

ГЛАСНИК ПРАВА



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ

КЊИГА 1 ▲ СВЕСКА 4 ▲ 1992 ▲ YU ISSN: 0351-2207 ▲ УДК 34 (05)



ГЛАСНИК ПРАВА

Часопис за правну теорију и праксу

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ

УРЕДНИК: Доц. др Ненад ЂУРЂЕВИЋ

ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу,
Ђуре Пуцара Старог 1, 34000 Крагујевац;
телефон: (034) 47-130 лок. 327;
телефакс: (034) 46-891;
жиро рачун: 61700-603-1578.

УРЕДНИШТВО: Ред. проф. др Драгољуб Стојановић; Доц. др Слободан Марковић; Доц. др Предраг Стојановић; Доц. др Снежана Соковић; Доц. др Душица Палачковић; Др Јездимир Митровић, судија Вишег привредног суда Србије; др Зоран Ивошевић судија Врховног суда Србије; Драгољуб Петровић, судија Врховног суда Србије; др Мирослав Пауновић, правни саветник "YU TRUST Ltd."

НАЧИН ПОЈАВЉИВАЊА: Једна књига годишње у четири свеске

ПРЕТПЛАТЕ: Претплата и наручивање појединачних примерака може се извршити на телефон издавача. Уколико се не откаже најмање шест недеља пре истека календарске године, уговор о претплати се продужава и на наредну годину.

УДК: Јелена Б. Срећковић, виши библиотекар Универзитетске библиотеке у Крагујевцу

ДИЗАЈН ЧАСОПИСА:



СЛОГ И ПРЕЛОМ: "ДМ-ПРИНТ", Крагујевац

ШТАМПАР: СГР "Крагуј" Крагујевац

ПРЕДЛОГ ЗА ЦИТИРАЊЕ: ГлП, књ. 1/4 (1992)

Радове слати на адресу издавача, са назнаком "за Гласник права". Манускрипти се не враћају. Часопис издаје само ауторске прилоге који нису објављени, као и оне који су објављени, али нису издати. Уредништво задржава право на вршење техничких измена у прилогу, уколико су оне неопходне да би се прилог саобразио техничким стандардима часописа.

ГЛАСНИК ПРАВА је настављач излажења часописа "ГЛАСНИК ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ", који је основан 1979. године. Досадашњи главни и одговорни уредници су били: Проф. др Миленко Јовановић, проф. др Живомир Ђорђевић и проф. др Тодор Подгорац.

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ:

ПОЈАМ ДИРЕКТНЕ ПРИМЕНЕ КОМУНИТАРНОГ ПРАВА	
Др Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ	139
КРИТИЧКИ ПОГЛЕД НА РЕГУЛИСАЊЕ ПРАВА УМЕТНИКА ИЗВОЂАЧА У ЈУГОСЛАВИЈИ	
Др Слободан МАРКОВИЋ	149
ЈЕДИНСТВЕНИ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ СЛАВНИХ И ПОЗНАТИХ ЖИГОВА	
Др Божин ВЛАШКОВИЋ	165
ПРОБЛЕМИ ИСПИТИВАЊА УЗРОЧНО ПОСЛЕДИЧНЕ ВЕЗЕ КОД КРИВИЧНИХ ДЕЛА УГРОЖАВАЊА ЈАВНОГ САОБРАЋАЈА ПУТЕМ АУТОТЕХНИЧКОГ ВЕШТАЧЕЊА	
Др Владимир ВОДИНЕЛИЋ	177
ПРАВО ДЕТЕТА НА САЗНАЊЕ ПОРЕКЛА И ИМШЕ ПОРОДИЧНОГ ПРАВО	
Др Зоран ПОЊАВИЋ	191
ЗАЈЕДНИЧКО ИЛИ САМОСТАЛНО ОДЛУЧИВАЊЕ РАЗВЕДЕНИХ РОДИТЕЉА	
Гордана КОВАЧЕК СТАНИЋ	201
ТРГОВАЧКИ ОБИЧАЈИ И ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА	
Др Миодраг МИЋОВИЋ	217
СПОСОБНОСТ БИТИ УЧЕСНИК ВАНПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА	
Др Душица ПАЛАЧКОВИЋ	229
НАСЛЕДНА ПРАВА ВАНБРАЧНОГ ПАРТНЕРА	
Др Слободан СВОРЦАН	237
ПРИНЦИП QUI ELEGIT ARBITRUM ELEGIT IUS У АРБИТРАЖНОЈ ПРАКСИ	
Др Милена ПЕТРОВИЋ	245
О ЗНАЧЕЊИМА ИЗРАЗА "ЗАКОН" У ВИНОДОЛСКОМ ЗАКОНУ	
Др Срђан ШАРКИЋ	253
БОРБЕ ТАСИЋ И НАЧЕЛО НАРОДНЕ СУВЕРЕНОСТИ (поводом стогодишњице рођења)	
Др Гордана ВУКАДИНОВИЋ	261

СУДСКА ПРАКСА:

Грађанско право	289
Кривично право	275



Volume 1
Number 4
Kragujevac, 1992

HERALD OF LAW CONTENTS

ARTICLES:	THE NOTION OF DIRECT APPLICATION OF COMMUNITARIAN LAW	
	Radovan VUKADINOVIĆ, Ph.D.,	
	associate professor	139
	A CRITICAL VIEW ON THE REGULATION OF PERFORMING ARTISTS IN YUGOSLAVIA	
	Slobodan MARKOVIĆ, Ph.D., lecturer	149
	A SINGLE SYSTEM FOR THE PROTECTION OF FAMOUS AND WELL-KNOWN TRADE MARKS	
	Božin VLAŠKOVIĆ, Ph.D., lecturer	165
	PROBLEMS IN INVESTIGATIONS CAUSE AND EFFECT RELATIONSHIPS ON THE BASIS OF EXPERT OPINIONS IN FELONIES RELATING TO THE POSING OF THREAT TO PUBLIC TRAFFIC	
	Vladimir VODINELIĆ, Ph.D., professor	177
	RIGHT OF A CHILD TO KNOW ITS DESCENT AND STANDARDS OF OUR FAMILY LAW	
	Zoran PONJAVIĆ, Ph.D., associate professor	191
	JOINT OR INDEPENDENT DECISION-MAKING BY DIVORCED PARENTS	
	Gordana KOVAČEK STANIĆ, Ph.D., lecturer	201
	COMMERCIAL USAGES AND OBLIGATIONS ACT	
	Miodrag MIČOVIĆ, Ph.D., lecturer	217
	CAPACITY FOR BEING PARTICIPANT IN EXTRAJUDICIARY PROCEDURE	
	Duška PALAČKOVIĆ, Ph.D., lecturer	229
	INHERITANCE RIGHTS OF UNMARRIED SPOUSE	
	Slobodan SVORCAN, Ph.D., lecturer	237
	THE PRINCIPLE OF QUI ELEGIT ARBITRUM ELEGIT IUS IN ARBITRATION PRACTICE	
	Milena PETROVIĆ L.L.M. assistant	245
	CONCERNING THE MEANING OF THE TERM "LAW" IN THE VINODOL LAW	
	Srdan ŠARKIĆ, Ph.D., professor	253
	DJORDJE TASIĆ AND THE PRINCIPLE OF NATIONAL SOVEREIGNTY	
	Gordana VUKADINOVIĆ, Ph.D., professor	261
LEGAL PRACTICE:		269

Herald of Law
University of Kragujevac Faculty of Law
editor in chief: Nenad Djurdjević, Ph.D., lecturer
Djuro Pucara Starog 1
34000 Kragujevac, Yugoslavia

Др Радован Д.
ВУКАДИНОВИЋ
ванредни професор Правног
факултета у Крагујевцу

ПОЈАМ ДИРЕКТНЕ ПРИМЕНЕ КОМУНИТАРНОГ ПРАВА

1. ПОСТАВЉАЊЕ ПИТАЊА

Право које се ствара у оквирима трију заједница: Европске економске заједнице (у даљем тексту Европска заједница или само Заједница), Европске заједнице за угљ и челик и Европске заједнице за атомску енергију, уобичајено се назива право европских заједница или комунитарно право (Community law, the Law of the EEC, Gemeinschaftsrecht, Komunitarrecht, Droit Communautaire, droit d' europeenne). Оно настаје законодавном активношћу држава чланица и саме Заједнице, односно њихових овлашћених органа, а састављено је из "оног дела међународног права који регулише уговоре и међународне институције, од уговора (оснивачких, Р. В) и њихових аспеката, прописа које су створили органи Заједнице и оних делова унутрашњег права које су државе чланице дужне да донесу ради извршења својих обавеза."¹

Тако настали прописи се у теорији обично класификују у различите групе, а најчешће у примарне и секундарне изворе права. Пошто комунитарно право постоји паралелно² са правима држава чланица, поставља се питање како право може уопште постојати изван државе и какав је однос тако створеног вандржавног права према унутрашњем праву држава чланица.

У одговору на прво питање обично се полази од устаљеног схватања о праву као друштвеној

УДК: 341. 1: 061 ЕЦ

- 1 Lasok & Bridge, Law & Institutions of the European Communities, London, 1987, стр. 74-75. Oppremann, Europarecht, Muenchen, 1991, стр. 1, тач. 1. и стр. 152, тач. 389.
- 2 Јанча, Право европских заједница, Институт за правне и дрштвене науке Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 1980, стр. 161. Oppremann, op. cit. од стр. 152. па даље.

појави чији се настанак традиционално везује за постојање државе.³ Отуда има схватања да оно и не може постојати изван државе, нити се може примењивати изван државних граница, пошто је целокупна територија уствари подељена између држава. У марксистичкој теорији овакво схватање је дошло до изражаја кроз телеолошко дефинисање права као средства у служби политике владајуће класе. Такво инструментализовано и циљно посматрање права и његово нераскидиво везивање за државу логично води у схватање о праву као "укупности норми правног система" чију примену обезбеђује држава монополом сопствене физичке принуде. У крајњој линији и сасвим упрошћено, оваквим схватањем се негира правност свим другим нормама које не ствара држава. Отуда не може постојати ни међународно, ни комунитарно право. Реланост, међутим, показује да, без обзира на теоријска неслагања и оспоравања, поред норми које доноси државна постоје и друге норме које претендују да чине заокружену пелину међународног или комунитарног права. Отуда и потреба да се анализирају правила коегзистенције различитих система права и њихов међусобни однос.⁴

Уговором о оснивању Европске економске Заједнице⁵ (у даљем тексту Уговор о оснивању или оснивачки уговор), ово питање није регулисано на непосредан начин. У члану 189. Уговора о оснивању, који је посвећен изворима комунитарног права, једино је правилима (*Regulations, Verordnungen*) призната директна примена у свим државама чланицама, док се код осталих извора говори о њиховој обавезности, али без обајшњавања начина како то постићи. Помоћ у општем смислу донекле пружа инструктивна одредба члана 5. уговора о оснивању којом се прописује обавеза државама чланицама да предузму све одговарајуће мере како би испуниле обавезе из Уговора или деловања органа Заједнице. Државе се, такође, обавезују да не предузимају било које мере које би могле угрозити остваривање циљева овог Уговора. Како је Заједница "базирана на праву"⁶ и како осим административним апаратом не располаже сопственом армијом ни полицијом, очигледно је да се ти циљеви морају остваривати стварањем и применом комунитарног права. Његово спровођење и тумачење је поверено Суду правде, који га је у својој богатој пракси не само примењивао, већ га у одређеном смислу и стварао. Тако је Суд преузео кључну улогу⁷ у дефинисању односа комунитарног према националним правима (правима држава чланица). У речнику комунитарног права тај однос се означава као директна примена и директно дејство. Одређивање садржине појма директне примене и директног дејства комунитарног права и начина на који се то конкретизује, поред теоријског има и велики практични значај. У теоријском смислу,

3 David, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Ch. 3. *Sources of Law*, Tbingen, 1984, стр. 158.

4 На потребу изучавања питања коегзистенције указао је у образложеном мишљењу у једном од првих случајева пред Судом правде општи правобранилац Lagrange. V. случај 6/64 *Costa v ENEL* (1964) ECR, стр. 603.

5 потписан 25. марта 1957, а ступио на снагу 1. јануара 1958. г.

6 Lous, *The Community Legal Order*, Brussels - Luxembourg, 1990, стр. 44.

7 Borchardt, *The A B C of Community Law*, Brussels - Luxembourg, 1991, стр. 34.

7 Јанча, *op. cit.*, стр. 154.

директна примена овако донетих норми показује да се и другим вандржавним нормама могу уређивати друштвени односи. У практичном смислу, директна примена комунитарног права непосредно утиче на правни положај, односно обим права и обавеза, не само држава, као потписница оснивачког уговора, већ и осталих правних и физичких лица.

II. МЕТОДИ ИНКОРПОРАЦИЈЕ МЕДЈУНАРОДНОГ ПРАВА

Однос комунитарног права према правима држава чланица условљен је његовом правном природом. О томе, међутим, у правној теорији не постоји јединствено мишљење. Док једни сматрају да комунитарно право чини само део међународног права,⁸ други истичу његову *sui generis* природу, позивајући се најчешће на елементе наднационалности.⁹ У оквирима оба наведена схватања постоје даље подваријанте.

Поборници првог схватања увођење комунитарног права у унутрашње право држава чланица и његову примену објашњавају на исти начин као што се уносе и примењују међународни уговори. Како државе чланице суверено одлучују о начину "уласка" страног права (на и комунитарног), начин конкретне примене је практично опредељен једном од две концепције: дуалистичком или монистичком.

Међународно право није развило сопствена или универзална правила о томе,¹⁰ Нормама међународног права једино је наметнута обавеза државама да обезбеде његово поштовање у конкретним државама. Тако је адресатима остављена слобода избора најпогоднијих метода и по томе такви међународни уговори подсећају на упутства или смернице (*Directives, Richtlinien*) као секундарне изворе комунитарног права.¹¹ Досадашња пракса показује да су при томе коришћена у основи два метода: метод трансформације и метод адопције. Избор једног или другог метода директно је условљен прихватањем дуалистичке или монистичке концепције. Иако се ови методи разликују, о чему ће касније бити речи, ваља истаћи да у оба случаја ни један међународни уговор не може производити правно дејство у државама док државе не изврше одређене акте или предузму одређене мере ради њиховог "увођења" у унутрашње право.¹² Оно што, међутим, суштински разликује ове методе су поменути акти и радње.

8 Амелистов, *Современные тенденции развития права европейских сообществ*, Советское государство и право, 7(1985) 87, Мјуллереон, *К вопросу о "праве европейских сообществ"*, Вест. Моск. ун-та, Сер. 11, Право, 5(1982) с. 55; Winter, *Direct Applicability and Direct Effect - Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, 9 C.M.L.Rev. (1972) 425.

9 Lasok & Bridge, *op. cit.*, стр. 149; Schermers and Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, Kluwer, 1987, стр. 112, Louis, *The Community Legal Order*, Luxembourg, 1990, стр. 72. и даље, Oppermann, *op. cit.*, стр. 151. и даље, Олтеану, *Европейское экономическое сообщество - субъект международного права особого рода*, Вест. Моск. ун-та, Сер. 11 Право, 1(1982) стр. 21, Ентин, *Суд европейских сообществ*, Москва 1987, стр. 25.

10 Winter, *op. cit.*, стр. 426.

11 Ibid.

12 Schermers, *op. cit.*, стр. 104, тач. 202.

А. МЕТОД ТРАНСФОРМАЦИЈЕ

Према методу трансформације, који карактерише дуалистичко схватање међународног права, међународно право не обавезује државе по самој својој природи, нити чини део њихових унутрашњих правних система. Да би међународно право били уведено у унутрашње право потребно га је трансформисати, тј. донети посебан акт којим држава изјављује да одобрава његову примену на својој територији. То по правилу чине представничка тела (парламенти) по унутрашњој уставној процедури. Пошто су при одлучивању потпуно слободни то је овим методом очуван њихов суверенитет. Међутим, овлашћења влада су сужена и исцрпљују се у вођењу преговора и закључивању уговора. Тако закључени уговори не постају аутоматски део унутрашњег права па се владе могу обавезати једино да ће предузети све мере да тако закључени уговори добију снагу права на унутрашњој територији.

У теорији се истиче да овакав метод са становишта међународног права показује низ недостатака који се испољавају у томе што:¹³

а) процес трансформације захтева одређено време, а то одлаже примену закљученог међународног уговора;

б) постоји реална опасност да парламенти измене или допуне усвојене текстове или одбију њихову ратификацију;

ц) усвојена међународна правила, чак и кад су трансформацијом унета у унутрашње право, немају сопствени посебан статус, него представљају део унутрашњег права.¹⁴ Након трансформације у унутрашње право његова судбина је у рукама домаћег законодавца који га у складу са домаћим интересима може мењати. Чињеница да се тиме вршља преузета међународна обавеза није од значаја за унутрашње односе у држави уговорници, пошто се појединци у оквирима њене територије морају понашати у складу са унутрашњим (тако измењеним) правом.

д) Овакав метод се не може применити у случајевима кад трансформацијом треба извршити обавезујућу одлуку међународне организације, јер се по логици ствари то противи овлашћењу парламента да измени или одбије сваки међународни акт.¹⁵

На овај начин међународно право након уношења у унутрашња права држава чланица губи елементе међународног и чини део унутрашњег права. То подразумева да ће се и на његову примену и тумачење примењивати правила унутрашњег права.¹⁶

У оквиру Заједнице овај метод у чистом облику не користи ни једна од држава чланица, мада се као типични представници дуалистичког схватања наводе: Велика Британија, Данска и Ирска.¹⁷ Ублажену варијанту овог метода користе Италија и Немачка.

13 V. Schermers, op. cit., стр. 106, став 207.

14 Schermers, op. cit., 207.

15 Ibid.

16 Lasok & Bridge, Law & Institutions of the European Communities, London, 1987, стр. 290.

17 У Данској, међутим, одлуку о ратификацији може донети или национални парламент Фолкетинг, или се о томе одлучује референдумом.

Владе ових држава чланица нису слободне да воде преговоре и закључују међународне уговоре док не обезбеде одобрење парламента. У Немачкој се то одобрење даје у форми закона којим се међународно право аутоматски инкорпорира у унутрашњи правни поредак, што заправо и представља ублажење.¹⁸ У Данској се такође према Уставу захтева сагласност парламента, али добијање сагласности не значи и да је односни међународни акт уведен у унутрашњи правни систем.

Б. МЕТОД АДОПЦИЈЕ

Према монистичком схватању право се третира као универзална јединствена појава чије саставне делове чине међународно и унутрашње право. Отуда је уставима држава чланица које прихватају овакво схватање (Француска, Белгија, Холандија, Луксембург, Грчка, Шпанија и Португалија) одређена обавеза домаћих судова да непосредно примењују међународно право. Пошто међународно право обавезује само по себи¹⁹ то није потребна било каква мера трансформације. Међутим, то не значи да се правилима међународног права признаје и супериорност над конфликтним правилима унутрашњег права.²⁰ Ово питање се у начелу решава према правилу приоритета *ius priori derogat posteriori*. У случајевима кад је, пак, правило унутрашњег права донето касније, одступа се од наведеног правила и његова супериорност се изводи из саме природе међународног права.²¹

III. ОДНОС КОМУНИТАРНОГ ПРЕМА УНУТРАШЊИМ ПРАВИМА

О односу комунитарног према унутрашњим правима држава чланица у крајњој линији непосредно одлучују национални судови. Међутим, због Уговором установљене јурисдикције Суда правде да одлучује о тзв. претходним питањима²² о овоме на посредан начин одлучује и Суд правде. Из тих разлога ће бити прво анализирана пракса Суда правде. Према претежном делу правне теорије правни концепт Европске економске заједнице изражава монистичко схватање.²³ И Суд правде је непосредно после ступања на снагу Уговора о оснивању био позван да у форми одлуке о претходном питању определи природу комунитарног права. Први случај у коме је Суд своју одлуку о односу комунитарног према унутрашњем праву засновао на "уобичајеном монистичком схватању међународног права"²⁴ био је *Humblet v. Belgium*.²⁵ У образложењу своје одлуке, којом је обавезао државу чланицу да укине унутрашње мере (у питању је био Белгијски закон о порезима из

18 Schermers, op. cit., 208.

19 Schermers, op. cit., стр. 108, став 210.

20 Schermers, Ibid.

21 Ibid.

22 О појму одлучивања по претходним питањима и његовом значају више видети у: Вукадиновић, Европска економска заједница - Институције, Београд, 1991, стр.

23 Lasok & Bridge, op. cit., стр. 291.

24 Parry and Hardy, EEC Law, London, 1981, стр. 87, пар. 7-02.

25 (1960) E.C.R., 559.

1948) које су у супротности са комунитарним правом Суд је, између осталог, истакао да: " Ова обавеза очигледно произилази из Уговора (о оснивању Европске заједнице за угаљ и челик) и Протокола (о привилегијама и имунитетима) који имају снагу права у државама чланицама након њихове ратификације и као такве имају приоритет над националним правом."²⁶ И у серији каснијих одлука по претходним питањима Суд правде се конкретно изјашњавао о директној примени појединих одредби Уговора о оснивању. Тако је у случају *Commission of the EEC v Grand Duch of Luxembourg and Kingdom of Belgium*²⁷ Суд заузео став о директној примени одредби чланова 9. и 12. Уговора о оснивању, које су се односиле на забрану примењивања унутрашњих прописа којима је након ступања на снагу Уговора о оснивању повећана царинска стопа, упркос настојању тужених да то оправдају дозвољеним изузецима.²⁸ Суд се у овим случајевима, додуше, није бавио природом комунитарног права, већ је своју одлуку образложио чињеницом да се одредбе чланова 9. и 11. налазе у уводном делу Уговора о оснивању који је означен као "Пачела Заједнице".²⁹ Према схватању Суда смо место тих одредби говори о њиховом значају па се мора спречити њихово заобилажење путем фискалних и царинских мера или мера техничке природе државних органа. Инак, Суд је тек у случају *Van Gend en Loos*³⁰ заузео генерални став о природи комунитарног права и његовом односу према унутрашњим правима држава чланица. У питању је била тужба којом је холандски трговац *Van Gend en Loos* оспорио право надлежном царинском органу да на увезени формалдехид из Немачке примени увећану царинску стопу од 8%. Пошто је у време увоза овај производ био класификован у складу са Царинском одлуком која је ступила на снагу 1. марта 1960. године на основу Бриселског Протокола између Белгије, Луксембурга и Холандије, од 25. јула 1958. године, увозник (*Van Gend en Loos*) је одлуком надлежних царинских органа био обавезан да плати царину по стопи из Царинске одлуке, иако је одредбама члана 12. уговора о оснивању било забрањено свако повећање царинских дажбина након ступања на снагу Уговора. Због тога је увозник ставио приговор царинском инспектору који је, међутим, био одбачен. Након тога *Van Gend en Loos* је подигао тужбу пред царинским судом (*Tarifkomissie, Tariff Commission*), а овај је у складу са одредбама члана 177. Уговора о оснивању затражио тумачење спорне одредбе члана 12. Уговора о оснивању од Суда правде и при томе тражио одговор на два питања:

а) да ли одребе члана 12. Уговора о оснивању имају унутрашњу примену коју подразумева тужилац, односно да ли грађани могу директно извлачити

26 (1960) E.C.R. стр. 569. наведено према *Parry and Hardy*, op. cit., стр. 87, пара. 7-02.

27 Заједнички случај бр. 2 и 3/1962, C.M.L. Rev. I(1963-64) 211.

28 У питању је био покушај примене унутрашњих царинских прописа, којима су након ступања на снагу Уговора о оснивању (1. 1. 1958) биле повећане увозне царине за одређене врсте хлеба приликом увоза у Луксембург и Белгију, као и покушај влада тужених држава да се то оправда изузецима из члана 226. Уговора.

29 C.M.L.Rev. стр. 212.

30 Case 26/62, пресуда од 5. фебруара 1963. 1 C.M.L.R. (1963-64) 82.

права из наведеног члана, која национални судови морају штити (питање директне примене), и

б) у случају да је одговор потврда, да ли примена поменутих царинских дажбина од 8% на увоз представља незаконито повећање у смислу члана 12. Уговора о оснивању.

У писменим одговорима заинтересоване државе: Холандија, Белгија и Немачка су сматрале да се члан 12. не може директно применити наводећи при томе различите разлоге. Тако је влада Холандије оспорила надлежност Суда наводећи да се захтев не односи на интерпретацију, већ на примену Уговора, а то се мора решити у складу са уставним правом Холандије. Ако је пак у питању повреда Уговора, поступак због повреде Уговора се мора покренути у складу са одредбама чл. 169. и 170, а не према поступку прописаном чланом 177. Уговора о оснивању. Према схватању белгијске владе, у питању је сукоб између одредби два међународна уговора који национални судија мора решити на основу свог унутрашњег права. У таквим ситуацијама Суд правде није овлашћен да одлучује да ли одредбе Уговора о оснивању имају првенство над холандским правом или другим уговорима које је закључила Холандија и унела у своје право. Комисија је, пак, сматрала да се члан 12. Уговора може директно применити и да директна примена произилази из "анализе правне структуре Уговора."³¹ Ова анализа, према мишљењу Комисије, показује да државе чланице нису само намеравале да прихвате узајамне обавезе, већ и да креирају комунитарно право и, шта више, да нису намеравале да изузму његову примену од стране националних судова. Отуда ефективна и једнообразна примена овог права у целој Заједници подразумева да однос комунитарног према унутрашњем праву треба одредити искључиво правилима комунитарног права, а национални судови су обавезни да га примењују директно као супериорније право.

У одговору на постављена питања и коментару на изнета мишљења, Суд је заузео став да "Заједница успоставља нови правни поредак међународног права у чију корист су државе ограничиле, иако у ограниченом обиму, своја суверена права, чији су субјекти не само државе чланице, већ и њихови грађани. Независно од законодавства држава чланица, право Заједнице намеће појединцима не само обавезе, већ је замишљено да на њих преноси и права која постају део њиховог правног наслеђа. Ова права настају не само кад се изричито гарантују Уговором о оснивању, већ и на основу обавеза које Уговор намеће на јасно одређен начин, како појединцима, тако и државама чланицама и институцијама Заједнице."³² У каснијим одлукама почев од водећег случаја *Costa v. ENEL*³³ Суд је у квалификацији комунитарног права изоставио његово подвођење под међународно право ставом да "За разлику од класичних међународних уговора, Уговор о оснивању ЕЕЗ-а је креирао сопствени правни систем који, након ступања на снагу Уговора, постаје интегрални део правних система држава чланица

31 C.M.L.Rev. стр. 83.

32 Ibid., стр. 84.

33 Case 6/64 *Flaminio Costa v. ENEL* (1964) E.C.R 385.

који су њихови судови дужни да примењују.³⁴ У образложењу свог става Суд наводи да су "Оснивањем Заједнице са неограниченим трајањем, која има сопствене органе, сопствени правни субјективитет, сопствени капацитет и способност представљања на међународном плану и, још конкретније, реалну снагу која потиче из ограничења суверенитета или од трансфера овлашћења од држава чланица на Заједницу, државе чланице ограничиле своја суверена права, мада у ограниченим областима, и тако је створено право које обавезује и држављане и њих саме."³⁵ Што се тиче односа тако створеног права према правима држава чланица, Суд је заузео став да је: "Приоритет комунитарног права потврђен одредбама члана 189, (Уговора о оснивању), одређивањем да су правила 'обавезујућа' и 'директно применива' у свим државама чланицама'. Ова одредба, која није ничим условљена, би остала без значења ако би држава могла једнострано поништити њено дејство путем легислативних мера којима би се признала супериорност над комунитарним правом." Стога би: "Уношење одредби комунитарног права у законодавство сваке државе чланице и, уопштеније, услова и духа Уговора, било немогуће ако би се то чинило једностраним и каснијим мерама држава чланица на бази реципроцитета. Такве мере не могу бити у супротности са комунитарним правним системом. Спровођење комунитарног права не може бити различито од државе до државе зависно од домаћег права, а да се тиме не доведе у питање остварење циљева Уговора постављених у члану 5.(2) и не створе разлике које су забрањене чланом 7."³⁶ Из свега тога следи закључак Суда да право који потиче из Уговора о оснивању, као независни извор права, не би могло бити, због своје специфичне и оригиналне природе, потиснуто националним правом, а да се при томе не угрози његов карактер. Суд је у низу каснијих одлука остао доследан аутономној природи комунитарног права образлажући при томе његове поједине аспекте. У генералном смислу Суд је квитесенцију аутономије комунитарног права изразио у својој одлуци у случају *Molkerei*³⁷ наводећи да је комунитарно право "потпуно независно од законодавних аката држава чланица."³⁸

Националну судови у већини држава чланица су прихватили овакав став Суда правде без посебних тешкоћа.³⁹ То је омогућено, пре свега, одговарајућим изменама или допунама устава у поступку ратификације Уговора о оснивању. Изменама је требало, пре свега, обезбедити трансфер суверенитета или делегацију овлашћења на Заједницу чиме је на посредан начин признато постојање комунитарног права и одређен однос према њему.⁴⁰ У пракси се показало да у оним државама које прихватају монистичку концепцију (Луксембург, Холандија, Француска) не настају проблеми у примени

34 Ibid., стр. 593.

35 Ibid., стр. 593.

36 Ibid., стр. 594.

37 *Случај 28/67 Molkerei-Zentrale Westfalen-Lippe GmbH v Hauptzollamt Paderborn* (1968) ECR 143.

38 Ibid., стр. 152.

39 В.

40 Наведи све државе

комунитарног права, јер се сва правила међународног права уводе у домаћи правни поредак без било каквих националних мера.⁴¹ Комунитарном праву се признаје посеба статус, са образложењем да оно не чини "ни део националног правног система, ни међународног права, већ формира независни систем права који проистиче из аутономног правног извора."⁴²

Изузетак донекле представља пракса француског Council d' Etat-a који је као врховни управни суд повремено одбијао да призна приоритет комунитарног права над касније донетим унутрашњим правом, као и неки покушаји немачког врховног финансијског суда (Bundesfinanzhof) да оспоре примат комунитарног над унутрашњим правом.⁴³

Судови осталих држава, у којима је прихваћена дуалистичка концепција, су директну примену комунитарног права извлачили из уставних одредби о ратификацији Уговора о оснивању, избегавајући позивање на акте трансформације. Немачки уставни суд (Bundesverfassungsgericht) је то у случају Lueticke образложио на следећи начин: "Самом ратификацијом Уговора о оснивању, у складу са чланом 24. став 1. Устава, независни правни поредак Заједнице је постао део домаћег правног поретка чије дејство и примену у домаћем поретку морају обезбедити немачки судови.

SUMMARY

THE NOTION OF DIRECT APPLICATION OF COMMUNITARIAN LAW

The application of the European Community law (communitarian law) is causing many dilemmas and opening a series of issues of theoretical and practical nature in the EC member-countries. Because of the established idea of law as a social phenomenon, the existences and application of which are associated with state exclusively, the communitarian law is manifest as a super- or extra-state creation. In legal theory, there is no generally accepted idea of its legal nature. Some are regarding it as a part of the international law, while others are insisting on its *sui generis* nature. Even so, irrespective of such theoretical differences, the communitarian law, the same as the international one, cannot be incorporated directly in the legal systems of member-countries.

Because of the generally accepted sovereignty of states and the principle of territoriality in the application of national law, the communitarian law, like the international one, should remain "on the other side of national borders". The mode of its "entry" in a national law depends on its legal nature. Thus, the adherents to the idea of the communitarian law being a part of the international

41 V. Schermers, op. cit., стр. 115, пар. 224.

42 В. одлуку немачког уставног суда (Bundesverfassungsgericht), од 29. маја 1974. године у случају German Handelsgesellschaft (1974) 2 C.M.L.R. 549. и коментар у: Schermers, op. cit., пар. 228, стр. 118.

43 V. Louis, op. cit., стр. 139-149., Oppremann, op. cit., стр. 195. и даље.

law explain its incorporation in the national law by the accepted monistic or dualistic conception in the member-country concerned. In practice, however, the starting point is the **sui generis** nature of the communitarian law, so that the method of its application in the member-countries must differ from the traditional methods of applying the international law. Such special method is designated as „direct applicability“, whose characteristics have been specially developed by the Court of Justice, starting from the leading Van Gend en Loos case.

Др Слободан
МАРКОВИЋ
доцент Правног факултета
у Крагујевцу

КРИТИЧКИ ПОГЛЕД НА РЕГУЛИСАЊЕ ПРАВА УМЕТНИКА ИЗВОЂАЧА У ЈУГОСЛАВИЈИ

І. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ (ПОЈАМ, МЕСТО И ДРУШТВЕНА ФУНКЦИЈА ПРАВА УМЕТНИКА ИЗВОЂАЧА)

У већем броју држава, па и у Југославији, уметницима извођачима је пружена специфична правна заштита за њихова извођења. Правна област којом се уређује та врста заштите назива се "право уметника извођача" (енгл. - performers rights law/ нем. - Recht der ausübenden Kuenstler). У српском и у немачком језику исти термин се користи да означи и субјективно право (правну власт) појединог уметника извођача поводом његовог конкретног извођења. Садржина тог субјективног права није у свим државама иста. Негде, оно се састоји само од имовинскоправних овлашћења на искоришћавање извођења, а негде оно обухвата и овлашћења на заштиту интегритета личности уметника извођача и његовог извођења (тзв. личноправна овлашћења).

Традиционално, право уметника извођача се убраја у тзв. права суседна ауторском праву. Поред права уметника извођача, у суседна права се убрајају још и право произвођача носилаца звука (фонограма) и слике (видеограма), и право произвођача емисија (тзв. право радиодифузних установа). У неким националним правним системима каталог суседних права је шири, па обухвата још, на пример, и право приређивача новог издања књижевног дела које није ауторскоправно заштићено, а које (издање) представља резултат запаженог

научног рада и које се битно разликује од претходних издања; затим, право лица које је прво објавило неко књижевно дело на којем је ауторскоправна заштита истекла пре објављивања.¹

Из чињенице да се ова права означају као суседна² у односу на ауторско право, произлази да она нису ауторско право, али да су му, на неки начин, блиска.

Оно што јасно раздваја субјективно ауторско право од субјективних суседних права јесте различитост њихових предмета. Док је предмет ауторског права ауторско дело, дотле предмет суседних права чине извођење, звучни или визуелни запис (снимак), одн. емисија ауторског дела, независно од тога да ли је то ауторско дело заштићено или није.

Оно, пак, што повезује ауторско право и суседна права јесу неке околности фактичке и правне природе. Фактички гледано, "суседски" карактер суседних права у односу на ауторско право произлази из чињенице да ланац економског искоришћавања ауторских дела потенцијално обухвата ангажовање уметника извођача, произвођача носилаца звука и слике, радио-дифузних предузећа која емитују неснимљена или снимљена извођења и сл. Реч је, дакле, о једном јединственом комплексу економских интереса различитих субјеката који у том ланцу учествују. Једним делом, ти интереси су међусобно комплементарни, а једним делом су противречни. Коначно, основна фактичка природа предмета субјективног ауторског права и субјективних суседних права је иста: то су нематеријална добра. Правно гледано, пак, суседство поменутих права са ауторским правом потврђује се у истоветности њихове правне природе: суседна права су, као и ауторско право, у основи, искључивог (апсолутног) карактера.

На међународном плану, право уметника извођача је регулисано Конвенцијом о заштити уметника извођача, произвођача фонограма и радио-дифузних установа, закљученом 1961. године у Риму (даље: Римска конвенција). Ова конвенција данас броји 37 држава чланица, међу којима није Југославија.³

Друштвени разлог за пружање заштите уметницима извођачима почива на чињеници да су они, као професија, технолошким развојем у области информационих медија, довели у незавидан положај. Наиме, сада постојеће техничке могућности снимања (бележења на телесни носилац) њихових извођења, као и могућности економског искоришћавања тих снимака путем емитовања или продаје примерака снимка (грамофонских плоча, аудио и видео касета), битно ограничавају тражињу за радом уметника извођача.

1 Види нпр. Закон о ауторском праву СР Немачке од 1965, чл.70 и 71.

2 У законима и литератури су у оптицају још и термини "сродна права" и "конексна права".

3 Стање на дан 1.1.1992: Аргентина, Аустрија, Барбадос, Бразил, Буркина Фасо, Чиле, Колумбија, Конго, Коста Рика, Чешкословачка, Данска, Доминиканска Република, Еквадор, Ел Салвадор, Фиджи, Финска, Француска, Немачка, Гватемала, Хондурас, Ирска, Италија, Јапан, Лесото, Луксембург, Мексико, Монако, Нигерија, Норвешка, Панама, Парагвај, Перу, Филипини, Шпанија, Шведска, Велика Британија, Уругвај (Copyright, January 1992, стр.9).

Сталешки положај уметника извођача има два аспекта. Један аспект се тиче њиховог конкурентског односа према великим корисницима ауторских дела (нпр. филмска и музичка индустрија, радио и ТВ станице). То је неравноправан однос између конкурентна неупоредиве економске снаге, кој и тежи потпуном истискивању уметника извођача са тржишта. Други аспект се тиче чињенице да снимање или емитовање ауторских дела, ипак, није могуће без посредовања уметника извођача. Због тога се у кругу уметника извођача ствара оштар конкурентски однос између оних који снимају и оних који не снимају, при чему, сталешки посматрано, они који снимају раде директно против интереса своје професије.⁴ Отуда, право уметника извођача има за циљ да успостави један правни механизам на основу којег ће припадници ове професије моћи, бар делимично, да се одупру економском пропадању под притиском технолошког напретка у области информационих медија.

II. ПРАВО УМЕТНИКА ИЗВОЂАЧА У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И ТЕОРИЈИ

У упоредном и међународном праву, идеја о потреби заштите уметника извођача је, врло мукотрпно и споро, почела да се шири још од прве деценије XX века.

Прво нормирање ове области у Југославији уследило је, на подзаконском нивоу и на непотпуан начин, 1953. године, у виду Општег упутства СИБ-а о хонорарима извођача музичких и књижевних дела за репродуковање њихових снимљених извођења.⁵

По доношењу Закона о ауторском праву 1968. године, израђен је и Нацрт Закона о заштити уметника извођача, произвођача фонограма и радиодифузионих организација, чији је циљ био да свеобухватно нормира целокупну материју о суседних права на принципима Римске конвенције, и тиме створи претпоставке за ратификацију ове Конвенције од стране Југославије.⁶ Овај Нацрт, међутим, никад није постао закон. Тек 1990. године, у оквиру ревизије Закона о ауторском праву од 1978, по први пут се у Југославији на целовит начин уређује заштита уметника извођача.⁷

У југословенској правничкој литератури је током 60-тих година, под утицајем Римске конвенције коју је Југославија потписала али није ратификовала, постојало живо интересовање за права уметника извођача, одн.

4 "Овде, дакле, технолошке промене принуђују уметнике извођаче да ступе у конкурентски однос са самима собом" (Joseph Straus, Der Schutz der ausübenden Kuenstler und das Rom-Abkommen von 1961 - Eine retrospektive Betrachtung (GRUR INT 1985, стр.20).

5 О том пропису детаљније види у Војислав Спанић, Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ, Загреб, 1983, стр.521, 522.

6 О садржају Нацрта види детаљније у Војислав Спанић, *op.cit.*, стр.253, 254.

7 Чл.99а-99с, 101а и 103а Закона о изменама и допунама Закона о ауторском праву (Сл.л.СФРЈ бр.21/90).

суседна права уопште.⁸ То интересовање правне теорије је обновљено доношењем поменутог новеле Закона о ауторском праву 1990. године,⁹ мада су, мора се рећи, изостале озбиљније анализе тог прописа.

III. О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ ПРАВА УМЕТНИКА ИЗВОЂАЧА У ЈУГОСЛАВИЈИ

Из правне теорије је општепознато да суседна права нису хомогена група права, већ да има између њих разлика које одређују степен блискости појединог суседног права у односу на ауторско право. Највећи степен блискости са ауторским правом има право уметника извођача због тога што је његов предмет - извођење - једна врста духовне творевине у којој долазе до изражаја индивидуалне карактеристике уметника извођача. Напротив, код права произвођача носилаца звука и слике, одн. произвођача емисија, предмет права је нематеријално добро (снимак, емисија) као резултат организационо-техничког, а не индивидуално-духовног рада. Код ове две последње врсте суседних права штити се, дакле, предузетништво, а код права уметника извођача духовни стваралачки рад. Отуд, има у нашој теорији схватања да је право уметника извођача вид ауторског права.¹⁰ Од тог схватања пошао је и југословенски законодавац кад је 1990. године доносио законску новелу о праву уметника извођача.¹¹

Чињеница да се наши законски прописи о праву уметника извођача темеље на доктрини о праву уметника извођача као ауторском праву, има

8 Монографије: Ксенија **Сигулински**, Права "сродна" ауторском праву (необјављена докторска дисертација), Београд, 1964; Звонимир **Урем**, Право извођача књижевних и уметничких дјела, Загреб, 1969. Чланци: Ксенија **Сигулински**, Упоредноправни преглед заштите уметника извођача (Страни правни живот, 1964, свеска 43, стр.9); Ксенија **Сигулински**, Основне карактеристике Римске конвенције (Страни правни живот, 1964, свеска 43, стр.23); Војислав **Спаић**, Међународна заштита права "сродних" ауторском праву (Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1956, стр.257); Војислав **Спаић**, Хашки пројекат међународне конвенције о заштити уметника- извођача, произвођача фонограма и радио-дифузних органа (Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1960, стр.37); Звонимир **Урем**, Нешто о међународној заштити "права сродних ауторском праву" (Наша законитост, 1962, стр.385).

9 Милан **Албијанић**, Новеле Закона о ауторском праву - осврт на законско уређивање права уметника извођача (Судска пракса, 1990, свеска 5, стр.82); Борислав **Блажевић**, Законско регулирање права уметника и извођача (Законитост, 1990, свеска 7/8, стр.884); Аленка **Кухељ**, Problematika pravic umetnikov izvajalcev (Правник, 1990, свеска 8-10, стр.395); Мирјана **Лисов**, Новине у области законске заштите рачунарских програма и извођачких права (Привредноправни приручник, 1990, свеска 5, стр.36); Зоран **Јелић**, Прилог одређивању правне природе и садржине извођачког права (Патентни гласник СР Југославије, 1992, бр.1, стр.287).

10 "Извођачко право по својој природи је ауторско право. „Стога се код извођачког права не може говорити о тзв. 'сродном' или 'конексном' праву ауторском праву, које би са ауторским било само слично." (Војислав **Спаић**, Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ, Загреб 1983, стр.249).

11 Види Мирјана **Лисов**, *op.cit.*, стр.39; Зоран **Јелић**, *op.cit.*, стр.287.

свој прагматични, тј. правно-технички аспект и, наравно, материјални аспект.

Што се прагматичног аспекта тиче, он је у вези са уставном одредбом (према Уставу СФРЈ од 1974)¹² по којој је у надлежности Федерације да доноси законе у области ауторског права. Следствено томе, уређивање материје суседних права је било у надлежности република, што је практично значило да се та материја никако није могла јединствено уредити на територији целе СФРЈ. Стога је теорија о праву уметника извођача као ауторском праву била идеално оправдање савезном законодавцу да своју надлежност прошири и на право уметника извођача, и донесе савезни закон о томе. Тако је теорија послужила једном малом лукавству савезног законодавца, чијој се намери да јединствено уреди ову материју не може ништа приговорити.¹³

Материјални аспект утемељења нашег права уметника извођача на теорији о том праву као ауторском праву, много је занимљивији и заслужује посебну пажњу. Како је носилац те теорије код нас проф. В. Спаић, размотрићемо његове аргументе за то схватање. Они се могу сублимисати у један кључни: извођење је ауторско дело. Испитајмо сад шта то значи:

То значи, пре свега, да је извођење људска творевина која има духовни садржај, одређену форму и оригиналност. Из тога следи да извођење није само облик искоришћавања ауторског дела које се изводи, већ је и ауторско дело за себе. Језиком ауторскоправне теорије речено, извођење је прерада изворног ауторског дела. Оно се, тако, сиретава у ред ауторских дела - прерада, као што су превод књижевног дела, фотографија пластичног дела, филмски сценарио урађен по роману, кинематографско дело урађено по одређеном сценарију итд. Сматрамо да у основи ове правне конструкције леже два недостатка. Први је недовољно уочавање разлике између извођења, на једној, и ауторског дела које је његов предмет, на другој страни. Други је неуважавање значаја одређености форме, као структурног елемента појма ауторског дела.

