам. Али, ако не може све, кауза може много. Вођена на прави начин расправа о каузи може препородити читаву теорију уговора, спутану догмом о вољи.

Само тема о каузи није за сваког (Сако ће се овде отмено нашалити на рачун оних којима се разматрања о каузи чине као бесплодне схоластичке расправе). То је тема за озбиљне правнике (боље је ако нису оштри); потребан је један нарочити стил понирања у проблем, својствен ономе ко се напатио, много искусио, речју стил болног човека.

II. Преговори

Област преговора заслужује посебну пажњу у овом осврту најпре због тога што су управо у италијанском праву преговори по први пут уређени једним општим правилом у Грађанском законнику (чл. 1337), а затим и стога што Сако ову проблематику разматра на особен начин. Оригиналноста се огледа већ у распореду материје која се излаже и у месту које припада преговорима. Наиме, у првој књизи су разматрани општи појам уговора, закључење споразума, општи услови, воља и изјава воље, форма и кауза, а у другој књизи излагање почиње са садржином уговора, па тек затим, дакле пошто је уговор већ закључен, говори се о припремању уговора, у ком оквиру су разматрана питања о преговорима (*trattative*) и о савесности (*buona fede*) у фази која претходи закључењу уговора.

За разлику од уобичајеног модела излагања у неким уџбеницима у којима се излаже генеза настајања уговора, почев од првих контаката преговарача, до његовог коначног закључења, Сако и Де Нова су изабрали овај помало необичан синтетички модел у којем је оно што временски претходи изложено после онога што следи. Али је можда и због тог разлога законодавна новина италијанског права дошла до пуног изражаја.

1. Правило из члана 1337

Наиме, по угледу на француски Грађански законик (чл. 1134, ст. 3) у којем је било речено да уговори законито закључени треба да буду испуњени савесно (*de bonne foi*) у правним системима се сматрало да су стране дужне да се понашају у доброј вери, али тек од тренутка када је уговор пуноважно закључен. Дотле, а то ће рећи (пре закључења) за време преговора изгледало је као да таква дужност не постоји. Истина, у Немачкој је релативно рано, Рудолф фон Јеринг у једној студији развио схватање о одговорности за скривљени прекид преговора (*culpa in contrahendo*). Истина је такође да се у неким параграфима у немачком Грађанском законнику (§§ 307, 309, 523, ст. 1, 524, ст. 1, 600, 694) говори о појединим питањима накнаде код ове врсте одговорности, али је несумњиво да је тек у италијанском Грађанском законнику по први пут предвиђено опште правило о одговорности за скривљени прекид преговора. То правило са-

држано у чл. 1337 формулисано је на следећи начин: „У току преговора и настајања уговорфа стране су дужне да се понашају савесно”. (*Le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*).

Пишући о поменутој новини у законодавству, Сако наглашава да члан 1337 има веома еластичну природу, која произлази из чињенице што је формулисан у виду општег правила (II, стр. 242). Отуда приликом његове примене ваља употребити све методе тумачења који могу бити од користи, а у првом реду систематски метод и метод анализе интереса. Сако сматра да је ово правило израз начела слободе и солидарности, које је прогласио италијански Устав из 1947. године. Али, то не значи, каже он даље, да се из овеих начела директно и аутоматски стиже до наведеног правила. Сједињене Америчке Државе су одавно прогласиле слбооду као уставно начело, али њихово право није прихватило као опште правило сузбијање несавесности у раздобљу преговора, а на другој страни социјалистичке земље су дуго примењивале солидаристички модел Устава, па ни то није довело до развоја предуговорне одговорности.

Стога се италијански правници, рећи ће Сако, налазе у повољнијој позицији него правници у земљама Common Law-а и у Немачкој. Светиња слободе уговарања сужава простор у коме америчко право може да примењује правило о одговорности за прекид преговора. Правници у САД и у Немачкој морају да воде рачуна о релативно ограниченим случајевима у којима се могу применити правила о деликтној одговорности. Насупрот томе, у италијанском праву, поред посебних правних средстава којима се пружа заштита преговарачима (који су били у заблуди или их је друга страна у току преговорфа или закључења уговора принудила или преварила, чланови 1427, 1439, 1440), постоји погодност општег правила којим се сузбијају преостали случајеви несавесног понашања (II стр. 243–244).

2. Санкција за прекид преговора

Правило о томе да су стране дужне да преговоре воде савесно има, разуме се, свој продужетак у санкцији за случај да су поступале несавесно, а она се огледа у одговорности за скривљени прекид преговорфа. Сагласни у погледу постојања одговорности, правни системи у Европи разликују се кад је реч о њеној

правној природи. У француској правној теорији преовлађује схватање о деликтној одговорности, док се у немачком праву (због ужих оквира појма грађанскоправног деликта) сматра да је реч о нарочитој врсти уговорне одговорности.

У Италији, у којој се могу уочити утицаји обеју поменутих правних култура, мишљења су у правној теорији подељена, мада се може рећи да преовлађује схватање о извануговорној (деликтној) природи одговорности, у ком смислу се изражава и устаљена судска пракса.

3. Деликтна одговорност

Занимљиво је да се не тако давно о овом питању изјаснио и то у прилог деликтне природе одговорности и Европски суд правде. Високи Суд је до тог резултата дошао посредним путем искључујући могућност уговорне природе. Наиме, према схватању Суда, дужност да се преговори воде у доброј вери, није „слободно преузета обавеза једне стране према другој”, него је успостављена законом без обзира да ли је реч о посебној одредби закона или о општем начелу о савесности.

Иако је у својим младалачким радовима изложио хипотезу да одговорност за скривљени прекид преговора представља трећу врсту одговорности (што ће рећи да није ни деликтна ни уговорна) Сако се у свом зрелијем раздобљу, почев још од првог издања, па и у овом трећем издању, определио за деликтну природу предуговорне одговорности. По његовом мишљењу питање правне природе ове одговорности не поставља се тако што ћемо се за одговор обратити норми из члана 1337, него тако што ћемо тумачити правило из члана 2043 (у коме је садржано опште правило о деликтној одговорности). Наиме, да члан 1337 не постоји, нелојалност можда не би пала под удар правила из члана 2043. Обратно, правило из члана 1337 тумачи правило из члана 2043 и на основу тога постаје неоспорно да је штета причињена нелојалним понашањем стране у току преговора „неправична” (*danno ingiusto*) те да према томе заслужује накнаду.

