

Г Л А С Н И К

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ

— Школска година 1978/1979. —

Крагујевац, 1980.

Издавач:

Правни факултет у Крагујевцу, Ул. Радоја Домановића бр. 12

Редакциони одбор:

др Миленко Јовановић, др Владимир Водинелић, др Ратимир Кашанин,
мр Тодор Подгорац, Душица Палачковић, Божин Влашковић,
Предраг Стојановић

Главни и одговорни уредник:

др Миленко Јовановић

Секретар редакционог одбора:

Душица Палачковић

Тираж: 1.000 примерака

Штампа: Сервис Савеза удружења правника Југославије, Београд,
Пролетерских бригада 74

С А Д Р Ж А Ј

УВОДНИК — М. Ј. — — — — —	1
УСТАВНО ПРАВО	
Др Ратко Марковић, ванр. професор ПОЛИТИЧКИ АКТИ — — — — —	7
Др Миленко Јовановић, ред. професор НЕПРИСТРАСНОСТ ОДЛУЧИВАЊА У ДРУШТВЕНИМ ФУНКЦИЈАМА — — — — —	23
КРИВИЧНО ПРАВО	
Др Бора Чејовић, ванр. професор ДРУШТВЕНА ОПАСНОСТ И ПРОТИВПРАВНОСТ КРИ- ВИЧНОГ ДЕЛА У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ — — — — —	37
Др Владимир Водинелић, ред. професор О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ ПРЕСУМПЦИЈЕ НЕВИНОСТИ —	49
ПОРОДИЧНО ПРАВО	
Др Милан Поповић, ред. професор БРАК И БРАЧНА И ВАНБРАЧНА ЗАЈЕДНИЦА — —	73
ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО	
Др Јаков Радишић, ред. професор ОБЛИГАЦИЈА И ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО — — — —	97
ПРИВРЕДНО ПРАВО	
Др Ивица Јанковец, ред. професор ЗАСТУПАЊЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ УДРУЖЕНОГ РАДА ОД СТРАНЕ ЛИЦА КОЈА У ЊОЈ ОБАВЉАЈУ ОДРЕЂЕНЕ ПОСЛОВЕ — — — — —	109
Радован Вукадиновић, асистент-приправник РАДНА ЗАЈЕДНИЦА ЗА ОБАВЉАЊЕ ПОСЛОВА ОД ЗАЈЕДНИЧКОГ ИНТЕРЕСА У ОРГАНИЗАЦИЈАМА УД- РУЖЕНОГ РАДА — — — — —	126

САМОУПРАВНО ПРАВО

- Др Александар Николић, ванр. професор
ЈУГОСЛОВЕНСКО САМОУПРАВНО ПРАВО — — — 139

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

- Др Драгомир В. Церовић, ред. професор
НЕКИ АСПЕКТИ ДЕСЕТОГОДИШЊЕ ПРИМЕНЕ ПРО-
ПИСА О МОГУЋНОСТИ УЛАГАЊА СТРАНИХ СРЕД-
СТАВА У ДОМАЋУ ПРИВРЕДУ — — — — — 159

ФИНАНСИЈСКО ПРАВО

- Др Милан Јб. Петровић, ванр. професор
САВРЕМЕНИ КАМАТОНОСНИ ОДНОС — — — — 179

ИЗВРШНИ ПОСТУПАК

- Др Бранко Мириловић, доцент
ЗАШТИТА ДУЖНИКА У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ — 197

РАДНО ПРАВО

- Др Теофило Поповић, ред. професор
ТЕОРИЈСКИ ОСНОВИ РАДНОГ ПРАВА У СОЦИЈАЛИС-
ТИЧКОМ САМОУПРАВНОМ ДРУШТВЕНОМ УРЕЂЕЊУ 213

ПРАВНА ИСТОРИЈА

- Др Ружица Гузина, ред. професор (Правни факултет, Београд)
КРАГУЈЕВАЦ — УПРАВНИ И ПОЛИТИЧКИ ЦЕНТАР
АУТОНОМНЕ СРБИЈЕ (1815—1878) — — — — — 231
- Др Никола Сотировски, ред. професор
ПРОМЕНЕ У НАХИСКОЈ УПРАВИ СРБИЈЕ ЗА ВРЕМЕ
КНЕЗА МИЛОША И ОСНИВАЊЕ ПРВИХ СРПСКИХ
СУДОВА — — — — — 250
- Др Аристид Теодоридес, ред. професор, Брисел
КРИВИЧНО ПРАВО И ПРОТИВПРАВНЕ РАДЊЕ У СТА-
РОМ ЕГИПТУ — — — — — 262
- Др Обрад Станојевић, ванр. проф. (Правни факултет, Београд)
О ЈЕДНОМ ЗАВОРАВЉЕНОМ ПРЕВОДУ ЈУСТИНИЈА-
НОВИХ ИНСТИТУЦИЈА — — — — — 275

УВОД У ПРАВО

- Мр Тодор И. Подгорац, асистент
О ИЗВОРИМА ПРАВА — — — — — 283

ЛЕТОПИСНЕ БЕЛЕШКЕ

- Наставни радници Правног факултета у Крагујевцу — — — 295
Cum grano salis (Предраг Стојановић, студент III године) — 298

SOMMAIRE — CONTENTS — СОДЕРЖАНИЕ

UVODNIK — M. J. — — — — —	1
USTAVNO PRAVO	
Dr. Ratko Marković, Maître de conférences LES ACTES POLITIQUES — — — — —	7
Др Миленко Јовановић, професор Беспристрастност решения вобщественных функциях —	23
KRIVICNO PRAVO	
Dr. Bora Čejović, Maître de conférences LE DANGER SOCIAL ET L'ILLEGALITE DU DELIT PE- NAL DANS LE DROIT PENAL YUGOSLAVE — — —	37
Dr. Vladimir Vodinelić, Professeur titulaire SUR LA NATURE JURIDIQUE DE LA PRESOMPTION D'INNOCENCE — — — — —	49
PORODICNO PRAVO	
Др Милан Поповић, професор Брак, брачный и внебрачный вид совместной жизни — —	73
OBLIGACIONO PRAVO	
Dr. Jakov Radišić, Professeur titulaire OBLIGATION ET RAPPORT D'OBLIGATION — — — —	97
PRIVREDNO PRAVO	
Dr. Ivica Jankovec, Professor REPRESENTING OF THE ORGANISATION OF ASSOCIA- TED LABOUR BY THE PERSONS PERFORMING IN IT CERTAIN ACTIVITIES — — — — —	109
Radovan Vukadinović, Assistant WORK COMMUNITY FOR PERFORMING THE ACTIVI- TIES OF COMMON INTEREST IN THE ORGANISATIONS OF ASSOCIATED LABOUR — — — — —	126

SAMOUPRAVNO PRAVO

- Dr. Aleksandar Nikolić, Associated professor
YUGOSLAV SELF-MANAGEMENT LAW — — — — — 139

MEDJUNARODNO PRIVREDNO PRAVO

- Dr. Dragomir V. Cerović, Professor
SOME ASPECTS OF THE TEN YEAR'S APPLICATION OF
REGULATIONS CONCERNING FOREIGN CAPITAL IN-
VESTMENTS INTO HOME ECONOMY — — — — — 159

FINANSIJSKO PRAVO

- Dr. Milan Lj. Petrović, Associated professor
CONTEMPORARY INTEREST RELATION — — — — — 179

IZVRŠNI POSTUPAK

- Dr. Branko Mirilović, Chargé de cours
LA PROTECTION DU DEBITEUR DANS LA PROCEDURE
D'EXECUTION — — — — — 197

RADNO PRAVO

- Dr. Teofilo Popović, Professor
THEORETICAL BASES OF WORK LAW IN SOCIALIST
SELF-MANAGEMENT SOCIAL SYSTEM — — — — — 213

PRAVNA ISTORIJA

- Dr. Ružica Guzina, Professeur titulaire (Beograd)
KRAGUJEVAC — CENTRE ADMINISTRATIF ET POLI-
TIQUE DE LA SERBIE AUTONOME (1815—1878) — — 231
- Dr. Nikola Sotirovski, Professeur titulaire
LES CHANGEMENTS ACCOMPLIS DANS L'ADMINISTRA-
TION SERBE SOUS LE REGNE DU PRINCE MILOŠ ET
LA FONDATION DES PREMIERS TRIBUNAUX SERBES 250
- Dr. Aristid Theodorides, Professeur titulaire (Bruxelles)
LE DROIT PENAL ET LES ACTES ILLICITES DANS
L'ANCIENNE EGYPT — — — — — 262
- Dr. Obrad Stanojević, Maître de conférences (Beograd)
UNE TRADUCTION OUBLIEE DES INSTITUTES DE
JUSTINIEN — — — — — 275

UVOD U PRAVO

- Mr. Todor Podgorac, Assistant
SUR LES SOURCES DU DROIT — — — — — 283

LETOPIISNE BELEŠKE

- Nastavni radnici Pravnog fakulteta u Kragujevcu — — — — 295
Cum grano salis (Predrag Stojanović, student) — — — — 298

ПОЛИТИЧКИ АКТИ

1. — Акти о којима ће у овом чланку бити речи носе у правним системима разних земаља различите називе: акти владе (*actes de gouvernement*, *Regierungsakten*), акти државе (*acts of state*), политички акти (*actes politiques*), акти који уређују тзв. политичка питања (*political questions*, *atti o provvedimenti del governo nell' esercizio del potere politico*) итд. Већ овај делимичан преглед назива указује на настојање да се језички изрази политичка садржина ових аката, њихова еманципованост од права и правног режима.

У чему је, у ствари, суштина ових аката? Делатности државних органа, односно акти ових органа, могу се поделити на делатности које су регулисане правом, при чему су њихови носиоци на прецизан и строг начин везани правом и не могу према свом нахођењу вршити никакав избор између ове или оне радње, и на делатности које нису регулисане правом или су овим само овлашћене, при чему су њиховим носиоцима дата веома широка овлашћења и слобода да поступају према свом схватању циљева које држава тим делатностима треба да оствари. Државним органима, у највећем броју случајева „оваква овлашћења се дају, с једне стране, зато што доношење таквог акта и његова садржина зависе од политичке ситуације и њене оцено, а, с друге стране, зато што је у питању овлашћење релативно високог органа власти, позваног да ситуацију цени. Пошто је ситуација променљива и не може се ни предвидети нити одредити законом, то је нужно да се одговарајућем органу да тако широко овлашћење.“¹ Иначе, пример за прву врсту делатности је рад суда (суд решава спорове на начин који је правом унапред одређен) и управе (доношење појединачних аката којима се прецизира диспозиција закона). Пример за другу врсту делатности је скуп радњи које врши уставотворац када доноси устав, законодавац када доноси законе, органи извршне власти када делују у ситуацијама у којима

¹ Радомир Д. Лукић, „Извршно-политичка функција“, Архив за правне и друштвене науке, 2—3, 1973, стр. 386.

нису везани правом (објављивање рата, закључивање мира, распуштање парламента итд.). Како делатности државних органа имају за резултат формални акт, то ова подела делатности државних органа повлачи за собом одговарајућу поделу њихових аката. Тако су судски и управни акти типични правни акти, док су примери за другу врсту аката — политичких — доношење ованвог или онаквог закона (уколико устав законодавцу оставља слободу у том смислу), доношење сâмог устава, као и доношење политичких аката у ужем смислу или аката владе. И премда се ови акти називају политичким, они су у извесном смислу и правни, „утолико што су такође предвиђени правом, иако им правом није одређена садржина. или је бар врло непотпуно одређена“.²

То би истовремено била прва одлика политичких аката у ужем смислу или аката владе: то су акти који ни прецизно ни детаљно нису регулисани правом, уколико су овим уопште и регулисани. Наиме, један добар број аката државних органа, често и најважнији, по својој природи измиче правном регулисању. Тако је, на пример, немогуће унапред одредити када ће се рат објавити, када ће се и под којим условима закључити мир, начин на који ће се рат водити, како ће се закључивати међународни уговор и каква ће бити његова садржина, у којим ће се случајевима упућивати нотификације страним државама, у којим ће случајевима једна држава признати другу итд. Исто тако, правом се једино може одредити којих година носилац јавне функције мора бити и које доказе о својим способностима мора поднети како би могао да врши једну јавну функцију, али је именовање односног функционера ипак препуштено субјективном избору од више лица која испуњавају правом прописане услове — право то питање никада не може регулисати потпуно ни прецизно. Есмен, стога, ованве акте назива слободним управним актима.³

Друга битна одлика политичких аката је њихова неподложност оцени законитости од стране судова. Ова одлука политичких аката непосредна је последица њихове прве одлике. Када одређује политичке акте француска доктрина њу првенствено истиче. Тано се, на пример, вели да су „акти владе (...) анти извршне власти који из политичких разлога измичу свакој судској контроли“.⁴

² Радомир Д. Лукић, Историја политичких и правних теорија, Београд, 1973, стр. 16.

³ A. Esmein, *Elements de droit constitutionnel*, Paris, 1914, стр. 23—24.

⁴ M. Virally, »Les actes de gouvernement en droit français«, у *Etudes de droit contemporain*, IV, Paris, 1959, стр. 85. Dendias, исто тако, вели: „Општа карактеристика ових аката (аката владе, P. M.) је да измичу свакој судској контроли.“ При том се мисли на непосредну судску контролу путем тужбе (action) и на посредну судску контролу путем ексцепције незаконитости (exception). Michel Dendias, *La fonction gouvernementale et les actes de son exercice. Les actes de gouvernement*, Paris, 1936, стр. 12. P. Diez вели: „Акт владе је, у ствари, мера одбране извршне власти од судије.“ Paul Duez, *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935, стр. 17. У том смислу, он даље развија своју мисао, па вели: „Основна карактеристика акта владе је апсолутна немогућност судије да оцењује његову законитост. Акт владе особито се одликује тиме што у свим случајевима измиче судској контроли, не само у погледу целисходности (opportunité), што је нормално, већ и у погледу правне ваљаности (régularité juridique).“ P. Duez, *op. cit.*, стр. 18.

Због тога они представљају изузетак и аномалију. Изузетак, јер једино ови акти извршне власти не подлежу општем правном начелу, према коме сви акти које издаје извршна власт могу бити предмет тужбе за оцену законитости. Аномалију, јер ниједан закон, по правилу, изричито не предвиђа судски имунитет политичких аката, као што ниједан правни разлог такав имунитет не оправдава. Ипак, овакав „режим“ политичких аката мора имати одговарајуће оправдање. Тако се истиче да је прави разлог за постојање ових аката државни разлог (*raison d'Etat*).⁵ Уз то, истиче се да систем који организује судску контролу целокупне активности извршне власти мора оставити овој и извешан „сигурносни вентил“ (*souape de sûrete*), а такав вентил су управо акти владе.⁶ Из чињенице да акти владе не подлежу судској оцени законитости не може се закључити да се они у потпуности налазе мимо права, с оне стране права. Пре свега, ови акти могу се издавати једино на основу изричитог уставног овлашћења. Каре де Малбер сматра да су таква уставна овлашћења, по правилу, специјална, јер се одnose само на конкретне акте, тако да орган извршне власти, коме устав додељује таква овлашћења (по правилу шеф државе и влада), вршећи их, непосредно примењује устав. У случају да устав, изузетно, додељује органу извршне власти генерална овлашћења за издавање ових аката, на пример овлашћење за закључивање међународних уговора, он ће, по правилу, одмах ограничити таква овлашћења неопходношћу ратификације таквих аката извршне власти од стране законодавне власти.⁷

Извесни писци трећу одлику аката владе везују за разликовање уставних од обичних закона. Тако Дикрок сматра да као што обични управни акти значе извршење закона, тако акти владе значе непосредно извршење устава. Према њему, акти владе су само они акти којима се непосредно извршује изричита одредба устава. Оног момента када је акт носиоца извршне власти донет ради извршења неког другог закона, а не уставног, он губи карактер акта владе и постаје акт управе, чиме потпада под правни режим управног права.⁸ Ово гледиште прихвата и Каре де Малбер, јер и он сматра да акти владе имају своје упориште не у

⁵ Тако је у нас Ј. Костић одређивао акте владе као политичке акте, као акте „са политичким циљем“, акте из сфере „политичке делатности“. Политичка делатност је она „делатност државних органа којом се решавају нарочити и ванредни државни задаци и којом се бдије над крупним интересима нације (уставност, спољна и унутрашња безбедност), док редовна администрација обавља свакодневне јавне задатке ужег обима и значаја. Влади акти заданути су политичком тенденцијом, они имају увек политички разлог и политичку интенцију.“ Ј. М. Костић, Административно право, II, Београд, 1936, стр. 94.

⁶ М. Virally, *op. cit.*, стр. 86. И. Крбек сматра да „разлог што неки акти измичу управно-судској контроли, не може се генерално тражити у томе, што би то били акти неке специјалне врсте, већ за сваки конкретни случај у посебном разлогу. Највећма лежи тај разлог у томе, што се ради о дискреционом акту.“ И. Крбек, Управно право, I, Загреб, 1929, стр. 63—64.

⁷ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état*, T. I, Paris, 1920, стр. 542—548.

⁸ Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, I, Paris, 1897, стр. 88.

обичним, већ у уставним законима.⁹ Овакво мишљење у теорији критиковао је П. Диез, с практичног и с логичког гледишта. С практичног, јер оно недозвољено проширује појам аката владе; с логичког, јер противречи демократским логичким аргументима који говоре у прилог судске контроле не само законитости већ и уставности закона, пошто такву контролу сужава. Али, напомиње Диез, ова идеја „није имала никакав утицај ни на доктрину ни на судску праксу“.¹⁰

Побројане одлике аката владе биле би одлике ових аката у материјалном смислу, с гледишта њихове садржине. Међутим, да би се дошло до пуне одредбе аката владе, потребно је изложити и њихове формалне одлике. Појам аката владе може се добити само ако се ове две одлике споје. С гледишта форме, пак, акти владе су акти које издају органи извршне власти (шеф државе, влада и поједини њени чланови). Но, нису сви акти органа извршне власти акти владе. То су само они акти који поседује материјалне одлике аката владе.¹¹

У теорији се прави разлика између аката владе и дискреционих аката. Напомиње се да су судови овлашћени да једино врше контролу законитости ових последњих. Али, и дискрециони акти измичу овој контроли, уколико се суд приликом испитивања садржине односног дискреционог акта увери да се овај налази у оном појасу у коме се питање законитости не може поставити, јер је доносилац акта уживао пуну правну слободу. Код акта владе суд а priori одбија да решава питање њихове законитости, чак и у случајевима када постоје основи да се оно постави. Код дискреционог акта, међутим, суд не одбија а priori могућност оцене његове законитости већ, ушавши у суштину ствари, закључује да се нису стекли елементи за вршење надлежности оцене законитости. Код дискреционог акта захтев за оцену законитости неће бити одбачен као неприхватљив (*irrecevable*), већ као неоснован (*mal fondé*).¹²

Исто тако, акте владе треба излучити и из тзв. теорије нужде (*théorie de la nécessité*) и аката који се доносе у стањима нужде. Док теорија нужде оправдава повреду начела законитости, нарушавање установљеног уставног поретка и стављање добра државе испред и изнад начела законитости, појам аката владе претпоставља да орган извршне власти, који овај акт доноси, делује у границама установљеним правом (законима) и да нема претензије да их повреди, већ да се, из политичких разлога, овај акт изузима

⁹ R. Carré de Malberg, *op. cit.*, стр. 526—529.

¹⁰ P. Duez, *op. cit.*, стр. 33.

¹¹ О томе видети: Л. М. Костић, *op. cit.*, стр. 94.

¹² P. Duez, *op. cit.*, стр. 22. Диез истиче да ова разлика има места још само у теорији после одлуке француског Државног савета, према којој, строго говорећи, дискрециони акти не постоје, већ једино постоје дискрециони елементи у сваком акту управе. У том случају, акт владе, целином својих елемената, измиче судској контроли, док ће код акта управе његови дискрециони елементи измицати судској контроли, а елементи који нису дискрециони биће подложни таквој контроли. *Ibid.*

од контроле суда. Ту бисмо се у потпуности сложили с констатацијом Диеза да је „акт владе уперен против судије“.¹³

2. — Када је реч о теоријама о политичким актима (актима владе) можемо се сложити с Дендиасовим мишљењем да оне спадају „међу оне теорије које су у науци управног права највише дискутоване. Може се тврдити — вели он — да у тој науци нема питања о коме је било формулисано више теорија и које је више било разлог расправе него што је био случај с актима владе.“¹⁴ За развитак ових теорија најзаслужнија је француска правна наука, којој припада и патернитет за овај „изум“. Иако многобројне, ове теорије ипак се могу сврстати у три групе: теорија политичке побуде, теорија о акту владе као акту власти владе и негативна теорија о акту владе.

Према теорији политичке побуде или сврхе (*la théorie du mobile politique*), сваки акт извршне власти, с гледишта побуде којом је инспирисан — одбрана интереса државе, одн. режима — може се тумачити као акт владе. Присталице ове теорије одређују акт владе као „акт који има за циљ одбрану друштва узетог само за себе, или оличеног у влади, од спољних и унутрашњих непријатеља (...)“. Дакле, да ли ће један акт извршне (управне) власти остати само то и бити подложен судској контроли законитости или ће постати акт владе и као такав бити имун од такве контроле — то зависи од конкретних прилика, конкретно, од политичке побуде која је инспирисала његово доношење.¹⁵

Као реакција за ову теорију, на нестабилност и неодређеност њеног мерила за одређивање домена аката владе, уследила је теорија која је настојала да пронађе мерило према коме ће један акт извршне (управне) власти бити акт управе или владе, дакле, једно или друго, а никако и једно и друго. Такво мерило прона-

¹³ Р. Duez, *op. cit.*, стр. 25. и 193. Диез, иначе, сматра да акти владе припадају политичком, а не правном поретку. Правна доктрина, истиче он, није у стању да утврди мерило за разликовање акта владе и да одреди његове границе, јер ова материја не зависи од правне технике. То је и разлог што ови акти не подлежу судској контроли, јер, како је већ речено, они су категорија политичког (*ordre politique*), а не правног поретка. Код писаца који су прихватили конструкцију акта владе, истиче Диез, постоји сагласност да су основне одлике овог акта политичке природе: захтеви државног разлога (*raison d'Etat*), техничка неподобност суда да врши контролу ових аката, интерес државе да се избегне судско испитивање извесних аката који су за њу од посебне политичке важности, нужност јачања самосталности извршне власти итд. Диез вели: „Ако за извесне браниоце акта владе, овај акт произлази из „природе ствари“, онда ову природу ствари налажу обзири политичке вештине, а не правна анализа.“ Р. Duez, *op. cit.*, стр. 23. Отуда у појму акта владе увек остаје једна неодређеност. Приликом одређивања акта владе судија и законодавац не руководе се логичким дедукцијама изведеним из правне анализе, већ еластичним индикацијама, насталим из политичких обзира. Управо због тога, сматра Диез, до данас нико није успео да сачини исцрпнији списак аката владе.

¹⁴ М. Дендиас, *op. cit.*, стр. 14.

¹⁵ О теоријама политичке побуде видети: Н. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1926, стр. 126; Tullio Zago, *Attività amministrativa e attività politica del potere esecutivo*, Milano, 1963, стр. 15—18.

ђено је у разлици између владе и управе у оквиру јединствене извршне власти (у тражењу овог мерила настале су и друге теорије, као што су теорија о акту владе као манифестацији суверенитета државе и теорије о вишој сили, али су оне од мањег значаја и имале су мањи број присталица). Овој разлици двеју функција у оквиру извршне власти одговарају и две различите категорије аката — акти управе и акти владе.¹⁶

Познати представник овог гледишта је М. Дендиас, па ћемо његово мишљење посебно изложити. Тако, према М. Дендиасу, акти владе нису ништа друго до акти којима се врши функција владе. Дендиас истиче да теорија о подели власти оспорава постојање аката владе, пошто она сву активност државе своди на законодавство и извршење закона под надзором и контролом судова. Он сматра да акти владе и акти управе могу имати једну заједничку тачку: они могу потицати од истог државног органа. Али, између њих постоји једна основна разлика. Супротно актима управе, који се доносе ради извршења закона или на основу овлашћења и у границама закона, акти владе не предвиђају се обичним законима већ уставом. То је, видели смо, гледиште Дикрока и Каре де Малбера. Акти владе и акти управе разликују се, сматра Дендиас, у мери у којој се функција владе разликује од функције управе, у том смислу што прва представља извршење уставних одредаба, а друга законских. Из овога произилази да је јасан и однос између законодавне власти и власти владе. Он произилази из супрематије устава над обичним законима, па стога, сматра Дендиас, законодавна власт не може интервенисати у области власти владе било ограничавајући обим власти владе, који је шефу државе одређен уставом, било одређујући одредбама закона начин вршења власти владе.¹⁷

Но, поред тога што су лишени сваке зависности од закона (сем у изузецима предвиђеним уставом), акти владе разликују се, према Дендиасу, од управних аката и по томе што измичу свакој судској контроли. Неподложност ових аката судској контроли протеже се на све врсте судова. Тако акти владе не могу бити предмет оцене законитости ни управних судова, једноставно зато што нису акти управе. У Француској, на пример, Државни савет неће разматрати ниједну тужбу за поништење ових аката због прекорачења овлашћења. Државни савет, наиме, није надлежан да оцењује законитост аката који нису акти извршења закона већ устава, а управо такви акти су, сматра Дендиас, акти владе.¹⁸

Међутим, када су у питању редовни судови, ствар је сложе- нија. Наиме, из чињенице да акти владе нису управни акти не произлази и немогућност њихове подложности оцени уставности. Јер, и закон, који је творевина законодавне власти, подложен је оцени уставности редовних судова, тј. они могу утврђивати његову сагласност с уставом. Стога, М. Дендиас сматра да не постоје никакви теоријски разлози да акти владе не буду, под истим усло-

¹⁶ О томе видети: Т. Zago, *op. cit.*, стр. 18—23; Н. Berthélemy, *op. cit.*, стр. 128—129.

¹⁷ М. Дендиас, *op. cit.*, стр. 39—41.

¹⁸ М. Дендиас, *op. cit.*, стр. 45.

вима под којима и закони, подвргнути судској контроли уставности.¹⁹ Међутим, када се питање размотри с гледишта његове практичне користи, намећу се извесне резерве према оваквој контроли. Дендиас зато сматра да због природе аката владе ове треба изузети од контроле уставности редовних судова. Он истиче да су акти владе акти вршења функције владе, па да стога немају својства правних правила (*règles de droit*), као што је случај са законима. Они одлукама које су у сфери политичког поретка извршују одређене уставне одредбе. Судија редовног суда није способан да правилно и поуздано процењује политичке елементе у акту владе, пошто ту није реч о правним елементима. И како ту врсту уставности не би могао да цени на основу правних елемената, судија би пао у грешку да резонује политички. Тако би један судски акт добио политички карактер, што би било неспојиво с његовом основном природом.²⁰ Но, то никако не значи, упозорава Дендиас, да је функција владе, зато што не произлази из закона већ из устава, изван правног поретка. Акти функције владе увек морају бити у сагласности с општим и посебним одредбама основног закона сваке државе — устава.²¹

Органи који врше функцију владе нису изнад закона, они нису апсолутни владари у земљи, *legibus soluti*. За извесне акте, ове власти, да би били правно ваљани, потребна је претходна сагласност парламента (извесни међународни уговори које парламент мора одобрити, на које мора дати своју сагласност итд.). Штавише, Дендиас сматра, да је у земљама у којима постоји контрола уставности закона могућа, у истом правном облику, и контрола уставности аката владе, али само њиховог формалног елемента, тј. формална контрола уставности. Јер, формални елемент је, *par excellence*, правни елемент аката владе, док је знатно претежнијим својим делом овај акт политички. Стога би се контрола уставности аката владе морала ограничити на правне елементе ових аката.²²

Сасвим је разумљиво што Дендиас не прихвата сугестију да акти владе, с гледишта своје подложности судској контроли, буду под истим правним режимом као и дискрециони акти. То је зато што су дискрециони акти увек акти управе, док акти владе никада нису акти управе. Друго, над дискреционим актима могуће је засновати судску контролу по основу злоупотребе власти (*détournement de pouvoir*), што је искључено код аката владе. И, треће, контролу дискреционих аката врше управни судови, који нису надлежни да врше контролу аката владе.²³

Но, како многи писци који су чинили напор да пронађу једно стабилно мерило за разликовање аката владе од аката управе нису прихватили разлику између владе и управе, сматрајући да је ту реч само о различитој политичкој важности односних функција (будући да је влада политички доминантнија у односу на управу), а никако о њиховом различитом правном карактеру, то је остало

¹⁹ М. Дендиас, *op. cit.*, стр. 47.

²⁰ М. Дендиас, *op. cit.*, стр. 48—50.

²¹ М. Дендиас, *op. cit.*, стр. 59.

²² М. Дендиас, *op. cit.*, стр. 64.

²³ М. Дендиас, *op. cit.*, стр. 64—65.

да се разлика између аката владе и управе потражи на некој другој страни. У таквим трагањима дошло се до агностицистичког става да је такав терен и такво мерило немогуће пронаћи и да зато, једноставно, треба прибећи набрајању аката владе.²⁴ Свој неуспех у проналажењу таквог мерила правна теорија коначно је признала тврдњом М. Оријуа да је „акт владе онај акт који је набрајањем политичких аката одредила административна судска пракса, под ауторитетом Tribunal des conflits“.²⁵

Сва трагања на том путу најбоље илуструје управо начин резоновања М. Оријуа. Орију вели: „Акт владе није лако разликовати, тешко је пронаћи мерило; оно се може тражити или у области форме, или у области његове природе, или у области његове садржине.“²⁶ У области форме, пак, тешко је пронаћи неке поуздане елементе за разликовање акта владе, пошто органи који врше функцију владе не доносе само једну врсту аката. Да би се акт владе одредио према својој садржини, неопходно је претходно одредити посебну државну функцију — функцију владе, — чија би еманација био акт владе. Ту, међутим, постоје два основна гледишта: према првом, влада је принцип и покретач управе, она је мотор, док је управа једино трансмисија и извршење; према другом, функција владе састоји се у решавању ванредних послова и у вођењу рачуна о врховним националним интересима земље, док се управна функција састоји у обављању текућих јавних послова. Орију се опредељује за ово друго схватање, јер сматра да је оно ближе суштини политике, будући да је и функција владе *par excellence* политичка функција, а да је акт владе, према свом карактеру, политички акт. Али, Орију сматра да ни прво гледиште није нетачно, уз ограду да оно мање погађа суштину ствари. Оба ова гледишта су, сматра Орију, подједнако непогодна за одређивање акта владе према његовој садржини, јер су непрецизна, пошто не одређују јасно и прецизно где се зауставља моторна власт, а где почиње дејство трансмисионог органа. Којим се онда актима врше текући послови, а којим решавају ванредни, који су акти управни, а који политички? Орију сматра да оба гледишта о влади као самосталној државној власти наводе на фамозну теорију побуде (*théorie du mobile*), према којој је могуће да се свим актима власти владе, уколико су, сходно тренутним политичким приликама, инспирисани политичким побудама припише својство аката владе. Такво схватање било би, међутим, сувише опасно. Стога су, закључује Орију, поменути начини одређивања функције владе и њених аката рањиви, па зато „нема другог начина да се изиђе из тешкоћа (*de sortir d'embarras*), сем оног који води путем набрајања.“²⁷

Сходно таквој „дефиницији“ акта владе, М. Орију све акте владе дели у две групе, на оне који спадају у област унутрашњег права (*actes ressortissant au droit interne*) и на акте који спадају у област међународног права (*actes ressortissant au droit interna-*

²⁴ О томе видети: Т. Заро, *op. cit.*, стр. 43—49.

²⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, 1933, стр. 418.

²⁶ М. Hauriou, *op. cit.*, стр. 417.

²⁷ М. Hauriou, *op. cit.*, стр. 418.

tional). У прву групу улазили би следећи акти: акти који се тичу односа између владе и парламента, акти којима се установљавају мере државне безбедности, декрети којима се установљава опсадно стање, као и декрети из области санитарне полиције. У другу групу улазили би следећи акти: акти којима се тумаче дипломатски акти, акти који се тичу спољне безбедности државе и, уопште, дипломатски акти, акти објаве рата, одлуке гувернера колонија којима се мења правна ситуација колонијалних територија и врши анексија територија, као и акти који правно уређују режим и последице такве анексије.²⁸

Из овог доктринарног „зостављања“ акта владе, коначно је произишла негативна теорија (*théorie négative*) о акту владе. Према овој теорији, акт владе је једна излишна теоријска конструкција против које говоре три аргумента. Први је рационални и своди се на то да не постоји рационални ни научни основ за разликовање аката владе од аката управе. Најпогоднији основ за овакво разликовање било би разликовање функције владе од управне функције, али је, истичу присталице ове теорије, разлике и границе између ове две функције веома тешко повући. Међутим, Диез добро примећује да је погрешан научни поступак који полази од тога да акт владе *a priori* не треба да постоји. Треба научно доказати да такав акт стварно не постоји.

Други елемент негативне теорије своди се на тврдњу да позитивна права већине националних правних система, по правилу, изричито не признају конструкцију акта владе. У Француској се својевремено водила расправа да ли у француском позитивном праву постоји „правни основ“ за овакве акте. Иако су се односни правни прописи различито тумачили, ипак се дошло до закључка да француско позитивно право толерише постојање аката владе. Јер, да је желео да елиминира овакве акте, законодавац би изричитом забраном, формулисаном у закону, спречио праксу Државног савета, који је признавао постојање аката владе. То значи да се законодавац, када јој није изричито стао на пут, прећутно сагласио с таквом праксом Државног савета.²⁹

И, најзад, трећи аргумент присталица негативне теорије о акту владе усмерио се на критику праксе два органа који су у Француској изричито признали постојање аката владе: то су *Conseil d'Etat* и *Tribunal des conflits*. Тако је, на пример, Мишу тврдио да се одбијање захтева за оцену законитости, када је реч о наводном акту владе, може извести на друкчији и суптилнији начин, „игром општих правила која уређују управни спор“, чиме би се теорија о акту владе показала излишном.³⁰

3. — Без једног поузданог теоријског мерила врло је тешко конкретно набројати акте владе. Француска доктрина је ту поступила емпиријски, тј. пошла је од постојеће судске праксе. Сличним путем кренула је и америчка доктрина о тзв. *political ques-*

²⁸ M. Hauriou, *op. cit.*, стр. 419—421.

²⁹ P. Duez, *op. cit.*, стр. 36—37.

³⁰ О томе видети: P. Duez: *op. cit.*, стр. 37. О негативној теорији о акту владе видети: H. Berthélemy, *op. cit.*, стр. 129—132.

tions.³¹ Па ни тада међу писцима није постојала сагласност који су акти, акти владе. Да бисмо на конкретним примерима илустровали „правну природу“ аката владе, преузећемо листу ових аката, коју је на основу судске праксе предложио П. Диез. Према њему, следећи акти су акти владе: 1) акти који произлазе из односа између владе и парламента; 2) акти којима се врши помиловање (акти тзв. *executive clemency*); 3) акти којима се предузимају мере јавне безбедности у случајевима унутрашњих криза у земљи; 4) акти којима се одвија функционисање дипломатске службе; 5) акти који се издају у вези с ратном ситуацијом; 6) акти путем којих се предузимају специјалне мере према странцима у току националног рата и 7) акти који регулишу материју која „имплицира испитивање питања која се тичу међународног суверенитета државе“.³²

Тражећи оно што је заједничко овом списку аката владе, Диез закључује да се, чак и када се одбаци теорија политичке побуде, мора признати да је судска пракса приликом одређивања једног акта као акта владе пошла од разлога који су у области „политичког поретка“. У вези с одређивањем појма аката владе у Француској Диез закључује следеће: 1) да је акт владе креација судске праксе, пошто за ову конструкцију има веома мало места у француском позитивном праву; 2) да су судска пракса и доктрина биле немоћне да одреде прецизно мерило за разликовање аката владе, па су стога прибегле простом емпиричном набрајању ових аката; 3) да акти владе имају политички основ, па стога измичу свакој правној анализи; 4) да акти владе не подлежу оцени уставности ни законитости, будући да је њихова материја изванредно гипка, и изнијансирана и променљива, тј. није хомогена, извесна и јасно омеђена, што је услов *sine qua non* по оценом уставности и законитости. Зато, сматра Диез, једна демократска држава мора тежити ограничењу броја и обима аката владе, што је тенденција и у Француској, која је права постојбина ових аката.³³

Листа аката владе коју предлаже Диез је најприхватљивија, јер је најуопштенија; у оквиру појединих јединица она дозвољава конкретније поделе. Друге листе, других писаца, знатно су кон-

³¹ О доктрини *political questions* видети: Westel W. Villoughby, *Principles of the Constitutional Law of the United States*, New York, 1930, стр. 567—571. О доктрини и судској пракси у области тзв. *political questions* видети опширније у нашем раду: *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Београд, 1973, стр. 118—121.

³² П. Диез, *op. cit.*, стр. 38.

³³ *Ibid.* У нас се, на пример, управни спор не може водити једино у стварима у којима непосредно на основу уставних овлашћења одлучују Скупштина СФРЈ, републичка или покрајинска скупштина, одн. њихова већа, Председник републике, одн. Председништво СФРЈ. Овде је реч о политичким актима у ширем смислу, конкретно, о избору и разрешењу чланова извршних већа, председника и судија уставних судова и врховних судова, именовању и разрешењу старешина органа управе и других функционера, постављању и опозивању амбасадора и посланика СФРЈ у иностранству и сл. „Ради се, дакле, о индивидуалним правним актима којима се врши делатност највишег управљања, у којој преовлађује принцип опортунитета и не долази у обзир могућност повреде права грађана и организација.“ Никола Стјепановић, *Управно право у СФРЈ*, II, Београд, 1973, стр. 265.

кретније и везане су за позитивна права појединих земаља, тако да немају општију вредност. Но, пре него што се почне конкретно набрајање аката владе, ваљало би поступити онако како је предложио Орију и како поступа америчка судска пракса: све те акте требало би најпре поделити у две групе: једну, која се тиче међународног,³⁴ другу, која се тиче унутрашњег права. Ово због тога што различити основи одређују политичку природу аката из једне и друге групе.

4. — Већ смо на почетку овог чланка нагласили да су акти владе изузетак и аномалија у правном поретку једне државе. Због тога је већ тридесетих година овог века, како због овог начелног разлога тако и због случајева злоупотреба појма акта владе у пракси, дошло до појаве која се тада назвала узмак акта владе (*le recul de l'acte de gouvernement*). Ова тенденција испољила се двојано: као скраћивање листе аката владе и сужавање области њиховог издавања и као ублажавање последица неподложности ових аката судској контроли.³⁵

У критици акта владе ишло се толико далеко да се захтевало његово потпуно укидање. При том се сматрало да овај акт представља једно недопустиво нарушавање начела законитости. Добро је тада било примећено да се на овакав преговор не може одговорити одсечно, без уважавања и анализе политичких разлога. Јер, акт владе је категорија политичког, а не правног поретка. Иста врста разлога која је довела до његовог појављивања (политички разлози) довешће и до његовог укидања. При том се једна ствар у вези с актом владе не може порећи, а та је да овај акт има практичну корист у мери у којој служи као средство заштите извршне (управне) власти од судског испитивања целискодности и законитости.

Разумљиво је што су на основу захтева за укидање акта владе настали теоријски покушаји који су имали за циљ да покажу излишност ове правне конструкције, о чему је већ било речи. Тврдило се да, с гледишта судске контроле законитости, концепција о акту владе није рационална. Ако се као тачна прихвати тврдња да је савремена држава правна држава, у којој интегрално доминира начело законитости, онда је немогуће пронаћи рационално оправдање за постојање акта владе. Ниједно начело уставне организације такве државе не допушта једну такву конструкцију. При том су се одбацивали сви постојећи теоријски покушаји да се појам аката владе рационално и логички заснује: теорија о акту владе као манифестацији суверенитета државе, теорија о акту владе као еманацији функције владе и теорија о вишој сили.

³⁴ Р. Капитан сматра да сви дипломатски акти спадају у акте владе. Сви они се разликују од аката управе по томе што немају за циљ да обезбеде извршење унутрашњих закона (*lois internes*). Као и закони, и они теже да измене постојећи правни поредак, увођењем у њега нових правних норми. René Capitant, «L' aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l' Etat», у *Encyclopédie française*, Tome X, L' Etat, Paris, 1964, стр. 145.

³⁵ О томе детаљно видети: Р. Duez, *op. cit.*, стр. 168—183.

Према теорији о акту владе као изразу суверенитета државе, овај акт је *par excellence* манифестација државног суверенитета и као такав не може подлегати судској контроли, пошто држава, као суверена организација, не може одговарати пред органима (тј. судовима) које је сама формирала. Овој се теорији приговарало да је логички рањива, пошто државу супротставља њеним судовима. А управо су судови исто онако државни органи као што су то влада и управа, којима ова теорија признаје монопол на државни суверенитет. Истицало се да ову теорију најефикасније демантује учвршћивање и ширење институције управног спора и на један број аката који се традиционално сматрају актима владе.

Према теорији о акту владе као еманацији функције владе, актима владе регулишу се питања која се односе на виталне интересе државе, па су то стога политички, а не правни акти. Зато они и не подлежу оцени законитости. У одређеним материјама, како се не би ослабила акција владе, нужно је овој оставити одрешене руке пошто су такве материје, у суштини, политичке. Истицало се да ова теорија не одговара на питање због чега је немогуће рационално засновати судску контролу законитости аката владе. Сматрало се даље да акти којима се врши функција владе нису, према својој садржини, различити од аката којима се врши управна функција, пошто се ове две гране власти у оквиру извршне власти међусобно разликују једино према својој политичкој важности.

Једна варијатна ове теорије тврди да је активност владе независна од закона, да влада има слободну иницијативу и да располаже особеном влашћу. Управо постојање једне такве функције, одн. власти, претпоставља акт владе. Та власт није уобичајена власт извршења закона, што је карактеристика управне власти, већ је то управо власт владе.³⁶ Супротно оваквој власти, управна власт мора за сваку своју радњу имати правни основ, који јој обезбеђује законодавац, а који хабилитује управу за деловање. Зато је акт управе у свим елементима обухваћен законом. Логична последица оваквог резонувања је закључак да акти владе не могу бити подвргнути контроли законитости. Овој теоријској варијанти приговара се претеривање и двосмисленост. Она не успева да докаже да су владине радње у целини изузете од судске контроле, јер тврди да су оне изузете само од судске контроле законитости, а не и од судске контроле суперлегалности, тј. уставности. С друге стране, ова теорија представља претеривање, пошто нема подручја делатности државе које би било апсолутно слободно од граница које установљава закон и које би у потпуности било изнад и изван закона. Ипак, критичари ове варијанте истичу да се у вези с актима владе мора признати једна истина, која се своди на следеће: тзв. акти владе настају на основу широких дискреционих овлашћења, али они никада нису у потпуности дискрециони акти. То је разлог да се може поставити питање судске оцене њихове законитости, мада ће се, у поређењу с актима управе, ово питање ређе постављати.

³⁶ G. Jelinek, *L'Etat moderne et son droit*, II, Paris, 1913, стр. 330.

Према теорији више силе, акти владе су резултат специјалних прилика у којима се нашла једна држава. Држава доноси ове акте под притиском више силе, те се због тога они и изузимају од судске контроле законитости. За ову теорију било је речено да она не објашњава специфично обележје аката владе — неприхватање (*irrecevabilité*) захтева за судску оцену законитости. Помоћу ове теорије могу се објаснити неосноване (*mal fondé*) тужбе, али не и неприхватљиве (*irrecevables*). С друге стране, појмом више силе није могуће обухватити све акте владе, које обично признаје позитивно право. У ствари, појам више силе неспојив је с теоријом акта владе, јер је њему место у теорији нужде, што су, како смо истакли, две сасвим различите ствари.