Кад, на пример, Лорене Оливије глуми Хамлета или кад Павароти пева Росинијевог Севилског Берберина ми, без сумње, можемо запазити креативну снагу извођења, али не смемо заборавити да та снага има основу и у предлошку, а не само у извођењу. Квалитет и мера стваралачког у извођењу као таквом, сачињава оно што остаје кад се од Паваротијевог извођења одбије Росинијево ауторско дело. Будући да то раздвајање, практично, није могуће, од користи за разумевање ствари може бити пример извођења које нема за предмет ауторско дело. Замислимо доброг виолинисту који изводи вежбе скала, или доброг глумца који изводи вежбе дикције, вежбе кретања или сл. У тим случајевима је такође видљиво да је реч о

12 Чл.281, ст.1, тач.4 Устава СФРЈ.

13 Узгред, према уставу СР Југославије од 1992, надлежност Федерације за доношење закона у области суседних права није изричито утврђена, те ће, уколико то буде било потребно, морати да се прибегне систематском тумачењу читавог низа уставних одредаби, имајући, при том, у виду да разлици целисходности налажу да се то питање уређује на савезном, а не на републичком нивоу.

уметничком извођењу. Наиме, видљива је уметничка индивидуалност садржана у таленту и вештини уметника, које они уграђују у своје извођење. Питање за правну теорију је, међутим, да ли резултат примене извођачке вештине и талента на одређени предложак могу резултирати у извођачку креацију, која се, као таква, може квалификовати као ауторско дело. Ми сматрамо да је одговор негативан.

Образложење за тај негативни одговор садржано је у самој теорији ауторског права. Наиме, као што је међу стручњацима општепознато, ауторскоправна заштита се не односи на стил и технику којима је једно ауторско дело уобличено, нити на опште идеје, учења или упутства која су садржана у делу. Ауторскоправна заштита обухвата само оне елементе дела, који су у релативно стабилном међусобном односу материјално испољени, одн. испољиви. Такво материјално испољавање, одн. подобност за материјално испољавање се зове форма дела, и представља елеменат дефиниције појма ауторског дела. Тај елеменат обезбеђује идентитет дела, одн. његову препознатљивост и поновљивост. Извођачка креација нема такву форму.¹⁴ Карактеристични лични печат који један извођач даје свом извођењу, и на основу којег га познаваоци његове уметности могу препознати, аналоган је оној личној ноти по којој књижевни стручњаци могу препознати писца: реч је о личном стилу, осећајности и идејности који немају одређену форму и који због тога нису предмет ауторскоправне заштите. Спаић се пита: "Уосталом, не знамо зашто код ауторског права предмет мора имати неку изражену форму, кад знамо да то није случај ни у проналазачком праву, а проналазач добија, ипак, пуну заштиту".¹⁵ Одговор на то питање произлази из опште теорије права заштите проналазака. Наиме, проналазак је, по својој правној дефиницији, упутство, одн. учење о томе на који начин, и уз помоћ којих техничких средстава се решава одређени технички проблем. Дакле, предмет заштите је управо идеја, упутство, без обзира на форму у којој је оно испољено. Зато свака реализација, одн. практично поступање по техничком упутству (проналаску), које се чини у привредне сврхе, улази у оквир правне заштите за тај проналазак. Кад би постојао и у ауторском праву, тај принцип би довео до апсурдних резултата. На пример, шетња градом, у организацији туристичке агенције, по упутствима из туристичког водича који је ауторско дело, била би повреда ауторског права, уколико агенција не би, пре тога, добила дозволу од аутора. Или, пре припремања у хотелском ресторану неког јела на основу рецепта из збирке рецепата, која је ауторско дело, морала би се прибавити дозвола од аутора, како не би дошло до повреде ауторског права.

Не оспоравајући да је извођење једна врста духовне творевине која има индивидуални печат уметника извођача, сматрамо да постоји довољно основа за закључак да је теорија о извођењу као ауторском делу погрешна,¹⁶

14 Није, дакле, у питању аргумент да извођење не садржи индивидуални стваралачки чин, са којим, у целом свом раду, полемише Јелић (Зоран Јелић, *op.cit.*, стр.288).

15 Војислав Спаић, *op.cit.*, стр.249.

па да је, самим тим, и цео концепт права заштите уметника извођача у југословенском праву погрешно постављен. То се огледа у низу конкретних решења на која ћемо се у даљем тексту освртати.

IV. ТЕРМИНОЛОШКА ПИТАЊА

У нашој теорији, као називи за право о којем говоримо, преовлађују "право уметника извођача" и "извођачко право". Наш законодавац се определио за "право уметника извођача". То је разлог што се и у овом раду, из практичних разлога, користи тај термин, на који, иначе, имамо значајне примедбе.

Поставља се питање да ли је термин "извођење" одговарајући за оно што он означава у праву уметника извођача. То питање се мора размотрити у склопу целине ауторскоправне терминологије, утолико пре што је право уметника извођача постављено као ауторско право и што је уређено у Закону о ауторском праву. Посебну тешкоћу причињава чињеница да је и сама ауторскоправна терминологија нашег Закона недопустиво неспрецизна и конфузна.

Из члана 99б новелираног Закона о ауторском праву произлази да се под извођењем уметника извођача подразумева његова интерпретација књижевног, музичког или другог уметничког дела, у виду глуме, говора, певања или свирања.¹⁷ Као што је познато, ти начини интерпретације дела, уколико се предузимају у јавности, сачињавају радње искоришћавања ауторског дела. Из чл.32, ст.1, тач.1 Закона о ауторском праву произлази да се јавна интерпретација драмских и драмско-музичких дела зове представљање, а музичких дела извођење.¹⁸ И једно и друго су облици искоришћавања ауторског дела у бестелесној форми. Оно што је заједничко за оба ова вида јавне интерпретације ауторског дела јесте да се она врши личним ангажовањем лица које се непосредно обраћа чулима публике која се налази у/на истом простору где и интерпретатор. Разлика је само у средствима саопштавања дела: код извођења, интерпретатор се обраћа публици звуком, док се код представљања интерпретатор обраћа публици покретом (визуелно) и звуком (који може и изостати). Отуда и разликовање тзв. несценских од сценских дела. Под несценским делима се подразумевају музичка и говорна дела, а под сценским драмска, драмско-музичка, кореографска и пантомимска дела.

Како наш законодавац у области ауторског права користи колоквијалну, а не стручну терминологију, то у Закону долази до гомилања термина и мешања појмова као што су: рецитовање, декламовање, извођење, приказивање, представљање. Са становишта ауторског права, у ствари, небитно

16 У прилог томе Eugen Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, Berlin, 1980, стр.524. и даље; Звонимир Урем, Право извођача књижевних и уметничких дјела, Загреб, 1969, стр.18 и даље.

17 "Уметници извођачи, у смислу овог закона, јесу лица и уметнички ансамбли који на уметнички начин приказују, рецитију, декламују, певају, свирају, играју или на други начин изводе књижевна, музичка или друга уметничка дела."

18 "Аутори драмских, драмско-музичких и музичких дела имају искључиво право да дају дозволу за јавно представљање и јавно извођење тих дела..."

је да ли интерпретатор пева, свира, говори, декламује или рецитује, јер све те радње чине један облик искоришћавања сценских дела (музичких или говорних). Отуда, појам извођења је довољан да "покрије" сва та ауторско-правна значења. С друге стране, упркос постојању исправне дефиниције "представљања" као облика јавног саопштавања сценских дела у чл.32, ст.1, тач.1 Закона о ауторском праву, тај назив се у чл.73-77 истог Закона почиње замењивати погрешним називом "приказивање". Приказивање је, међутим, облик искоришћавања кинематографских дела путем јавног саопштавања уз помоћ телесног носиоца слике (и звука), као што се види из чл.78 Закона о ауторском праву. Приказивање је, дакле, искоришћавање дела у телесној форми.

Изложене недоследности и конфузија су се, наравно, одразиле и на терминологију права уметника извођача. Тако, према чл.99б, уметници извођачи "приказују (!?), рецитују, декламују,¹⁹ певају, свирају, играју или на други начин изводе...". Уместо ове англомерације некорисних речи и погрешних термина, потребно је рећи само да уметници извођачи изводе или представљају дела.²⁰ Имајући у виду да је то суштина њихове делатности, термин "уметник извођач" постаје неодољивајући, и требало би га заменити неким другим термином који обухвата извођење и представљање. То би могао бити термин "репродуктивни уметник" или "уметник интерпретатор".

V. ПРЕДМЕТ ПРАВА УМЕТНИКА ИЗВОЂАЧА

Показали смо да је предмет права уметника извођача извођење или представљање музичких, књижевних или других уметничких дела. Једноставности ради, извођење или представљање ћемо јединствено означити техничким термином "извођење".

За теоријску анализу није небитно да ли је законодавац хтео да предмет извођења буду ауторска дела из области музике, књижевности или других облика уметности, или да то буду само дела из поменутих области. Значај ове разлике проистиче из чињенице да постоје уметничка дела која нису ауторска дела, јер не испуњавају неки од ауторскоправних критеријума (творевина, духовни садржај, форма, оригиналност).²¹ Наиме, у модерној

19 Није нам позната разлика између рецитовања и декламовања ни у колоквијалном говору.

20 Наш законодавац се очевидно угледао на српски превод чл.3, тач.(а) Римске конвенције, али као да је превидео да се ни тамо не говори о приказивању, већ о представљању. Уз то, кад је рећ о некритичком коришћењу терминологије из међународних конвенција, потребно је имати у виду да је та терминологија често шира него што је потребно, јер се конвенција обраћа неодређеном броју националних правних система са циљем да што већи број тих система у њој препозна свој термин за одређен појам. Коначно, сваки, па и српски, превод међународне конвенције крије замке терминолошке природе. Зато је некритичко преписивање одредаба из превода међународних конвенција опасно.

21 О раскораку између појма ауторског дела и културолошког појма уметничког дела види монографије: Max Kummer, *Das urheberrechtlich schuetzbare Werk*, Bern, 1968; Gerhard Rau, *Antikunst und Urheberrecht*, Zuerich, 1978; Andreas Zschokke, *Der Werkbegriff im Urheberrecht*, Zuerich, 1966.

уметности (која је, наравно, културолошка, а не правна појава) постоје читави правци који, у екстремним случајевима, колидирају са правним концептом ауторског дела (нпр. алеаторна уметност, концептуализам, минимализам, редукционизам). Тако, на пример, минималистичко - редукционистичко уметничко дело може бити понављање једног тона на клавиру, или, чак, тишина. Са становишта ауторског права, такво дело није ауторско дело, јер није оригинално (у смислу ауторског права). Поставља се питање да ли извођење таквог дела може бити предмет права уметника извођача.

С обзиром на околност да се у нашем Закону о ауторском праву реч "дело" свуда користи у значењу "ауторско дело", те судећи према концепту предмета права уметника извођача из Римске конвенције (чл.3, тач.а) и неких националних законодавастава држава које су чланице Римске конвенције,²² реч "дело" у чл.99б нашег Закона требало би да се тумачи као "ауторско дело". Отуда, дакле, предмет права уметника извођача је извођење ауторског дела.

Тиме су, имплицитно, искључена из заштите извођења која немају за предмет ауторско дело (на пример: дресура животиња, гимнастичке, акробатске, циркуске, мађионичарске и друге варијететске тачке).²³ У том погледу, наш Закон није изузетак у упоредном праву, нити одступа од Римске конвенције.

Структурално посматрано, такво решење је непринципијелно, поготову у светлу доктрине која је усвојена у нашем праву, да је извођење, као такво, ауторско дело. Познато је, наиме, да се ауторскоправна заштита не условљава посебним врстама садржаја дела. Истовремено, такво решење демонстрира да поменута доктрина коју је законодавац усвојио, превиђа нужну разлику између извођења, на једној страни, и ауторског дела које је предмет извођења, на другој страни.

Функционално посматрано, искључење из заштите извођења која немају за предмет ауторско дело такође нема своје разумно оправдање. Наиме, уметници извођачи су, као професија, у подједнако незавидном положају без обзира да ли се радило о извођењима ауторских дела на којима постоји ауторскоправна заштита, слободних ауторских дела или дела која нису ауторска. У свим тим случајевима, њихов немилосрдни конкурент - индустрија произвођача носилаца звука и слике, радио и ТВ дифузија - ради против њих.

Такође, по нашем Закону, искључена су из заштите извођења књижевних дела која нису уметничка (нпр. научна дела), што је у директном нескладу са одредбом чл.3, тач.а Римске конвенције, која говори о "књижевним или уметничким делима" (подвукао С.М.). То искључење је повезано са околношћу да чл.99б Закона о ауторском праву ограничава заштиту само на она извођења ауторских дела, која су учињена на "уметнички начин".

22 За немачко право види Krueger/ Schricke г: Urheberrecht - Kommentar, Muenchen, 1987, стр.882.

23 Супротно, али без образложења Димитрије Милић, Коментар Закона о ауторском праву - са судском праксом. Београд, 1990, стр.193.

Логично је, напиме, да научна дела не остављају простор за уметничко извођење, па су зато извођења тих дела искључена из заштите. У том погледу, наш Закон одступа од одредбе чл. 3, тач.а Римске конвенције, по којој се не тражи да извођење буде на уметнички начин.²⁴

Толико одступање од Римске конвенције није целисходно са становишта потребе да се наше право интелектуалне својине, у догледној будућности, хармонизује са најрелевантнијим међународним актима у тој области. Међу те акте, који данас представљају међународни стандард заштите интелектуалне својине, свакако, спада и Римска конвенција.

Тиме, међутим, списак проблема које узрокује увођење критеријума извођења "на уметнички начин" у право уметника извођача није исцрпљен. Штавише, суштински проблем је значење у којем се појам "уметнички" користи у нашем Закону. Само коришћење термина "уметнички" у овом контексту, не мора бити много погрешно, ако се има у виду да се у ауторском праву, традиционално, ауторско дело описно одређује као дело у области књижевности, науке и уметности.²⁵ Теорија и пракса ауторског права толеришу ове термине, придајући им искључиво формални значај, тј. инсистирајући на лишености тих појмова било каквог културолошко - вредносног значења.²⁶ Отуда, квалификација једног дела као ауторског (на основу специфичних ауторскоправних критеријума као што су: људска творевина, духовни садржај, одређеност форме и оригиналност) не значи нужно и квалификацију тог дела као уметничког у вредносном смислу. Исто важи и *vice versa*.

Међутим, постојећи коментари одредбе чл.99б нашег Закона о ауторском праву уносе забуну у ову материју, тумачећи речи "на уметнички начин" у вредносном смислу. Тако се, на пример, каже да "извођење мора представљати уметничко достигнуће са елементима специфичности у односу на друга уметничка извођења",²⁷ или да извођење подразумева "висок степен изражавања...".

24 "Уметничка интерпретација дела не мора бити заступљена као додатни услов. У складу с тим, није потребно испитивати да ли дело у питању оставља простор за интерпретацију... Следствено томе, радио-спикер који чита текст који садржи чисто информациони материјал, такође је уметник извођач, уколико читање текста испољава тражени квалитет дела (уколико је текст ауторско дело - прим. С.М.)." Види Nordemann/ Vinck / Hertin / Meyer, *International Copyright Commentary*, Weinheim, 1990, стр.356.

25 То је описана дефиниција ауторског дела још од 1886. године, кад је закључена Конвенција о заштити књижевних и уметничких дела, која у свом чл.2, ст.1 каже: "Изрази 'књижевна и уметничка дела' обухватају све творевине из књижевне, научне и уметничке области, без обзира на начин и облик њиховог изражавања...".

26 Loewenheim/Schricke r: *Urheberrecht - Kommentar*, Muenchen, 1987, стр.89; Миодраг Јанчић, *Индустријска својина и ауторско право*, Београд, 1982, стр.219. У нашој литератури има, наравно и другачијих, по нашем мишљењу, погрешних схватања. Види Весна Бесаровић, *Право индустријске својине и ауторско право*, Београд, 1984, стр.214: "Оригиналност представља уметничку категорију и подлеже естетским критеријумима, који у себи увек садрже елементе субјективног и произвољног (подвукао С.М.)".

оспособљености и талента" извођача који врше стваралачку интерпретацију уметничког дела.²⁸ Такво становиште је неосдрживо не само са аспекта недопустиве правне несигурности због примене релативних вредносних критеријума на један правни појам као што је "извођење", већ и због контрадикције са принципом ауторског права, по којем се дискусија о томе шта су наука, књижевност и уметност, таленат, вештина и др. стого раздваја од правног појма ауторског дела.

Последице овог, по нашем мишљењу, погрешног гледишта су следеће: ако знамо, на пример, неспорну чињеницу да су, са становишта ауторског права, порнографски филмови ауторска дела,²⁹ а познато нам је да се они, са аспекта актуалних културолошких вредности сматрају не-уметношћу (они су, штавише, вредносни антипод уметности), онда се долази до апсурдног резултата по којем извођење (глума) у таквом филму не може да ужива заштиту због свог неуметничког карактера, док предмет извођења ужива ауторскоправну заштиту. Или, узмимо један, нашем поднебљу ближи, културни феномен - повокомпоновану народну музику. Са становишта своје културне вредности и значења, у тој музичкој области постоје примери шунда који се могу ретко где другде наћи. Извесно је да ниједно такво дело не остаје без ауторскоправне заштите. Шта је, међутим, са извођењем таквог дела? Системски је неприхватљиво да се за извођење таквог дела захтева виши и другачији критеријум од оног који се тражи за оно што је главно - дело које је предмет извођења.

Изложено становиште у нашој литератури открива још једну чињеницу: недоследност у прихватању консеквенци доктрине о извођењу као ауторском делу. Наиме, не могу се за различита дела прописивати различити критеријуми ауторскоправне заштите.

По нашем мишљењу, неопходно је да се, засад, речи "на уметнички начин" у чл.99б Закона о ауторском праву Југославије, тумаче искључиво на формалан начин, тј. да им се не придаје значење вредносног критеријума заштите појединих извођења. Приликом следеће ревизије Закона о ауторском праву, међутим, требало би да се речи "на уметнички начин" бришу из чл.99б Закона, и тиме створе услови за једино исправно тумачење, по којем је свако извођење уметничког, научног или књижевног дела предмет права уметника извођача.

На евентуалну примедбу да би тиме извођачи добили заштиту и за нешто што не заслужује заштиту, може се одговорити на следећи начин: Погрешно повезивање ауторског и сродних права са културним вредностима, па самим тим и стварање, у нашој литератури раширених, мистерија у вези са њима, губи из вида да се културнополитичка функција ових права

27 Димитрије Милић, *op.cit.*, стр 193.

28 Мирјана Лисов, *op.cit.*, стр.40.

29 У СР Немачкој (Диселдорф) постоји специјализована ауторска агенција за колективну реализацију ауторских и сродних права на еротским и порнографским филмовима GUFA (Gesellschaft zur Uebernahme und Wahrnehmung von Filmaufführungsrechten). Види Friedrich Melichar, Die Wahrnehmung von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften, Muenchen, 1983, стр.68.

исцрпљује на једном општем, статистичком нивоу. Наиме, та права имају за циљ да обезбеде постојање професије аутора, одн. извођача у друштвеној подели рада, омогућајући им да резултате свог рада размењују на тржишту за резултате рада других професија. Према томе, примарни карактер ових права јесте имовински,³⁰ из чега следи да је тржиште, као једини објективни судија, меродавно да оцењује "вредност" дела, а не социолози, критичари уметности или правници. Отуда, није могуће водити културну политику уз помоћ ауторског и суседних права, тако што ће се само "уметничким" остварењима пружати заштита, док ће остала остварења остати без заштите.³¹

VI. САДРЖИНА И ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА УМЕТНИКА ИЗВОЂАЧА

У нашем Закону о ауторском праву, право уметника извођача је уређено као право које има личноправна овлашћења и имовинскоправна овлашћења. Оно је искључивог (апсолутног) карактера. Како циљ овог рада није да пружи приказ права уметника извођача, већ да се на законско уређење тог права у Југославији критички осврне, то се нећемо задржавати на појединим личноправним и имовинскоправним овлашћењима, већ ћемо одмах указати на неке крупне недостатке у њиховом регулисању.

Према чл.99д, ст.1, тач.1 и 2 Закона, уметник извођач је овлашћен да забрани или дозволи снимање и емитовање свог извођења. У том погледу нема никаквих нејасноћа, будући да та два овлашћења, поред умножавања снимка извођења и пуштања примерака снимка у промет, сачињавају језгро имовинскоправних овлашћења из субјективног права уметника извођача. Међутим, у чл.99ђ је предвиђено да без дозволе уметника извођача, установа за радиодифузију "може емитовати извођење на основу уговора".

У нашој литератури се та одредба тумачи као установљење законске лиценце у корист установа за радиодифузију, на основу које оне могу, уз плаћање накнаде, користити извођења не тражећи дозволу од носиоца права.³² Са таквим тумачењем се не можемо сложити, јер оно превиђа да законодавац каже да је такво емитовање могуће на основу уговора, а уговор значи, управо, давање дозволе.

Законска лиценца је институт који непосредно (*ex lege*) служи као основ по којем се врши конститутивни пренос права са оригинарног носиоца на деривативног стипенданта. У том смислу, законска лиценца и уговор се међусобно искључују. Зато сматрамо да идеја о законској лиценци не произлази из објективног тумачења чл.99ђ Закона о ауторском праву. Можемо, стога, само нагађати шта је законодавац хтео да каже овим чланом. Најљепша упоредна анализа ограничења субјективног ауторског права, на једној страни, и права уметника извођача, на другој страни, може нам дати основ за

30 Лични карактер ауторског права и права уметника извођача је, такође, веома изражен, али није примаран.

31 То, наравно, не значи да није потребно или могуће водити одређену културну политику, али средства те политике морају бити другачија.

32 Такво тумачење, без икаквих сумњи у јасноћу чл.99ђ, дају Мирјана Лисов, *op.cit.*, стр.41 и Димитрије Милић, *op.cit.*, стр.197, 198.

претпоставку шта је могла бити намера законодавца. Наиме, у чл.35, ст.2 Закона о ауторском праву је предвиђено да установа за радиодифузију "може заштићено дело снимити сопственим средствима и само за своје потребе, за чије емитовање је добила дозволу, и може поново емитовати те снимке, уз накнаду и без нове дозволе аутора, уколико уговором није друкчије одређено". Реч је, дакле, о једној врсти законске лиценце, коју аутор може уговором о снимању ради емитовања, и емитовању, искључити. Логично би, стога, било да паралелно ограничење постоји и кад је у питању субјективно право уметника извођача. Наиме, тек у том случају ова специфична законска лиценца у корист радиодифузије добија свој практични смисао. У супротном, радиодифузна установа не би морала прибављати дозволу за емитовање од аутора, али би је свакако морала прибавити од уметника извођача. Резултат би био да је право уметника извођача јаче заштићено од ауторског права, што је неприхватљиво и нецелесходно.

Дакле, није немогуће (штавише, било би целесходно) да је законодавац у чл.99г хтео да каже следеће: Без дозволе уметника извођача, установа за радиодифузију може више пута емитовати снимак извођења који је направљен њеним сопственим средствима ради емитовања за које је добијена дозвола од носиоца права, уколико уговором то није искључено.

Независно од тога да ли је законодавац хтео да каже то (а није рекао), приликом наредне ревизије Закона о ауторском праву, одредба чл.99г би морала бити формулисана тако да добије управо тај смисао.

Као што је познато, сва искључива субјективна права трпе извесна законска ограничења која су мотивисана заштитом ширих друштвених интереса, као што су, на пример: слобода информисања, унапређење школске наставе, безбедност државе, народно здравље и др. Ауторско право и право уметника извођача нису изузетак у том погледу. Ограничења ауторског права обухватају две групе случајева: у једној групи су случајеви потпуног укидања појединих или свих ауторскоправних овлашћења (чл.49 и 50); у другој групи су случајеви тзв. законске лиценце, где носилац права држава овлашћење да тражи накнаду за искоришћавање ауторског дела (чл.48 и 35, ст.2). Ограничења субјективног права уметника извођача су, међутим, много ужа, и састоје се само од три случаја када су сва или поједина овлашћења потпуно укинута, тј. када корисник извођења не мора да прибави дозволу од носиоца права, нити мора да му плати накнаду.

Чак и без детаљније анализе може се констатовати да није исправно што не постоји садржински паралелизам између одредби о ограничавању ауторског права, на једној, и права уметника извођача, на другој страни. Резултат тога је да је право уметника извођача јаче заштићено од ауторског права, што не само да нема логичког оправдања, већ и у пракси доводи до апсурдних резултата. Узмимо само један пример: Кад неко лице жели за своје личне потребе да умножи (нпр. сними помоћу свог касетофона) једно музичко дело са радија, оно то може учинити без тражења дозволе од аутора и без плаћања ауторске накнаде, јер га на то овлашћује одредба чл.49, ст.1, тач.4 Закона о ауторском праву, која стипулише изузетак од правила да свако умножавање ауторског дела на телесном носиоцу подлеже обавези добијања дозволе од аутора и плаћања ауторске накнаде. Међутим, у недос-

татку аналогне одредбе у вези са правом уметника извођача, то лице би морало пре снимања да тражи дозволу од уметника извођача и да му плати накнаду, јер га на то обавезује чл.99д, ст.1, тач.2 („извођење се, без дозволе уметника извођача, не може снимати звучно или визуелно или и звучно и визуелно“).

Приликом наредне ревизије Закона о ауторском праву, ограничења ауторског права и права уметника извођача морају међусобно бити усаглашена, имајући у виду чињеницу да је извођење истовремено облик искоришћавања ауторског дела, и предмет права уметника извођача. Отуда, кад немо искоришћава једно ауторско дело преношењем извођења дела, снимањем извођења дела, смитовањем снимка, пуштањем примерака снимка у промет или јавним саопштавањем снимка са телесног носиоца, он истовремено искоришћава и само извођење као посебан предмет права уметника извођача. Отуда, ако се хоће да законска ограничења једног или другог права имају смисла, онда она морају међусобно бити усклађена.

Тај проблем, у изложеном смислу, експлицитно третира и Римска конвенција у свом чл.15, ст.2.³³

VII. ТРАЈАЊЕ ПРАВА УМЕТНИКА ИЗВОЂАЧА

Субјективно право уметника извођача, као и субјективно ауторско право, нема, у нашем правном систему, јединствен рок трајања. Наиме, његова личноправна овлашћења трају неограничено, док су имовинскоправна овлашћења ограничена у трајању.

Према чл.99л Закона о ауторском праву, имовинскоправна овлашћења уметника извођача трају 20 година, и то: "(1) за снимљена извођења - од истека године у којој су снимљена; (2) за извођења која нису снимљена - од истека године у којој су изведена; (3) за емисије - од истека године у којој су емитоване."

Ова, наизглед једноставна, одредба је крцата нејасноћама и, вероватно, погрешним представама законодавца.

Размотримо прво исказ да за извођења која нису снимљена, право уметника извођача траје 20 година од истека године у којој су изведена. Ако је, на пример, реч о Паваротијевом неснимљеном извођењу једне арије из Моцартове опере "Дон Ђовани", поставља се питање, какав је смисао 20-годишњег трајања права Паваротија на том извођењу, тј. ко је и на који начин потенцијални повредилац његовог права. Одговор је да нема могућности повреде права на неснимљеном извођењу, јер извођење је један пролазни (ефемерни) и непоновљиви чин. Сваки пут кад Павароти пева исту арију, он не понавља своје извођење, већ врши ново извођење. Дакле, у смислу

33 "Не дирајући у одредбе става 1 овог члана, свака држава уговорница може да предвиди својим националним законодавством, у погледу заштите уметника извођача, произвођача фонограма и установа за радио-дифузију, исте врсте ограничења која су предвиђена националним законодавством у погледу заштите ауторског права на књижевним и уметничким делима. Међутим, принудне лиценце се могу установити само уколико су у складу са одредбама ове Конвенције."

права уметника извођача, не постоји реприза неснимљеног извођења, већ је свако извођење истог дела премијерно извођење. Утолико пре не постоји, у смислу права уметника извођача, ни подражавање (имитација) као вид репродуковања туђег неснимљеног извођења. Размотримо сад одредбу чл.99л, тач.3, по којој за "емисије" право траје 20 година од "истека године у којој су емитоване". Будући да Закон уопште не регулише заштиту предузећа за радиодифузију, емисија није предмет никаквог права чији би рок трајања требало одређивати. Пођимо зато од тога да је законодавац хтео да каже да за извођења која су емитована, право уметника извођача траје 20 година од истека године у којој је извођење емитовано. На пример, Павароти је дозволио директно (уживо) телевизијско емитовање његовог извођења, али је забранио његово снимање. Дакле, постоји емисија извођења, и за такво извођење право Паваротија траје 20 година од емитовања. Из истих разлога које смо у претходном пасусу навели, ни у овој ситуацији 20-годишњи рок трајања права нема смисла. Наиме, није могуће повредити право на неснимљено извођење, па макар оно и било емитовано. Емисија извођења уживо је, као и само извођење, ефемеран и непоновљив чин.

Закључак из горњег разматрања је да временска димензија права уметника извођача има смисао једино ако постоји трајни запис извођења на телесном носиоцу звука и/или слике. Наиме, тек тада се, неовлашћеним умножавањем, пуштањем у промет примерака снимка, или јавним саопштавањем тог снимка, може повредити право уметника извођача. Стога је одредба чл.99л, тач.1 Закона кључна и довољна: Право уметника извођача траје 20 година од истека године у којој је извршено снимање. Кад је реч о емисији, јасно је да се може радити једино о емисији снимљеног извођења.

Чињеница да наш Закон о ауторском праву прави разлику у почетку рока трајања права уметника извођача за снимљено извођење, на једној, и емисију снимљеног извођења, на другој страни, отвара и следеће питање: Да ли је рок трајања права уметника извођача могуће продужити на 40 година од снимања, ако би се у 20-ој години од снимања тај снимак први пут емитовао? Логички гледају, одговор мора бити потврдан. Тиме би наше право ушло у круг националних права које далеко прелазе минимални рок заштите који тражи Римска конвенција. Биће, ипак, да је реч о импликацијама које наш законодавац није хтео, нити је имао у виду кад је доносио пропис.

Једино објашњење за овако дефектну одредбу чл.99л Закона о ауторском праву може бити да је законодавац некритички преузео чл.14 Римске конвенције,³⁴ сасвим испустивши из вида та одредба регулише рок трајања не само права уметника извођача, већ и произвођача фонограма и предузећа

34 "Трајање заштите признате овом Конвенцијом не може бити краће од 20 година, рачунајући: а) од краја године у којој је снимање извршено - за фонограме и извођења снимљена на њима; б) од истека године у којој је извршено извођење - за извођења која нису снимљена на фонограмима; ц) од истека године у којој је извршено емитовање - за радиоемисије." (Треба приметити да тач.(а) има у виду само звучно снимљена извођења. Отуда, за почетак рока заштите визуелно снимљених извођења меродавна је одредба тач.(б), која подразумева да је у тренутку извођења направљен и снимак тог извођења.)

за радиодифузију. Критичка литература, међутим, има примедбе и на начин на који је питање рокова трајања права уређено и у Римској конвенцији.³⁵

Имајући у виду све што је речено о року трајања права уметника извођача, приликом наредне ревизије Закона о ауторском праву би требало из чл.99љ брисати тачке 2 и 3.

ЗАКЉУЧАК

Критичка анализа југословенског права уметника извођача показује низ мањкавости у његовом законском регулисању, као и у његовом тумачењу од стране правне теорије. Системски погрешан корак је законодавац учинио што се, у обликовању права уметника извођача, ослонио на доктрину о овом праву као о врсти ауторског права. Из тога је произашао читав низ неприхватљивих решења, од којих је најважније оно које, одређујући предмет права уметника извођача, дели извођења на уметничка (која заслужују заштиту) и неуметничка (која не заслужују заштиту). Да би се отклонили овај, као и други пропусти који су у овом раду обрађени, предлаже се темељна ревизија законских одредби о праву уметника извођача. Суштина ревизије би се састојала у доследном обликовању овог права као права суседног ауторском праву, елиминисању свих елемената вредносно-културолошких критеријума за одређивање предмета заштите, отклањању знатних терминолошких нејасноћа, темељном преуређењу одредби о ограничењу права (на основу увида у функционалну повезаност са ограничењима ауторског права) и разјашњењу питања рокова трајања права у складу са тумачењем Римске конвенције.

SUMMARY

A CRITICAL VIEW ON THE REGULATION OF THE RIGHTS OF PERFORMING ARTISTS IN YUGOSLAVIA

Having presented the basic elements of the rights of performing artists as neighbouring rights, the author has made a critical analysis of the legislation governing such rights in Yugoslavia, as well as of theoretical interpretations of corresponding provisions in our literature. In that respect, the following matters were dealt with:

legal nature and position of the rights of performing artists in the legal system;

terminology and notions used in the Yugoslav legislation governing copyright and rights of performing artists;

subject matter of the rights of performing artists;

of the rights of performing artists.

In the opinion of the author, the basic cause of the many identified deficiencies of the regulations governing these matters is the legislators doctrinaire decision to set the rights of performing artists as a form of copyright. The abandonment of such erroneous decision *de lege ferenda*, and the setting of the rights of performing artists in accordance with the principles of neighbouring „adjacent rights“, constitute the basic precondition for the elimination of such deficiencies. In that respect, the paper includes explained recommendations for amending the legislation governing this matter.

35 Нордемани/ Винк/ Хертин/ Меуер, оп.цит, стр.407.

Др Божин
ВЛАШКОВИЋ
Доцент Правног факултета
у Крагујевцу

ЈЕДИНСТВЕНИ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ СЛАВНИХ И ПОЗНАТИХ ЖИГОВА

І. ЗАШТИТА СЛАВНИХ ЖИГОВА ПРОТИВ ОПАСНОСТИ РАЗВОДЊАВАЊА

По схватању које је заступљено у већини законодавстава право о жиговима се заснива на принципу специјалности. Његова садржина је у томе да титулар жига има искључиво право да га користи за обележавање производа или услуга које је навео у пријави.¹ Право титулара да трећим лицима, пак, забрани коришћење истог или сличног жига има шири домаћај. Њиме нису обухваћени само роба и услуге које су наведене у пријави, него и она која је само истоврсна.² Појмом истоврсне или сличне робе и услуга одређен је крајњи домаћај заштите која се стиче жигом. То значи да се жиг може слободно употребљавати за означавање робе и услуга које нису сличне или истоврсне роби и услугама наведеним у пријави жига. Таква употреба, другим речима, није повреда жига.

Већ је истакнуто да се појмом истоврсних производа одређују само максималне границе у чијим се оквирима уопште може остваривати заштита жигом. То значи да опасност замењивања у вези с пореклом робе неће постојати у сваком случају у којем су производи који се пореде истоврсни. Напротив, опасност замењивања је детерминисана с неколико битних фактора. То су: међусобна сличност жигова у питању, узајамна блискост

УДК: 347.772

-
- 1 Baumbach-Hefermehl, Warenzeichengesetz, 12. Auflage, Muenchen, 1985, стр. 443.
 - 2 Koppenhoefer, Auf welche Waren kann jeweils Kennzeichenschutz ausgedehnt werden? Hamburg, 1968, стр. 11; Bussmann, Die Festlegung der Warengleichartigkeitsgrenzen, GRUR 9 / 1968, стр. 498.

производа обележених жиговима, која је различита и у оквиру подручја истоврсних производа, као и степен снаге обележавања који припада жига на основу којег се захтева заштита. У садејству свих наведених чинилаца се тек може одлучити о томе да ли у конкретном случају постоји опасност замењивања. Пошто славни жигови поседују најизразитију снагу обележавања, разумљиво је да уживају и најширу заштиту против опасности замењивања у односу на порекло њима обележених производа. Но, сходно принципу специјалности таква заштита је ограничена само на употребу каснијег жига за обележавање истоврсних производа. Спор настаје оног тренутка када се славни жиг употреби за обележавање неистоврсних производа. Класично конципирана правила у вези с заштитом жигова се тада не могу применити, јер не постоји замена у односу на порекло производа.

Заштита славних жигова која се, као у случају других жигова, заснива и испрпљује на функцији означавања порекла производа је недовољна и не узима у довољној мери у обзир њихове специфичности. Они су, наиме, сложене, вишеслојне структуре, која се не испољава само у функцији означавања порекла. У њима су инкорпорисане посебна рекламна моћ и моћ обележавања. Отуда су у првом плану интереси титулара жига за заштитом специјалних имовинских предности које су садржане у славним жиговима.³

Посебна заштита славних жигова је у неким земљама остварена у самом законодавству о жиговима. То је учињено на тај начин што је поред функције означавања порекла као правно призната истакнута и рекламна или пропагандна функција.⁴ У другим земљама које су традиционално биле чврсто везане за функцију означавања порекла излаз је потражен на другој страни. Славни жигови су у њима били штитеени на основу генералне клаузуле права о сузбијању нелојалне утакмиче или на основу општих правила грађанског права. Примена и једних и других норми била је везана с низом тешкоћа које су отклањане посебним правним конструкцијама.⁵

Допунска заштита славних жигова има различите садржаје у овим другим земљама, а у најкарактеристичнијем виду се јавља као заштита од опасности разводњавања. Њен циљ је да се очува јединствени положај славног жига у промету и то у значењу да жиг остане један и једини, без обзира на производе или услуге за чије се обележавање користи.⁶

Опасност разводњавања је обезвређивање или слабљење рекламне моћи или моћи обележавања која припада неком жигу.⁷ Овој опасности су у нарочитој мери изложени славни жигови.

3 На пример један амерички дувански труст је 1925. године проценио своју имовину на 227 милиона долара. Вредност жигова које је користио проценио је, пак, на 45 милиона долара. Видети: *Elsaesser, Der Rechtsschutz berühmter Marken*, Weinheim, 1959, стр. 91.

4 *Verkauf, Unlautere Ausnutzung und Beeinträchtigung des guten Rufs bekannter Marken, Namen und Herkunftsangaben, ein Beitrag aus den Benelux-Staaten*, GRUR Int. 1/1986, стр. 17; *Krasser, Zum Umfang des Markenschutzes nach dem Benelux-Warenzeichengesetz*, GRUR Int. 11/1975, стр. 388.

5 **Влашковић**, Правна заштита славних жигова, Крагујевац, 1992, необјављено.

6 *Elsaesser*, *op. cit.*, стр. 91; **Влашковић**, *op. cit.*

7 *Elsaesser*, *op. cit.*, стр. 91.

Моћ обележавања се састоји у томе да славни жиг, чим се помене, омогућава идентификовање робе и њеног истог порекла. Рекламна моћ се, пак, одликује тиме што су у њој спојени у једну целину производ који је обележен жигом, сам жиг и представа о ваљаности. Уколико је жиг познатији, утолико је јача психолошка реакција која се манифестује у очекивању да се он налази у вези само с одређеним предузећем, производом и одговарајућом представом о њиховој ваљаности.⁸ Када титулар жига успе да елиминира исте жигове с тржишта, тада изложено дејство остаје у потпуности очувано за њега. Напротив, ако се на тржишту јаве други исти или слични жигови, тада се топи и нестаје јединственост славних жигова. На пример, када би се на тржишту појавили различити производи обележени жигом „Coca-Cola“, као: пиво, бицикли, радио-апарати, тада би се постепено гасила веза између овог жига и освежавајућег пића на које се он односи. Поставило би се питање шта је заправо „Coca-Cola“. Другим речима, били би неопходни допунски елементи да би се указало на врсту тако означених производа и на њихово порекло.⁹

За слабење моћи обележавања су у судској пракси постављени одређени критерији, које овом приликом нећемо ближе анализирати. На пример, захтева се да се употребљава већи број истих или сличних жигова, да се њима означавају исти производи или они који су привредно изузетно блиски, да њихова употреба траје одређено време итд.¹⁰ Трансформисање жигова с јаком или нормалном моћи обележавања у слабе има за последицу сужавање обима заштите. Наиме, слаби жиг је заштићен само против коришћења у истоветном или врло сличном облику. Мале разлике су довољне да искључе опасност замењивања у односу на порекло тако обележених производа.¹¹

Рекламна моћ жига има самосталну вредност и не мора бити у вези с функцијом означавања порекла.¹² Рекламна моћ је општењена и појавом само једног истоветног жига. Тада већ нестаје аутоматска реакција купца која се састоји у повезаности жига, робе и представе о њеној ваљаности. За наступање такве последице није неопходно да се жиг употреби за означавање производа који су привредно блиски. Напротив, довољно је да се употреби за обележавање ма које робе, јер се посебна вредност рекламне моћи огледа у јединственом карактеру жига, као квази ознаке за неку врсту производа.¹³

Опасност разводњавања не стоји у директној вези с опасношћу замене. Циљ заштите од опасности замењивања је, као што је речено, да се избегне

8 Ibid., стр. 91.

9 Ibid., стр. 91.

10 Видети, на пример, **Rempe**, Der Schutz sog. schwacher und starker Zeichen (Darstellung und Analyse der Entscheidungspraxis zur Verwechslungsgefahr bis zum Ende des zweiten Weltkrieges, Mainz, 1977; **Ruefer**, Schwache Warenzeichen, GRUR 5/1961, стр. 212; **Harder**, Zeichenschwäche auf Grund Verwässerung und Wahl des Zeichens, GRUR 6/1964, стр. 299.

11 На пример, **Baumbach-Hefermehl**, op. cit. стр. 943.

12 **Влашковић**, Функције жига и њихов значај, ГлП, књ. 1/3 (1992), стр. 78. и тамо наведена литература.

13 **Elsaesser**, op. cit., стр. 93.