4. Негативни уговорни интерес

Деликтној природи одговорности за скривљени прекид преговора одговара накнада штете у облику негативног интереса. Што се тиче питања да ли накнада негативног интереса може да обухвати и накнаду изгубљене добити, у италијанској правној теорији има мишљења да право на накнаду треба да обухвати измаклу добит коју је оштећена страна очекивала из уговора који није закључен.

Сако не прихвата ово мишљење и сматра, ослањајући се између осталог, и на становиште италијанског Касационог суда да накнада штете, истина, треба да обухвати и измаклу добит, али не из уговора који је оштећена страна хтела да закључи са сапреговарачем (који је скривљено прекинуо преговоре) јер тај уговор није закључен, па не може ни донети добитак коме се оштећени надао, него измакли добитак на другој страни, из уговора, који је оштећена страна одбила да закључи, верујући да ће у преговорима са (доцније се показало) нелојалним преговарачем постићи више (II стр. 262–263).

III. Кауза

И у новом италијанском Грађанском закону из 1942, као и у оном ранијем из 1865. године, кауза је уз сагласност воље страна уговорница, предмет и форму (када је ова предвиђена законом), један од елемената неопходних за закључење и пуноважност уговора. У томе се огледа утицај француског Грађанског законика, у коме кауза има важну улогу и даје обележје правном систему за разлику од неких других законика, у којима се кауза уговора не помиње.

1. Кауза као разлог обвезивања

У првом раздобљу, у коме је преовлађивао утицај француског права, у италијанској правној теорији је расправа о каузи вођена око могућности да се њен појам схвати субјективистички. Већина правних писаца је посматрала каузу као одлучујућу и у исто време типичну побуду која подстиче неко лице да закључи уговор. Сако ће на овом месту приметити да се говорило о лицу у једнини, а да није речено на које од два лица се

при томе мисли (I стр. 778). А мислило се (иако није било прецизирано) на уговорника који се обавезује. Наиме, у евентуалном спору тужилац ће тврдити да му је тужени уговорник обећао да ће нешто учинити, и да би своје тврђење поткрепио, тужилац ће морати да докаже да постоји „кауза” његовог захтева, а то ће рећи разлог због којег се тужени уговорник обавезао (тужиочева противчинидба у двостранообавезним уговорима, *animus donandi* у добротиним уговорима) и који објашњава жртву обећаоца. Сако даље наводи, да у правној теорији није довољно уочено да се и у француском Грађанском законнику (члан 1131) и у првом италијанском Законнику из 1865. године (члан 1119) говори час о „каузи облигације”, час о „каузи уговора”, као да је реч о истој појави и као да између ових назива нема разлике, ни у значењима ни у појму. До конфузије дошло стога, што су говорећи о каузи, оба законодавца имала пред очима не структуру уговора него спор у коме тужилац треба да оснажи свој захтев наводећи разлог (каузу у смислу мотива) зашто тужени уговорник нешто дугује и чиме се правно објашњава његово дуговање. Када се у поменутим законцима говори о „каузи облигације” не мисли се на узајамне обавезе уговорника, него искључиво на обећање уговорника који се обавезао. Израз „кауза облигације” није употребљен да означи основ облигационог односа, облигација у првом значењу) него у смислу правног разлога на коме се заснива обавеза туженог уговорника (облигација у другом значењу у смислу обавезе, I стр. 778).

Тако посматрано, смисао каузе постаје јасан и разумљив. Тужилац не може тврдити да му тужени нешто дугује, ако обавеза нема основ. У двостранообавезним уговорима кауза је жртва коју подноси тужилац, да би могао добити оно на шта се обавезао тужени. Отуда, оно што има изглед обећања кад се посматра са гледишта пунудиоца, постоје кауза кад се сагледава из угла понуђеног и обрнуто. Али, овакав методолошки поступак могуће је применити само у случају ако се као кауза облигације узима мотив (разлог) обвезивања једне уговорне стране (стр. 779).

Када су доцније у италијанску правну теорију продрле немачке пандектистичке концепције, између осталог, променило се и гледање на каузу. Наиме, према овом, новом становишту, појам „облигације” више се није посматрала као обећање, него

као целина правног односа који настаје из уговора. Од тог тренутка, традиционална доктрина о каузи (као субјективном мотиву уговорника који га подстиче да се обавезе) изгубила је смисао. Решење је требало тражити на некој другој страни. У једном делу доктрине, био је доведен у питање и сам појам каузе. У складу са новим, синтетичким погледом на облигацију објашњавало се да је појам каузе непотребан, јер све што теорија каузе тобоже објашњава, може се објаснити појмом предмета. Појам предмета (садржине) уговора у стању је да апсорбује појам каузе, тако да према овом, антикаузалистичком схватању, кауза више није и не треба да буде посебан елемент уговора (I стр. 780).

2. Кауза као функција

У исто време, друга значајнија струја у правној теорији сматрала је да појам каузе треба задржати, али да му је потребно одредити другачији смисао. Кауза, као и правна дејства правног посла, не треба да буду разматрани као крајњи „одлучујући мотив обвезивања нити као жељени предмет” уговорника, него као „функција” (притом се додаје економско-социјална функција правног посла) правног посла.

Један од најбољих познавалаца француског права и француског начина правног расуђивања, Сако је прилично суздржан кад је реч о вредности теорије о каузи, тог можда, најаутентичнијег обележја француског духа у грађанском праву. У свом методолошком поступку, он ће најпре критиковати атрибут друштвени. Придевом „друштвени” унетим у синтагму „друштвено-економска функција”, приметиће, хтело се рећи да се кауза оцењује у вредносном смислу са друштвеног становишта (неправног). Мислиоци, осетљиви кад је реч о колективним захтевима, могли би рећи да се кауза „правног посла признаје из разлога једног (вишег) друштвеног интереса”. Позивајући се на правне писце који су критиковали овакво придавање значења придеву „друштвени” као олако и арбитрерно дато, Сако закључује у овом делу да се реч „друштвени” мора елиминисати. Исто тако, наставиће он, израз „економски” нема разлога постојања. Истина, функција уговора јесте економска, јер уговор уређује имовинске односе, али нема потребе да се то помиње ка-

да се говори о каузи. На тај начин су уклоњена оба атрибута каузе као функције и остала је само огољена именица (I стр. 781).

3. Критика схватања о каузи

Сако истиче два основна разлога, који по његовом мишљењу доводе у питање вредност теорије о каузи: први је теоријске природе, а други упоредно-правног карактера (I стр. 782). Кад је реч о првом аргументу, објективна концепција о каузи није у стању да објасни у чему се састоји „функција” каузе, у раздобљу после закључења уговора, када почињу да се ипољавају његова правна дејства. Што се тиче другог аргумента, Сако наводи да кауза ишчезава из правних текстова и на националном као и на међународном плану. У новијим грађанским законима (Холандија, Израел) кауза није предвиђена међу елементима који се траже за закључење уговора, а у тзв. Принципима Unidroit, као и у Принципима европског уговорног права (које је израдила Комисија на чијем челу је био дански правник Оле Ландо) кауза је једноставно изостављена (I стр. 782 и 812).