Од појединаца најенергичнији противници акта владе били су П. Диез, А. Бертелеми и Л. Диги. Најпознатији покушај доказивања теоријске излишности акта владе потиче од П. Диеза.³⁷

Диез је сматрао да се политичким актима може обезбедити довољна заштита од судске контроле законитости уколико се за њих резервише клаузула о дискреционој власти. Диез овај свој захтев заснива на ставу да су за тзв. акте владе довољна брана од судске контроле законитости опште границе које су наметнуте судској контроли аката управе, тако да је конструкција аката владе „практично некорисна“ и треба је одбацити. Из тих разлога треба одбацити и теорију о акту владе, одн. треба је утопити у теорију о дискреционој власти.³⁸

Ипак, чини се да ни Диез, залажући се у својој, до данас још увек најпотпунијој студији о акту владе за укидање ове категорије, није успео да докаже да једна посебна категорија аката извршне власти, коју је он назвао политичким актима, не треба да постоји. Сама чињеница да он за ову врсту аката конструише посебан термин, да их терминологички и садржински (ови акти припадају тзв. политичком поретку) разликује од аката управе, говори у прилог нашем закључку. Али, Диез сматра да ови акти не треба да уживају потпуно изузеће од судске контроле законитости, и тиме ремети оно што је њихова *differentia specifica*. Када је тако, чему онда помињање политичких аката када су то акти које управа доноси на основу своје дискреционе власти. Ако је термин „политички“ употребљен да означи њихову особену садржину, онда, правно посматрано, такво разликовање ових аката није значајно, пошто се, с обзиром на садржину аката донетих на основу дискреционе власти, могу правити бесконачне класификације, које су без икаквог правног дејства, јер сви ови акти подлежу истом правном режиму. Из Диезове аргументације јасно се види да су разлози његовог захтева за укидање аката владе политичке (избегавање опасности од арбитрерне извршне власти, јер се њеној независности жртвује начело законитости и јединствен правни режим контроле њених аката), а не суштинске природе.

Нама се ипак чини да је материја аката владе толико посебна, толико детерминишућа, да изискује њихов посебан правни ре-

³⁷ P. Duez, op. cit., стр. 186—191.

³⁸ P. Duez, op. cit., стр. 193—194.

жим. Ту првенствено мислимо на потребу да ови акти буду изузети од судске контроле законитости. У делатности државе, тј. њених органа, постоји једна област која треба да остане слободна од права, правно неуређена, одн. бар у основним линијама правно уређена, у којој ће се држава понашати сходно тренутном стицају прилика. То никако не значи да у таквим случајевима радња државе треба да буде изузета од сваког облика одговорности. Напротив, таква радња треба да подлеже адекватној одговорности, а то је политичка одговорност. Судска оцена законитости овакве радње била би, међутим, неадекватан облик одговорности.

Бертелеми, пак, сматра да акт владе, као конструкција, логички никако не може опстати.³⁹ Од следеће две ствари, истиче он, могућа је само једна: или је акт владе сагласан закону, али се онда не види зашто би се правила разлика између њега и акта управе, или није сагласан закону, али онда, примећује Бертелеми, „ми не видимо никакав правни основ који овлашћује шефа државе да такве акте доноси, а уколико су они већ донети, не видимо никакво правно правило које их може спасти од тужбе за поништење (*recours en annulation*).“⁴⁰ У ствари, Бертелеми све време губи из вида једну основну ствар: подручје акта владе није детаљно регулисано законом, уколико је овим уопште и регулисано, па стога основно питање које се поставља у вези с овим актима није да ли се може подносити постојање незаконитог акта, већ да ли се може оставити један правно слободан или у основним линијама правно регулисан простор, где због његове особености није целисходно унапред, на генералан начин, правно интервенисати, одн. интервенисати на детаљан начин. Разуме се, ова чињеница повлачи онда за собом изузеће од судске контроле законитости.

Бертелеми напомиње да га испитивање простора који се резервише за акте владе, који се, опет, изузимају од судске контроле, као и читање текстова који установљавају овакву поделу међу актима управе, наводи на помисао да је реч о једној вештачкој разлици, која жели да буде извињење за арбитрерне поступке.⁴¹ У ствари, Бертелеми је жесток противник функције владе као самосталне државне функције, па самим тим и аката владе као еманације те функције.⁴²

Диги је потпуно доследан својој правној теорији државних функција када оспорава постојање политичких аката или аката владе. Ои ће, једноставно, рећи да тај израз ствара „много нејасности и збрке“. Зашто? Просто због тога што, у Дигијевој трипартицији државних правних функција и правних аката, таквом акту нема места. Но, иначе, с гледишта од кога полази Диги, никако није могуће политичким актима признати право постојања.

³⁹ Н. Berthélemy, *op. cit.*, стр. 131.

⁴⁰ Н. Berthélemy, *op. cit.*, стр. 130.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Видети његово историјско тумачење одговарајућих француских позитивних прописа, које иде у прилог тврдњи о непостојању аката владе. Н. Berthélemy, *op. cit.*, стр. 132.

Диги истиче да су анти које извесни писци називају „политички анти“ у ствари анти које издаје влада као политички орган, али да су они по својој природи законодавни или управни. Они, наиме, немају неки посебан, њима својствени материјални правни карактер, већ им је једино својствено обележје формално. Уколико против таквих аката не постоји правни лек, онда то никако не значи да они немају својство управних аката, већ само да је то последица специјалне одредбе неког позитивног закона.⁴³

5. — Из ових кратких коментара гледишта критичара аката владе, очигледан је наш став према овим актима. Њихово постојање везујемо за суштину државе као суверене политичке организације. Тачно је да су у правној држави (а већина савремених држава има обележја правне државе) државне радње прописане правом, али у једној осетљивој области политичких односа, где држава управо иступа као суверена политичка организација, она не доноси општа правна правила којима своју радњу унапред регулише детаљно и прецизно. У овој области државни органи у великој мери поступају слободно од права, будући да се радња која је највише у интересу државе није могла унапред прописати. Она зависи од тренутних политичких прилина, које се унапред нису могле предвидети. Уколико акте у овој области доносе органи извршне власти (шеф државе и влада), онда је реч о политичким актима у ужем смислу, одн. актима владе. Ови анти нису манифестација правне функције државе, они нису правни, те због тога не могу потпадати под режим правних аката. То у правној држави значи да они не подлежу судској контроли уставности и законитости. Државни орган који издаје политичке акте врши суверену власт, која је по каквоћи иста као и власт државног органа који одговарајућим правним актима врши оригиналну правну власт. Па и сама оригинална правна власт је политички акт суверене власти у ширем смислу, с тим што је држава (њен орган) приликом њеног вршења апсолутно слободна, тј. суверена. Реч је управо о различитом степену истог својства, а не о два различита својства. Због тога се не може захтевати да политички анти у ужем смислу буду потчињени правним актима. Правне теорије о државним функцијама покушале су да политичке акте по сваку цену представе као правне, да их подведу под правни режим подзаконских аката и да их тако лише њихове специфичности. А када се тако поступи, не остаје ништа друго до да се закључи како политички анти, у ствари, и не постоје као посебна врста правних аката, што представници ових теорија (Диез, Бертелеми, Диги и многи други) и чине.

Ратко Марковић

⁴³ О политичким актима уопште видети код Дигија: Léon Duguit, *Traité de droit Constitutionnel*, II, Paris, 1928, стр. 306—319. Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1911, стр. 113—119. Видети коментар овог гледишта: И. Крбек, *op. cit.*, стр. 64.

LES ACTES POLITIQUES

— Résumé —

Après avoir défini la notion d'actes politiques (actes du gouvernement), l'auteur expose les théories concernant ces actes, évoque les tentatives de les énumérer dans la théorie, présente les arguments de leurs critiques et produit ses propres arguments en leur faveur.

S'agissant de la notion d'actes politiques, il relève leurs caractéristiques au sens matériel et formel. Au sens matériel, elles sont de trois ordres: 1) le droit ne les réglemente ni avec précision ni de manière détaillée, 2) ils ne font pas l'objet d'un contrôle judiciaire de la légalité, 3) ils servent à mettre en oeuvre une disposition expresse de la Constitution. Au sens formel, ils sont arrêtés par les titulaires du pouvoir exécutif (chef de l'Etat, gouvernement ou membre du gouvernement). Afin de préciser la définition de la notion d'actes politiques, l'auteur dégage la différence entre, d'une part, les actes discrétionnaires et les actes adoptés par nécessité, et de l'autre, les actes politiques eux-mêmes.

L'auteur expose les théories suivantes: 1) la théorie du mobile politique, 2) la théorie qui en fait des actes relevant d'un pouvoir spécial du gouvernement, à la différence du pouvoir administratif, 3) la théorie négative. Passant à l'examen des tentatives pour énumérer les actes politiques dans la théorie, il indique qu'elles se fondent sur la jurisprudence. Selon lui, l'énumération la plus acceptable est celle de P. Duez. Il évoque ensuite les critiques des théories sur les actes politiques et surtout les arguments avancés par P. Duez, A. Barthélémy et L. Duguit. Enfin, il présente sa propre position face aux actes politiques. Il voit leur raison d'être dans l'essence de l'Etat en tant qu'organisation souveraine. L'organe d'Etat qui édicte des actes politiques exerce, au plan de la qualité, un pouvoir souverain identique ou pouvoir juridique originel exercé par un organe d'Etat au moyen d'actes juridiques pertinents. La différence qui existe entre eux est une différence de degré dans le cadre, d'une même qualité, et non une différence entre deux qualités. C'est d'ailleurs pour quoi on ne saurait exiger que les actes politiques soient subordonnés aux actes juridiques.

НЕПРИСТРАСНОСТ ОДЛУЧИВАЊА У ДРУШТВЕНИМ ФУНКЦИЈАМА

У свима људским заједницама, кад из породичних облика израстају шире заједнице са својствима организованог друштва, међу правилима понашања у пословима постојања и опстанка настају и правила о томе како се о тим пословима доноси одлука.

Почев од племенских старешина па до савремених институција путем којих су успостављене јавне функције у управљању друштвеним пословима и разрешавању спорова који по природи заједништва настају у свакој широј заједници, распознају се два основна метода одлучивања о друштвеним пословима. Један, аутократски, где се од врха јавне функције наниже о јавном послу одлучује самосвојно у ограниченом кругу носилаца јавних функција и, други, демократски, где у одлучивању учествује широк круг појединаца. Карактеристично је да се код оба метода, ради заштите интереса у врху организације друштва од свих нижих носилаца јавних функција захтева законитост и непристрасност одлучивања без обзира на разлике које се јављају у владавинским циљевима између аутократске и демократске организације друштва.

Историјски извори у писаном облику који потичу из прастарих друштвених заједница организованих у државе — реч је о сумерској, асирској, вавилонској, перзијској и хебрејској државној организацији у Азији; етиопској и египатској у Африци и хеленској и римској у Европи — које су једна за другом на карике ланца на чијем крају стоје религиозни и државни организациони облици друштвених заједница нашег доба*, посебно извори у законским нормама из те далеке прошлости, показују да се у врше-

* Ради оних којима може изгледати да је таква повезаност и сувише слаба да би била вредна помена, указује се на олтаре у богомољама, орнате свештеникове, троредну папску тијару каква се налази на перзијским барелјефима, владарске круне и остале инсигније у постојећим монархијама. И ланци о врату ректора универзитета подсећају на достојанственике из прошлих времена.

њу јавних функција, нарочито судске функције, од давних времена поставља захтев да одлучивање буде непристрасно.

У свима правним споменицима налазе се изричите одредбе да судска одлука буде заснована на закону и да се ствар која се износи пред суд непристрасно решава. Уз одредбе чији је циљ да се онемогући пристрасност судије, од Хамурабијевог законика до данас налазе се и процедурална правила којима је циљ да законитост судске одлуке не буде ометана пристрасношћу лица из чијих исказа суд треба да утврди чињенице на којима заснива своју одлуку о законитом решењу спора. Идеја непристрасности у доношењу судских одлука и њиховом спровођењу у живот одражава се и у низу одредаба Душановог законика, као и у другим правним споменицима средњовековне организације држава на Балканском полуострву. У културном наслеђу правне свести из тог доба одржало се до данас у народној песми очувано схватање да треба судити истинито, „ни по бабу ни по стричевима“, као и уверење да „правда држи земљу и градове“.

Овде није могуће улазити ближе у оно што прошлост из ризнице историјског наслеђа уноси у савремена хуманистичка схватања о законитости и непристрасности у вршењу јавних функција. Истраживања правних историчара у овој области дала би и одговоре на питања која се постављају у вези с опадањем и пропашћу моћних држава које су, упоредо са слабљењем економског потенцијала у материјалној бази, губиле способност даљег опстанка, између осталог, и зато што су напуштале принципе законитог и непристрасног суђења у организационој надградњи друштва. Некад је процес пропадања почињао и из врха друштвене надградње узурпацијама и самовољом носилаца јавних функција.

Оволико је довољно да би се у даљем разматрању имало на уму да кроз уставне принципе и законске норме нашег правног поретка провејавају и прастаре идеје о непристрасном вршењу јавних функција. У нашим правним нормама одражавају се вековне тежње ка хуманизацији друштвених односа и огледају наша достигнућа у прогресивном кретању на људским слободама у друштву које се изграђује на социјалистичким самоуправним основама.

1. Уставни принципи. Устав СФРЈ, као и устави социјалистичких република и аутономних покрајина сједињених у федеративној Југославији, у основним начелима (IV одељак 2. став 6—9) успоставља личну одговорност носилаца друштвених функција (самоуправних и јавних), одговорност органа власти и самоуправљања, смењивост носилаца друштвених функција и ограничавање њиховог поновног избора и постављења на одређене функције. У целини узев, устави начелно искључују да се друштвена функција изопачи у пристрасно, субјективним побудама мотивисано вршење функције, а ограничавањем понављања мандата за вршење исте функције полазе од претпоставке да дуго остајање на истој функцији може да угрожава правилно остваривање задатака који су у јавним пословима поверени носиоцу функције.

Опасност од девијације у понашању носиоца друштвене функције нема сумње постоји и од пристрасног, самовољног одлучивања која је, у случајевима кад није реч о кривично-казненој одговорности, природна последица урастања у субјективно осећање моћи и идентификовања самог себе са функцијом коју врши.

Начело одговорности носилаца друштвених функција устави употпуњују и начелима о јавности рада свих органа власти и самоуправљања и носилаца друштвених функција у њима; о остваривању контроле радника и других радних људи и друштвене контроле уопште над радом носилаца друштвених функција; као и о остваривању и заштити уставности и законитости.

У нама својственој организацији текућег политичког живота и практичне политике уставним основним начелима успостављене друштвено-политичке организације СКЈ, ССРН и синдикат изричито су упућени да прате рад органа власти и самоуправних органа управљања и носилаца самоуправних, јавних и других друштвених функција и да врше друштвену контролу и критику њиховог рада, нарочито у погледу обезбеђивања јавности рада и одговорности у раду (Устав СФРЈ Основна начела VIII).

После наведених основних начела основано се у уводном делу свих устава при крају констатује да је наш политички систем, између осталог што је речено, усмерен на развитак човека као слободне личности и на даљи развитак социјалистичко самоуправног демократизма, а нарочито у областима у којима преовлађују функције политичке власти.

И у деловима посвећеним засебно основама друштвено-политичког система сви устави нормирају да су носиоци друштвених функција одговорни за вршење своје функције и да је врше на основу и у оквиру устава, закона, односно статута, и датих овлашћења. Сви су они у вршењу својих функција под друштвеном контролом и лично су одговорни за њено вршење и могу бити опозвани, кад су изабрани, односно смењени, кад су именовани. Законом и самоуправним актом утврђују се врсте и услови одговорности носилаца друштвених функција, као и начин и поступак остваривања одговорности носилаца тих функција (члан 95. Устава СФРЈ).

Глава о слободама, правима и дужностима човека и грађанина у свим уставима садржи одредбе које су у ствари гаранције у односу на евентуалну пристрасност носилаца јавних функција кад одлучују о правима и дужностима грађана. Грађани су једнаки у правима и дужностима без обзира на националност, расу, пол, језик, вероисповест, образовање или друштвени положај. Сви су пред законом једнаки (члан 154. Устава СФРЈ).

Устави искључују пристрасност и свако друго несавесно вршење друштвене функције одредбом да је свако дужан да савесно врши самоуправну, јавну и другу друштвену функцију, која му је поверена (члан 156. Устава СФРЈ). Гаранције да свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, државним и другим органима и организацијама, који решавају о његовим правима, обавезама и интересима (члан 180. Устава СФРЈ) и, као што је даље речено, да је сваком зајемчено право

на жалбу или друго правно средство против одлука судова, државних органа и других организација којима се решава о његовом праву или на закону заснованом интересу — обезбеђују и заштиту од пристрасне одлуке којом се негира једнакост пред законом.

Одредба да је противуставна и кажњива свака самовоља којом се повређује или ограничава право човека, без обзира на то ко је врши (члан 198. Устава СФРЈ) својом ширином обухвата и случајеве самовоље која је мотивисана свесном пристрасношћу приликом одлучивања у јавној функцији.

И Глава о уставности и законитости садржи одредбе које штите од пристрасности у доношењу одлука органа. Ту је проглашан принцип стриктног легалитета у процедури којом се долази до одлуке: Државни органи као и организације удруженог рада и друге самоуправне организације које врше јавна овлашћења, могу у појединачним стварима решавати о правима и обавезама или на основу закона примењивати мере принуде или ограничења, само у законом прописаном поступку у коме је сваком дата могућност да брани своја права и интересе и да против донесеног акта изјави жалбу или употреби друго законом предвиђено правно средство (члан 213. Устава СФРЈ). У сваком поступку закон предвиђа и могућност пристрасности у доношењу одлуке и отклања је својим прописима.

Најзад, Глава у којој се налазе уставне одредбе о судству, посебно има у виду значај судске функције у заштити слобода и права грађана и самоуправног положаја радних људи и у обезбеђењу уставности и законитости.

У овим уставним нормама установљена је независност судова у вршењу судске функције и принцип да суде искључиво на основу устава, закона и самоуправних аката (члан 219. Устава СФРЈ); што у себи носи гаранتيју непристрасног одлучивања слободног од сваког утицаја, а поготово диктата од стране других носилаца друштвених функција, пре свега носилаца функције власти.

Значај гаранције у заштити од пристрасног суђења има и уставна одредба да се редовни судови (као органи државне власти) установљавају законом. То значи да устав искључује могућност редовног суда који би се образовао да одлучи о појединачном случају, то јест, суда који није законито установљен пре него што је настао спор о коме има да одлучи. Од каквог је значаја ова компонента легалитета у доношењу непристрасне судске одлуке, могу да послуже као илустрација назови судови који се у наше време формирају истог дана над и доносе одлуке и кривичном пресудом одлучују у несрећним братоубилачким околностима политичких превирања у неким државама на азијском и афричком континенту.

После одредаба о бирању и разрешавању носилаца судијске функције, устави садрже и одредбу о тзв. имунитету у вршењу судске функције. Према тој одредби нико ко учествује у суђењу не може бити позван на одговорност за мишљење дато приликом доношења одлуке, а у поступку покренутом због кривичног дела

учињеног у вршењу судске функције не може бити притворен без одобрења надлежне скупштине друштвено-политичке заједнице (Члан 231. Устава СФРЈ).

И имунитет носилаца судске функције има одраза на обезбеђење непристрасног суђења. Имуитет обезбеђује судију од притиска и утицаја који би могли, иако недопуштени, да се јаве у кругу вршења власти и који би могли да доведу до неједнакости странака у спору односно до неравноправног положаја окривљеног. У том смислу имунитет обезбеђује и странке од пристрасности судије приликом расправљања и доношења одлуке која би била последица притиска односно утицаја на судију. Међутим, имунитет не обезбеђује од својеволјне или несвесне пристрасне одлуке судије који стаје на страну једне од странака, а поготово не од кривичног дела учињеног у вршењу судске функције, као што је, на пример, примање мита. Шта више, тада имунитет, ако закон не би давао одговарајућа решења, може да погодује пристрасном суђењу.

Уставне одредбе имају у виду покретање кривичног поступка због кривичног дела учињеног у вршењу судијске функције и тада притвор окривљеног изричито условљавају одобрење надлежне скупштине. У ствари, устав имунитет судије од лишења слободе поверава скупштини као највишем органу власти у оквиру права и дужности друштвено-политичке заједнице (члан 132. Устава СФРЈ), а томе највишем органу закон даље поверава и остале случајеве непосредне контроле над радом носилаца судијске функције које бира. По овлашћењу устава и под условима у поступку који прописује закон скупштина може и да разреши носиоца судске функције и пре протекла одређеног периода за који је биран, ако утврди да своју дужност не врши законито.

Посебно се поставља питање смисла уставне забране позивања на одговорност за мишљење дато приликом доношења судске одлуке кад није у питању кривично дело учињено у вршењу судске функције. Ова забрана не искључује општу одговорност носилаца судске функције за њихов рад која је је уставно успостављена у претходним одредбама о друштвено-политичком систему у смислу члана 95. Устава СФРЈ.

И носиоци судске функције стоје под друштвеном контролом и они су одговорни да се та функција остварује у оквиру устава, закона и самоуправних општих аката. Кад устав искључује одговорност за мишљење приликом доношења судских одлука, мисли се на одговорност у појединачним случајевима, на судијско уверење о истинитости чињенице на којима се заснива одлука и на интерпретацију прописа из закона или другог општег акта који треба применити. Искључење од одговорности не долази у обзир кад је реч о злоупотребама које носилац судијске функције може учинити у обављању функције, о кршењу устава и закона, о самовољи и арбитрерности. Пристрасност у доношењу одлуке о појединачној ствари која има свој основ у протекционизму и приватизацији јавне функције у било ком виду, кад то буде утврђено под условима и по поступку који порописује закон, може и треба

да буде основ за разрешење од дужности даљег вршења судске функције.

Ипак, по правилу, пристрасност носиоца судске функције у појединачним случајевима отклања се процедуралним институтом изузећа као законским решењем које обезбеђује непристрасно суђење.

2. Изузеће. Сви процесни закони имају у виду да у свакој ствари постоји општи интерес да одлука која се доноси у вршењу јавне функције буде донета непристрасно, на подлози истините садржине односа о коме се одлучује.

Посматрајући одредбе Закона о парничном поступку које предвиђају случајеве у којима носиоци судске функције (судије и судије-поротници) не могу вршити судијску дужност, није тешко уочити традиционалне разлоге који своје порекло дугују далекој прошлости, где се по природи ствари претпоставља да судија мора да буде изузет од суђења у одређеном спору, пошто је лично заинтересован за исход спора.

То су случајеви: ако је судија односно судија-поротник сам странка, законски заступник или пуномоћник странке, ако је са странком у односу саовлашћеника, саобвезника или регресног обвезника; ако му је странка или законски заступник или пуномоћник странке сродник по крви у правој линији до било ког степена, у побочној линији до четвртог степена, или му је брачни друг или сродник по тазбини до другог степена, без обзира да ли је брак престао или не; ако је старалац, усвојилац или усвојеник странке, њеног законског заступника или пуномоћника. Овим традиционалним разлозима закон додаје и изузеће носиоца судске функције који стално или привремено ради у радној заједници, организацији удруженог рада или у другом друштвеном или грађанском правном лицу које је странка у поступку.

Уз законске претпоставке о директној заинтересованости за исход спора, закон изузима и судију односно судију-поротника који је у истом предмету саслушан као сведок или вештак или је суделовао у доношењу одлуке нижег суда или самоуправног суда. Овде закон отклања могућност да се судија поведе за својим раније формираним уверењем о чињеничном стању односно исходу спора.

Кад Закон о парничном поступку набраја изричито случајеве, тиме категорички искључује необјективно суђење и субјективне сметње које чине носиоца судске функције неподобним да о конкретној ствари суди. Та правила не обухватају све случајеве субјективног суђења. Уз одређено дате односе који су разлог за изузеће Закон о парничном поступку оставља могућност да носилац судске функције буде изузет „ако постоје друге околности које доводе у сумњу његову непристрасност“ (члан 71. тачка 6) ЗПП). Овом одредбом закона обухваћени су и други случајеви који се могу јавити у животу где странке сумњају у непристрасност појединих судија односно судија-поротника пред које је спор изнет.

Пракса показује да се сумње у непристрасност судије или судије-поротника јављају најчешће због околности које закон ни

ради примера не набраја: пријатељство, кумство, на неким подручјима где се одржава племенска традиција — и братственичке везе. Посебан основ за овакве сумње у мањим местима даје и присније дружење између судије и адвоката које се понекад манифестује и као свакодневно заједничко коришћење слободног времена у кафани, риболову и другим спортовима. Судије у мањим местима морају о овом да воде рачуна и да имају у виду и оне странке које, у заслепљености парничара, губитак парнице могу да приписују „везама“ друге стране.

Из праксе долазе и друга упозорења због којих носиоци судске функције треба да у вршењу неких специфичних дужности суда поступају стриктно у оквирима законских одредаба. Тако, на пример, члан 11. ЗПП ставља суду у дужност да странку која се из незнања не користи правима која јој припадају у парничном поступку поучи које радње може предузети.

Ово правило може да буди сумње на другом страни, којој поучавање неке странке може да изгледа као пристрасност судије. То захтева да уз поуку у присуству друге странке буде јасно показано да то судија чини испуњавајући своју обавезу из члана 11. ЗПП, да се ради само о процесним радњама. Проучавањем о материјалном праву судија основано буди сумње о прејудуцирању одлуке у спору.

Пракса показује да понекад повод за искривљавање представе о суду као непристрасном органу настаје из субјективних својстава судије због којих странка може погрешно да верује да судија намерно ради против њених интереса или да је корумпиран од друге стране. Та се својства јављају у предрасудама које судија може имати, а да их није ни свестан; да буде у понашању арогантан, или обрнуто, непотребно сусретљив; да има аверзију према сложеним предметима који се дуго већ расправљају и да нерадо поступа по њима, па да тиме код странке изазива сумњу да ствар намерно развлачи; да у самом почетку оцени да тужба не може имати успеха и да то, ако не речима оно својим држањем, испољава итд., итд.

Треба посебно истаћи значај непристрасног суђења на главној расправи где странке, а и грађани који присуствују јавном суђењу, непосредно оцењују да ли се питања од значаја за одлуку претресају свестрано и непристрасно. Стављајући председнику већа у дужност да руководи расправом, закон изричито тражи да председник већа, ради свестраног претресања свих питања од значаја за одлуку, постављањем питања и на други погодан начин настоји да чињенице и докази буду потпуно изнесени и да пружи разјашњења потребна за утврђење чињеничног стања (члан 298. ЗПП).

Оваква улога, према условима који су законом постављени, може да буде испуњена само ако председник већа има посебна лична својства која, иначе, нису неопходна за вршење функције судије у вишем суду. Не само кад формално руководи расправом (отварање расправе, које позван, ко присуствује и сл.), већ посебно у материјалном руковођењу председник већа мора да је комуникативна личност, да приликом извођења доказа није сугес-

тиван, да је толерантан, да има разумевање за ситуације у које може да дође странка или сведок у току расветљавања околности и чињеница које су предмет доказивања.

У свему томе испољава се истовремено и у којој мери председник већа господари техником суђења. У даљој анализи својстава председника већа и законом уређених односа који настају кад свој посао обавља на главној расправи, мора се указати и на могућност до које, истина, ретко долази у форми која је неподношљива, да председник већа, због склоности да ствар прејудуцира, штетно делује на утврђивање чињеница на главној расправи. Није реч о несавесности, већ о личном својству које избија и у другим животним ситуацијама, а које, кад је реч о суђењу, правна теорија назива прејудуцијумом — опредељењем за једну од теза о исходу спора пре него што је ствар свестрано расправљена.

У таквим случајевима председник већа се подсвесно определио од самог почетка за одређену тезу и врло је пажљиво извиђао околности које јој иду у прилог, а занемарио је оне резултате расправљања који не могу да се уклопе у разлоге унапред планираног исхода спора. Такво опредељење распознаје се у току расправљања кад председник већа, уместо да у записник унесе умесну интервенцију странке односно њеног пуномоћника адвоката, изјави да је „суд чуо“. Ово посебно погађа странке кад нема чланова већа, јер расправом руководи судија-појединац.

Искуства праксе усмеравају на закључак да основ непристрасности председника већа и сваког другог носиоца функције лежи у моралној чврстости којом у обављању своје друштвене функције поштује уставне гаранције непристрасности. Уз познавање закона, у сваком суђењу огледа се и општа култура носиоца судске функције и ширина којом гледа у животна збивања око себе у средини у којој живи и врши судску функцију.

После свега што је речено о садржини Закона о парничном поступку, треба рећи да и сви остали процесни закони, кривични поступак у првом реду, следе уставне принципе који гарантују непристрасност у одлучивању, с тим да се одредбе Законика о кривичном поступку сходно примењују и на носиоце јавних функција у другим казненоправним поступцима, а Закон о парничном поступку у поступцима које проучава Грађанско процесно право (парнични, извршни, ванпарнични и поступци пред самоуправним судовима), као и у управним споровима.

3. Непристрасност функционера федерације. Федерално државно уређење учвршћено Уставом СФРЈ 1974. године унело је у класичан принцип непристрасног одлучивања нове елементе кад је реч о јавним функцијама функционера федерације.

Закон о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе („Службени лист СФРЈ“ број 23/78) спроводи у живот уставне поставке у Основним начелима I Устава СФРЈ о равноправаном учешћу република и аутономних покрајина у органима федерације тако што одређује да се приликом именовања односно постављења функционера који руководе савезним органима управе и савезним организацијама и њихових

заменика води рачуна о националном саставу и да у припремању предлога за именовање односно постављење буде обезбеђено учешће одговарајућих органа у републикама односно аутономним покрајинама.

Устав СФРЈ у члану 362. садржи принцип који генерално важи за све носиоце извршне функције у федерацији. Равноправност учешћа република и аутономних покрајина у органима федерације по природи ствари чини састав органа мултинационалним. Да би се обезбедило да Савезно извршно веће ради хомогено и јединствено, да буде одговорно искључиво Скупштини СФРЈ, што важи не само за чланове СИБ већ и за друге функционере у савезним органима управе и савезним организацијама, Устав СФРЈ у члану 362. утврђује да су сви они искључиво одговорни органима федерације и у вршењу своје функције не могу примати смернице и налоге органа и функционера других друштвено-политичких заједница, ни поступати по њиховим смерницама и налозима. Ову наредбу устава понавља и наведени закон о савезним органима управе.

Према томе, функционери федерације и по уставним и по законским одредбама независни су у свом раду и одлучивању од органа у републикама односно аутономним покрајинама, који иначе учествују по правилу као иницијатори, у припремању предлога за њихово именовање односно постављење. Отклањајући изричито могућност да органи и функционери других друштвено-политичких заједница дају смернице и налоге функционерима федерације, уставне и законске одредбе посредно захтевају да функционери федерације који су носиоци извршне функције непристрасно поступају и одлучују у свом раду.

Треба приметити да примена овако легално успостављених односа независности и непристрасности извршних функционера федерације зависи од етичке принуде у поштовању правила морала социјалистичког самоуправног друштва. Самим тим што се из других друштвено-политичких заједница не утиче на извршне функционере федерације смерницама и налозима, не обезбеђује се непристрасност носилаца извршне функције у федерацији. Кадровска политика у федерацији неизбежно је, између осталог, усмерена и на то да у састав извршних функционера федерације уводи оне радне људе чији морални квалитети гарантују складно функционисање и развој федералних односа у нашој социјалистичкој самоуправној заједници као целини.

4. Самоуправљање. Развој самоуправљања донео је нашој друштвеној заједници нове друштвене односе до сада никад и нигде неостварене ни у једној држави. Послови којима се остварује самоуправљање не могу се овде никаквим њиховим набрајањем у појединостима приказати, па се отуда не може ни детаљније улазити у правила о томе како се у самоуправљању одлучује.

У једном најопштијем погледу на управљање друштвеним пословима у друштвено-политичком систему од помоћи је одредба у Основним начелима II Устава СФРЈ да на основу права на самоуправљање сваки радни човек у управљању друштвеним пословима одлучује, равноправно с другим радним људима, о свом раду,

условима и резултатима рада, о сопственим и заједничким интересима и о усмеравању друштвеног развитка.

О томе конкретније говори и одредба члана 89. Устава СФРЈ према којој радни људи управљају друштвеним пословима одлучивањем на зборовима, референдумом и другим облицима личног изјашњавања у основним организацијама удруженог рада и месним заједницама, самоуправним интересним заједницама и другим самоуправним организацијама и заједницама, путем делегата у органима управљања тих организација и заједнице, самоуправним споразумевањем и друштвеним договарањем, путем делегација и делегата у скупштинама друштвено-политичких заједница, као и усмеравањем и контролом рада органа одговорних скупштинама.

Из оваквог комплекса одлучивања у самоуправљању, на први поглед, могло би се лично изјашњавање издвојити пошто не спада у одлучивање на основу вршења посебних овлашћења (мандата) у друштвеној функцији. Сигурно је да лично изјашњавање референдумом и у свим другим облицима кад је реч о доношењу општег акта, има својства класичног гласања, а не одлучивања у вршењу функције. Међутим, у надлежности је збора у основној организацији удруженог рада да одлучује и о приговорима појединих радника против појединачног акта органа управљања. Тада одлука збора радника представља инстанцу у спору о томе да ли је правилно одлучено појединачним актом. Личним изјашњавањем овде се у ствари суди у спору између појединца и органа управљања после расправљања на збору који се своди на пледоаје и није расправљање извођењем доказа пред збором. Стога се може поставити питање да ли је такав поступак у складу с гаранцијама које устав и закон пружа непристрасном одлучивању у појединачним стварима у спору о правима и обавезама појединца који, по правилу, може да се износи даље пред суд удруженог рада.

Наиме, о законитости појединачних аката којима државни органи или самоуправне организације и заједнице које врше јавна овлашћења, решавају о правима и обавезама одлучује се такође у две инстанце, а у другостепеној инстанци одлуку доноси нов орган изван састава органа који је донео првостепену одлуку. Даље се о законитости појединачног акта одлучује у управном спору пред редовним судом.

Кад је већ реч о вршењу судске функције у решавању спорова из самоуправних односа, међу самоуправним судовима судови удруженог рада, према уставним и законским одредбама, ничим се не разликују од редовних судова у погледу гаранција њихове независности и непристрасности. То се може рећи и за сталне арбитраже при привредним коморама, мировна већа и изабране судове, јер и у овим облицима самоуправних судова чланови суда врше своју судску функцију на основу изборног мандата добијеног од одговарајућих тела и на основу законом прописаног поступка.

Изузетак међу самоуправним судовима чини арбитража која се, према изричитој одредби члана 127. Устава СФРЈ може предвидети самоуправним споразумом и друштвеним договором за спорове који настану у спровођењу споразума односно договора. Арбитра-

жу, као самоуправни суд, без ближих опредељења о њеном успостављању, предвиђа и Закон о удруженом раду у члану 40. кад је реч о посредовању ради усаглашавања несагласности из друштвено-економских и других самоуправних односа и у решавању спорова из тих односа; установљава арбитражу у члану 341. за спорове који настану издвајањем основне организације; према члану 578. арбитража решава спорове који настану у спровођењу самоуправних споразума и друштвених договора, док према члану 599. и 601. решава појединачно означене спорове у вези са самоуправним споразумом (престанком важења, изменама споразума, правична накнада због раскида).

Сигурно је да и арбитража из одредаба устава и Закона о удруженом раду има легалитет у вршењу своје функције суда, јер њено установљење самоуправним општим актом има законски основ у ширем схватању законитости у социјалистичком самоуправном друштву где судови, према одредби члана 219. Устава СФРЈ, суде на основу устава, закона и самоуправних општих аката. Ипак, чињеница је да развитак ових арбитража заостаје.

Не улазећи у остале узроке (међу првима је спорост трансформације организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница на њихово повезивање самоуправним споразумима и друштвеним договорима), један од узрока је и то што је остављено да се искључиво самоуправним актом или споразумом уреде питања поступка пред арбитражом, где улазе и питања изузећа због пристрасности кад се она по закону претпоставља, а поготово због околности које наводе на сумњу о пристрасности.

Тешкоће у формирању непристрасне арбитраже огледају се нарочито код тзв. унутрашње арбитраже која се образује у самој организацији удруженог рада, другој самоуправној организацији и самоуправној интересној заједници ради одлучивања о правима или дужностима из самоуправних односа у организацији односно заједници. Такву арбитражу, на пример, предвиђа одредба члана 341. ЗУР за спорове о издвајању основне организације.

Довољно је подсетити до каквих све сложених односа, а тиме и вишеструких интереса, долази у удруженом раду у самој организацији удруженог рада. Реална опасност од таквог управљања и расподеле дохотна којима се изопачавају друштвени односи у удруженом раду, као што то и устав предвиђа: у виду бирократске самовоље, технократске узурпације, присвајања друштвених средстава на групносвојинској основи и други облици приватизације тих средстава, додајмо, и приватизације у успостављању радних односа — може да постоји и у споровима о којима расправља и одлучује унутрашња арбитража. Ако су радници организације односно заједнице чланови ове арбитраже, очигледно је да могу имати и своје личне интересе у решавању спора. Управо на претпоставци постојања тих интереса Закон о парничном поступку изузима од суђења носиоце судске функције који стално или привремено раде у организацији удруженог рада која је странка у спору.

Укратко, друштвена функција носилаца судске функције у арбитражи у пракси није учвршћена као друштвена функција са дужношћу независног и непристрасног одлучивања. Као радник у конкретно удруженом раду у организацији односно заједници у којој настаје спор, арбитар је у положају да одлучује у ствари у којој је неизбежно заинтересован. С друге стране такав радник најбоље и познаје чињенице и узроке из којих спор настаје. Једина гаранција непристрасности налази се овде у моралним квалитетима арбитра и његовој непоколебљивој привржености уставним начелима о удруженом раду где радан човек, радећи средствима у друштвеној својини, остварује не само свој лични материјални већ и морални интерес да се о свим пословима одлучује у условима одговорности и солидарности с другим људима удруженим у раду.

Напоменимо, да се питање непристрасности арбитраже посебно поставља у споровима о односима сложених радних организација интегрисаних у привредно јединство које има често и своје федералне елементе.

Како стоји ствар с управљањем друштвеним пословима путем делегата у органима управљања у самоуправним организацијама и и заједницама и делегата у скупштинама друштвено-политичких заједница, кад појединци врше друштвену функцију у друштвено-економском и политичком систему, од основних организација удруженог рада па до сложених организација, комбината и индустријских гиганата у производњи, од општине до федерације?

Немогуће је у оквирима овог рада анализирати одлучивање у делегатском систему, почев од делегата у радничком савету, па до делегација у федерацији. Сигурно је да у свим случајевима делегатски систем може да функционише само уз услов да делегат има својства која су у погледу одлучивања у складу с правилима морала социјалистичког самоуправног друштва.

Посебно, ипак, вреди издвојити друштвену функцију делегата у радничком савету. Устав и Закон о удруженом раду успостављају делокруг радничког савета одредбама које овом органу управљања дају најшира овлашћења да одлучује о остваривању појединачних права, обавеза и одговорности. Раднички савет је овлашћен и да образује дисциплинску комисију (чији чланови врше друштвену функцију кад одлучују о дужностима радника у појединачним случајевима), а и друге комисије као своје извршне органе.

Није тешко замислити у каквом се положају могу наћи чланови радничког савета (а и дисциплинске комисије, па и конкурсних комисија), кад треба донети одлуку о питањима појединачних права, дужности и одговорности. Одлука неретко решава животна питања радника: права на успостављање радног односа, престанка радног односа, права на стан. Члан радничког савета у вршењу своје друштвене функције дужан је да одлучује независно од могућих притисака који би долазили споља или из саме организације, а често и да се свешћу о дужности непристрасног одлучивања одупре личним, субјективним побудама пристрасности у међусобним људским односима.

Истина је да одлуке радничког савета, као и других органа управљања у организацији удруженог рада подлеже контроли у поступку пред судом удруженог рада односно другог самоуправног суда којом се у крајњем исходу обезбеђује законитост и непристрасност. Међутим, ово примарно одлучивање органа управљања у организацији удруженог рада од огромног је значаја за развитак самоуправљања. Незаконита и пристрасна одлука деморалише не само раднике у органу који је одлуку донео него и све друге раднике који су упознати с истином о односу о којем је одлучено.

ЗАКЉУЧАК

Непристрасност одлучивања у друштвеној функцији теоријски је примарно феномен моралног понашања у управљању друштвеним пословима. По својим практичним последицама пристрасно одлучивање угрожава темеље друштвено-политичког уређења.

У нашој правној науци није поклоњено довољно пажње непристрасности у вршењу јавних функција вероватно због тога што се ближе улажење у питања остваривања овог темељног принципа правног поретка узима као ствар друштвене контроле путем конкретног надзора од стране одређених друштвено-политичких фактора.

Такав став би морао да се мења поготову у садашњој експанзији самоуправног одлучивања у којем управо и долази до нежељених случајева изопачавања друштвених односа у виду бирократске самовоље, приватизације, недозвољене заштите групних интереса, па и до партикуларизма. Домашај пристрасности проширио се изван сфере у коју је институт изузећа појмовно смештен углавном у процесно законодавство, а поготово изван сфере парничења.

Пристрасност у доношењу одлуке у друштвеној функцији у ствари је негација једнакости грађана и њихових организација, посебно радника у удруженом раду, пред судом и у сваком другом поступку у коме се решава о правима и обавезама радних људи и грађана и њихових организација.

Миленко Јовановић

БЕСПРИСТРАСТНОСТЬ РЕШЕНИЯ В ОБЩЕСТВЕННЫХ ФУНКЦИЯХ

— Резюме —

В кратком историческом обзоре указано на нормы закона из далекого прошлого, о том, что носители общественных функций должны беспристрасно выносить решения, особенно при исполнении судебной функции. Идея о беспристрастном судопроизводстве из правовых памятников средневековых государств Балканского полуострова и правового сознания

тех времен, сохранилась до наших дней в пословицах, что надо судить честно: „Хлеб-соль ешь, а правду режь“ или „Правда в огне не горит и в воде не тонет.“

Сейчас в Югославии конституционные принципы исключают возможность извращения общественных функций и пристрастной, субъективной мотивировки исполнения этой функции. Определены и личная ответственность носителей общественных функций, публичность работы всех органов власти и самоуправления и носителей функций в них, контроль над работой носителей общественных функций.

Подробнее описан институт изъятия в процессных законах, которым конкретно обеспечивается беспристрастное вынесение решения в исполнении публичной функции, на основании подлинного содержания отношения, о котором решение выносится.

Представлены и новые элементы, вводящиеся в классический принцип беспристрастного решения развитием государственного строя и самоуправления в Югославии. Беспристрастность в исполнении публичных функций в федерации определяется Конституцией и законом. В самоуправлении беспристрастность обеспечена законом при самоуправленческом судопроизводстве, а в остальных видах самоуправленческого вынесения решений, особенно при исполнении общественной функции делегата, беспристрастность находит опору в правилах морали социалистического самоуправления общества.

Исходя из заключения в конце, беспристрастность решений в общественной функции теоретически на первом месте является феноменом морального поведения в управлении общественными делами. По своим практическим последствиям пристрастное решение делает угрозу фундаментам общественно-политического строя.

В югославской юридической науке не обращено должное внимание беспристрастности в исполнении публичных функций, наверно оттого, что непосредственное осуществление этого фундаментального принципа правового порядка считается должностью общественного контроля путем конкретного надзора со стороны определенных общественно-политических факторов.