заблуда у односу на порекло производа, а циљ заштите од опасности разводњавања је очување јединственог положаја жига на тржишту и то у смислу да он остане један и једини. Свакако да опасност замењивања садржи у себи и опасност разводњавања, јер је у оба случаја реч о употреби сличних, међусобно замењивих жигова. Другим речима, опасност замењивања увек има за последицу опасност разводњавања. По, постоје разлике у начину њиховог испољавања на привредну позицију титулара жига. Наиме, опасност замењивања изазива директан пад продаје робе која је већ била обележена жигом. Разводњавање је, пак, дуготрајни и спори процес, смртоносни отров чији ефекат тек касније постаје видљив и јасан.¹⁴

Када се говори о опасности разводњавања и заштити која се од ње пружа, не мисли се на ону која тече паралелно с опасношћу замењивања. Напротив, централно је питање да ли титулар жига може да захтева заштиту од опасности разводњавања као потпуно независне од опасности замењивања. Реч је, дакле, о настојању титулара жига да очува његов јединствени положај, у смислу једног и јединог, иако је реч о употреби на производима који нису истоврсни у смислу права о жиговима. У тој ситуацији, како је речено, не може се говорити о опасности замењивања, па ни о примени концепта заштите који се темељи на функцији означавања порекла. Упркос томе, судска пракса је, у земљама које су у свом законодавству познавале само тако уобличену заштиту, признала заштиту од опасности разводњавања као самостално подручје. Тако је, на пример, у једној одлуци речено: "Такзована опасност разводњавања је независна од могућности заблуде публице на основу коришћења сличних ознака. У случају славних жигова мора се, напротив, и онда признати неопходност заштите када је повређен јединствени положај надалеко познатог жига, те је тиме оштећено његово рекламно деловање, које је засновано на таквом положају."¹⁵

Заштита од опасности разводњавања долази у обзир само када је реч о употреби међусобно замењивих жигова на неистоврсним производима.¹⁶ О њој се не може говорити онда када се за означавање истоврсних производа користе жигови који нису међусобно замењиви. По, подручје сличности жигова, које је услов за остваривање ове заштите, је уже него када је реч о заштити од опасности замењивања. Наиме, жигови морају бити исти или у битном слични. Сличност на којој се заснива заштита од опасности замењивања није довољно да заснује и заштиту од опасности разводњавања.¹⁷

Употреба жига за обележавање неистоврсних производа не пружа, како је већ речено, у сваком случају могућност да се тражи заштита од опасности разводњавања. Напротив, такве радње су дозвољене, а само изузетно забрањене. Нема значаја што се таквим радњама умањује пропагандна моћ неког жига, која, иначе, није везана само за славне жигове. Тако је у једној одлуци истакнуто: "Полазећи од становишта да регистровани жигови могу

14 Ibid., стр. 94.

15 BGH, одлука "Magirus", GRUR 1956, стр. 177.

16 BGH, одлука "Eucerin/Estarin", GRUR 9/1957, стр. 437.

17 Ibid., стр. 437.

бити ослабљени коришћењем сличних жигова за производе исте врсте, установљени су за титулара жига захтеви за заштиту по праву о жиговима само онда када настаје опасност замењивања. Опасност слабљења моћи обележавања, као таква, још увек не пружа титулару никакве могућности да захтева одговарајућу забрану коришћења... Насупрот томе, титулару жига се неће ни у ком случају пружити заштита против сваког слабљења његовог знака, коришћењем других сличних, која превазилази ону пружену заштитом од опасности замењивања. Сваки титулар жига мора рачунати с тиме да моћ обележавања његовог жига може бити ослабљена појавом сличних жигова, а да не мора бити реч о поступању које је противно правилима конкуренције.¹⁸ Међутим, суд је дозволио и одступање од овог начела: "У новијој пракси BGN говори у одређеној групи типичних случајева о заштити против опасности разводњавања. Тада се може захтевати заштита на основу доминантног важења у промету, а због различитости струка нема опасности замењивања ни у ужем ни у ширем смислу."¹⁹

Из претходних излагања је видљиво да се посебна заштита славних жигова образлаже с неколико аргумената. Они су међусобно повезани, а границе готово флуидне. Истиче се, на пример, да се коришћењем истих или битно сличних жигова умањује и слаби моћ обележавања; да се слаби рекламна моћ, која се заснива на нарочитој познатости жига, која је условљена квалитетом производа, дуготрајном употребом или скупом рекламом; славни жигови заслужују заштиту од закорачивања у њихову јединствену позицију која је стечена и очувана утрошком великих финансијских средстава итд.

У новијој судској пракси се заштита славних жигова од опасности разводњавања посматра у нешто другојачијем светлу. Наглашава се да је реч о нечем изузетном што се примењује само када је рекламна вредност славних жигова конкретно угрожена. Другим речима, циљ заштите није да се очува јединственост славног жига, у смислу да он остане на тржишту један и једини. Такав приступ јасноје изражен у једној одлуци BGN. У спору који је претходно њеном доношењу, тужила је произвођач цигарета за које је регистрован жиг "Camel". Тужена се бави туристичком делатношћу и регистрована је као "Camel-Tours Turizm ve Seyahat" у Истанбулу. Жалбени суд је усвојио захтев тужиле и заштитио њен жиг против опасности разводњавања на основу члана 823. I BGB. BGN је, пак, одбио тужбени захтев и то је шире образложио на следећи начин: "Сама чињеница да је жиг славан није довољна да се њено коришћење забрани трећим лицима. Претпоставка за такав захтев је, напротив, да употреба ознаке, која је идентична или замењива са славним жигом, угрожава и задире у конкурентски посед...

За установљење таквог оштећења не смеју никако да буду постављени сувише благи захтеви. У судској пракси је на различите начине истакнуто да заштита против разводњавања славног жига долази у обзир само у изузетним случајевима... Овај изузетни карактер се не односи само на захтеве у погледу чувености жига, него искључује и површно утврђивање опасности да оштећење наступи. Томе не противречи да је... у "Kupferberg" одлуци

18 Ibid., стр. 438.

19 Ibid., стр. 438.

заступан став да је интерес власника чувене ознаке већ тада повређен, када је, коришћењем за обележавање друге фирме, оштећена њена јединственост. Још је у њој речено да ово правило не важи без изузетка и да у колизији овлашћених носилаца истог имена морају да буду разграничени њихови интереси. Губитак јединствености не може апсолутно да буде оцењен као оштећење у смислу наведене судске одлуке, а у колизији славног жига с неком ознаком предузећа. Напротив, потребно је узети у обзир постојеће околности у вези с начином и мером опасности оштећења.

Жалбени су наводи да онај који се сусретне с ознаком туженог, при томе, такође, мисли на жиг „Camel“, за цигарете, а на основу потпуне истовестности доминирајућег дела жига туженог с жигом у речи тужиоца.

За постављене захтеве то није довољно. Додуше, сходно наведеној пракси BGH, могуће је да се опасност оштећења сагледа већ у томе да промет мисли на славни жиг. Но, од околности конкретног случаја зависи да ли је таква мисаона конструкција подесна да оштети рекламну вредност славног жига на начин који је правно релевантан. Тада је од значаја садржај таквих представа, те на који начин и у којим приликама се промет сусреће с ознаком. У том контексту жалбени суд није у довољној мери утврдио чињенично стање, посебно је поставио врло ниске захтеве, када су му сподне асоцијације биле довољне...

У туристичком пословању није неуобичајено да се у реклами, а, такође, и у фирмама употребљавају симболи који се односе на делатност предузећа. Тако се, не ретко, користе животиње које су типичне за дотични крај, у слици и речи, као слонов, кенгури, панде итд. Управо се од стручњака на које је првенствено усмерена реклама може очекивати да они претпостављају да употреба појма Camel, такође, у форми Camel од стране неког туристичког предузећа, које се бави организацијом путовања, служи као типичан симбол за оријент и да би требало да укаже на овај регион. У том смислу је BPatG чак сматрао да је реч о ознаци чисто описног карактера у вези с организацијом путовања камилама. Када се том приликом, како је то, ограничавајући се, установио BGH, такође, јаве мисли о марки цигарета, у једној таквој, пре узгредној, асоцијацији се не би смело увидети оштећење рекламне вредности жига, које би било правно релевантно. Претпоставке за заштиту славних жигова против разводњавања, на основу члана 823. И BGH не могу се установити у вези с оваквим околностима.²⁰

Видљиво је да ни BGH у овој одлуци није ближе расветлио околности које су неопходне да би се могло говорити о конкретној опасности разводњавања.

Он је само установио шта се не може обухватити овим појмом. Наиме, нису довољне само узгредне асоцијације које се у вези с жигом јављају у меродавним прометним круговима. Но, битно је да се заштита од опасности разводњавања не може заснивати само на повреди јединствености неког жига.

20 BGH, одлука "Camel", GRUR 10/1987, стр. 712, 713.

II. ЗАШТИТА ПОЗНАТИХ ЖИГОВА У НОВИЈОЈ СУДСКОЈ ПРАКСИ

У новијој судској пракси проширена је, под одређеним условима, заштита познатих жигова и када је реч о њиховој употреби за обележавање неистоврсних производа. Тиме су поново пређене границе дефинисане класичним правом о жиговима, које заштиту заснива, али у целости и исцрпљује, на функцији означавања порекла. Смисао и циљ заштите познатих жигова је различит од оне која се славним жиговима пружа против опасности разводњавања, схваћене у традиционалном смислу, као очување јединствености у привредном промету.

За наведену праксу карактеристично је неколико одлука. Овом приликом ћемо се осврнути само на две. То су: "Dimple" и "SL", које је донео BGH.

У одлуци "Dimple"²¹ решавано је о захтеву тужиле која је жиг "Dimple", између осталог, регистровала за вино пиво и алкохолна пића. Тужена је, пак, исти знак пријавила за обележавање средстава за прање, чистићење, полирање, средства за негу тела и улепшавање, воду за косу итд. Жалбени суд је одбио да примени правила која садржи Закон о жиговима, јер је жиг коришћен за обележавање неистоврсних производа. Није применио ни генералну клаузулу права о сузбијању нелојалне утакмине, јер је сматрао да тужена и тужила нису у односу конкуренције. Пошто жиг не испуњава ни услове који су постављени за славни жиг, није дошла у обзир заштита од опаности разводњавања.

Решавајући по ревизији, BGH је прихватио оцену жалбеног суда да није реч о славном жигу, јер је степен познатости жига „Dimple„ у промету око 50%. Зато не долази у обзир заштита од опасности разводњавања. Међутим, био је мишљења да се генерална клаузула може применити на део захтева које је поставила тужила. У образложењу је истакнуто: "BGH је додуше... инсистирао на испуњењу захтева за конкретним односом конкуренције између предузећа које је унапређено радњом повреде и онога које је њоме погођено... У интересу делотворне индивидуалне конкуренције, он није поставио никакве високе захтеве за такав конкурентски однос, а посебноје већ више пута поновио да претпоставка за конкурентски однос није ни иста струковна припадност предузећа која су у питању, нити нужно ометање продаје робе неком другом... Напротив довољно је да се повредилац својом радњом у конкретном случају, на било који начин, умеће у конкуренцију с погођеним, што се, такође, може одиграти на тај начин да се повредилац, тврдњом о истоветности, учињеном изричито или сликом, вежује за глас и углед туђе робе и настоји да их искористи за продају своје неистоврсне робе, која није у конкуренцији. У тим случајевима радња повреде заснива однос конкуренције у погледу привредног искоришћавања угледа и гласа робе... онда када лице коме глас припада може да га привредно искоришћава. Да ли оно такво искоришћавање предузима и на који начин није од одлучујућег значаја. Претпоставка је само то да је глас у тој мери доминантан да долази у обзир његово смислено привредно искоришћавање.

21 BGH, одлука "Dimple", GRUR 7/1985, стр. 550.

Привредна искористивост гласа неке ознаке робе не зависи само од одређеног степена њене опште познатости у промету. Напротив, на њу утичу и друге околности у које се могу убројити, поред особитости ознаке, нарочито врста робе која се продаје означена тим жигом, њен квалитет и углед, с тиме повезан престиж, а, пре свега, однос ове робе према оној за коју би требало да буде искоришћен глас ознаке...

Овај установљени добри глас је... управо у вези с козметичком робом, која је овде у првом плану, привредно самостално искористив. Јер, управо круг лица, која познају марку „Dimple“, те зато... с њом везују посебне вредносне представе, долазе у обзир као купци козметичких производа високе класе, које тужена намерава да стави у промет под идентичним жигом. Овај круг се, такође, чини довољно великим за привредно искоришћавање гласовитости.

Покушавајући да овај глас искористи за себе, тужена је ступила у однос конкуренције с тужиљом... пошто она истовремено, макар потенцијално, што је довољно, долази у обзир као заинтересована за самостално привредно искоришћавање гласа своје ознаке, на пример, путем издавања лиценци...

Садржајнији захтев тужиље... усмерен на гашење жига „Dimple“, или на прекид његове употребе за обележавање средстава за прање, чишћење, полирање, рибање и отклањање масноћа нема основ ни у члану 1. Закона о сузбијању нелојалне утакмице, ни у члану 826. BGB или у члану 11. 3. Закона о жиговима.

Жалбени поступак је искључио могућност да представе о ваљаности, које промет везују с жигом „Dimple“ у односу на виски, буду пренете, такође, на наведене производе. То не изазива никакве правне сумње с обзиром на велику различитост ових производа и вискија, те нападају захтеви који проистичу на основу довођења промета у заблуду и нелојалног искоришћавања гласовитости.

Захтев за гашење и прекид коришћења у погледу ових производа се не може образложити ни тиме... што коришћење жига „Dimple“ за њихово обележавање оштећује рекламно деловање сада јединственог жига и ствара му додатно негативни имиџ.

Додуше, могућност таквог оштећивања се не може са сигурношћу искључити за случај фактичког коришћења ознаке за ове производе. Тада је, такође, могуће захтевати прекид искоришћавања. Сама, пак, регистрација за такву различиту робу у поређењу с вискијем не може да оштећује рекламно деловање... пити је наношење штете у смислу члана 826. BGB, које је противно добрим обичајима.”²²

У „SL“ одлуци решавано је о захтеву произвођача аутомобила „Mercedes“, који су уобичајено означени комбинацијама бројева и слова. Тужиља је ознаку „SL“, регистровала као жиг за спортске аутомобиле. Тужена је, пак, производила и стављала у промет путничке аутомобиле с ознакама „Uno 45 SL“, „Uno 60 SL“ и „Uno 70 SL“. Тужиља је сматрала да је оваквим обележа-

22 Ibid., стр. 552, 553.

вањем поврћен њен жиг, те да је, истовремено, реч о нелојалном наслањању на добар глас, који ужива SL серија путничких аутомобила. Првостепени и жалбени суд су одбили тужбу, али је BGH укинуо њихову одлуку и предмет вратио на поновно разматрање. Од интереса су излагања суда у вези с применом члана 1. Закона о сузбијању нелојалне утакмице: "Жалбени суд је у праву када сматра да приближавање туђем знаку може да буде противно правилима конкуренције и то ако је предузето с циљем да се за себе искористи, на нелојалан начин, представе о ваљаности производа који су означени жигом...

На основу формулације жалбеног суда да „SL„ није славни жиг не може се искључити да је он славност жига сматрао као претпоставку заштите. То би била правна заблуда, јер славност жига није претпоставка за остваривање заштите против наслањања на његов глас, које је противно правилима конкуренције. Мора се захтевати само виши степен познатости, а, пре свега, такав углед марке да је, на једној страни, њено искоришћавање путем наслањања исплативо за конкуренте, а, с друге стране, објективно нелојално због вредности која је створена жигом на основу посебне чинидбе титулара...

Жалбени суд је не само погрешно поступио при испитивању траженог степена познатости, него је, такође, занемарио да је према пракси BGH степен познатости, додуше, значајна, али не и једина околност која може бити важна за питање искоришћавања гласовитости, које је противно правилима конкуренције.

Како је BGH изложио у више одлука, одлучујућа важност припада врсти робе, која се продаје означена жигом, њеном квалитету и угледу, с тим повезаним престижом, а пре свега односу ових производа према онима за које би требало да буде искоришћен глас ознаке. Полазећи од тога, жалбени суд је морао да узме у обзир да је тужила аргументовала посебан квалитет, високи углед и с тиме повезану престижну вредност аутомобила, који се продају под ознаком „SL„ У овом случају није у питању, поред тога, само сличност робе, него је чак реч о истоврсној (аутомобилима), што значи да одговарајући прометни кругови врло лако могу пренети представе о гласовитости...

Жалбени суд је, такође, морао да испита повреду члана 1. полазећи с аспекта ометања. Јер, у судској пракси је прихваћено да се ометање конкурената може, начелно, испољавати и у приближавању његовом знаку, онда када је оно подесно да оштети или чак разори добар глас који је везан с ознаком...

Тешка оштећења неке ознаке се не могу, свакако, увек сматрати као противна правилима конкуренције... Нешто другојачије важи, ипак, овде... када је реч о оштећењу неког жига који... преко нормалне снаге обележавања показује у сваком случају у меродавним прометним круговима високи степен познатости, посебан глас и престиж, па тиме изражава за свог титулара значајну вредност. У таквом случају је оштећивање или разарање поседа посебна околност на којој се може заснивати противност правилима конкуренције... BGH је већ више пута одлучио...да је оштећивање драгоценог поседа, који је стечен у вези с неким ознаком, ометање по праву конкуренције ако је повредилац радњу предузео познајући околности и ако она није била неопходна...

За утврђивање ометања које је противно конкуренцији су неопходна допунска испитивања...За њега се мора имати у виду да за посед тужиље, који је подобан за заштиту, није одлучујућа познатост жига „SL“ и његов углед у општем промету или у оквиру круга потенцијалних купаца на које се усмерава тушена. Напротив, меродаван је, у вези с поседом који се штити, глас и степен познатости који је жиг „SL“ стекао у круговима који су заинтересовани за високо вредне спортске аутомобиле.”²³

III. УЈЕДНАЧАВАЊЕ ЗАШТИТЕ СЛАВНИХ И ПОЗНАТИХ ЖИГОВА

Претходна излагања показују да се у земљама у којима се заштита жигова заснива само на функцији означавања порекла могу уочити две, на први поглед, супротне тенденције. Прва је ширење заштите жигова који су само познати, а нису још увек и славни. Друга је рестриктивнији однос према заштити славних жигова од опасности разводњавања.

Заштита познатих жигова против искоришћавања њихове гласовитости је заснована на генералној клаузули права о сузбијању недовољне утакмице. У новијој судској пракси је искоришћавање гласовитости најтешње везано с њеним оштећењем, како је то учињено у цитираној „SL“ одлуци. Искоришћавање гласовитости обухвата поступање корисника, а оштећавање гласовитости штету, која на основу таквог поступања, у већини случајева, настаје на страни титулара жига. Дакле, радње неовлашћеног корисника се могу истовремено посматрати и као искоришћавање и као оштећавање гласовитости.

С друге стране, рестриктивнији однос према заштити славних жигова против опасности разводњавања долази до изражаја у „Camel-Tours“ одлуци. Ту је истакнуто да ма које коришћење истог или битно сличног жига није довољно да изазове опасност разводњавања. Другим речима, јединствени положај жига у већ изложеном смислу није објекат заштите. Губитак јединствености, према томе, не омогућава титулару славног жига да против корисника предузме одговарајуће правне радње. Напротив, заштита се може остваривати само ако се потоњим коришћењем конкретно оштећује рекламна вредност славног жига. Суд се, као што из цитиране одлуке произилази, није ближе упустио у разматрање када ће то бити случај. Битно је, пак, то да је оваквим поступањем суда успостављен мост према пракси везаној за заштиту само познатих жигова против искоришћавања гласовитости. И у једном и у другом случају штити се рекламна вредност жига против оштећавања. Објекат заштите је, дакле, исти.

Оваквом праксом се заштита славних жигова против опасности разводњавања и заштита познатих жигова против искоришћавања гласовитости спајају у јединствену целину, засновану на истим принципима. Заштита која се сада пружа славним жиговима је слабија у поређењу с ранијом, јер објекат заштите више није, како је већ речено, јединствени положај жига. Не може се забранити употреба славног жига за ма коју робу, аутоматски,

23 BGH, одлука „SL“, GRUR, 8/1991, стр. 609.

без икаквих ближих истраживања. Напротив, забрана коришћења се може захтевати само када је реч о употреби жига за обележавање неких неистоврсних производа. Услов је да се на тај начин оштећује рекламна вредност славног жига.

Заштита славних и познатих жигова на истим основама истовремено значи укидање оштре границе која је постојала у новијој пракси између ових категорија жигова. Настаје степеновани систем заштите који је примењен практичним потребама титулара жига. Укидање ових граница је било пожељно полазећи и од чињенице да ни теорија, ни пракса нису одредиле прецизније критеријуме за утврђивање славних жигова.

Јединствени систем заштите се најједноставније може ослонити на рекламну функцију жига, без потребе да се у ту сврху користе врло спорне и компликоване правне конструкције. Заштита рекламне функције значила би да у закону о жиговима предмет заштите није везан само за опасност замењивања у погледу порекла робе, него се односи и на искоришћавање или оштећивање гласовитости жига. Заштита функције означавања порекла, као суштинска, остаје недирнута, али чини само минимум заштите која се пружа жигом. Заштита рекламне функције је само допуњујућа у односу на функцију означавања порекла, а оправдана узимајући у обзир промене које су наступиле у савременом привредном животу.

SUMMARY

A SINGLE SYSTEM FOR THE PROTECTION OF FAMOUS AND WELL-KNOWN TRADE MARKS

The paper deals with the hazard of dilution in the traditional meaning. The protection from the hazard of dilution was accorded to famous trade marks only, whose number, after all, is quite a small one, when compared to other trade marks. In the more recent court practices, the protection of famous trade marks is accorded under considerably different conditions. Namely, what is acceptable is that their advertising capacity has been impaired specifically, and the threat to their unique nature in commerce is not sufficient. On the other hand, the well-known trade marks, which are also not famous ones, are now enjoying greater protection than in the past. That is also where the action of the principle of speciality is also abandoned to a certain extent. The object of protection is the exploitation of their popularity. By such practices, the protection of famous trade marks from the hazard of dilution and the protection of well-known trade marks from exploitation of popularity are made into one entity, based on the same principles. A single system of protection may most simply rest on the advertising function of the trade mark, without the necessity to use for such purposes the very disputable and complicated legal constructions.

Др Владимир
ВОДИНЕЛИЋ
професор Правног
факултета у Крагујевцу
у пензији

ПРОБЛЕМИ ИСПИТИВАЊА УЗРОЧНО - ПОСЛЕДИЧНЕ ВЕЗЕ КОД КРИВИЧНИХ ДЕЛА УГРОЖАВАЊА ЈАВНОГ САОБРАЋАЈА ПУТЕМ АУТОТЕХНИЧКОГ ВЕШТАЧЕЊА

УДК 343.148

Пресуђивање у кривичном поступку увек претпоставља да је претходно решено питање о узрочно-последичној вези између чињења (нечињења) окривљеног и наступања забрањених штетних последица. То, наравно, важи и за кривични поступак у вези кривичних дела угрожавања јавног саобраћаја, јер се наступање таквих последица појављује као једно од обележја тих дела.

То и јесте разлог да са криминалистичког и процесног гледишта посвећујем велику пажњу разradi теоретских и практичних проблема узрочне везе у тој области.¹

1. СМЕ ЛИ АУТОТЕХНИЧКИ ВЕШТАК РЕШАВАТИ ПИТАЊЕ УЗРОЧНЕ ВЕЗЕ?

О овом проблему постоје у криминалистичкој и кривично-процесној науци супротни ставови, уз напомену да су оне веома запоставиле разраду ове дилеме. Питање је од пресудног значаја, јер утврђивање узрочне везе - уз постојање виности - омогућује да се учиниоцу припише кривична одговорност. По мом мишљењу, дилема, изражена у овом поднаслову, је условљена чињеницом да узрочна веза између радње и последице има објективни карактер док је виност субјективна категорија. Узрочна веза је једна од објективних елемената бића кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја. Она информише суд да последица припада инкриминисаној радњи, те се појављује као везна карика између (не)

1 Види В. Водинелић и група аутора, Саобраћајна криминалистика, Београд, 1986, стр. 343-354.

чињења и последице, које су два објективна елемента бића конкретног кривичног дела. Кривично-процесна и криминалистичка страна овога огледа се у томе да се виност не може утврдити без претходног откривања и утврђивања чињеница, које у својој мисаоној реконструкцији суд сједињује као основну (скривљену) узрочну везу.

Према једном мишљењу, ауотехничком вештаку је забрањено утврђивање узрочне везе, јер се наводно ради о чисто правном питању. Изјашњавајући се о узрочно-последичној вези излази изван круга своје компетенције.

Став, који прихвата и писац овог рада и покушава га слаборирати, је супротан. Потребно је претходно обратити нека подпитања.

А. Прво подпитање: заврзламе око узрока и услова

Каузална веза није приступачна непосредном чулном запажању, што несумњиво компликује процес њеног утврђивања.² Ово најбоље показује пример из Сплита. Возач је на пешачком прелазу ударио аутом пешака, који је остао да лежи. Судски медицинар је констатовао смрт, али је открио да је ауто ударио мртвог човека. У спољашњем свету су јасно опажљиве чињенице налета аутом и повреде људског тела, али то не важи за њихову евентуалну узрочну везу, која се може утврдити само логичким закључивањем, а на основу утврђених чињеница системом истражних радњи (у том броју и вештачењима).

Обично се на проблеме узрочне везе гледа као на искључиви домен кривично-правне науке. Та је оптика крајње погрешна и штетна. Ако се мало размисли лако је увидети да је он не мање важан и за криминалистичку и кривично-процесну науку, јер свака од њих мора истраживати проблем каузалитета у оквиру свог предмета испитивања. Као што је познато, КЗ и ЗКП не указују на обележја узрочно-последичне везе, него што је исправно, то остављају науци.

Многи процесуалисти и криминалисти не могу изаћи из теоретске шуме у коју их је увео енглески филозоф и логичар John Stuart Mill³, који је снажно утицао на развој доказне теорије и криминалистичке науке у свету (а и данас то чини). Он учи да се као узрок јавља "пуна сума позитивних и негативних услова заједно узетих појава... "Max Verworn"⁴ је чак предложио да се појам "узрока" сасвим избаци из употребе и замени изразом "претходећи услови". По мени подједнако грешне они који одбацују појам узрока и свде га на појам услова, али и они, који у појам узрока укључују и услове. Пије у питању нека апстрактна академска дискусија него одређивање методског приступа криминалистичком и процесном аспекту утврђивања узрочне везе. По мом мишљењу, морамо правити сасвим јасну дистинкцију између узрока и услова. Ово разликовање је од пресудног значаја. Разне

2 Криминалистички и кривично-процесни аспект откривања узрочне везе разрадио сам покушавајући створити криминалистичку теорију узрочности, у студији "Доказни и криминалистички аспект узрочно-последичне везе у кривичном поступку", Архив за правне и друштвене науке, бр. 5/1992.

3 System der deduktiven und induktiven Logik, Braunschweig, 1877, п. 265, 269.

4 Kauzale und konditionale Weltanschauung, Jena, 1918, п. 13,19,34,52.

окожности и претпоставке под којима се остварује конкретна узрочно-последична веза су обухваћене појмом "услова". Услове могу дефинисати као комплекс процеса, појава и догађаја, који постоје у простору и времену заједно с узроком али не изазивају, не проузрокују последицу. Међутим, услови својим постојањем утичу на каузалну зависност, коју омогућују или сужавају. Према томе, деловање неког узрока не зависи искључиво од његове природе него и од природе услова. Треба јасно казати: само ако су дати одређени услови, две ће се појаве међусобно понашати као узрок и последица. Из ове спознаје непосредно следи важно методско упутство: свако откривање, истраживање и утврђивање узрочне везе мора истовремено обухватити откривање, истраживање, анализу и утврђивање свих услова.

Узрок и одређени одговарајући услови су појединачно неопходни, али нам то не даје право да чинимо логичку грешку њиховог идентификовања. Суштина (и специфичност) услова је у томе што они **омогућују узрок, али га не производе**. Услови су релативно пасивни, они не могу непосредно родити последицу, ту нову појаву. Сликавито казано, услови учествују у произвођењу појава, процеса, догађаја као нека врста "грађевног материјала", али је узрок онај активни иницирајући фактор који ствара нову појаву. Узрок је оно дејство, које "влада" над условима, организујући их својом активношћу. Узроке и услове уврштавам у генетску везу, јер је узрок у стању да роди нову појаву (последицу) само уз постојање респондентних фактора (услова). У томе и сагледавам дијалектику њиховог међусобног односа.

Када постоје неопходни и довољни услови нова појава (последица) је тек и само могућа. Узрок је онај активно детерминишући фактор, који ту могућност претвара у стварност. Последица може настати само у јединству активно детерминишућег фактора и одговарајућих услова, при чијем постојању почиње деловати узрочни фактор. Веза ове делатности не постоји изван узрока, који уводи услове у процес произвођења нове стварности (последице). Методски је важно још једно сазнање: за разлику од узрока, непосредно деловање услова није усмерено на последицу него управо на узрок. Услови су ти који непосредно одређују начин деловања узрока. Услови утичу на последицу тек посредно, преко узрока. Одређени услови могу убрзати или успорити ток неког узрочно-последичног процеса.

Дејство коме подлеже појава Б не зависи само од узрока А и одређених услова места и времена, који се дакако налазе изван појаве Б (спољни услови) него исто тако од стања и својстава саме појаве Б. Својствености Б улазе у комплекс услова као једна његова компонента. У таквом случају говоримо о **унутрашњим условима**. Управо, код кривичних дела угрожавања јавног саобраћаја значење унутрашњих услова је големо, јер је саобраћајна несрећа компликован систем, код кога под датим узроком и сличним спољним условима природа последице може бити битно различита баш услед компликованости **унутрашњих услова**. Како ће организам тешко повређеног пешака преболети и да ли ће преживети зависи и од његовог физичко-психичког хабитуса, који се јавља као један од услова у сложенем комплексу.

Морам нагласити да је битна црта узрочно-последичног односа у томе што једна (или група) појава не производи другу одређену појаву увек и свуда, као по неком аутоматизму. Она то чини само ако постоји одгова-

рајући комплекс услова, који садејствује у том смеру. По мом мишљењу, откривачке и доказне потешкоће су проузроковане баш том чињеницом. Једна црта узрочно-последичног односа се састоји у томе што не постоји само нужна веза, која значи да целокупност узрока и услова креира сасвим одређену последицу. Упоредно са нужним узрочно-последичним везама постоје и случајне узрочно-последичне везе. Оне изражавају спољни, нестални развој ствари, који је придешао и не произлази из основног смера развоја односа међу појавама. Нужно је оно што одређује унутрашњу природу датих појава, док је случајно условљено стицајем спољних за тај објект небитних околности. Случајни догађај се могао, али није морао десити или се могао десити на други начин. На свету не постоје такве ствари, процеси, појаве, чије би по-нашање било условљено само унутрашњим или само спољним факторима. Свако се спољно деловање на објект прелама у његовој унутрашњој природи. Сазнање да ништа не постоји без узрока није у супротности са спознајом о реалности случајног. Једно од битних обележја случајности јесте његова неопходност. Самој узрочности је органски својствен моменат случајности. Нужно се испољава кроз многе случајности. Случај је допуна и појавни облик нужности. Случајност је тип везе, која је условљена за конкретну саобраћајну несрећу нетипичним, небитним узроцима. Спољна случајност проистиче из придешлих околности. Она је често изненадна, а свакако увек непредвидљива. Али, за доказну теорију је важно научно сазнање да се случајности могу збивати само унутар закономерности. Нужно је при томе темељна, носећа снага. Свака саобраћајна несрећа настаје са унутрашњом нужношћу, али њен се развој збива у повезаности са бројним другим појавама, које јој дају такође печат случајних црта и страна. У бесконачном узајамном деловању ствари, појава, процеса нужно без изузетка, иступа увек снажена са случајношћу. Случајност није изузетак. Не постоји пужан догађај без случајности нити случајност, која не би била повезана са нужношћу. Однос узрочности и случајности се не исцрпљује у томе што је ова друга прости облик прве. Насупрот, случајности могу у одређеној мери повратно деловати на нужност, упливишући на сам ток саобраћајне несреће и нарочито на последицу. Оне могу деловати повољно или неповољно. Случајност имамо уствари када се пресецају два независна узрока закономерно условљених узрочних ланаца, две по себи нужне линије постојања и кретања возача, Петра и Павла. Саобраћајна несрећа је резултат укрштања две независне нужне линије. Сви знамо да саобраћајна несрећа настаје као последица сплета непредвиђених околности и услова (нпр. прелома волана, отказивања кочница, изненадног истрчавања детета на коловоз за лоптом право под точкове). Случајност није типична него увек индивидуална појава. Када возач прекрши норму ЗоОБС-а чињењем (нечињењем) штетна је последица настала са унутрашњом нужношћу у одређеном сплету услова и узрока, под претпоставком да је возач располагао реалном могућношћу да независном управља у складу са правилима која је прописао ЗоОБС. Уколико та могућност не постоји немамо кривично дело угрожавања јавног саобраћаја, него кривично-правни случај. Возач не одговара за нескривљену узрочну везу. Ова чињеница компликује испитивање и утврђивање узрочне везе од стране истражног судије и судског већа. Отуда неизбежна потреба да се користи ауто технички вештак, који влада специјалним знањем управо у том правцу.

Б. Друго потпитање: постављени проблем се не може решити без прихватања криминалистичке теорије о хијерархији узрока

По моме мишљењу, неопходно је у свакој кривичној ствари открити и утврдити како непосредни тако и основни узрок.

Непосредни узрок је сама техничка појава (технички чин), која је изазвала саобраћајну несрећу. Основни узрок је оно кршење норме ЗоОБС-а, које је створило непосредни узрок или пак услове за настанак несреће. Непосредни узрок не улази у састав бића конкретног кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја, али је он полазиште за утврђивање основног (главног) узрока, поред своје неутралности. Вештак је, надаље, обавезан и да укаже и на околности које су се појавиле као услови за наступање каузалне зависности.

Када вештак, анализирајући узрочну везу, закључи да би у конкретном предмету поштовање норме ЗоОБС-а у потпуности искључило наступање штетне последице, самим тим он пружа суду доказ и о основном (главном) узроку. Он тиме прећутно установљује да је технички (непосредан) узрок ту уклопљен у основни (главни) узрок. Тада имамо подударност обе врсте узрока. Али, не смемо сметнути с ума да се технички (непосредни) узрок нипошто не сме идентификовати с основним.

Природа основног узрока тј. везе између (не) чињења и последице се одређује његовим правним значењем. А вештак на основу свог специјалног знања утврђује да ли постоји узрочна веза, те њега не сме занемати правно значење те везе.

Утврђеност техничке узрочне везе не значи да је она обавезно самим тим и обележје бића конкретног кривичног дела.

За илустрацију узимам криминалистичко-тактичке ситуације у вези са кршењем чл. 45. ЗоОБС-а. Оне могу бити следеће: 1) Забрањене штетне последице су настале услед деловања једног узрока. 2) Последица је резултат стицања више узрока. 3) Последица је изазвана деловањем више истозначних основних узрока. 4) Узрочна веза је настала стицајем деловања удаљених (споредних, побочних) догађаја, повезаних са узроком. 5) Развој узрочности је прекинут или промењен придолажењем нових околности.

Непосредна узрочна веза је увек директна. Она изазива преобраћавање једног догађаја у други без било којих и каквих посредничких карика. У том случају истражни судија и веће по правилу немају неких посебних доказних потенцијала.

Без вештачења узрочне везе остала би неразјашњена она појава, која је изазвала саобраћајну несрећу или не би била доказана узрочна веза те појаве са радњама окривљеника. Тиме се не исцрпљује улога аутотехничког вештака. Без њега се често не може објаснити временска узастопност узрока и последице. Вештак анализирајући узрочну везу утврђује да ли би предузимање одређених радњи потпуно искључило настанак штетне последице или, обратно, да ли би у датим условима наступила штетна последица и да је окривљеник предузео све потребне предупређујуће мере.

Возач Петар је аутом на коловозу усмртио пешака Павла. Непосредни узрок усмрћења су телесне повреде (задобијене палетом аута), посредни узрок је палет аута, а главни или основни узрок је кршење прописа чл. 45 ЗоОБС-а, који гласи: "Возач је дужан да брзину кретања возила подеси према особинама и

стању пута, видљивости, атмосферским приликама, стању возила и терета, густини саобраћаја и другим саобраћајним условима, тако да возило може благовремено да заустави пред сваком препреком коју, под датим условима, може да предвиди⁷. Многе чињенице добијају доказну вредност (третирају се као докази) управо стога што се јављају као последице појединих околности кривичног дела или као њихови узроци. Сазнање да су узрочне везе веома разноврсне и огромна важност разликовања њихових појавних облика имају, по мом мишљењу, пресудан доказни значај. Непознавање и непоштовање класификације и диференцирања узрока може лако довести до судских заблуда. Оно је резултат запостављања резултата светске доказне теорије и криминалистичких научних истраживања. Кршење прописа чл. 45. ЗоОБС-а (правила о техници брзине возиће) је основни узрок, јер је њихово остварење зависило од (не) чињења Петра, који за то сноси кривичну одговорност. Откривајући и оцењујући наводне узроке Павлове насилне смрти увиђајни орган, истражни судија и веће продиру у дубину-суштину чињеница, јер разоткривајући генезу те смрти, спознају њену суштину управо откривањем доказног значења класификације узрока, за коју се залажем.

Основни узроци могу бити повезани са удаљеним догађајима тако да се посредни и непосредни узрок крајње последице развијају на темељу тог удаљеног, али узрочно повезаног догађаја.

Петар је Павлу, возећи недонупштеном брзином, нанео телесну повреду - прелом ребара. Услед тога је код Павла дошло до тромбо-емболије левог плућног крила. Павле је умро у болници после двадесетак дана лечења.

Судско-медицински вештак је био позван да реши дилему: да ли је смрт последица компликовања основне болести - прелома ребара или је, као што је тврдила одбрана, стварање тромба могуће и код неповређеног лица?

Када последица није иманентно произашла из радњи окривљеног возача него је она настала и у некој вези са радњама других лица, умешаних у саобраћајну несрећу могу често настати тешки доказни проблеми, јер ваља решавати круцијално питање: који су нужни, а који случајни узроци? И случајна узрочна веза повлачи са собом штетне резултате, али они нису последице радњи лица, које би било дужно и које је могло предвидети штетне последице. Кривичну одговорност може сносити само оно лице, које је створило нужну узрочну везу и које је морало и могло предвидети наступање штетне последице.

Нужна узрочна веза се изражава у томе што конкретна возачева радња (чињење одн. нечињење) неизбежно изазива забрањену штетну последицу, без умешаности спољних сила или других лица.

Аутомобилиста је на коловозу правовремено опазио дечака, али иако је располагао са техничком могућношћу да предузме спречујућу меру (кочење или заустављање), он то није учинио тако да је ауто усмртио дечака. Последица се у овом примеру налази у нужној каузалној зависности од возачевог нечињења.

Када је узрочна веза искомпликована умешаношћу трећих лица или придошких сила развој се саобраћајне несреће збива у две основне етапе: прво се стварају реалне могућности за наступање забрањене штетне пос-

ледине, а затим се појављује деловање нових, независних сила, које ту могућност преобраћавају у стварност.

Ауто-технички вештак, испитујући узрочну везу, која је искомпликована умешаношћу других особа и придошних сила, дужан је да утврди: 1) које и чије радње су створиле стварну могућност за настанак саобраћајне несреће (опасну ситуацију), 2) а које и чије радње су ту опасност (могућност) претвориле у стварност саобраћајне несреће. Истрага и суд не испитују неко апстрактно кривично дело угрожавања јавног саобраћаја него конкретан случај. Полазим од сазнања, које произлази из мог ранијег излагања о дијалектици услова и узрока, да појава (саобраћајна несрећа) настаје само ако су се остварили за ту несрећу неопходни и довољни услови. Ако је до саобраћајне несреће дошло сигурно је да су се реализовали неопходни и довољни услови. Али појмови "неопходни" и "довољни" услови не допуштају да разграничимо радње једног учесника саобраћајне несреће од оних, које су предузели други учесници.

Најчешће је суду тежак проблем да разграничи и разликује степен проузроковања сваког од учесника саобраћајне несреће када она настаје као резултат радњи два или више активних фактора (учесника несреће), који чине целивиту систем узајамног деловања. Али се суд не може ослободити од обавезе да утврђује степен учешћа у стварању конкретне несреће (а то управо значи степен проузроковања).

Проблеми испитивања узрочно - последичне везе

Ноћу се аутопутом кретао аутомобил, којим је управљао Бора. У једном тренутку он је био заслепљен светлом аута, који му је ишао у сусрет. Међутим, Бора је наставио даље, без заустављања и то истом брзином. Наједном је на линији кретања запазио испред свог аута заустављено запрежно возило на десној страни, без укључених светала. Покушао је да заочи и маневрише, али безуспешно. Истражујући механизам те саобраћајне несреће, аутотехнички вештак је навео у свом мишљењу да су ситуацију саобраћајне несреће створили својим неправилним радњама како Жарко тако и Бора. Вештак је сматрао да је радња возача Жарка била само неопходна, а не и довољан услов настанка ситуације саобраћајне несреће, јер да је Бора, у условима настале заслепљености, правовремено стао и затим смањио брзину војње несрећа не би неизбежно настала.

Прихватио бих оправданост разликовања неопходних и довољних услова да оно не значи недовољну диференцијацију узрока и услова, јер се поставља проблем утврђивања степена проузрокованости, што ова теорија засада не решава!

Посебно је сложено утврђивање посредних веза, које настају када су криминалне последице изазване радњама других лица или природним силама. Ту је кршење норми ЗоОБС-а од стране субјекта кривичног дела у узајамном односу са низом околности техничке и организационе природе. Тада је (не) чињење субјекта кривичног дела удаљено од последице читавим ланцем других појава, које могу битно променити смер узрочне везе. Вештак мора утврдити њихову природу и конкретну улогу, јер је то битно за (не) приписивање радње прекршиоцу норми ЗоОБС-а као основном узроку забрањене штетне последице.

Важно је нагласити да кршење норми ЗоОБС-а не мора неизбежно довести до штетне последице. Оно перетко само ствара услове за деловање других фактора, који онда постају непосредни узрок саобраћајне несреће.

Када се испостави да нема подударности између основног узрока са насталом последицом то значи да је он условљен радњама другог лица или природном силом. Тада је пресудно да вештак утврди како су радње непосредног проузроковача последице постале могуће искључиво непридржавањем одговарајуће норме ЗоОБС-а од стране другог лица (нпр. сервис је пустио у промет неисправно возило).

Врло је важно да се истражни судија и веће не зауставе само на оном узроку који је најближи последици него да изнађу и онај основни узрок, који је произвео у низу и све пристекле узроке те последице, па и ону најближу која је у основи, упркос близини са последицом, од споредне важности.

Криминалне последице могу настати садејством више узрока, читавом њиховом хијерархијом. У таквој ситуацији је пресудно да се открију и утврде сви ти узроци, јер је управо њихово заједничко садејство родило дотичну последицу. Утврђивање узрочне везе може бити веома тешко када постоје многи фактори, стицај радњи више учесника саобраћајне несреће, многобројне сложене околности. Тада је потребно методом елиминације одбацити случајне и безначајне везе.

Тракториста је у зору оставио на коловозу свој трактор, који се покварио (али без икаквих знакова упозорења, чл. 76. ЗоОБС-а). Аутомобилиста Петар Петровић, иако заслепљен светлом сусретног возила којим је управљао Павле Павловић, није зауставио него је наставио вођњу истом брзином. Петровић није могао да избегне налет на приколицу трактора, при чему је погинуло једно лице. Очигледно је да се радње све тројице налазе у одређеној вези са саобраћајном несрећом, али се поставља круцијално питање: да ли су те везе такве природе да је потребно позвати на кривичну одговорност сву тројицу учесника саобраћајне несреће. По мом мишљењу, позач Павле неће кривично (него само прекршajно) одговарати, јер се његова радња (заслепљивање), не јавља као основни узрок саобраћајне несреће. Она се са последицом налази само у удаљеној, споредној узрочној вези. Уочљиво је да се радње трактористе и Петра Петровића већ налазе у ближој узрочној вези са наступањем саобраћајне несреће. Међутим, понашање трактористе (који је свакако супротно чл. 76. ЗоОБС-а) не налази се ипак у основној узрочној вези са настанком саобраћајне несреће. У тренутку настанка конкретне опасности (појављивања препреке за Петра) постојала је добра видљивост на читавих 300 метара. А то значи: да је Петар правилно поступао, он би правовремено запазио трактор и предузео успешне мере за спречавање саобраћајне несреће. Само је код Петра постојала основна узрочна веза између кршења правила ЗоОБС-а и насталих штетних последица, па је у складу са том констатацијом он једини и кривично одговоран (vin).

Са становишта доказне теорије и криминалистике нарочито су осетљиви они случајеви када, површно гледано, изгледа да су криминалну последицу изазвала два или више узрока, док је уствари посредни само један који је скривен фингирањем лажних узрока. Или, делинквент фингира један лажни узрок као би прикрио онај прави. Са становишта криминалистике и

доказне теорије је значајно да свака чињеница добија доказну вредност и у оним случајевима када су она и доказивана околност (део предмета доказивања) последица треће чињенице, која је њихов заједнички узрок.

Аутомобил је ударио о дрво, којом је приликом погинула возачева супруга, која је седела поред њега. Постојали су "трагови" смртносне повреде на телу несретнице, трагови удара на позилу, дрвету и лицу места. Али све те чињенице су последица заједничког узрока финогиране саобраћајне несреће г.ј. мотива за убиство жене, које се мора прикрити. Судски медицинар и токсиколог су утврдили претходно тровање и постморталне повреде задане "саобраћајном несрећом".