Свестан да се у бескрајним теоријским расправама помало изгубио стварни смисао каузе (стр. 789), Сако настоји да проблематику каузе сведе на њен практичан значај и тиме потврди њену суштину. По његовом мишљењу важност каузе огледа се у томе што страна уговорница суочена са могућношћу да суд одбије њен захтев због недостатка каузе (ако му поднесе само део уговора) мора суду да поднесе целину уговора, јер се само на тај начин може сагледати зашто се тужени обавезао. Кауза је дакле разлог због којег се обећалац обавезао.

4. Рационална конструкција каузе

Стога, Сако анализује логичке захтеве које треба да испуни кауза да би могла да оствари своју улогу.

Прво, кауза треба да буде конструисана на такав начин, да суд буде у могућности да одговарајући споразум прогласи за ништав због тога што му недостаје кауза.

Друго, кауза треба да буде конструисана на такав начин да буде присутна у свим уговорима (правним пословима) које називамо каузалним, и истовремено одсутна у свим уговорима које називамо апстрактним, гласило је да се из голог споразума не

рађа облигација (*ex nudo pacto obligatio non nascitur*). У току времена искристалисало се схватање да је оно што издваја уговор (*contratto*) као сагласност изјављених воља из које се облигација рађа: или кауза, или форма (у добротним уговорима) (I стр. 790). Отуда, ниједно обећање (изјава воље) није довољно само за себе да створи правно дејство, ако није праћено једним елементом који објашњава разлог због којег је дато (I стр. 792).

Трећи, последњи захтев је да појам каузе треба тако поставити, да када ње у неком случају нема, онда то треба да значи једну од две могућности: или да је обећање неважеће или да је реч о апстрактном уговору (I стр. 790).

Према његовом мишљењу, теорија о каузи као функцији, није одговорила наведеним захтевима (а томе не помажу ни атрибути друштвени и економски кад се придодују уз именицу функција), као што није одговорило ни друго схватање о каузи као функцији, коју признаје правни поредак (зато што ова теорија не пружа мерило према коме се може разјаснити икоје функције поредак признаје а икоје не признаје.

5. Испољавање начела каузе у правним правилима

Аналитички посматрано, каже Сако, принцип каузе се изражава кроз неколико правних правила (I стр. 809). Најпре, начело каузе у складу са вољом страна уговорница дејствује тако да спречава да се уговор као целина раздели на самосталне елементе. Уговорник који је дужан да плати цену није дужан да испуни своју обавезу, ако ствар коју је обећала друга страна не постоји. Према овом правилу, кауза, чак и када се састоји у чину који је изведен као услов, или као циљ обећања једне стране, означава апсолутну ништавост уговора, а не обичну неефикасност, рушљивост или раскидљивост уговора.

Кауза се затим испољава у још значајнијем облику. Не само што чува неразделивост правних дејстава уговора према израженој или претпостављеној вољи страна уговорница, кауза спречава да било која од страна (ако би нека од њих то евентуално хтела да учини) раздвоји правна дејства уговора (I стр. 810).

Следеће правило, садржано у каузалистичком принципу, говори о томе да каузе нису заменљиве. Није довољно да кауза постоји, потребно је да постоји она кауза коју су стране имале у

виду приликом закључења уговора. Ако је Тицијус Кајусов дужник, а Семпронијус, окрећући се Кајусу, пружи јемство, тражећи заузврат златан прстен, и ако закон забрањује промет драгоцености, кауза обезбеђења, која је редовно подобна да заснује јемство, у овом случају не важи и обећање јемца не може да се на њој заснује, те је уговор између Кајуса и Семпронијуса искључен изнутра (I стр. 810).

Из правила о каузи произлази да се постојање уговора пред судом мора наводити и доказивати у целини (обећање, или чин располагања, на једној страни, и кауза на другој). Другачије правило је било на снази према члану 1121 Законика из 1865, који је био у складу са одговарајућим правилом француског Грађанског законика. Данас је ослобођење од навођења и доказивања каузе предвиђено само у члану 1988 новог Грађанског законика у случају обећања исплате и устаљено је схватање да се то правило не односи на уговоре који означавају основ за пренос права својине (I стр. 810).

Такође, неразделивост обећања једне и обећања друге стране огледа се и у томе, што када се за прву изјаву воље тражи да буде дата у нарочитој форми (на пример према члану 1350) онда се тај захтев форме аутоматски протеже и на другу изјаву воље. Изостанак каузе дејствује објективно: уговор је еважећи стога што му недостаје кауза а не зато што је обећалац био у заблуди и што није знао да постоји тај недостатак.

Најзад, о постојању или непостојању каузе, суд води рачуна по службеној дужности (I стр. 811).

6. Шта би се догодило ако би кауза нестала?

Излагања о каузи Сако завршава, на занимљив и помало необичан начин, питањем шта би се догодило када би у „службеном листу” био објављен закон са само једним чланом и једним ставом којим би се укинула кауза уговора и додатно разјаснило да се постојање каузе не захтева ни у било ком другом правном послу?

По његовом мишљењу, последице не би биле драматичне. У двостранообавезним уговорима не би се ништа променило, као што се ништа не би променило ни у тзв. заинтересованим уговорима (*contratti interessati*) у којима принцип каузе потврђује слободу уговарања и поштовање воље страна уговорница.

Остали би на снази елементи форме и предаје код добротних уговора (*contratti non interessati*). Мало шта би се променило у изјавама које би стране давале пред судом не наводећи постојање каузе. Суд би у таквом случају морао изрећи да је објективно посматрано реч о даровима и прогласити их за ништаве због недостатка форме. У областима у којима би (због одсуства каузе) могло доћи до тешкоћа и незадовољавајућих резултата, решења би се могла тражити на плану заблуде као разлога за рушљивост уговора, погрешног предвиђања (*falsa presupposizione*) и изјава воље које нису подобне да створе поверење код друге стране.

На другој страни облигационоправне тужбе за повраћај омогућавале би да се врати оно што је плаћено *solvendi causa* у случајевима у којима није постојала одговарајућа обавеза друге стране (I стр. 811).