Такое отношение должно меняться, особенно в условиях современного всестороннего развития принципа самоуправленческого решения в котором и встречаются нежелательные извращения общественных отношений в форме бюрократического произвола, приватизации, непозволительной защиты интересов групп и даже партикуляризма в федеральных отношениях. Пристрастность расширилась вне сферы, в которую помещается по понятию институт изъятия (процессное законодательство), а тем более вне сферы судебного разбирательства.

Пристрастность вынесения решения в общественной функции есть отрицание равноправия граждан и их организаций, особенно трудящихся в объединенном труде, перед судом и каждой иной институцией, где решаются права и обязанности трудящихся и граждан и их организаций.

ДРУШТВЕНА ОПАСНОСТ И ПРОТИВПРАВНОСТ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

I. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

У природном смислу, као кривично дело се сматра свако људско понашање које проузрокује извесну промену у спољном свету. Међутим, кривично дело је појава која има и своју друштвену и правну страну, па се као други елемент појма кривичног дела појављује друштвена опасност и противправност предузетог понашања. Овај елемент одређује друштвени и правни значај кривичног дела. Да би једно понашање, које у природном смислу проузрокује једну последицу, било кривично дело, оно мора да производи и неку промену у друштву, односно у правном поретку. Оно мора да се појављује као повреда правног покрета, тј. да буде противправно.

Код одређивања појма противправности, као прво се поставља питање — да ли треба одредити самоформалну дефиницију противправности или је неопходно да се одреди и материјално, односно садржинско, значење противправности? Тако се у теорији кривичног права најпре долази до формалног појма противправности.

1. Формални појам противправности

Код одређивања формалног појма противправности, срећу се различита мишљења.¹

1) По схватању које потиче од представника класичне школе, која је нарочито разрадила правну страну кривичног дела, суштина кривичног дела се састоји у односу супротности између једног људског понашања и кривичног закона. Уколико је једно људско понашање противно закону, онда је оно самим тим и против-

¹ Т. Живановић, Основи кривичног права Краљевине Југославије, Општи део, Београд, 1923, страна 198.

правно. При томе, није од значаја да ли се таквим понашањем наноси каква штета друштву или не.

2) По учењу чувеног немачког научника Биндинга, противправност би била противност једног понашања одређеној друштвеној норми. Биндинг полази од става да су норме правна правила којима се нешто забрањује или наређује, док су кривични закони прописи који представљају санкције за повреду тих норми. Заслуга је Биндинга што је указао на разликовање противправности кривичног дела и предвиђености кривичног дела у кривичном закону. То су, очигледно, два различита елемента кривичног дела.

3) Формално дефинисање противправности среће се и код немачког научника Белинга који, слично Биндингу, одређује противправност као противност једног људског понашања одређеној норми. Међутим, Белинг томе додаје још и то да норме које представљају основ противправности припадају различитим гранама права. Ради се о широкој области приватног права, административног права, као и других грана права. Оно што је битно са гледишта одређивања појма противправности је то што се увек ради о противправности одређеној норми, без обзира о којој се норми ради.

2. Материјални појам противправности

У теорији кривичног права убрзо се увидело да није довољно да се одреди само формални појам противправности, већ да је неопходно да се сагледа и његова материјална страна. А то значи да је неопходно да се удуби у садржину кривичног дела као људског понашања које проузрокује одређену последицу.

Међу схватањима о потреби материјалног дефинисања појма противправности, најпознатије је оно које заступа М. Е. Мајер. По овом схватању, противправност је противност једног понашања културним нормама које су признате од државе и које забрањују или наређују одређено понашање ради заштите одређених друштвених односа. Културне норме имају свој основ у моралу и обичајима и одређују начин мишљења и осећања једног народа у одређеном периоду.

По Мајеровом схватању, међутим, да би једно понашање било противправно није довољно да је оно само противно културним нормама. Уз тај услов, неопходно је још и да је за такво понашање предвиђена кривична санкција у кривичном или неком другом закону. Према томе, ради се о повреди културних норми одређене вредности и значаја, јер су кривичне санкције предвиђене у кривичном закону само за случајеве повреде таквих норми.

3. Материјално-формални појам противправности

Потребу обједињавања формалног и материјалног појма противправности, први је истакао Франц фон Лист. По његовом схватању, противправност у формалном смислу је противност државној

норми, у виду заповести или забране. У материјалном смислу, противправност означава напад на правно заштићене интересе. На тај начин, Лист дефинише кривично дело у смислу противправности, као формални прекршај државне норме, заповести или забране правног поретка и материјални напад на правно заштићене интересе.²

Овакво схватање формално-материјалног дефинисања противправности заступа и Тома Живановић. По његовом схватању, дефинисање противправности у формалном смислу значило би да је противправност противност извесном правном пропису (норми) у облику напада на извесно кривично-правно добро (живот, слободу, част, итд.). У материјалном смислу, противправност је противност извесном правном пропису (норми у облику напада на извесну кривично-правну, индивидуалну или колективну, потребу постојања друштва — државе.³

Из схватања која истичу потребу и материјалног одређивања противправности, произилази да противправност не значи само противност једног људског понашања одређеној норми, већ значи и то да такво понашање значи и напад, односно угрожавање одређених друштвених вредности. А то, практично, значи да је такво понашање друштвено опасно. Друштвена опасност једног понашања је, дакле, материјално обележје, материјална страна противправности. Због тога се друштвена опасност и противправност сматрају као два обележја једног истог елемента кривичног дела.

II. ДРУШТВЕНА ОПАСНОСТ И ПРОТИВПРАВНОСТ КАО ЕЛЕМЕНТ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Претходна излагања су указала на неопходност материјално-формалног дефинисања појма противправности. На основу њих, дошло се до закључка да се противправним сматра оно понашање које је не само противправно одређеној норми, већ које је и друштвено опасно. Оваквим дефинисањем противправности, међутим, није речено у чему се састоје друштвена опасност и противправност као два обележја једног истог елемента појма кривичног дела. О томе ће бити речи у излагањима која следе.

1. Појам и значење друштвене опасности

На првом месту, као друштвено опасно, сматра се оно дело које има највиши степен друштвене штетности.⁴

За појам штете, везана су мање-више сва схватања појма друштвене опасности. Тако се као друштвено опасно дело сматра

² Франц фон Лист, Немачко кривично право, Београд, 1902, стр. 152.

³ Т. Живановић, *op. cit.*, стр. 205.

⁴ Ј. Таховић, Кривично право, Општи део, Београд, 1961, с. 117

оно дело које наноси више штете него користи једноме друштву.⁵ Под штетом која се наноси понашањем које се сматра кривичним делом, подразумева се материјални губитак друштва, али не само губитак физичних (предметних) добара друштва, већ и губитак у области оних функција друштва кроз које се испољава његова реална егзистенција. Материјална штета постоји, дакле, и онда када се угрожава, ремети, уништава или оштећује нека друштвена институција или друштвени однос кроз који се изражава или који условљава живот друштвене заједнице. Према томе, штета се може дефинисати као губитак на плану материјалне структуре друштвене заједнице, подразумевајући под елементима материјалне структуре како суму физичних добара друштва, тако и суму оних друштвених механизма кроз које, или преко којих, друштво као такво функционише.⁶

Овакав појам друштвене опасности увек се мора ценити и с обзиром на време у коме се једна радња предузима и с обзиром на околности (унутрашње и спољне) у којима једна заједница живи. Због тога се друштвено опасним делом може сматрати само оно дело које је опасно у одређено време и у датим економским, политичним и друштвеним приликама.⁷

Иако у југословенској теорији кривичног права постоји општа сагласност да друштвена опасност представља својство општег појма кривичног дела (било као самосталан елемент, било као посебно обележје противправности, о чему ће бити речи нешто касније) чини се да право значење овог појма није до краја објашњено.

Да би се схватило шта представља друштвена опасност као обележје кривичног дела, мора се поћи од тога да у сваком друштву, с обзиром на своју природу и значај, постоје веома разноврсне појаве, почев од оних које су друштвено корисне, па до оних које су штетне за друштво. За разматрања која се овде чине, нарочито су значајне ове последње — друштвено-штетне појаве, односно понашања. То су одприлике она понашања која су противна општим интересима целокупног друштва. Таква, друштвено-штетна понашања могу да буду веома различитог интензитета. Она понашања код којих је степен ове штетности нижи, представљају моралне деликте који су обично санкционисани моралним санкцијама — прекором јавног мњења, излагањем презиру од стране јавног мњења, итд. Међутим, код извесних понашања тај степен друштвене штетности иде даље. Боље речено, друштвена штетност тих понашања је вишег интензитета. Тако се долази до понашања која се сматрају деликтима у области грађанског и породичног права и неких других области права. Ови деликти су, на извесан начин, од интереса за кривично право нарочито када се ради

⁵ М. Радовановић, Кривично право, Општи део, Београд, 1972, страна 83.

⁶ Д. Атанацковић, Однос друштвене опасности и противправности као елемената општег појма кривичног дела, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2, 1969, страна 209.

⁷ Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, Кривично право СФРЈ, Општи део, Београд, 1978, страна 149.

о деликтима који су познати под именом прекршаја или привредног преступа. Степен друштвене штетности ових деликата који се огледа кроз напад на одређене друштвене интересе или кроз угрожавање тих интереса је већ такав да је неопходна интервенција друштва путем примене одређених правних санкција из области управног и привредног права.

Најзад, степен друштвене штетности појединих понашања узима такве размере да та понашања представљају напад или угрожавање оних општих интереса друштва које значе основ друштвене заједнице, боље речено, основне услове њеног даљег опстанка. Појава ових деликата показује да је интензитет њихове друштвене штетности изузетно висок и да се на њих не може утицати мерама, односно санкцијама које су предвиђене за друштвено-штена понашања нижег интензитета, већ да се морају пронаћи неке нове, ефикасније, санкције. Оваква понашања, дакле, представљају деликте са највишим степеном друштвене штетности. Та штетност представља полазну тачку за објашњење садржине и значење друштвене опасности. Пре свега, ако је та штетност високог интензитета, онда такво понашање, уз постојање осталих услова, представља кривично дело. За такво понашање, учинилац се кажњава. Значи, казна се изриче због штете коју је учинилац проузроковао својим понашањем.

Изрицањем казне учиниоцу због друштвене штетности његовог понашања проблем (криминалитет) се не решава. Тиме што се неко кажњава због тога што је погрешно, није остварен циљ казне. На тај начин се разрешава само оно што се већ догодило. Међутим, казна мора више да буде окренута будућности учиниоца кривичног дела и друштва у коме живи. Тиме што је својим понашањем проузроковао штету високог интензитета, учинилац је указао на могућност да такво понашање понови. Понашање које поседује висок степен друштвене штетности указује, дакле, на опасност да до таквог понашања поново дође. С тога је, као полазна тачка, сасвим умесна констатација да је друштвена опасност увек само могућност (вероватност) наступања штетних последица у будућности.⁸ Да би се спречила та могућност, односно опасност пошто се ради о друштвено-штетном понашању, изриче се казна као друштвена реакција на понашање које је већ проузроковало штету и које, баш због тога, представља основану стрепњу да се такво понашање може очекивати и у будуће. На тај начин, друштво усмерава своју активност. у првом реду, на спречавање криминалитета, на оно што тек може да се догоди. И то с пуним правом, полазећи од онога што се већ догодило.

Према изнетом схватању, могло би се закључити да се друштвено-опасним понашањем може сматрати само оно понашање које је већ проузроковало штету високог интензитета, на основу чега се оправдано претпоставља да би се такво понашање могло поновити.

⁸ В. Водинелић, Друштвена опасност личности делинквентна психопате, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. IX, 1972, страна 66—67.

Из претходних излагања произилази да у појам друштвене опасности подједнако улазе како друштвена штетност, тако и бојазан да ће се такво понашање поновити. Акцент је, у првом реду, на ономе што тек треба да се деси, па тек онда на ономе што се десило. Јер, борба против криминалитета управо означава спречавање вршења кривичних дела у будућности. У томе је све више смисао и спречавање самог учиниоца да у будуће врши кривична дела, али исто као и спречавање других, потенцијалних, учинилаца да остваре своје криминалне намере. Изрицањем казне и њима треба скренути пажњу на последице које за собом повлачи друштвено — штетно понашање.

Овакво схватање представља одговор на став по коме се садржај кривичног дела много прецизније изражава појмом друштвене штетности, него појмом друштвене опасности. По овом ставу, друштвена штетност је јасан и чврст појам који говори о степену штетности учињеног дела, док друштвена опасност има у виду штету у будућности, потенцијалну штету. Тешко је на уверљив начин говорити о друштвеној опасности, ако је штета већ наступила и прошла.⁹

У одговору на ово схватање, може се рећи да оно, у ствари, представља само полазну тачку за разумевање друштвене опасности као обележје кривичног дела. Управо због тога што је друштвена штетност јасан и чврст појам који сведочи о степену штетности учињеног дела, оно је у толико више основана претпоставка да се та штета може у будућности поновити. Према томе, наведено схватање не увиђа чврсту везу између понашања које је већ нанело штету и могућности да се то понашање у будућности понови. При томе, не само да није тешко на уверљив начин говорити о друштвеној опасности (као о нечем што тек треба да се догоди), на основу штете која је већ наступила и прошла, него је управо обратно. Баш чињеница да је штета већ нанета, представља основ за веровање да се она може поновити. На пример, ако је учинилац извршио кривично дело убиства, тим пре се од њега може очекивати поновно извршење неког тежег кривичног дела, него што је то оправдано учинити у односу на учиниоца кривичног дела лаке телесне повреде. Према томе, друштвена штетност једног понашања и могућност да се оно понови, стоје у врло блиској вези, а не обратно, како тврди наведено понашање.

У вези са схватањем које је изнето, треба истаћи још једну ствар. Наиме, када се говори о друштвеној опасности кривичног дела, мора се имати у виду и друштвена опасност учиниоца кривичног дела. Како је правилно истакнуто, сличност између ових појмова постоји само у мерилима, али разлика између њих је у томе шта се тим мерилима мери. Код друштвене опасности кривичног дела, мери се колика је могућност нарушавања друштвених односа кроз његово извршење. Код друштвене опасности учиниоца мери се колика је могућност да учинилац врши кривична дела и да тиме даље нарушава друштвене односе кроз њихово извршење. У првом случају, ради се о криминалном потенцијалу

⁹ A. Szerer, *Karanie a humanizm*, Варшава, 1963, стр. 33.

самог кривичног дела, а у другом случају је реч о криминалном потенцијалу учиниоца кривичног дела.¹⁰

Дакле, друштвеном опасношћу кривичног дела изражава се могућност нарушавања друштвених односа кроз извршење кривичног дела, као догађај који се већ десио, па друштвена опасност тог дела требало би да изрази до којих граница оно може да наруши постојеће друштвене односе. С друге стране, друштвена опасност учиниоца требало би да изрази могућност нарушавања друштвених односа у будућности.

Чини се да између ова два појма, разлике ипак нису тако велике. Јер, као што је већ речено, штета која је већ нанета, односно нарушеност постојећих друштвених односа, стоји у уској вези са могућношћу нарушавања тих односа у будућности. То, истовремено, значи да друштвена опасност кривичног дела и друштвена опасност учиниоца, по правилу, иду заједно. Другим речима, криминални потенцијал кривичног дела и криминални потенцијал учиниоца кривичног дела се, по правилу, поклапају. По правилу, јер се од учиниоца који је већ учинио тешко кривично дело пре може очекивати да поново изврши такво кривично дело, него од учиниоца који је учинио лакше кривично дело. А то значи да је могуће и да се ова два појма размимоиђу, па да учинилац код кога је криминални потенцијал ниског интензитета учини тешко кривично дело и обратно. Ипак, ова могућност није тако велика да би између појма друштвене опасности кривичног дела и појма друштвене опасности учиниоца постојале значајне разлике.

Када је реч о понашању које испуњава наведене услове, појављује се потреба, тачније речено, нужност да кривично право ступи на сцену друштвених догађаја. Једино је оно у стању да спречи оваква понашања и то својим санкцијама принудног карактера. Принудни карактер кривичног права је заснован на високом интензитету друштвене штетности оваквих понашања и могућности да до њих поново дође, због чега се та понашања и појављују као друштвено опасна.

А. СТЕПЕНОВАЊЕ ДРУШТВЕНЕ ОПАСНОСТИ

Сва кривична дела морају поседовати одређени степен друштвене опасности да би се уопште могла сматрати кривичним делима. Међутим, иако су сва кривична дела друштвено опасна, интензитет друштвене опасности, у оквиру степена који је неопходан за постојање кривичних дела, ипак није исти код свих кривичних дела. Могу се разликовати кривична дела са нижим степеном, односно са нижим интензитетом, друштвене опасности и кривична дела код којих је виши степен, односно интензитетом друштвене опасности. У првом случају, ради се о лакшим кривичним делима за која је предвиђена блажа казна, а у другом случају о тежим кривичним делима за која је, очигледно, предвиђена тежа казна. Дакле, интензитет друштвене опасности је критеријум за

¹⁰ Д. Атанацковић, Критеријуми одмеравања казне, Београд, 1975, стр. 71.

раликовање кривичних дела, с обзиром на њихову тежину. На пример, код кривичног дела обичне лаке телесне повреде (члан 54, став 1 КЗСр) интензитет друштвене опасности је нижег степена, па је за ово кривично дело предвиђена казна затвора до једне године. Супротно томе, кривично дело обичне тешке телесне повреде (члан 53, став 1. КЗСр) је кривично дело вишег интензитета друштвене опасности, па је за њега предвиђена казна затвора од шест месеци до пет година.

Б. ОПШТА И ПОСЕБНА ДРУШТВЕНА ОПАСНОСТ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Друштвена опасност је једно од обележја појма кривичног дела. То је карактеристика кривичног дела, без кога оно не може да постоји. Као што се видело из претходних излагања, међутим, интензитет, односно степен, друштвене опасности није исти код свих кривичних дела. На основу тога, може се закључити да поједина кривична дела имају своју одређену друштвену опасност, па да чак и једно кривично дело може бити различитог степена друштвене опасности у различитим случајевима свог извршења. На основу ове могућности, у теорији кривичног права се разликују општа друштвена опасност и посебна друштвена опасност кривичног дела.

Општа друштвена опасност била би друштвена опасност једног кривичног дела у конкретном неодређеном броју случајева. Тако, на пример, сва кривична дела тешке крађе су друштвено опасна и та њихова друштвена опасност је општег карактера. Међутим, приликом конкретног извршења једног одређеног кривичног дела тешке крађе, долази до изражаја конкретна друштвена опасност тог кривичног дела која се среће само у том случају његовог извршења. Та посебна опасност кривичног дела тешке крађе може да буде иста и у више различитих случајева извршења овог кривичног дела, али, по правилу, услед различитих околности под којима је извршена, то није. Дакле, иако се ради о истом кривичном делу, које има заједнички степен друштвене опасности за све случајеве његовог извршења, ипак у сваком конкретном случају долази до изражаја његова посебна друштвена опасност.

2. Појам и значење противправности

Противправност као обележје кривичног дела означава противност једног понашања одређеној норми која има свој основ у закону, односно неком другом правном пропису одређене државе. Као што је речено код излагања о формалном појму противречности, норме на основу којих се утврђује противправност, потичу из различитих области права. Из тог разлога и настаје ситуација у којој низ деликата поседује обележје противправности, па ипак нема својсво кривичних дела (прекршаји су, такође, противправна понашања, јер се и њима повређују одређене норме, привредни престу-

пи исто тако). Међутим, својство кривичних дела имају само они деликти који вређају одређене норме, односно оне норме којима се забрањују или одређују понашања која су у непосредној вези са примарним интересима друштва, јер значе напад на њих или њихово угрожавање.

А. СТЕПЕНОВАЊЕ ПРОТИВПРАВНОСТИ

Из излагања које је непосредно претходило, произилази да се може говорити и о степеновању противправности, као што је то био случај код друштвене опасности извесног понашања.¹¹ Тако, на пример, противправност прекршаја и противправност кривичних дела представљају истоветну противправност, само ако се проблем посматра споља, не улазећи у његову садржину. Међутим, суштина противправности прекршаја је у томе што је то противправност нижег степена у односу на противправност кривичних дела. Ова разлика произилази из различитог степена друштвене вредности норми које се повређују прекршајима, с једне стране, и кривичних дела, с друге стране. Према томе, противправност као обележје кривичног дела означава један виши степен противправности, односно противправност вишег интензитета, у односу на противправност других деликата.

Овакво гледање на проблем противправности само још једном потврђује колико се противправност кривичног дела не може потпуно објаснити уколико се нема у виду и друштвена опасност кривичног дела. А то је само доказ колико су ова два обележја кривичног дела међусобно чврсто повезана.

Б. ПРОТИВПРАВНОСТ КАО ОБЕЛЕЖЈЕ БИЋА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Противправност, као и друштвена опасност, је обележје појма кривичног дела, подразумевајући ту, као и увек у досадашњим излагањима, општи појам кривичног дела. Тиме што је противправност обележје општег појма кривичног дела, она је уједно и обележје појма сваког посебног кривичног дела, односно сваког бића кривичног дела. С тог разлога, противправност (као и друштвена опасност) се не односе у биће кривичног дела као његово обележје, јер се то већ претпоставља. Међутим, код неких кривичних дела, противправност представља обележје бића кривичног дела и уноси се у то биће. На пример, противправност се уноси у биће кривичног дела код оних кривичних дела која, у отсуству овог обележја, не постоје, односно не сматрају се кривичним делима. То је случај код кривичног дела противправног лишења слободе (члан 63. КЗСр). Ово кривично дело се састоји у противправном затварању, држању затвореним или одузимањем слободе кретања, на неки други, противправни, начин. Уколико је нека од наведених радњи

¹¹ За супротно схватање вид. Ф. Бачић, Кривично право, Општи део, Загреб, 1978, стр. 194.

извршена, али то није учињено противправно, кривично дело не постоји.

3. Међусобни однос друштвене опасности и противправности

Из претходних излагања произилази да се друштвена опасност и противправност сматрају као два обележја једног истог елемента појма кривичног дела. Према томе, посматрајући проблем са овог гледишта, да би се једно понашање сматрало кривичним делом мора да буде и противно одређеној норми и, истовремено, друштвено опасно. Потребно је, дакле, да постаје оба ова обележја. Уколико не постоји било који од њих, не постоји ни кривично дело. Значи, ако је једно понашање само противно одређеној норми, али није и друштвено опасно, оно није кривично дело. То је, на пример, случај са прекршајима који јесу противправна понашања, али им недостаје обележје друштвене опасности, па се не сматрају кривичним делима. Исто тако, може се догодити да се неко ново понашање у друштву јавља као друштвено опасно, али пошто још увек није регулисано правним прописима, не поседује обележје противправности, па се, самим тим, не може сматрати кривичним делом. Дакле, изузетно се може догодити да се друштвена опасност и противправност међусобно разилазе. Међутим, по правилу, оно понашање које је друштвено опасно јесте и противправно, у смислу схватања противправности као противности норми одређене вредности, што је карактеристично само за кривична дела.

Из наведених разлога, противправност и друштвена опасност се сматрају једним елементом појма кривичног дела. При томе, противправност указује на правно формулисање друштвене опасности, а друштвену опасност на материјалну страну противправности.¹² Овакво схватање, међутим, није општеприхваћено у кривично-правној литератури. Другим речима, има и другачијих схватања о месту и улози друштвене опасности и противправности у општем појму кривичног дела.

1) На првом месту, среће се мишљење по коме, општи појам кривичног дела садржи четири основна елемента, основна обележја кривичног дела: радњу, противправност, кривњу (виност) и кажњивост. На основу тога, друштвена опасност није посебан елемент општег појма кривичног дела, већ је то обележје које улази у противправност. Наиме, противправност кривичног дела значи његову противност како у формалном смислу, тако и у материјалном смислу. Материјална противправност је тако ознака за друштвену опасност, за друштвену штетност дела.¹³ Иначе, по овом схватању противправност је јединствена категорија. Дело мора да буде противправно и у формалном и у материјалном смислу, да би се радило о једном, у кривичноправном смислу, забрањеном понашању.

¹² Ј. Таховић, *op. cit.*, стр. 114, М. Радовановић, *op. cit.*, стр. 105.

¹³ Ф. Бачић, *op. cit.*, стр. 188.

2) По другом мишљењу, због изузетног несклада између друштвене опасности и противправности, потребно је у појам кривичног дела унети противправност као посебни елемент.¹⁴

Посматрајући проблем са практичне стране, по наведеном мишљењу, друштвена опасност је неопходно обележје кривичног дела, али оно не представља самосталан елемент општег појма кривичног дела, већ своје место налази у оквиру противправности као њена материјална страна.

У вези са оваквим схватањима, мора се поћи од онога што је, и по једном и по другом мишљењу, неспорно. А то је да је неопходно да се дâ и материјални појам противправности не би ли се објаснило не само шта значи кривично дело као противправно понашање, већ и због чега се једно кривично дело сматра противправним. За прâво објашњење кривичног дела, које има и своју правну и своју друштвену страну, није довољно да се одреди појам противправности само у формалном смислу, нити само у материјалном смислу. И у једном, и у другом случају, даје се само делимичан одговор на једно овакво комплексно питање.

Према томе, неопходно је у општем појму кривичног дела обухватити и друштвену опасност и противправност, заједно са осталим елементима који улазе у овај појам (понашање које проузрокује одређену последицу, виност учиниоца и одређеност таквог понашања у кривичном закону). При томе, друштвена опасност кривичног дела представља његово најважније својство. Такав став прихваћен је и у југословенском кривичном законодавству. Наиме, по изричитој одредби Кривичног закона СФРЈ, кривично дело је друштвено опасно дело које је законом одређено као кривично дело и чија су обележја одређена законом (члан 8, став 1).

У претходним излагањима је већ речено да су друштвена опасност и противправност, као обележја кривичног дела, по правилу међусобно усклађена, па не противурече једно другоме. Изузетна ситуација да између њих може доћи до несклада, ни мало не би могла да доведе у питање ово правило. Самим тим, не би било разлога да се друштвена опасност и противправност сматрају за два посебна елемента појма кривичног дела.

Бора Чејовић

¹⁴ Н. Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *оп. cit.*, стр. 152, Љ. Јовановић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 1978, стр. 96.

LE DANGER SOCIAL ET L'ILLEGALITE DU DELIT PENAL DANS LE DROIT PENAL YOUGOSLAVE

— Résumé —

L'auteur se penche sur les problèmes liés au danger social et à l'illégalité dans le droit pénal yougoslave.

Il examine d'abord la notion de danger social en partant de la notion formelle et matérielle de l'illégalité, pour évoquer ensuite le danger social en tant qu'élément de la notion générale du délit pénal.

D'après lui, on ne peut considérer comme socialement dangereux que les comportements qui ont déjà occasionné des dommages très graves et à propos desquels on est fondé à croire qu'ils risquent de se renouveler. L'auteur met l'accent sur le danger de voir un tel comportement se répéter, en ayant en vue le fait que la notion de danger se base sur celle de possibilité. Par ailleurs, la lutte contre la criminalité, qui est la principale vocation du droit pénal, appelle des efforts pour prévenir l'accomplissement d'actes criminels dans l'avenir.

Dans la suite de son texte, l'auteur évoque le danger que l'auteur du délit pénal présente pour la société et souligne que la différence entre ce danger et celui qui provient du délit pénal n'est pas telle qu'elle autorise une opposition entre les deux notions. Au contraire, elles sont, en règle générale, concordantes.

Selon l'auteur, le danger social et l'illégalité ne sont pas deux volets, mais bien un seul élément de la notion générale de délit pénal. Cela étant, l'illégalité procède de la formulation juridique du danger social, tandis que celui-ci porte sur le côté matériel de l'illégalité. Et l'auteur conclut que le manque de concordance exceptionnel entre les deux notions n'est pas une raison suffisante pour les distinguer et les tenir pour deux éléments autonomes du droit pénal.

О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ ПРЕСУМПЦИЈЕ НЕВИНОСТИ

І. ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Пресумпција невиности појављује се први пут у чл. 9. Декларације права човека и грађанина 1789. године.¹ Ушла је и у Општу декларацију о правима човека, коју је 10. децембра 1948. године изгласала Генерална скупштина Организације уједињених нација.² Ову пресумпцију садрже и чл. 6, ст. 2, Европске конвенције о заштити права човека и основних слобода од 4. 11. 1950, као и Међународни пакт о грађанским и политичким правима од 16. 12. 1966. г. у чл. 14, ст. 2. (видети и др Богдан Златарић, Људска права и југословенско кривично право, Архив за правне и друштвене науке, 1968/4, стр. 521). Узалуд ћемо је тражити у позитивном кривично-процесном праву многих европских грађанских држава. François Gorphe објашњава ову појаву непостојањем потребе за уношење пресумпције невиности у закон. Он пише: „У кривичној материји постоји једна пресумпција која је основна, иако није унесена у закон. То је пресумпција невиности на основу које терет доказа пада на тужиоца, сумња користи оптуженом кога треба сматрати за невиног док против њега не буде изречена правоснажна пресуда. То начело личне гаранције, у вези са општом ло-

¹ Чл. 9 гласи: „Пошто се за сваког човека претпоставља да је невин док се не прогласи за кривог, то у случају нужности његовог затварања свака строгост која није нужна за обезбеђење (за суд) његове личности, мора бити стриктно кажњива по закону.“

² Чл. 11. став 1. Декларација предвиђа да „свако ко је оптужен за кривично дело има право да се сматра невиним док се на основу закона кривица не докаже на јавном претресу на којем је имао све гаранције потребне за своју одбрану.“ Проф. Бајер је указао на потребу да се цитирани пропис правилније преведе. (Види: др Владимир Бајер: Претпоставка окривљеникове невиности у југословенском кривичном поступку“, Зборник Правног факултета у Загребу, 1960, бр. 3—4, стр. 188). Наш покушај превода гласи: За сваког ко је оптужен за кривично дело има се претпоставити да је невин док се на основу закона кривица не докаже на јавном претресу на којем је имао све гаранције потребне за своју одбрану.“

гином доказа, изражено је... речима: *Actori incumbit probatio; actore non probante, reus absolvitur*. Иако постоји каква сумња дело није доказано. Према томе није потребно да таква једна пресумпција буде унесена у закон.³

Karl Schäfer⁴ истиче: „Такозвана претпоставка невиности која, неизречена, лежи у основи С т ПО (BGH, 14, 358), појачава начело да свако кривично поступовно право мора водити рачуна и о окривљеницима који су невини (BGHSt 20, 281, 283). Она жели пре свега спречити да неко буде третиран као вин без доказаности његове кривње у законски регулисаном поступку (B. Verf. GE 22, 265; BGH NJW 1975, 1831).“

Heinz Zipf⁵ заступа мишљење да је: „у корист отпуженог важећа претпоставка невиности (уп. чл. 6 II Европске конвенције о заштити права човека и основних слобода) оповргнута тек онда када је независан суд утврдио државно овлашћење на казну.“

Theodor Kleinknecht⁶ наглашава: „И такозвана претпоставка невиности је заснована на принципу правне државе (чл. 6 Конвенције).“

Hans Heiner Kühne⁷ изводи из пресумпције невиности следећи значајан закључак: „Ослобађајућа пресуда не сме да буде у тенору снабдевена додацима, као што су услед недостатка доказа, „услед недовољно утемељене сумње“, „због доказане невиности“ или „из правних разлога“, јер се тиме она релативизира. Услед законске претпоставке чл. 6 II Европске конвенције о заштити права човека и основних слобода на темељу судске пресуде постоје само криви и невини, а не и невини са придржањем кривње, па такве формулације крше цитирани чл. 6 II.“

У Швајцарским кривичним поступцима важи пресумпција невиности као институт, који је сам по себи разумљив и опште признат, иако није изричито нормиран.⁸

У чл. 383. Кривично-процесног законика државе Њујорк (САД) стоји: „Претпоставља се да је особа окривљена за извршење кривичног дела невина док се не докаже обрнуто; а у случају разумне сумње о томе да ли је његова вина довољно доказана, он има право да буде ослобођен од кривње.“ Чл. 26. Устава Републике Кубе од 1940. године прокламира: „Окривљени се сматра невиним све док се против њега не донесе осуђујућа судска пресуда.“

И на Западу и на Истоку појављују се правници, социолози и криминолози који се противе овој пресумпцији. Тако напр. I. Callison⁹ тврди: „Теорија о пресумпцији невиности јавља се као функција, чиста и елементарна. То је једна од типичних бесмислица ап-

³ François Gorphe: *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, 1947, p. 4.

⁴ *Strafprozessrecht*, Berlin — New York, 1976, p. 7.

⁵ *Strafprozessrecht*, Berlin — New York, 1977, p. 20.

⁶ *Strafprozessordnung*, München, 1979, p. 4.

⁷ *Strafprozesslehre*, Köln am Rhein, 1978, p. 333.

⁸ Peter Huber, *Die Stellung des Beschuldigten — insbesondere seine Rechte* — in der Strafuntersuchung, Zürich, 1974, p. 72—75; J. Graven, *La protection des Droits de l'accusé dans les procès pénal en Suisse*, *Revue de droit pénal et de criminologie*, T. 43/1963, p. 267.

⁹ J. Callison: *Courts of Injustice*, Њујорк, 1956, стр. 214.

сурдних правничких теорија.“ G. Williams¹⁰ излаже: „Пресумпцији нема места не само у енглеском него и у континенталном процесу, јер се према лицу позваном на кривичну одговорност треба односити опрезно, пошто на њега указује прст подозрења.“ В. С. Тадевосјан¹¹ сматра да „... пресумпција невиности није потребна совјетском процесу“. Иако се аутор унапред брани од евентуалног приговора да заступа пресумпцију виности, то је у ствари тачно. С. А. Голунски,¹² подржавајући Шаркова, резонује да кривично-процесно право мора садржавати све конкретне гаранције против пристрасног приступа окривљеноме и опасности да буде осуђено невино лице. Међутим, уношење пресумпције невиности у закон сматра декларативном формулацијом, са условним смислом, толико карактеристичним за буржоаско право. „Овај начин се искоришћава за маскирање истинске класне суштине буржоаског права.“ Као апстрактну правну формулацију без практичне вредности посматрали су пресумпцију невиности А. Мокичев,¹³ М. А. Чељцов¹⁴ и Н. Ја. Калашникова.¹⁵

Насупрот оваквим ставовима једног броја кривичнопроцесних теоретичара у источноевропским социјалистичким земљама законодавство се оријентише на нормирање пресумпције невиности. Тако, ст. 2, § 2. ЗКП ЧССР одређује: „Све док правоснажном пресудом не буде утврђена виност окривљеног за извршење кривичног дела, он се не сме сматрати као кривац.“ Сличан је садржај ст. 2. чл. 14 ЗКП НРБ и чл. 66. ЗКП СРР, као и члана 160. Устава СССР и чл. 2, 7, 14, 36 и 43. Основа кривичног поступка СССР. Чл. 3. ЗКП НРМ гласи: „Нико се не сматра кривим док питање о његовој кривичној одговорности не буде решено правоснажном судском одлуком.“ Ст. 2 § 6 ЗКП ДРН прописује: „Нико не може бити сматран виним за извршење кривичног дела све док његова кривична одговорност не буде доказана и утврђена правоснажном одлуком. У сумњи има се одлучити у корист окривљеног или оптуженог.“ Ст. 3. члана 2. ЗКП НРП нормира: „Оптуженик се не сматра кривим док му кривица не буде доказана на начин предвиђен овим Закоником“ (овај последњи члан превео Ивица Крамарић, Законик о кривичном поступку НРП, Сисак, 1979, стр. 1).

У науци југословенског кривичног процесног права проф. др Бајер (ор. cit., стр. 185) изводи постојање пресумпције невиности из текста чл. 203, ст. 2 ЗКП и т. 3. чл. 321 ЗКП-а. „Ова два прописа ЗКП-а у међусобној смисленој вези садрже претпоставку

¹⁰ G. Williams: Proof of guilt, Лондон, 1955, стр. 127.

¹¹ В. С. Тадевосјан: К вопросу об установлении материальной истины в советском процессе, „Советское государство и право“, 1948, Но. 6, стр. 71.

¹² С. А. Голунски: Нови основи уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных Республик. Советское государство и право, 1959/1, стр. 54; Вопросы доказательственного права в Основах уголовного судопроизводства СССР, вопросы судопроизводства и судопроизводства в новом законодательстве СССР, М., 1959, стр. 133—136.

¹³ Против ревизионистических извращений марксистичко-ленинского учения о государстве и праве, М. 1958, стр. 34.

¹⁴ Советский уголовный процесс, М. 1969, стр. 95—96.

¹⁵ Обеспечение обвиняемому права на защиту, Учение записки Вјузи, вип. 6, М. 1959, стр. 167.

окривљеникове невиности у нашем кривичном процесном праву." (Сада су то чл. 218, ст. 2, чл. 316, ст. 5 ЗКП).

„Претпоставка окривљеникове невиности у нашем праву има дакле двоструко значење. Она с једне стране одређује да на окривљенику у току процеса доказивања не лежи терет доказа, а с друге стране одређује какву ће одлуку донијети суд у случају да на крају процеса не буде доказано да је окривљеник крив." (стр. 185), усп. и „Југославенско кривично процесно право", II, Загреб, 1978, стр. 30. Проф. Т. Васиљевић¹⁶ одриче постојање пресумпције невиности.

Панта Марина (Коментар на законот за кривичната постапка, Скопје, 1978, стр. 7) сматра да чл. 3 ЗКП-а пресумира невиност окривљеног, али и његову виност, „а познато је што је то пресумпција и какво је њено дејство. Ово произлази од дикције „не може бити сматран кривим" за разлику од дикције „сматра се да је невин" која је употребљена у Општој декларацији о правима човека Организације Уједињених народа од 10. 12. 1948."

Драгољуб Димитријевић (Кривично-процесно право, 1976, Београд, стр. 131) наглашава да је: „У појам окривљеног уграђена и претпоставка невиности. На тај начин појам је добио у својој садржајности, јер ова претпоставка казује да нико не може бити сматран кривим за кривично дело, док се то не утврди правоснажном пресудом (чл. 181. ст. 4. УЈ). Као обележје окривљеног она чува поштовање према његовој личности, отклања сваку предрасуду и доприноси његовој равноправности у спору са тужиоцем."

Из пресумпције невиности непосредно произлази један други исто тако врло важан принцип: *in dubio pro reo*. „Принцип *in dubio pro reo* је један од најважнијих принципа читавог кривичног процесног права."¹⁷ Kern наводи да он потиче из римског права (*corpus iuris civilis*) и цитира канонско право: *actore non probante reus absolvitur*. Schorn¹⁸ формулише ово начело на следећи начин: „Ако судија није потпуно убеђен, ако несавладљиво сумња у правилност чињеничних установљења и не може, упркос употреби постојећих доказних средстава, стећи убеђење о одређеном одвијању догађаја, не сме од њега учинити основу за одлуку, која би била неповољна за било ког окривљеника." Schmidt¹⁹ резонује на сличан начин. Занимљива је Henkel-ова²⁰ мисао: „Бити убеђен, уверен значи нешто сматрати истином, а да се у то не сумња. Ако се појаве сумње, не може бити уверен и суд који сумња у кривњу оптуженог мора га ослободити услед недостатка убеђења: *in dubio pro reo*. Честа тврдња да је *in dubio pro reo* туђ

¹⁶ „Пресумпцију невиности не садрже код нас ни законски текстови нити се она посредно може извући из система Законика нити правног система уопште. Таква пресумпција не одговара ни логици ни стварном положају окривљеног у нашем процесном праву". (Систем кривичног процесног права, Београд, 1970, стр. 296); Коментар ЗКП, Београд, 1977, стр. 10—11.

¹⁷ Eduard Kern: *Strafverfahrensrecht*, München, 1967, p. 64.

¹⁸ Hubert Schorn: *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, Neuwied am Rhein, 1963, p. 26—27.

¹⁹ Eberhard Schmidt: *Deutsches Strafprozessrecht*, Göttingen, 1967, p. 60.

²⁰ Henkel: *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, 1953, p. 404.

већини кривичних поступака, па и нашем, погрешна је. Садрже га многи кривични поступци, ако не изричито, оно имплиците. Када Законик о кривичном поступку упућује судију да о аргументима суди по слободном убеђењу, под претпоставком оавке дефиниције убеђености, следи *in dubio pro reo*.“

Eduard Kern²¹ повезује *in dubio pro reo* са теретом доказивања, а исто тако гледа на проблем велики број других теоретичара на Западу и Истоку, нпр. Д. С. Карев²² и Ј. Л. Петрухин²³ који доводе у најтешњу везу пресумпцију невиности, *in dubio pro reo* и терет доказивања, као и на почетку цитирани Gorphe.

Heinrich Henkel²⁴ чини то на врло јасан начин: „Принцип (*in dubio pro reo*, В. В.) јесте, процесуална обрнута страна принципа кривње: материјалном ставу „нема казне без кривње“ одговара процесни став „нема осуде без доказане кривње“. У StPO није изричито изражен, али неминовно произлази из инструкционе максиме и принципа слободне судске оцене доказа (§ 261). По свом рангу спада међу најважнија начела кривичног поступка правне државе. У складу с тим прописује чл. 11 став 1. Опште декларације о правима човека: »Toute personne, accusée d'un acte delictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public ou toutes les garanties nécessaires, à sa défense lui auront été assurés«. Peter Huber²⁵ наглашава: „Принцип претпоставке невиности налази свој кондензат у кривичним поступцима пре свега у принципима материјалне истине, непосредности слободне оцене доказа и правилу *in dubio pro reo*. Hans Walder²⁶ врши сретно повезивање: „Окривљени има, даље, право на то да се његова невиност претпоставља и да тужилац односно судско веће докаже његову кривњу, у сваком случају да се не тражи од њега, од окривљеног, доказ његове невиности. Другим речима: окривљени сме препустити суду испитивање да ли против њега спроведен доказни поступак приказује да је његова кривња изнад сваке разумне сумње. Начело да, терет доказивања лежи сасвим на страни тужиоца односно суда оштрије се формулише, наиме, у том правцу да окривљени не треба уопште допринети своме разоткривању: »Nemo tenetur se ipsum

²¹ Op. cit., p. 62—63.

²² Д. С. Карев: Советскии уголовни процесс, Москва, 1968, стр. 123. „Сваку сумњу (разумну, основану на материјалима у кривичној ствари) треба тумачити у корист окривљеног. Оптужба се не може признати основано ако се ослања на било какве податке, који изазивају сумњу у своју поузданост. Обвезност доказивања не може се пребацити на окривљеног; а ако окривљени није оповргао оптужбу и није доказао своју невиност, ово не може служити као доказ његове кривње.“ (стр. 123).

²³ У „Теорија доказател'ств в советском уголовном процессе“, I, Москва, 1966, стр. 451. „Пресумпција невиности служи као основа правила да обавеза доказивања у совјетском кривичном поступку не може бити пребачена на окривљеног. Из пресумпције невиности извире правило о тумачењу сумње у корист окривљеног, које има велико значење за обезбеђење његових законских интереса и утврђивање истине у кривичној ствари.“ (стр. 451).

²⁴ Strafverfahrensrecht, Stuttgart, 1968, p. 352.

²⁵ Op. cit., p. 74.

²⁶ Die Vernehmung des Beschuldigten, Hamburg, 1965, p. 59.

prodere vel accusare.« Н. Н. Пољански²⁷ разматра проблем на следећи начин: „Питање о томе на коме лежи терет доказивања не да се одвојити од управо прихваћених пресумпција. Основни став о терету доказивања гласи да обавеза доказивања виности окривљеног како би он био осуђен, лежи на тужиоцу. Ово је због тога што на страни окривљеног стоји пресумпција невиности. Тако лежи ствар и у теорији.“

У Југославији проф. Мунда изводи принцип *in dubio pro reo* из претпоставке невиности (Учбеник казненог постовка ФЛР Југославије, св. I, Љубљана, 1956). Исто и П. Кобе (Југ. ревија за криминологију и кривично право, 1965/3, стр. 419).