Чињеница извршења убиства тровањем се појављује као доказна чињеница за финогирану несрећу. Ова два кривична дела повезује заједнички основни узрок.

Из овог разматрања изводим закључак да се без аутотехничког (и других) вештака не може правилно испитати и утврдити узрочни ланац у свим његовим карикама и њиховом споју, као ни без примене теорије хијерархије узрока. Суд се креће од непосредног преко посредног до основног, уз елиминисање⁵ споредних и за ту кривичну ствар безначајних узрока. Наглашавам да је претварање једног догађаја (чињеница - нечињеница) у саобраћајну несрећу ретко кад могуће без посредничких карика. По правилу су основни узрок и штетна забрањена последица одвојени низом узајамно делујућих појава. Опште је прихваћено да у том ланцу кривичара првенствено занимају његов почетак и свршетак, али он није у стању да их установи без свестране анализе свих делова сложене узрочно-последичне везе. Та анализа није могућа без органског учешћа аутотехничког (и других) вештака увек онда када она претпоставља специјално (дакле, неправно) знање.

В. Треће подпитање: која је природа норми ЗоОБС-а?

Претходно морам разматрати природу норми ЗоОБС-а, јер она производи дилеме и недоумице уколико не уважимо њене специфичности, којима се разликује од класичних норми. То су правна правила нарочите природе, са техничким садржајем заснованим на специјалним знањима. Законодавац је професионално-техничка правила преточио у облик и рухозакона и подзаконских аката. Нема никакве сумње да посебна научно-техничка правила, постајући интегралним делом правних норми, нису изгубила нити могла изгубити свој научно-технички садржај. Имајући двојачко својство, норми ЗоОБС-а, као техничка правила о безбедној возњи, пригуђују на тумачење и примену норми не само судије него и аутотехничке вештаке. Обе стране имају право и дужност да примењују техничко-правне норми јер без тога не би могли вршити своју функцију (истраживања, пресуђивања односно вештачења). Пошто су већ техничке норми добиле правни облик вештаци нису у стању да правила ЗоОБС-а користе у некаквом преображеном виду. Они не могу давати некакве исказе описног карактера него морају указати на та правила, разјашњавајући њихову суштину са саобраћајно-техничког становишта.

⁵ О методи елиминисања у криминалистици види В. Водниелић, "Криминалистика", Београд, 1987.

Ако проучимо нормативне акте који садрже специјална правила о безбедном саобраћају (ЗоОБС, разни правилници) лако ћемо запазити да они садрже одредбе организационе и професионалне природе. Прва група садржи правила о обавезном понашању актера у јавном саобраћају, која су једноставна, те за њихово разумевање није потребно неко посебно образовање и знање. Али, техничке норме констатују одређене природно-научне

и техничко-научне закономерности, које суд напросто не може открити и интерпретирати без помоћи вештака. По мом мишљењу, аутотехнички вештак не би могао дати свој налаз и мишљење без истовременог указивања на одговарајућу правну норму, разјашњења и анализе њеног техничког смисла, уз узимање у обзир оних околности кривичне ствари које су релевантне за конкретно вештачење. Пример, горе цитирани чл. 45. ЗоОБС-а се заснива на израчунавању могућности да возач код изненадног појављивања препреке правовремено заустави моторно возило. Познато је да ова могућност зависи од силета разноврсних чињеница, међу којима техничке играју немалу улогу. У том низу и селету бројних узрока и услова саобраћајне несреће, аутотехнички вештак је надлежан ауторитетом свог специјалног знања да утврђује техничке. Важно је нагласити да у његову компетенцију спадају не само неисправности и дефекти техничке природе него и технички неправилне радње људи, који управљају том техником. Аутотехнички вештак узима у обзир и пострадалог пешака али само као елемент "фактичке ситуације", јер иначе не би могао правилно да оцени понашање (радње) возача. Између низа услова и узрока саобраћајне несреће аутотехнички експерт је компетентан само да констатује и разјасни (не)постојање техничких узрока. Мислим такође да је аутотехнички вештак овлашћен да решава питање, да ли је учесник у јавном саобраћају својим радњама прекршио правила о безбедном одвијању тог са-обраћаја уколико је за то потребно специјално знање. Зашто сам се по овом спорном питању одлучио за овакво становиште? Решење које је садржано у закључку вештака не представља самим тим решење правног питања него чини његову основу. Закључком да је возач Петар проузроковао за-брањену штетну последицу вештак није ничим утврђивао да је Петар извршио кривично дело угрожавања јавног саобраћаја. Прихватање става да аутотехнички вештак није овлашћен да решава питања о кршењу правила ЗоОБС-а значило би једну правну норму вештачки цепати у две посебне норме једну "чисто" правну, а другу чисто "техничку", не водећи рачуна да овде имамо посла са једном нормом, која има двоструку природу. Мишљење вештака јесте доказ у кривичном поступку, који ничим не прејудушира одлуку о виности и кривичној одговорности окривљеног возача и подлеже слободној судској оцени баш као и сваки други доказ. Пошто се мишљење аутотехничког вештака гради само на специјалном знању науке и струке, оно већ стога не може бити решење правног питања. Вештак не даје правну оцену чињеница, које открива и утврђује.

По мом мишљењу, закључак аутотехничког вештака се додуше позива на нормативно-правни аспект ЗоОБС-а, али овај закон утврђује специјална - професионална - техничка правила, која су уствари правна само утолико што су правно обавезна и санкционисана.

Закључак аутотехничког вештака о (не) кршењу специјалних правила ЗоОБС-а, не утврђујући противправност понашања и узрочност у кривично-

правном смислу, пружа суду неопходну основу да то учини. Та основа - мишљење и налаз вештака - садржи чињенице - доказе који (заједно са другим доказима у изграђеној доказној згради) омогућују суду да утврди (не) постојање појединих елемената бића кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја. У погледу наше теме, налаз и мишљење вештака о техничком узроку омогућују суду да утврди узрок у кривично-правном смислу (скривљени, главни, основни узрок). По мом мишљењу ауто-технички вештак осветљава понашање возача само са објективне стране, он истражује само објективисани сунстрат. Налаз и мишљење тог вештака се никада и ни пошто не сме односити на питања, која су повезана са оценом субјективне стране радње извршења кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја.

Најважнију разлику видим у томе што се аутотехнички вештак креће у границама појединих карика узрочног ланца (у оквиру закономерности знања и искуства своје струке) док истражни судија и веће испитују и закључују о узрочној вези у целини, користећи и вештакове информације. Суд (ако читалац прихвати класификацију узрока дату у овом раду) утврђује основну главну узрочно-последичну везу, која је узрочна веза у кривично-правном смислу, тј. скривљена веза.

Г. Коначно, одговор на питање: сме ли вештак решавати питање узрочне везе?

Поједине проблеме узрочне везе решава аутотехнички вештак само онда и утолико ако и колико је тај аспект узрочне везе обухваћен његовом струком. Пошто је узрочна веза објективно (не) постојећа и јединствена, поједини вештак не испитује различите узрочне ланце него само поједине карике често веома сложеног ланца.

Обим и природа узрочно-последичне везе, коју утврђују с једне стране вештаци, а с друге истражни судија и судско веће, су различити.

Заједничко својство сваке узрочно-последичне појаве јесте у њеној вишеструкој појавности и многознатости узрочног ланца, а то значи да само човечје (не) чињење није никада једини фактор при наступању забрањене штетне последице. Свака је појава рођена мноштвом узрока и последица. Анализа целокупности тих конкретних узрока и услова, који су изазвали саобраћајну несрећу, није у надлежности вештака, јер се она налази изван специјалног знања његове струке. Истражни судија и веће неретко постављају аутотехничком вештаку питање: "Који је узрок кривичног дела?" и "Ко је скривио саобраћајну несрећу?", а вештаци се зачудо о томе радо изјашњавају. Оваква пракса је погрешна и недонштена, јер је за решење тих питања неопходна анализа свих узрочних веза и свих услова конкретне саобраћајне несреће, њихове целокупности. Потпуна и дефинитивна слика о кривичном делу се не може добити само на основу изолованих карика узрочног ланца. Аутотехнички вештак, испитујући узрочну везу (посредни и непосредни узрок и последице) свакако приближава почетни и завршни момент ланца. Али, он то чини методом елиминисања, изоловањем посредног и непосредног узрока и последице из целине јединствене узрочно-последичне везе, како би их тако издвојене могао испитати методама, начинима и средствима својег специјалног знања. Стога он не може решавати питања: да ли је радња окривљеног узрок кривичног дела и да ли је он вин. Али, он помаже да се утврди (не) постојање узрочне везе и открије њена права природа.

Суд сме да пита вештака само о узроку поједине конкретне чињенице (поједине карике узрочног ланца), јер вештак утврђује искључиво узрок настанка појединачне појаве или чињенице.

Аутобус се кретао по залеђеном коловозу брзином од 50 км/час. Њему у сусрет кретао се ауто. На растојању од 15-30 м испред аутобуса, ауто је изненада прешао на своју леву страну, те је дошло до судара. Вештак је установио да возач аутобуса није имао техничку могућност да предупреди судар путем кочења, јер пуни зауставни пут аутобуса у кретању брзином од 50 км/ч. у датим условима је износио 136 м. Да је возач аутобуса управљао возилом брзином од највише 20 км/ч. зауставни пут би износио око 23 м, услед чега би он располагао техничком могућношћу да правовремено заустави аутобус на растојању од око 23 м. испред аута. Као непосредни (технички) узроци несреће јављају се прелажења аута на своју леву страну и пребрза вожња аутобуса. Али основни узрок несреће јесте непридржавање одредбе чл. 45. ЗоОБС-а, док је прелажење аута на своју леву страну био само услов наступања несреће.

Питање да ли је неисправност возила узрок кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја налази се изван компетенције аутотехничког вештака.

У једном случају довела је неисправност кочног система до прелажења пешака. Вештак је утврдио да је узрок те неисправности у погрешном сервисирању. Пошто је судско веће испитало целокупност свих услова настанка те саобраћајне несреће оно је као њен основни (главни, скривљени) узрок утврдило кршење правила техничке експлоатације од стране техничара у сервису.

Да би суд уважио узрочно-последичну везу као елеменат бића кривичног дела (скривљену, дакле основну узрочну везу), није ништа довољно утврдити њено постојање. Поврх тога, ваља још и разјаснити да ли та узрочна веза одговара захтевима одговарајуће кривично-правне норме. То је у искључивој и природној компетенцији суда јер се ту ради, узрок и последица јављају као правни појмови. Упорно инсистирам на дистинкцији техничке од узрочне везе у кривично-правном смислу. Непознавање или одбијање класификације узрока, коју заступам у овом раду, доводи до јалових теоретских спорова, али и погрешног суђења. Околност да је радња управљања возилом изазвала одређене штетне техничке резултате (нпр. превртање возила, заношење, судар, испадање путника из возила итд.) свакако је условљена техничком узрочном везом. Али, по мом мишљењу, објект испитивања овде је доказна информација, коју можемо поделити на елементарну (материјално-техничку) и логичку (идеалну). Аутотехнички вештак пружа само прву, а суд ону другу.

II. МЕТОДИКА УТВРЂИВАЊА УЗРОЧНЕ ВЕЗЕ

Кривични закон и кривично-правна теорија нису разрадили обележја узрочне везе него су то препустили процесуалистима и криминалистима.⁶

6 О томе видети мој текст у Водинелић, група аутора, *оп. cit.*, стр. 346-348.

Ради решења питања о узрочној вези примењује се у кривичном поступку метод мисаоне елиминације (хипотетичког елиминисања, једна врста мисаоног експеримента). Његова је суштина у томе да се из збира антецендата (претходница) за које се претпоставља да би могли имати узрочно значење (узрочне верзије) у мислима искључује (анстрахује) радња која се истражује (нпр. брзина вожње). Ако се при томе испостави да саобраћајна несрећа не би настала или би наступила у другачијем виду, то значи да се та радња јавља као узрок несреће. Уколико се пак испостави да би се кривични догађај збио и без те радње онда се узима да између те радње и несреће нема узрочне везе.

Код кривичних дела угрожавања јавног саобраћаја извршених нечињeњем важи као узрок она околност, која не би могла бити елиминисана, а да тиме уједно не отпадне и реално настала последица.

SUMMARY

PROBLEMS IN INVESTIGATIONS CAUSE AND EFFECT RELATIONSHIPS ON THE BASIS OF EXPERT OPINIONS IN FELONIES RELATING TO THE POSING OF THREAT TO PUBLIC TRAFFIC

It is not possible to investigate and establish the chain of causes and all its links, without automobile (and other) experts and without applying the theory of the hierarchy of causes. The court proceeds from the direct, via the indirect, to the basic, eliminating in the process the secondary and for that felony insignificant causes. The turning of an event into a traffic accident is rarely possible without intermediary links. In that chain, the criminal investigator is primarily interested in its beginning and end, but he is not able to establish them without making a comprehensive analysis of all parts of the complex cause and effect relationship. It is not always possible to make such an analysis without organic involvement of an automobile expert, when it is calling for special, i.e., non-juristic knowledge. The findings and opinion of such expert may never and at any cost relate to matters associated with the appraisal of the subjective aspect of a felony relating to the posing of threat to public traffic. The expert must move within the limits of individual links of the causal chain, and within the frame of the knowledge and experience of his profession.

Др Зоран ПОЊАВИЋ
ванредни професор Правног
факултета у Крагујевцу

ПРАВО ДЕТЕТА НА САЗНАЊЕ ПОРЕКЛА И НАШЕ ПОРОДИЧНО ПРАВО

Људска раса се наставља помоћу сексуалне репродукције, што има за последицу двоструки сроднички однос детета: са мушкарцем и са женом. Међутим, људска сексуалност је крајње неодређено средство у овом погледу. Јер, она има и друге мотиве. Према схватању теолога морала је увек постојати коинциденција између сексуалних односа и прокреације, премда и хришћански морал прихвата сексуалне односе у браку, знајући добро да не морају увек имати за последицу рађање. Савремена биологија нам омогућава рађање деце и без сексуалних односа.

Али, оно што је увек неспорно то је да се прокреацијом ствара сродство, а оно је увек однос. По, сродство није само биолошки однос, оно је и афективна веза. Покланицем ових двају елемената смањује се конфликт у погледу сродства.

Крвно сродство, као биолошка веза, код нас се традиционално, како у погледу успостављања, тако и у погледу истраживања везује за брак, тачније за заједницу живота једног мушкарца и једне жене. Наиме, оцем детета рођеног у браку и три стотине дана по престанку брака сматра се муж мајке. Некада када није постојао сигуран доказ очинства, право се задовољавало само са претпоставком, чији ауторитет је био такав да је више изражавао једно основно правило него што је важила као доказно средство. У случају да је дете рођено ван брака отац детета се утврђује у посебном поступку, било признањем или судским путем.

Еволуцијом права, породичне структуре, као и идеја везаних за правни положај ванбрачне деце довели су до отклањања фикција и

заблуда у овој области, као и до потребе да се са што већом сигурношћу утврди биолошко порекло детета. Управо биолошка веза постаје све више основа за успостављање сродничке везе. Ономе су свакако допринела и сазнања која нам је пружила савремена генетика. Експерти из ове и сродних области постају у случају конфликта око порекла детета прави арбитри.¹ Тако је могуће да се са 99 % сигурности анализом крви утврди очинство детета. С друге стране, ова анализа се практикује само у случају спора пред судом, што значи у једном, врло малом, броју случајева. У већини случајева друштвени очеви су уверени и да су прави, биолошки, очеви.

Традиционално постоји несагласност око значаја биолошких и вољних чињеница у успостављању родитељског односа. Међутим, најновија Конвенција о правима детета из 1989. године даје превагу утврђивању биолошког порекла детета. Означена као нов корак у развоју права детета она предвиђа као једно од његових неотуђивих права и право на сазнање порекла. Наиме, земље које ратификују ову Конвенцију биће обавезне, одмах по рођењу, уписати дете у матичне књиге, те да оно има право на име, националност и на сазнање ко су му родитељи (чл.7). Поред овога, дете има право и на очување идентитета ако су његове породичне везе самовољно прекинуте и чији су лични документи намерно фалсификовани (чл.8).²

То што дете има ово право не значи и да ће га увек и користити, или да га ко може присилити на то. Све зависи од тога какав значај дотична средина придаје крвној вези уопште. Та, крвна веза, имаће за њега значај само ако му је то наметнуто кроз један социо-културни модел вредности друштва. Јер, очигледно је да крвна веза нема свугде исти значај.³ Према томе, то што друштвени отац није и природни не мора имати свугде важности.

Поставља се питање колико се наше данашње Породично право уклапа у све ово и шта је потребно све учинити да би ово право било поштовано. Размотримо стога, овом приликом, његове одредбе о очинству, које се тичу оспоравања брачног и утврђивања ванбрачног, што углавном може у пракси бити спорно. Што се тиче материнства још су стари Римљани, којима се не може оспорити правна логика и који су прилично игнорисали генетику, формулисали правило *mater semper certa est*.⁴ Тада није била потребна

1 C. Labrusse-Riou . La filiation et medicine moderne. Revue internationale de droit compar, 2/1986, стр.426.

2 Конвенција о правима детета, Информациони центар УН Београд, Београд, септембар 1990.

3 Тако R.Clarkе , (Les enfants de la science, Paris, стр.250), наводи пример племена Само у Африци, где прворођено дете није никад дете мужа мајке. Мајка га је зачела пре удаје са неким другим мушкарцем, поводећи се за природним обичајем племена. То дете ће се сматрати дететом њеног мужа и имаће сва права, као такво. Сличан случај је и на Тибету где више браће жени само једну жену, па је врло тешко утврдити ко је отац детета. Сличан обичај је и у Сибиру код народа Chukchee где се сматра нормалним "брак" девојке од 20 година и бебе од две године. Она ће постати мајка захваљујући љубавнику кога јој породица изабере, тако да ће она истовремено гајити и своје дете и свог малог мужа.

помоћ биологије. Тек данас прогрес биологије и "генетско инжењерство" почињу да мењају ову једноставну изреку. Јер, трансфер јајне ћелије омогућава једној жени да носи у материци ембрион створен од јајне ћелије друге жене и да роди дете коме није генетска мајка. Но, без обзира на нове видове прокреације и могућности супституције мајке, остаје правило *mater semper certa est* прилично не окрњено. Потврда за ово је занемарљиво мали број парница који се води око утврђивања материнства.

I. ОСПОРАВАЊЕ БРАЧНОГ ОЧИНСТВА

Наше старије породично законодавство садржало је извесне препреке на путу утврђивања правог порекла детета, између осталог, и под изговором лошег положаја ванбрачног детета. Данас кад је правни положај ванбрачне деце у потпуности изједначен са положајем брачне деце овај разлог отпада. Наше позитивно право, углавном, допушта широке могућности откривања биолошког порекла детета које је рођено као брачно. То се пре свега огледа кроз : А) потискивање правне претпоставке очинства мужа мајке и њено свођење на обично доказно средство и, Б) проширивање круга лица која имају право на тужбу за оспоравање очинства.

А. Примена правне претпоставке не састоји се у утврђивању најдуже и најкраће трудноће и разлици та два периода од 120 дана као вероватном за зачеће детета. Развој модерне медицине омогућава да се утврди вероватни датум зачећа детета у оквиру критичног периода од 120 дана.⁵ Услед овога, биолошки докази све више и више служе за обарање претпоставке очинства, која је постала доказ као и сви други па од ње, како се примећује, није остало готово ништа.⁶ Претпоставка, или то што је од ње остало, своди се на један обичан доказ раван свим другим.⁷

Б. Право на сазнање порекла детета јесте његово субјективно право, за чије је остваривање оно највише и заинтересовано. Но, како се од деце због њиховог узраста не може увек очекивати да имају активан и креативан однос према заштити овог права, то његово остваривање зависи од одраслих. Почетни корак у овом погледу је да се путем закона предвиде средства и овлашћени субјекти за његово остваривање. Према Закону Србије право

4 E.Sullerot , Pour le meilleur et sans pire, Paris, 1984, стр.139.

5 У неким случајевима, такође захваљујући напретку медицине и генетике, претпоставком очинства треба обухватити и случајеве хомологне инсеминације пост мортем. Наиме, могуће је да се дете роди и по истеку рока од три стотине дана по престанку брака из замрзнутих оплодних ћелија умрлог мужа мајке. Такво дете ће према позитивном пропису имати правни статус ванбрачног иако је очигледно биолошки везано за умрлог мужа мајке.

6 J. Rubellin-Devichi , L' evolution du statut civil de la famille depuis 1946, C.N.R.S., 1983, стр.88. Слично и: М. Младеновић, Породично право у Југославији, Београд, 1988, стр.317.

7 Други се докази неће изводити уколико је очигледно да муж мајке није имао односе са њом у критичном периоду зачећа. У овом смислу и: Пресуда В.с. Војводине Гж.328/86, од 30.VIII 1986, објављена у Судској пракси 10/86.

на тужбу за оспоравање брачног очинства имају: муж мајке, мајка, дете и природни отац детета.

а) Пре свих ово право поседује муж мајке јер је веома заинтересован да сазна биолошко порекло детета које је уписано у матичне књиге као његово. Ово је његово лично право, с тим што у теорији постоји дилема у погледу могућности заступања у овим споровима.⁸ Ако се пође од циља који се жели постићи, као и чињенице да успех зависи од доказног поступка, а не од тога ко га покрене, онда се чини сасвим прихватљивом могућност заступања у овим споровима.

Што се тиче наследника мужа мајке Закон Србије им признаје самостално право на тужбу и тиме још више олакшава откривање биолошког идентитета детета. Наследници ово право имају само под условом да муж мајке није за живота сазнао ни за зачеће ни за рођење детета, нити је у време његовог зачећа живео у заједници са мајком детета.⁹ У питању је ситуација када је заједница живота била дуго престала, а потом и ванбрачна заједница од стране мајке заснована. И управо та заједница живота постаје основном претпоставком за успостављање очинства. Брак, као правни основ, само је лакши за доказивање, те стога увек и полазимо од њега при успостављању очинства. Показује се, међутим, да је заједница живота извор и основ многих права и обавеза, па и очинства. Због овог се и јавља потреба за усаглашавање правног статуса детета са његовим биолошким пореклом, па се, у овом случају, и наследницима пружа могућност да то чине. Оно што је пропуст Закона Србије је што није предвидео рок за тужбу који им стоји на располагању.¹⁰ Очигледно је и даље да много тога зависи од воље претпостављеног оца. Јер, ако је и сазнао да није отац детета, а ипак не покрене поступак да своје очинство оспори, то блокира сваку активност његових наследника ради усаглашавања природног и правног порекла детета. Има се тада узети да није желео да оспори своје очинство, па то његово лично право не прелази на његове наследнике.¹¹

Што се тиче ванбрачног оплођења и права мужа мајке на оспоравање претпостављеног брачног очинства то је могуће учинити само ако је дете зачето оплодним ћелијама другог мушкарца (хетерологна инсеминација) без његове сагласности. Што се тиче хомологне инсеминације која се врши оплодним ћелијама мужа мајке, без обзира на могуће дилеме евентуално етичке природе, њоме се не доводи у питање биолошко порекло детета, бар не више него порекло детета зачетог природним путем.

Биолошко порекло детета и његов брачни статус очигледно нису усаглашени у случају хетерологне инсеминације с којом се сагласио муж мајке,

8 Видети: М.Митић, *Породично право*, Београд, 1980, стр.317.

9 Чл.111.ст.2. ЗБПО Србије. Сви ови услови морају бити кумулативно испуњени. У овом смислу и: Решење Гж.302/82, од 12.8.1982.године. В.с. Србије, објављено у Зборнику судске праксе 43/83

10 Према једном схватању тај рок не може бити дужи од десет година. Видети: М. Поповић, *Породично право*, Београд, 1982, стр.261.

11 У овом смислу и: Решење Врховног суда Србије Гж 302/82 од 12. VII 1982. године, Зборник судских одлука, К.VII, С.III.

међутим, предност се даје његовој вољи. Право прихвата да се муж мајке сматра оцем детета иако очигледно он није његов биолошки родитељ. Својом сагласношћу детету је унапред прибавио легитимитет брачног. Уочава се да овде индивидуална воља има одлучујућу улогу, а да је биолошка веза супсидијарна.¹²

де дронг цивил, 3/1988, стр.539. и даље. Нешто слично је и код усвојења, где воља лица има одлучујућу улогу у заснивању адоптивног сродства, што је и навело неке теоретичаре да овај случај хетерологне инсеминације назову усвојење *in utero*.¹³

С друге стране, код хомологне инсеминације, када је жена оплођена оплодним ћелијама њеног мужа, без обзира да ли се он сагласио са тим или не, не постоји могућност оспоравања очинства. Биолошки и правно дете је везано за мужа мајке.

Рок за оспоравање очинства од стране мужа мајке у случају природне оплодње износи шест месеци од сазнања за чињеницу која доводи у сумњу његово очинство, а најкасније десет година од рођења детета. Код вештачке оплодње рок од шест месеци се рачуна од сазнања да је дете зачато вештачким путем оплодним ћелијама другог мушкарца (чл.110. ст.2. ЗБНО Србије), а најкасније, такође, у року од десет година од рођења детета.

б) Мајка најбоље зна да ли дете које је родила истовремено и биолошки потиче од њеног мужа. Рок за тужбу који јој стоји на располагању износи шест месеци од рођења детета. Ово њено право тиче се оспоравања очинства детета које је зачато природним путем, а не и вештачким.

ц) Дете има право на тужбу за оспоравање очинства и то је једно новије његово право. Све до половине овога века право је штитило интерес мужа мајке да оспори презумирано очинство и да из породице искључи дете које није његово.¹⁴ Ово право се признаје и тек рођеном детету до његове 25. године, с тим што га до пунолетства заступа законски заступник. Ако се као законски заступник јавља један родитељ (мајка), поставља се питање одржања рока који јој је дат за тужбу. Практично она је та која сада може искористити и преско датог рока право у коме је иначе преклудирана. Ово неки сматрају као једно мањкаво решење, предлагајући да се ово право користи само са одобрењем органа старатељства.¹⁵ Међутим ако се пође од циља откривања биолошког порекла детета, као основног, ово само представља једну додатну могућност ка његовом постизању, јер дете нема сопствена сазнања о свом пореклу. Уколико мајка није жива, или је непознатог бора-

12 О овом више: P. Raynaud, *Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation; état du droit positif français*, (у књизи *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, 1981), стр.87. G. Raymond, *Volonté individuelle et filiation par le sang*, Revue trimestrielle

13 G. Raymond, *La procreation artificielle et le droit français*, J.C.P. 1983, II.3114.

14 М. Аличић, Промјене у праву на оспоравање пресумираног очинства, Зборник ПФЗ, 1985, 35 (2-3), стр.312.

15 У овом смислу: М. Аличић, Поријекло дјетета - регулатива и дилеме, Анали Правног факултета у Београду, 6/1988, стр.313.

вишта, или је лишена пословне способности, тужбу може поднети старалац са одобрењем органа старатељства.¹⁶

Ограничавање рока на тужбу детета са његовом 25. годином такође изазива бројне дилеме. Овакво ограничење је сасвим у реду ако се прихвати став да утврђивање правог родитељског односа првенствено има за циљ економски интерес детета. Наиме, сматра се да се са том годином постиже економска осамостаљеност детета.¹⁷ Међутим, право детета на утврђивање порекла превазилази његове економске интересе и у овом погледу га не треба ограничавати роком.

Тумачећи одредбе Закона Србије произлази да дете нема право оспоравања свог очинства у случају хетерологне инсеминације. Овим се очигледно жели исказати чињеница да сазнање биолошког порекла за дете нема битнијег значаја, као што истичу неки теоретичари, пре свега из домена биолошке антропологије.¹⁸ Међутим, на нормативном плану по први пут је још 1970. године шведски парламент потврдио право детета да сазна своје порекло. Ово право је скоро потврђено и кроз Закон.¹⁹

С друге стране, може се поставити питање са којим правом дете треба осујетити у могућности да сазна своје биолошко порекло. Ако му то ускратимо, не сводимо ли га на предмет манипулације, на објект права, што је очигледно противно нормама Конвенције о правима детета.

д) Право Србије проширује круг лица с правом на тужбу за оспоравање очинства, које је засновано на основу претпоставке о очинству мужа мајке и на лице које себе сматра оцем детета рођеног у браку. Ово се право признаје само под условом да је то лице живело са мајком детета у време зачећа или је заједница са њом заснована пре рођења детета, као и под условом да се истом тужбом тражи утврђење његовог очинства. Рок за тужбу износи годину дана од рођења детета.

Претпоставка очинства мужа мајке имала је до сада за њега обавезу да сву децу коју роди његова супруга сматра за своју. Осим тога, она му је омогућавала да одбије свако уплитање трећих лица у његово очинство.

16. Питање има ли старалац право на подизање тужбе за оспоравање очинства у име малолетног штићеника раније је, нарочито у правној теорији, било спорно, јер се сматрало да није интерес детета, кога штити старалац, да изгуби статус брачног детета. Међутим, Врховни суд Југославије је заузео став да стараоцу ово право припада; Начелно мишљење Проширене седнице од 4.IV 1960, бр.1/60, Збирка судских одлука, V/1.

17. Тако: М. Јанковић, Коментар Закона о браку и породичним односима СР Србије, Београд, 1981, стр.96.

18. Тако В. Hassenstein, Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung, Fam.P3, 35, 1988/2,113-120 и 120-123. Наведено према: М. Аличић, Поријекло дјетета..., оп. cit. стр.652 (напомена бр.22).

19. Закон је донет 1.III 1985. године и према њему давалац оплодне ћелије ће бити забележен у књиге и са тим податком дете се може упознати по пунолетству. Страховање да ће услед овога бити мање давалаца показала су се као неоснована. Уосталом, донор семена и није дужан пристати на виђење са дететом. О оном више: J.Rubellin-Devichi, Les procreations assistées: état des questions, Revue trimestrielle de droit civil, 3/1987, стр.462 и 463.

Оваквим решењем Закона Србије, апсолутност претпоставке је, у односу на претходни период, још више ослабила. Предност се даје изналажењу биолошког идентитета и правог родитељског односа. При овом се сигурно имају у виду и све опасности што их овакав став са собом носи, а тичу се, пре свега, очувања породичног мира и њене стабилности, уопште.

II. УТВРЂИВАЊЕ ВАБРАЧНОГ ОЧИНСТВА

И у овом погледу Закон Србије допушта широке могућности изналажења правог, биолошког оца детета, полазећи пре свега од његовог интереса да има оба родитеља. Заснивање ванбрачног очинства првенствено и пожељно је да се заснује његовим признањем. Међутим, док је ванбрачно материнство очигледно засновано на биолошки извесним чињеницама, дотле ће то ванбрачно очинство бити у далеко мањем броју случајева. Оно се може успоставити само преко мајке. Изгледа да је принцип једнакости полова овде нарушен. Јер мајка може спречити оца да призна дете. Довољно је да га не упозна са својом трудноћом, или да му ускрати сазнање о датуму и месту рођења детета. Отац не може спречити мајку да призна дете,²⁰ као што она може њега. Закон Србије на жалост не предвиђа могућност покретања поступка признања ванбрачног очинства по службеној дужности, као што то чине права неких других земаља.²¹

Ако признање очинства изостане из било ког разлога мора се утврђивати судским путем на захтев овлашћених лица. Овде је ситуација, до некле, слична са оном у погледу оспоравања брачног очинства. Право на тужбу имају мајка, дете и лице које себе сматра оцем детета, а са чијим се признањем ванбрачног очинства није сагласила мајка. По, будући да покретање овог поступка најчешће зависи од активности мајке, која иступа у своје или име детета Законом су одређена значајна овлашћења органа старатељства, онда када је мајка у овом погледу неоправдано пасивна. Наиме, орган старатељства има значајно овлашћење да по службеној дужности покрене поступак истраживања ванбрачног очинства детета, ако такав поступак не покрене мајка годину дана по рођењу детета. Међутим, орган старатељства ће се моћи користити овим овлашћењем само ако је мајка приликом порођаја означила неког мушкарца као оца детета. Без ових сазнања орган старатељства не може помоћи детету да успостави родитељско-правни однос са оцем.²² Мајка, у пракси, нерадо означава мушкарца кога сматра оцем детета, сем ако не жели сама покренути поступак.²³

20 E. Syllerot, op.cit., стр.143.

21 А. Кордић, Заснивање ванбрачног родитељског односа и слободно родитељство, Годишњак ПФС, 1989, стр.102.

22 М. Аличић, Породични статус дјетета, реферат са Саветовања о Сарадњи суда и органа старатељства у примени нових породичних закона, који је објављен у монографији са истоименим називом у издању Правног факултета у Београду, 1984, стр.117.

23 У овом погледу се у литератури наводе и конкретни подаци. Видети: А.Кордић, op.cit., стр. 110.

Очигледно је да се ово питање не своди на интерес мајке, већ се третира и интерес детета који се штити ангажовањем за то од друштва предвиђеног органа. Додуше, овакво настојање може бити осујећено значајним овлашћењем мајке која може из оправданих разлога да се супростави подношењу тужбе. Ако се мајка успротиви вођењу поступка, то значи да може оставити дете без оца. Без обзира да ли се ово право у пракси рестриктивно тумачи или не оно говори о значајном ограничењу права детета на сазнање свог биолошког порекла. Овим је вољи мајке препуштено утврђивање очинства, која сама одлучује не само о томе да ли ће означити оца, већ и да ли ће тада повести поступак утврђивања очинства.²⁴ И зато је ванбрачно сродство, пре свега, стварно и правно, матрилинеарно и зависи од мајке да ли ће доћи до успостављања очинства.²⁵ Ово ће нарочито бити случај у ситуацији када ванбрачна мајка одмах по рођењу одбаци дете (нахоче) које ће можда бити лато на усвојење, а да биолошком оцу уопште није пружена прилика да га призна, нити детету да га судским путем истражује. На овај начин мајка поседује моћ коју може злоупотребити. Она може лишити оца свога детета и дете свога оца. Потребно је све учинити да се у овом погледу смањи њен монопол тиме што ће очинство све мање зависити од воље мајке, а више од објективних биолошких чињеница.

Посебни проблеми у домену права детета да зна своје порекло јесу они изазвани новим видовима прокреације, вештачким оплођењем. Закон Србије се њима не бави целовитије, али у чл.101 предвиђа одредбу о забрани истраживања очинства детета зачетог вештачком оплодњом мајке. Ако анализирамо ову одредбу видимо да се она може односити на дете које је родила неудата жена или жена која је у браку родила дете путем хетерологне инсеминације, без сагласности мужа, који је своје очинство оспорио.

Што се тиче првог случаја очигледно да наше право омогућава вештачку оплодњу неудате жене, што се може сматрати саставним делом права на слободно родитељство. Забраном истраживања очинства у овом случају обезбеђује се тајност података о даваоцу и кориснику семена. Међутим, ако се прихвати став да се неудата жена може користити вештачком оплодњом, онда се право на вештачку оплодњу јавља као безусловно, што по нашем мишљењу није.²⁶ Оваква врста оплодње се у неким страним правима изричито искључује, као у Француској, и тиме избегавају проблеми ове прсте. Разлози који се при овом наводе тичу се заштите интереса будућег детета.²⁷

24 Према неким подацима којим располаже Врховни суд Србије, додуше старијег датума, веома је мали број предмета у којима се орган старатељства користио путем из чл.99 и покретао поступак противно њеној вољи. Наведено према: М.Субић, Учешће органа старатељства у брачним и патернитетским споровима са становишта суда, реферат објављен у монографији: Сарадња суда и органа старатељства..., *op.cit* стр.167.

25 С.Л.Рион, *op.cit.*, стр.156.

26 Видети: З.Поповић, Право на слободно родитељство и субјекти овог права, Гласник ПФК, 1992, стр.62-74.

27 Тако: J.Rubellin-Devichi, Les procreations assistées: état des questions, *op.cit* стр.464 и 465.

Интерес је будућег детета да има и она и мајку, а у овом случају имало би само мајку.²⁸

Не може се оспорити значај одредбе којом се регулише забрана истраживања очинства у овом случају. Њена сврха је, пре свега, заштита интереса донатора. Мушкарац прихвата да буде донатор оплодних ћелија из хуманих разлога, без намере заснивања очинства према будућем детету. Али, не смемо заборавити интерес детета и његова права, која морају бити на првом месту. Ово дете би могло добити статус брачног ако неки мушкарац призна његово очинство, зашта не постоје законске препреке. Закон говори само о забрани истраживања (чл.101). Све ово под условом и да се мајка сложи са признањем. Њена несагласност може да блокира успостављање родитељског односа и према мушкарцу са којим живи у ванбрачној заједници и који је познати давалац оплодних ћелија. С друге стране и мајчин ванбрачни партнер, као донатор, својим непризнавањем

очинства онемогућава успостављање родитељског односа према детету у погледу кога постоји забрана истраживања очинства судским путем. И у једном и у другом случају, без обзира на њихове мотиве, дете је жртва. Његова права су у другом плану. Због овог би требало дозволити истраживање ванбрачног очинства детета и у овом случају, нарочито ако постоји ноторна ванбрачна заједница.

По, и ван овог случаја истраживање треба допустити ако је у случају хетерологичне инсеминације очинство мужа који није дао сагласност на вештачку оплодњу успешно оспорено. Страховања да би ово дестимулисало добровољне даваоце, како произлази из неких запажања у другим земљама нису оправдана.²⁹

III. ЗАКЉУЧАК

Право детета на сазнање порекла јесте његово субјективно право, што значи да се оно не мора њиме и користити. Али, важно је створити законску могућност да информацију добију деца коју мучи неизвесност о пореклу.

Наше породично право је, пре свега његове одредбе о очинству, углавном наклоњено утврђивању биолошког идентитета детета. Међутим, у овом погледу у Закону постоје још многе препреке које онемогућавају дете да дође до праве информације која се тиче његовог порекла. Неке од тих препрека су резултат природне доминације материнства у установљивању родитељског односа према оцу и са тим се изгледа мора увек рачунати. Но, оно што се може учинити је да се та доминација сведе на нужну меру.

У овом погледу и у области оспоравања очинства треба учинити извесна побољшања законских решења. Како у погледу рокова за тужбу, тако и у погледу права овлашћених субјеката. Детету треба признати право на

28 C.Labrusse et G.Cornu, Droit de la filiation et progres scientifiques, Paris, 1982, стр.107.

29 Тако је запажено у Шведској да се после отварања законске могућности истраживања очинства у случају хетерологичне инсеминације квалитет добровољних даваоца побољшао. Наведено према: М.Алинчић, Поријекло дјетета..., оп.цит стр.651.

оспорување брачног очинства у случају хетерологне инсеминације, као неопходан пут ка сазнању порекла кроз истраживање. Без обзира на интерес донатора права детета морају бити у првом плану.

У домену истраживања очинства потребно је ојачати процесну позицију државних органа и тако смањити монопол мајке у успостављању родитељског односа према оцу, бар у оној мери у којој је то могуће. Очинство мора све више зависити од објективних биолошких чињеница, а све мање од воље мајке.

SUMMARY

RIGHT OF A CHILD TO KNOW ITS DESCENT AND STANDARDS OF OUR FAMILY LAW

One of the inalienable rights of a child guaranteed under the Convention on Child Rights, which was adopted by the United Nations on 20 November 1989, is also the right to know its descent (Article 7). Being thus guaranteed, it requires of the states which sign the Convention to create for any child the possibility of finding out, in a suitable manner, who its true, biological parents are. All this changes many of the hitherto assumptions, with particular reference to that relating to the significance of blood relationship, as well as to the possibility of disputing a child's legitimacy and establishing its illegitimate status. This certainly also produces a significant impact on the institution of adoption. By granting such a guarantee to any child obviously means giving preference to the child's biological descent, in relation to all other grounds for the existence of the parent - child relationship.

In the light of the child's new right, the author has analysed in this paper the provisions of the Serbian legislation with regard to disputing the matrimonial and establishing extra-matrimonial fatherhood. In that respect, it is said that certain restrictions, and even bans, are set in the procedure of establishing the child's biological identity. It would be necessary also for the Serbian legislation to adjust to the child's new right accordingly.

Др Гордана КОВАЧЕК
СТАНИЋ
доцент Правног факултета
у Новом Саду

ЗАЈЕДНИЧКО ИЛИ САМОСТАЛНО ОДЛУЧИВАЊЕ РАЗВЕДЕНИХ РОДИТЕЉА

Разводом брака родитеља погођен је велики број малолетне деце, у СР Југославији (Србија и Црна Гора) око 7.000 деце годишње.¹ У другим земљама стање је следеће: У САД око милион деце, у Шведској око 20.000, са тенденцијом смањења, у Вел. Британији се процењује да ће око 170.000 деце бити обухваћено различитим поступцима поварања.² Учесталост развода брака као појаве у иностраној теорији условила је препознавање нових облика брака и породице. Аутор Weiss, на пример, проучавајући ефекте развода на институцију брака, указује да се препознаје нова форма брака као брак неизвесног трајања, док аутор Ahrons предлаже термин за нови облик породице - "бинуклеарна породица", који индицира породични систем са два домаћинства без обзира да ли да имају исти значај за дететово животно искуство. Питање којим се бави овај рад је како развод брака родитеља утиче на родитељско право, првенствено на једну његову компоненту, а то је начин одлучивања разведених родитеља, иако питање правног система, говори о односима између бивших супружника као родитеља, а такође и о односима родитеља и детета после развода брака.

De facto у сваком случају развода долази до промене у родитељским односима, док de iure, према неким савременим правним системима, не мора бити промена. Ис-

УДК: 347.627.2.

- 1 Подаци за 1989. год. у Србији 6746 (од тога у Војводини 2028, на Косову 188), у Црној Гори 215. У некадашњој СФРЈ те године било је 13388 деце у разведеним браковима, од тога у Босни и Херцеговини 1085, Хрватској 3328, Македонији 563, Словенији 1452; Статистички годишњак Југославије, Бг 1991, стр. 465.
- 2 Statistical Abstract of Sweden 1989; L. Perkinson, "Child Custody Orders: A legal Lottery?", Family Law 1988, стр. 26.

торијски посматрано, развод брака је дуг период времена мењао правни карактер родитељских односа, на тај начин што је дете поверавано на старање једном од родитеља. Данас, међутим, почевши од седамдесетих година овог века, та концепција се напушта, увођењем заједничког родитељског старања (права) (joint custody) и после развода или проширењем права родитеља којем дете није поверено после развода. Заједничко родитељско старање предвиђају законодавства једног броја земаља (на пример: САД, Аустралија, Скандинавске земље - Шведска, Норвешка, Финска, Данска, Вел. Британија, а овој установи је отворен пут и у Немачкој). Овај облик старања је израз идеје о неопходности оба родитеља у одгајању детета, изражава становиште да родитељство не престаје разводом.

Увођење овог облика родитељског старања, чини се, може послужити као полазиште за претпоставку о промени основа остваривања родитељског права, и то од статуса родитеља према родитељству као примарном основу. Наиме, историјски посматрано, родитељско право најчешће је имало основ у статусу родитеља, постојале су разлике у остваривању родитељског права када се ради о родитељима који су у браку, разведеним родитељима или ванбрачним. Намеће се упоређење са правним положајем детета који је, такође, дуго времена зависио од дететовог статуса (брачно или ванбрачно дете), док, данас, у законодавствима већине земаља, правни положај детета све мање зависи од његовог статуса, а у многим је правни положај брачне и ванбрачне деце изједначен. Статус детета као основ његовог правног положаја се, значи, напушта и замењује новим (на пример малолетством).

Начин одлучивања разведених родитеља о питањима везаним за дете такође еволуира, од самосталног одлучивања родитеља коме је поверено дете после развода, па до заједничког одлучивања оба родитеља.