У закључку Сако понавља раније већ поменути аргумент да новији правни текстови како национални, тако и међународни не увршћују каузу међу неопходне услове за закључење и пуноважност уговора (I стр. 812). Без претензија да се оспорава наведено тврђење, треба навести да је у југословенском Закону о облигационим односима и у новом Грађанском закону Квебека (*Québec*), кауза предвиђена као елемент уговора.

Г. О СТИЛУ И АУТОРИМА

У писању књиге о *Уговору* као што је речено, учествовала су са неједнаким уделима два писца. Ђорџо де Нова обрадио је опште услове уговора (IV поглавље), део десетог поглавља у коме су обухваћени уговорна казна, капара и уговор закључен за именовано лице, као и петнаесто поглавље посвећено одустаници и уступању уговора, што чини укупно нешто више од сто тридесет страна (око једне десетине укупног текста). Остало је написао Родолфо Сако. Али без обзира на квантитативно мањи удео у писању књиге, за даровитог професора млађе генерације већ сама чињеница што је учествовао у ауторству је знак великог поверења, које му је указао професор Сако, позивајући га на сарадњу са перспективом њеног настављања и продубљивања. Иначе сарадња двојице аутора је потпуно усклађена, о чему сведочи чињеница да је Де Нова могао да напише не само два по-

себна поглавља, него и два одсека у оквиру другог одељка и један одсек у оквиру трећег одељка, у десетом поглављу (о садржини уговора), а да се хармонија целине не поремети. Метод обраде је исти, једино је стил различит. Сако негује један особен и непоновљив стил сталне запитаности којим се разликује од већине осталих писаца. Подсетимо се да већ на самим почецима књиге Сако поставља питање, зашто уговор? Питања ће се наставити и у даљим излагањима. Кад дође на ред аутономија, аутор неће доцирати о њој, него ће се питати шта је аутономија (I стр. 17). И питања ће се ређати и даље: шта о томе каже казуистика (I стр. 300); шта би се десило кад би био објављен закон са једним чланом да кауза није неопходна (I стр. 811); какав је утицај кривичне санкције на правна дејства уговора (II стр. 80) и тако даље. У том погледу, Де Нова се разликује од торинског професора. Његов стил је мирнији и уздржанији и припада класичном начину обраде материје какав примењује и већина италијанских теоретичара. Али, разлика у стилу, као што је речено, ни у чему не нарушава склад научне сарадње двојице аутора која је дала високе научне резултате.

Д. ЗАКЉУЧАК

Књига о уговору није једини случај коауторске сарадње. Напротив, родоначеник торинске школе права, је као програмски циљ свог рада поставио научну сарадњу са својим некадашњим студентима и млађим колегама, данас угледним професорима правних факултета. Стога, Родолфо Сако зрачи колико својим личним опусом, толико и чињеницом да се под његовим вођством остварује замашни пројект обраде италијанског грађанског права. Трактат о грађанском праву има осам делова: 1. Извори италијанског грађанског права; 2. Општи део грађанског права; 3. лица (физичка и правна) и породица; 4. стварна права; 5. облигације; 6. извори облигација (уговор, правно неосновано обогаћење, одговорност за проузроковану штету); 7. посебни уговори, и 8. наследно право.

Неки делови су већ објављени, док се други налазе у различитим фазама израде и припрема. Око овог подухвата Сако је окупио значајан круг сарадника, еминентних професора правних факултета у Италији (Alpa, Gallo, Guarneri, Mattei, Monateri, De

Nova, Pascuzzi, Pizzorusso) и многи други. Данас овај систем означава један од главних токова италијанске правне културе.

Али то није све. Друго поље његовог прегалаштва односи се на упоредно право. Истраживања започета осамдесетих година прошлог века књигом Увод у упоредно право (Introcuzione al diritto comparato) наставио је делом *Правно ујоређивање у служби сазнавања љрава* објављеним 1991. године на француском језику (La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, Economica Paris 1991) и заокружио разрадом концепције о још једном великом пројекту који је назвао *Трактат о ујоредном љраву*. Овај други подухват којим такође руководи Сако, састоји се из седам целина: 1. Увод у упоредно право (R. Sacco); 2. Упоредни правни системи (A. Gambaro и R. Sacco) објављено 2002. године; 3. Common Law (U. Mattei); 4. Право земаља Источне Европе (G. Ajani); 5. Афричко право (R. Sacco у сарадњи са троје аутора: M. Guadagni, Roberta Aluffi Beck-Peccoz, L. Castellani); 6. Правна средства за повраћај датог (P. Gallo); 7. Наслеђивање у упоредном праву (A. Zorpinì).

Бављење упоредним правом претпоставља, између осталог, добро познавање других правних система као и знање страних језика. Као мало ко, Сако је поседовао поменуте особине. Одличан познавалац француског језика и права (Француска му се одужила бројним признањима), изврсно се сналазећи у аустријском и немачком праву, он је био предодређен да изврши једно од најуспелијих поређења двају правних система које дели река Рајна, и да истовремено у праву своје земље зналачки проналази и тумачи елементе које је италијанско право преузело из правних система са западне и северне стране Алпа.

О огромном опусу, интелектуалној радозналости, великој ерудицији и изузетном животном и правничком искуству једног од највећих европских правника, треба уздржано говорити кад је реч о похвалама. Уместо тога, нека сведоче признања која је добио: професор honoris causa универзитета у Паризу (Paris II), Женеви и Монтреалу, члан италијанске Академије оштровидих (Academia dei Lincei), члан француског Института, највише научне и културне институције у Француској, председник међународне Академије правних наука, председник групе латинских земаља међународне Академије за упоредно право и ... пријатељ Србије.

Christelle Coutant-Lapalus,
Le principe de la réparation intégrale en droit privé,
Préface Frédéric Pollaud-Dulian,
(Institut de droit des affaires, Presses universitaires d'Aix-en-Provence,
Aix-en-Provence, 2002, 591, ISBN: 2-7314-0299-7)

Кристел Кутан-Лапалус (*Christelle Coutant-Lapalus*), сада доцент на Правном факултету Бургоњског универзитета (*Faculté de droit, Université de Bourgogne*), уводи нас у своју докторску дисертацију чувеним Карбонијеовим (*Carbonnier*) речима: *Il faut réparer le mal, faire qu'il semble n'avoir été qu'un rêve*. Треба поправити зло, учинити да изгледа да је оно било само сан.

Француски Касациони суд је у једној одлуци из 1954. године употребио речи великог француског правника Саватјеа (*Savatier*) следеће суштине: смисао грађанскоправне одговорности јесте у поновном успостављању равнотеже која је поремећена чињеницом проузроковања штете и у постављању оштећеног у позицију у којој би се он налазио да штетног догађаја није било.