Проф. Бајер сматра да је *in dubio pro reo* последица пресумпције невиности (ор. cit., стр. 192), али и „опће тенденције фаворизирања окривљеника у свим двојбеним случајевима!“ (Ор. cit., стр. 40, 42).

Др Грубиша заступа гледиште да је *in dubio pro reo* принцип кривичног поступка, једно процесно правило, а не дериват пресумпције невиности. То је, по њему, метода за оцењивање постојања чињеница у кривичном поступку (стр. 44). „Начело *in dubio pro reo* досљедно примијењено своди се на то да све чињенице које падају на терет оптуженом морају бити с извјесношћу утврђене (доказане), а ако се тако не утврде (дакле ако остане сумња у њихово постојање), узима се као да оне не постоје. Напротив, за све чињенице које иду у прилог оптуженом ако се појави сумња да би могле постојати, а не успије се та сумња с извјесношћу искључити, има се узети да постоје.“ („Поступање противно принципу *in dubio pro reo* као повреда формалног права“, (Наша законитост, бр. 1—2, 1963, стр. 41). Види од истог аутора и: „Принцип *in dubio pro reo* и материјални терет доказивања“ (НЗ, бр. 9—10, 1958, стр. 435).

Др Дамашка изводи принцип *in dubio pro reo* из чл. 321, т. 3. ЗКП-а (сада чл. 350 т. 3) и као тачнију, предлаже формулацију »*in dubio reus est definitive absolvendus*.« („Значење правила *in dubio pro reo* у позитивном праву“, Зборник правног факултета у Загребу, бр. 2/1958, стр. 118).

Међутим, др Бранко Петрић²⁸ не признаје принцип *in dubio pro reo*.

II. ПРАВНА ПРИРОДА ПРЕСУМПЦИЈЕ НЕВИНОСТИ

Као што видимо, постоје дубоке несугласице о правној природи пресумпције невиности. Сасвим је неспорно да је она настала као негација пресумпције виности у средњовековном инквизиторском поступку. Упадљиви су крсташки походи на ову пресумпцију, које су начинили неки представници антрополошке и социолошке школе кривичног права, талијански и немачки фаши-

²⁷ Уголовное право и уголовный суд Англии, М. 1969, стр. 275.

²⁸ „Приручник за практичну примену Законика о кривичном поступку“, Београд, 1968, стр. 5.

сти, извесни савремени правни теоретичари, криминолози и социолози на Западу, али и неки данашњи кривично-правни теоретичари и криминални политичари у СССР-у. По нашем мишљењу, пресумпција невиности није само буржоаско-либерални принцип него и важна изборена тековина напредног демократског кривичног поступка, која је ушла у његове темеље и данас представља најбољу традицију. Овај прогресивни принцип нападају појединци управо у време ломљења било буржоаске било социјалистичке законитости.

За овај су принцип везане многобројне дилеме. Прва се односи на питање: да ли је пресумпција невиности уопште пресумпција? Још је Сурас говорио: *praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit*. Пресумпција, претпоставка има смисла уколико се односи на будућност, која је врло вероватна: обично се тако дешава, услед чега и долази до одговарајуће претпоставке. Још су увек деца у браку претежно резултат труда законитог супруга, а не неког другог, отуда и важење ове познате претпоставке. Због свих тих разлога, проф. Лукић²⁹ чини нам се, није сасвим у праву када се позива на пресумпцију невиности као илустрацију за овакво дефинисање пресумпције. Низ је аутора³⁰ приметило да није баш логично претпостављати невиност одређеног окривљеника када се у највећем броју случајева установљава да су они ипак кривци. Тако се дошло до закључка да је овде реч о претпоставци са врло малом вероватноћом. Будући да се нама чини да је велика вероватноћа њеног наступања управо једно од суштинских обележја пресумпције, са којом је овај појам креиран или га нема, мислимо да овде у ствари и немамо посла ни са каквом пресумпцијом. — Проф. Лукић јасно каже: „Наиме, у случају обориве претпоставке претпостављају се као тачне оне чињенице, које су нормално, у највећем броју случајева, заиста и тачне, тј. које су вероватно тачне и у датом конкретном случају.“³¹ Каква би то била пресумпција за коју стварно унапред претпостављамо да ће се и у конкретном случају показати као погрешна и то управо на основу пребогатог искуства правосудне праксе? Упоредо са развијањем и усавршавањем примене криминалистике ова пресумпција постаје све мање вероватна. Мало вероватна претпоставка невиности претвара се снагом логике у пресумпцију виности, што нико није хтео. Овај нежељени и неоченивани резултат конзенквентна је последица упорног остајања при погрешном тумачењу природе овог института као пресумпције.*

Ако се не продере сасвим дубоко у срж проблема, блиска је помисао да је по среди нека **нарочита врста пресумпције**. М. С. Строгович³² пише: „Из изложеног излази да се пресумпција невиности

²⁹ Др Радомир Лукић: Увод у право, Београд, 1978, стр. 308—309.

³⁰ Мишљења неких изнета су у овом раду.

³¹ Оп. cit., стр. 308.

* Тако заступамо мишљење да је реч о процесној гаранцији а не о правној претпоставци, остаћемо при уобичајеном изразу „пресумпција невиности“, који је толико одомаћен да га је сада тешко заменити неким другим.

³² Материјалнаја истина и судбене доказателства в советском уголовном процессе, М, 1955, стр. 202.

ности не појављује као претпоставка у обичном смислу речи, тј. мишљење, претпостављено разјашњење, нагађање итд., него се јавља као регулативни правни принцип, који опредељује делатност органа кривичног ислеђења и суда, обезбеђујући право окривљеном на обрану.“ То је по њему ипак законска пресумпција.

Н. Н. Пољански³³ резонује да се пресумпција невиности налази у „несумњивој вези са демократским принципом пресумпције честитости совјетских грађана уопште. Није могуће изграђивати социјалистичку демократију, ако се не пође од претпоставке да је сваки грађанин честит све док се не докаже супротно. Принцип пресумпције честитости грађана улази као саставни део у систем начела, који лежи у основи уставног права социјалистичког друштва. Пренесен у ужу област, управо у кривични поступак, овај се принцип претвара у ужи принцип пресумпције невиности.“ И. Л. Петрухин³⁴ заузима слично становиште.

Несумњиво тачно објашњење њеног постанка, међутим, још не разјашњава и правну природу пресумпције невиности, иако томе доприноси.

Јан Бистржина³⁵ сматра да се ова претпоставка по својој суштини не разликује од других правних пресумпција, иако има својих особености. За разлику од других, пресумпција невиности делује по сили закона и априорно, али на кратко време. За њено се деловање не траже никакви предуслови. Цисаржова³⁶ опет критикује Бистржину, сматрајући да пресумпција невиности није законска претпоставка, јер она важи за читаво време трајања кривичног поступка, а не само за доказивање као што је случај са осталим пресумпцијама. Тадевосјан³⁷ тумачи ову пресумпцију као предубеђење, унапред створено мишљење и тврди да она у совјетском кривичном поступку не постоји.

До каквих логичких напора и потеза мора довести остајање при тврдњи да овде имамо посла са пресумпцијом, показује излагање тако еминентног правничког ума као што је Н. Н. Пољански:

У дискусији са М. С. Строговичем, он се не слаже са мишљењем да се пресумпција невиности протеже на читав кривични поступак. Према њему окривљени се у ислеђењу „не сматра невиним“. Он се, насупрот, само не сматра „виним“, а то значи допушта се и његова невиност. Овакво се резонување образлаже већ познатим аргументима о томе да се претпоставка о виности не може логички и психолошки мирити са пресумпцијом о невиности окривљеног. „Иследник, као и тужилац, не може да буде Јанус са два лица и истовремено да полази од претпоставке

³³ К вопросу о презумпции невиновности в советском уголовном процессе, „Советское государство и право“, 1949/9, стр. 59.

³⁴ Петрухин: *op. cit.*, стр. 439.

³⁵ Наведено по В. Е. Чугунов: Уголовни процесс зарубежных социјалистических государств Европы, М., 1967, стр. 65. Усп. и Уголовни процесс в европейских социалистических государствах, М., 1978, стр. 28.

³⁶ Чугунов: *op. cit.*, стр. 65.

³⁷ *Op. cit.*, стр. 71. Пољански: *op. cit.*, стр. 62—63; М. С. Строгович, *op. cit.*, стр. 193—194.

о виности окривљеног и од претпоставке о његовој невиности".³⁸ Пољански изричито каже: „Пресумпција невиности нема увек смисао невиности, она може да значи и само допуштање невиности.“ Формулација „допушта се и његова невиност“ значи, по нашем мишљењу, да аутор пресумпцији невиности у ствари придаје два разна значења: једно невиности, а друго допуштање невиности. По Пољанском, значи, постоје две врсте пресумпције невиности, једна снажна, права и друга ослабљена.“ У таквом случају у односу на сумњиво лице деловаће допуштење, а не претпоставка о његовој невиности: сумњање у виност лица потпуно је у складу са допуштењем његове невиности, али се не може ускладити са претпоставком о невиности.“³⁹ Нама се чини да Пољански брка верзије о виности, односно невиности (види Криминалистику) и пресумпцију, што компликује решење ионако већ сложеног проблема. Затим, његово резонување о две врсте пресумпције невиности нема основа у правном систему. Када би аутор прихватио наше решење да овде не постоји никаква пресумпција, него процесуална гаранција, **упута за поступање** са окривљеним као да је невин (све до правоснажности осуде) не би постојале потребе за логичким натезањем на Прокрустову постељу поставке о постојању пресумпције. Сасвим је јасно да ће истражни судија и јавни тужилац планирати разне верзије о виности и невиности окривљеног, руковођени учењем о планирању кривичног поступка (види Криминалистику) и обавезом да у свом раду буду објективни и свестрани. Они могу бити чак и убеђени у виност тог лица, али њихово уверење нема никаквог значаја за наше питање. Пресумпција невиности важи чак и у случају када је учинилац извршио кривично дело на јавном месту, на очиглед две стотине сведока — нпр. убиство ножем на тргу из љубоморе. Овде постоје сви докази о томе да је лице извршило дело (сведоци очевици, признање, нож, жртва, лице места), а ипак се ствар мора претрести на главној расправи и све до правоснажне осуде важи гаранција названа пресумпцијом невиности. **Она значи да се оптужени пред законом, социјалистичким друштвом и државом има „сматрати“ невиним, тј. с њим се има поступати као с невиним све док суд не утврди супротно.** Проф. Бајер је сасвим прецизно одредио тај садржај: а) на окривљенику не лежи терет доказивања; б) одређена је одлука суда ако до краја процеса не буде доказано да је окривљеник учинио кривично дело. Gorphe и Чугунов исто тако прецизно дају одредбу садржаја. Погрешно је наводити као противаргуменат унутрашње уверење истражног судије (иследника) и јавног тужиоца. Сасвим је јасно да ће они, у зависности од снаге прикупљених директних и индиректних доказа, сумњати у невиност или чак бити убеђени у виност окривљеног, јер другачије не би ни наставили са вођењем поступка. Те њихове верзије нису у супротности са пресумпцијом невиности (јер се крећу у сасвим другој равни и јер закон тако одређује).

Реализацији „пресумпције“ невиности служе следећа правила, као њени деривати:

³⁸ Оп. cit., стр. 61—62.

³⁹ Пољански, оп. cit., стр. 62—63.

— терет доказивања виности окривљеног пада на тужиоца и суд;

— окривљени није дужан доказивати своју невиност;

— окривљени је овлаштен али не и обавезан да учествује у доказивању своје невиности;

— окривљени може, без икаквог објашњења, да ускрати исказ у целини или да не одговара на поједина питања, а да се његово ћутање не тумачи као индиција виности;

— неотклоњене сумње тумаче се само у корист окривљеног;

— осуда се не може заснивати на голом признању окривљеног (чл. 223, 323 ЗКП).

Ова правила као да неки аутори испуштају из вида. Тако, није баш прихватљиво стајалиште које заузима Eberhard Schmidt:⁴⁰ „... у случају ослобађајуће пресуде опет наступа неокрњена претпоставка невиности из члана 6 Европске конвенције о заштити права човека и основних слобода.“

Huber⁴¹ битно греши: „Што се уосталом тиче ништења претпоставке невиности, залажем се заједно са Mcyer-ом да не треба ићи тако далеко да се оно учини зависним од правоснажне пресуде; случајеви у којима је кривња окривљеног установљена још пре пресуде (нпр. на основу убедљивих и проверених признања и стварних доказа) у пракси уопште нису ретки.“

Н. Н. Пољански⁴² сматра да пресумпција невиности „заћути“ када иследни орган стекне уверење да је прибавио довољно доказа о виности окривљеног.

Е. Г. Мартинчик⁴³ сагледава пресумпцију невиности само до предочења окривљења када њој на смену долази обавеза доказивања невиности. Исто тако погрешно мисли да доказ виности окривљеног јесте исто што и оповргнуће претпоставке невиности. Међутим, наше схватање „пресумпције“ невиности, показује да се може оповргнути конкретна виност одређеног окривљеног (правоснажном пресудом), али никада сама „пресумпција“ тј. **упута о поступању с окривљеним.**

В. Д. Арсењев⁴⁴ и Ја. О. Мотовилкер⁴⁵ супротстављају пресумпцију невиности и објективну истину, што је такође неодрживо стајалиште. Логика В. Д. Арсењева је следећа: „Примена пресумпције невиности јесте са становишта задатака доказивања, иако допуштена али крајње непожељна појава, јер су органи кривичног ислеђења обавезни тежити да докажу било виност било невиност окривљеног. Према томе, ови органи уопште нису дужни да се у својој делатности руководе пресумпцијом невиности него су обавезни да полазе од задатака потпуног, свестраног и

⁴⁰ Deutsches Strafprozessrecht, Göttingen, 1967, p. 1963.

⁴¹ Op. cit., стр. 74.

⁴² Вопросы теории советского уголовного процесса, М. 1956, стр. 187.

⁴³ Гарантии прав обвиняемого в суде первой инстанции, Кишинев, 1975, стр. 85.

⁴⁴ Установление истины при прекращении уголовных дел и презумпция невиности, Труды Иркутского университета, Сер. јур. 1963, т. XXII, вып. 5, ч. 1, стр. 213.

⁴⁵ Вопросы теории советского уголовного процесса, Томск, 1971, стр. 32.

објективног утврђивања околности ствари. И само у оном случају када не испуне своју првенствену задаћу, дужни су да се руководе законом у основи кога лежи пресумпција невиности." Слично решава проблем и Мотовилкер. Пресуда одражава било истину или пресумпцију невиности (када се није могла утврдити истина): „Да законодавац стварно не полази од тога да у појединим кривичним стварима истина неће бити утврђена... не би било места за такве проблеме као што је пресумпција невиности" (п. 36), каже писац, помало резигнирано.

Пресумпција невиности није верзија него општи принцип и упута. Она не изражава субјективна мишљења учесника у кривичном поступку. Она није у супротности са вероватноћом да је окривљени вин. „Ту заправо нема протурјечја... та претпоставка каже само да ће оно шта она претпоставља остати као истина ако се до краја процеса доказивања не докаже противно."⁴⁶

Чак и да се истина увек утврђује, чак да су судске заблуде у пракси данас искључене, пресумпција невиности би остала да важи у целокупном друштвеном систему, правном систему и кривичном поступку. Мислимо да греше теоретичари који тај институт тумаче искључиво као процесни.

Eberhard Wiczorek⁴⁷ сматра да у процесном праву морају бити садржана правила која ће у свакој фази извиђања водити рачуна о околности да осумњиченик неки пут није учинилац.

М. Дамашка⁴⁸ исувише сужава пресумпцију невиности: „Тиме се исцрпљује дјеловање п. н. па је погрешно проглашавати је правним институтом ширег дјеловања. Већина процесних института, па и сам процес, почивају на супротној претпоставци да је окривљени крив."

Прво, ова „пресумпција" је и уставни принцип, она има своје социолошке, политичке и културне димензије и аспекте. Да ли је слободно демократско друштво самоуправљача између осталог, замисливо и без тог принципа који је постао општа својина прогресивног човечанства: није суштина питања у томе да ли је окривљеник крив или то није него у сентенци: док нема правоснажне судске пресуде нема ни виног за извршења кривичног дела. Управо пресумпцију невиности треба разматрати не само као процесни него и као општеправни институт, па и шире.

Ово лепо сагледава Robert Hauser:⁴⁹ „Превласт државног апарата моћи непримерена ограниченим могућностима окривљеног ублажава се, даље, налогом фер-поступања, »fair trial«. Ово се пре свега изражава у чл. 6. Европске конвенције о заштити права човека и основних слобода. Претпоставка невиности значи пре свега да све процесне радње и принудни захвати морају бити усмерени према могућности касније ослобађајуће пресуде."

Ненапуштање схватања да је овде реч о пресумпцији доводи М. С. Строговича до доста компликованог и, по нашем мишљењу,

⁴⁶ Бајер, *op. cit.*, стр. 33.

⁴⁷ *Strafprozessrecht*, ВКА, Wiesbaden, 1970, р. 20—21.

⁴⁸ Б Златарић — М. Дамашка, Рјечник кривичног правног поступка, Загреб, 1966, стр. 257.

⁴⁹ *Kurzlehrbush des schweizerischen Strafprozessrechts*, Basel, 1978, р. 138.

нетачног логицирања. „Претпоставка виности окривљеног сада (при покретању кривичног поступка) значи само то да је виност вероватна... Но, докле је виност окривљеног само вероватна, вероватна је и његова невиност. Стварно ако се већ као основа за окривљавање појављује вероватноћа виности окривљеног, онда остаје и вероватноћа његове невиности, јер се смисао самог појма вероватноће (без разлике чега) и састоји у томе да остаје и вероватноћа друге, супротне поставке.“⁵⁰ Пољански, с правом, истиче да Строгович заборавља једну ствар, тј. да орган који покреће поступак сматра да је вероватнија виност него невиност окривљеног.

Док год се, међутим, размишљања крећу у сфери субјективног претпостављања, не може се, по нашем мишљењу, наћи решење.

Вероватно је да и сама реч „сматра“, коју употребљавају неки цитирани прописи, отежава проналажење правилног решења, јер је изразом „сматра“ се обухваћена не само пресумпција него и правна фикција. И, уистину, појављује се и схватање да је по среди правна фикција.⁵¹

Смисао правне пресумпције невиности није у томе што би лице, позвано на кривичну одговорност, било, према општем искуству, невино. У ствари врло често је обрнут случај, али је неопходно да се виност докаже. Док фикција замењује доказивање истине и супротна је истини, пресумпција невиности тражи да виност буде доказана, па јој већ та чињеница одузима обиљежје правне фикције. Кривични се поступак управо зато и води и његов резултат може да буде потврда или обарање невиности у конкретном случају. Савремени развој права нагиње уклањању фикција где год је то могуће, а нарочито у кривичном поступку са његовим принципом истине. Код фикције се ништа не доказује. Она је управо зато и конструисана да се избегне доказивање. Решење које намеће фикција не мора бити у складу са истином, која се и не испитује. Истина је овде ирелевантна. У доказном праву се уистину не може оперисати са фикцијом. Грешка је Голунског, који заступа гледиште да је овде посредни правна фикција, а не пресумпција и у томе што води рачуна само о првом делу формуле, а није, као што му то са правом приговара Петрухин, схватио да ова пресумпција има за извесно време неопорив карактер. Истрага односно главни претрес морају се спровести у законом одређеном поступку, упркос томе што су прикупљени неспорни докази да је окривљени извршио кривично дело. Ништа не може изменити одредбу да пресумпција невиности престаје да делује тек са правоснажном осудом.

Проф. Кираи Табор⁵², са правом, мисли, да је посредни квази-пресумпција. Претпоставка се по правилу, заснива на таквом

⁵⁰ М. С. Строгович: Учение о материјалној истини в уголовном процессе, 1947, стр. 235.

⁵¹ С. А. Голунски: Вопросы доказательственного права в основах уголовного судопроизводства Союзу ССР и Союзных республик, М. 1959, стр. 135, наведено по Петрухину, *idem*, стр. 446.

⁵² Наведено по Чугунову, *op. cit.*, стр. 63—64.

стању које је у већини конкретних случајева истинито. Ово се не може рећи за пресумпцију невиности, која у већини случајева, бива оповргнута. Пошто пресумпција невиности има низак степен вероватноће она и није стварна, него само квазипресумпција. Она је руководеће правило, процесуални принцип, обавезно правило понашања. Као свака законска пресумпција она је норма објективног права са одређеним адресатом и садржајем. Из ње произлазе одређена права и дужности. Она има, дакле, објективни карактер. Тако посматра проблем и низ других мађарских аутора.

Петрухин⁵³ сматра да пресумпција невиности конкретизује ширу пресумпцију честитости грађана (која као правило има пред очима добровољно придржавање законских прописа, а не нарушавање правног поретка). „Формулација пресумпције невиности нема у виду сваког грађанина, него лице према коме се води кривични поступак... Пресумпција невиности делује у свим стадијумима кривичног поступка...”

Петрухин истиче да до правоснажне пресуде окривљеног не сматрају невиним иследник и јавни тужилац, него **држава** као субјект права кривичног кажњавања, који захтева да се закључци иследника и јавног тужиоца провере у судском процесу. „Иследник и јавни тужилац, субјективно уверени у виност окривљеног, образлажући своје гледиште у одговарајућим иследним актима, истодобно су дужни да воде рачуна о томе да држава још не дели њихово уверење, да захтева његову критичку проверу од стране суда као обавезну претпоставку за решење питања о кривичној казни.”

Петрухин⁵⁴ се, по нашем мишљењу, приближава суштини ствари: „Необориви карактер пресумпције невиности састоји се у томе... што суду о виности морају претходити ислеђење и судско разматрање кривичне ствари са свима својственим им гаранцијама и овај законом утврђени поредан не може бити измењен, тј. одбачен по нахођењу иследника, јавног тужиоца и суда, макар они и прикупили са њихове тачке гледишта неспорне доказе виности окривљеног.” (стр. 446). Писац наглашава да није искључена могућност да се брзо утврди истина, можда и одмах после покретања поступка, „али ово уопште, не значи да иследник помоћу доказа очевидне виности окривљеног може отклонити неопходност даљег истраживања и разматрања ствари у суду, тј. скратити по свом нахођењу обим процесуалних гаранција које је закон утврдио за поступак код свих кривичних дела. У том смислу пресумпција невиности не зна за изнимке.” (стр. 447).

А. Ф. Горкин⁵⁵ излаже да су иследник и јавни тужилац свакако убеђени у то да прикупљени докази дају основу за закључак о виности, па зато и предају предмет суду. „Али доказивати виност окривљеног — не значи признати га виним; само је суд

⁵³ Петрухин, *idem*, стр. 439—440—447.

⁵⁴ *Ibidem*, стр. 446.

⁵⁵ Наведено по Петрухину, *idem*, стр. 443—444.

компетентан да у својој пресуди каже да ли је окривљени вин за извршење кривичног дела.“

Немали број аутора изводи пресумпцију невиности из логике доказивања. Тако нпр. А. Ј. Трусов⁵⁶, Б. Ја. Арсењев⁵⁷ и М. С. Строгович.⁵⁸

Б. Ја. Арсењев покушава да заснује пресумпцију невиности на правилима формалне логике. Када у кривичном поступку не би владала пресумпција невиности, положај окривљеног био би знатно отежан, јер би се од њега тражило да докаже оно што је по законима логике немогуће доказати. „Окривљени се доводи у положај да доказује негативне чињенице, што је, као што је познато, немогуће доказати“ (п. 76).

Писцу је промакла крупна грешка: није тачно да се одречне (негативне) чињенице не могу доказивати. Управо криминалистика врло успешно решава то питање.⁵⁹ Несумњиво је и пракса показује сваког дана да се успешно утврђују и негативне чињенице. Немогућност утврђивања негативних факата значила би врло често и немогућност доказивања уопште, па и немогућност ефикасне одбране. Арсењев је свој став некритички преузео из пртљага формалне логике. Уистину одрицање нечега јесте, по правилу, истовремено тврђење нечег другог. „Тек неки одречни судови по смислу стварно садрже само одрицање, без подразумеваног тврђења.“⁶⁰ Кривичари знају да би немогућност доказивања одречних чињеница уједно онемогућила поступак по кривичним делима извршеним нечињењем. Тихомир Васиљевић лепо каже: „Неосновано је тврђење, које се често чује, да је доказивање негативних чињеница немогуће. Негативна чињеница која треба да се докаже имплицира позитивну и довољно је да се докаже супротна позитивна чињеница... Субјект који је дужан да докаже неку чињеницу не може се тога ослободити, зато што је она негативно формулисана.“⁶¹ Међутим, Арсењев има, по нашем мишљењу, право када тврди да би конструкција кривичног поступка без пресумпције невиности, довела до тога да се свака неспособност или немогућност доказивања окривљеникове невиности протумачи као доказ његове виности, чак и у случају да је тужилац није доказао.

М. С. Строгович изводи пресумпцију невиности из суштине логичког процеса. Ко хоће доказати тезу о виности окривљеног мора оповргнути тезу о његовој невиности. Он мора да у свјим мислима заузме гледиште самог окривљеника, а то, по пишчеву

⁵⁶ А. Ј. Трусов: Основи теорије судских доказател'ств, Москва, 1960, стр. 149—159.

⁵⁷ Гаранција личности в уголовном процессе, необјављена дисертација, стр. 76, наведено по Пољанском, *ibidem*, стр. 58.

⁵⁸ М. С. Строгович: Учение о материјалној истини в уголовном процессе, М. 1947.

⁵⁹ Види: Владо Водинелић: Криминалистичка тактика, Б. 1956, стр. 152; Проблем негативних чињеница, Дијалектика, 1974/3, стр. 83—102.

⁶⁰ М. С. Строгович: Логика, М. 1949, стр. 202; W. Segeth, *Elementare Logik*, Berlin, 1971, стр. 42—44; Богдан Шешкић, Логика, Београд, 1962, стр. 211, 212; Логика, Београд, 1977, стр. 217—218.

⁶¹ Тихомир Васиљевић: Систем кривичног процеса права СФРЈ, Београд, 1970, стр. 293.

мишљењу, значи пресумирати његову невиност. Погрешност овог становишта није тешко доказати. Тактичко је правило да се јавни тужилац ставља у позицију окривљеног и предвиђа све могуће аргументе лажне одбране. Али, када он тако поступа, чини то зато што је прикупио извесне доказе за виност окривљеног, што сумња у његову виност, а не обратно. Полемишући са Строгови-чем, Пољански наводи цитат Горкога: „Научни радник који истражује овна нема потребе да себе замишља као овна“, а „орган ислеђења нема потребе да себе замишља као окривљеног и у том својству води спор са самим собом.“⁶²

Врло је занимљиво и значајно резонување Трусова⁶³, који пресумпцију невиности изводи из закона логике и сматра само методом испитивања коју примењују иследник и суд.

Доказивање се може вршити по две варијанте. По првој варијанти имамо суд „окривљени је крив“ — теза која се доказује, а суд „окривљени није крив“ његова антитеза.

По другој варијанти суд „окривљени није крив“ узима се као теза која се доказује, а суд „окривљени је крив“ као његова антитеза.

Може изгледати као да је свеједно којом се варијантом пође, али то није тачно. При тези „окривљени је крив“ целокупно доказивање поприма форму оповргавања антитеза „окривљени није крив“. Услов доказаности ове тезе јесте у потпуном и неоспорном оповргавању њене антитезе. По другој варијанти услов доказаности тезе јесте у пуном неспорном оповргавању антитезе „окривљени је вин“. Друга варијанта знатно олакшава доказивање виности окривљеног, али у исто време ставља значајне препреке и задаје озбиљне тешкоће његовој одбрани од неоснованог окривљења.

За пуну рехабилитацију окривљеног није довољно просто оповргавање доказа оптужбе него нешто више, јер доказана лажност аргумената једне тезе сама по себи још не значи и доказану нетачност. Ако је несумњиво да је извршено неко дело, потпуно оповргавање тезе о виности одређеног окривљеника претпоставља да је стварно решено питање ко је уистину учинио то кривично дело. У низу случајева не само да је тешко него је чак и немогуће доказати се пуном несумњивошћу такве негативне чињенице као што су „окривљени није извршио кривично дело“, односно „он није крив“. За окривљеног би било веома опасно када би се свака сумња неизбежно окретала против њега и потврђивала тезу о његовој виности. Значајно преимућство има прва варијанта расуђивања по методу индицијалног апагогичког доказивања.⁶⁴ Централна и полазна тачка за сав ход расуђивања

⁶² Н. Н. Пољански; *ibidem*, стр. 59.

⁶³ А. Ј. Трусов: *Основи теорије судских доказател'ств*, М. 1960, стр. 149—159.

⁶⁴ Када учесници кривичног поступка не располажу аргументима, који би непосредно доказивали истинитост неке тезе, али зато имају аргументе којима доказују да је антитеза лажна, по закону искључења трећег излази да је теза истинита.

гласи: „Окривљени није учинио кривично дело“. Да би закључак о његовој виности уистину био правилан, тражи се потпуно оповргавање антитезе доказама, који су у сваком погледу неспорни. Ако се то не може постићи, оптужба се сматра недоказаном и окривљени се има огласити невиним. Недоказана је виност овде потпуно једнака доказаности антитезе: окривљени је невин, он није извршио кривично дело. При таквом начину умовања свака разумна и основана сумња у доказе виности не смије се тумачити против окривљеног, него у његову корист. Самим тим се битно повећава гаранција објективности и свестраности вођења поступка, јер се траже јаки докази, добро аргументирање оптужбе, отежава једнострано оптуживање, спречава предубеђење и веома смањује опасност да невини буде осуђен. Довде смо се могли у потпуности сложити са Трусовим. Писац, међутим, сигурно греши када из овог свог излагања извлачи закључак да пресумпција невиности није правна, него логичка категорија. „Буржоаски либерални правници, не разабирајући у довољној мери да је природа тог начина **управо логичка**, а не **правна**, покушавали су да га уздигну у својеврсни правни принцип. Овај покушај је довео до стварања правне фикције *sui generis*, назване пресумпцијом невиности.“ (п. 155).

Ј. Ф. Пашкевич⁶⁵ сасвим тачно одговара да овај принцип, заснован на логичном закону довољне образложености, не губи услед тога своју правну природу. Доказни поступак мора примењивати опште логичке законе мишљења јер не постоји нека посебна правна логика, неко посебно кривично процесно мишљење, као што је погрешно тврдио Вишински. Примена закона логике у кривичном поступку не одузима му обележје правног поступка.

Д. С. Карев⁶⁶ пише: „Недопуштеност пребацивања обавезе доказивања на окривљеног условљена је и логичким захтевима. То би значило обавезу доказивати тзв. одречне чињенице, одсутност ових или оних чињеница. Међутим, доказивање одречних чињеница, одсуства чињеница, а нарочито да окривљени није извршио кривично дело, неизмерно је сложеније од доказивања постојања овог или оног факта, а у многим је случајевима просто немогуће.“

Потпуно се слажемо са Чугуновим⁶⁷ који сматра да пресумпција невиности није правна претпоставка. По пишчеву мишљењу, њену суштину одређује формула: није крив ако виност није доказана. Недоказана виност има исто значење као и доказана невиност. Окривљени није дужан да доказује своју невиност, обрнуто, његову виност доказују одговарајући државни органи. Он види значење пресумпције невиности у следећем: а) она одређује обавезу (терет) доказивања; б) због њеног постојања свака се разумна сумња тумачи у корист окривљеног (*in dubio pro reo*, р. 63). Ако није доказано да је окривљени вин, самим тим је доказано да је невин.

⁶⁵ Ј. Ф. Пашкевич: Објективнаја истина в уголовном судопроизводстве, М. 1961, стр. 47.

⁶⁶ Д. С. Карев: Советский уголовный процесс, М. 1968, стр. 124—125.

⁶⁷ Чугунов: *ibidem*, стр. 66.

Л. Д. Кокорев⁶⁸ истиче следеће аспекте значења пресумпције невиности:

1. она одређује правни положај окривљеног у кривичном поступку и појављује се као основа његових процесуалних права;

2. она је гаранција утврђивања истине, јер стимулира истрагу и суд на свестрано, потпуно и објективно испитивање околности кривичне ствари;

3. пресумпција невиности се јавља као основа система доказивања у кривичном поступку и из ње извиру процесна правила у вези са доказивањем виности окривљеног.

У нашој земљи од посебног су значаја схватања проф. Бајера и проф. Васиљевића. Проф. Бајер не сумња у то да је по среди правна претпоставка, иако је не изводи из чл. 3. ЗКП-а. То је по његову мишљењу „привремена предмнијева“ о невиности окривљеног, која вреди само дотле док се не докаже супротно. „Претпоставка окривљеникове невиности је само радна хипотеза с помоћу које у току процеса доказивања одређујемо терет доказа, што је било неопходно потребно учинити да се доказивање постави методички у складу с извјесним принципима. Као правна претпоставка, претпоставка окривљеникове невиности није у контрадикцији с вјероватношћу да је окривљеник крив, која мора постојати да би кривични поступак могао започети или трајати. Та наиме претпоставка, како рекосмо, не искључује могућност противнога од онога што се њоме претпоставља, ми смо је свјесно поставили као привремену радну хипотезу за одређивање терета доказа, хипотезу, која по својој дефиницији, вриједи само тако дуго док се не докаже супротно“ (стр. 188). „Та претпоставка рјешава дакле питање терета доказа у току процеса доказивања, а нормира исто тако процес одлучивања суда након завршеног процеса доказивања“ (стр. 185; оп, цит., стр. 183—194) (Усп: и „Право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку, стр. 30—33).

Проф. Васиљевић⁶⁹ сматра да пресумпцију невиности не садржи ни законски текст, нити одговара правном систему, стварном стању ствари и логици.

Слажемо се да ово правило понашања, руководећи принцип кривичног поступка није и не може бити пресумпција; то јасно произлази из наших напред наведених и образложених тврђења. Пример убице жене на јавном месту чини нам се пластичним доказом правилности нашег схватања да се овде не ради ни о каквој пресумпцији, него о правилу понашања, адресираном на

⁶⁸ Г. Ф. Горскии, Л. Д. Кокорев, П. С. Ељкинд, Проблеми доказател'ств в советском уголовном процессе, Воронеж, 1978, стр. 243.

⁶⁹ Оп. cit. стр. 296, У „Коментару Законика о кривичном поступку“ (1957. г.) аутор је сматрао да чл. 3. ЗКП садржи тзв. „претпоставку невиности“ у негативној формулацији. То нам се и данас чини исправним. „Коментар закона о кривичном поступку“, Б., 1977, стр. 10—11. „Начело постављено у овом члану значи даље да окривљени није дужан да доказује своју невиност.“

државне органе, пошто је од првог тренутка несумњива чињеница да је он убица. Проф. Васиљевић даље пише: „Део теорије који у оваквој одредби види одредбу којом се установљава пресумпција невиности полази од једне крупне логичне грешке, сматрајући формулацију, не сматра се кривим потпуно еквивалентном само негативно постављеном са формулацијом „Сматра се невиним“. Међутим, „не сматра се кривим“ ни у ком случају није исто што и „сматра се невиним“ (стр. 296); „до правоснажне осуђујуће пресуде не може се сматрати кривим према јасној законској одредби, али се дотле не може сматрати ни невиним, ни према законској одредби која је то не каже, ни према другим одредбама Законика које одређују његов положај већ је сумњиво лице, и тај положај повлачи последице које се према невином лицу не би могле применити...“ (стр. 296). „Законодавац је добро схватио ствар и добро је дао израза својој замисли: представља подједнако штетно прејудуцирање сматрати у току поступка окривљеног кривим или га сматрати невиним, јер је то ствар која ће се видети тек на крају поступка, а све дотле окривљени није ни једно ни друго, већ лице у специфичном положају...“ (стр. 297). „Осим ситуације крив и ситуације невин постоји и трећа ситуација у којој може да се нађе окривљени, ситуација у којој се окривљени показује као **сумњив** која је за разлику од прве две привремена и води коначно једној од двију дефинитивних“ (стр. 296). **По нашем схватању, окривљени је у стварности или учинилац кривичног дела или то није. Tertium non datur.** Пошто против њега говори основана сумња поведен је кривични поступак, који има за задатак да утврди да ли је он кривац или невин. Суштина пресумпције невиности и јесте у томе да **Закон третира окривљеног као невиног све до правоснажне осуде, упркос верзијама јавног тужиоца, па чак и евентуалном датом признању.** Овде важи оно што је написао Маркс:⁷⁰ „Јус зна само: „или — „или“. Упркос свакој, па и најјачој сумњи, Закон одређује да се према окривљеноме поступа као према невином. Мере обезбеђења присуства окривљеног имају, у крајњој линији, за сврху управо да се омогући утврђивање истине и разреши дилема: аут — аут. Наиме, **сумњив може бити и крив и невин човек.** Неке мере, које повлачи за собом већ појављивање сумње, као што је нпр. суспензија, сасвим су пролазног карактера. По нашем мишљењу, чвор је управо у томе што „не сматра се кривим“ правно и јесте сасвим исто што и „сматра се невиним“. Када не би постојала и деловала пресумпција невиности, ово не би био случај. Оптужба је доказана, па је окривљенин вин или није доказана, па је невин. Средњег некаквог трећег решења не може бити. Овде је формална логика подређена правној норми. Наиме, суд „није доказано да је окривљени учинио кривично дело“ може бити одречан (подврста: окривљени није вин), али и потврдан (подврста, окривљени је невин). Пресуду којом се оптужени ослобађа од оптужбе суд ће изрећи: „3) ако није доказано да је оптужени учинио дело за које се оптужује“ (чл. 350. ЗКП).

⁷⁰ Карл Маркс и Ф. Енгелс: Соч., т. 14, стр. 641.

Није доказано да је окривљени учинио кривично дјело:

Негација:

Окривљени није крив

Афирмација:

Окривљени је невин

Дају исти резултат

Ако је невиност окривљеног доказана, логички би се очекивало да судско веће своје уверење изрази у виду потврдног суда „окривљени је невин“. Ако није доказана кривња окривљеног, у случају недостатка доказа виности, суд ће донети ослобађајућу пресуду, руковођен управо принципом пресумпције невиности и максимом „in dubio pro reo“. Недовољно доказане тврдње одбране, **ако нису побијене**, морају се тумачити као да су истините. **Отуда недоказане а непобијене тврдње окривљеника имају у кривичном поступку сасвим исто дејство као и оне које су доказане.** Уз употребу свих расположивих доказних средстава, чињеница која оповргава оптужбу, у исто време оправдава оптуженог, с обзиром на чињеницу да се тражи пуна и безусловна доказаност оптужбе. Пресумпција невиности (чл. 3. и ст. 3, чл. 350 ЗКП-а) јест она која тражи да онај ко оптужује и докаже ту своју оптужбу. Субјективна увереност тужиоца није у овом погледу од значаја, јер право изједначаје одречан и потврдан суд.

Када утврђене чињенице не дају основа за категоричку тврдњу да је оптужени учинио дело које му се ставља на терет, суд неће знати шта је тачно, неће утврдити шта је истина, неће утврдити да ли је оптужени извршио дело, налазиће се у недоумици. Баш зато што нема довољно доказа оптужбе, што виност оптуженога није доказана, суд, мора, полазећи од пресумпције невиности, да донесе ослобађајућу пресуду. Свако, па и оптужени има се сматрати невиним све док његова виност не буде доказана (чл. 3. ЗКП у вези са ст. 3. чл. 350. ЗКП). И сада долази оно што је од посебне важности за нашу дилему: **ослобађајућа је пресуда на основу тач. 3. чл. 350. ЗКП-а, захваљујући управо пресумпцији, такођер категорично признавање невиности окривљеног, баш као и у случају када су предочени докази одбране убедили суд да оптужени није извршио кривично дело.** Оптужени се ослобађа од оптужбе, „ако није доказано да је учинио дело за које се оптужује“ (чл. 350. ЗКП). Када доказана невиност не би била, правно гледано, исто што и недоказана виност,* постојала би празнина у ЗКП, који позна само наведену формулацију. У нашем кривичном процесном праву, не постоје две врсте ослобађајућих пресуда

* „Изједначавање ових двају случајева који ни логички ни друштвено нису једнаки резултат је претпоставке окривљеникове невиности. То је уједно и најочитији резултат те претпоставке.“ (Bayer: Ibidem, стр. 191).

(услед доказане невиности и недоказане виности, са разним правним последицама), као што је то случај у неким државама**) и то баш због доследне примене пресумпције невиности. Свака ослобађајућа пресуда, независно од њезине основе, представља категоричко утврђење невиности. Ценимо доказаним да у нашем кривично процесном праву, без обзира на њихове логичке различитости, силом чл. 3. ЗКП-а и ст. 3. чл. 350. ЗКП-а одречан суд „не сматра се кривим“ **правно** јесте сасвим исто што и потврдан суд „сматра се невиним“. Када законодавац у чл. 3. ЗКП каже „нико не може бити сматран кривим за кривично дело док то не буде утврђено правоснажном пресудом“ исто је, по свом значењу, као и када се каже: има се сматрати невиним док не буде утврђено супротно. То потврђује и члан 350. ЗКП-а, јер не прави никакве разлике, па чак и не спомиње потврдну форму (не каже: јер је доказано да није извршио кривично дело). **Све до правоснажности пресуде, невини окривљеник не престаје реално да буде невин, а учинилац не престаје да буде реално крив, па нам се чини да нема треће ситуације о којој говори проф. Васиљевић. Постоје по нашем мишљењу само две ситуације: привремено су сумњиви и а) невини и б) криви окривљеници (баш зато и „тече“ над њима пресумпције невиности). Сумњива особа или је невина или крива, па излази да и нема треће ситуације — ако се ствар посматра у развоју (процесу).**

Увидели смо неодвојиву и уску повезаност између принципа „пресумпције“ невиности и максиме *in dubio pro reo*. Међутим, др Бранко Петрић⁷¹ у вредном раду сматра да ова максима не важи у нашем кривичном процесном праву и то из два разлога. Прво Закон о кривичном поступку не прописује тај принцип, а друго, он је супротан принципу слободне оцене доказа. Нама се чини да управо због тога што суд има слободу оцене доказа, он може применити принцип *in dubio pro reo* и онда када овај није изричито прописан. Уосталом, ниједан принцип нема неограничено важење, па можемо допустити и претпоставку да тај принцип ограничава слободну судску оцenu доказа и да је то законодавац ради важних разлога управо и хтео. Поред тога, *in dubio pro reo* може произлазити из слободне оцене доказа, а ипак истовремено представљати њено ограничење.

О том питању треба се сложити са Хенкелом (*Strafverfahrens recht, Stuttgart, 1953, p. 404*): суд који сумња у кривњу оптуженог, ослободиће га услед недостатка убеђености, а то значи, по слободној оцени доказа. Заправо другог избора неће ни имати.

Мислимо да у начелу нема никакве потребе да ЗКП изричито пропише, *in dubio pro reo*, јер он произлази непосредно из чл. 3. ЗКП-а и с њим је неразднојно везан.* Пресумпција невиности

** У Књажевини Србији постојала је ослобађајућа пресуда којом се оптужени проглашава за невиног и пресуда којом се он „пушта испод суђења“, услед недостатка доказа, али остаје и даље под сумњом. У Шкотској постоје ослобађајуће осуде »not guilty« и »not proven«.

⁷¹ „Приручник за практичну примену Закона о кривичном поступку“, Београд, 1968, стр. 5.

* Сматрамо да је та максима, штавише, прописана т. 3, чл. 350 ЗКП-а, те Петрићев приговор по нама не стоји.