I. ОДЛУЧИВАЊЕ РАЗВЕДЕНИХ РОДИТЕЉА У СИСТЕМИМА КОЈА ПОЗНАЈУ ЗАЈЕДНИЧКО СТАРАЊЕ

Заједничко старање није универзална категорија, она се развија и мења у оквиру појединачних законодавстава, а има различиту правну садржину посматрано компаративно. Упоредно правним посматрањем уочавају се две компоненте заједничког старања, правно, законско старање (joint legal custody) и заједничко физичко, фактичко старање (actual, physical joint custody). Заједничко правно старање обухвата одлучивање о битним питањима везаним за дете. Под важним питањима углавном се подразумевају: образовање, здравље детета, путовање у иностранство, религијско опредељење. Заједничко фактичко старање подразумева да се оба родитеља и фактички старају о детету, тако да дете, уствари, има два дома. За постојање заједничког старања, по мишљењу консултованих аутора, довољно је да правно старање буде заједничко, док заједничко фактичко старање није неопходан услов. Значајно питање законског регулисања ове установе, у чему се законодавства разликују, је постојање или не законске претпоставке у корист заједничког старања. Законодавства Шведске и Вел. Британије отишле су најдаље, предвидевши да се остваривање родитељског права правно не мења после развода брака. О старању о детету се уопште не одлучује, као генерални принцип се уводи, значи, принцип неинтервенције. Нека законодавства

садрже законску претпоставку да је заједничко старање у највећем интересу детета. Другим речима, постоји законско првенство заједничког старања над другим облицима старања, што обавезује суд приликом одлучивања. У основи заједничког старања је споразумевање родитеља, јер се одлуке доносе заједнички. На тај начин дете и после развода брака остаје под окриљем оба родитеља, што је свакако најважнија консеквенца заједничког старања. Уколико између родитеља нема могућности комуникације и кооперације, заједничко старање губи смисао. Од тога, међутим, одступа Закон о деци Вел. Британије који, по речима аутора Веспана, уводи заједничко независно родитељство. По овом концепту родитељи имају могућност одвојеног, независног поступања без обавезе претходног споразумевања са другим родитељем. Специфичности појединих законодавстава у вези са доношењем одлука о питањима везаним за дете после развода брака, анализираће се према законодавствима Шведске, Норвешке, Вел. Британије и САД.³

А. ШВЕДСКА

Заједничко родитељско старање је доминантан облик старања о детету према законодавству Шведске. Ова област регулисана је Законом о родитељима, стараоцима и деци.⁴ Родитељи који су у браку, по правилу, имају заједничко старање, стичу га аутоматски рођењем детета. Ако се ради о ванбрачном детету, рођењем детета родитељско старање добија мајка, али је правни пут за добијање заједничког старања у корист оба родитеља поједностављен, што говори у прилог фаворизовања заједничког старања и у овој ситуацији.⁵ После развода брака, заједничко старање се појављује као законско правило. Наиме, суд који разводи брак, уопште не одлучује о облику старања, тако да оно остаје заједничко као и у време трајања брака, осим ако родитељи не поставе захтев за променом облика старања поверавањем детета једном од њих. Од реформе породичног Закона из 1977. год. када је

-
- 3 Како је већ напоменуто концепт joint custody познају и законодавства: Данске од јануара 1986. према I. Koch-Nielsen, "New Family Patterns", Parent Child Relationship, Post-Divorce, A Seminar Report, Copenhagen, 1984 стр. 7; Финске, према J. Graversen, "Joint Custody Legally - Danish Considerations", Seminar Copenhagen 1984; Аустралије, Закон Family Law Act, par. 61, 64(4), према М. Јањин-Комар, "Права деце у породичним односима", Бг 1987, стр. 38; у Немачкој је Савезни уставни суд 1982. одлучио да је одредба пар. 1671/IV БГБ, по којој је после развода брака право на одгајање детета (Sorgerecht) само једног од разведених родитеља, супротна уставу, по коме оба родитеља имају родитељско право, те да је на тај начин отворен пут за досуђивање права на одгајање детета обома родитељима (gemeinsames Sorgerecht). Одлуке 3.11.1982. Фам РЗ 1982/12 стр. 1179, према К. Зупанчић, "Посеги дружене скупности у извршевање родитељске правнице", Зборник знапствених расправа XIV 1985, стр. 191.
- 4 The Code relating to Parents, Guardians and Children (Foraldrabalken), СФС 1983; 485, превод на енглески Министарства за спољне послове Шведске, Стокхолм, 1984.
- 5 више о заједничком старању у време рођења детета у чланку Гордана Ковачек Станић, "О родитељском праву у теорији и пракси Шведске", Анали Правног факултета у Београду 1-2/1990, стр. 121.

уведено заједничко старање за родитеље у браку и оне који нису у браку, до измена Закона из 1983. год. суд је у сваком случају развода доносио одлуку о поверавању детета, било да је заједничко старање остајало, било да је дете поверено једном родитељу.⁶ Непостојање обавезе суда да у сваком случају развода доноси одлуку о старању о детету говори о тенденцији законодавства у корист заједничког старања као доминантног.

Законом о родитељима, стараоцима и деци регулисано је одлучивање о питањима везаним за дете, и то у делу који се односи на вршење старања (родитељског права) (*the exercise of custody*). Предвиђено је да лице коме је поверено дете (*custodian*) има право и обавезу да одлучује о питањима везаним за личне ствари детета. Чини се то, ово лице треба да узме у обзир ставове и жеље детета у складу са његовим годинама и развојем.⁷ Ако се о детету старају оба родитеља, ова одредба се примењује на обоје, заједнички. У случају да је један од родитеља, због отсућности, болести или другог разлога, у немогућности да учествује у одлучивању које се односи на старање о детету и та одлука не може бити одложена без сметњи, други родитељ ће одлучити сам. (Одредбе се односе не само на родитеље, него на било које лице које има својство *custodian-a*.) Тај родитељ, међутим, не може доносити одлуке које су са далекосежним последицама на будућност детета сам, сем ако је то очигледно неопходно за добробит детета.⁸

У Закону није прецизирано о којој врсти личних ствари је потребно заједничко одлучивање, али у теорији и пракси једнодушно се помињу образовање детета, путовање у иностранство, а ако је неким посебним законом (из области образовања, здравства, на пример) предвиђено одлучивање родитеља о неком питању, тада родитељи ако имају заједничко старање морају заједно донети одлуку. Закон из породичне области предвиђа само један случај када је неопходно одобрење родитеља, а то је уговор о раду који закључује дете.⁹

Заједничко родитељско старање, значи, претпоставља заједничко одлучивање родитеља, а само у изузетним ситуацијама немогућности једног родитеља да учествује у одлучивању, и то само ако је одлука хитна, други родитељ може сам да донесе одлуку. Како је наведено, постоји и посебно ограничење у овим ситуацијама за одлуке које су са далекосежним последицама за будућност детета, када родитељ може сам да донесе одлуку само ако је то неопходно за добробит детета.

Може се десити у пракси да родитељи не могу да се споразумеју о значајном питању у вези са дететом. У тој ситуацији имају на располагању могућност да се обрате за помоћ двома институцијама, савету за социјално старање или агенцији за породично саветовање, које су у Шведској надлежне за породичне проблеме. Њихова улога је само медијаторска и саветодавна, у ситуацији неслагања пружају помоћ родитељима да заједнички дођу до

6 A. Saldeen, "Family Law", Annual Survey of Family Law Vol 8, стр. 171.

7 погл. 6, члан 11 Закона о родитељима, стараоцима и деци

8 погл. 6, чл. 13 истог Закона

9 погл. 6, чл. 12

решења, али немају могућност одлучивања уместо родитеља. Једини начин да се разреши ситуација, ако родитељи и после помоћи стручњака, нису у стању да се договоре било би покретање судског поступка у ком ће се тражити промена облика старања, уместо заједничког, да се дете повери једном од родитеља.

Заједничко старање не подразумева да и физичко, фактичко старање (physical custody) буде заједничко. Постоји могућност да дете живи само са једним родитељем, али је могуће да је и фактичко старање заједничко, да дете живи код оба родитеља, према договору. У сваком случају, није спорно да о свакодневним питањима одлуке доноси родитељ са којим дете живи, без потребе учешћа другог родитеља.

Други облик старања о детету, који постоји као могућност у шведском породичном праву, је да се о детету стара само један родитељ. Овај облик старања, посматрано теоријски, мањег је значаја од заједничког старања, а после развода брака се успоставља само на захтев, који се може поставити у поступку развода брака или у неком каснијем тренутку. Може постојати и ако брак није разведен. Ако се о детету стара само један родитељ и одлучивање је препуштено њему, други родитељ нема правну могућност учешћа у одлучивању. Права другог родитеља ограничена су на одржавање личног контакта са дететом (прецизније речено у шведском праву ово право је више право самог детета,¹⁰ те могућност да тражи промену облика старања.¹¹

Б. НОРВЕШКА

Норвешко породично право, такође, познаје заједничко родитељско старање као облик старања и када су родитељи разведени или живе одвојено. Законом о родитељима и деци¹² из 1981. год. заједничко старење је први пут регулисано законом, до тада, почевши од 1971. год. постојало је званично познавање слободе родитеља да сачине уговор о заједничком старању после сепарације или развода.¹³

Норвешко право познаје и старање једног родитеља (sole custody) као облик старења после развода брака. Према Закону о родитељима и деци из 1981. год. заједничко старање није утврђено као правило, нема законске претпоставке о заједничком старењу, него је предвиђено да родитељи могу одлучити да се дете повери једном од њих или да старање буде заједничко. Даље је предвиђено да ако родитељи нису постигли споразум и ако нема судске одлуке (односно до доношења одлуке) родитељи имају заједничко старање, што значи да је терет покретања судског поступка на страни особе која не жели заједничко старање.¹⁴

10 погл. 6, чл. 13/1 Закона

11 погл. 6, чл. 6 Закона

12 Lov om Foreldre og Barn Nr. 7, April 8 1981 - Parent-Child Law, K. Moxnes, "Joint Custody: A Way of Making Parents Cooperate More After Divorce, or a Mere Formality that doesn't Change a Thing", Seminar Copenhagen 1984, стр. 122

13 L. Smith, "Joint Custody in Norwegian Law and Practice", Seminar, Copenhagen 1984, стр. 241-243

14 ibidem чл. 34. Закона о родитељима и деци (Lov om Foreldre og Barn. Nr. 7, April 8 1981.)

Норвешки Закон не дефинише заједничко старање. По мишљењу аутора L. Smith минимум за његово постојање је правно (законско) заједничко старање (legal joint custody) за разлику од физичког (фактичког) старања (physical joint custody). Правно старање подразумева да су оба родитеља тзв. legal guardians, што је од посебног значаја ако дете има имовину; да родитељи морају сагласно да одлучују о важним питањима у вези са дететом, као што је образовање и питања здравља; те да имају подељену одговорност о бризи о детету, тако да ако родитељ са којим дете живи није у могућности да брине о њему у краћем периоду, други родитељ има законску одговорност да преузме бригу. Закон регулише ситуацију ако родитељи имају заједничко правно старање, а дете перманентно живи са једним од њих, тај родитељ доноси дневне одлуке, те се може пресељавати унутар Норвешке, али не и у иностранство без сагласности другог родитеља. Одредба се примењује ако се родитељи нису друкчије договорили. Осим тога, Закон не предвиђа ни судско решавање конфликта, ни пред неким другим органом у случају да родитељи не могу да се сагласе о одлуци у вези са дететом, тако да би у том случају највероватнија солупција била да родитељи, један или оба, траже да се дете повери једном од њих.

Одлучивање разведених родитеља о питањима битним за дете, ако родитељи имају заједничко старање је заједничко, значи, подразумева споразум родитеља. Због тога, постоје и посебне обавезе трећих лица, тако да је школа обавезна да оба родитеља информисе о томе како дете напредује, да их позива на родитељске састанке и слично. О свакодневним питањима, међутим, одлучује родитељ са којим дете живи, а према норвешком праву тај родитељ може самостално да одлучује о свом и пресељењу детета, али, како је напоменуто, само унутар Норвешке. Према ауторки L. Smith родитељ са којим дете живи, такође, може самостално доносити одлуке у вези са дечјим обданингом или забавингом, разлог за то је чињеница да је ово питање уско повезано са запослењем родитеља.

Други облик старања, према норвешком породичном праву је старање једног родитеља о детету. Дете има право да контактира са оба родитеља, и када родитељи живе одвојено. Ово право је установљено 1982. (до тада није било аутоматско), а оба родитеља имају обавезу да се побрину да се ово право оствари.¹⁵

Ц. СЈЕДИЊЕНЕ АМЕРИЧКЕ ДРЖАВЕ

У оквиру САД се, у преко 30 држава, законима регулише нека од форми заједничког старања, које је постало значајна опција за судове после 1975. Заједничко старање је у искључивој регулативи појединих држава.¹⁶ Осим заједничког старања после развода брака, законодавства САД задржала су и sole custody (старање једног родитеља), који је раније био основни облик

15 K. Moxnes op. cit., str. 125 (чл. 44 Закона о родитељима и деци)

16 J. Folberg, „Child Custody Law: The American Perspective“, Seminar Copenhagen 1984, str. 252-268; H. H. Clark, „The Law of Domestic Relations in the United States“, 1988 стр. 815.

старања у ситуацијама развода брака, а сада, у неким од појединачних законодавстава федералних држава, постаје, могло би се рећи, изузетан облик, јер се предвиђа законско првенство заједничког старања, под одређеним условима.

Према аутору J.Folberg прва генерација легислатуре о заједничком старању предвиђала је да су судови овлашћени да дозволе, а у неким случајевима одлуче да заједничко старање о деци имају оба родитеља после развода. Калифорнија је одредила смер друге генерације легислатуре, 1979. предвидевши законско првенство заједничког старања и претпоставку да је оно у најбољем (највећем) интересу детета (the best interest of the child) када су родитељи сагласни. Закони других држава садрже или законску предност заједничког старања или наведену претпоставку или обоје.¹⁷ Друга генерација закона предвиђа да се у оквиру јавног поретка држава деца обезбеђују чести и континуирани контакти са оба родитеља и да се подстичу родитељи да деле права и дужности одгајања детета.¹⁸

J. Folberg даље наводи да већи број закона разликује заједничко законско (правно) старање, joint legal custody, и заједничко физичко, боравишно старање, joint physical (residential) custody. Дистинкција је важна у случају када се родитељи не слажу, судови су скептични у досуђивању заједничког физичког старања у том случају; а један број судија још је вољан да досуди заједничко правно старање и када је старање тражио један родитељ или чак ни један.

Становање на истом географском подручју није неопходно за заједничко старање, ако је споразум о старању остварив. Међутим, рестрикције које се односе на пресељење са дететом, нарочито изван државе, су честе у споразумима и пресудама о заједничком старању.

Ако родитељи не могу да се договоре о томе где ће дете живети или о неком другом питању у оквиру постојања правне контроле, могу тражити измену облика старања, односно да се дете повери једном од њих. Неки закони предвиђају у овом случају мирење, они закони који овај поступак предвиђају и пре доношења одлуке. Ако се заједничко старање базира на споразуму о сепарацији, тај споразум може садржати и одредбу о решавању конфликта, као што је мирење (посредовање) или препуштање питања арбитражи, иако последња солуција, по Clark-у не мора бити задовољавајућа.

На питање шта суд може да учини да заштити интересе детета и оконча конфликт, ако је неслагање родитеља фундаментално, тако да се не може разрешити, исти аутор наводи да постоје три могућа одговора. Прва могућност би била да суд одложи поступак, у нади да ће родитељи евентуално доћи до неког споразума, са могућом крајњом намером да модификује пресуду од додељивања заједничког старања ка додељивању самосталног старања. Тада би родитељ који има самостално старање имао право да одлучи

17 Јасна законска предност у законима, на пр. држава: Канзас, Кентаки, Монтана, Нови Мексико; претпоставка да је у најбољем интересу детета ако се родитељи споразумеју или и ако не, у законима држава, напр.: Флорида, Ајдаха, Нови Хемпшајр

18 на пр: Аљаска, Калифорнија, Делавер, Флорида, Ајдахо, Ајова, Луизијана, Монтана, Невада, Пенсилванија

о питању у конфликту као и осталим случајевима самосталног старања. Друга могућност би била да суд сам одлучи о питању о ком постоји неслагање, одређујући да дете буде послато у верску или јавну школу, на пример, према ономе што суд сматра да индицира најбољи интерес детета. Аутор напомиње да је тешкоћа са овим путем у томе што је судско време скупо, да не решава истакнут проблем некооперације родитеља и укључује суд у надзирање детаља породичног живота, активност за коју суд, по правилу, није квалификован. Трећа могућност је да суд препусти да о питању одлучи родитељ који има физичко старање, проверивши да није одређено заједничко физичко старање. Ако родитељи имају заједничко физичко старање као и заједничко правно старање, једина солуција за конфликт је да се оконча заједничко старање и да се одреди нека форма самосталног старања, јер су родитељи својим неслагањем показали да су неспособни да омогуће успешно остваривање одлуке о заједничком старању.¹⁹

У литератури се износе добре и лоше стране заједничког старања. S. Steiman, на пример, сматра да је у свом најбољем облику заједничко старање: флексибилно, уочава индивидуалност деце и породица, уочава трајност и чврстину као основу привржености између родитеља и детета која не пролази са разводом, подразумева чврстину и зрелост на страни родитеља да њихова деца буду на првом месту у време личне клонулости, уочава оригиналну породицу као вредносну структуру за подизање деце, чак и када је брак престао, истиче реалност у променама у друштву и породици. У свом најдошијем виду заједничко старање сматра простом правном формулом која технички дели дететов живот између два родитеља без освртања на дететове специфичне потребе и способности и која покушава да оконча рат између родитеља који неће или не могу да га заврше између себе.²⁰

Књига Goldstein, Freud, Solnit „Beyond the Best Interest of the Child,” сматра се као најчврћи израз потребе детета за стабилношћу и заузима став да дете не само да треба да буде поверено једном родитељу, него да тај родитељ треба да има самостално право да одлучи да ли ће и у којој мери дете посещивати другог родитеља. У Епилогу књиге аутори наводе да судови пропуштају да уоче да родитељ нема самостално старање (sole custody) све док мора да се придржава правила о посетама, те да су судови без моћи утицаја да се настави блискост одлукама о посетама као и одлукама о било ком облику старања, заједничког или подељеног. Осим тога, истичу да се ови термини (о облику старања) често користе да опишу исте аранжмане, а да је са тачке гледишта детета старање вероватније подељено него заједничко, све док су родитељи у сукобу.²¹

Самостално старање једног родитеља (sole custody) подразумева да тај родитељ самостално доноси одлуке у вези са дететом, док други родитељ, по правилу, има право на посете. У литератури се говори да се, после раз-

19 H. H. Clark op. cit., стр. 819-820

20 S. Steiman, „Joint Custody: what we know, what we have yet to learn and the judicial and legislative implication”, Семинар Коненхаген 1984 стр. 180.

21 J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit, „Beyond the Best Interest of the Child”-Epilogue, стр. 120, New York: Free Press, 1979

вода, покрећу питања у вези са приступом родитеља регистрима о детету. На ова питања дати су одговори у већем броју нових закона о старању о детету, који обезбеђују приступ регистрима о дететовом школовању, здрављу и активностима обога родитељама. Ове одредбе се, по правилу, примењују без обзира да ли је одређено заједничко или самостално старање.²² Положај другог родитеља се на овај начин, може се рећи, побољшава, јер родитељ стиче увид у најважније области у вези са дететом. Ипак, родитељ коме дете није поверено нема могућност учешћа у одлучивању.

Одлучивање родитеља, када се ради о заједничком старању, по правилу, је споразумно. За разлику од решења прихваћеног у праву скандинавских земаља (Шведска, Норвешка), о чему је било говора, по коме не постоји могућност да, у случају конфликта родитеља, неко други доноси одлуке осим самих родитеља, према праву држава САД оваква могућност постоји, за суд и чак арбитра, ако су се родитељи тако споразумели. Ипак, дуготрајно неслагање родитеља у оба система довело би до исте последице, промене облика старања и поверавања детета једном родитељу.

Д. ВЕЛИКА БРИТАНИЈА

Енглеско право познаје заједничко старање као један од облика старања о детету након развода брака. У литератури се истиче да се заједничко старање (joint custody) најчешће дефинише тако да значи заједничко правно старање (joint legal custody) у ком случају фактичко старање (actual custody) може али не мора бити заједничко, а суд може и не мора да спецификује услове фактичког старања о детету. Под заједничким правним старањем подразумева се да оба родитеља заједнички деле права и обавезе за важне одлуке које се односе на одгајање детета, као што су образовање, здравље и религија.²³

Судска интерпретација је установила да се заједничко старање може досудити ако је у интересу детета. Контраверзно је, међутим, да ли је заједничко старање подесно ако су родитељи у конфликту. У одлуци *Jussa v Jussa* (1972) изражава се став да постоји потреба за родитељским сарађивањем, док је у спору *Caffell v Caffell* (1984) донета одлука о заједничком старању упркос доказима да није вероватно да ће родитељи сарађивати.²⁴

Закон о деци *The Children Act* из 1989. уноси изузетно велике новине у правну регулативу односа родитеља и детета, мењајући концепт родитељског права и старања о детету (custody). Закон уводи појам родитељске одговорности (parental responsibility) који обухвата сва права, обавезе, овлашћења и одговорности које, на основу закона, има родитељ у односу на дете и

²² J. Folberg op. cit., стр. 256. Као пример наводи законе држава: Аљаска, Калифорнија, Луизијана, Масачусетс, Мисисипи, Мисури, Монтана, Пенсилванија, Фусота 34.

²³ S. Maidment, "Child custody and divorce", 1984, стр. 257, Law Commission (Правна комисија) на сличан начин дефинише joint custody према J. Westcott, V. Mills, A. Reader, "Joint Custody Orders", Family Law 1988 стр. 95

²⁴ J. Westcott и др. стр. 95-96 и S. Maidment Ibidem

његову имовину (део I 3(1)). Закон, такође, уводи четири нова типа одлука (део II, 8 (и)): одлуку о контакту (a contact order); одлуку о забрани поступања (a prohibited steps order); одлуку о становању (борављењу) (a residence order) и одлуку о одређеним питањима (a specific issue order). Најважнија од њих је одлука о становању, која, једноставно речено, регулише где дете треба да живи. Занимљиво је да ова одлука *per se*, по речима Bainham-а, не даје, нити одузима иједну родитељску одговорност. У контексту развода брака, то значи, у суштини, да оба родитеља задржавају родитељску одговорност коју си имали током трајања брака. Једина промена је у томе што родитељ са којим дете, по одлуци, не живи (non-residential parent), претпостављајући да је донета одлука о становању детета са једним родитељем (sole residence order), неће имати право (одговорност) да се непосредно брине о детету (look after the child). Аутор Bainham истиче да је идеја, по којој родитељ у чију корист није донета одлука о становању, упркос томе, наставља са родитељском одговорношћу, фундаментална за филозофију Закона. Родитељи не престају да буду родитељи ако више нису примарно одговорни за непосредну бригу о детету. У теорији то значи да тај родитељ има право да буде укључен и изражава мишљење о свим питањима која се односе на одгајање детета. Трећа лица, као што је школа, болница, свештеник треба да наставе да тог родитеља сматрају родитељем и сарађују са њим на исти начин као са родитељем код кога дете живи. Тај родитељ је овлашћен да извршава родитељску одговорност у свако време када је дете са њим, јер одговорност "иде са дететом". Технички, он је, такође, овлашћен да извршава одговорност и када дете физички није са њим, иако реално посматрано, то практично неће бити могуће. Он, међутим, није овлашћен да дете преузме из физичког старања "резиденталног" родитеља, то би било инкомпатибилно са одлуком о становању (борављењу).²⁵

Одлука о становању (борављењу) може се донети и у корист два или више лица која не станују заједно. Одлуком се морају спецификовати периоди у којима ће дете живети у различитим домаћинствима у којима се ради (с 11 (4)). По мишљењу Bainham-а, ефекат одредбе је да овласти суд да доноси одлуке о заједничком становању (joint residence orders) и да санкционише праксу дељења времена (time-sharing) која преовлађује у одређеним јурисдикцијама САД. Аутор указује на разлику између joint residence order према новом законодавству и joint custody order према ранијем законодавству, истичући, између осталог, да Закон уноси велику промену у томе што сваки родитељ (било да је "резиденцијални" или не) има потпуно независно право да предузима радње у односу на дете без консултовања за другим родитељем. Аутор сматра да је Закон, уствари, креирао норму о заједничком независном родитељству (joint independent parenting).²⁶

У случају да се унапред сматра вероватним да ће настајати озбиљни конфликт између разведених родитеља, правилан пут, по мишљењу Bain-

25 A. Bainham, "Children - the new law, The Children Act 1989", Bristol 1990. стр. 35-37

26 Ibidem

ham-a, био би да се тражи, у време развода, доношење одлуке о забрани поступања (*prohibited steps order*) или одлуке о појединачном питању (*specific issue order*). Одлука о забрани поступања се дефинише као одлука по којој ни један поступак који би могао учинити родитељ у остваривању своје родитељске одговорности према детету, и који је врсте спецификоване у одлуци, не би могао да се предузме од стране иједног лица без одлуке суда (с 8 (и)). Одлука о појединачном питању се дефинише као одлука којом се дају усмерења у циљу регулисања одређеног питања које се поставило, или се може поставити, у вези са свим аспектима родитељске одговорности према детету. Основна разлика између ове две врсте одлука је, према мишљењу Bainham-a, у томе што одлука о појединачном питању може учинити више од забране одређеног поступка. Она може регулисати сферу одгајања детета (ако је потребно) детаљним упутством суда.²⁷

Закон о деци, може се закључити, претпоставља да родитељска одговорност остаје једнака за оба родитеља без обзира на развод брака и одлуку о становању (борављењу). Специфичност концепције овог закона је у томе што оставља родитељима могућност одвојеног, независног поступања сваког од њих у питањима везаним за дете, без претпостављања претходног споразумевања. Специфичне одлуке "одлука о забрани предузимања мера" и "одлука о појединачном питању" које су на располагању суду, представљају начин да се разреши конфликти родитеља учешћем суда у доношењу одлука. Улога суда је одобравање сваког појединог поступка родитеља у области која је назначена у "одлуци о забрани предузимања мера", а када се ради о "одлуци о појединачном питању" суд може давати и прецизна упутства о одгајању детета, тако да утицај суда у доношењу одлука може бити значајан.

Аутор Agell истиче да је концепт родитељске одговорности у енглеском праву флексибилнији него његов шведски пандан. Као што је већ речено, у шведском праву, када се ради о *joint custody*, у принципу, оба родитеља треба да се сагласе о свим одлукама која се тичу детета, а ако не могу да сарађују једина солација је прекид заједничког старања и одређивање једног као *sole custodian*.²⁸

Концепт "родитељске одговорности" представља једини законски облик родитељског старања према Закону о деци Вел. Британије, за разлику од законодавстава која познају заједничко родитељско старање, која уз овај облик предвиђају и самостално старање једног родитеља у случајевима када заједничко старање нема услова за функционисање (тако је и у законодавству Вел. Британије до доношења Закона о деци из 1989.). Концепт "родитељске одговорности" иде у прилог постављеној тези о родитељству као примарном односу остваривања родитељског права, који обезбеђује једнак положај родитеља без обзира на њихов брачни статус и међусобне односе (развод брака и сепарација), нарочито када се ради о доношењу одлука битних за одгајање детета.

²⁷ Ibidem

²⁸ A. Agell, "Stepparenthood and biological parenthood" VII World Conference of the International Society of Family Law, Опатија 1991, стр. 9,10.

Е. ОДЛУЧИВАЊЕ РАЗВЕДЕНИХ РОДИТЕЉА ПРЕМА ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ

Посебан правни пут учвршћивања правног положаја родитеља, као израз схватања о потреби да оба родитеља буду укључена у одгајање детета у случају развода брака или одвојеног живота родитеља, изабрала су законодавства Југославије (Србија и Црна Гора).²⁹ Слично решење имају Словенија и Италија.³⁰ Ова законодавства предвидела су споразумно одлучивање о битним питањима у вези са дететом и када само један родитељ врши родитељско право. Упоредом са заједничком старатељством, уочава се сличност са једном његовом компонентом - заједничким правним старатељством које обухвата заједничко одлучивање о важним питањима у вези са дететом. Споразумно одлучивање, по југословенским законодавствима, искључено је само ако родитељ не испуњава дужности према детету, тако да је оно теоријски правило. У пракси је вероватно друкчија ситуација. Разлика у наведеним приступима, међутим, постоји у односу на живот детета са једним или оба родитеља. Када се ради о заједничком старатељству и фактичко старатељство може бити заједничко и чини једну његову компоненту, тако да дете живи са оба родитеља. Оваква ситуација у законодавствима Југославије није предвиђена. Дете се увек, после развода брака, поверава једном од родитеља судским путем и по правилу са тим родитељем живи. Други родитељ има право на одржавање личних односа са дететом, а не и право да дете са њим живи.

Постојање законског права на одлучивање о битним питањима споразумно са другим родитељем, доводи до неких теоријских недоумица, нарочито у односу на концепт извршавања родитељског права. (Недоумица нема када се ради о самом родитељском праву, јер оно *ex lege* остаје обома родитељима, без обзира што је дете поверено једном од њих). Међутим, по закону, вршење родитељског права прелази на родитеља коме је дете поверено. Поставља се питање карактера права на одлучивање о битним питањима за развој детета, односно да ли оно представља једну од компонената вршења родитељског права.

Вршење родитељског права без сумње обухвата доношење одлука о питањима везаним за дете, укључујући сва питања без обзира на њихову важност. Закони Југославије не праве разлику између одлучивања о личним и имовинским стварима детета, с тим што би код одлучивања о имовинским питањима требало применити ограничења која су предвиђена за одлучивање родитеља о имовинским стварима детета уопште. Наиме, родитељима је потребно одобрење органа старатељства за отуђење или оптерећење имовине свог детета, а она се могу чинити само ради дететовог издржавања, васпитања и образовања или ако то захтева неки други интерес детета (чл. 121 Закона Србије)

29 Закон о браку и породичним односима Србије, Сл. гласник 22/80, чл. 126; Породични закон Црне Горе, Сл. лист 7/89, чл. 69.

30 Закон о браку и односима родитеља и деце Словеније, Урадни лист 15/76, 44/89, чл. 114/3; Codice civile Италије чл. 155/3 односно чл. 36 Закона од 19. маја 1975 којим се мења ИЦД, Н. 151. Riforma di diritto di famiglia, Рим 1984.

Споразумно одлучивање о битним питањима је нов начин одлучивања у случају да је дете поверено једном од њих, за разлику од раније ситуације када је родитељ коме је дете поверено самостално доносио одлуке. Споразумно одлучивање као начин одлучивања изазива теоријску недоумицу у вези са концепцијом вршења родитељског права. Наиме, законима је одређено да родитељско право врши родитељ са којим дете живи, односно родитељ коме је одлуком надлежног органа дете поверено на чување и васпитање (чл. 124 Закона Србије). Питање је да ли споразумно одлучивање родитеља утиче на ову концепцију. Доношење одлука као један од облика вршења родитељског права, које је сада, по правилу, споразумно, доводи до, могло би се констатовати, неке врсте ограниченог вршења родитељског права које би обухватало само одлучивање о битним питањима везаним за дете, а не и сва остала овлашћења свакодневну бригу о детету, заједничко живљење са дететом, одлучивање о мање важним питањима и слично. Де lege ferenda требало би, због тога, размислити о концепцији вршења родитељског права од стране родитеља којем је дете поверено, с обзиром на предвиђено споразумно доношење одлука оба родитеља.

Поставља се питање начина доношења одлука у случају конфликта родитеља. Закони Србије и Црне Горе немају о томе директан одговор. Одредба која би на извесан начин могла попунити ову празнину била би одредба о томе да орган старатељства, по приговору родитеља, одлучује да ли је мера или поступак родитеља у интересу детета (чл. 127 Закона Србије) Јаснију формулацију има Закон Словеније, према коме ако родитељи не могу да се споразумеју одлуку доноси центар за социјални рад (чл. 114/4). Ова формулација, чини се, више одговара концепту споразумног одлучивања, док формулација закона Србије и Црне Горе претпоставља да је један родитељ већ донео одлуку на коју други родитељ ставља приговор органу старатељства, који, значи, одлучује о већ донетој одлуци.

Споразумно одлучивање подразумева координацију између родитеља. Могућност родитеља да и даље, после развода, заједнички доносе важне одлуке о детету сигурно је у интересу детета, али се чини да у пракси, имајући у виду случајеве изузетно лоших односа родитеља након развода и непостојање комуникације између њих, може довести до сталног укључивања органа старатељства у доношење одлука. У извесном броју случајева лоших односа између родитеља, други родитељ не испуњава своје обавезе према детету, тако да је самим тим искључен из одлучивања, па је ова опасност избегнута.

Италијански *Codice civile*, такође предвиђа да одлуке од већег интереса за децу доносе оба родитеља и ако је дете поверено једном од њих, који има искључиво извршавање власти према деци. Међутим, предвиђа и изузетак од овог правила, у случају да је друкчије одређено. По овом Закону, значи, постоји могућност да се о доношењу одлуке и друкчије одлучи, па и да одлуке доноси самостално родитељ коме је дете поверено.

3. ЗАКЉУЧАК

Путем учвршћивања породичноправних односа детета и родитеља у ситуацији развода брака или прекида заједнице живота, кренуо је већи број

савремених законодавстава. С једне стране, то су законодавства која познају заједничко старање, с друге законодавства која проширују права родитеља коме није поверено дете. Њихова сличност је управо у начину одлучивања, које је заједничко или споразумно када се ради о битним питањима везаним за дете.

Самостално, независно одлучивање једног родитеља, међутим, остаје као опција у већини савремених законодавстава, а у неким и као једина могућност. Самостално одлучивање је консеквенца поверавања детета једном родитељу (*sole custody*) у законодавствима која познају заједничко старање. До поверавања детета једном родитељу долази тек ако постоји захтев родитеља (Шведска), а, како је речено, друга генерација легислатуре о заједничком старању у САД предвиђа законско првенство овог облика и претпоставку да је оно у најбољем (највишем) интересу детета, што значи да се самостално старање додељује тек по обарању ове претпоставке. Према законодавству Југославије независно одлучивање предвиђено је као изузетак у случају да родитељ коме није поверено дете не испуњава своје дужности према детету. (Теоријски изузетак, у пракси то вероватно није, с обзиром на велики број случајева неплаћања алиментације.) Према Грађанском закону Италије, одлучивање оба родитеља такође је правило, али постоји могућност да се и другачије одреди.

Занимљива је концепција Закона о деци Вел. Британије који уводи "заједничко, независно родитељство", дајући независно право сваком родитељу да предузима радње у односу на дете без обавезе консултовања са другим родитељем. Ипак, конфликти родитеља провоцирају доношење одлука суда којим се родитељи ограничавају у поступању, на тај начин што им може бити потребна судска одлука за сваки поступак у одређеној области ("одлука о забрани поступања"), или се ограничавају усмерењима суда у циљу регулисања одређеног питања ("одлука о пијединачном питању"). Према овој концепцији оба родитеља имају исти правни положај, без обзира на одлуку о томе са којим од њих дете живи, ограничења у поступању, ако постоје, односе се једнако на оба родитеља. У већини других законодавстава која познају заједничко старање, међутим, поверавање детета једном родитељу доводи до самосталног одлучивања тог родитеља. Према законодавству Југославије, како је речено, споразумно одлучивање условљено је испуњавањем дужности према детету.

Заједничко или споразумно одлучивање израз је схватања да родитељство не престаје разводом, да су родитељи и даље одговорни за развој свог детета, те, шире посматрано, да је детету потребно одржавање добрих односа са оба родитеља, што се постиже првенствено правом на одржавање личних контаката, а споразумно одлучивање, такође, томе доприноси. Иако на први поглед изгледа као идеализована слика родитељства после развода брака, законска могућност споразумног одлучивања, надамо се, може утицати на понашање родитеља у пракси, ширим укључивањем родитеља који не живи са дететом у одгајање детета.

SUMMARY

JOINT OR INDEPENDENT DECISION-MAKING BY DIVORCED PARENTS

This paper covers an analysis of the mode of making child-related decisions by parents who are divorced or not living together (separated), as one of the indicators of the relationship between parents and children in such situations. The author's starting point was the thesis on the change of the decision-making mode, from independent decision-making by the parent in whose sole custody the child has been placed to joint decision-making by its parents. Joint decision-making by divorced parents exists in the legislations that recognize the category of joint custody (the legislations of the Scandinavian countries, Great Britain, the USA, Australia), and in the legislations making provisions for decision-making by the both parents on matters of importance for the child, even when the child is placed in the sole custody of one of them (the legislations of Yugoslavia, Slovenia, Italy).

Independent decision-making by one of the parents has been provided as an exceptional statutory option as the consequence of the statutory exceptional nature of sole custody, in relation to joint custody, as the basic form of custody in a number of legislations. In some legislations, independent decision-making is the sole mode of decision-making, as the consequence of sole custody being the sole form of custody. One can be justified in saying that in Yugoslavia, the independent decision-making is a legislative exception, since provisions are made for the parents to make decisions by mutual agreement on important matters affecting their child, if the parent in whose custody the child has not been placed is fulfilling his/her duties to the child. However, cases of non-payment of alimony result in neither the independent decision-making being exceptional in practice. A special mode of decision-making arises from the British Children Act, as a consequence of the concept of parental responsibility, according to which the both parents have the right to make decisions without prior consultation (Bainham „joint independent parenting“).

The author's conclusion is that joint decision-making is an expression of the understanding that parentage does not cease with divorce, that the parents continue to be responsible for the development of their child, and that the child is enabled to maintain good relations with its both parents.

Др Миодраг
МИЋОВИЋ
Доцент Правног факултета
у Крагујевцу

ТРГОВАЧКИ ОБИЧАЈИ И ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

I. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Закон о облигационим односима се позива у низу чланова на обичаје. При томе употребљавају се различити изрази који немају исто значење. У члановима 32, 33, 34, 39, 398, 516, 534. користи се израз "обичај" у смислу средства помоћу којег се одређује објективно садржај правног односа, када закон не садржи одговарајућа правила.¹ У неким члановима сусреће се израз "обичај" (чл.761, 822) али у смислу месног обичаја јер се ради о одређивању висине накнаде за учињене услуге у одређеном месту. Израз "пословни обичај" сусреће се у чл. 894. и 895. Закона о облигационим односима у значењу обичаја који се примењују у одређеној привредној делатности. О примени "узанси" (општих и посебних), као и "другим трговинским пословним обичајима" говори се у чл.21. ст.2. и 1107. Закона о облигационим односима. Лепезу израза о обичајима законодавац употпуњује са "добрим пословним обичајима (чл.21. ст.1, 143, 863).

На основу изнетог може се најпре уочити велика шареноликост израза употребљених за означавање обичаја, односно израза који у себи садрже реч обичај. То је непотребно и може изазвати одређене недоумице. Тако, рецимо, појавио се спор поводом употребе израза "трговински пословни обичаји". Поједини аутори истичу да се тим изразом одређује могућност примене трговинских пословних обичаја који су били обликовани до

УДК: 347. 71

1 **Ивањко, Ш.**, Пословни морал и пракса суда части при привредној комори Југославије, Београд, 1988, стр.12

доношења Закона о облигационим односима,² а други да се ради о редакцијској грешци која је настала вероватно код формулисања између досадашњег израза "пословни" и грађанског "трговачки", уз истицање да пракси у свету одговара израз трговачки³

Поред тога, домаћај важности појединих обичаја је различит. Неки се примењују у свим трговачким струкама, а неки само у одређеним. Полазећи од тог критеријума могу се поделити на опште и посебне. Или, с обзиром на територију примене деле се на опште, регионалне и месне. Могу се поделити и на трговачке обичаје у ужем смислу и узансе (трговачки обичаји сакупљени и систематизовани у зборник од стране овлашћеног тела).⁴

Међутим, питања терминологије и поделе обичаја биће остављена по страни. Пажња ће бити сконцентрисана на покушај да се одговори шта су то добри пословни обичаји? Да ли су они посебна врста пословних обичаја који се од њих разликују по томе што се не могу пописати и кодификовати, јер значе скуп различитих социјално-друштвених норми у најширем значењу речи.⁵ Ако нису врста пословних обичаја онда их не треба спомињати у вези са применом обичаја. Да би се одговорило на то питање потребно је одредити појам и карактеристике обичаја.

Када се говори о обичајима значајно је утврдити и основ примене обичаја, однос између пословних обичаја и узанси, као и однос између обичаја и закона.

II. ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ОБИЧАЈА

О томе шта су то обичаји дато је низ дефиниција. То питање се актуализује и данас с обзиром на промене које се јављају у вези настанка нових обичаја. Концепција о обичају као производу активности духа народа или као изразу заједничког правног осећаја не може више да се прихвати. У модерном трговачком праву на место интуиције масе долазе правни техничари који, под светлом пословног искуства, истражују елементе праксе ради попуњавања празнина писаног права. Обичај постаје више израз промишљања специјалиста него народног духа.⁶

Дефиниција која би одговарала уобичајеном схватању о обичајима сустрече се у Општем имовинском законнику за Црну Гору: обичај и његово правило, бива, у законском смислу, оно правило које се држи и које влада у народноме и судском животу, а није ушло међу правила писаног закона (чл.779). Ово одређење одговара традиционалној концепцији према којој је

2 Ibid., стр.12

3 "Коментар Закона о облигационим односима", редактори проф. др С. Перовић и проф. др Д. Стојановић, књига друга, Г. Милановић и Крагујевац, 1980, стр.1100

4 Капор, В., Антонијевић, З., Привредно право и послови робног промета, Београд, 1961, стр.18; Царић, С. и др., Привредно право са основама права за економисте, Нови Сад, 1992, стр.123; Велимировић, Т., Примена Општих узанси по Закону о облигационим односима, Привредно правни приручник, бр.4/82, стр.12

5 Ивањко, Ш., Значај обичаја у облигационим односима, Књига о десетогодишњици Закона о облигационим односима, Правни живот, 1988, стр.67

6 Leymarie, F., Les usages commerciaux, Bordeaux, 1970, стр.380

обичај навика, начин понашања људи у одређеној ситуацији, тако да се дугим понављањем тог понашања у друштвеној групи која тај начин понашања примењује устали свест, створи убеђење да је такво понашање обавезно.⁷ Дакле, за постојање обичаја захтева се: 1. дуготрајност вршења; 2. константност и колективност примене - прихваћеност обичаја у одговарајућим случајевима на одређеном подручју; 3. убеђење о целисходности њихове примене.⁸ У складу са овом концепцијом је и дефиниција према којој је обичај правило понашања које се врши у друштву на основу утврђених навика, на основу његове многоструке примене у току дугог времена.⁹ Или, одређење да је обичај неписано правило чије се поштовање заснива на традицији и на снази навике, на перманентној примени у дугом временском периоду.¹⁰

У новије време за настанак обичаја не тражи се дуготрајно вршење. Није потребно да буде од памтивека, општи или нешто слично већ се признају и нови обичаји и они којих се држи велика већина поштених трговаца.¹¹ Довољно је да се нешто практикује толико широко да то заинтересовани знају или морају знати. Да ли неки обичај постоји може се лако утврдити (путем вештака, судских одлука, уверења неког тела...), па није више потребно да протекне дуго време да се установи да нека пракса постоји.¹² Такво схватање дошло је до изражаја у Једнообразном трговачком законнику САД: трговачка узанса је свако поступање или начин пословања које се нормално поштује у неком месту, струци или пословању тако да се оправдано може очекивати да ће се поштовати и у вези са датим послом (чл.1 - 205. ст.2). Новој концепцији поимања обичаја одговара и дефиниција коју даје проф. Голдштајн: пословни обичаји представљају комерцијалну праксу која је у тако широкој примени да привредници очекују да ће уговорне стране поступати у складу са таквом праксом.¹³

Данас обичај није изразито спонтане природе, већ се често појављује као продукт одређених професионалних група, удружења. Иако традиционално представљају правила која су израз праксе, они све више изражавају правила која прописују професионалне организације које их намећу на један више мање императиван начин њиховим корисницима. Наиме, пошто је обичај да се уговара позивањем на таква правила она постају мало по мало оно што се претпоставља у индивидуалним уговорима. У пракси таква правила престају у струковне узансе.¹⁴ С тим у вези истиче се да обичај није потпуно различит од аката државне регулативе барем што се тиче опшности, прецизности и јавности.¹⁵

7 Царић, С. и др., *op. cit.*, стр.9; Стунар, М., Грађанско право, општи део, Београд, 1962, стр.58

8 Церић, Б., Структура права, Загреб, 1980, стр.175; Leymarie, F., *op. cit.*, стр.44

9 Голунски, С.А., Строгович, М.С., Теорија државе и права, Београд, 1946, стр.144

10 Велимировић, Т., *нав. чланак*, стр.4

11 Schmitthoff, C., Међународно трговачко право, Загреб, 1972, стр.104

12 *Нав. коментар Закона о облигационим односима*, стр.1100

13 Голдштајн, А., Привредно уговорно право, Загреб, 1980, стр.26

14 Leymarie, F., *op. cit.*, стр.255

15 Goldman, B., *Frontieres du droit et lex mercatoria*, Archives de philosophie du droit, 1964, т. IX, стр.188

На основу изнетих дефиниција може се рећи да обичаје карактерише: постојање праксе која мора да буде генерализована и презумпција воље о томе да уговорачи желе да се подвргну обичају.¹⁶

Да би пракса прерасла у обичај потребно је да постане општа, колективна. Обичај је правило једног друштва при чему је без значаја величина територије на којој се примењује.¹⁷ Он мора да буде широко познат тако да га редовно узимају у обзир уговорне стране у уговорима оне врсте којој припада дотични уговор (чл.9. Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе). Критериј за примену обичаја је да се ради о начину поступања за који разумне особе истог својства и у истој ситуацији редовно сматрају да се има применити.¹⁸

Постојање опште, колективне праксе није довољно за настанак обичаја у правном смислу. Она треба да буде толико укорењена у понашању да се не осећа више потреба за њеним изражавањем. У случају хутања уговорача претпоставља се да су желели да се понашају на уобичајен начин, онај који се практикује у оквиру њихове професионалне активности.¹⁹ Дакле, када нема другачијег споразума,

сматра се да су се уговорне стране прећутно подвргле обичају, који им је био познат или морао бити познат.²⁰ Принципи презумпције воље јасно је изражен у чл.9. Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (Изузев супротног споразума уговорача сматра се да су стране прећутно пристале на примену обичаја...) или у Једно-образном трговачком законнику САД (Очекује се да се пракса која се редовно следи поштује и у вези са датим послом - чл.1-205. ст.2).²¹

III. ДОБРИ ПОСЛОВНИ ОБИЧАЈИ - ОБИЧАЈИ ИЛИ НЕШТО ДРУГО

Дилема о томе шта су то добри пословни обичаји јавља се због два разлога. Прво, због самог израза у коме је садржана реч "обичај" из чега би могло проистећи да се ради о обичају али добром који није противан принудним прописима. Друго, у чл.21. ст.1. Закона о облигационим односима говори се о примени добрих пословних обичаја, а у другом ставу о примени узанси које представљају кодификоване пословне обичаје. У тражењу одговора на постављено питање, у нашој теорији, изнето је неколико схватања.