Начело потпуне накнаде, према коме оштећени има право на накнаду све штете коју је претрпео и *ничеџа* преко те штете, делује сасвим једноставно и подразумевајуће. Оштећеном се надокнађује сва штета која му је причињена, будући да је смисао грађанскоправне одговорности у репарацији, *поправљању зла*. Оштећени не може остварити по основу накнаде ништа преко износа штете која му је причињена. Накнада која би превазилазила износ претрпљене штете била би извор неоснованог обогаћења оштећеника и један вид приватне казне за штетника.

Начело потпуне накнаде је усвојено и у члану 190 нашег Закона о облигационим односима – суд ће, узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете, досуђити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања.

Међутим, у неким правним системима обим накнаде штете зависи од степена штетникове кривице. Другим речима, сматра се да право не треба да посматра на једнак начин лице које је

штету проузроковало поступајући са злом намером и лице чија кривица се степенује тек као несвесни нехат.

По одредбама Српског грађанског законика – а тако је и према Аустријском грађанском законнику – штетник који је поступао са обичном непажњом дугује накнаду стварне штете, али не и накнаду измакле добити. Једино онај штетник који је поступао са грубом непажњом или са злом намером дугује накнаду укупне штете коју је проузроковао, укључујући и измаклу добит.

Наведено решење посматра штетни догађај првенствено из угла штетника, стављајући у први план потребу да се они штетници чија се кривица степенује на исти начин третирају једнако; као и да се обезбеди различит третман за оне штетнике који су криви у различитим степенима. Другим речима, право треба да прави разлику међу штетницима сходно разлици која постоји између поступака тих штетника у погледу степена скривљености.

Међутим, ово резонување има и другу страну – оно поставља *оштећеника* у повољнији или у мање повољан положај у зависности од *штећениковог* односа прама сопственом чину. Однос штетника према чињеници проузроковања штете као сопственом делу јесте околност на коју оштећеник није имао нити је могао имати утицаја. Ипак, од ове околности зависи потпуност накнаде која ће му бити исплаћена.

Чини се да и расправа о самим основима и условима грађанскоправне одговорности мења ток у зависности од тога на који начин и према ком начелу се решава питање обима накнаде проузроковане штете. Питање обима накнаде се поставља тек пошто је утврђено постојање одговорности. Ипак, неспорно је да начело према коме се одређује обим накнаде штете одражава сврху читаве установе грађанскоправне одговорности, односно социјалну функцију коју овој установи додељујемо. Другим речима, питање обима накнаде причињене штете је уско повезано са сврхом грађанскоправне одговорности и у том смислу ово питање не може бити техничко.

Да ли је репарација једина сврха грађанскоправне одговорности или кроз ову установу треба тежити још неким циљевима као што су превенција будућих штета, кажњавање намерног проузроковања штете и одвраћање штетника од будућих понашања којима се штета проузрокује?

Неки аутори сматрају да се начелом интегралне накнаде не постиже много у погледу одвраћања људи од оних поступака којима се повећава ризик штете. Поред тога, начело интегралне накнаде чини да злонамерна поступања – поступања која представљају тешка оглушења о норми на којима почива друштвени живот – остану необележена, уместо да се санкционисањем сваки пут изнова обзнани њихова друштвена неприхватљивост и да се казни онај ко злонамерно поступа.

Међутим, тако долазимо до питања одговорности за оно злонамерно поступање код кога је штетна последица изостала. Доследност у захтеву да се у грађанском праву санкционише друштвенонеприхватљиво понашање као такво, налаже да се санкција изрекне и онда када је штетна последица злонамерног поступка изостала. Случајни изостанак штетне последице не би требало да ослободи одговорности онога ко је поступао са злом намером.

Отворивши сва ова питања са којима се право о проузроковању штете већ дуго суочава, враћамо се докторској дисертацији која је предмет овог приказа. Кристел Кутан-Лапалус у својој студији истиче да начело интегралне накнаде, као средство за повратак на *status quo ex ante*, представља залог социјалног мира. Признати првенство овом начелу значи уверити све оштећенике да ће зло које им је нането бити у потпуности поправљено и да ће губици који су им причињени бити надомешћени у целини.

Међутим, ауторка сматра да начело интегралне накнаде не искључује потребу – нити је неспојиво са њом – да се створи систем грађанскоправне одговорности који не само да гарантује право оштећеног на потпуну репарацију, него и оштро кажњава злонамерност поступака којима је проузрокована штета. Ово кажњавање има за циљ превенцију будућих штетних поступања.

Студија Принцип интегралне накнаде у приватном праву (*Le principe de la réparation intégrale en droit privé*), објављена 2002. године, састоји се из два дела од којих се сваки даље дели на по два поглавља. Првом делу студије претходи предговор Фредерика Поло-Дулиана (*Frédéric Pollaud-Dulian*), листа основних скраћеница, сажети садржај тезе и уводно излагање ауторке. Након другог дела студије следи обиман списак коришћене литературе (54 странице), индекс појмова и детаљан садржај свега наведеног.

Први део дисертације носи наслов *Необходност принципа интегралне накнаде* и њиме су обухваћена следећа два поглавља: *Природа принципа интегралне накнаде* и *Ограничења принципа интегралне накнаде*.

Други део дисертације, под насловом *Примат принципа интегралне накнаде*, садржи следећа поглавља: *Неприхватљивост мандаторног тарифника при утврђивању износа накнаде у француском приватном праву* и *Условна будућност приватне казне у француском приватном праву*.

Ова студија је писана јасним и прецизним језиком. Нека од најкомплекснијих питања одштетног права овде су изложена и разматрана на приступачан и разумљив начин. Ауторка се у ова питања упустила без предрасуда, не страхујући од неконвенционалних закључака до којих би могла доћи.

Када се као сврха грађанскоправне одговорности прихвати репарација, односно постављање оштећеног у позицију у којој би се он налазио да му штета није причињена, онда се – како се то примећује у Предговору ове тезе – централно питање у вези са одговорношћу за проузроковану штету помера од кривице ка ризику, од процењивања појединачног понашања ка социјализацији ризика, од потребе да се утврди ко је одговоран ка потреби да се пронађе онај ко је солвентан и ко је у стању да изврши репарацију.

Начело интегралне накнаде трпи различите критике; на пример, да не остварује сврху превенције будућних штете, да се опире захтевима ретрибутивне правде или да је непримењиво у погледу накнаде моралне штете. Ипак, ауторка ове студије сматра да је начело потпуне накнаде уграђено у темеље цивилног права као један од принципа који одолевају испиту времена. Идеја о томе да треба поправити зло, односно омогућити оштећеном позицију у којој би био да му зло није нането, тесно је повезана са начином на који се из перспективе цивилног права дефинишу појмови правде и одговорности.