служи начелу истине, јер одређује и захтеве веома темељито и солидно истраживање, разјашњавање и расуђивање. Сумњиве околности не могу бити основа судске одлуке: суд доноси осуду на основу сигурности, а не вероватноће, између којих, по нашем мишљењу, постоји квалитативна разлика. Оно што је, после свестраног испитивања, остало сумњиво не може бити темељем осуде; другим речима, говори у корист оптуженог. Суд мора у пресуди узети као утврђене или неутврђене не било које чињенице него управо оне које се налазе у садржају оптужбе, као и оне које иду у корист или на штету окривљеног. Отуда свака сумња у чињенице које износи оптужба, аутоматски иде у прилог одбране. Свака чињеница која оправдава оптуженога у исто време оповргава оптужбу. И обратно, принцип „in dubio pro reo“ значи управо то да „недоказана чињеница мора бити искључена из чињеничног стања које је основ за одлуку“. (Петрић, стр. 5). „Чињенице које падају на терет оптуженом морају бити с извјесношћу утврђене, а оне које му иду у прилог ако се не могу сигурно искључити узимају се као да постоје“ (Грубиша). Ова максима тражи врло „солидно чињенично образложење из кога се може видети због чега извесна чињеница није узета у обзир приликом доношења одлуке“. (Петрић, стр. 5). Као што Молијеров Журден четрдесет година говори прозом а да то не зна, тако и ову максиму примењују и они који се на њу не позивају. А ако се неки практичари задовољавају голим навођењем максиме, без солидне анализе доказа и логичке аргументације, за такав неправилан поступак поменута максима свакако не сноси кривицу и чини се да Петрићева аргументација отпада.

Показује се да је Gorphe⁷² био у праву када је пресумпцији невиности дао онај садржај, који смо изнели на почетку ове расправе.

На крају, остаје да одговоримо на питање **дали су пресумпција невиности и принцип in dubio pro reo у супротности са принципом истине.**

Прво, захтев да се за осуду траже снажни, несумњиви докази кривње нарочито стимулира примену принципа истине (објективне) и свакодневно, енергично, систематско и континуирано примењивање криминалистике и других наука у кривичном поступку. Пресуда која није заснована на чврстим доказима не пружа гаранције да је правилно одразила чињенично стање. Без довољно доказа не постоје основи за истинитост осуде. Чл. 15. ЗКП-а тражи да се у поступку утврди несумњива истина: „Суд и државни органи који учествују у кривичном поступку дужни су да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке. Они су дужни да са једнаком пажњом испитају и утврде како чињенице које терете окривљеног, тако и оне које му иду у корист.“ Члан 292. ЗКП одређује: „Дужност је претседника већа да се стара за свестрано претресање предмета, проналажење истине...“. Према чл. 322. „Доказивање обухвата све чињенице за које суд сматра да су важне за правилно пресуђење.“

⁷² Op. cit.: види фусносту 3, München, 1976, p. 53.

Ако све те одредбе тумачимо у вези са чл. 3. ЗКП-а и тач. 3. чл. 350. ЗКП, схватићемо суштину пресумпције невиности и принципа *in dubio pro reo*. Аргумент да Закон о кривичном поступку ни у једној одредби не употребљава тај термин... (Др Петрић, *op. cit.*, стр. 5) није пресудан.

Ситуације могу бити следеће: суд је утврдио да је окривљени учинио кривично дело или пак да он није извршилац, установљење је у складу са чињеничним стањем, значи, суд је утврдио истину.

У другој ситуацији суд проглашава оптуженог невиним, јер није могао да утврди шта је истина. Иако су употребљена сва расположива средства, није се могло утврдити да ли је окривљени извршио то дело или га није извршио. Баш зато што у конкретној ситуацији то није могао утврдити, суд — значи у сумњи — узима да окривљени није учинио то дело.

Ослобађајућа пресуда садржи објективну истину, прво, када је невиност оптуженог доказана, када је утврђено да он није извршио дело које му се ставља на терет. Међутим, у оним случајевима када се ослобађајућа пресуда доноси услед „недостатка доказа виности“, она може, али не мора правилно да одрази чињенично стање. Значи, она може, али не мора да садржи истину. Овде судска пракса неће увек пружити гаранцију да је установила истину. Да ли би то можда био случај ако би важила пресумпција виности? Тада би било још мање сигурности да је у таквим ситуацијама установљена истина. Резултат је и овако и онако једнак: негативан. Суд не зна да ли је установио истину. Када би се „пресумпција невиности“ примењивала без истраживања, разјашњавања и утврђивања чињеничног стања, она би свакако била у супротности са начелом истине. Међутим, она је нераздвојно повезана са тим захтевом, а како то свестрано испитивање у конкретном случају није успело, како истина није утврђена и у тој ситуацији се показало да то није ни могуће, а суд ипак мора решити кривичну ствар — принципи „пресумпције невиности“ и *in dubio pro reo* на неки начин супституирају неуспелу примену принципа објективне истине. Оваква је пресуда свакако законита, али не мора бити уједно и истинита. Тај ризик демократско друштво мора да прими на себе. Једини је излаз у све масовнијем и ефектнијем развоју научних метода откривања и разјашњавања истине. Све ствари, па и процесне принципе треба гледати и подстицати под углом развојности.

Мислимо да нам је пошло за руком да оповргнемо Roxin-ov⁷³ скептицизам: „**Стварни садржај претпоставке невиности** — апстраховано од језгра става *in dubio* — **није разјашњен до данас**. На простом **сумњичењу** засноване кривичнопроцесне принудне мере треба исто тако с њом повезати као и ступњевање државних овлашћења на захвате према ступњу сумње. Претпоставка невиности добила би вредну искрену снагу тек онда када би је схватили као конкретизацију уставноправне забране прекомерности: што се не може тражити од стварно невинога, не сме се, пре његове правоснажне пресуде, одредити нити осумњиченику.“

⁷³ Kern-Roxin, *Strafverfahrensrecht*, München, 1976, p. 53.

Чл. 179. и 181. ст. 4. Устава СФРЈ зајамчује поштовање људске личности и људског достојанства у кривичном поступку. У односу на кривичнопроцесна права ова одредба се појављује као материјално уставно право, јер су слободан грађанин и његово достојанство највише правне вредности. Достојанство је социјално-морално-етичко-психолошка категорија. Овај вредносни појам није замислив без постојања човека као потпуног кривичнопроцесног субјекта, с најширим дијапазоном.

Достојанство окривљеног реално постоји само онда када он није третиран као средство за остваривање државних (друштвених) циљева и није сведен на позицију објекта кривичног поступка. Оно је загарантовано ако кривичнопроцесни систем и у пракси осигурава да ће држава штедети, поштовати и штитити његово достојанство. У једном другом контексту Geyer⁷⁴ је дивно казао: „Нама је сигурна звезда водиља, да нико без своје кривње не треба да претрпи зло, правичност која свој глас најјаче подиже када је сама држава она која је задала незаслужену патњу.“

Хуманизам, једнакост, равноправност и правичност спадају заједно са достојанством личности, у исту групу социјално-политичких вредности, које су најуже повезане са пресумпцијом невиности.

Није случајно што правни аспект личности заузима једно од централних места у правној науци. Концепција права човека не може бити сведена само на логичку и правну страну питања. Проблема права и слобода грађана неопходно је посматрати у широком спектру уставних, правних, социјалних, економских, културних и политичких претпоставки права и слобода човека. Правни статус грађана укључује у себе и правне принципе и гаранције, па и пресумпцију невиности, која је важан индикатор моралноправне климе у којој је грађанин безбедан да ће држава и друштво штитити његова права, слободе и законите интересе.

Исувише су хисторијски реалне и временски блиске стаљинистичка и фашистичка држава са својом пресумпцијом виности, а да би ми били склони уском тумачењу пресумпције невиности. Наш Устав и ЗКП полазе од апсолутне вредности човечје личности, не обазирјући се на евентуалну корист, коју одређени човек доприноси друштву, баш као што стаљинистичка држава и фашистички властодршци полазе од апсолутне безбедности људске личности као стварног принципа свог поступања.

Ова апсолутна вредност личности звучи веома апстрактно, али се изражава у богатој садржајности правних норми од којих смо неке анализирали у овом раду. Идеја достојанства личности, као један од основних принципа хуманизма, јесте уставноправни, а тиме и кривичнопроцесни принцип, који има врло конкретан садржај у земљи која гради самоуправни социјализам. Јован Ђорђевић⁷⁵ је то изразио на изванредан начин: „Овај принцип конкретног хуманизма је усмерен на заштиту генеричког бића, самог 'језгра' личности које нико нема право да уништи чак и кад је конкретни субјект (појединац) својим делима доводи у питање. И пред судом човек је људ-

⁷⁴ Gerichtsaal, 34, p. 327.

ска личност, субјект, а не објект натуралистичке вивисекције. Ма
накав акт да је учинио и ма каква казна да га очекује по закону
човек мора остати усправан и његово људско достојанство и друга
својства и осећања људског бића морају бити очувани."

Владимир Водинелић

SUR LA NATURE JURIDIQUE DE LA PRESOMPTION D'INNOCENCE

— Résumé —

Dans cet article l'auteur donne d'abord un aperçu comparatif détaillé de l'institution de la présomption d'innocence dans le monde, puis expose et discute de façon critique les conceptions de nombreux théoriciens du droit criminel allemand, français, russe, hongrois et tchèques.

L'essence de la conception de l'auteur est que la soi-disant «présomption d'innocence» est une norme, de conduite et une garantie du droit de procédure, une directive pour traiter l'inculpé comme s'il était innocent (jusqu'au verdict sans appel). C'est-à-dire, il n'est pas vraiment logique de «supposer» l'innocence de l'inculpé lorsque, dans le plus grand nombre de cas, il est établi qu'il est quand même coupable, et, pour la présomption, est précisément essentielle cette grande probabilité. Sans elle on ne peut pas absolument parler d'existence de présomption. En outre «la présomption d'innocence» vaut même lorsque l'auteur du délit a accompli son acte criminel dans un lieu public et a la vue de nombreux témoins.

L'essence de la «présomption d'innocence» réside précisément en ce que la loi traite l'inculpé comme innocent, jusqu'au verdict sans appel malgré les versions du Procureur et même malgré sa reconnaissance éventuelle «Il ne se considère pas coupable» est, en droit, absolument la même chose que «il se considère innocent». Le jugement négatif: «il n'est pas prouvé que l'inculpé soit innocent (variante: L'inculpé n'est pas coupable) est la même chose, du point de vue juridique, qu'un jugement positif (variante: l'inculpé est innocent). «La présomption d'innocence» (art. 3, en rapports avec l'alinéa 3, art. 350 de la Loi de procédure pénale) est celle qui exige que le Procureur prouve son imputation.

Dans le texte ultérieur se confirme le lien étroit entre la «présomption d'innocence» et la maxime «in dubio pro reo» (qui est, selon l'auteur, prescrite par l'alinéa 3, art. 350 de la Loi de procédure pénale).

Dans la dernière partie du travail est étudiée la question complète de savoir si la «présomption d'innocence» et «in dubio pro reo» sont contraires au principe de la vérité.

БРАК И БРАЧНА И ВАНБРАЧНА ЗАЈЕДНИЦА

1. Брак и породица су друштвене појаве. Настају у вези са задовољењем виталних потреба људи. Посебно су значајни за био-социјалну репродукцију човека и човечанства.¹

2. Брак настаје „правним установљењем“. Но, то не значи, да уз одређена упозорења не би могли сматрати брак и одговарајућу заједницу мушкарца и жене која није правно санкционисана или, штавише, забрањена. Међутим, са правног становишта, настају овде одређене разлике у приступу и решењима на које треба указати.

Насупрот браку, породица настаје независно од неког њеног претходног „установљења“: рађањем у браку или ван брака и сту-

¹ Производњу нових генерација, под којом се не подразумева само рађање деце већ и њихова заштита, подизање и васпитање, многи аутори узимају као прави разлог самог постојања брака (V. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1928, с. 253), па то и наглашавају у самој дефиницији брака наводећи је као један од најзначајнијих циљева брака. (Порталис: „удруживање мушкарца и жене који се удружују да би овековечили врсту“..., М. П., *op. cit.*, с. 252); Colin — Capitant — De la Morandière: „свечан грађанско-правни уговор на основу кога мушкарац и жена заснивају заједницу живота да би се узајамно помагали и подизали своју децу“, у делу *Cours élémentaire de droit civil française*, I, Paris, 1938; исто и Мевораху, Рјасенцев, А. М. Бељакова и Е. М. Ворежеикин, према приказу од њих датих дефиниција у раду В. С. Бакића, *Породично право*, Београд, 1979, с. 83 и 84, спомињањем породице као сврхе брака и, по правилу, заштиту и подизање односно васпитање деце.

Међутим, има и гледишта према којима се рађање и подизање деце не могу узети као прави друштвени разлог постојања односно настанка брака. Тиме се на негира да брак по правилу доводи до рађања деце и заснивања породице, и да стабилност овако настале породице и њена оспособљеност да остварује своје дужности зависи знатно и од стабилности брака. Према овом схватању принудни брак се појављује као социјални изглед дубоких противречности између биолошке и социјалне природе човека, која ће се разрешавати укидањем принудног брака. Сходно томе под браком треба подразумевати и слободне асоцијације мушкарца и жене који остварују одговарајућу заједницу живота и трајније је одржавају не због тога што би на то били правно обавезни, односно због неке спољне принуде, већ због постојања међусобног афинитета и наклоности и докле овај афинитет и наклоност траје (В. М. Младеновић, *Увод у социологију породице*, Београд, 1975., с. 65. и 66.

пањем у вези са тим рађањем у одговарајући облик удруживања.² Тако посматрано она је друштвена појава која не подлеже правном уобличењу; за њено заснивање није потребно да се претходно путем неког правног акта у том циљу посредује.³ Но то што настаје без посредовања права не значи да друштвена заједница није заинтересована за њено настајање и правилно функционисање — вршење одређених овлашћења и дужности од њених чланова. Зато у том правцу путем правне норме делује.

3. За разлику од породице друштвена заједница је сâмо заснивање брака ставила под своју контролу прописујући услове и начин на који се заснива. Због тога се породица не може, а брак може, да сврста под појам правне установе.⁴ Но то не значи да је у погледу брака више, а у погледу породице мање изражена друштвена принуда. Управо обратно. У овом погледу би, свакако, било корисно да се изврше нека поређења. Међутим, како је главна тема овог излагања брак, то ћемо се у даљем излагању на разматрање брачне тематике ограничити уз нека најопштија поређења.

4. У брак се ступа у циљу заснивања заједнице живота са лицем супротног пола.⁵ Брачни партнери очекују један од другог испољавање одговарајућих наклоности и понашање који ће омогућити нормално задовољавање у међусобном односу полног нагона. У овом погледу они се присвајају и отуђују, ускраћују и употребљују. Заправо, одговарајуће моћи намењене су другом брач-

² Дете постаје члан породице прихватањем након рођења од оних који су га родили. Спонтаност прихватања детета је разлог што се одмах не уочава овај моменат ступања у заједништво, и, рекли бисмо, неминовност таквог поступања по биолошким и друштвеним законима.

³ Породица ужива породичну аутономију. Међутим, иако се зајемчује неповредивост породичног живота, друштвена заједница, путем правне норме, све више овде посредује. То је због тога што врши и одређене функције за чије је вршење друштвена заједница посебно заинтересована: у случају њиховог невршења или слабог вршења угрожавају се животни интереси појединаца који уживају посебну друштвену заштиту.

⁴ У том смислу се посредно изражава и М. Planiol у цитираном делу, с. 253, када каже, да се често дешава да једна правна установа, основана у одређеном циљу, показује се у пракси корисном и за оно зашто није основана (мисли се на бракове у којима не може да се оствари „прави циљ брака“, рађање деце).

⁵ Обично се каже да је циљ брака заједница живота. То је, правно посматрано, свакако, непосредан циљ савременог брака. Слично ранијем савезном закону Закон о браку СР Србије дефинише брак као законом уређену заједницу живота мушкарца и жене. Томе не противрече ни она законодавства која као циљ брака наглашавају рађање. Тако у Закону о породици Чехословачке социјалистичке републике од 1964. године стоји да је главна друштвена сврха брака заснивање породице и правилно васпитање деце. Очигледно ствар се посматра са становишта заинтересованости друштвене заједнице за брак. Тиме се не негира да он има и другу друштвену сврху. Та друга друштвена сврха брака јесте оно на шта је брак непосредно усмерен — заснивање заједнице живота. У овој заједници живота задовољење полног нагона, љубави и наклоности у општењу између лица супротног пола заузима главно место односно у томе је њена специфичност. Због тога је разлика полова услов постојања или пуноважности брака, а полна способност једно од битних својстава личности.

ном партнеру — за њега су резервисане а не за лице или лица ван интимног брачног круга.⁶

5. Брак је облик удруживања мушкарца и жене. Као облик удруживања настаје, по правилу, сагласношћу оних који у њега ступају. Неопходна је брачна намера (*affectio maritalis*). Према познатом ставу у Дигестама »*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*«. Овај став има далеко већи значај од онога који би му се могао придавати с обзиром на време када је настао. Брак је увек удруживање настало изражавањем брачне намере, па било да су једино позвани да је изразе они који у брак ступају или, за њих и мимо њих изражавају је други у складу са правилима која важе у датом друштву, тако да они којих се то тиче, дужни су да прихвате овакво ново за њих засновано стање и у складу са тиме да се понашају (непридржавање овако наметнутог брачног стања сматра се као непоштовање обичаја, традиције, тешка повреда успостављеног реда ствари, која подлеже санкцијама).⁷

⁶ То је тако бар у начелу. Међутим, од тога постоје већа или мања одступања зависно од равноправности мушкарца и жене у друштву. Већа или мања равноправност односно неравноправност у браку зависи у конкретном случају и од личних својстава и могућности. У свему томе провлачи се одређена нит као одраз односа полова који се у својој супротности допуњавају и једно другом теже. Изгледа да је мушкарац овде више наклонен присвајању (особеност конкурентних облика у вези са задовољењем нагона и оплодњом; већа или мања угроженост у том погледу односно могућност угрожавања, и, као резултат тога, већа или мања наклоненост ка љубомори и „присвајању“ онемогућењем других), мада и оно, у крајњој линији, зависи од друштвено-економског положаја мушкарца и жене. Но како било да било брак се увек појављује као одређени облик присвајања моћи и потенцијала другог или других, те се, према томе појављује и као однос према трећим. Тако стварно излази да брак представља, на неки начин, ограничење наших личних слобода иако је на одређени начин оно што представља лични живот и уставом загарантовано право личности.

⁷ У старој Индији савет касте који се окупља после рођења женског детета одређује ко ће бити његов брачни партнер, муж. При томе се придржава одређених правила. Када дође време да се ступи у брак, младић коме је девојка намењена узима је за брачног партнера на тај начин што се девојка уводи у породицу мужа према одређеном брачном ритуалу за овакав брак (виваха). (Lise Vincent Doucet Bon, *Le mariage dans les civilisations anciennes*, Paris, 1975., с. 58 и 59).

У Ирану (II до VI столећа наше ере) девојка је слободна да изабере или не изабере за мужа лице које су јој у ту сврху родитељи предочили. Ако је једина наследница дужна је да оцу „уступи“ прво мушко дете које роди или да изабере за мужа једног од чланова породице (Vincent, *op cit.*, с. 75).

У Месопотамији, Асиру, девојку је удавао отац (Vincent, *op. cit.*, с. 97). Судећи по брачним уговорима који су сачувани, у Египту је захтевана само сагласност брачних другова (Vincent, *op cit.*, с. 121). Према праву у времену хомерске епопеје уговор о браку је закључиван између оца веренице или онога који га представља и будућег мужа (V., *op. cit.*, с. 143). Ни у Атини није тражена сагласност будуће супруге. Мужа су јој бирали родитељи (V., *op. cit.*, с. 146).

У Спарти девојци је, такође, одређиван муж. Младић коме је девојка била намењена, узимао ју је у наручје и уносио преко прага у очеву кућу (V., *op. cit.*, с. 165).

У римској држави, пред крај републике, престало је право патер-фамилиас-а да намеће брак потомцима.

Савремено брачно право одбацује сваку могућност наметања брака онима који треба да у брак ступе. Заснива се само на основу слободно изражене сагласне воље.⁸

6. Брак је, према томе, облик удруживања који увек настаје на основи изражене воље друштвено позваних да је изразе. Без ове изражене воље нема брака између одређених лица па и када је дошло до њиховог саживљавања и понашања које је идентично понашању мушкарца и жене који су у браку у односу једно пре-

Код Германа, као и код свих нордијских народа и других народа, појединац је везан за свој род, у строгом смислу речи, и дужан је да се понаша у складу са интересима своје породичне групе. Девојка може да изабере сама себи мужа. Ако је врло млада, на место ње одлучује њен отац, али у оба случаја само са одобрењем рођака (V., *op. cit.*, с. 230).

Код Индијанаца Инка поглавица је венчавао своје поданике (Инка је назив за поглавицу и уобичајено да се овако називају и индијанци којима је Инка поглавица). Сем незнатних изузетака, у којима је младић на основу посебне благонаклоности могао сам себи да бира супругу, Инка је одређивао парове састављајући им руке и представљајући их њиховим родитељима. Само девојка изабрана вољом Инке је законита супруга. Све се то обављало на скупу младих који су напунили године за ступање у брак. Скуп се сазивао сваке године. Овај обичај је постојао код Инка пре освајачких шпанских похода који су довели до њиховог поробљавања. Подаци су узети из књиге Историја Инка чији је аутор Garcilaso de la Vega, син Шпанца и мајке индијанке Инка, рођен осме године након шпанског освајања (V., *op. cit.*, с. 333).

Код Хебрејаца девојку су просили представници оца момка обраћајући се брату и оцу девојке. Момак се могао и лично да обрати оцу девојке који је одлучивао, прихватао или одбијао захтев (V., *op. cit.*, с. 364 и 365).

⁸ Савремено право настоји да обезбеди потпуну слободу грађана у погледу опредељења да ли ће да ступе у брак и избора партнера. Када је у питању породица ствар друкчије стоји уколико је реч о односима родитеља и малолетне деце. Родитељи су дужни да своју децу прихвате, заснују са њима породични облик удруживања односно уведу га ако је он већ заснован.

Иначе принцип слободног и личног опредељења за брак и заснивање брака са одређеном личношћу најдоследније је спроведен у нашем праву и праву других социјалистичких земаља. Тако када малолетна лица ступају у брак, она су једино овлашћена да поднесу захтев надлежном органу без чијег одобрења не могу да ступе у брак. Законски заступници малолетног лица које жели да закључи брак не могу да га у вези са закључењем брака заступају. Они нису овлашћени да дају неку формално правну сагласност, одобрење и сл. (чл. 15. и 23. ОЗБ; чл. 3, 12, 16, 21, 35. ЗБ СР Србије; чл. 14, 24, 34. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске — посебно став 3. члана 34. закона Хрватске —; пар. 1. и 13. Закона о породици ЧСР од 1974; члан 1. пар. 1, члан 10. пар. 1. Законика о породици и старатељству НР Пољске од 1964; члан 10. Основног законодавства СССР и савезних република о браку и породици од 1963).

Нешто је друкчије са законодавством грађанских земаља. Малолетна лица не могу да склопе брак ако се претходно са тим не сложе родитељи. Истина одредбе о томе се ублажавају тиме што надлежни орган може дати сагласност ако се давање одобрења неосновано ускраћује (чл. 2. и 4. Законика о браку Шведске од 1920. са изменама и допунама које су уследиле до 1970; пар. 3. Закона о браку СР Немачке од 1946). Према француском грађанском закону не може да се уложи рекурс против одлуке родитеља којом ускраћују да дају сагласност. Међутим, ако се један родитељ противи а други даје сагласност сматра се да је ова сметња отклоњена.

ма другом. У вези са правном и друштвеном природом брака у теорији су заступана два, на први поглед супротна, гледишта. Према једном, савремени брак је уговор, а према другом установа. Међутим, ближа разматрања показују да ова два схватања не противрече једно другом, тј. да једно друго не искључују. Наиме брак је истовремено и уговор и установа.⁹ Све зависи од тога које односе у вези са браком имамо у виду: да ли посматрамо значај и улогу брака у друштву (друштвени аспект брака) или правни учинак брака (правни аспект). При томе треба водити рачуна о томе да ако је установа он је ипак правно установљен.

7. Истина, има податка да се код неких народа у прошлости брак често склапао вољом једне стране. Према античком обичају победиоци су имали право на жене побеђеног непријатеља. Ахил се није одрекао овог права према заробљеној Бризеис, кћери свештеника Бризеса. Конкубине — робиње Истока (као Фридрихеле нордијске) сматране су за средство намењено уживању господара често ускраћених у брачним односима због многих забрана полног општења. Прихватане су за законите жене сходно обичају.¹⁰ То је било уз сагласност породице, и одговарајуће понашање и изјаву воље, којим је јасно стављено на знање да је робиња добила положај законите жене.¹¹ Браку је, дакле, увек претходила изјава воље независно од тога у којој мери оба или један будући брачни партнер има пасивну улогу, или је дужан да се покори вољи израженој у вези са тиме од стране друштвено позваних да је за њега изразе и да му брак наметну. Истина овако закључен брак путем безусловног покоравања брачног партнера вољи блиских и слично није у односу на њега уговор. Уосталом и обавезе које се заснивају уговором могу да обухвате само оне који су у његовом закључивању учествовали. Протезање ових обавеза и на остала лица представља за њих наметање туђе воље, дакле, наредбу којој су дужни или нису дужни, према правилима друштва у коме живе, да се покоре или не покоре.¹²

⁹ Спор око бића брака као установе или уговора је, према једном мишљењу, привидна алтернатива која ће бити плодна само кроз њено побијање. Персонални (индивидуални) и институционални начин гледања тиче се само две стране једног и истог феномена. Слабости и погрешна тумачења обеју привидно супротних теорија настоји да отклони Гернхуберс прагматичним тумачењем брака као социјалног облика понашања. Брак добија свој садржај из опште представе и очекивања, који се са њим повезују (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, свеска 5, с. 90).

¹⁰ Vincent, *op. cit.*, с. 420

¹¹ Уношење девојке у родитељску кућу, значајан моменат некад код појединих народа у ритуалу закључења брака, који је према неким врста реликта ранијег обичаја према коме се до жене долазило отмицом, представља, свакако, и један облик изражавања воље о узимању за жену, брачног друга, одређене женске особе и прихватању исте у том својству од осталих укућана. То је знак да девојка није самозвано, непозвана, ступила у нов дом; јер је унета и уведена од једног његовог члана, који је на одређени начин сматра својом. Символика овог чина је, свакако, вишеструка.

¹² Уколико се ово наметање тичало конкубина односно робиња може се, свакако, претпоставити њихова сагласност. Ово не само што су биле дужне да се без приговора покоре вољи господара, већ и због тога што се стицањем статуса законите жене њихов положај само поправљао и побољшавао, а не обротно.

8. На основу, дакле, одређеног изражаја воље који је пратио увек одређени свечани ритуал, између осталог и због тога да би се ново стање учинило познато и другим и на сигуран, недвосмислен начин обележило, сматрамо тек да су два лица у браку. Сходно томе дужни су да усаглашавају даље своје понашање са оваквим новим њиховим статусом, и да њима блиски то, такође, прихвате и у вези са тиме и да они саобразе своје понашање. Њихово понашање, пак, може бити у складу са обавезама које брак намеће или не. Брак, ипак, постоји, и, заправо, зато што постоји и можемо да оцењујемо, да ли се понашају онако како према новом статусу треба да се понашају. Према томе, само понашање партнера, макако да се они понашају као што се понашају лица која су у браку, није брак, већ ванбрачни однос или остваривање закљученог брака. Брак је њихов нов положај, обавезе и овлашћења настали за њих у међусобном односу и према осталим сходно важећим правилима понашања у друштву. Управо због тога новог положаја, обавеза и овлашћења који постоје независно од тога како се супрузи понашају, брак се показује подобним да усмерава њихово понашање.

У излагању о разлици између уговора о браку и брачном стању француски правник Planiol указује, да се, по наведеном питању, запада, каткад, у конфузију коју није тешко избећи. Под браком се подразумева и брачно стање. Треба добро водити рачуна да реч брак има двојако значење. Час се њоме означава уговор или воља да се живи заједно, час начин живота који из тога проистиче. У овом другом смислу брак није уговор, већ једно стање; каже се да брак траје, да је окончан; да је срећан или несрећан, итд.; али кад се реч брак узме у првом смислу, каже се да је закључен, да је раскинут, да је пуноважан или ништав, све оно што је схватљиво само за уговор. Није ништа друго до игра речи када се каже: брак није уговор, јер је „стање живљења“; ово стање живљења рађа се из уговора који се такође зове „брак“.¹³ У овом излагању не наглашава се довољно, да је брак скуп овлашћења и дужности, права и обавеза који настају са закључењем брака. Ако је акт о његовом закључењу уговор онда су наведене обавезе, овлашћења, дужности и права последица тог уговора. Како се ове обавезе и др. не извршавају једним чињењем или са одређеним бројем појединачних чињења, већ се извршавају све док брак траје, поступањем у складу са њима уговор се не гаси, и даље траје. Према томе ако се сложимо да се брак закључује уговором и да су наведена овлашћења, дужности, права и обавезе његова последица, онда је брак збиља уговор односно одређено уговорно стање које може да траје само док постоји уговор на основу кога је настало. Тешкоће, међутим, овде ствара то, што се споменуто уговорно стање не може да раскине доцнијим споразумом без посредовања надлежног државног органа који својом одлуком разводи брак. Наиме, ако је лако показати да је овде збиља реч о уговору, када се анализира само његово закључење у коме надлежни државни орган има пасивну улогу, тј.

¹³ Op. cit., c. 253, No. 693

улогу органа који је дужан да приступи склапању брака ако будући супрузи испуњавају законом прописане услове, ствар тако не стоји када се узме у обзир да ово тобожње уговорно стање не може више споразумно да се раскине (и код споразумног развода брака брак се разводи судском одлуком а не самим споразумом). Сем тога, садржина овог акта одређена је законом што је, такође, један од приговора схватању да је овај акт уговор.¹⁴

9. Очигледно је да се задовољавајући уговор у погледу истакнутог питања не може да добије када се пође искључиво са позиција уговора. Неопходно је да се пође од праве друштвене суштине брака. Наиме, брак је облик циљног удруживања и то удруживања ради постизања трајних циљева. Пожељно је да брак буде трајан, чврст, поготово ако дође до рађања деце. Циљеви брака као облика удруживања на одређени начин предодређују његову садржину. У складу са овим циљевима који су друштвено условљени законодавац на одговарајући начин треба и да уреди питање његовог настајања, трајања и престанка и обавезног и пожељног понашања у њему, прописујући и одговарајућа овлашћења, обавезе, права и дужности. Ни законодавац овде није свемоћан. Он је дужан да води овде рачуна о друштвеним законитостима које важе за овакав облик циљног удруживања. У питању је удруживање које задире у виталне интересе личности које се удружују. Млади брачни парови се стављају пред сложене животне проблеме. Долази до промена у начину живота, реструктурирања у вези са привређивањем, распоређивања терета, социјалних померања. Нагли и неоправдан прекид једне овакве везе може да тешко погоди једну страну или угрози виталне интересе ново засноване породице. Као код сваког циљног удруживања уговор се показује неподобним да одреди његову садржину. Тај садржај је на одређени начин објективно дат циљем удруживања, који није увек и за сва времена исти. Друштво је заинтересовано за све облике трајног циљног удруживања људи и по правилу они подлежу његовом увиду и контроли. Неке облике као брак и правно регулише у складу са циљем удруживања. Каква је сврха овог правног уређивања треба ближе сагледати. Правна обланда овде има своју вишеструку намену коју треба свестрано размотрити и испитати: ослобођење од заосталих схватања и увођење позитивних напредних правила, спречавање заснивања бракова који не могу да одговоре својој улози, јачање и учвршћење брачних односа, и др. Удруживање људи ради остварења одређених трајнијих циљева настаје, по правилу, на основу њихове слободно изражене воље, добровољно. То важи и за брак. Међутим, ако су одређени циљеви објективно везани за одређене личности односно оне се сматрају за њих друштвено одговорним и задуженим, нема сметње да законодавац пропише њихово обавезно удруживање у одговарајући облик удруживања, прописујући и санкције за случај непоштовања и непридржавања норме. Из свега

¹⁴ M. Planiol, op. cit., c. 253, No. 692: »Voyez notamment Beaussiere (Principes du droit, p. 212—213), qui s' imagine qu'un contrat est un acte essentiellement arbitraire dans toutes ses parties«.

овога излази да пре него што би се дао неки дефинитиван одговор да ли се брак закључује уговором или неким другим правним актом, треба сагледати свестрано карактер брака као облика удруживања људи и из тога извести закључак о томе који се правни инструменат данас показује најповољнијим за настајање овог облика удруживања. Да би то, пак, ближе сагледали требало би и извршити поређења између брака као облика удруживања и других облика циљног удруживања, те да ли се и какве све особености овде испољавају.

Акт којим се заснива брак није, дакле, ништа друго до акт којим ступају у одређени облик удруживања одређени мушкарац (мушкарци) и жена (жене), који, у складу са сврхом овог удруживања, дужни су да се на одређени начин понашају. Скуп ових дужности и овлашћења представља у ствари садржину брака. Њиховим вршењем брак се остварује. Неким од њих остварује се основна сврха брака, а нека од њих су карактеристична и за остале облике удруживања којима се између чланова заснива блискост, тесна повезаност животних интереса и међусобна условљеност, зависност. Како одговарајуће понашање лица која су ступила у брак наступа непосредно или, штавише, и упоредо са закључењем брака,¹⁵ јер су ова лица брак управо ради тога и засновала, само то понашање оцењује се као брак одвојено од скупа овлашћења и дужности насталих на основу изражене воље да се ради остварења заједнице живота мушкарца и жене и других орговарајућих циљева удружи. Ствари, пак, тако не стоје. Ако се у појединим дефиницијама о браку то предвиђа тако да се из њих стиче уверење као да је брак једно стварно стање које не трпи никаква одступања, то је, изгледа, и због тога, што се тиме жели да подвуче императив брака као облика удруживања који не трпи никакво одступање.¹⁶ При томе, истини за вољу, у овоме има и доста истине уколико се посебним наглашавањем онога што претставља реализацију брака хоће да подвуче, да је брак као облик удруживања стварно брак само уколико се овај облик удруживања и остварује. Наиме, у овом случају, пошто се остварује, производи правно дејство, није само слово на папиру већ нешто што живи, функционише, што је мање или више успело. Тако оно што је правно настало кроз своју доцнију реализацију добија епитет: успело, животно, делотворно, односно ако до реализације не дође или је она недовољна: неуспело, беживотно и слично.

10. Заједницу мушкарца и жене, који нису закључили брак, а који живе и понашају се као муж и жена, називамо ванбрачном заједницом. Чини се да је ова негативна одредба довољна за дефинисање ових заједница, па неки законски текстови, који говоре

¹⁵ Или је ово понашање неки пут претходило закључењу брака.

¹⁶ »Nuptiae sunt conjunctio maris et femine, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio« (према Modestenu u Digestama, 23, 2, 1).

Према Јустинијановим Институцијама (I, 9, 1): »Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae continens«.

о извесним правним дејствима ванбрачне заједнице употребљавају овај израз не сматрајући за потребно да нешто у вези са његовим правим значењем ближе пропишу или предвиде услове који треба да буду испуњени да би настала одређена правна дејства.¹⁷ Међутим, наше породично законодавство одмах на почетку суочило се са наведеним проблемом.¹⁸ Пре свега, поставило се питање њиховог назива, тј. да ли овакве заједнице треба и даље називати ванбрачним заједницама или их, не дајући им неки посебан назив, више описно одредити и тиме ближе, позитивно а не искључиво негативно, одредити њихову суштину. Друго, да ли њихов правни учинак треба условити постојањем или непостојањем одређених околности. Треће, у којој мери правила која важе за брак треба и овде да се примене за време њиховог трајања и после њиховог престанка. Четврто, каква је стварна суштина ових заједница, и најзад, пето, да ли их и како евидентирати и која правила треба да важе у погледу доказивања постојања односно непостојања ових заједница, посебно ако је то скопчано са признањем одређених права или обавеза према друштвеној заједници.¹⁹

11. Што се тиче назива, изгледало би, да назив ванбрачна заједница не долази у обзир ако прописивањем да она производи иста правна дејства као и брак добија својство неке врсте фактичког брака, који се, за разлику од формално закљученог брака, може увек једнострано да раскине али док се не раскине и после раскида производи иста правна дејства која настају са закључењем односно раскидом брака. Остаје само још то да код оваквих заједница нема могућности да настане она правна ситуација која настаје када је у питању формално закључен брак, а која се састоји у томе да брачни партнери не живе више заједно, не остварују брак, али брак ипак постоји јер није још формално правно престао. Но, у вези са тиме одмах се примећује да је, заправо, оваква ситуација која проистиче из немогућности једностраног раскида брака или немогућности његовог раскида простим споразумом, или раскида простонапросто његовим фактичним прекидом и разилажењем оно што карактерише правну суштину брака, омогућује да се он правно уобличи. Наиме, ако се брак увек може да једнострано анулира односно правне последице заједнице да избегну простим и једностраним иступањем из ње, онда таква заједница, која, наводно, производи иста правна дејства као и брак, не детерминише — предодређује — понашање њених чла-

¹⁷ Члан 381. т. 4) Закона о облигационим односима; чл. 203. став 3. и 204. став 5. КЗ СР Србије.

¹⁸ Према члану 12. Закона о браку и породичним односима СР Словеније „Дужа временска животна заједница мушкарца и жене, који нису закључили брак, има за њих, по овом закону, једнаке правне последице као да су брак закључили, ако не постоје разлози због којих брак не би био ваљан“.

¹⁹ Како се ове заједнице посебно не евидентирају то се постављају сложени проблеми у вези са доказивањем њиховог стварног постојања. На коме овде лежи терет доказивања. Најзад да ли је спољње изражавање постојања оваквих заједница елеменат доказивања, или, више од тога, самог њиховог постојања.

нова, већ, обратно, понашање ових њених чланова детерминишу саму ову заједницу и тиме њен правни учинак. Према томе, овакво правно стање не може да се сматра браком, јер је, заправо, суштина брака у томе што он правно треба да предодређује понашање брачних партнера, а не обратно. То што се и после престанка ових заједница може да претендује на нека права — на пример, право издржавања — која се признају бившем брачном другу, није од значаја, јер и у једном и другом случају — брачне и ванбрачне заједнице — престало је оно правно стање које је својевремено давало одређена права. Ако закон нека од ових права и даље признаје, истина у ограниченом обиму, то је зато што се овакво решење показује оправданим из разлога правичности, штити слабију страну, у интересу је социјалне сигурности, и доприноси већој стабилности ових заједница,²⁰ а не зато што би се сматрало да се правни учинак наведених заједница продужује и после њиховог престанка.²¹ Излази, дакле, да правно посматрано није реч о истим ситуацијама, те да назив „ванбрачна заједница“ није назив који не одговара новом правном стању (ванбрачна јер се супружанско понашање учесницима правно не намеће). Друго је питање, што се члановима ових заједница — ванбрачним друговима — често ово заједништво намеће из других разлога, који, истина не правном нормом, већ утицајем разних других социјалних фактора детерминишу супружанско понашање. То збиља приближује ове две различите ситуације, облика удруживања, које, шире социјално посматрано, могле би се подвести под заједнички појам брака. Но, како ове детерминанте могу бити врло различите по свом интензитету, карактеру и значају, изнето не може да има пресудан значај, поготово што би се прихватањем једног оваквог општег става изложили опасности да и заједнице које би се сасвим приближиле одређеним формама слободне љубави, и поред њихове крхкости и нејакости овде подведемо, иако су негација брака и не испуњавају основне захтеве који се у погледу брака постављају. Према томе, употреба назива „ванбрачна заједница“ је правно основана и када се пропише да производе правна дејства слична браку.²²

12. Наведена правна разлика није безначајна. Она је, рекли бисмо, од изузетног практичног значаја. О постојању једног и другог правног стања закључује се на основу различитих чињеница. Ни захтеви у погледу постојања једног и другог нису исти. За постојање пуноважног брака довољно је да је брак закључен у прописаној форми и да су испуњени законом предвиђени услови за његово заснивање и пуноважност. Што су врло мале и готово

²⁰ На њихов олак раскид теже ће се одлучити, ако се зна да се тиме неће ослободити материјалних давања за брачног друга који је запао у тешкоће.

²¹ Покушаји француских правника да утврде правни основ обавезе давања престација за издржавање бившем брачном партнеру наилазе на тешкоће. Правни основ не би могао да буде брак, јер је брак престао. У вези са тиме дају се различита теоријска објашњења (В. Les effets du mariage après sa dissolution, Jacques Borricand, Paris, 1960, стр. 122—126).

²² Предлог Закона о породици СР Србије употребљава назив ванбрачна заједница.

никакве могућности брачних партнера да брак остварују као потпуну животну заједницу мушкарца и жене која подразумева узајамне интимне односе није битно за постојање брака. Није ни битно како се понашају у браку. Трећа лица не могу да истичу да особе које су закључиле брак нису у браку или да је њихов брак ништав зато што се не придржавају одредаба о узајамној верности, што је то заједница у којој је један од брачних партнера муж односно жена другог брачног партнера у погледу свега другог али не и у погледу одржавања интимних супружанских односа.²³ Овако је зато што се брак и остваривање брака не могу да идентификују, иако прво треба да доведе другом и у животу тако и бива. Када је реч о ванбрачној заједници онда се само на основу оног што претставља консумацију брака закључује о њеном постојању односно непостојању. Да ли, пак, овакво понашање треба у потпуности да одговара понашању лица која се придржавају обавеза које им брак намеће, и, ако не треба, до које су границе дозвољена отступања тако да ако се оне пређу онда нема ни ванбрачне заједнице?

13. Формалноправна дефиниција брака не показује се подобном да би се њоме могло послужити за успешно диференцирање између брака и ванбрачне заједнице односно да би се ванбрачна заједница у конкретном случају са довољно сигурности идентификовала.²⁴ За ово су погодније оне дефиниције које обухватају и сврху, циљ брака. Како је, према нашем праву за пуноважно закључење брака довољно да брак буде закључен у циљу заједнице живота,²⁵ то и заједница мушкарца и жене који нису закључили брак али остварују ову заједницу живота, јесте ванбрачна заједница. Није, дакле, потребно да ова заједница буде успостављена и ради рађања деце.²⁶ Изгледа да смо на овај начин врло

²³ Према савременом праву брак *in extremis* је у начелу допуштен. Исто и брак између старих људи. Ово зато што једини циљ брака није одржавање интимних односа или рађање деце.

Према законима који су били донети за време Агвуста у брак не би требало да ступају мушкарци старији од 60. и жене старије од 50. година (*Petits précis Dalloz, Droit Romain, I, Paris, I. свеска, III издање, с. 236*).

Под утицајем канонског права брак у коме није уследило и заснивање интимних односа сматрао се ништавим. Овакав став канонског права делом се објашњава утицајем неких текстова из Библије (*M. Planiol, op. cit., с. 254*).

²⁴ Онда када ванбрачна заједница није производила правна дејства у међусобним односима мушкарца и жене, није било потребе да се она ближе позитивно дефинише. Напори су били усмерени у правцу утврђивања правне разлике између ове заједнице и брачне заједнице управо у оним случајевима у којима се ванбрачни партнери у свему понашају као што би, према важећим правилима, требало да се понашају особе које су у браку. За ово је, пак, било довољно дати формално-правну дефиницију брака. Сада ствари друкчије стоје, јер треба установити који конкретни модели и одступања од идеалног модела и идеалног понашања представљају видове заједништва који потпадају под општи модел онога што закон подразумева кад употребљава израз ванбрачна заједница.