16 Kassis, A., *Theorie generale des usages du commerce*, Paris, 1984, стр.109 - 118;
Голдштајн, А., *Трговачки обичаји (и узансе) као извори привредног уговорног права после доношења Закона о облигационим односима*, Привреда и право, бр.7-8/79, стр.251

17 Leymarie, F., *op. cit.*, стр.34

18 Нав. коментар Закона о облигационим односима, стр.1100

19 Kassis, A., *op. cit.*, стр.113-117

20 Голдштајн, А., *нав. чланак*, стр.251

21 У Закону о облигационим односима је заузет супротан став. О томе ће бити речи у даљим излагањима

А. Добри пословни обичаји се поистовећују са институтом морала социјалистичког самоуправног друштва у промету робе и услуга. Ово становиште се критикује истицањем да није могуће прихватити став да постоји морал социјалистичког друштва (чл.10. ЗОО) и уз тај морал неки посебни морал у пословном промету којег би изражавали добри пословни обичаји.²² С обзиром да је израз "добри пословни обичаји" употребљен као синоним за морал то је чл.21. ст.1. Закона о облигационим односима сувишан јер чл.10. Закона одређује границе за слободно уређивање облигационих односа.²³

Б. Добри пословни обичаји употребљени су у Закону о облигационим односима као термин са значењем добри обичаји. Добри обичаји, пак, синоним су за правила морала. То проистиче из чл.20. Швајцарског законика о облигацијама, Грађанског законика СРН (пар.138), Италијанског грађанског законика (чл.1343).²⁴

Супротно изнетом наводи се да институт добрих пословних обичаја није идентичан са институтом добрих обичаја у западно-европским системима у којима се добри обичаји примењују као морални критеријум за пресуђивање понашања странака у правним односима. У социјалистичким државама уместо института добри обичаји постоји институт социјалистичког морала као принцип за процену одређених понашања.²⁵ Поред тога изнети став није могуће прихватити јер би повреда добрих пословних обичаја морала да има за последицу ништавост уговора уколико је закључен у супротности са добрим пословним обичајима, а што је тешко прихватити.²⁶

В. Добри пословни обичаји су део јавног поретка. Они представљају правила понашања која се, дуготрајним понављањем, формирају у свести пословних људи, а која овлашћени орган може, применом установе јавног поретка, узети као правно релевантан критеријум. Сваки пословни обичај није и добар обичај, већ само онај који задовољава захтеве јавног поретка. Ако један пословни обичај не би био посматран оптиком јавног поретка, могуће би било да и лош обичај уђе у поре друштвеног и правног поретка.²⁷ Поједини аутори истичу да је тешко прихватити да су добри пословни обичаји израз јавног поретка јер на јавни поредак упућује чл.10. Закона о облигационим односима који одређује да учесници у промету не могу уређивати облигационе односе супротно уставно утврђеним начелима друштвеног уређења.²⁸

Г. Добри пословни обичаји су нов инструмент и институт у нашем праву на граници између права и морала. Добри пословни обичаји значе

22 Ивањко, Ш., Добри пословни обичаји као правни стандарди, Привреда и право, бр.5/82, стр.11

23 Нав. коментар Закона о облигационим односима, стр.169

24 Ibid., стр.1101

25 Ивањко, Ш., Више вреди добри обичаји него добри закони, Правни живот, стр.703

26 Ивањко, Ш., Добри пословни обичаји као правни стандарди, стр.11

27 Перовић, С., Појам и примена добрих пословних обичаја, Правни живот, бр.1/82, стр.24

28 Ивањко, Ш., Пословни морал и пракса суда части при привредној комори Југославије, стр.13

један посебан институт који се на одређен начин повлачи из чисте сфере моралних вредности у друштву и покушава укључити у себе велики ступањ других друштвених вредности удружујући те вредности у нови институт. Другим речима, добар пословни обичај је правни стандард који мења своју конкретну садржину зависно од сваког конкретног случаја, а који у суштини остаје увек исти. Садржај добрих пословних обичаја мења се зависно од конкретних околности, с тим да тај садржај обликују посебно за то од друштва одређени органи, односно судови.²⁹

Навођење претходних ставова имало је за циљ да покаже сву различитост схватања о добрим пословним обичајима. Међутим, за предмет овога рада, од посебног је значаја, за одговор на питање шта су то добри пословни обичаји, становиште према коме они нису ништа друго до пословни обичаји.³⁰ Ово треба одбацити из више разлога. Пословни обичај по својој правој природи не може бити присилног карактера па, према томе, нити граница аутономном регулисању облигационих односа. Он се не може никад применити противно вољи уговорних страна.³¹ Насупрот томе учесници у облигационим односима дужни су да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима, што је разумљиво јер су они израз пословног морала.³² Да се ради о правилима морала произилази и из скице проф. Константиновића за Закон о облигацијама и уговорима. За разлику од Закона о облигационим односима према коме су ништаве одредбе општих услова које су противне... добрим пословним обичајима (чл.143), према Нацрту ништаве су одредбе... које су противне... моралу (чл.117). Даље, пословни обичаји могу да се кодификују, а добри пословни обичаји не могу.³³ Обичај, у смислу комерцијалне праксе, је прецизно правило о томе како један привредни субјект мора да се понаша у одређеној ситуацији.³⁴

IV. ОСНОВ ПРИМЕНЕ ОБИЧАЈА

До примене обичаја може доћи у два случаја: 1. кад се закон на њега позива - тада делује *secundum legem* (као допуна закона), 2. кад нема закона - тада делује *praeter legem* (као замена закона). У овом случају примена обичаја се везује за следеће услове: да дотични обичај није противан другим правним прописима; да није противан моралним начелима; да није противан начелима правног поретка; да је у складу са суштином и кретањем (развитком) дотичног друштва.³⁵

Поводом примене обичаја у доктрини постоје две теорије: субјективна и објективна. По становишту субјективне теорије обичај ће се применити

29 Ibid., стр.14

30 Коментар Закона о облигационим односима, редактори проф.Благојевић др Ђ. и проф. Круљ др В., књига прва, Београд, 1983, стр.93

31 Голдштајн, А., Обвезно право, стр.63

32 Ibid., стр.93

33 Ивањко, Ш., Добри пословни обичаји као правни стандарди, стр.11

34 Јанковец, И., Типични примери поступака који представљају повреду добрих пословних обичаја, Привредно правни приручник, бр.8/82, стр.35

35 Перић, Б., *op. cit.*, стр.178

ако постоји изричита или прећутна воља странака. По објективној теорији обичај ће се применити ако није супротан принудном праву или другом чијем споразуму странака.

Старија је доктрина тражила *opinio iuris sive necessitatis* (свест о обавезности примене) и дуготрајно вршење. Данас за примену обичаја није потребно дуготрајно вршење, а *opinio necessitatis* се претпоставља па није потребно испитивати да ли *opinio* постоји конкретно у сваком случају.³⁶ Дакле, усвојена је објективна теорија. Довољно је да се обичаји практикују толико широко да то заинтересовани знају или морају знати под условом да им садржина није прогивна принудним прописима. Обичаји се примењују увек ако њихова примена није искључена. У пракси се искључење врши најчешће тако што странке самим уговорним одредбама предвиде право односно обавезе различите од обичаја.³⁷

Примена обичаја која се оснива на аутономији воље уз услов да заинтересовани знају или морају знати за њих намеће потребу да се прави разлика између две могуће ситуације: када се примењују између привредних субјеката, а поводом њиховог пословања или у њиховом месту пословања и када то није случај.

Привредни субјекти који уговарају у њиховом месту пословања или у оквиру њихове делатности дужни су да познају обичаје који ту важе. Њихово ћутање се тумачи као њихово прећутно прихватање.³⁸ Супротно томе, исти месни обичаји или обичаји који важе у одређеној струци не обавезују лице које је "странац" у погледу места пословања или делатности којом се бави ако није обавештено о њиховом постојању и ако није изричито или прећутно пристало на њихову примену.³⁹ Према судској пракси у Француској, одредба уговора према којој се посао има извршити према одређеним обичајима не производи дејство јер иако је уговарач ћутао то не значи да је пристао на њихову примену с обзиром на професију коју обавља.⁴⁰ Примена овог принципа је још стриктнија у односу између привредних субјеката и других лица. Тако, у Француској постоји термин "*Meuble massif*" који означава намештај обложен на одређен начин. Такво значење купцима не мора бити познато па је продавац ако их није упознао са значењем израза дужан да испоручи намештај у текућем значењу израза масиван намештај.⁴¹

Насупрот владајућем ставу о примени обичаја у Закону о облигационим односима прихваћена је субјективна теорија која је конзервативна и мање у складу са захтевима савременог робноновчаног промета.⁴² Тако, према чл.21. ст.2. Закона о облигационим односима на облигационе односе се при-

36 Васиљевић, М., Трговинско право - привредно право, Београд, 1991, стр.16;

Голдштајн, А., Привредно уговорно право, стр.28

37 Голдштајн, А., нав. чланак, стр.252; Велимировић, Т., нав. чланак, стр.4; Васиљевић, М., *op. cit.*, стр.16

38 Houin, R., Pedamon, M., *Droit commercial*, Paris, 1985, стр.17

39 *Ibid.*, стр.18

40 Leymarie, F., *op. cit.*, стр.99

41 *Ibid.*, *op. cit.*, стр.100

42 Царих, С. и др., *op. cit.*, стр.122

мењују узансе ако је њихова примена уговорена или ако из околности произилази да су уговарачи њихову примену хтели. Овакво становиште се не може довести у склад са изнетим карактеристикама обичаја. Оно је у супротности и са чињеницом да обичаји све више настају као последица проширене употребе уговорних формулара,⁴³ кроз индивидуализовање правила садржаних у њима која се примењују као обичаји, а да се посебно не уговарају.

V. ОДНОС ОБИЧАЈА ПРЕМА ЗАКОНУ И ОДНОС ИЗМЕЂУ ОБИЧАЈА

Што се тиче односа обичаја и закона може се рећи да је он, историјски посматрано, доживео знатне промене. Познато је да је од римског права па преко глосатора све до новијег времена обичај био изједначен са законом. Последњи који су обичају давали равноправан третман са законом били су представници историјско-правне школе Савињи и Пухта. Овај последњи је изједначавао обичај и закон, а колизију између њих сматрао као сукоб две правне и потпуно равноправне институције.⁴⁴

Следбеник историјско-правне школе био је и В. Богишић, али није прихватао принцип о једнакој правној снази обичаја и закона. Он је истицао да поводом односа закона и обичаја треба разликовати две ситуације: прво, када је законодавац при изради закона знао за обичај и његов однос према институту о коме закон говори, и друго, када није знао за постојање обичаја. У првом случају В. Богишић је давао предност закону, а у другом случају давао је превагу обичајима.⁴⁵ Објашњење за превагу обичаја над законом налазио је у чињеници да су обичаји израз народног односа према неком правном институту. А, ако законодавац није знао дотични обичај, није знао ни институт, па би се клањање таквом правилу граничило са бесмислом.⁴⁶

У току великих кодификација легислативног карактера до којих је дошло у 19. и 20. веку у Европи појавило се неколико концепција о могућности примене, односно условима за примену обичаја. За све је заједничко да одбацују тезу о једнакој правној снази обичаја и закона и да обичај подређују закону.

Најекстремнија концепција заснива се на идеји забране примене обичаја који датирају пре кодификације. Та идеја произилази из схватања да је кодификација предузета да се прекине са признавањем обичаја као извора права и да се убудуће пређе на искључиву примену писаних правних правила. Према другој концепцији писано кодификовано право има примат над обичајним правом. Међутим, законодавац не претендује да је кодифи-

43 Голдштајн, А., Привредно уговорно право, стр.28

44 Војиновић, Н., Богишић о односу обичаја и закона, Наша законитост, бр.6/84, стр.742

45 Богишић, В., О значају правних обичаја, у књизи Изабрана дела и Општи имовински законик за Црну Гору, Београд, 1986, стр.70

46 Ibid., стр.72

кација потпуна, нити себи присваја апсолутни карактер своје надлежности у стварању друштвених правних правила. Он себи не приписује искључиву надлежност тога стварања и допушта могућност да се нека правна правила развију у облику обичаја, али тако да то неформално стварање правних правила не може бити на штету његове законодавне власти тако што би нпр. ти обичаји били супротни писаним правилима. Ова концепција полази од схватања да је изгубило сваку важност оно обичајно правило које не одговара схватањима постављеним у кодификованом систему.⁴⁷

Независно од наведених концепција треба имати у виду да се све правне норме деле на оне које су принудног карактера (*ius cogens*) и оне које су диспозитивног карактера (*ius dispositivum*). Док странке не могу да одступе од *ius cogens* дотле су овлашћене да одступе од диспозитивних норми закона и да своју вољу подвргну обичајним правилима.⁴⁸

У националним прописима трговачким обичајима се даје предност пред диспозитивним законским одрбама. Зашто обичаји, иако и сами диспозитивни, имају предност пред диспозитивним прописима? Трговачки обичаји као *lex contractus* имају предност пред диспозитивним прописима закона јер се узима да странке знају постојану праксу која се формирала као обичај, па желе да се обичај примени на њихов однос. Ако то не желе оне се могу дистанцирати од трговачког обичаја на тај начин да уговоре нешто друго. Даље, чињеница је да су обичаји ближи трговцу јер настају у пословној пракси, а не вољом законодавца. Они су више у могућности него прописи да иду у корак са новим појавама у привреди и њеним потребама, па им треба дати и предност при примени. Када се ради о обичајима струке, очекује се да ће се припадници струке држати обичаја који владају у њој. Јер, оно што је уобичајено у промету треба да вреди без даљег и на то није потребно упућивати.⁴⁹

С обзиром на изнете аргументе, карактеристике обичаја, изненађује став нашег Закона о облигационим односима који даје предност диспозитивним законским нормама у односу на трговачке обичаје, осим ако странке изричито уговоре њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтели (чл.21. ст.2. и 1107. ст.3). Што се тиче одредбе према којој се Опште узансе неће примењивати на питања која су регулисана законом (чл.1107. ст.2), треба је тумачити да се Опште узансе неће примењивати кад су супротне присилним прописима.⁵⁰

У погледу садржајног односа закона и обичаја могуће су две ситуације. Прво, да обичај уђе у садржај закона, чиме он бива озакоњен, претворен у

47 Бартош, М., Однос кодификованих и обичајних правила у међународном праву, *Анали*, бр.4/61, стр.369-370

48 *Ibid.*, стр.371

49 Коментар Закона о облигационим односима, редактори проф. др С. Перовић и проф. др Д. Стојановић, стр.1096; Васиљевић, М., *op. cit.*, стр.16; Канор, В., Антонијевић, З., *Привредно право - послови робног промета*, Београд, 1961, стр.24

50 Коментар Закона о облигационим односима, редактори проф. др С. Перовић и проф. др Д. Стојановић, стр.1102

закон. Друго, да се закон само позива на обичај, без директног навођења, у тексту, обичајног садржаја. Друга могућност је практичнија, јер тиме закон не поставља границе даљем (спонтаном) развоју обичајног садржаја и његовом, евентуалном, прогресивном мењању.⁵¹ При томе, постоје случајеви када сам закон даје првенство обичајима пред својом садржином. Тако, излагање робе са означавањем цене сматра се као понуда, уколико дружбије не произилази из околности случаја или обичаја (чл.34. Закона о облигационим односима).

Закон о облигационим односима ставља у исту равн опште и посебне узансе и друге трговинске пословне обичаје у односу према диспозитивним нормама (чл.1107. ст.3). То је разумљиво јер узансе нису ништа друго него трговински обичаји. Разлика је, формално гледајући, у томе што су обичаји кодификовани од тела које је овлашћено да то чини.⁵²

Какав је однос, с једне стране, између узанси и пословних обичаја, и с друге стране, између општих и посебних узанси? Опште је усвојен став да узансе имају јачу правну снагу од некодификованих обичаја.⁵³ Као аргумент истиче се да оне настају селекцијом добрих пословних обичаја. Обичаје који нису увршћени међу узансе треба оценити да ли се могу сматрати dobrим пословним обичајима.⁵⁴ Чини се, ипак, да се објашњење за предност узанси налази у чињеници да су оне кодификоване, утврђене од надлежног органа и објављене, а тиме и познатије заинтересованим лицима. Да би обичаји могли да се примене, без обзира да ли су кодификовани или некодификовани, подразумева се да су "добри", да нису противни присилним прописима и моралу.⁵⁵

У складу са правилом према коме специјални закон дерогира општи, посебне узансе имају превагу над општим узансама. Посебне узансе имају за циљ заштиту специјалног интереса који општа регулатива није могла узети у обзир.⁵⁶ Питање односа општих и посебних обичаја Општи имовински законик за Црну Гору регулисао је на следећи начин: када се примењује правило обичаја, а ради се о послу за који има посебних обичаја у кругу људи који се познају или иначе редовно баве таквом врстом послова (трговци, занатлије итд), треба се владати по обичајима тога особитог круга, уколико нису у опреци са законом или са благонрављем (чл.780).

У случају сукоба месног са општим обичајем (месног са регионалним) месни обичај треба ценити као специјалан у односу према општем обичају, а тиме и као обичај који је јачи од општег обичаја. Сматра се да су странке при заснивању облигационих односа имале у виду познатији и ближи оби-

51 **Перић, Б.**, *op. cit.*, стр.178

52 **Голдштајн, А.**, *op. cit.*, стр.36

53 Коментар Закона о облигационим односима, редактори проф. др С. **Перовић** и проф. др Д. **Стојановић**, стр.1098; Велимировић, Т., *нав. чланак*, стр.8; **Јанковић, И.**, *Уговори у привреди*, Београд, 1987, стр.31

54 **Голдштајн, А.**, *Привредно уговорно право*, стр.31

55 Коментар Закона о облигационим односима, редактори проф. др С. **Перовић** и проф. др Д. **Стојановић**, стр.1100)

56 **Leymarie, F.**, *op. cit.*, стр.234

чај, а свакако је познатији обичај који вреди у месту од општег обичаја или онога који се примењује у региону.⁵⁷

На основу изложеног може се утврдити следећи хијерархијски редослед примене обичаја, узанси и законских норми: 1. императивни законски прописи; 2. посебне узансе; 3. посебни пословни обичаји; 4. опште узансе; 5. месни пословни обичаји; 6. регионални пословни обичаји; 7. општи пословни обичаји; 8. диспозитивни законски прописи. Овакав редослед је могућ ако се остави по страни решење из Закона о облигационим односима према коме се диспозитивним прописима даје предност у односу на обичаје, зашта, према ставу наше теорије, нема оправдања.⁵⁸

VI. ЗАКЉУЧАК

За примену обичаја, ради регулисања односа између заинтересованих лица, постоје широке могућности. Разлог томе је што су прописи претежно диспозитивног карактера. Поред тога, данас је опште усвојена објективна теорија према којој се трговачки обичаји примењују увек кад нису супротни императивним прописима или ако њихова примена није искључена вољом самих странака. Зато одредбе Закона о облигационим односима, које се тичу примене обичаја, треба изменити и довести у склад са опредељењима израженим у теорији, различитим националним законодавствима и међународним конвенцијама.

Примени обичаја Закон о облигационим односима посвећује два члана: 21. и 1107. Да би се избегле нејасноће под којим условима се могу применити обичаји (у чл.21. захтева се да је примена уговорена или да произилази из околности, а у чл.1107. се одређује да се обичаји неће применити ако су супротни диспозитивним прописима, осим ако је примена изричито уговорена), као и спорови у вези природе добрих пословних обичаја, питање примене обичаја треба регулисати једним чланом који се не би односио истовремено и на добре пословне обичаје.

SUMMARY

COMMERCIAL USAGES AND OBLIGATIONS ACT

There is a wide variety of possibilities for applying usages towards regulating the relations between interested parties. The reason for that is the fact that regulations are of a dispositional character mostly. In addition to that, the generally accepted objective theory nowadays is the one according to which commercial usages are applicable whenever they are not contrary to mandatory regulations, or if their applicability is not precluded by the will of the parties themselves. Hence, the provisions of the Obligations Act affecting the application of usages, should be amended and brought in line with the options laid down in theory, different national legislations and international conventions.

57 Велимировић, Т., нав. чланак, стр.4; Капор, В., Антонијевић, З., *op. cit.*, стр.18

58 Васиљевић, М., *op. cit.*, стр.16; Голдштајн, А., *Обвезно право*, стр.47

Two articles, Articles 21 and 1107, of the Obligations Law deal with the application of usages. With a view to avoiding confusion as to the conditions under which usages may be applied (in Article 21, it is required that the application is stipulated or arises from the circumstances, while Article 1107 provides that usages shall not be applicable if they are contrary to dispositional regulations, unless the applicability is stipulated expressly), as well as disputes in connection with the nature of good business practices, the question of applicability of usages should be regulated by an article which would not relate at the same time also to good business practices.

Др. Душица
ПАЛАЧКОВИЋ
доцент Правног факултета
у Крагујевцу

СПОСОБНОСТ БИТИ УЧЕСНИК ВАНПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

Учеснике ванпарничног поступка, као субјекте ванпарничног процесно-правног односа, изузев ванпарничног суда чија је процесна позиција у овом смислу специфична, карактеришу, по правилу два својства. Једно, и претходно, јесте способности бити учесником ванпарничног поступка, која је, заправо, еквивалент тзв. страначке способности у осталим грађанским судским поступцима. Друго својство је ванпарнична способност, као еквивалент, нпр. парничне способности.

Познавање и одређење оба ова својства нужна је претпоставка за потпуно разумевање појма "учесник" као и појма "странка" у ванпарничном поступку.

Како бисмо на самом почетку отклонили могуће нејасноће у коришћењу термина "страначка способност" и у ванпарничном поступку, а полазећи од става да је појам "учесника" свакако адекватнији самој суштини ванпарничних поступака од појма "странка", мислимо да је исправније говорити о способности бити учесник ванпарничног поступка, а не о страначкој способности. Странка, као процесно-правни појам, наиме, само је једна врста учесника, у одређеним и то по својој правној природи спорним и двостраначким, уз то и контенциозним поступцима. Стога коришћење термина "страначка способност" не одражава суштину овог института у ванпарничном поступку.¹

УДК: 347. 921

1 Напомињемо да има аутора који остају при терминологији парничног поступка те говоре о страначкој способности и у ванпарничном поступку при чему о свим учесницима говоре као о странкама, нпр. Г.Станковић, Грађанско процесно право; Београд, 1989.год., стр.414. и след. Има и аутора који, говорећи и о странкама и о учесницима, а само са разлога поједностављивања терминологије, говоре о страначкој способности, нпр. Лазаревић, А.; Василев, М.; Георгиевски, С.; Ванпарнична постапка, Скопје, 1965.,год., стр.62.

Дефиницију способности да се буде учесник ванпарничног поступка не садржи ни Закон о судском ванпарничном поступку за Краљевину Југославију из 1934. год.,² а ни најновији републички и покрајински закони који регулишу материју ванпарничног поступка.³ Користећи се, међутим, аналогijом на одређење страначке способности у парничном поступку, ову способност можемо дефинисати као могућност да једно лице буде носилац ванпарничних процесних права, односно ванпарничних процесних овлашћења или обавеза, дакле субјект ванпарничног процесно-правног односа. Или, то је својство одређеног субјекта да може бити титулар процесних овлашћења или обавеза признатих нормама ванпарничног процесног права.

Постојање правног субјективитета, односно правне способности, прихваћено је у теорији цивилног процеса као општи услов за могућност стицања процесних овлашћења и обавеза, односно страначку, а тиме и способност бити учесником ванпарничног поступка. Поред ове могућности, у ванпарничном поступку се учесником може постати и по изричитом овлашћењу закона, односно и одлуком суда на основу овлашћења које даје законска норма.

І. ПРАВНА СПОСОБНОСТ КАО ЛЕГИТИМАЦИЈА ЗА УЧЕШЋЕ У ВАНПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

У ванпарничном поступку, сходно дефиницији правне способности, учесник може бити, пре свега, свако физичко и правно лице. Односно, свако ко може бити субјект права по материјално-правним прописима једне државе може бити и учесник ванпарничног поступка.

На способност једног лица да буде учесник ванпарничног поступка нема утицаја чињеница да ли је оно и заиста, фактички, већ учесник неког таквог поступка. Оно то само може бити, а да ли ће ово своје потенцијално својство и реализовати то за одређивање самог својства није релевантно.

Ово потврђује општеусвојени став у теорији процесног права да је појам учесника у грађанском судском поступку у извесној мери објективизиран. Способност да се буде учесник неког грађанског судског поступка може бити само: "Независна од конкретног грађанско-правног односа у коме би њен посилац могао бити судионик".⁴ Мадутим, када се утврђује сама ова способност реч је: "О једној чисто субјективној квалификацији, потпуно независној од саме ствари која је предмет тог поступка".⁵

У случају правне способности реч је, дакле, о једном: "Правном стању, или, може се рећи, својству које објективно право додељује појединцу или групи лица посматраној као целини".⁶ Стиче се, према материјално-правним прописима, рођењем, односно, прецизније, довршењем рођења. Тако,

2 Закон о судском ванпарничном поступку за Краљевну Југославију, Ванпарнични поступак, 1934. год.

3 Закон о ванпарничном поступку СР Србије, Сл. гласник СР Србије, бр.25/82; Закон о ванпарничном поступку СР Црне Горе, Сл. лист СР Црне Горе, бр.31/86.; Закон о ванпарничном поступку САН Косова, Сл. лист САН Косова, бр.42/86.; Закон о ванпарничном поступку САН Војводине, Сл. лист САН Војводине, бр.27/88.;

4 А. Лазаревић, О појму и положају странке и учесника у ванпарничном поступку, НЗ, бр.5/55.

5 С. Трива, Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1983., стр.224.

6 А. Гаме, Увод у грађанско право, Београд, 1985., стр.100.

нпр., Немачки Грађански законик,⁷ у пар.1., одређује: "Правна способност човека почиње рођењем". При томе, према ставу савремене теорије грађанског права нужна су, заправо, два услова: да је извршено потпуно одвајање од мајчине утробе (по правилу, то се дешава одсецањем пупчане врше) и да је дете живорођено, тј. да у моменту рођења показује знаке живота.⁸

Правни системи савремених држава углавном не захтевају и тзв. виталитет. Ипак, наша теорија прихвата став да, ако по правилима медицинске науке, мада је дете живорођено, не може преживети, не треба га сматрати правним субјектом, као и да мора, у сваком случају имати људски облик.⁹

Уз постојање поменутих услова физичка лица, дакле, постају субјекти права, односно правно способна, а тиме стичу и способност да могу бити учесници у судским поступцима заштите права, па и у ванпарничном поступку.

Нема разлога да, полазећи од изузетка општепризнатог у материјалном грађанском праву за случај тзв. наситутрус-а, ванпарничну способност за физичка лица не посматрамо и нешто шире од саме правне способности. Овај изузетак, општеусвојен и у савременим правним системима, потиче од правне фикције коју је увео још римски правни систем, а која гласи: "Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodis ipsius partius queretur",¹⁰

Још нерођено дете, под условом да се роди живо, има специфичну правну позицију. Наиме, наситутрус-у ни наше право не признаје потпуну правну способност, али штити неке његове правне интересе. Тако, Закон о наслеђивању СР Србије,¹¹ чл. 125. ст.2., преузима ову правну фикцију и признаје својство наследника детету које је било зачето у моменту отварања наслеђа, под условом да се роди живо. Такође, одредбама републичких и покрајинских закона о ванпарничном поступку које се односе на податке који морају бити унети у смртвоницу, у идентичном тексту, прописано је да ће се посебно нагласити да ли се очекује рођење детета умрлог (нпр., чл.95. ст.3. Закона о ванпарничном поступку СР Србије). Прихватањем оваквог решења, унаво за један од ванпарничних поступака, прави се изузетак од правила да се судски поступци не могу водити у зависности од будућег неизвесног догађаја, односно под резолутивним условом. При томе прихватање овог решења не упућује на закључак да се признавање правне, па и способности да зечетак буде учесник ванпарничног поступка, чини тек одлуком ванпарничног суда. Зачетак је наследник већ у моменту смрти оставиоца, а на основу изричитог овлашћења закона.

Објашњење које правна наука нуди за овај случај потиче од Enneccerus-a,¹²

7 Немачки грађански законик из 1896.; Немачки грађански законик. Опћи дио и обвезно право (пар.1-835.). Београд, 1970.

8 Постојала су, међутим, и другачија решења. Нпр., у совјетском праву је захтевано, уз поменуте услове, да од момента зачећа до момента рођења прође најмање шест месеци. Видети чл.41. Инструкција НКВД СССР, од 27. августа 1947.год., "О начину вођења записа аката грађанских стања (матичних књига)".

9 Тако, нпр., А.Гамс, *op. cit.*, стр.102.; Д. Стојановић, Увод у грађанско право, Београд, 1984., стр.103. и 104.

10 Д. Стојчевић; А. Ромац, *Dicta et regule iuris*, стр.208, а према ауторима представља нешто измењену сентенцу Paulus-a, Д.1.5.7.

11 Закон о наслеђивању СР Србије, Сл. гласник СРС, бр.52/74.

12 Enneccerus-Nupperdey, *Allgemeiner Teil des Brgerlichen Rechts*, 15.Aufl. 2. Bande 1959-60., стр.118.

јесте да је зачетак условно правно способан, тј. постаће правно способно ако се роди живо и у људском облику. Друго схватање, прихваћено у Швајцарском грађанском закону,¹³ насупротив томе, полази од става да дете има правну способност и пре рођења, од момента зачећа, а ако наступи тзв. раскидни услов, односно ако се роди мртво, престаје његов правни субјективитет.

За прихватање овог потоњег схватања говори, поред става савремене медицинске науке да живот човека почиње већ његовим зачећем, или доцније, али свакако пре самог рођења.¹⁴ И правно правило које је у многим правним системима прихваћено о постављању староца (негде је то скрбник) и за нерођено дете,¹⁵ говори у прилог овог става.

Правни субјективитет физичких лица престаје смрћу, са којом се по правним дејствима изједначаје и проглашење несталога лица за умрло.¹⁶ Судска одлука у случају проглашења несталога лица за умрло има само деклараторно дејство, а проглашење је само оборива претпоставка, тј. правно дејство одлуке престаје када се докаже да је такво лице живо, као и када се само појави пред судом.

За разлику од правне способности која, поред оних, може бити и ограничена,¹⁷ способност физичког лица да буде учесник судског, па и ванпарничног поступка је неограничена. Или, за заштиту макар једног свог материјалног права учесник поступка мора имати могућност да користи сва овлашћења која произилазе из процесног права.¹⁸

Способност да буду учесници ванпарничног поступка имају и правна лица самим тим што су субјекти права. Правна способност правних лица је, међутим, тзв., специјална правна способност. Ово, пре свега због објективне немогућности правних лица, која је последица њихових карактеристика, да буду носиоци свих материјалних овлашћења, али, и у највећој мери, стога што је ограничена природом циља, односно природом делатности самог правног лица.¹⁹

13 Швајцарски грађански законик из 1907., чл.31. ст.2.

14 О овоме видети нешто више, J.R. Devichi, Les procrations assistees: tat des questions, *Revue trimestrelle de droit civil*, 3/1987., даље, Д.Стојановић, О деликтној одговорности за штете које претрпијош нерођено дете, *Зборник Правног факултета у Нишу*, IX св., 1970.(стр.101-111.), као и Ј. Дујмов, Положај и заштита фетуса с грађанскоправног аспекта, *Одвјетник*, бр.7-8, стр.14-18.

15 Тако, аустријски Општи грађански законик из 1852., у пар.274., упућујући на пар.22., који одређује да и нерођено дете, од зачећа, има право на заштиту закона, даље, наш Основни закон о старатељству из 1947., кроз установу цуратор ад аптум, као и привремени старалац из чл.129. Закона о наслеђивању.

16 Извесна старија права, познавала су и институт тзв. цивилне смрти, нпр. француско право до 1854., или аустријски Општи грађански законик, пар.538., према коме се губи могућност стицања права и обавеза ступањем у извесне монашке редове.

17 Нпр., актом национализације, колективним уговорима за права из радног односа, могућношћу наслеђивања пољопривредног земљишта само у одређеном обиму за лица која се не баве пољопривредом као примарном делатношћу у сл., правна способност је заправо ограничена.

18 С. Трива, *op. cit.*, стр.225.

19 Нпр., чл.50. Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр.26/78, од 26. маја 1978., проглашава начело специјалне правне способности правних лица одредбом да: "Правно лице може закључивати уговоре у правном промету у оквиру своје правне способности", а она је свакако везана за дозвољену

За стицање овакве правне способности данас се углавном, а код нас искључиво, променење тзв. систем регистрације.²⁰ Тек моментом регистрације код надлежног органа, уз претходно констатовање испуњености услова за оснивање, што се чини у посебном поступку, одређени колективитет стиче правни субјективитет, а тиме и својство да може бити процесни субјект. Односно, за правна лица специфичност је и у томе да правну и пословну способност, а тиме и процесну способност стиче у истом моменту, моменту регистрације.

Она својства правних лица престају моментом престанка организационо-правне целине правног лица, односно организационог јединства.

Процена способности да буду учесници ванпарничног поступка, за правна и физичка лица, врши се према материјално-правним прописима. Када је о меродавном праву реч, процена се, код нас, врши по одредбама Закона о решавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и наследним односима,²¹ уколико је реч о држављанима СФРЈ или правним лицима која имају нашу националну припадност. За утврђивање меродавног права за процену способности страних физичких или правних лица да буду учесници ванпарничног поступка пред нашим судом важе одредбе Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима.²²

II. ПРИЗНАВАЊЕ СПОСОБНОСТИ ДА СЕ БУДЕ УЧЕСНИК ВАНПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА ОДЛУКОМ СУДА

Као изузетак од општег правила да способност да могу бити учесници ванпарничног поступка имају физичка и правна лица, појављује се могућност признавања оваквог својства и извесним колективитетима, удружењима која, иначе, немају својство правног лица. То је тзв. *ius standi in iudicio* или право стајања пред судом, предвиђено одредбом члана 3. ст.3. Закона о ванпарничном поступку СР Србије.²³ Услови који морају бити испуњени да би ванпарнични суд признао својство учесника идентични су условима

делатност правног лица. Такође, чл.149. Закона о предузећима, Сл. лист СФРЈ, бр.77/88., утврђује специјалну правну способност правних лица одредбом да: "Предузеће може да закључује уговоре и обавља друге правне послове промета робе и услуга само у оквиру делатности за коју је уписано у судски регистар", односно, одредбом истог члана, став други, да може, без уписа у судски регистар, да врши и друге делатности у мањем обиму, али које служе основној, која је уписана у регистар, или која се уобичајено врши уз ту или такве делатности, и у мањем обиму или повремено, или делатности које доприносе потпунијем искоришћавању капацитета и материјала који се употребљавају за вршење уписане делатности.

20 Тако и према ставу наше судске праксе, нпр., пресуда ВСХ Гзз 25/66, од 1. јануара 1966.год., према којој ни радија заједница не стиче правни субјективитет са уписом предузећа, већ се посебно мора уписати, уколико се жели да и она, поред правног лица, буде правни субјект.

21 Чл.9. и чл. 10. Закона о решавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и наследним односима, Сл. лист СФРЈ, бр.9/79.

22 Чл.79. ст.1.; чл.49. ст.4., који упућује на чл.17. ст.1., Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, Сл. лист СФРЈ, бр.43/82.

23 Овакво правило садрже и чл.10. ст.3. Закона о ванпарничном поступку САН Војводине; чл.3. ст.3. Закона о ванпарничном поступку САН Косова; и чл.3. ст.2. Закона о ванпарничном поступку СР Црне Горе.

из чл.77. ст.3. Закона о парничном поступку²⁴ за признавање својства странке у парничном поступку одлуком суда.

Ти услови су:

да је реч о облицима удруживања који немају својство правног лица, да за њих није посебним прописима одређено да могу бити учесници у ванпарничном поступку, да у суштини испуњавају битне услове за стицање својства учесника, да се на њих предмет ванпарничног поступка непосредно односи, и да располажу средствима, односно имовином на којој се може спровести извршење.

Битни услови за стицање овакве способности уствари су услови стицања правне способности правног лица, тј. да такав облик удруживања има допунствене циљеве, органе управљања и средства.

III ЗАКОНСКО ОВЛАШЋЕЊЕ КАО ЛЕГИТИМАЦИЈА ЗА УЧЕШЋЕ У ВАНПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Својство учесника, односно способност да могу бити учесници ванпарничног поступка имају и извесни државни и друштвени органи. Учешће ових органа у ванпарничном поступку обезбеђује легитимација коју им даје законска норма која регулише конкретну ситуацију. Стога је и могућа аналогија на учешће таквих органа у парничном поступку у коме имају процесну улогу тзв. "странака по дужности", па о њима говоримо као о "учесницима по дужности", односно и "странкама по дужности" када су учесници спорних, двостраначких ванпарничних поступака које су покренули, или у којима су у улози противника предлагача.

Њихова процесна позиција је, заправо, двојака:

Прво, на учешће их овлашћује законска норма, односно и без својстава која имају правна лица, и без признања таквих својстава одлуком суда, они се могу укључити у поступак и вршити пуноважно процесна дејства. Дали ће узети учешће у конкретном поступку или не, зависи, такође, од законске норме која их на учешће може или обавезивати или само овлашћивати;

Друго, моментом ступања у поступак, по сопственој иницијативи или стога што их закон на то обавезује, они постају учесници у формално-правном смислу. О овим органима као учесницима у материјално-правном смислу теже је говорити, посебно ако се, као одлучујући, усвоји критеријум да су учесници у материјално-правном смислу само субјекти на које се одлука суда односи непосредно. Наиме, ни један од ових органа није носилац права или обавеза из грађанско-правног односа о коме се у поступку одлучује. Такође, на њихов правни положај не може на било који начин утицати одлука суда, нити посредно нити непосредно. Њихови правни интереси нису предмет одлучивања у ванпарничном поступку.

О оваквим органима можемо, дакле, говорити само као о учесницима *sui generis*, или учесницима у функционалном смислу, или учесницима по дужности. Када их закон овлашћује или, пак, обавезује на учешће у ванпарничном поступку, онда је разлог томе потреба заштите ширих, општих, друштвених интереса. Такав је случај и када орган старатељства учествује у статусним ванпарничним поступцима, али и када јавни тужилац учествује

24 Закон о парничном поступку, Сл.лист СФРЈ, бр.4/77.

је у поступку лишавања пословне способности, проглашења несталог лица за умрло, утврђивања смрти једног лица, и сл.

Општи интерес о коме овде говоримо свакако је израз потребе да се заштите права, или правни интереси, или правни статус, малолетника и других лица под посебном друштвеном заштитом. Тако, нпр., јавни тужилац је овлашћен, одредбом чл.58. Закона о ванпарничном поступку СР Србије на учешће у поступку за проглашење несталог лица за умрло, као и према одредби чл.61. Закона о ванпарничном поступку СР Црне Горе.²⁵

Такође, већ и одредбом чл.4. ст.2. Закона о ванпарничном поступку СР Србије дате су опште одреднице за учествовање органа старатељства у статусним ванпарничним поступцима. Одредбом чл.5. истог Закона, органу старатељства дата су најшира овлашћења за овакво учешће. Он може предузимати практично све процесне радње. Он може и покренути овакве поступке, када га закон на такво шта изричито власти, може ући у већ отпочети поступак, или може бити саветодавни, стручни орган, који даје суду потребна мишљења или разјашњења.

Нису ретки ни случајеви када на учешће у ванпарничном поступку овлашћују одредбе неких других, а не само ванпарничних закона. Тако, одредба чл.140. ст.1. Закона о браку и породичним односима СР Србије,²⁶ овлашћује, поред другог родитеља, и јавног тужиоца и орган старатељства на учешће у поступку за лишење пословне способности. Даље, одредба чл. 144., истог Закона, даје такво овлашћење органу старатељства у поступку за продужење родитељског права, а одредба чл.279. ст.2. и у поступку враћања пословне способности лицу под старатељством, или у поступку за измену раније донете одлуке о овоме, када за то постоје услови. Законска овлашћења поменутих органа за учешће у ванпарничном поступку нису увек иста по обиму. У појединим поступцима они су овлашћени предлага-чи, негде су учесници без овлашћења на покретање поступка, а у појединим поступцима могу, по позиву суда, вршити само одређене процесне радње, давати мишљења, и сл.