Постоје одређена ограничења која су инхерентна начелу интегралне накнаде. На пример, у неким ситуацијама није једноставно проценити колико штета износи, како би се управо у овом износу штетник обавезао на накнаду. Поред тога, дешава се да штетник нема довољно материјалних средстава то јест да повраћај оштећеника у *status quo ex ante* превазилази штетникове имовинске могућности.

Надаље, у неким ситуацијама законодавац интервенише у питање обима накнаде тако што: - унапред претпоставља износ у коме ће штета наступити – на пример, начин на који се израчунава затезна камата је прописан законом, као и паушални износ накнаде за штете које потичу од телесних повреда на раду или од болести везаних за бављење одређеном професијом; - фиксира горњи износ накнаде на коју одређени штетник може да буде обавезан – на пример, Закон о цивилној авијацији прописује максимални износ накнаде коју може да оствари један путник у унутрашњем авиотранспорту од свог авиопревозника.

Поред наведених, ту су и уговорна ограничења начела потпуне накнаде – на пример, уговорна казна или уговорне клаузуле које искључују одговорност једног од уговорника под одређеним условима и у границама јавног поретка.

Међутим, Кутан-Лапалус закључује да ограничења која су инхерентна начелу интегралне накнаде (на пример, наведена немогућност да се у одређеним ситуацијама утврди тачан износ штете), затим законска и уговорна ограничења не мењају чињеницу да начело интегралне накнаде представља фундаментални принцип француског грађанског права.

Ауторка сматра да није тачно да су сви принципи условни и пролазни. За нека начела се везује посебан ауторитет и значај и управо у таква начела се убраја правило да оштећени има право на потпуну накнаду штете која му је причињена. Императив репарације доводи штетника и оштећеног у правну и моралну везу и у том императиву јесте суштина грађанскоправне одговорности.

Уочавајући *првенство* начела интегралне накнаде над другим начелима, ауторка се даље пита на који се начин манифестује ово првенство. Другим речима, да ли примат начела интегралне накнаде значи да ово начело искључује сва остала правила по којима би се могла вршити накнада; или, пак, начело интегралне накнаде може да коегзистира са неким другим принципима мањег домета?

У потрази за одговором на ово питање, ауторка је прво анализирала унапред одређене тарифнике или скале (*les barèmes*) које судови користе како би утврдили висину дуговане накнаде онда када је потребно досудити накнаду моралне штете.

Ове скале могу бити чисто математичке. У том случају ради се о таблицама израђеним од стране вештака које садрже из-

носе накнада за одређене врсте штета. Прецизност таблица варира, па се неке од њих своде на паушалне износе накнаде за различите облике штете (на пример, један износ се досуђује као накнада штете свим лицима која су у штетном догађају изгубила ногу), док се на основу других таблица израчунавају посебни износи накнаде у зависности од година, пола и професије оштећеника.

Понекад иза описаних скала стоји ауторитет вишег суда. Виша судска инстанца утврђује лествицу износа и упућује је као смерницу нижим судовима. Такав је, на пример, *Преглед највиших оријентационих износа правичне накнаде (средње вредности)* – једна скала износа утврђених на седници грађанског одељења Врховног суда Србије од 8. фебруара 1999. године. Овај Преглед садржи износе накнада у оквиру којих је препоручљиво да се крећу нижи судови. Износи накнада су класификовани према врстама нематеријалне штете и валоризују се стопом раста цена на мало у Републици Србији.

На крају, мерне лествице могу бити прописане и од стране законодавца тако да обавезују суд да примени одређено мерило приликом процењивања износа накнаде коју треба досудити у конкретном случају.

Танк (*Tunc*) је сматрао да су овакве лествице неопходне, стога што је немогуће егзактно проценити и интегрално надокнадити моралну штету. Међутим, Кутан-Лапалус је изричито против озваничења ове праксе и свакако против тога да примена тарифника при досуђивању накнаде моралне штете буде обавезујућа за судове.

Ауторка тврди да су ови тарифници погрешан одговор на ограничења која су својствена начелу интегралне накнаде; анализира супротност тарифника са члановима 5 и 1382 Француског грађанског законика и наводи случајеве у којима је француски Касациони суд исказао своје неслагање са овом праксом.

Надаље, ауторка истиче да, и поред чињенице да законодавац олакшава положај одређених штетника тако што прописује горњу границу до које може ићи њихова одговорност (што је, на пример, случај са железницама и авиокомпанијама), судови оклевају да осуде на пуни износ накнаде велике произвођаче и пружаоце услуга, од којих зависи привредна активност и чије успешно пословање значи и већи број радних места. Такав је случај нарочито чест код еколошких штета.

Једно од ограничења начела потпуне накнаде јесте и увек присутна могућност да износ штете коју треба надокнадити превазиђе имовинске снаге штетника. Међутим, скала унапред одређених износа накнаде не изгледа као прикладан одговор на ово ограничење. Захтеви правичности и општег добра су превише сложени да би се њихова садржина могла унапред одредити неком строгом мандаторном формулом. Обавезујући тарифници класификују износе накнада према врстама штете и на тај начин ограничавају број *надокнадивих* штета. Употреба тарифника у неким случајевима доводи до исплате мањег износа него што штета заиста износи, а у другим случајевима доводи до неоснованог обогаћења оштећеника.

Дакле, ауторка сматра да је начело интегралне накнаде неспојиво са унапред одређеним тарифама које обавезују судије да за одређену врсту штете досуде накнаду у одређеном износу. Првенство начела интегралне накнаде налаже да се ова пракса напусти тамо где она постоји.

Међутим, ауторка сматра да са начелом интегралне накнаде није неспојиво увођење у институт грађанскоправне одговорности одређених мера које би вршиле функцију приватне казне (*la peine privée*). Другим речима, признати примат начелу потпуне накнаде не значи у потпуности одбацити оне институте који у себи садрже ретрибутивне елементе.

Кутан-Лапалус долази до закључка да начело интегралне накнаде не остварује у довољној мери *јевеницију* будућих штета кроз *одвраћање* појединаца од поступака којима се штета наноси и кроз *кажњавање* намерне или грубе непажње. Стога она тврди да је неопходно да се у грађанско право уведу мере којима би се остваривала функција приватне казне, а које би биле компатибилне са начелом репарације.