²⁵ В. например члан 32. ЗБ СР Србије.

²⁶ Међутим, друштво је посебно заинтересовано за одржавање и санирање односа у оним брачним заједницама у којима је дошло до рођења деце. У овом случају искључује се споразумни развод брака (Закон о браку и породичним односима СР Хрватске) или се предвиђа обавеза за-

једноставно решили цео проблем. Но, то је само на први поглед тако. Наиме, ако два лица различитог пола станују заједно, воде заједничко домаћинство и својим држањем и изјавама дају на знање онима са којима долазе у свакидашњи додир да живе као муж и жена, онда нема тешкоћа да се у оваквој њиховој заједници (претпоставка је да нису и формално склопила брак) препозна ванбрачна заједница. Ово зато што су испуњене све спољне манифестације заједнице живота мушкарца и жене о којој је реч, а које би, да је брак и збиља био закључен, претпостављале реализацију брака. Ко би тврдио да је то само спољни изглед ствари који треба да прикрије други прави циљ и садржај овог удруживања, он би то требало и да докаже (на њему би лежао терет доказивања). Тако излази да се доказивањем наведених спољних манифестација доказује и стварно постојање ванбрачне заједнице уколико се не изнесу и изведу докази који су у стању да то са довољно сигурности обеснаже. Но, не само то. Зар ова спољна манифестација није и нешто више од тога, — елеменат самог постојања ванбрачне заједнице? Присетимо се овде да брак производи пуно правно дејство само ако се као одговарајуће заједништво и реализује. Оно се не састоји само у простом повременом одржавању полних односа већ и у међусобном припомагању и сразмерном учешћу у сношењу трошкова заједнице и подмирењу потреба издржавања без обзира да ли се за дуже или краће време одвојено станује и води заједничко или посебна домаћинства. Тешко је узети да је између мушкарца и жене заснована ванбрачна заједница живота и онда када они истина одржавају интимне односе, кришом или не кријући то од других, али при томе не мењају ни у чему свој дотадањи начин живота и не сматрају се обавезним да га ма у чему мењају. Њихова веза је само веза ради задовољења полног нагона а не и веза која претставља заједништво које може да буде основ настанка узајамне обавезе издржавања и заснивања режима заједничке имовине у погледу имовине стечене појединачним радом и привређивањем. Но, шта ако се из овакве везе роди дете? Рођење детета није непредвиђен догађај већ догађај који је припреман и очекиван. Ако се њихов дотадањи однос могао сматрати слободном љубављу са рођењем детета ствари се мењају, поготово ако је отац такође прижељкивао рођење детета и будућу мајку, када је сазнао за изненадни догађај, бодрио да се определи и доцније ос-

довољавајућег споразумног уређења свих питања која се тичу чувања и васпитања заједничке деце односно уз предлог за споразумни развод брака треба да се обавезно приложи и писмени споразум о наведеном (ЗБ САП Војводине, Закон о браку и пород. односима СР Словеније) са обавезом да суд одбије предлог за споразумни развод брака када приложени споразум не обезбеђује задовољавајућу заштиту интереса заједничке деце (ЗБ САП Војводина). Тако и Предлог закона о породици СР Србије предвиђа да суд може да одбије да разведе брак на основу споразума брачних другова, ако утврди да то захтева заштита оправданих интереса њихове малолетне заједничке деце (члан 85. став 3). По овом предлогу муж не може да захтева развод брака за време трудноће жене и док њихово заједничко дете не наврши годину дана живота (члан 84. став 3). Слично и Закон о браку и породичним односима СР Хрватске.

тане при одлуци да дете роди. Маколико желели да њихов однос и даље задржи све оне карактеристике којима се одликује однос слободне љубави, рођење детета их на одређени начин трајније и шире здружује. За сваког од њих понаособ настаје обавеза да дете прихвате, издржавају га и о њему се старају, и да, бар један од њих, заснује са дететом заједницу живота. Право им, дакле, налаже заједницу живота са дететом иако не и заједницу у којој би са дететом живела оба родитеља. Ово независно од тога што је ово задње решење за дете идеално и што њему, када зато постоје реалне могућности, прикладним утицајем и настојањима треба тежити. Како сада треба овај њихов однос тобожње слободне љубави одржаван и после рођења заједничког детета оценити? Ди ли је то и даље однос потпуне слободне љубави који нема обележја трајне ванбрачне заједнице живота подобне да према новим законским решењима заснује узајамна права и обавезе сличне правима и обавезама које заснива брак и у складу са њиме заснована заједница живота? Свакако да конкретни облици удруживања у којима би била садржана наведена оба момента могу бити врло различити и сходно томе сасвим се приближавати односима карактеристичним за односе слободне љубави и, обратно, односима својственим за облике неформалног трајнијег удруживања. Хтели не хтели, ми смо се овде, стицајем околности, обрели у оно што спада у област доказивања. Чињеница трајне интимне везе и из ње произашло рођење детета коме није потом уследио прекид ове везе иде у прилог претпоставке да између споменутих лица постоји трајна ванбрачна заједница живота слична браку.²⁷ Ко супротно тврди треба то и да докаже. И збиља тешко је претпоставити да у новонасталој ситуацији, која није довела до прекида интимних односа, није силом самих догађаја дошло до одговарајућих прилагођавања, која се састоје у придржавању законских обавеза и ширих друштвених правила о понашању у коме не изостаје помоћ мајци и детету када је то потребно и када се је на то обавезао. Ово под условом да у битна обележја ванбрачне заједнице о којој је реч не спадају рођење заједничког домаћинства и заједничко становање.

5) Претпоставка је да ванбрачна заједница траје дуге време.

14. Из досадањег излагања може се са доста сигурности да изведе закључак, да околност да се не станује заједно и да се не води заједничко домаћинство не искључује сама собом могућност постојања ванбрачне заједнице.²⁸ Наиме, конкретан начин

²⁷ Претпоставка је да лице које одржава интимне односе са мајком признаје очинство. За њега настаје нова правна ситуација и према мајци детета за одређено време пре и после рођења детета и када однос у питању не би могао да се сматра ванбрачном заједницом живота.

²⁸ Ако би се целокупно њихово заједништво састојало у одржавању интимних односа, а ван тога, сваки за себе живели и били индиферентни за понашање другог, онда, свакако, да не би могло да буде речи о некој њиховој ванбрачној заједници. Ово и када би њихова веза која се састоји у одржавању полних односа дуго трајала (обухватала дуг временски период). Ванбрачна заједница није чист биолошки, фактички полни однос, већ облик удруживања који има све карактеристике „конзумације брака“. Партнери су се удружили да остварују онакву исту заједницу каку треба

живота два лица различитог пола која одржавају интимне односе, а не станују заједно и не воде заједничко домаћинство, може бити такав да отклања сваку сумњу о карактеру њима засноване заједнице као ванбрачне заједнице живота: своје слободно време проводе заједно, одржавају интимне односе подразумевајући да су из њих искључила трећа лица, полажу један другом рачуна о томе шта су радили док нису били заједно, помажу се.

15. Ванбрачна заједница о којој је реч не би могла да произведе сва она правна дејства која производи ванбрачна заједница мушкарца и жене који станују заједно и воде заједничко домаћинство. Овде нема оне повезаности и међусобне условљености радног учинка и привређивања који оправдавају решење према коме је оно што је стечено радом једног брачног друга заједничка имовина оба брачна друга, јер је у овом стицању, свакако, посредно или непосредно учествовао и други брачни друг. Због тога имовина стечена радом брачних другова који не станују заједно и не воде заједничко домаћинство не би могла да буде заједничка имовина. Свде нема места претпоставци да оно што је један од њих стекао радом јесте на одређени начин и допринос активности другог ванбрачног друга. Друкчије је са браком. Брак за разлику од ванбрачне заједнице,²⁹ заснива обавезу да брачни другови сваки сразмерно својим могућностима сnose трошкове брачне и доцније породичне заједнице. Ова обавеза не престаје ни када су се сложили да воде одвојена домаћинства посебно сваки на терет својих средстава, па се заснивање режима заједничке имовине појављује као корекција могућег већег присвајања као резултата не поштовања ове обавезе (тима што не улаже у заједницу онолико колико би требало да улаже према својим могућностима присваја за себе и сразмеран део имовине на терет имовине другог брачног партнера). Тако излази, да је вођење заједничког домаћинства, или бар заједничко и сразмерно својим могућностима учешће у трошковима појединачно вођених домаћинстава, чега нема у претпостављеном случају ванбрачне заједнице живота, предуслов за заснивање режима заједничке имовине.³⁰ Преостаје још обавеза издржавања која би се изгледа могла признати, уколико дуже времена после прекида ванбрачне

да остварују лица која су у браку. Разлика је у томе што правно нису обавезни да је остварују и, правно посматрано, од њеног остваривања увек могу да одустану. Због тога је то за неке облик право слободног брака за разлику од правно заснованог и правно обавезујућег брачног стања.

²⁹ Друкчије је према Закону о породичним односима СР Словеније. Према члану 12. дуготрајнија животна заједница мушкарца и жене, који нису закључили брак, има за њих једнаке правне последице по овом закону, као да су брак закључили, ако не постоје разлози због којих брак не би био ваљан. Како ова заједница производи сва правна дејства која и брак, има места, из разлога које смо горе у тексту навели, заснивању режима заједничке имовине и у случају одвојеног становања и одвојеног вођења домаћинства. Закон о браку и породичним односима СР Хрватске има друкчији приступ: Ванбрачна заједница жене и мушкарца ствара обавезу међусобног уздржавања и друга имовинска права и обавезе под увјетима одређеним овим законом. Слично и припремљени нацрт Предлога закона о породици СР Србије.

³⁰ У погледу имовине стечене радом ванбрачног мужа и жене.

заједнице није постојало такво стање које упућује на то да се је необезбеђени ванбрачни друг издржавао из неких других извора а не из средстава бившег ванбрачног друга.

16. Ванбрачна заједница подразумева постојање прећутног или изричитог споразума о забрани интимних полних односа са трећим лицима. Уколико би у овом погледу постојала потпуна слобода, па се и тако понашало и под „заједничким кровом“ водила „слободна љубав“, сваки за себе са миљеником односно миљеницом, то би све друго било а не оно што би могли подвести под оним што се сматра браком. То важи и када брак не прописује обавезу супружанске верности као посебну правну обавезу.³¹ И у овом случају важи претпоставка да је муж мајке отац детета рођеног у браку. Она се формира и ослања на моделу моногамног брака. Он би, пак, био пука формалност ако не би обвезивао на поштовање правила о уздржавању од полних односа са лицима са којима се није у браку, или бар то претпостављао. Зар претпоставка о очинству није заснована на схватању да се наведено правило о брачном понашању у пракси у већој или мањој мери поштује. Сходно наведеноме, ако би се доказало да је наведена веза, веза чисте слободне љубави у којој извештан удео има и повремен интимни полни однос лица која станују заједно, доказало би се и да она није ванбрачна заједница, те да овде нема места примени правила која се према закону примењују на такве заједнице. При томе, запазимо, да овде није реч о захтеву да не би смело да постоји кршење обавезе верности, јер све док постоји кршење верности постоји и захтев за верношћу. Реч је о томе да не постоје такви односи у којима би кршење обавезе верности био туђ појам, неприхватљив за односе који су засновани и који се заснивају.

17. Ванбрачној заједници о којој је реч служи као узор моногами брак, онакав какав је он према одредбама закона. Истовремена ванбрачна заједница заснована са два или више лица супротног пола не испуњава овај услов, па се на њу и не могу применити одредбе закона које говоре о ванбрачној заједници. Маколико то одговарало неком општем појму брака не одговара важећем појму брака, онако како је он уосталом дефинисан законом, па се ни заједница са два или више лица не може сматрати ванбрачном заједницом. То произилази из самог смисла речи: ванбрачна заједница. У примени овог сасвим јасног става, који, свакако, да није споран, могу да настану готово несавладиве тешкоће, које, у крајњој линији, као да оспоравају истинитост самог става. Два лица различитог пола станују заједно и воде заједничко домаћинство и у свему се понашају као лица која живе у ванбрачној заједници живота. Споља посматрано њихов се однос показује као идеалан брак. Разлика је само у томе што и закључењем формалног брака нису и правно уредили овај њихов однос. Но, како то каткад бива, стварни животни односи су нешто друкчији. Један од ванбрачних партнера одржава у ствари сталне интимне

³¹ В. чл. 44—50 Закона о браку и породичним односима СР Словеније који говоре о правима и дужностима брачних другова.

односе са трећим лицем, кућним пријатељем, због полне немоћи или ослабљених моћи другог, искључујући из тог односа у потпуности или у већој односно мањој мери тобожњег ванбрачног партнера. Да ли и први и други однос имају карактер ванбрачне заједнице живота, и због тога правно дејство један другом искључују, или ово својство припада само једном од наведених односа, и, најзад, ниједном ни другом не може да се призна ово својство. Чудновато, али, с обзиром на остале конкретне околности, могуће је узети сва три приказана одговора као тачна. Није искључено да се првим односом, који се ближе неупућенима приказује као потпуна ванбрачна заједница, прикрива уствари ванбрачна заједница живота између тобожњег кућњег пријатеља и једног од учесника првог односа. У овом случају наведени други однос је ванбрачна заједница. Она ће произвести своје правно дејство уколико не постоје неке друге околности које би то искључивале. Међутим, могуће је и да један и други однос имају карактер ванбрачне заједнице која производи одговарајућа правна дејства, јер се и једна и друга одликују онима што ове заједнице карактерише и трају дуже време. У датом случају ипак неће произвести никакво правно дејство јер једна другој својим постојањем овакав учинак искључују.³² Но, ако би други однос кратко трајао, или дуже времена трајао али се тобожњи кућњи пријатељи у краћим размацама смењивали, нема сметњи да се први однос сматра ванбрачном заједницом која производи одговарајући правни учинак, са могућом корекцијом према којој несавесном ванбрачном партнеру — партнеру који се недолично понашао — не припада право на издржавање после престанка ове заједнице.³³ Што се тиче споменута два односа могуће је да партнеру из првог односа није познато да његов „пријатељ“ („пријатељица“) одржава интимне везе са његовом ванбрачном партнерком (партнером), јер се то успешно прикрива тобожњим односима чистог пријатељства. Овакав други однос не може да се сматра ванбрачном заједницом која, сходно закону, производи одређена правна дејства и која је у стању да укине правни учинак ванбрачне заједнице из првог односа. Ванбрачна заједница из првог односа није ни споразумно ни једностраном изјавом воље раскинута. Напротив, и један и други ванбрачни друг, па и онај који је ступио у нове односе, изражавају и даље жељу да је одржавају и у складу са тиме се понашају. У односу на савесног ванбрачног друга и даље је облик удруживања који има сва обележја заједнице живота мушкарца и жене који се придржавају модела моногамног брака уређеног законом. То није случај са заједницом из другог односа. Она не одговара

³² Претпоставка је да учесници (партнери) у овим заједницама познају право стање ствари.

³³ Према члану 255. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске „Суд може одбити захтјев ако уздржавање тражи ванбрачни друг који се без озбиљног повода, од стране другог ванбрачног друга грубо или недолично понашао у ванбрачној заједници или би његов захтјев гредстављао очиту неправду за другог ванбрачног друга“. Недолично понашање, међутим, нема утицаја на заснивање режима заједничке имовине и право удела у тој имовини.

— противречи — споменутом моделу. Не може се подвести под појам ванбрачне заједнице живота коју подразумева закон. Истина, тако ствари стоје и у погледу несавесног супруга. Међутим, његово једнострано прикривено понашање, и на тај начин исказана намера, није у стању да само собом измени карактер првог облика удруживања. Циљно удруживање није неки чист фактички однос, већ стање остварено изричитим или прећутним споразумом. Пошто споразум у погледу првог и према њему остварени односи нису измењени (у облику у коме се приказују), прикривено понашање несавесног супруга представља повреду споразума, која, сама собом, не укида споразум и њиме засновани циљни облик удруживања не преобраћа у нешто друго, односно у циљни облик удруживања друкчијег карактера. У обратном запада се у несавладиве тешкоће и ствара се могућност да се компромитују разни дозвољени облици удруживања прикривеном активношћу њихових чланова. Савесна страна нашла би се, противно својој вољи, у облик удруживања за њу можда неприхватљив и неморалан на који, вероватно, не би пристала. То је, најзад, и немогуће, **јер бе се дошло до апсурда, да је удруживање просто чињенично стање а не резултат свесне активности његових чланова.** Тиме што је супротна страна ступила у нови облик удруживања није могла у овај облик удруживања да уведе партнера из првог облика удруживања, или да га, без његовог знања, крадом, и на њега прошири и тако да му да нову улогу коју он можда не би прихватио. С друге стране, сама та околност да се од супруга прикрива ново настало стање, показује јасно, да је несавесни супруг заинтересован да сачува (одржи) и даље први облик удруживања. Није искључено да се, у случају да буде стављен пред дилемом да се определи за једно или друго, определи за прво, и ново засновани однос раскине.³⁴ Доследно овоме прва заједница, под наведеним претпоставкама, има све карактеристике ванбрачне заједнице у правном уређењу које прихвата као пуноважан брак само моногами брак.

18. Доследно примењено у претходним редовима (пасусу) изнето правило може у пракси да доведе до тога да се заснују две моногаме ванбрачне заједнице (партнери из првог и другог односа су савесни и чак не знају један за другог) што је, изгледа, апсурд.³⁵ И збиља, никако се не може да узме да се несавесни

³⁴ Нова, прикривена заједница није сама собом противправна. Објективно није усмерена на укидање прве. Зато се и прикрива да не би, због антагонизма са првом, исту уништила. Можда би се и престало са њеним прикривањем када би било извесно да то неће довести до престанка прве већ само њене трансформације. Но како било да било, да би дошло до промене првог или његовог укидања због другог, потребно је да савесан партнер сазна право стање.

³⁵ У вези са овим треба приметити да брак који би био закључен иако ранији брак није престао је ништав. Међутим, нова ванбрачна заједница не укида нити ништи сама собом ранију, већ постојећу, такву заједницу, нити ова претходна онемогућује ову нову. Ипак, иако је нови брак ништав он, док не буде судски поништен, производи сва правна дејства. При томе није без значаја чињеница да ли лица у ништавом браку „консумирају“ брак или не.

супруг налази у моногамом односу. Међутим, ванбрачни његови другови, који су према претпоставци неупознати са правим стањем ствари, остварују са њим ванбрачну заједницу живота као заједницу која има све елементе ванбрачне заједнице коју има у виду наше законодавство о браку. Због тога нема сметњи да производи правне последице које предвиђа закон уз одговарајуће корекције у погледу обавезе издржавања несавесног ванбрачног друга. Републичко законодавство које прописује правни учинак ванбрачних заједница не уређује непосредно питање правног дејства ових заједница у међусобном односу ванбрачних другова који истовремено остварују две или више оваквих заједница. Ипак, судећи по текстовима, када се говори о ванбрачној заједници и њеном учинку, увек се мисли на ванбрачну заједницу једног мушкарца и једне жене. Но, да ли се из тога може закључити да се из појма који означава реч ванбрачна заједница искључују односи у којима се бар са једне стране појављују два партнера, која евентуално не одржавају никакве међусобне непосредне односе али знају врло добро за карактер односа који свако од њих одржава са заједничким ванбрачним другом. Они и мимо тога своју ванбрачну везу одржавају било што им је свеједно што се у овом односу налази још један партнер или у оправданој односно неоправданој нади да ће оваквим држањем успети да извојују победу и приволе ванбрачног друга да коначно са другим односом прекине. Ово поготово ако им се у том смислу од ванбрачног друга дају искрена или неискрена уверавања. Ипак, чини нам се, да је једино исправно узети, да републичко законодавство када говори о правном учинку ванбрачних заједница сличном или истоветном учинку брака, подразумева заједницу само једног мушкарца и само једне жене, односно њихово остваривање у томе виду. При томе треба имати у виду да је реч о трајној ванбрачној заједници мушкарца и жене и да евентуално заснован краткотрајан односно повремен упоредни ванбрачни однос не би их могао укидати односно преобратити у заједницу која не потпада под законски појам ванбрачна заједница. У пракси, пак, врло ретко могу настати случајеви истовременог паралелног постојања трајне ванбрачне заједнице живота једног лица са два лица супротног пола. То је вероватно и разлог што закон ове случајеве не уређује. Стога о овоме изнета излагања имају углавном теоријски значај, иако нису без извесног практичног интереса. Помажу да се боље схвате природа и значај ванбрачних заједница. То пак само може да буде од користи код опредељења код појединих спорних питања која се могу појавити у примени закона. Но ако републичко законодавство не уређује питања учинка ванбрачне заједнице у случају постојања више заједница о којима је реч, оно уређује или бар даје могућност да се сагледа учинак ванбрачне заједнице када је истовремено један од ванбрачних другова у браку. Према члану 12. Закона о браку и породичним односима трајна ванбрачна заједница мушкарца и жене има за њих једнаке правне последице по том закону, као да су брак закључили, ако не постоје разлози због којих брак не би био ваљан. То значи ако би један од њих био

у ништавом браку да ће ова заједница производити правне последице за њих које брак производи. Но шта ако је овај ништави брак дуго трајао, на пример дуже од истовремене ванбрачне заједнице. Да ли ће и у овом случају ванбрачна заједница (дужа временска заједница мушкарца и жене, како се каже у закону) имати иста правна дејства за њих, па и ако је истовремено и ништави брак био „консумиран“ и други ванбрачни партнер био упознат са таквим стањем. У односу на лице које је супруг (супруга) у обе заједнице настале би правне обавезе према супругама (супрузима) из обе заједнице, а режим заједничке имовине засновао би се према три особе: једног мушкарца и две жене или два мушкарца и једне жене (бар у погледу онога што је партнер из обе заједнице стекао радом). Закон о браку и породичним односима СР Хрватске дозвољава у начелу могућност да се ванбрачном другу призна право на издржавање према ванбрачном другу који се налази у браку, после престанка ванбрачне заједнице која је трајала дуже времена. Истина то би се могло посредно извести из одредаба које говоре о издржавању ванбрачног друга (чл. 254—258). Ове одредбе не прописују да ванбрачна заједница не производи правно дејство односно да се нема право на издржавање, ако је у питању заједница између лица која због постојећих околности не могу да закључе пуноважан брак. А међу околностима због којих се може одбити захтев за издржавање наводе се грубо и недолично понашање у ванбрачној заједници „или би његов захтев представљао очиту неправду за другог ванбрачног друга“ (члан 255). Да ли из наведеног треба закључити да закон овде подразумева под ванбрачном заједницом само ону заједницу мушкарца и жене који се не налазе у браку са неким другим лицем, или, обратно, овај моменат игнорише. Чини нам се да ни једно ни друго није тачно. Како ствари овде заправо стоје то ће примена споменутих одредаба да покаже. Чини нам се, ипак, да под ванбрачном заједницом мушкарца и жене не би могла да се подразумева и таква заједница живота поред које један од супруга, уз знање другог супруга, одржава и другу трајну заједницу живота мушкарца и жене са трећим лицем, па било да јесте или није са тим лицем у браку. Но, да ли и овде треба вршити неке и које корекције тешко је дати неки коначан суд. Ово због тога што је могућност различитих конкретних ситуација вело велика.

19. Најзад поставља се питање способности за заснивање ванбрачне заједнице. Овде би се могло поставити опште правило, да лица која због физичких и психичких недостатака нису способна да остварују заједницу живота мушкарца и жене не могу ни да заснују ванбрачну заједницу. У примени овог врло једноставног правила, такође, искрсавају тешкоће. Да ли душевно оболело и неспособно за расуђивање лице може да заснује ванбрачну заједницу живота. Ако је у погледу другог одговор јасан у погледу првог није. Душевна болест може да се изражава у повременим наступима и појавама болесног стања. У интервалима понаша се у свему као здрава личност способна да управља

собом, усмерава своје понашање и зрело расуђује. Даље, да ли доказана потпуна полна неспособност трајног карактера онемогућује заснивање ванбрачне заједнице. Као што је познато полна неспособност није сметња за закључење брака. Она, према нашем праву, и уопште савременом концепту брака, представља једну од битних особина личности, која другом брачном другу даје право на захтев за поништај брака ако је постојала у време закључења брака и ако су испуњене и друге претпоставке које закон предвиђа (да је други брачни друг био у заблуди, да би га у конкретном случају одвратила од ступања у брак да је за њу знао, да чини заједнички живот неподношљивим). Ако је настала у току брака не представља сама собом бракоразводни узрок (потребно је да заједнички живот чини неподношљивим). Не онемогућује, дакле, заснивање пуноважног брака, иако је брак заједница живота мушкарца и жене, јер брачна заједница живота обухвата заједнички живот мушкарца и жене уопште у свим њеним манифестацијама. Да ли је тако и са заснивањем ванбрачне заједнице у којој је од почетка, самог успостављања заједнице живота, због споменуте неспособности, било искључено одржавање интимних полних односа између мушкарца и жене који су успоставили заједницу. Ово поготово ако је способан партнер, за време трајања овакве заједнице, задовољавао своје потребе одржавањем интимних односа са трећим лицем у једном дужем временском интервалу односно за све време трајања споменуте заједнице живота и све ово било је познато, или је обављано уз сагласност члана заједнице неспособног за овакве односе. Свакако, да и овде треба поћи од заједнице живота једног мушкарца и једне жене која представља реализацију моногамног брака. Сходно томе могућа је и ванбрачна заједница са лицем које је неспособно за полно општење уколико су испољене све друге манифестације заједнице живота: заједно се станује, води се заједничко домаћинство, чланови заједнице помажу се и поштују, осећају потребу један за другим и узајамну наклоност и пријатељство, бодре се, својом активношћу употпуњују један другог живот обезбеђујући на тај начин да он буде мирнији и потпунији ако не и срећнији. У оваквој ситуацији доказана, од самог заснивања заједнице, полна неспособност не би могла да обеснажи тврдњу о постојању ванбрачне заједнице која се може подвести под појам ванбрачне заједнице коју предвиђа закон (претпоставља се да ванбрачна заједница траје дужи време). Уколико је због одржавања односа са трећим лицем дошло до упоредног заснивања још једне трајне заједнице живота мушкарца и жене и тиме прва изгубила карактер заједнице једног мушкарца и једне жене, престаје њен правни учинак.³⁶

³⁶ Закон о браку и породичним односима СР Хрватске прописује да право издржавања према бившем ванбрачном другу престаје када поверилац овог тражбеног права ступи у нову ванбрачну заједницу (члан 257). Ког тренутка се, пак, има да узме да се ступило у нову ванбрачну заједницу. Иако ова заједница не треба да траје дужи време, нужно је, ипак да извесно време траје.

20. Колико времена треба да траје ванбрачна заједница да би се имало узети да траје дужије време. Закон ово не опредељује, па све то треба оцењивати имајући у виду све околности, раније одржаване односе, да ли је непрекидно, континуирано трајала или је било повремених прекида, шта је био узрок да дође до ових дужих или краћих прекида односно до настављања ванбрачних односа и да ли се и какви закључци могу да изведу о намерама и жељама учесника да заједницу одрже или је прекину. Затим — а тиме, свакако, да нису исцрпљена сва питања — како она престаје. Као што не настаје простом реализацијом интимних и других односа тако и не престаје простим њиховим прекидом. Неопходно је да је у том смислу изражена споразумна или једнострана, прећутно или изричито, одговарајућим понашањем, воља од оба или једног од учесника. Прекид заједнице живота стицајем околности и поред изражене воље чланова да је одржавају и наставе чим то дозволе околности не води њеном престанку. Једнострана намера да се заједница прекине треба да буде тако изражена да се може са основом закључити да је са њом био упознат и други члан односно да је из понашања и поступака свога партнера требало да изведе такав закључак (некипут ће сам фактички прекид да представља довољно јасно изражену вољу о једностраном раскиду заједнице, а некипут ствари тако неће да стоје; свакако, да ће и овде судови бити суочени са одређеним проблемима у вези примене права.)

21. Као што видимо у вези са ванбрачном заједницом, њеним настанком, особеностима, престанком, правним учинком искрсава низ питања на која није лако увек дати довољно поуздан и прецизан одговор. Опште представе и сазнања о њој, којима се располаже, нису довољни. Ми смо овде додирнули само нека, рекли бисмо најзначајнија питања, и покушали да дамо одговор. При томе бисмо скренули пажњу на резултате овог разматрања, да не кажемо истраживања, до којих смо дошли посматрајући брак и ванбрачну заједницу као облик циљног удруживања. Овакав приступ омогућује не само да се сагледају неке особености првог и другог већ и да се са већом сигурношћу изведу одређени закључци о могућностима да се законом и другим правним инструментима овде уређују односи сходно циљевима и задацима који се у вези са њима постављају.

Брак је удруживање мушкарца и жене ради заснивања трајне заједнице живота настало закључењем споразума између њих у прописаној форми и на прописан начин пред надлежним органом друштвене заједнице, које, сходно својој сврси, заснива права и

Истина овде је реч о ванбрачним заједницама које су временски уследиле једна за другом, а не о упоредом постојању две ванбрачне заједнице, као у разматраном случају. Међутим, у случају престанка ванбрачних заједница које упоредо постоје најчешће ће једна прва престати, па се у погледу обавезе издржавања цела ствар своди на случај из овде споменуте законске одредбе. Заједница мушкарца и жене која је „надживела“ добија сада моногами карактер па ако су испуњени остали услови произвешће одговарајућа правна дејства. Трајност исте треба оцењивати према укупном трајању а не само од момента престанка конкурентне заједнице!

обавезе, овлашћења и дужности предвиђене законом за мушкарца и жену који су се удружили, и, за време њиховог живота, престаје, кад су наступили одређени разлози, одлуком надлежног органа. Насупрот овоме ванбрачна заједница је: заједница живота мушкарца и жене настала **реализацијом** њиховог прећутног или изричитог споразума о томе, која има битне карактеристике брачне заједнице живота, онакве каква она треба да буде према одредбама закона, и која престаје престанком њене реализације и тиме или поводом тога изражене прећутне или изричито споразумне или једностране воље о њеном престанку односно раскиду (то не искључује и да престане и самим дужим прекидом, када због дужине прекида и малих изгледа да он престане губи значај). Ове овде изнете дефиниције траже, ближа објашњења. Нека од њих су и дата у овом раду, па и, евентуални могући случајеви одступања. Једно је јасно. Неопходно је споменути заједницу и позитивно дефинисати. Задатак, свакако, да није једноставан.

Да ли ће у блиској будућности ванбрачна заједница као „слободан брак“ да замени брак као законом уређену заједницу мушкарца и жене која настаје на законом прописан начин уз суделовање надлежног органа и престаје у случајевима предвиђеним законом. На ово питање може, са довољно сигурности, да се да одречан одговор. Најзначајнија сврха брака је рађање деце. По правилу води настанку породице родитеља и њихове деце. Потпуна и довољно стабилна породица успешније ће да одговори улози која јој припада у чувању, васпитању и подизању деце од рођења до оспособљавања за самосталан живот у коме ће се радом и привређивањем да обезбеђују себи и блиским средствима за задовољење животних потреба. Друштво је, дакле, заинтересовано за потпуну и стабилну породицу, а тиме и за стабилан и трајан брак лица која имају заједничку децу. Овим захтевима знатно мање условљава ванбрачна заједница. У случају спора тешко је утврдити право стање и карактер односа. Није довољан основ за увођење претпоставке, која је једна од значајних консеквенци брака, да је отац детета рођеног у браку муж мајке детета. Поред тежње на деформализацији брака, ваља запазити и тежњу да се у вези са закључењем брака, у фази од подношења пријаве до закључења брака, активно помогне лицима која желе да ступе у брак пружањем савета у брачним саветовалиштима и сличним установама. Због тога се и предвиђа могућност упућивања лица која хоће да ступе у брак у оваква и слична саветовалишта и установе. Све је то на основу добровољности, а у циљу да се помогне будућим супружницима и на овај начин, уз њихову добровољну сарадњу, допринесе заснивању стабилне брачне заједнице. Сем тога, тежи се да се поступак мирења брачних другова усаврши и побољша како би се уз помоћ стручњака утицало да не дође до олаког развода бракова за које постоје сви објективни услови да буду чврста и срећна заједница мушкарца и жене. Томе тешко да има места кад је у питању ванбрачна заједница.

Милан Поповић

Понимание сожительства, как вида совместной жизни мужчины и женщины, одинакового как брак и отличающегося от него тем, что не является последствием формального бракосочетания, не может иметь место сейчас, когда сожительство имеет то же юридическое положение (то же по закону в Словении; определенное законом Хорватии и проектом закона в Сербии). Сожительство необходимо положительно определить. Также необходимо установить: 1) какое поведение обуславливает существование сожительства и какое представляет собой только опровергаемое предположение существования данной связи. 2) в каких видах может проявляться. 3) возможно ли одновременное существование несколько таких связей. 4) какие условия могут воспрепятствовать, а какие могут создавать благоприятные юридические условия. 5) зависит ли, и в какой мере, сожительство от способностей мужчины и женщины, вступающих в него. 6) в какой мере его внешнее проявление является условием её существования. 7) когда начинается и когда кончается.

Неправильной является точка зрения, согласно которой сожительство, в отличие от брака — фактическое состояние. Дело в том, что брак как правовой институт осуществляется на основании сообщенной воли в принятой форме перед соответствующим органом и до его реализации, тогда как сожительство (продолжительное) осуществляется раньше или одновременно высказанным договором (затаенно или определенно). Поэтому что брак осуществляется и до его консумации и производит юридические последствия независимо от этой консумации, он вполне компетентен — исходя из принципа — предопределять поведение супругов. В случае сожительства, наоборот, поведение партнёров определяет его существование, а этим и его юридическое положение. (поведение и согласно ему выраженная воля —).

Сожительство, которое закон имеет в виду — это вид совместной жизни, представляющий собой более-менее принципиальное осуществление моногамного брака. Это надо иметь в виду когда рассматриваются вопросы о том, имеет ли сожительство юридическое положение. Однако надо учитывать, что брак является целевым видом объединения. Во много эти цели предопределяют поведение. Это имеет большое значение не только для их юридического определения, но и для трактовки определяющей правовой нормы. Взяв во внимание это и ранее сказанное, в работе дается ответ на выделенные вопросы. По отношению к этим и остальным вопросам, которые не охвачены работой судебная практика должна принять определенные позиции. Потом даются определения брака и сожительства, в свете понимания их как видов объединения двух лиц различного пола.

В заключении говорится, что сожительство как „свободный брак“ не в состоянии сыграть роль официально оформленного брака. Общество заинтересовано в том, чтобы иметь полную и стабильную семью, а вместе с тем стабильный и длительный брак лиц, имеющих общих детей. Этим требованиям в гораздо меньшей степени отвечает сожительство (трудности в связи с доказательствами, отсутствие предположений о том, кто отец ребенка, возможность безответственного разрыва). Необходимо, впро-

чем, заметить и стремление законодателей, в связи с бракосочетанием, деятельно помочь лицам, желающим вступить в брак обеспечением, на добровольных началах, использования услуг брачных консультаций и других учреждений. Делается все возможное, чтобы поступок измирения супругов улучшился и, при помощи специалистов, повлиять, чтобы не разводились браки, имеющие условия быть устойчивой и счастливой формой совместной жизни мужчины и женщины. Это всё едва ли имеет место при сожителстве.

ОБЛИГАЦИЈА И ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОС

І УВОД

1. У мноштву општих појмова облигационог права два су, сигурно, најопштија: **облигација** и **облигациони однос**. Њима, тако рећи, све почиње и све се завршава.

Познато је, међутим, да уколико је неки појам општији, утолико је његова прецизност мања, а могућности различитог теоријског објашњења веће. За све појмове којима се служимо важи, наиме, прост физички закон: што су њихови оквири шири, то им је и садржина богатија и разноврснија. С друге стране, треба рећи да су многи општи појмови прављени добрим делом на „Прокрустовој постели“, јер су неки од конкретних појмова силом угурани у њихове оквири. Да би постала предметом некаквог научног објашњења, стварност је морала бити **шаблони-зирана**. Све што постоји ваљало је уцелинити, везати у мање или веће „завезљаје“ и тако начинити систем. Међутим, што су завежљаји чињеница већи, њихови делови више штрче и мање остављају утисак јединствене целине. Једном речју, потврђује се она народна изрека: „Ко више загрли, мање стегне“.

2. Појмови „облигација“ и „облигациони однос“ показују такође да њихов досег није стриктно одређен, да су недовољно прецизни и вишезначни. Њихову непрецизност појачава и то што се они употребљавају често као замена један другом, као синоними. Сем тога, као подједнако вредни користе се и ови појмови: „обавеза“, „дуг“, „тражбина“, „обавезни“ или „дуговински однос“, „тражбени однос“. Том искушењу неуједначене терминологије подлегао је и наш законодавац. Тако је први део Закона о облигационим односима насловљен речима „Основи облигационих односа“, али се ова терминологија понавља још само у одредбама о основним начелима (члан 1—25), да би се потом сасвим изгубила и била замењена другом терминологијом. Уместо „облигационих односа“, Закон говори о настанку, дејствима,

престанку и разним врстама „обавеза“ (глава II—V). Многе његове опште одредбе само су ограничено опште. Међутим, у члану 262, ст. 1. реч је о „обавезном односу“, а у члановима 357. и 358. — о „дуговинском односу“. На ову термилошку недоследност законодавца већ је указано у нашој правној литератури.¹ Употреба неједнаких термина за исту ствар иде, по правилу, на уштрб јасноће законског текста.

Примедбе су, међутим, изречене и на сам назив Закона о облигационим односима, јер се извесним правницима чини да је он неадекватан, непримерен својој садржини. Тврде да се тим називом обухвата само један део облигационог односа, тј. дужникова обавеза, али не и повериочева тражбина. Прави назив по њима, био би „Закон о тражбено-обвезним односима“ или бар о „обвезноправним односима“². Али и пре него што је Закон донет у нашој правној литератури исказано је мишљење да би за облигационоправни однос најподеснији изрази били: „тражбено-облигациони“, „тражбено-обвезни“ или „тражбено-дуговински однос“³.

3. Очигледно је да наши правници, као уосталом и правници других земаља, нису једнодушни у поимању стручних израза „облигација“ и „облигациони однос“. Стога ови изрази завређују пажњу.

II. ОБЛИГАЦИЈА

А. Језичко значење речи „облигација“

1. Реч „облигација“ представља унеколико измењени израз латинског језика *obligatio*. Он води порекло од глагола *obligo* — *age*, чије је значење вишеструко: привезати, завезати, скривити, обвезати обећањем, савезом, добротворством итд., па и заложити.⁴ Ни именица *obligatio* у латинском језику није једнозначна. Њен непосредни смисао састоји се у томе да означи физичко (телесно) везивање. Међутим, она не подразумева једино сам чин везивања него и стање везаности које је из њега произишло. У правничком речнику ова реч стекла је преносно значење: првобитно је означавала **залагање** своје личности ради обезбјеђивања свог обећања да се нешто учини или не учини. Мисли се, дакле, на потчињавање повериочевој власти за случај да се не изврши оно што је обећано, да се обавеза не испуни⁵. Краће речено, значење израза *obligatio* било је слично залози.

¹ Видети Визнер Борис, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима* (Загреб, 1978), књига 1, стр. 8.

² Исто.

³ Ђорђевић Живомир и Станковић Владан. *Облигационо право*, општи део (Београд, 1974), стр. 33.

⁴ Видети Мирко Дивковић, *Латинско-хрватски рјечник за школе*, друго издање (Загреб, 1900), стр. 669.

⁵ Хорват Маријан, *Римско право* (Загреб, 1958), стр. 247.

2. Доцније ће, међутим, доћи и до извесне промене смисла речи *obligatio*, јер ће она подразумевати заснивање сваке утуживе обавезе и сваке тиме створене правне обавезности. Посебно ваља истаћи да се она од тада употребљава готово искључиво у смислу већ створеног стања обавезности, при чему је све више слабило схватање да за испуњење обавезе дужник треба да одговара својом личношћу⁶. Уместо физичке везаности, она подразумева правну везаност (*vinculum iuris*). Истовремено, ова реч добија и један „неутралан“ смисао који важи, претежно, и у данашњем праву: њоме се не означава само обавеза виђена једнострано са становишта дужниковог већ и са становишта лица које не учествује у односу обавеза — право. Већ у класичном римском праву, па и доцније, под облигацијом се подразумева кади-кад и повериочево право потраживања, тј. однос обавеза — право посматран са становишта овлашћеног лица⁷. Овај смисао заступљен је и у повезивању речи „облигационо право“.

3. Сем тога, реч „облигација“ има још и два споредна значења. Њоме се назива и хартија од вредности дата уписницима јавно расписаних новчаних зајмова, као и писмена исправа којом се посведочава постојање дуга. Међутим, у овим значењима она се данас веома ретко користи, јер за то постоје прецизнији и разумљивији изрази: **обвезница** и **признаница**.

Б. Појмовно значење речи „облигација“

У правној литератури појам облигације поистовећује се најчешће са појмом облигационог односа⁸. Истина, већина писаца наглашава да је појмовно значење речи „облигација“ двојако: уже и шире. У ужем значењу она подразумева тражбину, односно дуг, а у ширем — укупан однос између повериоца и дужника⁹. Ипак, она се користи већином у ширем значењу, тј. као скраћени назив за облигациони однос. Шта више, неки наши правници сматрају да њу треба употребљавати искључиво у том смислу, а не и у смислу тражбине или дуга¹⁰.

Међутим, у правној литератури извесних земаља преовлађује схватање да појмовно значење речи „облигација“ и „облигациони однос“ није истоветно. Сматра се, наиме, да је појам облигације ужи од појма облигационог односа. Ово гледиште темељи се на тананом теоријском резонувању које је веома уверљиво.

⁶ Schönenberger—Jöggli, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V Band: Obligationenrecht, VIa (Zürich, 1973), стр. 150.

⁷ Windscheid Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9 Auflage, Band 2, стр. 7, фуснота 3.

⁸ Јакшић Стеван, Облигационо право, општи део, четврто издање, стр. 27.

⁹ Милошевић Љубиша, Облигационо право, 5. издање, стр. 35—36; Перовић Слободан, Облигационо право, I, (Београд, 1973), стр. 5—6; Ведриш Мартин, Основе имовинског права, друго издање, стр. 212.

¹⁰ Лоза Богдан, Облигационо право, општи део (Сарајево, 1979), стр. 19—20.

А) ОБЛИГАЦИЈА КАО ТРАЖБИНА И ДУГ

Облигација је правни однос који се састоји једино из тражбине, односно из дуга. Она је збирни појам за дуг и тражбину. Такво њено поимање налазимо и у изворима римског права¹¹. Облигација, тражбина и дуг чине према томе тројство појмова за исту ствар. Различита су само становишта са којих се та ствар посматра и именује. Израз „облигација“, на пример, показује да се на њу гледа с поља, са становишта неутралног посматрача који није ни дужник ни поверилац. Речи „тражбина“ и „дуг“ нису, међутим, неутралне јер указују на посматрања са становишта овлашћеног, односно обавезног лица.¹²

Ипак, ово разликовање није од велике практичне вредности, јер онај ко се служи речју „тражбина“ или „дуг“ мисли обично и на супротну страну, тако да потреба за „облигацијом“ као неутралним појмом ретко кад да и постоји. Јер тражбина и дуг представљају подједнако вредне појмове који један другог допуњавају, који су корелативни. Да ли ћемо употребити један или други, то зависи најчешће од случаја¹³. Али једнородност ових појмова не значи да су они и истоветни. Тражбина има садржину друкчију од садржине дуга лица наспрам којег право постоји. Као субјективно право она се може уврстити у систем права, док паралелан систем обавеза не постоји, односно није уобичајен¹⁴. Стога се тражбина узима као главни појам, и он се најчешће користи за разјашњење и остала два појма: облигације и дуга. Говорећи о тражбини, говоримо у исти мах и о облигацији, односно о дугу.