Можемо, дакле, рећи да учешћем јавног тужиоца или органа старатељства у ванпарничном поступку они стичу својство учесника у јавном интересу, односно странке у јавном интересу када су то спорни и двостраначки поступци које су покренули или у којима имају улогу противне стране. Као овлашћени предлагачи они имају правни положај у поступку који је идентичан учесницима у материјално-правном смислу, односно субјектима правног односа који се износи пред ванпарнични суд. Они, наравно нису учесници у материјално-правном смислу јер и нису субјекти оваквог правног односа. Они су поступак покренули или у њему учествују (од самог почетка, или укључујући се у његов ток касније), искључиво у циљу заштите лица под посебним старањем друштвене заједнице, а тиме и јавних

25 По Закону о судском ванпарничном поступку за Краљевину Југославију државни тужилац је могао тражити одузимање "својевласти", односно пословне способности због душевне болести или слабоумности, пијанства или злоупотребе живчаних отрова, када је то јавни интерес захтевао (пар.185. ст.4.), а општинска управа у случају расипништва, пијанства или злоупотребе живчаних отрова (пар.185. ст.5.)

26 Закон о браку и породичним односима СР Србије, Сл. гласник СРС, бр.22/80.

интереса. Но, од момента укључивања у поступак (покретања или ступања у покренути поступак било по сопственој иницијативи или по захтеву суда), законом овлашћени учесници поступка имају најшира процесна овлашћења.

Њихов процесни положај је практично идентичан положају странака по дужности у парничном поступку, али је њихово учешће у ванпарничном поступку чешће, а улога значајнија.

Законска легитимација, када овлашћује поменуте органе на покретање или учешће у ванпарничним поступцима, искључује могућност разматрања постојања пре свега способности ових органа да буду учесници поступка, али и њихове ванпарничне способности.

Законско овлашћење које се односи на одређена физичка лица, нпр., родитељи детета у поступку лишења пословне способности, и сл. нема, међутим, овакву правну конотацију. Реч је о физичким лицима која су, стога што су правно способна, у могућности да учествују и у судским поступцима, па и ванпарничним. Стога је за њих овакво одређење, односно овлашћење које им даје закон само начин да стекну процесну легитимацију. Ово стога што немају и стварну легитимацију јер се поступак не води о њиховим правима или правним интересима. Овакво одређење, такође, последица је потребе за пружањем пуне заштите лицима која нису способна да се сама старају о својим интересима или правима.

Поменуте могућности за њихово учешће, било да је реч о физичким лицима или органима, треба, свакако, разликовати од улоге таквих физичких лица, нпр., родитеља, или органа, нпр., органа старатељства, као законских заступника лица о чијим правима или правним интересима се води поступак.

SUMMARY

CAPACITY FOR BEING PARTICIPANT IN EXTRAJUDICIARY PROCEDURE

The first and most important requirement of participants in an extrajudiciary procedure, on which depends the validity of their right to take extrajudiciary action (that is to say, their extrajudiciary capacity), is that they have the capacity for taking part in process law proceedings. This, of course, also applies to the parties to disputes, two-party and contentious proceedings, as a special kind of participants.

Apart from the generally accepted view that natural and artificial persons acquire such right with the acquisition of legal capacity - which is, of course, appraised in accordance with substantive law provisions - it can also be recognized by a court decision. The conditions under which certain organizations may be recognized as participants in extrajudiciary proceedings are identical to the ones laid down in the Civil Procedure Act. In that case, the basis for the application of *ius standi in iudicio* to the extrajudiciary procedure is an express standardization by extrajudiciary legislation or the application of the provisions of some other mandatory regulations.

However, it is also possible to participate in an extrajudiciary procedure on the basis of an express statutory authorization (process law or substantive law standard), i.e., even without an appropriate court decision to that effect. This so-called statutory authorization may relate either to certain categories of natural persons or certain authorities.

In the case of natural persons, the statutory authorization is a substitute for process authorization, in the absence of a real one.

In the case of certain offices (public prosecutor, trusteeship), the statutory authorization for participation in extrajudiciary procedure precludes the necessity of considering their capacity for being participants, or whether they can take valid action in the proceedings.

Др Слободан
СВОРЦАН
доцент Правног факултета
у Крагујевцу

НАСЛЕДНА ПРАВА ВАНБРАЧНОГ ПАРТНЕРА

I. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

До доношења републичких и покрајинских закона о наслеђивању, после усвајања Устава из 1974. године, на територији Југославије нису признавана било каква наследна права ванбрачним партнерима. Постојање ванбрачне заједнице између оставиоца и неког лица у моменту смрти оставиоца, није имало никаквог утицаја на законски наследни ред.

Овакав однос према ванбрачној заједници задржан је у законима о наслеђивању: Србије, Војводине и Црне Горе. Међутим, Закон о наслеђивању Косова овом питању посветио је велику пажњу. По овом Закону ванбрачним партнерима се признаје статус редовног законског наследника, под тачно одређеним условима.

Имајући у виду да су ванбрачне заједнице код нас прилично бројне, као и то да ускоро предстоји доношење новог закона о наслеђивању, пожељно је да ово питање буде подробније анализирано.

II. ВАНБРАЧНА ЗАЈЕДНИЦА КАО ПОЈАВА И ПОСЛЕДИЦЕ ПОСТОЈЕЋЕГ СТАЊА

Ванбрачне заједнице, и у свету и код нас, нису ретке, па их законодавни органи не би требали заобилазити, приликом доношења појединих закона. Ово утолико пре када се има у виду да се број ванбрачних заједница стално увећава.

Пи у једној земљи не постоје прецизнији поуздани подаци о броју ванбрачних заједница. Али, према расположивим подацима може се стећи прилично јасна слика о овој појави.

У Енглеској је, према неким истраживањима, седамдесетих година било око сто хиљада лица у ванбрачној заједници.

Број ванбрачних заједница у Француској се кретао око 500.000¹ по показатељима из 1983. године. У САД је, у 1978. години, било око 1.137.000 ванбрачних заједница.²

За територију друге Југославије нису познати новији подаци у вези ванбрачних заједница. Према подацима из 1952. године број ванбрачних заједница кретао се око 90.000.³

Ванбрачне заједнице у Шведској врло су бројне. Гледано у односу на број становника вероватно су најбројније у Европи.⁴

Из овог кратког прегледа неких показатеља јасно се види да постоји велики број ванбрачних заједница и код нас и у другим државама. Резултати појединачних истраживања убедљиво говоре да се тај број стално повећава.⁵

У присуству ових чињеница неприхватљиво је да законодавац стално заборавља ово питање. Ванбрачне заједнице су реалност. Из њих настају врло крупне последице за појединачна лица. Често се ванбрачни партнер пађе у тешким материјалним приликама после смрти свог ванбрачног партнера, без икакве своје кривице. Све ово говори да је неопходно детаљно правно регулисати односе у ванбрачним заједницама.

Дуго се питању ванбрачних заједница прилазило са бројним моралним предрасудама. Ванбрачне заједнице су сматране као појаве супротне моралу, па је заузимао став да их не треба ни на који начин правно третирати.⁶

Овакав став био је владајући и у теорији и у судској пракси. Има пуно пресуда у којима се ванбрачна заједница карактерише као неморалан однос и не признају се никакве последице таквог односа.⁷

Овакав приступ овом проблему посве је погрешан. Најпре, чини ми се да ванбрачна заједница није уопште неморална појава. За оцену неке заједнице са аспекта морала основно је какви су односи у тој заједници. Односи у ванбрачним заједницама, по својим суштинским карактеристикама, исти су као и односи у брачним заједницама. У ванбрачној заједници остварена је заједница живота и рада два лица супротног пола, међу тим лицима се одржавају стални сексуални односи, а у тим заједницама се често рађају

1 Alt, F: Chosir la vie marital ou chosir la vie conjugal, La semaine juridique, 1983, no. 28-29, стр. 311 9.

2 Glick, P.C.-A.J. Norton : Marying, Divorcing and Living Together in the USA Today, Population Bulletin, Vol. 32 no. 5. стр. 32.

3 Гранић, А. Нешто о појави конкубината код нас, Народна милиција, бр. 4/53., стр. 23.

4 Agell, A: Ванбрачна заједница у Шведској, Анали бр. 3-4184, стр. 447

5 New Society 8, 1981, str. 57, Glick , P.C. - A.J. Norton , op. cit., стр. 32 и др.

6 Радовановић, Б: Правни положај ванбрачне жене, Гласник АКВ, бр. 6/58 Г. стр. 9

7 Ево краћег извода из такве једне одлуке Врховног суда Србије: "... ако је заједница живота имала за циљ одржавање ванбрачног стана, такав је однос забрањен законом као неморалан и из таквог односа не могу настати никаква права, нити се може тражити повраћај датог поводом таквог односа." Решење Врховног суда Србије, Гзз 144/50., од 24.4.1950. - Збирка одлука врховних судова и упутстава Врховног суда ФНРЈ 1945. - 1952., Београд, 1952. г., одлука бр. 143.

деца. Све се ово дешава и у брачним заједницама и на исти начин. Једина разлика између брачне и ванбрачне заједнице је у начину њиховог настанка. За настанак брачне заједнице тражи се тачно прописана форма и фактичке радње одређене садржине. Ванбрачна заједница настаје самим остваривањем радњи одговарајуће садржине. Што се тиче мотива за заснивање и једне и друге заједнице, он је најчешће исти - љубавна веза између два лица супротног пола. Али, и код заснивања брачне заједнице и код заснивања ванбрачне заједнице у многим случајевима су присутни неморални мотиви, а то је користољубље. Ипак, када се упореде случајеви заснивања брачних заједница из интереса и ванбрачних заједница из интереса, сигурно је да ће брачне заједнице из интереса бити знатно бројније. Ово из простог разлога што само закључење брака ствара сасвим извесне бројне дозвољености на страни брачних партнера, док то није случај код заснивања ванбрачне заједнице. Познато је да, често, релативно млађе жене склапају брак са врло старим мушкарцима који имају добру пензију, стан или добро газдинство. Свакоме је јасно да у овим случајевима нема никакве љубави, бар што се тиче жене, али се она одлучује на закључење брака јер очекује, као извесно, да тако стар мушкарац неће дуго живети, а после његове смрти њој припада, по закону, пензија и његова имовина или део те имовине. Има заснивања и ванбрачних заједница из интереса, али је код њих остварење интереса далеко неизвесније, јер ванбрачним партнерима ништа закон не гарантује као брачним, па су зато оне много теже.

При оваквом стању наведених чињеница поставља се питање: какве се моралне осуде и због чега могу упутити ванбрачним партнерима? Једини, благи, морални прекор може бити упућен ванбрачним партнерима зашто нису засновали заједницу на начин како је то одредио закон. Но, тај прекор није таквог квалитета да би због њега ванбрачну заједницу требало елиминисати из правног поретка једне државе.

Али, и да се узме да ванбрачној заједници треба упутити веће моралне прекоре, само по себи, се намеће питање: каквог интереса има једна држава да из правног поретка искључи ванбрачну заједницу? Једини интерес може бити постојање да се смањи број оваквих заједница. Непостојање правних норми које регулишу односе у ванбрачној заједници сигурно сузбија стварање оваквих заједница у извесној мери, али не ни близу у толикој мери колико се то предпоставља. Овај ефекат није занемарљив, али он се може постићи постављањем строжијих услова ванбрачним партнерима у односу на брачне partnere, при стицању појединих права.⁸

Ово ће бити сасвим довољан стимуланс партнерима да заснивају брачну, уместо ванбрачне заједнице. Изостанак правне регулативе односа у ванбрачној заједници неће елиминисати ванбрачне заједнице из живота. То недвосмислено потврђује досадашња пракса. Вековима се ванбрачним партнерима не признају скоро никаква права као последица постојања ванбрачне заједнице, а ванбрачне заједнице се просто анатемису, па су, и поред тога, ванбрачне заједнице стално присутне у великом броју и њихов број се повећава.

8 Agell, A. сугерира шведском праву слично решење. - *op. cit.*, стр. 457

На другој страни, штетне последице оваквог стања су велике. У ванбрачним заједницама настају бројни имовински односи. При престанку заједнице, било због раскида, било због смрти једног од ванбрачних партнера, нужно је правно регулисати имовинске односе из заједнице. Пошто ванбрачна заједница није законом уређена, судови, у готово истим случајевима, доносе сасвим супротне одлуке, што ствара велику правну несигурност. Истовремено, најчешће, највећу штету трпи ванбрачни партнер који је био у лошијем положају у тој заједници и који је стално настојао да се закључи брак, а то је, углавном, жена.

У вези ванбрачне заједнице треба правно уредити бројна питања. Али, ја ћу овде размотрити само наследно правни положај ванбрачних партнера.

Приликом регулисања наследних права ванбрачних партнера најбоље је овом проблему прићи без икаквих предрасуда.⁹ При том се мора, нарочито, имати у виду да су ове заједнице бројне и да је неопходно пружити ваљану правну заштиту ванбрачним партнерима, али и да се не смеју у потпуности изједначити наследна права брачних и ванбрачних партнера.

III. НАСЛЕДНО-ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА У СТРАНИМ ПРАВИМА

Већина савремених правних система не признаје ванбрачном партнеру никаква наследна права.

Историјски погледом, ситуација је била врло слична у прошлости. Ипак, било је неких изузетака.

Тако је, судска пракса у РСФСР, УССР и БССР признавала ванбрачном партнеру иста наследна права као и брачном другу, све до 1944. године. Право Републике Кине, које је важило пре победе социјалистичке револуције, омогућавало је ванбрачном партнеру да наследи свог ванбрачног партнера.¹⁰

Савремена права Израела и Шведске посвећују овом питању више пажње.

Према одредбама Закона о наслеђивању Израела из 1965. ванбрачни партнер може се појавити као законски наследник свог ванбрачног партнера, ако је у моменту његове смрти био са њим у ванбрачној заједници. Поред тога, потребно је да ни један од ванбрачних партнера није био у регистрованом браку у моменту смрти оставиоца.

У Шведској је дуго вођена дискусија око наследних права ванбрачног партнера. Према предлогу Комитета за породично право ванбрачном партнеру треба признати право на више од половине стана и право да се појави као наследник заједно са законским наследницима.¹¹

9 У шведском праву се говори о "идеологији, неутралности спрам брака и ванбрачне заједнице", што подразумева, у начелу, једнако третирање, без предрасуда, брачне и ванбрачне заједнице. - Agell, A., *op. cit.*, стр. 450.

10 Сворцан, С., - Ђорђевић, В. - Наследно право, Београд, 1990, стр. 134. и 135.

11 Agell, A., *op. cit.*, стр. 454.

IV. НАСЛЕДНО-ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА У НАШЕМ ПРАВУ

По Српском грађанском законнику ванбрачни партнер није имао никаква наследна права. Исти такав наследно правни положај ванбрачног партнера био је и по Закону о наслеђивању из 1955. године.

Стање се битно изменило преласком наследно-правног законодавства у надлежност република и покрајина 1974. године. У Закон о наслеђивању САП Косова, што је већ напоменуто у општим напоменама, унете су одредбе којима је ово питање детаљније регулисано. Према тим одредбама ¹² призната су наследна права ванбрачном партнеру, под тачно одређеним условима. На сличан начин поступио је и Закон о наслеђивању СР Словеније.

Да би, по ЗОН-у Косова, ванбрачни партнер могао да се појави као редовни законски наследник свог ванбрачног партнера потребно је да буду испуњени следећи услови:

а) да је између ванбрачних партнера постојала заједница живота, по садржају иста као и брачна заједница;

б) да је та заједница постојала и у моменту смрти оставиоца;

в) да је та заједница трајала најмање 15 година, ако ванбрачни партнери нису имали заједничке деце, односно најмање 5 година ако су имали заједничку децу, и

г) да се у тренутку смрти оставиоца ни један од ванбрачних партнера није налазио у браку са трећим лицем, или да је оставилац био покренуо поступак за развод или поништај брака, па се после његове смрти утврди да је тужбени захтев основан.

Слични услови постављени су и по ЗОН-у Словеније, стим што тамо није прецизирано време трајања ванбрачне заједнице, већ се само тражи да је ванбрачна заједница "дуже" трајала. Другачије је постављено и питање брачних сметњи. Овде се захтева да не постоје разлози због којих би евентуални брак између ових ванбрачних партнера био поништен.

Закони о наслеђивању Косова и Словеније не признају ванбрачном партнеру статус нужног наследника, под било којим условима.

V. ПРЕДЛОЗИ РЕШЕЊА ЗА НАСЛЕДНО ПРАВО СРБИЈЕ

Бројна законодавства, па и законодавство Србије, потпуно неоправдано заобилазе ванбрачну заједницу при регулисању појединих области друштвеног живота. Ванбрачне заједнице су, како је већ напоменуто, жива реалност, а нису никаква неморална појава, што се често погрешно мисли, па односи у њима морају бити правно уређени у свим доменима, па и у домену наслеђивања ванбрачних партнера.

Ванбрачном партнеру треба признати право да наследи свог ванбрачног партнера, наравно, под одређеним условима. Овакво решење оправдавају бројни разлози, па ћу неке од њих детаљније прокоментарисати.

12 ЗОН САП Косова из 1974. године, члан 20.

Приликом устројавања законског наследног реда одлучујуће чињенице су: емотивна веза између оставиоца и законског наследника и моралне и законске обавезе оставиоца према појединим лицима. Оним лицима за која се сматра да су била у јачим емотивним везама са оставиоцем признаје се статус његовог законског наследника јер се предпоставља да то одговара за животним жељама оставиоца. Лицима према којима је оставилац имао законску или моралну обавезу издржавања признаје се статус законског наследника баш због те обавезе. Какво је стање у погледу ових чињеница када се ради о ванбрачној заједници?

Ако се за било коју заједницу може рећи да почива на јаким емотивним везама, онда је то ванбрачна заједница. Она настаје и она се одржава, најчешће, баш на јаким емотивним везама два лица супротног пола. Настајање и одржавање овакве заједнице нико не поспешује, ни друштво, ни држава, ни родбина тих лица, већ, напротив, сви је осуђују и, бар потајно, презиру. На настајање и одржавање ове заједнице нема спољних притисака. Све се у вези ње одвија по вољи и жељи два лица, за разлику од многих брачних заједница које су и настале и одржавају се под притиском споља од стране родитеља или друге родбине или због одређених интереса. И код настанка, и код одржавања ванбрачне заједнице могу бити изражени интереси од стране једног партнера, што је ређе него код настанка и одржавања брачне заједнице, али је емотивна приврженост ванбрачном партнеру увек јако изражена, бар на страни једног ванбрачног партнера, а најчешће, и на страни оба.

Што се тиче обавезе издржавања између ванбрачних партнера, не постоји таква законска обавеза. Али, морало би се узети да постоји јака морална обавеза за издржавање ванбрачног партнера. Ванбрачни партнери заснивају заједницу живота и праве заједничко домаћинство. Своју имовину уносе у ту заједницу и своју будућност везују за ту заједницу и то домаћинство, у свему исто као и брачни партнери. При постојању ових чињеница очито је да се намеће морална обавеза сваком ванбрачном партнеру да издржава свог ванбрачног партнера, када се за то укаже потреба исто онако како се таква морална обавеза намеће и брачном партнеру.

Но, нужно је прецизно законом одредити услове под којима се ванбрачни партнер може појавити као законски наследник свог ванбрачног партнера, јер би без јасно одређених услова могло доћи до великих злоупотреба. При одређивању ових услова солидну основу могу представљати решења дата у ЗОН-у Косова.

О ванбрачној заједници се може говорити само ако се ради о заједници у којој су фактички односи исти као у брачној заједници. Уколико ти односи нису исти као у брачној заједници, онда се ту не ради о ванбрачној заједници, већ о некој другој заједници, па се на такву заједницу не могу примењивати правила о ванбрачној заједници.

Ванбрачна заједница треба да је постојала у моменту смрти оставиоца. Овај услов неизоставно мора бити постављен. Ако је оставилац некада живео са једним лицем у ванбрачној заједници, али је та заједница престала пре смрти оставиоца, таквом лицу не треба признати никаква наследна права. Ту је очито да су емотивне везе између оставиоца и тог лица по-

кидане пре оставиоачеве смрти, па по овом основу не би могло бити правдапо позивање таквог лица на наслеђе. Сам престанак ванбрачне заједнице има за последицу и престанак моралних обавеза између тих лица.

Неопходно је одредити и неки минимални рок трајања ванбрачне заједнице, да би се стекло право на стицање статуса законског наследника, и то из више разлога.

Без одређивања минималног рока настала би у пракси права збрка, јер су честе заједнице живота између лица супротног пола које трају по неколико месеци. Непостојање једног разумног минималног рока створило би могућност за бројне злоупотребе. Многа лица би тврдила да су била у краћим ванбрачним заједницама са оставиоцем. Потребно је да протекне одређени рок и због тога да би се могло закључити да ли се ради о стабилној, озбиљној, ванбрачној заједници, која се заснива заиста на емотивним везама, или о пролазној, недовољно озбиљној, а често и неодговорној вези. Одређени рок трајања ванбрачне заједнице најбољи је показатељ и о њеном постојању и о квалитету везе ванбрачних партнера.¹³

Посебно је питање на који начин треба одредити тај рок, тј. да ли прецизно, као у ЗОН-у Косова, или уз употребу неког правног стандарда, као у ЗОН-у Словеније. И једно и друго решење има својих предности и недостатака. Употреба правних стандарда даје суду више могућности за правичнију процену појединих фактичких ситуација, али, истовремено, ствара могућности за бројне злоупотребе. Прихватањем правног стандарда који је могуће тумачити на разне начине стварају се услови да се ванбрачна заједница скоро изједначи са брачном, што не би било добро. На другој страни, фиксни рокови повећавају правну сигурност, али могу довести до неправичних решења.¹⁴

Ипак, предност треба дати прецизно одређеним роковима. Овакви рокови, како је већ речено, стварају правну сигурност и спречавају сваку злоупотребу ових правила, а те две чињенице су овде посебно важне. Прецизни рокови стављају у неповољнији положај ванбрачне partnere од брачних и стално их опомињу да свој статус правно регулишу, што је, такође, позитивно.

Опредељење за одређивање прецизног минималног рока трајања ванбрачне заједнице, као услова за стицање својства законског наследника, изазива најмање две дилеме: да ли треба одредити један минимални рок за заједнице у којима је било заједничке деце, а други рок за заједнице у којима није било деце, или не, и колики би требали бити ти рокови.

Закон о наслеђивању Косова при одређивању рокова прави разлику између заједница у којима су рођена деца и осталих ванбрачних заједница.¹⁵ Овакав приступ изгледа ми сасвим оправдан. Међусобне емотивне везе између ванбрачних партнера, по правилу, су јаче у ванбрачним заједницама

13 Слично закључује и Драшкић Марија - Ванбрачна заједница, Београд, 1988. г., стр. 206.

14 Слично констатује и Марија Драшкић, *op. cit.*, стр. 206.

15 Ово решење је критиковано у теорији - Драшкић, М., *op. cit.*, стр. 206.

у којима су рођена заједничка деца. Истовремено, појачане су међусобне моралне обавезе ових партнера, а и лакше је утврђивати време трајања ових заједница.

О самој дужини појединих минималних рокова може се много дискутовати, и за разна решења давати основни разлог. Закон о наслеђивању Косова је, како је напоменуто, за ванбрачне заједнице из којих је било заједничке деце одредио минимални рок трајања од пет година, а за остале од 15 година.

Минимални рок за ванбрачне заједнице, у којима су рођена заједничка деца, од 5 година изгледа сасвим разуман и потпуно прихватљив, ни претерано дуг, а ни превисше кратак. Рок који је дат за остале заједнице од 15 година лако је могуће прихватити, али ми се, ипак, чини да је он прилично дуг и да би рок од 10 година био прикладнији.

Најзад, од великог је значаја да се анализирају и питања везана за непостојање чињеница које би изазвале ништавост евентуалног брака између одређених ванбрачних партнера. Закон о наслеђивању Косова тражи само да ванбрачни партнери нису били у другом браку са трећим лицем у моменту смрти, или да је оставилац био поднео тужбу за развод или поништај брака, а после његове смрти тужбени захтев буде усвојен. Овај услов неизоставно треба прихватити, али, ово није довољно. Ако би било прихваћено само ово, могло би доћи до озбиљних злоупотреба. Дешавало би се да лица којима није било допуштено да закључе брак због постојања брачних сметњи или забрана заснују ванбрачну заједницу и тако, фактички, изиграју императивне одредбе Закона о браку и породичним односима.

Зато као услов треба тражити да не постоје било који разлози због којих би евентуални брак између оставиоца и његовог ванбрачног партнера био неважећи.

SUMMARY

INHERITANCE RIGHTS OF UNMARRIED SPOUSE

Serbian legislation is quite unjustifiably ignoring the concubinages in regulating the individual areas of social life. The concubinages are a reality, indeed, and they are not something immoral, so that the relations within them must be legally regulated in all domains, including even the domain of inheritance by unmarried spouses.

Any unmarried spouse should be accorded, under certain conditions, the right to be the heir of his/her unmarried spouse. A concubinage may be referred to only if the relationships between the two persons concerned are the same as those in a legitimate marriage, including at the time of death of the testator. What is also necessary for inheritance is that the concubinage has lasted for a minimum period of time. In the case of concubinages in which children were born, such period should be five years, and ten years in all other cases. The last condition for being the heir of the unmarried spouse should be the non-existence of any reasons for which a possible marriage of the testator and his/her unmarried spouse would have been null and void.

Мр. Милена
ПЕТРОВИЋ
Асистент Правног
факултета у Крагујевцу

ПРИНЦИП QUI ELEGIT ARBITRUM ELEGIT IUS У АРБИТРАЖНОЈ ПРАКСИ

Међународна трговачка арбитража је захваљујући својој структури, организацији, ефикасности, стручности арбитра и надасве поверењу које ужива у пословном свету, постала доминантан фактор у решавању трговачких спорова са иностраним елементом. Једно од веома значајних питања везаних за њен рад, а које је теорија у приличној мери неоправдано занемаривала, представља проблем одређивања материјалног права по коме треба решити спор.

Ово је један од изузетно сложених проблема међународног приватног права, а међународна трговачка арбитража, као уосталом и национални суд, нужно је суочена са њим. Традиционално се сматра да одговор на ово питање дају колизиона правила. Међутим, за разлику од националног суда који ће у сваком случају поћи од колизионих правила *lex fori*, међународна трговачка арбитража, собзиром да није орган државе, треба да одлучи о томе који колизионни систем треба да следи. Хоће ли то бити колизионни систем једне одређене државе и које, или неки ненационални колизионни систем? Овог тешког задатка арбитраже могу да ослободе уговорне стране уколико, користећи право аутономије воље, саме одреде надлежно право по коме арбитража треба да цени права и обавезе из њиховог уговорног односа.

Међутим, ма колико да је пожељно и да се препоручује да странке изричито изврше избор надлежног права, врло је чест случај да то пропусте да учине. Разлози оваквог понашања су различити. Понекад странке то не чине зато што сматрају да изричит избор

није потребан, пошто је евидентан из самог уговора или њиховог понашања у вези с њим, некада пропуст чине грешком, а некада чак вољно одбијају да то учине. У таквим ситуацијама пред арбитрима је задатак да сами одреде надлежно право. У том смислу они ће поћи од самог уговора, релевантних околности које произилазе из њега, као и понашања самих странака, како би утврдили да ли су странке имале на уму примену права одређене земље, односно да ли су на прећутан начин изразиле своју вољу у погледу надлежног права. Дакле, ако не постоји изричит избор надлежног права арбитар мора да испита да ли су странке на неки други начин индицирале право које су желеле или очекивале да се примени.

Судска и арбитражна пракса пружају доста богат материјал о начину утврђивања прећутне воље странака собзиром да постоји велики број индиција из којих се може извући закључак о томе. Њихов значај је различит. Уколико су оне јасне, снажне и недвосмислене, утолико ће и закључак о неизреченој, дакле, *de facto* вољи бити несумњив. У супротном, могуће су различите интерпретације, па стога и примена права које странке нису имале на уму.

Једна од најшире прихваћених индиција за утврђивање прећутног споразума странака о надлежном праву је њихов избор суда или арбитраже са седиштем у одређеној земљи. У ситуацији кад странке нису изричито одредиле право, али су стипулисале да ће евентуални спор из њиховог уговорног односа решити суд одређене земље или арбитража са седиштем у одређеној земљи, обично се претпоставља да су имале намеру да се право те земље примени на суштину њиховог спора. Овај концепт изражен је у начелу *qui elegit iudicem (arbitrum) elegit ius*.

Неко време овај принцип је имао општи утицај. Врло често се истицало да је то озбиљна претпоставка која предочава судијама да треба да примене сопствено право,¹ односно да изричит избор места арбитраже значи прећутан споразум о примени процедуралног и материјалног права тог места.² Јака подршка оваквој тврдњи имала је за последицу да принцип љуи елегит у судској и арбитражној пракси појединих земаља постане веома чврста, чак необорива претпоставка о избору права те државе. При томе није било битно да ли уговор има било какве, друге везе са том земљом. Ова претпоставка се сматрала довољном чак и онда када је била једини путоказ.

Управо овакав став навукао је критику литературе. Под утицајем аргумената који су истицани против овог принципа у последње време долази до његове поступне модификације, па и његовог напуштања чак и у пракси оних земаља које се традиционално сматрају земљама његовог порекла.

1 Batiffol, v. "Contats et conventions", у *Encyclopdie Dalloz: Droit International*, cit. према *Lew, Applicable law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978., стр.190.

2 Cheshire, *Private International Law*, London, 1987., стр.457.; *Dicey and Morris, The Conflict of Laws*, London, 1987., стр.539.; *Mezger, The Arbitrator and Private International Law*, u *Martin Domke, International Trade Arbitration*, New York, 1958., стр.240.; *Ehrenzweig, Conflict of Laws* (1962.), cit. према *Wilner, Determining the Law governing performanse in I.C.A.* *Rutgers Law Review* vol.19., 1965., бр.4., стр.676.

Арбитражна пракса, како институционалних тако и ад хоц арбитража, Француске, Немачке, Холандије, Швајцарске, Шведске, показује да се у великом броју случајева такође подржава став да принцип *qui elegit arbitrum* води закључку да су странке намеравале да уговор подвргну праву изабраног форума.

У Одлуци Арбитражног суда Међународне трговачке коморе у Паризу, поводом спора насталог из уговора о продаји између америчке и југословенске стране арбитри закључују да: "У одсуству јасне везе са одређеним правним системом страначки избор Париза, као седишта арбитраже, значи да странке нису имале замерке примени француског права."⁷ У одлуци истог Арбитражног суда, од 13. децембра 1961. год., поводом спора између аустријског продавца и југословенског купца, швајцарски арбитар је сматрао да, сходно општепризнатим принципима швајцарског права, ово право, као право седишта арбитраже, треба да буде надлежно. До оваквог закључка арбитар је дошао упркос чињеници да Швајцарска и швајцарско право нису имали било коју везу са уговором. Као оправдање за овакав став он наводи да би се до истог резултата дошло уколико би се као надлежно применило аустријско право.⁸

У Одлуци од 2. децембра 1968. год., Хамбуршка арбитража истиче да случај када је уговор закључен са клаузулом о надлежности ове арбитраже имплицира примену немачког права и Хамбуршких узанси.⁹

На исти став може се наћи и у арбитражним одлукама које су донете према Арбитражним правилима холандског Удружења за уље, мост и уљано семе, као и одлукама холандског Арбитражног института.¹⁰ У својој Одлуци, од 21. марта 1955. год., ад хоц Арбитража за сушено воће између осталог истиче: "Прихватањем Арбитраже у Холандији странке су у исто време изразиле своју вољу да се спор реши према холандском праву. Сматрамо ирелевантном чињеницу да је уговор закључен у Хамбургу."¹¹

Интересантна су и размишљања арбитра шведске *ad hoc* арбитраже која је разматрала спор поводом продаје брода *Mare Liberum* из Холандије у Шведску. Арбитражом клаузулом као место арбитраже је одабран Гетенбург. Питање надлежног права разматрано је према *lex fori*, односно шведским колизионним правилима. Бројне објективне околности су уговор везивале за Холандију (место закључења уговора, место плаћања, валута, седиште продавца) и указивале на холандско право као надлежно. Међутим, избор места арбитраже је за арбитре представљао околност не само од великог, већ од одлучујућег значаја. У конкретном случају он је био важнији од свих фактора који су упућивали на холандско право, па су сходно томе, као надлежно право за уговор одредили шведско право.¹²

7 МТК одлука бр.2735/1976., обј. у *Journal du droit international* 947/1977.

8 МТК одлука, No. 1145., Doc.No.410/910.

9 Види, **Sanders**, *Trends in International Commercial Arbitration*, *Recueil des Cours* (1975-2), стр.247.

10 Види Одлуку холандског Арбитражног института, од 7. новембра 1960., објављена у *Arb. Rechtspraak*, 1961., стр.10., у којој се каже да арбитражна клаузула у одсуству сваке друге индикације указује на холандско право.

11 Одлука од 21. марта 1955. год., објављена у *Arb. Rechtspraak*, 1955., стр.172.

12 Делимична одлука *Ad hoc Shipping Arbitration*, од 1966. год., *Arb. Rechtspraak*, 1967., стр.74.

Америчка судска и арбитражна пракса показују да се избор места арбитраже може тумачити као избор материјалног права тог места, односно државе. Тако, нпр., ако су странке изабрале New York као место седишта арбитраже, следећи било правила American Arbitration Association, било америчко процедурално право, арбитрари могу на дати спор применити материјално право New York-а. Овакав приступ следи из става Савезног врховног суда у случају *Scherg v. Alberto - Culver Co.*, по коме одређење места арбитраже значи прехутан избор материјалног права тог места.¹³ Међутим, има мишљења да је овакво понашање разумно, али да арбитрари нису обавезни да га следе, што значи да могу применити и неко друго право, нпр., оно на које упућују колизиона правила седишта арбитраже.¹⁴

Примену принципа *qui elegit arbitrum elegit ius* налазимо и у раду арбитража ексесионалистичких земаља.

У Одлуци Арбитражне комисије у Прагу, од марта 1954.год., поводом спора из уговора о куповини јуте између чехословачког предузећа (купца), и пакистанске компаније (продавца), арбитрари су применили чехословачко право, сматрајући да су странке изабрале ово право чим су спор повериле арбитражи у Прагу.

Многе одлуке, међутим, показују да арбитраже у одређеним случајевима заузимају и другачији став. Из образложења појединих одлука може се закључити да избор места арбитраже треба сматрати значајним фактором само уколико га подржавају други везни фактори. Дакле, потребно је да и друге околности које произилазе из уговора указују на право седишта арбитраже да би се оно применило. У супротном могуће је не применити ово право.

Ово се може видети, нпр., из Одлуке румунског Арбитражног суда¹⁵ у спору који је настао поводом испоруке сировог гвожђа од стране румунског продавца италијанском купцу. Купац није отворио акредитив како је уговором предвиђено. Арбитрари су решавајући овај спор пошли од свог међународног приватног права како би одредили надлежно право и закључили: "Постоје озбиљни разлози због којих сматрамо да су се странке сложиле да свој правни однос подвргну румунском праву. Он одговара и по месту извршења уговора и по месту арбитражног суда пре него италијанско право, са којим је уговор везан само тиме што је у Италији закључен."

Спор између чехословачког купца ланеног семена и етиопијског продавца због пропуста продавца да испоручи уговорен квантитет и квалитет робе решавао је Арбитражни суд у Прагу.¹⁶ Имајући у виду да је уговор требало да се изврши ван територије Чехословачке, да је предмет уговора било етиопијско ланено семе, да је куповна цена платива у фунтама стерлинга, арбитрари су одбили да примене чехословачко право образлажући: "Под овим околностима није могуће закључити да подвргавање спора Арбитражном суду при Привредној комори Чехословачке треба сматрати прехутним из-

13 Види, *Poznanski, The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration, Journal of int. arb.*, vol. 4., бр.3. (1987.), стр.87.

14 *Clendon and Goodman, International Commercial Arbitration in New York*, (1986.), стр.119.

15 Одлука бр. 34., од 29. новембра 1958., *Clunet* 426. (1968)

16 Одлука РСП 15/1966., од 21. јуна 1966., неопјављена, цит. према *Lew, op. cit.* стр.205.

бором чехословачког права. У овим околностима арбитар не може да учини друго него да одреди надлежно право према међународном приватном праву Чехословачке, а које упућује на стионијско право као право седишта продавца”.

Пракса Спољнотрговинске арбитраже у Београду се не разликује битно од осталих арбитража у свету. У великом броју случајева ова Арбитража је проглашавала надлежним југословенско право само зато што је уговорена њена надлежност. Тако се, нпр., у једној Одлуци истиче: ”Арбитар је као посебно питање разматрао које се право, према начелима међународног приватног права, има применити у конкретном случају, југословенско или француско. Полазећи од чињенице да су уговорне стране за случај спора угоориле надлежност СТА у Београду, арбитар је за решење горњег питање применио *lex fori* и дао места примени југословенског права.”¹⁷

У другој једној Одлуци, у одсуству изричитог страначког избора Арбитража је одредила као надлежно југословенско право са једноставним образложењем: ”Арбитражно веће сматра да је меродавно право које треба применити приликом решавања овог спора југословенско материјално право. Ово из разлога што на основу споразума странака о спору одлучује СТА при Привредној комори Југославије у Београду.”¹⁸

II. АРГУМЕНТИ ЗА И ПРОТИВ ПРИНЦИПА QUI ELEGIT

Доста је аргумената који су истицани у прилог примене принципа *qui elegit*. Најчешће оправдање његове примене тражило се у чињеници да када су процедурални и материјалноправни аспекти спора подвргнути *lex fori*, онда су и суд и странке ослобођени тешких питања квалификације и адаптације који се често јављају када треба применити страно право.¹⁹ С друге стране тврди се да пословни људи врло често изједначавају *forum i ius*,²⁰ па је позивање на овај принцип оправдано пошто странке у већини случајева рачунају да ће суд применити право своје земље које им је и иначе најблискије и које најбоље познају.

Оваква тврдња сигурно има снагу аргумента када су у питању судови. А да ли то исто важи када странке повере спор арбитражи? Пошто су арбитри најчешће различите националности и исто тако врло ретко држављани државе где заседа арбитража, аргумент да је најбоље применити своје право уопште више не стоји, јер арбитри не само да не примењују своје материјално право, већ не примењују чак ни колизiona правила своје земље. Изузетак би могао бити ако се спор повери некој од сталних националних арбитража какве су најчешће у социјалистичким земљама или сличним институцијама на Западу, које су у вођењу поступка ограничене на једну земљу. Избор оваквих врста арбитража многи аутори²¹ виде као фактор који са више тежине указује на правилност и логичност примене овог прин-

17 Cit. према Митровић, Јединство теорије и праксе у нашем МПП-у, Југословенска ревија за међународно право, бр.3/1962., стр.441

18 Арбитражна Одлука Т-64/84.

19 Ландо, *op. cit.*, стр.49.

20 Vischer, *Antagonism in the Field of Contracts*, Rec. des Cours, 1974/2

21 Види, Craig, Park, Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, New York, 1990., стр.228.

пина. Истина је да су странке у многим случајевима заиста желеде примену права изабраног форума, али ако је то већ тако, логичније је да су ту своју намеру на изричит начин изразиле у самом уговору. У том случају свака дискусија о њиховој пречутној сагласности воља би била непотребна, а извесност у погледу надлежног права пуна.

Упркос разлозима који говоре у корист примене принципа *lex electa*, много је мишљења којима не само да се оспорава адекватност примене овог принципа, већ се изражавају и много оштрије негативне квалификације. Тако, једни сматрају да овај принцип "није применљив на међународну трговачку арбитражу",²² а други, "да због превеликог броја мања и слабости он не може бити подржан од стране трговачке реалности."²³

Неколико разлога поткрепљује поменуте критике.

Један од најважнијих је избор неутралног места арбитраже. Ако не можемо рећи да то странке чине по правилу, онда сигурно можемо рећи у највећем броју случајева. Разлози за овакво понашање су различити и то најчешће правни, политички, економски, практични па и психолошки, при чему ни један од њих није директно везан за право државе где арбитража заседа. Тако, нпр., странке се могу споразумети да спор повере арбитражи у некој трећој неутралној држави зато што имају поверења у ту институцију. То је нарочито случај ако се изабере неки међународни арбитражни центар од кога странке очекују да ће добити арбитражне услуге високе репутације. На углед ових институција у пословним круговима света утиче, поред осталог, и њихов утицај на ванправне, пре свега економске санкције у случају неизвршења њихове одлуке. Поверавајући спор оваквим институцијама странке су пре свега руковођене њиховим ауторитетом и њиховом неутралношћу.

Разлог за избор неутралне арбитраже може бити и економски. Пословни људи воде рачуна да ли је могућ слободан трансфер новца у земљи у којој арбитража заседа, као и да ли у тој земљи могу да се ангажују адвокати, инжењери, економисти и други људи чије је присуство релевантно за вођење арбитражног поступка.²⁴

Избор арбитраже у неком неутралном месту може бити учињен и због психолошке неспособности да се постигне споразум о надлежности "арбитраже друге стране".²⁵ Без обзира да ли је оправдано или не, али постоји прилично устезање од поварања спора арбитражи у земљи једне од странака, јер то пружа битне практичне, правне и психолошке предности оној странци у чијој земљи арбитража заседа. Ово је нарочито дошло до изражаја у трговини између развијених и земаља трећег света или трговини између Истока и Запада. Странка из социјалистичке земље некад не жели да повери спор институцији за коју верује да је непријатељски расположена према систему њене земље, па због тога и неспособна да буде објективна, а с

22 Голдштајн-Трива, Међународна трговачка арбитража, Загреб, 1987., стр.69.

23 Lord Wilberforce, у Дому Лордова, поводом случаја *Compagnie...*, cit. према, Лен, op. cit., стр.195.

24 Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London, 1986., стр.65.

25 Lew, op. cit. стр.196.

друге стране западна странка нерадо подвргава спор "комунистичкој арбитражи".²⁶ Политички разлози који стоје у позадини свега овога не само да утичу на избор места, већ и типа арбитраже. Они у великој мери мотивишу странке из различитог политичког, економског и друштвеног круга да се пре одреде за ад хоц него за институционалну арбитражу.

Странке могу поверити спор и *Ad hoc* арбитражи са тачно одређеним, добро познатим правницима или привредницима као арбитрама, и онда је сасвим извесно да су при избору биле мотивисане поверењем у знање и способност самих арбитра, а не правом земље у којој они живе или у којој арбитража заседа.

Неутрална арбитража се може изабрати и из неког другог, једнако ваљаног разлога.

Други разлог због кога позивање на принцип *qui elegit arbitrum elegit ius* нема смисла постоји уколико је избор седишта арбитраже извршен алтернативно. То је случај када се арбитражном клаузулом као надлежна одреди арбитража са седиштем у земљи у којој тужени има пребивалиште, односно седиште. Ово је углавном била пракса између предузета социјалистичких земаља. Пошто је тужени непознат у моменту избора арбитраже, могућа је надлежност два форума. Собзиром да се примењује једно право извесно је да странке избором арбитраже нису имале намеру да се примени право њеног седишта.

SUMMARY

THE PRINCIPLE OF *QUI ELEGIT ARBITRUM ELEGIT IUS* IN ARBITRATION PRACTICE

The arbitration regulations of some countries have been regarding for some time the selection of the seat of arbitration automatically also as the selection of the law under which the dispute involved is to be settled, without taking into account the special characteristics of each individual case. The possibility of the contract involved having any other connection with that country was considered irrelevant. The selection of the arbitration institution was sufficient even when it was the sole connecting factor. However, the results of such a strict, narrow-minded and rigid behaviour were soon found to be illogical and inadequate, especially when the seat of arbitration was selected at random. It provided suitable grounds for developing a critical attitude to this principle, so that under its influence, the attitude to its importance and role in the making of decisions on the tacit selection of the applicable law began to change, too. What can be concluded from modern arbitration practice is that the selection of the arbitration can be a factor of great importance, and the crucial one at times. However, it is not and cannot be the sole, final and conclusive proof of that.