Ауторка види будућност установе грађанскоправне одговорности у равнотежи између импартатива репарације, с једне стране, и одвраћања од штетних поступака и кажњавања тих поступака, с друге стране. Ову будућност би требало да омогући *инстинктивни кривице*, коме Кутан-Лапалус намењује нову улогу.

У својој новој улози, кривица више не би била основ и услов одговорности него средство за остваривање социјалне функције приватне казне. У том смислу, ауторка сматра да судови треба да врше процену кривице *in concreto*, без обзира на могуће потешкоће у овом приступу. Такође, она предлаже да се обим

накнаде штете веже за степен кривице путем унапред прописаног коефицијента. У зависности од степена штетникове кривице, утврђени износ претрпљене штете се мултиплицира одговарајућим коефицијентом и тако се добија дуговани износ накнаде. Уколико је штета проузрокована намерно, износ дуговане накнаде је вишеструко већи од саме штете.

Управо француско право је отишло веома далеко по питању објективизације појма кривице. И онај ко је под утицајем менталних тегоба проузроковао штету, у француском праву има обавезу да ту штету надокнади (*Loi n68-5 du 3 janvier 1968, Art. 489-2*). Ово правило важи и када се душевно оболело лице већ налази под надзором, као и када се болест испољи изненадно.¹ Другим речима, у француском праву постоји могућност да штетник који није способан за расуђивање сноси обавезу да надокнади штету коју је проузроковао.

Објективизирани појам кривице значи да се кривица посматра као *погрешно постојање*. Кривим се сматра онај ко се није понашао на начин на који је требало да се понаша. Приликом утврђивања како се требало понашати у одређеној ситуацији личне особине штетника се не узимају у обзир. Стандард друштвеноприхватљивог понашања је *објективан* и свако је дужан да сам узме у обзир сопствене личне особине и евентуалну посебност своје ситуације. Нико не треба да се прихвата посла који не може или не уме да оконча без штете по другога.

С друге стране, субјективизирани појам кривице значи да се кривица сагледава пре свега као психички однос штетника према сопственој радњи и према последицама те радње. При утврђивању да ли је штетник крив, релевантно је питање да ли је штетник знао и да ли је могао и требало да зна какве ће бити последице његове радње. Стандард друштвеноприхватљивог понашања се мења с обзиром на личне особине лица чије је поступање на процени. Крив је онај ко се није понашао онако како се од њега могло основано очекивати у датој ситуацији; а *основано очекивање* мења своју садржину с обзиром на то према коме је управљено – према здравом или према болесном, старом или младом, некеме ко добро види или слабовидом.

Ни у оним правним системима у којима се кренуло путем објективизације појма кривице субјективно мерило кривице ни-

¹ Jean Carbonnier, *Droit civil IV. Les Obligations*, 12e édition, Presses universitaires de France, Paris, 1985, str. 395.

је сасвим без утицаја. Овај утицај је очигледан код *сћејеновања кривице* које се и врши с обзиром на садржину штетникове свести и његов однос према сопственом чину.

Прихватање субјективног мерила кривице обично се сагледава као својеврсна бољећивост према штетнику – као обзир према посебности неке штетникове ситуације. Стандард основаног очекивања се уподобљава штетниковим личним особинама или посебној ситуацији у којој се он нашао.

Напротив, Кутан-Лапалус користи субјективно мерило кривице као средство за остваривање одређене социјалне функције. Та функција се састоји у одвраћању појединаца од поступака којима се причињава штета и у кажњавању оних штетника чије је понашање скривљено изнад одређеног степена. Ауторка се залаже за процену кривице *in concreto* у циљу дисциплиновања потенцијалних штетника.

Императив репарације, оличен у начелу интегралне накнаде, гарантује оштећенику да ће му штета бити надокнађена у целости, то јест да ће он бити постављен у позицију у којој би се налазио да је штетни догађај изостао. Оштећеник може добити толико и евентуално више од тога. Више од потпуне накнаде оштећеник добија онда када му је штета проузрокована злонамерним поступком или тешким оглушењем које се не да оправдати.

Кутан-Лапалус сматра да правди не можемо прићи ближе него што јој прилазимо комбиновањем и равнотежом између императива репарације, с једне стране, и мера које врше функцију приватне казне, с друге стране. На овај начин се остварује повратак оштећеника у *status quo ex ante*; али и постиже да се превртљиви држе датих обећања, поштују заклетве и извршавају обавезе.

Ова студија о „концепту исувише очевидном да би био једноставан” јамбициозно је, актуелно и одлично написано дело. Свака будућа полемика са провокативним тезама које су у њему изнете значајно је олакшана чињеницом да су аргументи на којима ове тезе почивају јасно и прецизно изложени. Сложили се са њеним исходом или не, реч је о доследно вођеној расправи која својом вредношћу обавезује будуће ауторе у овој области да је пажљиво проуче и осврну се на закључке до којих се дошло у њој.

мр Марија Караникић

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ ОД 1. ЈУЛА ДО 31. ДЕЦЕМБРА 2004.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 1. јула 2004, изабрало је

мр ТАНАСИЈА МАРИНКОВИЋА, асистента-приправника, у звање и на радно место *асистенција* за научну област Уставно право.

Стручно веће за правне науке, политичке науке и науке о цивилној одбрани на седници од 14. септембра 2004. године, дало је сагласност на одлуку Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 1. јула 2004. године, за избор:

др МИЛАНА ПАУНОВИЋА, ванредног професора, у звање и на радно место *редовног професора* за научну област Међународно јавно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 20. септембра 2004, изабрало је:

мр МИЛОША ЖИВКОВИЋА, асистента-приправника, у звање и на радно место *асистенција* за научне области Увод у грађанско право и Стварно право.

БОЈАНУ ЈАКШИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место *асистенција-приправника* за научну област Међународно јавно право.

СОЊУ ЛУЧИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место *асистенција-приправника* за научну област Управно право.

Стручно веће за правне науке, политичке науке и науке о цивилној одбрани на седници од 18. октобра 2004. дало је сагласност на одлуку Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 20. септембра 2004, за избор:

др БРАНКА ЛУБАРДЕ, ванредног професора, поново у звање и на радно место *ванредног професора* за научну област Радно право.

др ЖИКЕ БУЈУКЛИЋА, доцента, поново у звање и на радно место *доцента* за научну област Римско право.

др МИЛЕНЕ ПОЛОЈАЦ, доцента, поново у звање и на радно место *доцента* за научну област Римско право.

др ВЛАДИМИРА ПАВИЋА, асистента, у звање и на радно место *доцента* за научну област Међународно приватно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 18. октобра 2004. године, изабрало је:

МАРКА СТАНКОВИЋА, дипломираног правника у звање и на радно место *асистента-приватника* за научну област Уставно право.