Б) ПОЈАМ ТРАЖБИНЕ

1. Реч „тражбина“ или „потраживање“ у обичном говору означава искање или тражење да се нешто учини. Али као правнотехнички термин она подразумева и представу о томе да онај ко нешто тражи има и право на тражено. Изрази „тражбина“ и „потраживање“ значе, дакле, исто што и „правно потраживање“. Ипак, ваља приметити да се ова сложена реч не поклапа у свему са појмом тражбине јер се не мора увек односити на чинидбу. На пример, право власника да захтева повраћај ствари која му је одузета или да се не смета његовом поседовању ствари обухваћено је смислом речи „право потраживања“, али не и појмом „тражбина“¹⁵. Ти захтеви нису тражбина јер оно што власник

¹¹ Паулусова дефиниција облигације гласи: *«obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum»*. Међутим, дефиниција облигације коју налазимо у Јустинијановим Институцијама окренута је више дужнику: *«obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura»* (Наведено према Стојчевић Драгомиру, Римско право, десето издање, стр. 185).

¹² Schöneneberger—Jöggi, исто, стр. 151.

¹³ Исто, стр. 152.

¹⁴ Исто.

¹⁵ Исто.

захтева није чинидба (поготову не чинидба из имовине противникова), већ трпљење да он врши своје право својине. Да стварно-правни захтеви нису тражбине показује се најјасније ако лице против кога је захтев уперен падне под стечај: власник који тражи повраћај ствари може захтевати да се она издвоји из стечајне масе, док поверилац тражбине за накнаду штете дели судбину осталих стечајних поверилаца¹⁶.

2. Тражбина је типичан облигационоправни појам, који подразумева утуживо право на чинидбу. Она је последица одређене чињенице која твори облигациони однос. Али тражбина не обухвата цео тај однос, већ само један замишљени **исечак** из њега, тј. право једног учесника на чинидбу према другоме. Из једног облигационог односа могу се, у већини случајева, „исећи“ више тражбина (на пример, код узајамних уговора)¹⁷.

В) ЧИНИДБА КАО ПРЕДМЕТ ТРАЖБИНЕ

1. Већ смо рекли да је тражбина утуживо право да се од дужника захтева одређено понашање. То понашање (или његов резултат) представља **предмет тражбине**,¹⁸ исто онако као што је ствар предмет права својине. Предмет тражбине назива се обично **чинидба** или **престација**. Међутим, извесни теоретичари права сматрају да је чинидба самосталан појам, да није напосто исто што и предмет тражбине. Они кажу да се свака тражбина односи на неку чинидбу, али да се свака извршена чинидба не дугује. Дају се, наиме, и чинидбе које нису дуговане. У том случају оне нису предузете ради испуњења обавезе (*solvendi causa*), него ради противчинидбе (*credendi causa*), ради поклоне (*donandi causa*), или без разлога (*sine causa*). Али ако се чинидба дугује, постоји увек тражбина, а не неко друго право. Појмом „чинидба“ описују се, дакле, у исти мах и могући предмети тражбина¹⁹.

2. У општој говорној употреби „чинидба“ значи вршење, обављање неке радње, а затим и саму радњу, односно функцију²⁰. У правном, пак, смислу чинидба подразумева не само радњу као позитиван чин већ и нерадњу, тј. и мировање дужниково у случају кад се он тиме лишава права да радњу врши или кад њено вршење допушта повериоцу. Стога се и каже да се чинидба

¹⁶ Von Tuhr-Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I Band, 1. Lieferung (Zürich, 1974), стр. 13.

¹⁷ Schöeneneberger—Jöggi, исто, стр. 153.

¹⁸ Извесни писци, међутим, сматрају да тражбина као однос лица према лицу, строго узев, нема никакав предмет, јер се право усмерава једино према личности дужника. Понашање које се очекује од дужника, при строгом посматрању, може се означити само као садржина потраживања (Ennecserus—Lehmann, Recht der Schuldeverhältnisse, 15. Bearbeitung, стр. 7).

¹⁹ Schöeneneberger—Jöggi, исто, стр. 156.

²⁰ Видети Речник српскохрватскога књижевног језика, књига шеста (Нови Сад — Загреб, 1976), стр. 879.

може састојати из чињења, пропуштања или трпљења. Али се појмом чинидбе обухвата понекад и резултат радње. На пример: ако дужник дугује да сашије одело повериоцу, чинидба не подразумева једино шивење одела већ и то да оно буде заиста сашивено. С друге стране, с обзиром на остварени резултат, чинидбе могу бити: чисто физичке, јер се састоје у промени материјалног света (на пример, све врсте услуга), чисто правне, јер творе искључиво правне последице (на пример, уступање тражбине, одрицање од права, и сл.), или и физичке и правне у исти мах (на пример, предаја ствари у својину купцу).

3. Чинидба је средство којим дужник задовољава, по правилу, одређени интерес повериочев (имовински или неимовински). Већина правника сматра да је то битно обележје тражбине. Уколико такав интерес недостаје, тражбина не може ни настати, а ако он буде задовољен којим било начином, тражбина се мора угасити. Тиме се заправо и објашњава могућност да тражбина престане постојати и кад њу исплати неко трећи, уместо дужника. Сем тога, ако више тражбина циља задовољењу истог интереса, намирење једне од њих доводи нужно до гашења и других²¹.

Међутим, у новијој литератури исказано је гледиште по коме чинидба треба или да користи повериоцу или да макар одговара његовој вољи. Стога, на пример, дужник који је обећао да ће направити неку ствар не може рећи да је тражбина неважећа због тога што ствар повериоцу ничему не служи, што је без намене. Та околност може бити од значаја тек кад поверилац затражи надокнаду штете због неиспуњења. И уговор у корист трећег пуноважан је без обзира на то да ли и какав интерес има поверилац који га је закључио. Једино у случају кад се чинидба састоји у пропуштању или трпљењу, интерес повериочев је значајан²².

4. Спор о томе да ли је задовољење интереса повериочевог битно обележје сваке чинидбе не изгледа да је изазван чињеницама живота, него чисто теоријским размишљањем. Јер тешко је и замислити случај кад поверилац нема баш никаквог интереса за чинидбу а да њено извршење, ипак, уговара са дужником. Ако би се тако доиста и збило, ваљало би утврдити да ли у том случају постоји уопште озбиљно замишљена изјава воље. Будући разумно биће, човеку није својствено да од другог захтева чинидбу која се никаквог његовог интереса не дотиче. Такав интерес у њега постоји увек, само дужнику или неком трећем може бити непознат. Али то тражбину не доводи у питање јер дужника не обавезује повериочев интерес за чинидбу, већ дато обећање (*verba ligant homines*). Друга је ствар ако је реализовање интереса правно или морално недопуштено; у том случају важе општа правила о вредности мотива код уговора.

²¹ Enneccerus—Lehmann, исто, стр. 6.

²² Von Tuhr—Peter, исто, стр. 265—266; Fikentscher Wolfgang, Schuldrecht, 5. Auflage, стр. 32.

III. ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОС

А. Разлика између облигације и облигационог односа

1. Појмови „облигација“ и „облигациони однос“ веома су блиски, али не и подударни. Њихова блискост условљена је тиме што се оба тичу неке чинидбе. Сем тога, свака облигација чини састојак неког облигационог односа. Међутим, облигација се односи увек само на **једну** чинидбу и **једну** тражбину. Облигациони однос, напротив, само се **изузетно** састоји из једног потраживања (на пример, код бескаматног зајма и код надокнаде проузроковане штете), и у том случају нема ни потребе да се прави разлика између њега и облигације. По правилу, он садржи **више** тражбина, а затим још и **друга права**. То је нарочито случај код односа насталих из узајамних уговора, где свака страна има тражбину према другој страни. Стога је облигациони однос обухватнији, шири појам од појма облигације. Боље речено, облигација је, по правилу, само **један** његов елемент. Али пошто је тај елемент најважнији (јер га чини чисто право на чинидбу и чист дуг), цео правни однос назива се „облигационим односом“.

Између облигационог односа и облигације постоји однос сличан односу између права својине и захтева који су из њега настали. И облигациони однос представља извор облигација, чињенично стање које твори облигације²³. За субјекте облигације прикладан је назив „дужник“ и „поверилац“, али за субјекте облигационог односа он је неподесан јер сваки од њих може, у исти мах, имати положај и дужника и повериоца. Стога их треба звати „учесницима“ или „уговорним странама“²⁴. Изразом „учесник“ облигационог односа служи се и наш законодавац²⁵.

2. Између облигације у смислу тражбине и облигационог односа постоје још извесне разлике које се тичу њиховог постанка и свршетка. Тражбина, наиме, не настаје увек кад и облигациони однос, него у неком доцнијем тренутку (на пример, право да се захтевају појединачни износи закупнине и камате на зајам). Каткад она постаје тек кад се за време трајања облигационог односа збуду и друге чињенице (на пример, по члану 760. ЗОО налогодавац је дужан накнадити налогопримцу штету коју је овај претрпео без своје кривице при вршењу налога) или кад је облигациони однос окончан (на пример, захтев за повраћај ствари дате у закуп или на послугу).

Сем тога, ни узроци гашења тражбине и облигационог односа нису истоветни. Тражбина се гаси испуњењем, опроштајем дуга, новацијом, сједињењем, пребијањем, застарелошћу, и услед накнадне немогућности испуњења. Облигациони однос има, пак, друге узроке гашења: истеком времена, одустанком од уговора, односно отказом, и испуњењем свих потраживања. Услед ове разлике дешава се да тражбина надживи облигациони однос на коме

²³ Ennecceus—Lehmann, исто, стр. 5.

²⁴ Schöeneneberger—Jögg, исто, стр. 185; Wolf Ernst, Lehrbuch des Schuldrechts, I Band: Allgemeiner Teil (Köln — München, 1978), стр. 30—31.

²⁵ Видети одредбе о основним начелима у ЗОО.

се заснива (на пример, право да се захтева исплата неисплаћене закупнине постоји и пошто је однос закупа угашен). С друге стране, тражбине се могу уступити другоме а да облигациони однос остане и даље између оних лица међу којима је и настао. Тако на пример, закуподавац може уступити све или појединачне тражбине закупнине а да, упркос томе, задржи правни положај закуподавца коме остаје право отказа и обавеза да одржава ствар у исправном стању.²⁶

Б. Садржина облигационог односа

Облагација је збирни појам јер обухвата тражбину и дуг, али не и цео облигациони однос. Садржина облигационог односа богатија је од садржине облигације коју он такође обухвата. Облигациони однос је сложен правни однос, склоп више разнородних елемената отелотворених у мноштву права и обавеза. Али он није скупина чињеница или збивања спољњег света која се могу опазити чулима, него конкретних **правних последица** меродавних за његове учеснике.²⁷ Садржину облигационог односа чине: а) једна или више облигација; б) споредна права; ц) обавезе узајамне пажљивости; д) права уобличавања; и е) право приговора.

а) Сваки облигациони однос тиче се једне или више чинидби, тј. садржи једну или више облигација. Његови учесници имају најчешће обостране и узајамне обавезе на чинидбу. Те обавезе могу бити двојаке: **примарне** и **секундарне**. Примарне су оне са којима настаје и сам облигациони однос и које одређују његов тип (на пример, обавеза продавца да преда ствар и пренесе право својине, односно право располагања, и обавеза купца да плати цену). Секундарне су, пак, оне обавезе које не настају кад и сам облигациони однос, него тек доцније, уколико се прекрше примарне обавезе) на пример, обавеза да се надокнади штета услед задоцњења или рђавог испуњења). У ствари, секундарне обавезе компензирају кршење примарних. Оне се темеље такође на првобитном облигационом односу, који услед њих може претрпети измену или проширење своје садржине.²⁸

б) Сем тражбине, учесници у облигационом односу могу имати и друга, тзв. **споредна права**. То су она права која служе учвршћењу или осигурању тражбине, па зато трају само дотле док се тражбина не подмири. Она постају на темељу правног посла или закона.

ц) Покрај обавезе да се изврше одређене чинидбе, облигациони однос заснива и неке **посебне обавезе**. Њих поједини писци називају различитим називима: „шире обавезе понашања“, „обавезе узајамне пажљивости“, „обавезе лојалности“, „обавезе заштите“, „споредне обавезе“.²⁹ Реч је о обавезама да се уважавају оправдани интереси друге стране, да се она заштити од штета које

²⁶ Von Tuhr-Peter, исто, стр. 11—12.

²⁷ Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 11. Auflage, стр. 23—24.

²⁸ Исто, стр. 7.

²⁹ Исто, стр. 8—9.

се могу избећи. Оне се темеље на законској одредби која од учесника у облигационим односима захтева да се при заснивању тих односа и при остваривању права и обавеза из њих придржавају начела савесности и поштења (члан 12. ЗОО). Садржина тих обавеза није, већином, одређена у тренутку постанка облигационог односа, већ зависи од даљег тока ствари. Каже се једноставно да су учесници облигационог односа дужни да се један наспрам другог опходе онако како је **у датој ситуацији потребно** да не би био осујећен циљ дуга, да би се спречила штета, да би се олакшало испуњење.³⁰ Будући да те обавезе нису унапред одређене, није ни могуће захтевати њихово испуњење. Тек скривљено кршење неке од њих твори право на надокнаду штете које је самостално утуживо.³¹

Обавезе узајамне пажљивости имају, дакле, помоћну функцију. Оне не улазе у садржину чинидбе у правом смислу, мада стоје са њом у унутрашњој вези.³² Такве су на пример: обавезе да се предузму одређене мере спречавања штете, обавезе да се предузму одређене мере спречавања штете, обавезе да се разјасне постојеће опасности, обавезе обавештавања (члан 268. ЗОО), обавезе сарадње (члан 7. ЗОО), као и обавезе да се пропусте оне радње које су подобне да угрозе циљ облигационог односа, да пољуљају поверење, да штете другоме. Укратко, реч је о обавезама учесника у облигационом односу да се један наспрам другог опходе онако како се, с обзиром на циљ облигационог односа и врсту чинидбе, може очекивати од савесних и поштених пословних партнера.³³

д) Један од елемената облигационог односа чине и тзв. **права уобличавања**. Она се састоје у овлашћењима учесника да својом једностраном вољом утичу непосредно на сам облигациони однос. По своме карактеру та овлашћења су различита. Некима од њих може се преиначити садржина облигационог односа. Такво је, на пример, право избора код облигација са алтернативним обавезама и право да се одустане од уговора и захтева надокнада штете, уместо првобитне дуговане чинидбе. Другима се опет облигациони однос може окончати, и њих правни писци називају „негативна права“.³⁴ У таква овлашћења спадају: право побијања, право опозивања, право отказа, односно одустанка од уговора, право пребијања, и сл.

За разлику од тражбине, права уобличавања не врше се истицањем захтева, већ изјавом једностране воље која се упућује другој страни. Жељено дејство наступа аутоматски, чим изјава приспе адресату. Судска одлука може се затражити једино ако друга страна спори важност изјаве о уобличавању. Међутим, одлука не садржи обавезивање туженог, већ утврђивање чињенице да је правно дејство већ наступило. Ако тужени, на пример, не

³⁰ Исто, стр. 9—10.

³¹ Исто.

³² Исто, стр. 8; супротно Fikentscher, исто, стр. 29—31.

³³ Larenz, исто, стр. 7—8.

³⁴ Von Tuhr-Peter, исто, стр. 24.

признаје пребијање, суд га не осуђује да пребијање изврши или да га трпи, него утврђује да је оно према њему већ уследило.³⁵

е) Напоследку, у садржину облигационог односа спада и право на приговоре. Оно је слично негативним правима уобличавања јер је уперено против захтева друге стране. Његова је сврха да се тај захтев одбије јер се постојање тражбине негира, или да се макар одложи њено намирање. Такви су, на пример: приговор застарелости, приговор преклузије, приговор неиспуњеног уговора, и приговор претходне тужбе.

Ц. Повезаност елемената облигационог односа

1. Права и обавезе као елементи облигационог односа нису независни једни од других, него су смислено повезани. Његова повезаност оснива се на особеном интересу учесника за чинидбу који треба да буде задовољен кроз облигациони однос, на посебној врсти чинидбе и на циљу размене код обострано обавезујућих уговора. Стога се каже да облигациони однос није само збир разнородних правних последица већ комплекс разумних творевина, осмишљени склоп.³⁶ Ипак, треба рећи да повезаност елемената облигационог односа не значи да су сви они подједнако вредни. Облигација је у њему основни и најважнији елемент, а сви остали су у њеној служби.

2. Као смислена творевина конкретан облигациони однос у стању је да надживи своје појединачне елементе и да сачува свој правни идентитет и у случају кад неки од елемената претрпе промену. На пример, кад појединачне обавезе које је првобитно садржавао буду угашене испуњењем, кад извесна права уобличавања буду искоришћена или угашена услед невршења у одређеном року, кад се вољом учесника или по сили закона преиначи садржина односа, или кад се чак промене његови учесници (на пример, наслеђивањем, правним послом међу живима, и сл.). Упркос свим тим променама појединачних елемената, њихово смислено везивање у једну целину остаје, ипак очувано.³⁷ Промена или ишчезавање извесних делова облигационог односа не мења и не уништава цео његов организам. Шта више, и онда кад оба учесника испуне своје обавезе (на пример, купац и продавац), окончани облигациони однос остаје и даље значајан за његове учеснике као „правни основ“ извршених чинидби. Испуњењем свих обавеза облигациони однос не гаси се, дакле, без трага, него у свом промењеном значењу траје и даље.³⁸

IV. ЗАКЉУЧАК

1. Облигацију и облигациони однос као појмове ваља двојити. Облигациони однос је сложен правни однос, јер се састоји из

³⁵ Исто, стр. 25.

³⁶ Lagenz, исто, стр. 24.

³⁷ Исто.

³⁸ Исто, стр. 26.

више појединачних односа; док је облигација прост однос, тј. однос поводом једне тражбине. Сваки облигациони однос садржи најмање једну облигацију, и ова чини срж његовог бића. Међутим, сем облигације он садржи права и обавезе које облигација појмовно не обухвата. У оквир облигационог односа стају, без остатка, све правне последице које се тичу његових учесника, док у појмовни оквир облигације стају само тражбина и дуг. Све што није тражбина, односно дуг — остале изван облигације, али не и изван облигационог односа.

2. Оно што се уобичајено назива појмом облигације „у ширем смислу“, то је, у ствари, облигациони однос, и тако га треба и звати. У интересу је теоријске јасноће да се појам „облигација“ и појам „облигациони однос“ не употребљавају као синоними. Само овај други способан је да замени оног првог, али не и обратно. Уместо „облигација“, може се, наиме, рећи „облигациони однос“, јер је у већем садржано мање (*A minore ad maius*). Али облигација није у стању да буде скраћени назив облигациони однос, јер то превазилази њено језичко и појмовно значење. Таквом употребом овог израза крше се, без нужде, семантичко-логичка правила, а правне појмове не треба градити по ту цену.

Јаков Радишић

OBLIGATION ET RAPPORT D'OBLIGATION

— Résumé —

1. L'auteur constate d'abord que les notions d'«obligation» et de «rapport d'obligation» ne sont pas très précises et que les juristes les considèrent la plupart du temps comme des synonymes. Pour démontrer que cette confusion est inadmissible, il expose la signification sémantique et conceptuelle du mot «obligation», les différences entre obligation et rapport d'obligation, le contenu de ce rapport et l'interdépendance de ses éléments.

2. Dans sa conclusion, l'auteur affirme qu'il importe de distinguer obligation de rapport d'obligation. Celui-ci est un rapport juridique complexe qui se compose de plusieurs rapports particuliers. En revanche, l'obligation est un rapport simple qui s'établit à l'occasion d'une créance. Chaque rapport d'obligation comporte au moins une obligation qui en constitue l'essence même. Mais il renferme aussi des droits et des engagements que la notion d'obligation n'englobe pas. On retrouve dans son cadre toutes les conséquences juridiques, sans exception, qui concerne les parties prenantes. Par contre, le cadre conceptuel de l'obligation n'embrasse que la créance et la dette. Tout ce qui n'est ni créance, ni dette, reste en dehors de l'obligation, ce qui n'est pas le cas du rapport d'obligation.

3. L'auteur estime que ce que l'on entend habituellement par la notion d'obligation au sens large est en fait un rapport d'obligation et que c'est ainsi qu'il faut l'appeler. Pour plus de clarté théorique, il faut donc

éviter d'utiliser comme synonymes les notions d'obligation» et de «rapport d'obligation». Si cette dernière notion peut remplacer la première, l'inverse n'est pas exact. On peut dire «rapport d'obligation» à la place d'«obligation» en application du principe *A minore ad maius*. En revanche, on ne saurait employer le vocable obligation pour désigner le rapport d'obligation car cela dépasse son sens linguistique et conceptuel. En effet, on enfreint de la sorte sans la moindre nécessité les règles sémantiques logiques. Or, il ne faudrait pas créer des notions juridiques à ce prix.

**ЗАСТУПАЊЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ УДРУЖЕНОГ РАДА
ОД СТРАНЕ ЛИЦА КОЈА У ЊОЈ ОБАВЉАЈУ
ОДРЕЂЕНЕ ПОСЛОВЕ**

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

(1) Основне и друге организације удруженог рада су правна лица.¹ Као друштвено правно лице, свака основна и друга организација удруженог рада има право да у правном промету друштвеним средствима закључује самоуправне споразуме и уговоре и врши друге правне послове и радње у оквиру своје правне способности.² Међутим, правно лице може учествовати у правном промету само преко одређених физичких лица, као заступника.

Врло су различита физичка лица која могу да заступају организацију удруженог рада у правном промету. На првом месту, организацију удруженог рада заступа оно лице које је одређено њеним статутом или другим самоуправним општим актом.³ Ако ово питање није регулисано статутом или другим самоуправним општим актом, организацију удруженог рада заступа њен инокосни пословодни орган, односно председник колегијалног пословодног органа. Затим, организацију удруженог рада може заступати и пуномоћник. Наиме, лице које на основу статута, самоуправног општег акта или закона заступа организацију удруженог рада може, у оквиру својих овлашћења, дати другом лицу писмено пуномоћје за закључење одређених врста уговора и предузимање других одређених врста правних радњи.⁴ И најзад, организацију удруженог рада заступају и сви они њени радници који раде на таквим пословима за које је везано закључивање одређених врста уговора.

(2) Предмет разматрања у овом чланку биће правила о правном положају ове треће категорије физичких лица као заступника

¹ Устав СФРЈ, члан 45. став 1; Закон о удруженом раду, члан 37.

² Закон о удруженом раду, члан 243. став 1.

³ Закон о удруженом раду, члан 438. став 1.

⁴ Закон о удруженом раду, члан 439. став 1.

организација удруженог рада. Основни извор нашег права у том погледу је члан 98. став 1. Закона о облигационим односима, који одређује: „Радници у организацијама удруженог рада који раде на таквим пословима чије је обављање везано за закључење и испуњење одређених уговора, као што су продавци у продавницама, радници који обављају одређене услуге у угоститељству, радници на пословима шалтерске службе у пошти, у банци и сл. овлашћени су самим тим на закључење и испуњење тих уговора.“

У нашем праву пре доношења Закона о облигационим односима за означавање ових лица употребљаван је термин „пуномоћници по запослењу“. И маргинална рубрика уз узансу број 40. Општих узанса за промет робом гласила је: „Пуномоћник по запослењу“. У Закону о облигационим односима овај термин се не налази. Уместо тога у Закону се говори о „овлашћењима лица која обављају одређене послове“. Ипак, без обзира на то, неће бити погрешно ако и убудуће у научним и стручним разматрањима таква лица која имају право да заступају организацију удруженог рада због тога што у њој обављају одређене послове, за шта је везано закључивање одређених врста уговора, буду означавана као „пуномоћници по запослењу“⁵ или као „заступници по запослењу“. Јер, управо из чињенице да је одређено лице запослено у организацији удруженог рада на одређеним пословима произлази законско овлашћење таквог лица да закључује за организацију уговоре у вези с тим пословима.

(3) Ради што целовитијег сагледавања проблематике којом се баве ови редови, прво ће бити учињен историјски и упоредно-правни осврт на правни положај пуномоћника по запослењу. После тога ћемо размотрити која лица на основу Закона о облигационим односима имају право да закључују уговоре за организације удруженог рада као пуномоћници по запослењу и који је обим њихових овлашћења. На основу тих разматрања може се заузети став и о правној природи овлашћења пуномоћника по запослењу.

2. ИСТОРИЈСКИ И УПОРЕДНО-ПРАВНИ ОСВРТ НА ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПУНОМОЋНИКА ПО ЗАПОСЛЕЊУ

(4) Још прилично давно се показало да у условима иоле развијене трговине сам трговац не може да закључује све уговоре у вези са својим пословањем. Закључивање многих уговора трговци су морали да поверавају пуномоћницима. Међутим, за давање пуномоћја (укључујући и прокуру) и за закључивање уговора преко пуномоћника важила су прилично крута правила.

Појавом трговачких друштава, чији је обим пословања по правилу био знатно већи од обима пословања индивидуалног трговца, ове су се тешкоће само увећале.

⁵ У овом смислу и Јовановић, др В., „Заступање према Закону о облигационим односима“, Зборник радова са Савјетовања о Закону о обвезним (облигационим) односима, Савез друштава правника у привреди Југославије и Институт за упоредно право, Струга, септембар 1978, стр. 191.

Зато је из саме праксе израсло правило да под одређеним условима пуномоћницима треба сматрати и раднике запослене у трговачким радњама, мада они нису од власника радње добили изричито овлашћење за заступање.

(5) У том смислу је у § 1030. аустријског Општег грађанског законика од 1811. године било одређено да ако власник какве трговине или радње допусти свом момку или ученику да у радњи или ван ње продаје робу, онда се претпоставља да су они овлашћени и да врше наплату. Али, према § 1031. истог Законика, овлашћење да продају робу у име власника није овим лицима давало право да купују робу у име власника. Ове су се одредбе налазиле у одељку под насловом „Прећутно опуномоћавање послуге“.

Хрватски Трговачки закон од 1875. године је у §§ 46. и 47. одређивао да и поред тога што трговачки помоћник по правилу не може закључивати уговоре у име и за рачун трговца без његовог овлашћења, ипак лице које је запослено у дућану (радњи), у отвореном магацину или у складишту робе сматра се овлашћеним да продаје робу, да прима робу и да прима плаћања, дакле да предузима радње које се по правилу обављају на таквим местима.

Сличне одредбе о овлашћењима пуномоћника по запослењу налазиле су се и у § 50. словеначко-далматиског Трговачког закона, као и у § 50. босанског Трговачког закона.

Наши старији правни аутори указивали су на велики значај обичаја у погледу одређивања обима овлашћења пуномоћника по запослењу. Обим овлашћења лица које је запослено у дућану, у отвореном магацину или у складишту робе ценио се према обичајима који су постојали у месту у којем је такво лице радило.⁶

Одредбе о пуномоћнику по запослењу налазиле су се и у југословенском Трговачком законнику од 1937. године. У § 72. овог Законика било је одређено да онај ко је запослен у каквој отвореној пословној просторији или отвореном стоваришту робе, самим тим је овлашћен за обављање послова који се обично врше у таквој просторији или стоваришту, ако у њима није јасно означено шта друго.

(6) Први извор нашег послератног права у погледу пуномоћника по запослењу биле су Опште узансе за промет робом, које су донете 1954. године. Према узанси број 40, пуномоћником се сматрало и лице коме је странка поверила обављање таквих дужности из којих, по редовном току ствари, проистиче и овлашћење за закључивање одређених уговора или вршење других одређених послова у границама тих дужности.

Ова је одредба, уз незнатне измене, била преузета у члану 205. Основног закона о предузећима, а затим у члану 81. Закона о конституисању и упису у судски регистар организација удруженог рада од 1973. године.

Из ових наших ранијих прописа, као и судске праксе која се развила на основу ових прописа, израсла је формулација чла-

⁶ Стражњицки, др М., „Предавања из трговачког права“, Загреб, 1926, стр. 63.

на 98. Закона о облигационим односима о овлашћењима лица која обављају одређене послове у организацијама удруженог рада да закључују и испуњавају одређене уговоре као заступници тих организација.

(7) Упоредно-правни преглед показује да се одредбе о пуномоћницима по запослењу налазе и у прописима низа страних земаља.

У § 71. чехословачког Законика међународне трговине је одређено да се за лице коме је, у оквиру делатности предузећа, као његову намештенику поверено да извршава одређене задатке сматра, у случају сумње, да је овлашћено да у име предузећа врши према трећим лицима све послове до којих обично долази при извршавању тих задатака.⁷

Према члану 62. став 2. Грађанског законика РСФСР, овлашћење на заступање може проистицати и из ситуације у којој делује заступник (продавац у трговини на мало, благајник и сл.).⁸

И § 56. немачког Трговачког законика, према тексту који је сада на снази у СР Немачкој,⁹ одређује да лице које је запослено у једној трговини или у једном отвореном складишту, сматра се овлашћеним да продаје и прима испоруку који се у једној таквој продавници или складишту обично обављају.

(8) Овај преглед о нашим и страним прописима о пуномоћницима по запослењу указује на велики значај ове материје. Пуномоћници по запослењу у оквиру обављања својих радних дужности врло често закључују разне уговоре, и управо је зато неопходно да њихов правни положај буде регулисан законским прописима.

3. ЛИЦА КОЈА ИМАЈУ ПОЛОЖАЈ ПУНОМОЋНИКА ПО ЗАПОСЛЕЊУ

(9) У вези са начином како је у члану 98. став 1. Закона о облигационим односима одређено која се лица сматрају пуномоћницима по запослењу, треба обратити пажњу на два момента.

Прво. пуномоћник по запослењу, који на основу овог прописа може да заступа организацију удруженог рада приликом закључивања уговора одређене врсте, може да буде само радник те организације. Лице које није радник једне организације удруженог рада не може је заступати као њен пуномоћник по запослењу, па чак ни онда кад му је она поверила обављање таквих послова у вези са којима треба закључити одређене уговоре. Лице које није радник једне организације удруженог рада може заступати ту организацију, али само на основу писменог пуномоћја за закључење одређених врста уговора, које је дато према одредбама члана 439. став 1. Закона о удруженом раду.

⁷ Превод у издању Института за упоредно право, Београд, 1965.

⁸ Превод у издању Института за упоредно право, Београд, 1965.

⁹ Handelsgesetzbuch, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1977.

Други моменат који опредељује да ли једно лице има положај пуномоћника по запослењу допуњује први о којем је управо било речи. Не може сваки радник једне организације удруженог рада закључивати уговоре као њен пуномоћник по запослењу. За једну организацију удруженог рада може као њен пуномоћник по запослењу закључивати уговоре само онај њен радник који ради на таквим пословима чије је обављање везано за закључивање одређених врста уговора.

Због тога се може рећи да појам лица које има положај пуномоћника по запослењу одређују два критеријума: један субјективни и један објективни. Субјективни критеријум је својство радника одређене организације удруженог рада, а објективни критеријум су послови које тај радник обавља у тој организацији.

(10) Запажа се да је у Закону о облигационим односима појам пуномоћника по запослењу врло широко одређен. Јер, према нашим старим правним правилима, пуномоћник по запослењу је могло бити само оно лице које је било запослено у дућану, у отвореном магацину или у складишту робе, или лице које је било запослено у каквој отвореној пословној просторији (просторији која је отворена за заинтересована лица). Ван тих простора односно просторија пуномоћник по запослењу није могао заступати свог принципала.¹⁰ Међутим, према Закону о облигационим односима, а тако је било и према Општим узансама за промет робом и каснијим прописима, место на којем радник једне организације удруженог рада закључује уговор као њен пуномоћник по запослењу није од значаја. Пуномоћник по запослењу може закључити уговор за организацију удруженог рада чији је радник и ван њених пословних просторија.

(11) За разлику од наших ранијих прописа, Закон о облигационим односима наводи и неке примере о томе који се радници организације удруженог рада сматрају пуномоћницима по запослењу. На првом месту, јер се са њима најчешће срећемо као заступницима организације удруженог рада, наведени су продавци у продавницама. При томе је већ и из самог слова Закона поступно јасно да набрајање тих лица није таксативно. Поред набројаних лица, и друга лица могу да имају положај пуномоћника по запослењу, ако испуњавају услове које је поставио Закон. Због тога се не може сматрати да је ово набрајање недостатак Закона,¹¹ него управо обрнуто. Набрајање *exempli causa* о томе који се радници једне организације удруженог рада сматрају њеним пуномоћницима по запослењу истина није неопходно, али с обзиром на то да је појам тих пуномоћника одређен доста широко, може помоћи у практичној примени Закона.

(12) Постоји доста богата судска пракса о томе који се радници организација удруженог рада сматрају пуномоћницима по запослењу.

¹⁰ Стражњицки, нав. дело, стр. 63.

¹¹ Ово схватање заступа Барбић, др Ј., „Закон о обвезним односима и положај организације удруженог рада у правном промету“, у књизи „Обвезно право“, Загреб, 1978, стр. 146.

Руководилац градилишта, на пример, као пуномоћник по запослењу, овлашћен је да се стара о смештају радника и да преузима обавезе које су нужно потребне да би се радови могли несметано извести.¹²

Или, директор кадровског сектора, у обављању својих радних дужности, овлашћен је да закључује уговоре о школовању кадрова.¹³

Комерцијални директор може и без специјалног овлашћења опростити дуг на основу вансудског поравнања, јер је он на основу закона овлашћен да заступа предузеће у пословима ове врсте.¹⁴

По свом положају и звању комерцијалиста је пуномоћник по запослењу и овлашћен је да закључује пуноважне уговоре о куповини и продаји робе.¹⁵

Управнику погона привредне организације није потребно посебно овлашћење за закључивање уговора о куповини робе, уколико та купопродаја не прелази оквире редовне делатности погона.¹⁶

Аранжер робне куће овлашћен је да у име те радне организације закључује уговоре о куповини робе искључиво намењене за аранжирање излога.¹⁷

Али, финансијски директор радне организације не може се сматрати пуномоћником по запослењу.¹⁸ Исто правило важи и за шефа привредно-рачунског сектора.¹⁹

(13) У оквиру питања о томе која лица имају положај пуномоћника по запослењу потребно је учинити још неколико напомена.

Према члану 244. став 1. Закона о удруженом раду, право располагања друштвеним средствима, а то значи право да закључује уговоре у правном промету друштвених средстава, има на првом месту основна организација удруженог рада. Према

¹² Решење Врховног привредног суда, Сл-1339/73 од 24. децембра 1973. године, Збирка судских одлука, књига I, свеска 1, Београд, 1976, одлука под бројем 138.

¹³ Пресуда Врховног привредног суда, Сл-3/69 од 8. септембра 1969. године, Збирка судских одлука, књига XV, свеска 1, Београд, 1970, одлука под бројем 80.

¹⁴ Пресуда Врховног привредног суда, Сл-352/66 од 18. априла 1966. године, објављена у књизи Кашанин, др Р. и Велимировић, Т., „Опште узансе за промет робом — са објашњењима и судском праксом“, Београд, 1976, стр. 93.

¹⁵ Решење Врховног привредног суда, Сл-632/69 од 20. маја 1969. године, Збирка судских одлука, књига XIV, свеска 3, Београд, 1969, одлука под бројем 386.

¹⁶ Пресуда Врховног привредног суда, Сл-1615/68 од 20. новембра 1968. године, објављена у књизи наведеној у прим. 14, стр. 94.

¹⁷ Пресуда Вишег привредног суда у Новом Саду, Сл-235/69 од 29. априла 1969. године, Зборник судске праксе, број 1/71, одлука под бројем 66.

¹⁸ Пресуда Вишег привредног суда Хрватске, Сл-2294/77 од 11. јула 1978. године, Привреда и право, број 1/79, стр. 76.

¹⁹ Пресуда Врховног привредног суда, Сл-1632/61 од 7. септембра 1961. године, Збирка судских одлука, књига VI, свеска 3, Београд, 1961, одлука под бројем 381.

томе, кад основна организација удруженог рада учествује као субјект у правном промету, положај пуномоћника по запослењу имају одређени њени радници. Али, у другом ставу истог члана је одређено да право располагања друштвеним средствима може имати и радна организација која у свом саставу има више основних организација удруженог рада, ако је тако предвиђено самоуправним споразумом о удруживању основних организација удруженог рада у радну организацију. У таквом случају се и радници радне заједнице заједничких служби радне организације могу појавити као пуномоћници по запослењу. Разуме се, они се могу појавити као пуномоћници по запослењу само у погледу оних послова чије је обављање самоуправним споразумом пренето на радну организацију, јер се ван тих оквира не протеже специјална правна способност радне организације.

Mutatis mutandis, ово правило важи и што се тиче радника радне заједнице сложене организације удруженог рада.

На тај начин, под радницима у организацијама удруженог рада у смислу члана 98. Закона о облигациним односима треба подразумевати на првом месту раднике који су удружали свој рад у основним организацијама, а тек затим, и то у оквирима који су одређени самоуправним споразумом о удруживању, и раднике у вишим облицима удруживања рада и средстава.

(14) Из саме чињенице да се у Закону говори и о радницима на пословима шалтерске службе у банци произлази да се поред радника у организацијама удруженог рада, као пуномоћници по запослењу могу појавити и радници у другим облицима удруживања рада и средстава. Наиме, према члану 45. став 1. Устава СФРЈ, банке, заједнице осигурања имовине и лица и друге финансијске организације не сматрају се организацијама удруженог рада. Због тога се може рећи да је решење које је прихваћено у Закону исправно, јер нема никаквог разлога зашто радници који раде у банкама и сличним организацијама не би имали положај пуномоћника по запослењу ако су испуњени одређени услови, али се може ставити примедба да терминологија Закона у овој његовој одредби није усаглашена са уставном терминологијом.

(15) Радником у организацији удруженог рада или у другом облику удруживања рада и средстава треба сматрати свако лице које је у смислу одговарајућих прописа засновало радни однос. То може да буде радни однос на неодређено или на одређено време, са пуним или са непуним радним временом. Зато и продавац у продавници који је засновао радни однос на одређено време, или који ради са непуним радним временом, може да буде пуномоћник по запослењу.

Али, ако је радник суспендован са дужности, он престаје да обавља послове и радне задатке који су му били поверени. Самим тим престаје и могућност да се такав радник појави као пуномоћник по запослењу²⁰. Радник који је суспендован са дуж-

²⁰ Кашанин, др Р. и Велимировић, Т., „Опште узансе за промет робом — са објашњењима и судском праксом“, Београд, 1976, стр. 90.

ности више не ради на таквим пословима чије је обављање везано за закључење и испуњење одређених уговора. Ипак, при томе треба водити рачуна и о заштити интереса друге савесне уговорне стране. Због тога се могу наћи и пресуде у којима је одлучено да ако пуномоћник по запослењу који је суспендован потпише закључницу, она обавезује странке ако друга странка није знала нити је морала знати за суспензију²¹.

Радник одређене организације удруженог рада који се за-текао у њеној продавници или на сличном месту на којем редовно раде пуномоћници по запослењу, али који не ради на таквим пословима чије је обављање везано за закључење и испуњење одређених уговора, не сматра се пуномоћником по запослењу²². Уговори које би закључио такав радник не обавезују организацију удруженог рада. Ипак, као и у случајевима кад је уговор закључио радник који је суспендован са дужности, и у оваквим случајевима треба водити рачуна о савесности друге уговорне стране. Ако друга уговорна страна није знала нити је морала знати да радник организације удруженог рада са којим закључује уговор није њен пуномоћник по запослењу, јер су околности случаја упућивале на закључак да организацију удруженог рада заступа њен овлашћени радник, такав би уговор требало сматрати пуноважним. Дужност је организације удруженог рада да организује своју активност тако да се у њеним продавницама и другим местима на којима се обично закључују и испуњавају одређени уговори налазе само они њени радници који имају положај пуномоћника по запослењу.

Радник организације удруженог рада који има положај пуномоћника по запослењу може уговоре закључивати усмено или писмено, са присутним или са одсутним лицима.

(16) Да ли помоћник по запослењу може пренети на неко друго лице овлашћење за закључивање одређених уговора за организацију удруженог рада?

У нашој правној теорији постоје у вези са овим питањем два опречна схватања. Према једном мишљењу, пуномоћник по запослењу не мора све послове сам да обавља. Он је овлашћен да своје право на закључивање појединих уговора, у вези послова који су му поверени, пренесе на друго лице²³. Према другом мишљењу, пуномоћник по запослењу не може своја овлашћења

²¹ Пресуда Врховног привредног суда, Сл-1056/72 од 14. марта 1973. године, објављена у књизи наведеној у прим. 20, стр. 91.

²² У том смислу Стражњицки, нав. дело, стр. 25; Јовановић, нав. реферат, стр. 192; Јовановић, др В., „Организација удруженог рада“, одредница у „Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада“, том II, Београд, 1978, стр. 622.

²³ Кашанин и Велимировић, нав. дело, стр. 88; Царић, др С., „Правни положај привредних организација“, Београд, 1971, стр. 145. У овом смислу изјаснио се и Врховни привредни суд, у пресуди Сл-742/60 од 27. маја 1960. године, објављена у нав. књизи Кашанина и Велимировића, стр. 91.

за закључивање одређених уговора пренети на другог радника који не обавља послове везане за закључење тог уговора²⁴.

У ствари, у одговору на ово питање треба правити разлику између неколико могућих ситуација. Очигледно је да помоћник по запослењу не може пренети своје овлашћење да закључује уговоре за организацију удруженог рада на неко лице које није радник те организације. Преношење овлашћења из пуномоћја по запослењу на неко лице које није запослено у организацији удруженог рада за коју треба закључити уговор било би супротно самој суштини овог вида заступања. С друге стране, исто је тако очигледно да се не може говорити о преношењу овлашћења са једног радника одређене организације удруженог рада који има положај пуномоћника по запослењу на другог радника исте организације који исто тако има положај пуномоћника по запослењу. Такав други радник има и без преношења овлашћења право да закључује одређене уговоре за своју организацију удруженог рада. Зашто би, на пример, продавац у једној продавници преносио своје овлашћење да продаје робу која се налази у продавници на другог продавца у истој продавници? Остаје, дакле, као спорно само то да ли радник једне организације удруженог рада који има положај пуномоћника по запослењу може пренети овлашћење да закључује уговоре за ту организацију на неког другог радника исте организације који не ради на таквим пословима чије је обављање везано за закључење и испуњење одређених уговора.

Одговор на ово питање мора да буде одречан. Не, радник који у једној организацији удруженог рада ради на пословима и радним задацима у вези са којима има право да закључује и испуњава одређене уговоре, не може то овлашћење пренети на другог радника исте организације који не ради на таквим пословима. Јер, распоред послова и радних задатака између радника у оквиру једне организације удруженог рада одраз је одређене кадровске политике која се води у тој организацији. Тај распоред је истовремено, бар у далеко највећем броју случајева, у зависности од радних способности сваког радника. Не може се дозволити да два радника, својм договором, без одлуке одговарајућих (надлежних) органа организације у којој су удружили свој рад, и независно од самоуправних општих аката, врше прерасподелу послова које ће обављати.

Треба се у вези с тим подсетити и на општа правила о преношењу овлашћења за заступање, која се налазе у члану 86. став 1. Закона о облигационим односима. Према тој одредби, заступник не може пренети своја овлашћења на другог, изузев кад му је то дозвољено законом или уговором (што у вези са питањем које разматрамо није случај).

Ако би се ипак десило да пуномоћник по запослењу повери закључивање или испуњавање одређених уговора неком другом раднику исте организације удруженог рада, који нема положај

²⁴ Срећковић, Н., „Заступање према Закону о облигационим односима“, реферат у Зборнику радова „Уговорно и одштетно право по Закону о облигационим односима“, Београд, 1979, стр. 249.