Namely, each dispute is a case for itself which should be considered carefully, in which all circumstances have to be detected and established, especially the ones which depend on the parties themselves, the ones that are pegging it to the law of a certain country. Therefore, in each given case, the arbitrators should resort to the cumulation of evidence, so that they could conclude, with a high degree of certainty, whether the parties have any intentions with regard to the ruling law, and if they do, what such intentions are. Thus, the principle of „whoever selects the arbitration, he also selects the law“ is just one of the indications which has to be confirmed in others, so as to be applicable to the case involved. The reliance on the selection of arbitration only could result in a wrong conclusion and in the application of a law which the parties didn't even have in mind.

Др Срђан ШАРКИЋ
редовни професор Правног
факултета у Новом Саду

О ЗНАЧЕЊИМА ИЗРАЗА "ЗАКОН" У ВИНОДОЛСКОМ ЗАКОНУ

У савременој правној терминологији српско-хрватског говорног подручја користи се израз закон да би означио два основна појма:¹ закон у материјалном смислу и закон у формалном смислу. Под законом у материјалном смислу подразумева се свако опште обавезно правило понашања које утврђује држава на основу свог монопола регулисања друштвених односа, без обзира на врсту акта који такво правило садржи. Закон у формалном смислу би био правни пропис, који под називом закон, по посебном поступку доноси највише представничко тело у држави, којим се регулишу најважнији друштвени односи и који, после устава, има највећу правну снагу.² Коришћење израза закон у смислу закона у формалном смислу далеко је раширеније, посебно у науци уставног права и законодавној пракси, док се термин закон у оба значења (закон у материјалном и закона у формалном смислу), користи углавном у правној теорији. Израз закон служи и да би се превели следећи страни термини старогрчки у *σ νόμος*, латински *lex*, а у модерним језицима француски израз *la loi*, немачки *das Gesetz*, италијански *la legge*, шпански *la ley*, руски закон, неколико енглеских израза (*law, bill, act*,

УДК: 340. 113 (091)

1 У свакодневном говору израз закон користи се и у другим значењима. Вук Караџић у Српском Рјечнику као прво значење наводи "веру" (*die Religion, der Glaube, religio*), као друго "причест" (*des heilige Uebendmal, eucharistia*), а тек као треће "обичај" и "закон" у смислу правног акта (*die Sitte, das Gesetz, mos, lex*), наводећи и неколико примера из народног говора. (Српски Рјечник, истумачен њемачкијем и латинскијем ријечима, скупио га и на свијет издао Вук Стеф. Караџић, у Бечу 1852, фототипско издање Београд 1972, стр. 177.

2 Детаљније о овим питањима видети М. Јовичић, Закон и законитост, Београд 1977, стр. 80-87.

statute³ итд. У свим овим случајевима углавном се мисли на закон у формалном смислу.

Валда напоменути да је израз закон у Срба и Хрвата ушао врло рано у употребу и да се среће у најстаријим правним споменицима на прелазу из XII у XIII век. Но, тај термин има тада више различитих значења и било би га погрешно тумачити у значењу закона у формалном смислу, што произилази из специфичних средњовековних схватања о улози највише државне власти у законодавству.⁴

Према средњовековном схватању, присутном и у германским и у словенским државама, основна улога државе састоји се у заштити права, вршењем правосуђа, док стварање права спада у надлежност правних обичаја. Владарима се, истина, признавало право на доношење појединих правних одредаба, па су комбинацијом тих одредаба и обичајног права настали у појединим државама такозвани "варварски законици" (*leges herbergum*), али општег појма о законодавству као о стварању права од стране државне власти није било. Упознавши се са римским правом (посредством Јустинијанове кодификације) средњовековни европски народи су прихватили законодавство као искључиви атрибут царства. Оно што је стварала национална власт није се сматрало законодавством, мада је она то фактички чинила. Тако су средњовековни правници упали у неку врсту зачараног круга. Необорива претпоставка је била да законодавна власт спада у надлежност цара, али, исто тако неспорно било је и да домаћи владари у својим државама стварају право. Да би се решила ова енигма, француски правници су изградили теорију да је француски краљ постао цар у својој краљевини, те стога његове наредбе (*ordonnances*, имају снагу закона. Такво схватање изразио је у другој половини XIV века легист Жан Бутеје (*Jean Boutellier*) добро познатом изреком: "Знајте да француски краљ, који је цар у свом краљевству, може доносити ордонансе које имају снагу и вреде као закон".⁵ Ипак, законодавна акта француских краљева називају се све до револуције од 1789. године ордонансама (*ordonnances*) док се израз закони (*les lois*) примењивао само на римско право.

Слична је ситуација и у словенским државама. Законодавна акта руских кнежева називају се устави, а каснијих московских владара, укази, што све значи уредба. Израз закон користи се само као превод за законодавна акта византијских царева. Такво стање потрајало је у Русији све до XVIII века,

3 Тако на пример чувени документи из енглеске правне историје Bill of Rights од 1689. године и Act of Settlement од 1701. године, обично се превode као Закон о правима и Закон о наслеђивању, мада понекад преводиоци, због специфичне енглеске правне терминологије, остављају изворне изразе Bill и Act.

4 Ђ. Даничић, Рјечник из књижевних старина српских I-III, Београд 1863-64, фототипско издање Београд 1975, преводи израз закон латинским термином *lex* (1, стр. 358-359). Примери, међутим, које наводи (из житија, повела и Душановог законика), упућују и на друга значења, битно различита од латинског *lex*.

5 „Si sçachez que le rol de France, qui est empereur en son royaume, peut faire ordonnances qui tiennent et valent loy,“ (*Jean Boutellier*, Somme Rurale, наведено према A. Esmein, Cours elementaire d'histoire du droit francais, Paris 1930, п. 334, н. 9).

од када се израз закон примењује и на законодавна акта руских царева.⁶

Сличну еволуцију доживео је израз закон и у правној терминологији Хрвата и Срба, где се он среће у много већем броју знатно изнијансиранијих значења. Прво и најчешће значење израза закон је општеобавезно правно правило. Међути, ту треба правити разлику у начину настанка такве правне норме, који може бити тројак законодавном уредбом владара, уговорном обавезом или обичајем. Поред тога, израз закона често је схваћен у правним споменицима Срба и Хрвата и као партикуларно правно правило, које се односи било на поједина правна лица (најчешће цркве и манастире), или пак на извесне категорије становништва (сталеже). Поред ова два основна и најчешћа значења, термин закон среће се и у многим другим значењима као што су законска одредба, правило понашања, начин, услов, наредба, понекад да би означио и само наслов неког члана, а и као превод израза *νομος*, односно *lex*. Испитати сва ова значења и навести примере било би предмет другог, знатно обимнијег истраживања. Стога ћемо се ми задржати само на оним значењима која се срећу у Винодолском закону и упоредити их са таквим схватањима израза закон у другим правним изворима из хрватске и српске историје.

У Винодолском закону израз закон помиње се 18 пута. Од тога, у највећем броју случајева (чак 11) користи се да би означио опште обавезно правно правило настало обичајем.

У уводном делу текста термин закон помиње се седам пута, од тога шест пута у значењу правног обичаја. Примери који следе више су него јасни:

"Како су често виђели да су људи у заблуди о својим старим и прокушаним законима"... "винодолски људи у жељи сачувати у цијелости те старе добре законе"... позвали су "оне за које су знали да се боље сјећају закона својих отаца"... и наложили им "да све добре старе прокушане законе винодолске запишу"... да се убудуће њихова деца "не двоуме о тим законима" (исти израз у истом значењу поновљен је и 5 редова ниже).⁷ Идентично значење има израз закон на још пет места. Најпре у члану 45 где стоји: "Надаље ниједна награда која се потајно даде за налажење неке ствари, злочина или чега другога, као земље, винограда или друге ствари за које се по закону даје ликуф..." (za kih e zakon dati likuf).⁸ Очигледно је овде да

6 Видети Т. Тараповски, Историја српског права у немањичкој држави I-IV, Београд 1931-35, стр. 122-123, Цф. од истог аутора и Право државе на законодавство, Шишићев зборник, 1929, стр. 371-380.

7 "Зач доле кр(ат) видећи луди ки блудећи своих стари(х и ис)кушених закон..." "...луди винодолски желећи оне старе добре законе схранити..." "...на ке влаху да се боле споминаху в законих своих отац..." "...да би все добре старе искушане законе у Винодол чинити положити в писма..." "...да нимају примисале в тих законих..." Текст Винодолског закона, који је иначе писан глагољским курзивом, наведен је према издању Ј. Маргетића. Из винодолске прошлости, Ријека 1980, стр. 109-147. Аутор је дао паралелно оригинални текст у латиничкој транскрипцији и превод на савремени хрватско-српски језик (наведени цитати стр. 114-115).

8 Издање Маргетић, стр. 132 и 133.

речи "za kih e zakon" означавају правни обичај давања лакуфа. Слично уводном делу текста, у завршним одредбама наводи се термин закон још четири пута у истом значењу: "те дакле горње пописане законе..." (ki ubo zakoni zverhu pisani) потврдили су представници винодолских општина "потврђујући и означајући старе и прокушане законе винодолске (stare i iskušene zakone vinodolske) по којима су увијек живјели и њихови дједови и њихови очеви и сви њихови претци." Ако неко поведе неку парницу потребно је да нађе сведоке "потребне по закону" (ke zakon potribue), а ако их нема, већ се призива на мртве сведоке "ипак има присећи по закону града."⁹

У значењу правног обичаја среће се израз закон и у уговору о пријатељству између дубровачке општине и бугарског цара Михајла Асена од 15. јуна 1253. једном од ретких дубровачких аката на словенском језику писаним ћирилицом.¹⁰ На месту где се говори о прихватању уговора наводи се следеће: "... съвономъ звонивше на съборе яко е по закону Дюбровъч-комоу."¹¹ Израз "по закону Дубровачкоме" односи се овде на правни обичај, према коме се склапање уговора оглашавало звонавом звона.

Слично Винодолском закону израз закон означава правни обичај и у Пољичком статуту од 1440. године у читавом низу чланова (на пример чланови 1, 4, 6, 11, 16, 17, 34, 36, 37, итд.).¹²

Израз закон схваћен као сталешко партикуларно правно правило среће се у Винодолском закону најпре у члану 25 где се вели да сатник, грашник и бусовић, у случају причињавања неких телесних повреда "потпадају под закон и суд кметски а не службенички. По кметском закону суди им се и за накнаду и за повреду" (ki v sih esut pod zakon i pod pravdu kmetsku a ne ot s(lu)žabniki i po zakonu kmećskomu sudet se i nim e za uražene za dovole učineno).¹³ Пошто се прави јасна разлика између кметског и службеничког закона очигледно је да је и у овом случају израз закон схваћен као партикуларно правно правило које важи за поједине сталеже. Потврду оваквог схватања израза закон даје и члан 36, који прописује да "кметови и попови међу собом нека имају исти закон..." (kmeti i popi... među sobu imajte i zakon), што значи да је исто правно правило важило за два сталежа.¹⁴

За овакво схватање израза закон има много других примсра у правним изворима Срба и Хрвата. Тако на пример повеља краља Милутина манастиру Светог Стефана у Бањској (Светостефанска хрисовуља) од око 1313.-1318. године садржи посебне одељке под насловом законъ людемъ црковънъимъ и законъ влахомъ.¹⁵ У повељи истога краља манастиру Грачаници од

9 Издање **Маргетић**, стр. 144 и 147.

10 Службени језици Дубровачке Републике били су латински и италијански, док су акта на словенском језику била ретка, мада је он био говорни језик како властела тако и пучана. Видети о томе Б. **Недељковић**, Неколико података о нашем језику из архива Дубровачке Републике, Историјски часопис, књига XXIX-XXX, 1982-1983, стр. 101-115.

11 А. **Соловјев**, Одабрани споменици српског права, Београд 1926, стр. 44.

12 Пољички зборник, група аутора, Загреб 1968.

13 Издање **Маргетић**, стр. 124 и 125.

14 Издање **Маргетић**, стр. 130 и 131.

15 С. **Новаковић**, Законски споменици српских држава средњег века, Београд 1912, стр.

1321. године налази се поглавље насловљено законъ старъи Срѣблемъ,¹⁶ док у хрисовуљу цара Душана манастиру светих Арханђела Михаила и Гаврила код Призрена од 1348. године налазимо одељке законъ Срѣблемъ и законъ влахомъ.¹⁷ Јасно је да ови "закони" представљају првна правила која регулишу статус двеју категорија ебарског становништва средњовековне Србије: зависних земљорадника и зависних сточара (влаха). На сличан начин сталешке односе регулишу и Закони Светога Симеона и Светога Саве, који нису сачувани али се помињу на неколико места у повељи краља Милутина манастиру Светога Ђорђа код Скопља (такозвана Скопска повеља) од 1299. или 1300. године, Душановој повељи хиландарском пиргу у Хрусији од 1331. године и већ поменутој хрисовуљи манастиру светих Арханђела. Позивање ових докумената на Закон Светог Симеона и Светог Саве не значи да су Немања (чије је монашко име било Симеон) и Сава издавали некакве законе, већ се тим изразом подразумевају партикуларна правна правила којима се регулисао правни положај зависног становништва на студеничком (Закон Светог Симеона) и милешевском властелинству (Закон Светог Саве). Овим властелинствима издали су својевремено Немања и Сава оснивачке повеље које нису до нас стигле али чији је текст углавном реконструисан.¹⁸ Исто значење, партикуларног правног правила које регулише сталешке односе, има и израз војнички закон. У средњовековној Србији он подразумева обавезе људи који су вршили војну службу, углавном властеличића, а у крајевима освојеним од Византије и пронијара.¹⁹ Најпознатији пример пружа Скопска повеља, говорећи о неком Маноти, до кога је путем мираза дошао посед његовог таста Драгота у Речицама. Али, пошто је краљ Милутин одлучио да целу ту област поклони манастиру Светог Ђорђа (а за Драготино имање се накнадно испоставило да није баштина већ пронија). Манота се нашао пред избором: или да се потчини цркви, или да изгуби мираз. Манота је прихватио прву алтернативу, а будући властеличић, није био потчињен манастиру попут осталих зависних сељака, већ се, према своме сталежу, обавезао да "работа цркви у војнички закон" уз повластицу "да му се коњ не товари и товар да не води."²⁰

Наведена правна правила важе, како је већ речено, за поједине сталеже. Али, она су поред персоналног (сталешког) начела, ограничена и терито-

625 и 628 (у даљем тексту Зак. спом.).

16 Зак. спом. стр. 635.

17 Зак. спом. стр. 696 и 700.

18 Детаљно о томе видети С. Ђирковић, Студеничка повеља и студеничко властелинство, Зборник Филозофског факултета XII-I, Београд 1976, стр. 314; М. Благојевић, О положају становништва пријеполског краја у доба Немањића, Симпозијум Сеоски дани Сретена Вукосављевића III, Пријеполје научни скуп Сава Немањић - Свети Сава, историја и предавање, САНУ, научни скупови, књига VII, Београд 1979, стр. 129-166.

19 Видети Р. Михаљчић, Војнички закон, Зборник Филозофског факултета XII-I, 1974, стр. 305-309.

20 Р. Грујић, Три хиландарске повеље, Зборник за историју Јужне Србије и суседних области, Скопље 1935, стр. 15; В. Мошин, Грамоти на манастириот Св. Георги-Горг Скопски, Грамота на крал Милутин, Споменици за средновековната и поновата историја на Македонија, 11, Скопје 1

ријалним принципом, јер се њихове одредбе односе углавном на поменуте категорије становништва на једном феуду (црквеном или световном), а не на територији целе државе. Душанов законик, у својој намери да уједначи обавезе појединих категорија становништва, иде у том правцу корак напред, јер је његов правни партикуларизам углавном персоналног, а не територијалног карактера. У таквом значењу среће се у Душанову законнику и израз закон, као што је то, на пример случај у члану 68 који почиње речима: Мероп'хомъ законъ по вѣсои земли...²¹ Исто значење израза закон налазимо и у члану 36 Душанова законика који носи наслов "О црквеном закону" (О црковномъ законе). Њиме се наређује Игуманима (дакле, установљава опште обавезно правно правило) да утврде у манастирима правила заједничког живљења за калуђере (И да оуставе по црквахъ законъкиновинскии калоугьеромъ оу манастьрею, противоу како њест кон монастьрь.²² Треба напоменути да се израз "црквени закон" среће и у члану 11 Душанова законика, али у значењу црквених канона.²³ И ту је дакле, реч о сталешком партикуларном правном правилу, али прописаном од стране цркве, а не световне власти. Готово идентично значење среће се и у члановима 6 (само у Струшком препису), 8 и 109 Душановог законика, који прописује да ће се јеретици и лица која се баве врацбинама казнити по "закону сватих отаца".²⁴

Најзад, у тексту Винодолског закона среће се израз закон и у једном сасвим специфичном значењу. Не да би означио правно правило било какве врсте и било каквог порекла, већ једноставно у значењу начина. Тако схваћен наш термин среће се четири пута у тексту. Најпре у уводном делу Винодолског закона где се говори о томе како је дошло до записивања старих обичајно правних правила, између осталог стоји "... i nim narediše i ukazaše tesnim zakonom...", што је и издавач превео речима "...те им наредише и наложише заповједним начином..."²⁵ Други пут израз закон у значењу начин среће се у члану 42 који гласи: "Iošće: niedan klučar nij verovan ni mu se da vera zverhu niedne riči ke bi rekal nekomu da e dal ili prikazal ili posudil vola da bi dal ž nega konobi van po ki gode zakon, mimo ča bi vridno bilo soldini 20 neveće toliko ako bi imel svedoki verovani..." (и надаље, ниједном кључару се не вјерује нити му се поклања вјера ни у једној ствари за коју би рекао да ју је неком дао или даровао или посудио или да би је дао на било који начин из свога подрума осим до вриједности 20 солдина, изузев ако би имао вјеродостојне свједоке...).²⁶ Исто схваћен налазимо термин закон и у члану 55, који про-

21 С. Новаковић, Законик Стефана Душана, цара српског 1349. и 1354, Београд 1898, стр. 55 и 167.

22 Новаковић, Законик, стр. 34 и 169; Цф. и члан 15 (Законик, стр. 19 и 157) и 196 (Законик, стр. 145 и 264).

23 "... И ти-зѣ доуховници да соу... и да ихъ слоуша вѣсакы по законуу црковномуу." (Новаковић, Законик, стр. 15 и 155).

24 Новаковић, Законик, стр. 10 и 153, 13 и 154, 84 и 212.

25 Издање Маргетић, стр. 114 и 115.

26 Исто, стр. 130 и 131.

писује да "све уговорне казне које би кнез сам поставио или непосредно одредио опћеним или посебним начином (općinskim i navlašćnim zakonom), нека буду његове и нека њему припадну."²⁷ И, најзад, четврти пут срећемо израз закон у члану 56, који предвиђа случај силовања или покушаја силовања жена. Учиниолац таквог кривичног дела "треба кнезу платити 50 либара, а тој жени исто толико, ако не би могао с њом учинити нагодбу на неки начин (ako se ne bude mogao napraviti š nu po niki zakon)."²⁸ У таквом значењу може се срести израз закон и у члану 376 (односно 56) Пољичког статута који носи наслов "Од крви", а почиње речима: "Ako li bi ubio tko koga zakonom ašašinskim..."²⁹ Несумњиво, да овде речи "zakonom ašašinskim" означавају начин на који је убица извршио свој злочин, и могле би се превести речима "убилачким" или "разбојничким начином", мада би их савремена правна терминологија сигурно поистоветила са појмом умишљаја.

Анализа текста Винодолског закона показује да се исти израз среће у неколико различитих значења, а да се идентични примери могу наћи и у другим правним споменицима из хрватске и српске историје. Таквих примера има много више него што смо били у стању да их овом приликом набројимо, и то би могао бити предмет једног шире истраживања.

SUMMARY

CONCERNING THE MEANING OF THE TERM "LAW" IN THE VINODOL LAW

Although the term „law„ got very early into the documents of the Serbian and Croatian past, it was not understood in such documents in its present meaning, since it is encountered in quite a number of different meanings. In most cases, it denotes a generally mandatory legal rule, arising from customs, contracts or legislative activity of a ruler or some other representative body. Likewise, in a large number of cases, the term „law„ is also used to denote a particular legal rule, which is valid either by the personal principle (for individual classes) or by the territorial principle (for specified aristocracy).

Like other legal monuments from the Croatian and Serbian histories, the Vinodol Law recognizes the term „law„, which is used 18 times in it. In most cases (as much as 11), it denotes common law norms. The codifiers of the Vinodol Law used three times the term to denote a class particular legal rule, and four more times in a, conditionally said, non-juristic meaning: manner.

All of the mentioned meanings of the term „law„ are not restricted to the text of the Vinodol Law only, since corresponding examples can be found also in other sources from the Croatian and Serbian legal history, of which the most typical ones are listed in the paper.

27 Исто, стр. 138 и 139.

28 Исто, стр. 138 и 139.

29 Пољички статут, ед. В. Јагич, стр. 50.

Др Гордана
ВУКАДИНОВИЋ
професор Правног
факултета у Новом Саду

БОРЋЕ ТАСИЋ И НАЧЕЛО НАРОДНЕ СУВЕРЕНОСТИ (поводом стогодишњице рођења)

УДК: 347.772

I

Између два датума: рођења 1892. и насилне смрти 1943. године, сместио се богат и плодан стваралачки рад професора др Ђорђа Тасића. Иако је његов живот прекинут у педесетпрвој години, у пуном напону научног стваралаштва, "његово дело уз оно Томе Живановића, једно је од најзна чајнијих у области теорије права у најширем смислу речи". Он је нашу филозофију, социологију, теорију државе и права подигао на савремену европску висину и у њима дао резултате који су и у Европи били запажени. Као мало ко пре њега у Србији уживао је у свету углед истакнутог научника у својој области.¹

Ђорђе Тасић рођен је у Врању 1892. године. Докторски рад "Проблеми оправдања државе" одбранио је 1920. године на Правном факултету у Београду. Исте године почиње универзитетску каријеру на Правном факултету у Суботици, а пет година касније постављен је за редовног професора на београдском Правном факултету. Током окупације удаљен је с Универзитета због својих антифашистичких убеђења, а 1943. ухапшен и, по свој прилици, одмах стрељан у логору на Сајмишту.²

Тасић је заиста много писао и објављивао. О тематској разноврсности и опсегу стваралаштва говори најречитије податак о преко 640 библиографских јединица³. Међу тим многобројним делима, из разних области, издваја се као најсис-

- 1 Лукић, Р.: Ђорђе Тасић, у књ. Ђорђе Тасић: Избор расправа и чланака из теорије права, Београд, 1984, 1-12.
- 2 Кољанин, М.: Немачки логор на београдском Сајмишту 1941-1944, Институт за савремену историју, Београд, 1992.
- 3 Симић, М.: Библиографија радова Ђорђа Тасића, Ниш, 1990, 120.

тематскије, уџбеник "Увод у право" (енциклопедија права), први пут објављено 1935. године. Већ 1938. појавило се друго издање под насловом "Увод у правне науке", да би након три године, 1941, следило треће, поправљено и допуњено издање у којем се како каже у Предговору, ослобађао "сувишне филозофије и удубљивања у проблеме, дајући више позитивноправног материјала, како би га учинио приступачним студентима прве године, спремајући се да, касније, прво издање преради и изда строго у форми филозофије права као уџбеника за докторанте права". Како ово дело садржи целу једну оригиналну теорију права оно је било једнодушно поздрављено као наше најбоље дело те врсте. Имајући у виду краткоћу живота, велику вредност имају његови многобројни чланци, расправе, прикази и др. разасути по разним домаћим и страним публикацијама у којима је обрађивао најразноврсније проблеме из теорије права, државе и политике, филозофије права, социолозије, уставног, међународног и административног права. Истина је, како примећује Р. Лукић да су многи његови чланци читаве мале монографије, да најобичнији прикази и белешке вреде више од целих монографија других писана.⁴ Ове оцене нарочито важе када се разматра Тасићево схватање народне суверености.

II

Приступајући делу Ђорђа Тасића у испитивању његовог обухватања народне суверености морају се имати у виду бар три ствари. Наиме, и у овој проблематици као и другде он је изграђивао властито становиште указујући на различите видове повезаности и сложености проблема посебно у Југославији, али је истовремено и критички разматрао тадашњу савремену теорију народне суверености у Француској, показујући на својеврстан начин како су наши теорети чари били свестрано и темељно обавештени о главним струјањима у социологији, филозофији, теорији права свога времена. Друго, само питање народне суверености може се посматрати са разних аспеката. О томе Тасић у анализи и критици схватања Кареа де Малберга (Carre de Malberg) изричито каже: "Како је овде реч о суверенитету који се односи на сам појам права ...отуда може бити речи само о томе да је начело народне суверености један класификаторски принцип... Он би дакле у ствари показивао како је извршена државна организација, пошто би се односио на оно што чини основу у државном уређењу, форму у једном вишем смислу него што се ова реч обично употребљава. Само практично ретко би се могао употребити. Њега су употребиле декларације права, али оне су уз то употребиле и друге конкретније прописе. Свакако могуће је да се и он употреби у смислу позитивног прописа којим би било одређено барем то да народ (већина грађана) има право гласа. Иначе, разуме се да народна сувереност може да буде један политички постулат, и шта више и у ужем смислу, тј. да државни органи имају да раде у интересу поданика."⁵ Теорија народне суверености, на једном другом месту Тасић подвлачи, или је израз једне политичке идеје, један политички принцип, или је израз једне дате правне организације.⁶ Треће, ако је било када могуће одвојити личност од

4 Лукић, Р.: *op.cit.* 16.

5 Тасић, Ђ.: О теорији народне суверености нарочито у Француској и о једном скорашњем покушају тамо, у књ. Ђорђе Тасић: *op.cit.* 117.

6 Тасић, Ђ.: Наш садашњи уставни положај у књ. Правне расправе, Београд 1921, 16.

писца, дело од живота, сасвим је немогуће када је у питању Ђорђе Тасић. Да бисмо разумели његово дело, потребно је имати у виду особине личности, његов темперамент. Како је Тасић био изразито демократски, напредно и слободоумно оријентисан на сваком кораку, у свим својим радовима критикује државну самовољу и апсолутизам; за њега ни физичка принуда, ни сувереност као њен одраз не чине битне карактеристике државе. Држава, додуше поседује монопол физичке принуде, али физичка сила није апсолутна, јер се друштвена организација не може заснивати искључиво на њој и потом што је она битна карактеристика државе само са социолошког становишта. Уместо суверене, Тасић се залаже за демократску правну државу засновану на начелу народног суверенитета.

1. "Држава у којој грађани имају права и где су дужности засноване на уставу или закону, а не на личној вољи државног органа зове се правна, демократска држава у којој влада начело народног суверенитета"⁷. Наиме, за постојање правне државе битна су два услова: најпре да грађани имају права заснована на закону, зајемчена и према административној власти и, потом, да сама административна власт има да ради по закону, а у случају да повреди права установљена је судска санкција. Ако ова два услова нису испуњена не може бити речи о правној држави. Управо, када је народ почео да учествује у доношењу закона, када су органи подељени по начелу поделе власти односно када је изведено организовање у смислу ограничења (лимитације) власти, односно када су органи или држава стављени испод права, говори се о правној држави.⁸ Међутим, Тасић упозорава да правна држава не мора бити увек демократска. Демократском се сматра она држава у којој бар већина грађана има право гласа, док права демократија постоји тек онда када сви грађани имају једнако право гласа.⁹ За демократију није довољно да постоје само слободе већ је потребно да барем већина има политичка права, а тиме се обезбеђује да они буду не само слободни него и једнаки. Штавише да би грађани били једнаки потребно је да буду сви активни учесници у политичком животу. "Демократија је демократија када се појединац изједначи са целином посеби је на себи активно."¹⁰ То је једино у сагласности са теоријом народног суверенитета. Ова теорија представља правно формулисање или правно начело демократије.

Дакле, ова два начела, начело једнакости и слободе, тесно су спојена међусобно и иду упоредо једно с другим. У овим идејама препознатљив је утицај Русоа (Jean-Jacques Rousseau) на Тасића који једнакост као другу вредност будућег друштва заснованог на друштвеном уговору никада не одваја

7 Тасић, Ђ.: Права и дужности грађана. Шта је правна и демократска. Права и дужности грађана, Нови Сад, 1925, 6

8 На истом месту Тасић изричито истиче да начело лимитације има шире значење. А то значи, најпре да се та два начела не могу изједначити, те да је смисао начела лимитације у спречавању концентрације власти. *Op. cit.* 7.

9 Тасић се на овоме месту разликује од теоретичара немачке правне државе, који су са неповерењем гледали на ширење права гласа на све одрасле мушкарце. Што се тиче давања права гласа женама, сматра да треба узети у обзир њихову способност за политички живот, њихову социјалну улогу, њихову активност и борбеност, хоће ли бити корисно или штетно њихово учешће итд. О томе види ближе у Тасић, Ђ.: Женско право гласа и демократија, Београд 1921, 51.

10 Тасић, Ђ.: О демократији, у Савремени политички системи и схватања о држави, Београд, 1936, 4.

од слободе. За Русоа те две вредности једновременно се реализују, једна другу претпостављају и омогућавају тако да је тешко, ако не и немогуће, њих међусобно противставити без штете за идеалне друштвене односе. С обзиром да Тасић овом питању приступа са другачијих методолошких позиција, по њему ова два начела могу и да се разилазе, па, можда, чак да дођу и у сукоб. "Да извођење социјалне једнакости повлачи за собом ограничење својине или слободе уговарања то је добро познато. Проблем који човечанство има да реши јесте баш да помири слободу и једнакост."¹¹

Поред ових двају начела Тасић додаје и начело законитости. Оно по њему нужно проистиче из првих двају. И не само то. Пошто законитост може постојати и у другим облицима, сматра да се оно нужно мора узети за ова два принципа, јер где има слободе и једнакости ту су сви грађани и држава везани правом. "Оваква држава назива се правом зато што су државне власти у њој ограничене, а ове су ограничене зато што грађани имају субјективна права према њој."¹² Или, другим речима речено модерна држава заснована на начелу народне суверености уређена је и по начелу законитости. Но, поставља се питање да ли се ова два начела поклапају, да ли спровођење законитости нужно следује из начела народне суверености. На то питање Тасић у расправи о "Проблемима законитости у правној држави"¹³ изричито одговара да су ова два начела у тесној вези али се не поклапају: "Идеја народне суверености показује да народ има бирачко право и према томе одређује ко држи највишу власт у држави док идеја законитости значи савршено супротно - самоограничење државне власти. Према томе Тасић самоограничење државне власти не схвата као Јелинек,¹⁴ по коме држава као неко биће сопственом вољом тј. правом, саму себе ограничава, већ" када се држава стави под законитост онда тиме она чини троје. Прво уводи се доследност која значи и рационалност... и стабилност или сигурност. Друго, уводи се и прецизира одговорност државних органа и државе. И треће, поред бирања органа, које врши народ уводи се и друге санкције."¹⁵

Као и други писци тога времена, Тасић сматра да је начело поделе власти једно од битних средстава за обезбеђење законитости. Оно претпоставља две ствари: да законодавну, административну и судску власт врше посебни, специјални органи и друго, да су власти једна од друге независне. Ако је начело поделе власти битна карактеристика правне државе, да ли то значи

11 Тасић, Ђ.: Увод у правне науке, Београд 1941, 177.

12 *Op.cit.* 181.

13 Тасић, Ђ.: Проблеми законитости у правној држави, Летопис Матице српске, год.ХСХ, књ.306, св.2-3, новембар-децембар 1925, 24-47.

14 Јелинек разликује субјективна јавна и субјективна приватна права. Он их разграничава на основу правно смеи и правно моћи. Док је у приватном субјективном праву сједињено правно смеи и правно моћи, у садржај јавног права улази само правно моћи. То не противречи карактеру државне суверености, пошто је субјективно јавно право део или моменат суверенитета и што сама сувереност државе не значи ограничење њене моћи, него способност самоограничења. Заправо, држава саму себе, по Јелинеку, ограничава када повлачи границу између себе и индивидуе, и када признаје да је индивидуална област принципијелно изузета из ауторитета државе. На тај начин Јелинек је покушао да у својој теорији субјективних јавних права помири принцип државне суверености са слободом индивидуе.

15 Тасић, Ђ.: Проблеми законитости, *op.cit.* 26.

да оно нужно следује из начела народне суверености? У изворном смислу теорије народне суверености из народног суверенитета произилази јединство а не подела власти. Јер, по Русоу, није довољно да је народ носилац суверености и његов извор, већ је неопходно да сам народ и у потпуности врши суверену власт. Није, дакле, могуће никаквим актом пренети вршење суверене власти на владара или на неке посебне народне представнике. Тасић, полазећи од Русоа, сматра да је народ извор свих власти, али, за разлику од Русоа, он само делегира (преноси) своју суверену власт државним органима. Другим речима, "ако се остави на страну сва фразеологија или све 'мистично', што би се могло наћи, кад се изврши анализа теорије народне суверености, - њом хоће да се каже да грађани бирају своје представнике који ће доносити законе, пошто није могуће или није добро да их они сами донесу"¹⁶ У овом последњем Тасић се разликује од Русоа који, како он сам каже, пружа један идеалан лик, један лик потпуне демократије. Наиме, с обзиром да сувереност Русо схвата интегрално и неотуђиво, јер једино тако она гарантује слободу људи у друштву и служи њеном свакодневном остваривању, он одлучно одбија сваку могућност преноса суверености са народа на други субјект. Ово због тога што је сувереност вршење опште воље, она је непреносива, јер суверена који је само једно колективно биће, не може да представља нико до он сам: власт може да се пренесе, али не и воља.¹⁷ Неотуђивост суверенитета¹⁸ је као принцип потпуно у складу са Русоовим демократским опредељењем да грађани сами морају вршити све политичке послове да би били у друштву слободни и једнаки. Свако представљање у вршењу суверене власти значи за Русоа негацију слободе и једнакости. Једнако као што је неотуђив суверенитет је за Русоа и недељив, "јер воља је или општа, или није општа; она је или воља народног тела или самоједног његовог дела. У првом случају, та изражена воља је акт суверенитета и представља закон; у другом то је само појединачна воља или акт извршних органа државе."¹⁹

За Тасића постоје, напротив, с обзиром да он овом проблему приступа другачије од Русоа, бар два разлога у корист поделе власти. Један је историјски, а други је везан за модерна и развијена друштва. Конкретно: у политичкој боји буржоазије за поделу власти, она се борила да свемоћну управну власт старог режима подведе под закон као израз народне воље, јер је у законодавство успела да продре преко претварања сталешке скупштине у парламент. Исто тако захтевала је и независност судства. У савременим условима, између осталог, разлог за постојање поделе власти налази у нужности да се поједини органи специјализују за вршење одређених функција како би их што успешније обављали. Но, Тасић тачно увиђа да је начело поделе власти релативно, јер има разлога који не допуштају њего

16 Тасић, Ђ.: Права и дужности грађана, *op.cit.* 8.

17 Русо, Ж.Ж.: Друштвени уговор, Београд, 1949, 24. В. наш рад: О теорији народне суверености, *Анали Правног факултета у Београду*, 5-6, 1985

18 Идеју о неотуђивости народног суверенитета налазимо и пре Русоа у делу Алтузијуса (1557-1638) који за разлику од Русоа, сматра да народ своју суверену власт треба да врши само преко представника - ефора. Супротно мишљење у тумачењу и поређењу Русоа и Алтузијуса налазимо код Крбека. Крбек, И.: Поводом 200-годишњице Русоовог "Друштва пог уговора", Загреб, 1962, 26.

19 Русо, 3.3.: *op.cit.* 25.

во спровођење. На првоме месту наводи сарадњу законодавног тела и владе у доношењу закона и вођењу политике. На другоме месту ту је и тежња партија да врше контролу над владом и чиновништвом.²⁰ У пракси начело поделе власти само је делимично остварено у парламентарној држави. Већ је модерна наука, констатује Тасић, указала да се у саставу државе мора извести једна дубља и свестранија равнотежа него што је то начело поделе власти у смислу Монтескјеа (Монтескјуеу). Демократска држава би имала уопште да тежи за тим да својом поделом снага и чинилаца, поделом политичке и социјалне области итд. обезбеди закони тост.²¹ Осим тога могуће је, сматра Тасић, да народ сам врши управну и судску функцију, односно да изабере људе који ће вршити те функције и који би одговарали пред својим бирачима. У том случају народ би вршио све функције преко органа којима је он делегирао власт и у које он има пуно поверење. Дакле, уколико је реч о бирачком праву, из начела народне суверености никако не следује начело поде ле власти. То произилажење другог начела из првог постоји само уколико ово последње садржи права слободе. Међутим, што се тиче бирачког права, практично није се смело и могло доћи до горе повучене границе, јер то би значило свести законитост на минималну меру, где законитост, такође, прелази у незаконитост.²²

На основу претходно реченог можда би се и могло закључити да Тасић принцип народне суверености искључиво схвата као правни принцип демократије. Но, у једном другом спису, писаном одмах након докторске расправе о нашем уставном положју, тврди да је принцип народне суверености један идеалан принцип који одговара нашој држави. Тај политички принцип много вреди и њега су прихватиле и све демократске политичке партије у другим земљама. "Он се може сматрати као општи политички принцип, израз опште свести. Ако ко не буде стао на овај принцип, он је стао на гледиште силе, јер тај ради насупрот народне свести. Принцип народне суверености је једини могући принцип. Он има етичку и потом културну вредност. Једино се може дискутовати о томе како ће се изразити и остварити најбоље народна воља и ко је управо народ."²³ Како треба разумети овај став? Да ли из њега треба извући закључак да Тасић заступа исто мишљење као и Слободан Јовановић по коме је начело народне суверености један политички принцип,²⁴ и да ли се ради о једној могућој противуречности у његовом делу? Овај привидни несклад отклања и одговор на постављено

20 Тасић, Ђ.: Увод у правне науке, *op.cit.* 180.

21 Тасић, Ђ.: О демократији, у *op.cit.* 8.

22 Тасић, Ђ.: Проблеми законитости, *op.cit.* 25.

23 Тасић, Ђ.: Наш садашњи уставни положај, *оп.цит.* 16.

24 По Слободану Јовановићу "народна сувереност се може примити само као политички принцип, али не и правни. Политика говори о циљевима државне власти, а општи народни интереси бесумње представљају оне циљеве којима државна власт има да служи. Народ је суверен у том смислу што се његовим интересима мора све друго потчинити. Али народна сувереност се не може примити као правни принцип. Право одређује вредност наших воља. Кад би у правном смислу народ био суверен, то би значило да она воља која припада поданичкој маси, вреди највише, вреди више него и воља државних органа... теорија народне суверености предпоставља сасвим изврнут однос између државних органа и поданика, и на том изврнутом односу свака би организација власти била немогућа." Јовановић, С.: Држава, Београд 1990, 137.

питање даје сам Тасић истичући на више места да демократија и начело народне суверености које изражава идеолошку правну платформу за демократију²⁵ имају пуно ступњева, прелаза, у свом остваривању. Само уколико се ти аспекти имају у виду, може се правилно схватити његово поимање народне суверености у свој својој раскоши.

2. Истовремено целокупна Тасићева анализа питања народне суверености нам открива изванредног познаваоца најдубљих порука класичне теорије народне суверености, али и добоког и истанчаног аналитичара тадашње савремене теорије. Наиме, у Француској теорија народне суверености, која је иначе чинила њену битну карактеристику, као правна конструкција бива потиснута у реалистичкој концепцији Дигија, Оријуа и Жеза. (Duguit, Oriou, Jeze). Након њиховог избацивања из правног домена сваке идеје о суверености или узајамне ограничености јавља се покушај Karea de Malbera да помири немачку концепцију државе са француском теоријом народног суверенитета у намери да се она заснује на позитивном праву, одн. да се споји апстрактна теорија са позитивним правом. Kare de Malberg је, у ствари, желео да споји теорију народне суверености са начелом ограничења лимитације власти. По његовом мишљењу, начело ограничавања власти је последица теорије народне суверености како је схваћана у француском праву. У изнијансираној и детаљној оцени вредности гледишта Karea de Malbera Тасић истиче: "Наша анализа теорије народне суверености предложене од Karea de Malbera показала је да његова заблуда долази од неправилног гледишта о односима између апстрактне теорије и позитивног права. Међутим с друге стране ова иста тежња га је водила да правилно реши, барем делимично друга питања, као напр., питања о односу између административне власти, закона и устава, као и питање о разлици међу судском и административном влашћу, као и нека друга. Ако није схватио да позитивно право не садржи у себи ника кву суверену личност, несумњиво је схватио да су многи важни проблеми у ствари проблеми позитивног права и да њихово правилно решење зависи од правилног схватања о њиховој вези са позитивним правом".²⁶

И у обради питања народне суверености Тасића је красила једна особина. Сваки Тасићев спис, од најранијих радова, од докторске расправе па наовамо практично је био наставак ранијих, свака каснија расправа је била у вези са претходним и представља даље развијање већ изнесених и назначених идеја. Тако не само у наведеној студији о Орију и Малберу него и на више места у другим радовима праћа се овој проблематици, посебно теоријама о двама врстама народне суверености: револуционарној и организационој. По револуционарној теорији, одн. једној њеној варијанти суверен је сваки појединац за себе и неорганизована маса, док је по другој, организационој суверен народ, али организован. По, извесно је да народ увек мора бити организован као целина и разлика може бити у томе да ли влада има више или мање права према народу као бирачима или појединцима. Питање је, дакле, по Тасићу, постојања више или мање ауторитативне организације у демократији. Истовремено има истине и у револуционарној варијанти теорије народне суверености. "Овако или онако уређена демократија прет-

25 Тасић, Ђ.: Проблеми законитости, оп.цит.42.

26 Тасић, Ђ.: О теорији народне суверености нарочито у Француској, оп.цит., 119.

поставља поверење народа у владу, као и међусобно. поверење органа", заправо "систем има смисла, ако међу политичким чиниоцима влада поверење оно је увек потребно оно чини срж и суштину демократије. Класична теорија је то изражавала на свој начин, подразумевајући народну вољу као јединствену вољу народа као волонте генерале. Модер на државноправна теорија, пак то изражава на један више реалистичан начин. По њој демократије има само тамо где народ приступа влади или прима одлуке своје владе тако да је њен рад увек израз народних маса". У крајњој линији "против неуставног и незаконитог понашања народ би имао право отпора, то му у суштини признаје револуционарна теорија народне суверености, али једно позитивно право уопште о томе не може да говори. У таквим случајевима одлучује сила и побеђује не ко има права него ко буде јачи", закључује Тасић.²⁷

III

Ако се, на крају, Тасићево схватање народне суверености обухвати једним погледом, могло би се са сигурношћу рећи да је посебно плодносно и данас актуелно то што народну сувереност као политичко-правни принцип везује за демократску правну државу и, још више, за социјално-правну државу чије зачетке налазимо у његовом делу. Управо у поимању правне државе долази до изражаја особина коју је лепо изразио Д. Баста. Тасић је био човек идеја, човек нових и смелих замисли. Нјегов дух није красила само инвентивност већ и способност најфинијег нијансирања.²⁸

На крају, овим поводом поновимо речи проф. др Радомира Лукића о свом учитељу: "Један од најомиљенијих предавача свога доба код нас, један од најбољих говорника, човек неисцрпне енергије, која је свуд око себе покретала и друге на рад, Тасић је једна од најлепших и најплеменитијих фигура своје средине."²⁹

SUMMARY

DJORDJE TASIĆ AND THE PRINCIPLE OF NATIONAL SOVEREIGNTY

The ideas of Professor Djordje Tasić about national sovereignty are fruitful and of current interest even nowadays, because they associate national sovereignty, as a political and legal principle, with a democratic state, and even more so with a social law-based state, the buds of which can be found in his works. It was precisely in the comprehension of a law-based state that Professor Tasić was a man of ideas and new and daring projects. His mind was not adorned by inventiveness only, but also by its capacity for highly refined nuancing. He was one of the most popular lecturers in his times, a fine orator and a man of inexhaustible energy.

27 Ibid

28 Баста, Д.: Преображаји идеје права, Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841-1941), Београд, 1991, 34.

29 Лукић, Р.: *op.cit.*, 2.