Стручно веће за правне науке, политичке науке и науке о цивилној одбрани на седници од 23. децембра 2004. године, дало је сагласност на одлуку Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 18. октобра 2004. године, за избор:

др АЛЕКСАНДРА ЈАКШИЋА, доцента, у звање и на радно место *ванредног професора* за научну област Међународно приватно право.

ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОДБРАЊЕНЕ ОД ЈУЛА ДО ДЕЦЕМБРА 2004.

1. Мр Ђурић Живка, „Положај и улога управе у локалним заједницама у Србији и Црној Гори”, докторирала 6. септембра 2004. године;

2. Мр Врекић Душан, „Кривично дело крађе”, докторирао 20. септембра 2004. године;

3. Мр Драгишић Зоран, „Правно-политички статус одбране СР Југославије”, одбранио 21. септембра 2004;

4. Мр Вукић Ранко, „Улога југословенског шефа државе у одржавању међународних односа од 1918. до 1941. године”, докторирао 30. септембра 2004;

5. Мр Пирушић Слободан, „Правна регулатива, употреба хемијских средстава и еколошка свест индивидуалних пољопривредних произвођача”, докторирао 16. новембра 2004;

6. Мр Снежана Стојановић, „Фискални федерализам – компаративни аспекти, са посебним освртом на Србију”, докторирала 24. децембра 2004. године.

МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ ОДБРАЊЕНЕ ОД ЈУЛА ДО ДЕЦЕМБРА 2004.

1. Ненадић Јелена, „Опорезивање добити правних лица у државама сукцесорима СФРЈ”, одбранила 5. јула 2004. године;

2. Цвијан Владимир, „Сукоб између интернет адресе и права на жиг”, одбранио 7. јула 2004. године;
3. Марић Владимир, „Заштита симбола предметне стварности на интернету”, одбрано 7. јула 2004. године;
4. Божиловић Петровић Гордана, „Кривично дело примања и давања мита”, одбранила 6. септембра 2004. године;
5. Вујовић Игор, „Конвалидација уговора о промету непокретности”, одбранио 14. септембра 2004. године;
6. Јованић Татјана, „Регулација система потрошачких кредита”, одбранила 30. септембра 2004. године;
7. Јоцовић Светлана, „Уговори у корист трећих лица у области осигурања”, одбранила 14. октобра 2004. године;
8. Јовић Олга, „Сурогат материнство”, одбранила 21. октобра 2004. године;
9. Миловић Марко, „Кривично дело блудне радње”, одбранио 25. октобра 2004. године;
10. Вуковић Игор, „Објективни услови инкриминације”, одбранио 1. новембра 2004. године;
11. Дапчевић Марковић Љиљана, „Полицијски омбудсман”, одбранила 2. новембра 2004. године;
12. Станковић Братислав, „Однос колективног уговора о раду и закона”, одбранио 17. новембра 2004. године;
13. Симовић Весна, „Позитивно-правна садржина правила о оправданом отказу и њихово значење”, одбранила 17. новембра 2004. године;
14. Крстић Ивана, „Забрана мучења и других облика злостављања у међународном праву, с посебним освртом на европске стандарде”, одбранила 16. децембра 2004. године.

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Ratko Marković, The Power and Powerlessness of the President of Serbia	325
Silvio Gambino, From the Central Point of Legislation towards the superiority of the Constitution	361
Jean Hauser, Human Rights in the French Law	382
Stevan Đorđević, The interpretation of International Conventions	399
Dejan Đurđević, The influence of a prohibited motive on the validity of a Will	447

CONTRIBUTIONS

Jožef Salma, The General Rule of <i>Nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i>	487
Goran Georgijević, Torts and damages in French Law	496
Slavoljub Popović, The legal regulation of environmental protection	523
Slavoljub Popović, The provision according to which there is no appeal against a procedural ruling is anti-constituional	532

LEGAL CULTURE

Miloš Luković, Terminological issues in drafting the general code of property of the principality of Montenegro (1888)	539
---	-----

CASES

Private Law – Marija Karanikić	570
--	-----

BOOK REVIEWS

Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, Il Contratto, Tomo Primo XIV + 911 pp; Tomo secondo XIII + 791 pp, UTET Torino 2004 (Miodrag Orlić)	607
Christelle Coutant-Lapalus, Le principe de la réparation intégrale en droit privé, Préface Frédéric Pollaud-Dulian, (Institut de droit des affaires, Presses universitaires d' Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 2002, 591 pp (Marija Karanikić)	625

FACULTY CHRONICLE

(Miljko Valjarević) Election of Professors and Assistants of the Faculty of Law, July–December 2004	634
Doctors' Degrees Conferred, July–December 2004	635
Masters' Degrees Conferred, July–December 2004	635

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES

Ratko Marković, Pouvoir et impuissance du Président de la République de Serbie	325
Silvio Gambino, De la place centrale de la Loi à la supériorité de la Constitution	361
Jean Hauser, Les droits de l’Homme en Droit français.	382
Stevan Đorđević, L’interprétation des conventions internationales	399
Dejan Đurđević, L’influence du motif illicite à la validité du testament	447

VARIÉTÉS

Jožef Salma, La règle <i>Nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i>	487
Goran Georgijević, La responsabilité délictuelle et le régime des dommages et intérêts en Droit français	496
Slavoljub Popović, La réglementation de la protection de l’environnement.	523
Slavoljub Popović, La disposition de la loi selon laquelle il n’y a pas de recours contre la décision provisoire est contraire à la Constitution.	532

CULTURE JURIDIQUE

Miloš Luković, Les solutions terminologiques dans la préparation du Code général des biens pour la principauté du Monténégro	539
--	-----

JURISPRUDENCE

Droit civil – Marija Karanikić.	570
---	-----

COMPTES RENDUS DES LIVRES

Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, Il Contratto, Tomo Primo XIV + 911 pp; Tomo secondo XIII + 791 pp, UTET Torino 2004 (Miodrag Orlić)	607
Christelle Coutant-Lapalus, Le principe de la réparation intégrale en droit privé, Préface Frédéric Pollaud-Dulian, (Institut de droit des affaires, Presses universitaires d' Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 2002, 591 pp (Marija Karanikić)	625

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

(Miljko Valjarević) Élections des professeurs et assistants du 1 ^{er} juillet au 31 décembre 2004	634
Thèses de doctorat soutenues du 1 ^{er} juillet au 31 décembre 2004.	635
Thèses de troisième cycle soutenues du 1 ^{er} juillet au 31 décembre 2004	635