пуномоћника по запослењу, требало би применити правила о којима је било речи у оквиру тачке 15. *Supra*. Уговор који је закључио такав радник не обавезује организацију удруженог рада, осим ако је та друга уговорна страна била савесна.

4. ОБИМ ОВЛАШЋЕЊА ПУНОМОЋНИКА ПО ЗАПОСЛЕЊУ

(17) У члану 98. Закона о облигационим односима је одређено да је пуномоћник по запослењу овлашћен на закључење и испуњење уговора, и то оних уговора чије је закључење и испуњење везано за послове које обавља у организацији удруженог рада.

У зависности од пословних обичаја, пуномоћник по запослењу може бити овлашћен и на закључење и на испуњење одређених уговора, или само на закључење одређених уговора, или само на испуњење одређених уговора²⁵. У пракси су бројни случајеви у којима један радник организације удруженог рада закључује уговоре као њен пуномоћник по запослењу, а други те уговоре испуњава.

Под испуњењем уговора треба подразумевати не само испуњење обавезе из уговора, него и преузимање испуњења обавезе од друге уговорне стране. То значи да у случајевима кад је пуномоћник по запослењу једне организације удруженог рада примио испоруку робе коју је купила та организација, не би се могло сматрати да јој испорука није извршена. Или, лица запослена у трговинама и осталим радњама у којима се продаје роба сматрају се овлашћеним не само да у тим просторијама продају робу која се тамо редовно продаје, него и да за њу примају исплату цене²⁶.

(18) Да ли је за послове које обавља пуномоћник по запослењу везано закључивање и испуњавање одређених уговора, цени се према пословним обичајима. За обим овлашћења пуномоћника по запослењу у вези са закључивањем и испуњавањем одређених уговора меродавно је оно што се у промету сматра нормалним за лице које врши такву дужност²⁷. Тако, на пример, редовна је дужност продавца да продаје робу која се налази у продавници. Зато он мора да има право да закључује такве уговоре о продаји робе. У складу са обичајима продавац у продавници може вршити и замену купљене робе²⁸.

Обрнуто, помоћник по запослењу не може закључивати оне уговоре који по својој врсти или с обзиром на величину престација излазе ван оквира оног што се сматра уобичајеним. Тако, продавац у продавници није овлашћен да као пуномоћник по запослењу купује робу. Или, продавац у продавници може продавати само ону робу која се налази у продавници.

²⁵ Барбић, нав. дело, стр. 147.

²⁶ Константиновић, др М., „Облигације и уговори — скица за законик о облигацијама и уговорима“, Београд, 1969. члан 76.

²⁷ Голдштајн, др А., „Привредно уговорно право“, Загреб, 1974, стр. 174.

²⁸ Gierke, dr J., »Handelsrecht und Schifffahrtsrecht«, Berlin, 1958, стр. 138.

(19) И у погледу обима овлашћења пуномоћника по запослењу постоји доста богата судска пракса.

На пример, према једној пресуди пуномоћници по запослењу код склапања послова могу уговорати камату и већу од 8%. Овакво уговарање камате је пуноважно и без посебног овлашћења, с тим што уговорена камата преко 12% не ужива судску заштиту²⁹.

Менично може задуживати радну организацију само директор, а остала лица, па и пуномоћници по запослењу, само на основу посебног овлашћења³⁰.

Ако је неко лице као пуномоћник по запослењу овлашћено да закључује уговоре о куповини и продаји, оно је самим тим овлашћено да закључује уговоре о посредовању ради закључивања уговора о куповини и продаји³¹.

Јемство може да преузме само оно лице које је на то посебним прописима овлашћено, и комерцијални директор као пуномоћник по запослењу није овлашћен да преузима јемство осим ако за то није посебно овлашћен³².

Трговачки путник је овлашћен само да продаје робу, и уговор о куповини робе може закључити једино ако је на то посебно овлашћен³³.

Руководилац градилишта не може се сматрати пуномоћником по запослењу у односима према инвеститору у погледу повећања цене за изведене радове³⁴.

Пуномоћник по запослењу није овлашћен да без посебног овлашћења мења одредбе уговора закљученог између самих странака³⁵.

(20) Организација удруженог рада може проширити овлашћења пуномоћника по запослењу и на закључивање и испуњавање уговора који излазе ван оквира његових уобичајених послова. Али, за таква шира овлашћења потребно је писмено пуномоћје.³⁶ У таквом случају радник организације удруженог рада има својство заступника те организације по два основа: као пуномоћник по запослењу у погледу уговора чије закључење и испуњење улази у оквир послова које такав радник обично обавља, и као пуномоћник на основу одговарајућег пуномоћја у погледу уговора који излазе ван тог оквира.

²⁹ Пресуда Вишег привредног суда Србије, Пж. 2060/74 од 5. марта 1975. године, Привредно правни приручник, број 5/75, стр. 43.

³⁰ Пресуда Вишег привредног суда Србије, Пж. 839/74 од 19. марта 1975. године, Зборник судске праксе, број 19—20/75, одлука под бројем 1083.

³¹ Пресуда Врховног привредног суда, Сл-1658/73 од 18. марта 1974. године, Информатор, број 2101, 2102, 2103/74.

³² Решење Врховног привредног суда, Сл-59/74 од 30. јануара 1974. године, објављена у нав. књизи Кашанина и Велимировића, стр. 96.

³³ Пресуда Врховног привредног суда, Сл-1530/71 од 15. децембра 1971. године, објављена у нав. књизи Кашанина и Велимировића, стр. 95.

³⁴ Пресуда Врховног привредног суда, Сл-1581/70 од 16. децембра 1970. године, Збирка судских одлука, књига XVI, свеска 1, Београд, 1971, одлука под бројем 122.

³⁵ Пресуда Врховног привредног суда, Сл-891/61 од 18. маја 1961. године, објављена у нав. књизи Кашанина и Велимировића, стр. 91.

³⁶ Члан 439. став 1. Закона о удруженом раду.

У таквим случајевима може се и у вези са пуномоћником по запослењу применити одредба члана 91. став 3. Закона о облигационим односима, према којој посао који долази у редовно пословање може помоћник предузети само ако је посебно овлашћен за предузимање тог посла.

(21) Могућа је и обрнута ситуација, тј. да организација удруженог рада ограничи овлашћења свог пуномоћника по запослењу. У таквом случају пуномоћник по запослењу не може закључивати и испуњавати све оне уговоре чије је закључење и испуњење везано за послове које он обавља, него само неке од њих.

Закон о облигационим односима, истина, не предвиђа изричито могућност да овлашћења пуномоћника по запослењу буду ограничена. Ипак, закључак да је то дозвољено произлази из члана 438. став 4. Закона о удруженом раду, у којем је одређено да се статутом или другим самоуправним општим актом организације удруженог рада може овлашћење ограничити на закључивање одређених уговора, односно на вршење других одређених правних радњи. Па ако на основу ове одредбе могу бити ограничена овлашћења инокосног пословодног органа као заступника организације удруженог рада, мора се закључити да је овакво ограничење могуће и у погледу овлашћења пуномоћника по запослењу.

Међутим, овакво ограничење овлашћења не производи дејство према трећим савесним лицима. У том погледу и што се тиче радњи пуномоћника по запослењу важи опште правило из члана 93. став 1. Закона о облигационим односима о дејству престанка и сужавања пуномоћја према трећим лицима, које каже да сужавање пуномоћја нема дејства према трећем лицу које је закључило уговор са пуномоћником, или обавило други правни посао, а није знало нити је морало знати да је пуномоћје сужено. Управо у вези са пуномоћницима по запослењу, с обзиром на велики број уговора који се закључују преко пуномоћника по запослењу, ово је правило од огромног практичног значаја.

Потенцијални сауговорачи организације удруженог рада могу на разне начине бити обавештени о томе да је она ограничила овлашћења својих пуномоћника по запослењу. Рецимо, обавештење „плаћање на каси“ истакнуто на видном месту у продавници значи да је продавац овлашћен да закључује уговоре о продаји робе која се налази у продавници, да предаје продану робу купцима, али да нема право да врши наплату цене. Понекад овакво обавештење произлази и из самих околности. На пример, из саме чињенице да се куповина обавља у робној кући, или да се у продавници налази каса, купац треба да закључи да је за примање цене овлашћен радник за касом а не продавац у продавници.

Овлашћења пуномоћника по запослењу могу бити ограничена до те мере да он само прикупља понуде за закључење уговора.

При том, према становишту наше судске праксе, ако из статуса и положаја лица које закључује уговор проистиче да је оно овлашћено за закључење уговора, не може се другој уговорној страни наметати обавеза да увидом у регистар привредних организација проверава није ли овлашћење овог лица можда ограни-

чено и у ком обиму³⁷. Правила о пуномоћнику по запослењу постоје ради тога да би правни промет постао бржи, а управо би тај циљ био промашен ако би друга уговорна страна морала да проверава нису ли овлашћења пуномоћника по запослењу ограничена, и ако јесу у којем погледу.

(22) Какве последице наступају ако пуномоћник по запослењу прекорачи границе својих овлашћења, дакле ако закључи неки уговор који излази ван оквира послова које редовно обављају лица на његовом месту?

Такав уговор не обавезује организацију удруженог рада у чије је име закључен³⁸. Али, она га може накнадно одобрити. У том погледу и за уговоре које је закључио пуномоћник по запослењу важе општа правила о прекорачењу граница овлашћења од стране заступника, која се налазе у члану 87. став 1. Закона о облигационим односима.

Опште је правило, исто тако, да ако заступани одбије одобрење, заступник и заступани су солидарно одговорни за штету коју је друга страна претрпела, ако она није знала нити је морала знати за прекорачење овлашћења³⁹. Међутим, у вези са уговорима које закључују пуномоћници по запослењу ово правило може бити примењено само у изузетним ситуацијама. Ово из разлога што су овлашћења пуномоћника по запослењу одређена обичајима у пословању организације удруженог рада. Пуномоћник по запослењу може да закључује оне врсте уговора које редовно закључују и друга лица која раде на сличним пословима. А ти су обичаји углавном свима добро познати. Због тога у случајевима кад је пуномоћник по запослењу прекорачио границе овлашћења, друга уговорна страна тешко може успети са захтевом за накнаду штете од организације удруженог рада.

5. ПРАВНА ПРИРОДА ОВЛАШЋЕЊА ПУНОМОЋНИКА ПО ЗАПОСЛЕЊУ

(23) Овлашћење на заступање једног лица од стране другог лица може имати разне правне основе. Према члану 84. став 2. Закона о облигационим односима, овлашћење за заступање заснива се на закону, статуту или другом самоуправном општем акту, акту надлежног органа или на изјави воље заступаног (пуномоћја). Поставља се у вези с тим питање каква је правна природа овлашћења пуномоћника по запослењу да у правном промету заступа организацију удруженог рада чији је радник?

У Општим узансама за промет робом одредбе о пуномоћнику по запослењу налазиле су се у одељку о закључивању уговора преко пуномоћника. Због тога, посматрано искључиво кроз систематику Општих узанса, може се извести закључак да се овлашће-

³⁷ Пресуда Врховног привредног суда, Сл-98/68 од 25. јула 1969. године, Збирка судских одлука, књига XVI, свеска 4, Београд, 1969. одлука под бројем 563.

³⁸ Кашанин и Велимировић, нав. дело, стр. 88.

³⁹ Члан 87. став 5. Закона о облигационим односима.

ње пуномоћника по запослењу заснива на изјави воље, или прецизније речено на одлуци организације удруженог рада.

Вероватно се из овог разлога појавило у нашој правној теорији схватање према којем је у вези са пуномоћником по запослењу у питању прећутно давање пуномоћства, а не нека посебна врста пуномоћства⁴⁰.

(24) Међутим, пуномоћника по запослењу треба, управо због термиолошке сличности, јасно разликовати од пуномоћника и пуномоћја. У нашем праву овлашћења пуномоћника по запослењу настају EX LEGE, а не неком изјавом воље односно одлуком организације удруженог рада. Пуномоћство по запослењу је, у ствари, један вид законског заступништва⁴¹. Одлука надлежног органа организације удруженог рада, односно одредба самоуправног општег акта организације удруженог рада, од значаја је само уколико што се њоме могу ограничити овлашћења пуномоћника по запослењу у односу на овлашћења која му даје закон.

Правни положај пуномоћника по запослењу подсећа у том погледу врло много на правни положај инокосног пословодног органа као законског заступника организације удруженог рада. Разлика је само у томе што инокосни пословодни орган, као законски заступник организације удруженог рада, има много шира овлашћења него пуномоћник по запослењу, и што његово име мора да буде уписано у судски регистар организација удруженог рада.

(25) Којим се аргументима може објаснити овакво мишљење о правној природи овлашћења пуномоћника по запослењу?

На закључак да се овлашћења пуномоћника по запослењу заснивају непосредно на закону упућује, пре свега, то што сваки радник једне организације удруженог рада на основу самог закона стиче право да закључује и испуњава одређене врсте уговора за ту организацију чим је почео да обавља послове за које је потребно неко посебно пуномоћје, у смислу овлашћења за заступање, као што је то случај са пуномоћником.

Због тога се само по себи разуме да се у вези са пуномоћницима по запослењу не поставља питање форме пуномоћја. Пуномоћник по запослењу може и без писменог пуномоћја закључити уговор за који је законом прописана писмена форма, што према правилима о пуномоћју иначе није дозвољено.⁴²

Затим, радник који је пуномоћник по запослењу аутоматски губи овлашћења која из тога произлазе чим престане да обавља послове за које је везано закључивање и испуњавање одређених уговора. Организација удруженог рада не врши никакво опозиционе пуномоћја.

⁴⁰ Јовановић, др В., „Привредно право — привредне организације“, Београд, 1961, стр. 183.

⁴¹ Исто схватање заступа и Вучковић, др М., „Заступништво“, одредница у „Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада“, том III, Београд, 1978, стр. 982.

⁴² Члан 90. Закона о облигационим односима.

Пуномоћник може једностраном изјавом воље отказати пуномоћје.⁴³ Пуномоћник по запоследњу нема то право. Закључивање и испуњавање уговора улази у оквир радних дужности пуномоћника по заповелењу.

Даље, обим овлашћења пуномоћника по заповелењу одређен је законом. Пуномоћник по заповелењу овлашћен је на основу закона на закључење и испуњење оних уговора који су у вези са пословима чије му је обављање поверено у организацији удруженог рада. Организација удруженог рада може сузити овлашћења пуномоћника по заповелењу, а може их и проширити, али је у основи правни положај пуномоћника ипак одређен обичајима у промету. Обрнуто, за обим овлашћења пуномоћника од значаја је на првом месту воља властодаваца. Пуномоћник може предузимати само оне правне радње за које га је властодавац овластио. Тек ако је властодавац дао пуномоћнику опште пуномоћје, важи правило да пуномоћник може предузимати оне правне послове који долазе у редовно пословање.⁴⁴

Законом је одређено и ко се сматра пуномоћником по заповелењу. То може да буде само радник који у оквиру организације у којој је удружио свој рад обавља одређене послове и радне задатке. Пуномоћник по заповелењу једне организације удруженог рада не може да буде лице које није радник те организације. Међутим, у вези са пуномоћником оваква ограничења не постоје. Пуномоћник једне организације удруженог рада може да буде и лице које није њен радник.

Приликом закључивања уговора и обављања других правних послова, пуномоћник ужива одређену самосталност. Та је самосталност пуномоћника, мада не мора да буде нарочито велика, редовно већа од самосталности пуномоћника по заповелењу, у случајевима кад пуномоћник по заповелењу заступа организацију удруженог рада.⁴⁵

И на крају, на закључак о оваквој правној природи овлашћења пуномоћника по заповелењу упућује и чињеница да се одредбе о овлашћењима лица која обављају одређене послове налазе у посебном пододсеку Закона о облигационим односима. И систематика Закона указује да пуномоћника по заповелењу не треба изједначавати са пуномоћником.

(26) Ова разматрања истовремено показују да питање правне природе овлашћења пуномоћника по заповелењу има не само теоријски него и практични значај. Правни положај пуномоћника по заповелењу, као законског заступника организације удруженог рада, знатно се разликује од правног положаја лица које је од организације удруженог рада примило пуномоћје да је заступа приликом закључивања уговора и обављања других правних послова.

⁴³ Перовић, др С., „Облигационо право“, Београд, 1976, стр. 495.

⁴⁴ Члан 91. став 2. Закона о облигационим односима.

⁴⁵ Josserand, L., »Cours de Droit civil positif français«, tome II, Paris, 1933, No 1429.

6. ЗАКЉУЧАК

(27) Овлашћења лица која обављају одређене послове у једној организацији удруженог рада да заступају ту организацију у правном промету заснивају се непосредно на закону. Зато су пуномоћници по запослењу законски заступници организације удруженог рада.

Ratio legis правила о пуномоћницима по запослењу лежи у потребама праксе. Брзо и сигурно обављање правног промета, а посебно привредно-правног промета, не би било могуће ако радници у организацијама удруженог рада који раде на таквим пословима чије је обављање везано за закључење и испуњење одређених уговора, не би на основу самог закона имали овлашћење на закључење и испуњење таквих уговора.

Због тога законске одредбе о пуномоћницима по запослењу треба увек посматрати у тесној вези са обичајима који владају у пракси. Која су то лица која имају овлашћења да као пуномоћници по запослењу закључују и испуњавају уговоре за организације удруженог рада, треба у оквирима које поставља закон ценити према обичајима, према оном што се уобичајило у пракси. Који је обим овлашћења тих лица приликом закључивања и испуњавања одређених врста уговора, на пример које уговоре одређени пуномоћник по запослењу сме а које не сме да закључује, такође се цени према обичајима који су израсли из пословне праксе организације удруженог рада.

Наша судска пракса јасно показује да у погледу ових питања нису могућа никаква крута правила. Сваку врсту организација удруженог рада могу у правном промету заступати пуномоћници по запослењу. Али, то ће у једној врсти организација бити једна категоирија радника, а у другој друга. То зависи од врсте делатности организације удруженог рада, од обима њеног пословања и од низа других чинилаца. Или, ако упоредимо овлашћења два радника који раде на сличним пословима у две организације удруженог рада, често ћемо запазити да један од њих има овлашћење да као пуномоћник по запослењу и закључује и испуњава одређене уговоре, док су овлашћења другог ограничена или само на закључење, или само на испуњење уговора.

Законске одредбе о пуномоћницима по запослењу долазе, према томе, у ред оних законских одредаба које могу бити правилно примењене само ако се води рачуна о одговарајућим пословним обичајима. Сама законска норма о овлашћењима лица која у организацијама удруженог рада обављају одређене послове да закључују и испуњавају одређене уговоре, ако се не води рачуна о обичајима, у многим ће се ситуацијама показати као сувише начелна да би могла бити адекватно примењена.

Ивица Јанковец

REPRESENTING OF THE ORGANIZATION OF ASSOCIATED LABOUR BY THE PERSONS PERFORMING IN IT CERTAIN ACTIVITIES

— Summary —

It is of great importance for legal practice which workers in the organizations of associated labour are authorized to perform the duties pertaining to concluding and fulfilling certain contracts (representative by employment). The authorization of these individuals to represent the organizations whose workers they are results from the Article 98, subsection 1 of the Law on Obligational Relations.

After having made historical and comparative-legal review of the legal position of the representative by employment, the author points to the persons, who according to Yugoslav law, following the character of the job they perform in the organization of associated labour, have the right to represent such organization. In that context two conditions are of importance — a subjective one (qualities of the worker of the particular organization) and an objective one (duties performed by the worker in the organization). Some sentences of the Yugoslav courts were cited. Further on the scope of authorization of the representative by employment was analyzed. Pending on the activities performed and their work duties, some representatives by employment are entitled to conclude and fulfil the contracts, the others only conclude them, while there are some of them that only have the right to fulfil the contracts. As far as this is concerned, business customs are competent. On the other hand the author forwards the view that legal nature of the authorization of the representative by employment is a kind of legal, not of tacit authorization. For instance, while representative can renounce the authorization by unilateral statement, the representative by employment cannot act in this way. Concluding and fulfilling the contracts for the organization of associated labour is apart of work duties of the representative by employment.

РАДНА ЗАЈЕДНИЦА ЗА ОБАВЉАЊЕ ПОСЛОВА ОД ЗАЈЕДНИЧКОГ ИНТЕРЕСА У ОРГАНИЗАЦИЈАМА УДРУЖЕНОГ РАДА

У В О Д

Суштинске промене у друштвено-економским односима, које су се дешавале после доношења савезног, републичких и покрајинских устава, а касније и после доношења Закона о удруженом раду, рефлектовале су се и на правни и економски положај удруженог рада и његових организационих делова.

Радна заједница за обављање послова од заједничког интереса (у даљем тексту радна заједница), као организациони део удруженог рада, такође битно је променила свој положај у систему привређивања и самоуправног одлучивања, па је из тих разлога требало изналазити нова решења и објашњења за њему промењену улогу и место у систему удруженог рада.

Пре уставних промена заједничке послове обављали су радници организовани у основне организације па је тако био наслеђен већ одређени начин мишљења, а који је сад, у новим условима, требало превазићи јер није одговарао новој друштвено-економској спрези производних снага и производних односа. У таквим околностима формирала су се различита мишљења и заступани различити ставови око појединих питања образовања и рада радне заједнице. Бројност и разноврсност ставова и решења сведоче о важности овог питања чија актуелност ни данас није умањена. Како је од доношења Устава СФРЈ и Закона о удруженом раду протекао релативно дужи период времена, то смо у могућности да интерпретирамо заступана схватања и да на основу сад већ постојеће самоуправне праксе укажемо на могућа решења.

Према уставним одредбама и одредбама ЗУР-а радне заједнице образују се у следећим самоуправним организацијама и заједницама:

— у организацији удруженог рада (што је и предмет наше обраде);

— у задружној организацији;

— у пословној заједници;

— у банци и заједници осигурања;

— у самоуправној интересној заједници;

— у привредној комори и општем удружењу или савезу;

— у друштвено-политичкој организацији;

— у друштвеној организацији или удружењу грађана, и

— у органима друштвено-политичке заједнице.

Између ових облика радних заједница постоје сличности у погледу начина остваривања самоуправних права, али и значајне разлике условљене природом послова које обављају, а самим тим и разликом у начину стицања дохотка и средстава за личне дохотке и заједничку потрошњу.

ПОЈАМ РАДНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Појам радне заједнице уведен је Уставом СФРЈ из 1963. године. У овом уставном тексту израз радна заједница употребљен је као социолошки и генерични појам за означавање одређеног колективитета људи (радника) од којих се одређени организациони облик састоји и који у њему раде.¹

У Основном закону о предузећима из 1965. године није дат појам заједничких служби, већ се у члану 41. констатује да у предузећу постоје заједничке службе које у погледу права и обавеза имају положај радних јединица или других делова предузећа.

С обзиром на ондашњу концепцију предузећа, као јединственог правног објекта, не може се говорити о заједничким службама као заједничкој организацији јер једино предузеће има својство правног лица. У предузећу стручне службе нису имале својство правног лица јер су припадале предузећу и остваривале су његове циљеве и интересе. Само предузеће представљало је један централизован интерес иако су најчешће у њему радили радници са различитим интензитетом производно-технолошке и друштвено-економске повезаности. Особености интереса радника у појединим деловима предузећа нису, или не у пуној мери, могли доћи до изражаја управо због оваквог јединственог концепта. У таквим условима заједничке службе нису могле остваривати непосредне интересе радника у производним деловима предузећа те су се на тај начин заједничке службе (дирекције, централе) све више осамостаљивале и прерастале у центре моћи изнад радника производних делатности. Њихова отуђена моћ испољавала се и у „кројењу“ пословне политике јер су по природи ствари обав-

¹ др Андреј Фримерман, Александар Николић: Заједничке службе, Београд 1974. н., страна 5.

мр Мирко Васиљевић: Радна заједница за обављање послова од заједничког интереса у организацијама удруженог рада, Привредно правни приручник 8/1977, стр. 4.

љале пословне функције у предузећу. Положај отуђених центара моћи омогућавала им је и „околност да су у овим службама биле концентрисане информације, иначе недоступне радницима производних делова, услед чега су радници у овим деловима били онемогућени како у погледу рада заједничких служби, тако и у погледу контролисања њиховог рада и предузимања одговарајућих мера.“² Касније ће се из ових заједничких служби развити радне заједнице за обављање послова од заједничког интереса у радним и сложеним организацијама удруженог рада, али са битно другачијим правним положајем. У прилог оваквог развојног пута сведочи и привредна пракса која се тешко ослобађала старих назива за овај организациони део. У пракси су нове организационе облике где су се обављали заједнички послови и даље називали: „заједничке службе“, „заједничке стручне службе“, „опште службе“, или само „стручне службе“.³ После доношења Устава СФРЈ из 1974. године прихваћен је назив радна заједница, али је он само додаван већ устаљеним називима.

Иако је питање термина формално питање, ипак се из оваквог стања привредне праксе може извести закључак да је привредна пракса у радним заједницама дуго времена видела остатке ранијих дирекција или управа предузећа. Како се радне заједнице битно разликују од стручних служби из Основног закона о предузећима то је потребно указати на неопходне услове за ову трансформацију.

У предузећу стручне службе нису биле заједничка организација јер је предузеће било јединствени правни субјекат. Да би постојала организација за обављање послова од заједничког интереса потребно је постојање више привредних субјеката који на основу удруживања рада и средстава имају заједничке послове и те послове поверавају посебном организационом делу у којем не постоје услови за организовање основне организације. Такве промене у разједињавању правних лица запажају се већ у Изменама Основног закона о предузећима према којима постоје три врсте организација удруженог рада: самосталне организације удруженог рада са својством правног лица, самосталне организације удруженог рада без својства правног лица и организације удруженог рада са другачијим обимом самоуправних права.. Већ у овом периоду радници који обављају заједничке послове не остварују само централизован интерес предузећа, већ се старају о остварењу интереса организације удруженог рада унутар предузећа. Децентрализација процеса одлучивања и остваривања самоуправних права радника наставиће се нарочито после доношења Уставних амандмана и усвајања Устава чиме радници који обављају заједничке послове све више остварују интересе радника удружених делова. Стручне службе постају заједничка организација свих удружених делова рада, а не центар моћи изнад производних радника.

² др Андреј Фримерман, Александар Николић, оп. цит. стр. 9.

³ О терминолошким дилемама више мр Мирко Васиљевић, наведени чланак, стр. 4, и др А. Фримерман, А. Николић, наведено дело, стр. 3, 4 и 5.

Период од доношења Уставних амандмана до доношења Устава СФРЈ из 1974. године

Напуштање концепције о предузећу као јединственом правном субјекту посебно је дошло до изражаја у Уставним амандманима XX до XLII из 1971. године. Концепцију плуралитета правних личности разрађује Закон о конституисању и упису у судски регистар организације удруженог рада. Постојање више самосталних правних субјеката у оквиру шире асоцијације удруженог рада ствара организационе претпоставке за образовање заједничке организације која ће обављати послове за удружене организације.

Закон о конституисању не помиње заједничке службе нити обрађује њихов положај, а заједничке послове обављају радници организовани у основне организације удруженог рада. Поменути закон није разликовао правни положај радника у организацијама удруженог рада у зависности од тога да ли радници обављају делатности или послове, већ је прописао да се сви делови радне организације који испуњавају прописане услове организују као основне организације. Како за другачији облик организовања радника није било законског основа то су се радници заједничких служби организовали у основне организације удруженог рада. У овом периоду у привредној пракси формирано је схватање по коме су заједничке службе заједничке организације које за потребе удружених организација обављају послове који не представљају ни основу ни споредну делатност, али су неопходни за несметано функционисање радне и сложене организације и заједнице основних организација.

Међутим, већ пред крај овог периода у мањем броју организација удруженог рада заједничке стручне службе престају да се организују као основне организације, већ као радне заједнице антиципирајући на тај начин будућа уставна и законска решења.⁴

Радна заједница према Уставу СФРЈ из 1974. године и Закону о удруженом раду

Устав је у својим члановима 29, 30. и 133. одредио врсте и правни положај радних заједница. Термин који је у Уставу употребљен за овај организациони део удруженог рада је само радна заједница. Према члану 29. ставови 1. и 2. „Радници који у организацији удруженог рада обављају административно-стручне, помоћне и њима сличне послове од заједничког интереса за више организација у њеном саставу... образују радну заједницу. Радници у таквој радној заједници могу се организовати као организација удруженог рада под условима утврђеним законом.

Радници који у организацији удруженог рада обављају друге послове од заједничког интереса за више организација у њеном

⁴ Видети Самоуправни споразум о удруживању радних и основних организација удруженог рада у сложено предузеће »AGROCOOP« — Нови Сад, фебруара 1974. год. чл. 63.

саставу ... образују радну заједницу ако не постоје уставом утврђени услови да се организују као основна организација удруженог рада."

Према оваквом уставном решењу радници који у организацијама удруженог рада обављају заједничке послове за више организација у њеном саставу могу образовати радну заједницу или се организовати као основна организација удруженог рада.

ЗУР је разрадио уставне категорије послова које обавља радна заједница тако да у прву категорију административно-стручних и помоћних послова спадају нарочито: планско-аналитички послови, персонални послови, послови књиговодства, евиденције и статистике, послови припремања и обраде материјала правно-стручне природе, административни послови, општи послови, послови чувања објеката, одржавање и чување просторија, као и други послови који, по својој природи спадају у ове врсте послова.⁵ Оваквим набрајањем послова ЗУР је умногоме допринео разјашњавању дилема које су се јављале у привредној пракси око тумачења општих уставних поставки. Међутим, ни ове не би требало смтарати таксативним набрајањем, већ само примера ради.

Што се тиче друге категорије послова које обавља радна заједница, а то су други послови од заједничког интереса, за одређивање њихове садржине требало би повезано анализирати чланове 400. став 3. и 403. ЗУР-а. Према овим члановима у друге послове од заједничког интереса спадају: комерцијални послови, послови истраживања тржишта, послови пројектовања, послови инжењеринга, научно-истраживачки послови, послови за електронску обраду података, послови у вези са стручним образовањем кадрова и други послови. Разликовање ових двеју категорија послова од посебног је значаја приликом одређивања институционалног облика удруженог рада где ће се обављати.

За обављање административно-стручних, помоћних и њима сличних послова радници у радној и сложеној организацији образују једну или више радних заједница за обављање заједничких послова.⁶

За обављање „других заједничких послова“ првенствено се организује основна организација, а ако за организовање основне организације не постоје услови утврђени законом, ове послове обавља радна заједница.⁷ Радници ће за обављање „других заједничких послова“ организовати основну организацију ако су испуњени услови из члана 36. Устава и члана 320. ЗУР-а, као и додатни услови из члана 403. став 1. ЗУР-а. Ти додатни услови за организовање основне организације су:

— да радници обављају одређене стручне послове од заједничког интереса за успешно обављање производних или других основних делатности основних организација, односно радних организација у њиховом саставу;

⁵ Закон о удруженом раду, члан 400. став 2.

⁶ Закон о удруженом раду, чл. 400. став 1.

⁷ Закон о удруженом раду, чл. 403. став 1.

— да радници који обављају ове послове с обзиром на врсту, обим и значај тих послова могу остваривати укупан приход, односно стицати доходак;

— да радници могу остваривати друга самоуправна права.

Из самих ових уставних и законских опредељења сматрамо да је радна заједница самоуправни организациони и институционализовани облик удруженог рада у коме се обављају заједнички послови за удружене организације за чије обављање не постоје услови да се организује основна организација.

ОБРАЗОВАЊЕ РАДНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Радници који у радној и сложеној организацији удруженог рада обављају заједничке послове образују једну или више радних заједница за обављање послова од заједничког интереса.

Да ли ће се образовати једна или више радних заједница зависи од бројности и разноврсности послова, као и од територијалне и производно-економске повезаности удружених основних организација у радну организацију, односно удружених радних организација у сложену организацију. У случају образовања више радних заједница на истом нивоу удруживање рада и средстава, радне заједнице се образују према сродности послова које треба обављати тако да свака радна заједница обавља само одређену групу послова од заједничког интереса (функционални начин организовања послова од заједничког интереса). Радне заједнице могу се образовати и по територијалном начелу, тако да обављају заједничке послове само за одређену групу основних организација које су територијално повезане.⁸ Свака, на овај начин образована радна заједница, самостална је у делокругу поверених јој послова, а између себе равноправне су, тако да радници који обављају ове послове имају исти друштвено-економски положај.

Радна заједница не може се образовати у основној организацији удруженог рада ни у радној организацији без основних организација.

Анализом уставних чланова 29. и 105. и чланова 372. став 1. и 384. и члана 536. став 2. ЗУР-а, може се поставити питање да ли је обавезно образовање радних заједница у организацијама удруженог рада. Позивајући се на садржину ових чланова, у нашој теорији су се формирала два различита схватања.

Према првом схватању,⁹ које се ослања на члан 536. став 2. ЗУР-а требало би извући закључак да је образовање радних заједница право, а не дужност радника. Да ли ће се образовати радна заједница, према овом схватању, зависи пре свега од економских интереса и потреба да се заједнички послови обављају у радној заједници.

⁸ Андреј Фримерман, Александар Николић, Радне заједнице, друго издање, Београд 1977, стр. 40. и 41.

⁹ Ово схватање заступа мр Мирко Васиљевић, оп. цит. стр. 8.

Према другом схватању,¹⁰ које се темељи на садржини чланова 372. и 384. ЗУР-а, у организацијама удруженог рада морају су образовати радне заједнице. Ово није само право него и дужност радника организација удруженог рада.

Сматрамо да је интенција Устава и ЗУР-а обавезност образовања радних заједница у организацијама удруженог рада имајући у виду чланове 29. и 105. Устава и чланове 372. и 384. ЗУР-а. Према овим члановима самоуправни споразуми о удруживању у радну и сложену организацију удруженог рада морају садржавати одредбе о правима, обавезама и одговорностима радне заједнице која обавља послове од заједничког интереса. Како ови чланови регулишу битне елементе наведених споразума то сматрамо да без постојања било ког од наведених елемената регистарски суд неће извршити упис ни радне ни сложене организације удруженог рада у судски регистар.

Друго питање у вези образовања радне заједнице које је у нашој теорији изазвало различита мишљења јесте питање правног основа настанка радне заједнице. Наиме, ради се о различитом тумачењу уставних и законских одредби у вези права на доношење оснивачког акта радне заједнице. Навешћемо нека од тих схватања.

Према једном схватању одлуку о оснивању радне заједнице доносе радници удружених основних организација које се удружују у организацију удруженог рада.¹¹

Према другом схватању радна заједница се оснива споразумом о удруживању у одређену организацију удруженог рада, или на основу њеног статута (или на основу једног и другог).¹²

У трећем схватању радна заједница оснива се комбинацијом одлука радника организација удруженог рада када закључују самоуправни споразум о удруживању у радну, односно сложену организацију удруженог рада и радника радне заједнице када доносе одлуку о оснивању радне заједнице.¹³

На основу изнетих гледишта сматрамо да је најприхватљивије прво гледиште, по коме о оснивању радне заједнице одлучују радници основних организација приликом доношења самоуправног споразума о удруживању у радну или сложену организацију удруженог рада. Како самоуправни споразум о удруживању у радну и сложену организацију сматрамо као правни основ настанка радне заједнице, а радници радне заједнице нису субјекти закључивања овог споразума, отуда и произилази закључак да о оснивању радне заједнице једино право одлучивања имају радници основних организација.¹⁴

¹⁰ Овакво схватање заступа др Франо Полети-Копешић: Радна заједница за обављање послова од заједничког интереса, Привреда и право, бр. 5/1977, стр. 23.

¹¹ мр Мирко Васиљевић, оп. цит. стр. 9.

¹² др Никола Балог: Радне заједнице заједничких служби, Привреда и право, бр. 4/1974, стр. 2.

¹³ др Франо Полети-Копешић, оп. цит. стр. 25.

¹⁴ У овом смислу заузети су ставови на састанку делегата Виших привредних судова у Новом Саду, Копру и Будви, Привреда и право, бр. 3/1977, 1/1978. и 9/1978. Овакав став заузела је и Комисија скупшти-

Након образовања радне заједнице приступа се њеном конституисању. Конституисање радне заједнице састоји се из доношења:

- самоуправног споразума о удруживању рада радника у радној заједници,
- стаута радне заједнице, и
- избора радничког савета радне заједнице ако за то постоје потребе и законске могућности и именовања руководиоца радне заједнице, ако је то предвиђено самоуправним споразумом, статутом или законом.

За регулисање међусобних односа радне заједнице и основних организација за које обавља послове, у погледу услова слободне размене рада и остваривања дохотка, радници радне заједнице заједно са радницима основних организација доносе самоуправни споразум о међусобним правима, обавезама и одговорностима, као њихов заједнички акт који мора бити у сагласности са самоуправним споразумом о удруживању основних организација у радну организацију.

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ РАДНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Према одредбама члана 45. Устава не би се могао извући закључак да радна заједница има својство правног лица. У теорији су се искристалисала два схватања око питања правног субјективитета радне заједнице па је према мишљењима појединих аутора радна заједница имала својство правног лица, док су јој други то одрицали. Дилема је решена одредбама члана 37. ЗУР-а, према коме радна заједница има својство правног лица са правима, обавезама и одговорностима на основу устава, закона и самоуправног споразума о удруживању, односно на основу акта о оснивању. Међутим, због већ поменутог плуралитета правних лица, потребно је ближе одредити обим правног субјективитета радне заједнице.

Да бисмо одредили место радне заједнице у систему удруженог рада направимо нека поређења између основних организација и радне заједнице како бисмо на основу уочених сличности и разлика одредили и њен правни положај.

Једна од разлика јавља се у предмету пословања. Код основних организација предмет пословања су одређене делатности, док радна заједница обавља заједничке послове.

Радници основних организација приликом свог организовања самостално одређују своју делатност (у складу са друштвено-економским потребама и могућностима), док су радници радне заједнице ограничени на послове који „извиру“ из природе делатности основних организација и који су јој поверени путем самоуправног споразума о удруживању основних организација у радну, односно сложену организацију.

Основна организација је оригинални стваралац дохотка било да продаје робу или врши услугу у оквиру или изван радне организације. Радна заједница формира укупан приход и доходак сло-

бодном разменом рада у оквиру организације удруженог рада за коју обавља послове од заједничког интереса. Карактер послова које обављају радници радне заједнице утичу посредно и на резултате рада и пословања основне организације, јер од ефикасности обављених послова у радној заједници зависи и продуктивност и економичност основне организације, а што се одражава на коначној маси новостворене вредности изражене кроз цену финалног производа или услуге основне организације. У овако посматраном удруженом раду, као интегралном процесу друштвене репродукције, рад радника радне заједнице опредељује се у производима и услугама основне организације. Под одређеним условима радна заједница може и непосредно валоризовати свој рад кроз цену услуга које врши организацијама изван своје организације удруженог рада. Међутим, овде се ради о радним заједницама које се могу организовати као основне организације, док радне заједнице које обављају административно-стручне послове стижу доходак на основу слободне размене рада. С обзиром на овакав начин стицања дохотка, поједини аутори доходак радне заједнице називају „крњи доходак“.¹⁵ Он је у том смислу крњи (непотпун), јер се састоји само из средстава за личну и заједничку потрошњу. Висина ових средстава формира се у складу са начелом расподеле према раду и основама и мерилима расподеле која важи у организацијама за које радна заједница обавља послове (чл. 95. став 2. ЗУР-а).

Зависан положај радне заједнице очевидан је, посебно у питању њеног престанка. Радна заједница престаје кад основне организације, за које врши послове, донесу одлуку о њеном престанку. Чак и кад је организована основна организација за обављање заједничких послова, она се не може издвојити из радне организације без сагласности радника организације за које обавља заједничке послове.¹⁶ Иако ово решење, на први поглед, указује на знатно сужавање права радника радне заједнице, оно је ипак нормална последица која произилази из карактера послова које обавља радна заједница, а са економске стране то је и логична последица услова формирања дохотка радне заједнице.

У погледу коришћења, управљања и располагања друштвеним средствима радници радне заједнице имају права, обавезе и одговорности утврђене законом и самоуправним општим актом у складу са законом. Закон о удруженом раду је у члану 244. став 3. одредио да радна заједница има право располагања друштвеним средствима којима, у остваривању права рада друштвеним средствима, управљају радници у тој радној заједници.

Радна заједница може наступати у правном промету и при томе требало би разликовати наступање радне заједнице унутар организације удруженог рада за коју обавља послове од заједничког интереса и наступања радне заједнице према трећим лицима.¹⁷

¹⁵ др Франо Полети-Копешић, нав. чланак, стр. 21.

¹⁶ ЗУР, члан 403, став 3.

¹⁷ Од ове поделе полази др Јакша Барбић: Наступање организација удруженог рада у правном промету, посебан додатак Информатору бр. 2453, стр. 3.

Наступање радне заједнице у правном промету унутар радне и сложене организације удруженог рада односи се на пружање договорених услуга од стране радне заједнице основним организацијама путем слободне размене рада.

Положај радне заједнице у правном промету с трећим лицима регулише члан 406. ЗУР-а. Према овом члану права, обавезе и одговорности радне заједнице у правном промету са трећим лицима друштвеним средствима којима располаже радна заједница уређују се самоуправним споразумом о удруживању у радну, односно сложену, организацију и самоуправним споразумом о међусобним правима, обавезама и одговорностима закљученом између радне заједнице и организација за коју радна заједница обавља заједничке послове. Како самоуправни споразум о удруживању у радну и сложену организацију, према одредбама ЗУР-а, садрже само начелне поставке о правима, обавезама и одговорностима радне заједнице, то ове одредбе треба конкретизовати и разрадити у самоуправном споразуму о међусобним правима, обавезама и одговорностима радне заједнице и организација за које обавља заједничке послове.

У погледу одређивања друштвених средстава на којима радна заједница има право располагања требало би разликовати радну заједницу из члана 403. ЗУР-а и радну заједницу у којој се обављају административно-стручни, помоћни и њима слични послови из члана 400. ЗУР-а.

У радној заједници која обавља заједничке послове из члана 403. ЗУР-а, чији се резултати рада могу изразити као вредност, а не постоје други услови да се организује основна организација, средствима рада управљају радници радне заједнице и таква радна заједница има право располагања средствима рада којим раде радници у њој (ЗУР, члан 98. став 2).

У радној заједници која обавља административно-стручне, помоћне и њима сличне послове из члана 400. ЗУР-а средствима рада управља радна организација, односно сложена организација удруженог рада. У погледу коришћења и располагања средствима рада радници радне заједнице имају права, обавезе и одговорности утврђене самоуправним споразумом којим се утврђују међусобни односи радне заједнице и организације за коју радна заједница обавља послове (члан 98. став 1. ЗУР-а).

У оквиру тако одређеног права располагања радна заједница може у правном промету са трећим лицима наступати у своје име и за свој рачун, а што је у складу и са законском одредбом да радна заједница одговара за обавезе средствима којима располаже (ЗУР, члан 263).

Изван домена свог права располагања средствима рада, радна заједница из члана 403. ЗУР-а не може наступати у правном промету са трећим лицима. Радници радне заједнице могу наступати у правне односе са трећим лицима, али при томе они не наступају у име радне заједнице, а за рачун удружених организација, нити у име и за рачун удружених организација. У таквим пословима радна заједница не појављује се у правном про-

мету као правни субјект. „Радна заједница, а то значи радници који у њој раде, обавља при томе онај заједнички посао који треба да обави према самоуправном споразуму о уређењу односа између радне заједнице и организација за које дјелује — она у ствари код тога пружа само договорену услугу. У правном промету тада наступа организација за коју се услуга пружа.“¹⁸

Ако би се радној заједници дало овлашћење да наступа у име или за рачун удружених организација, онда би се на истом нивоу удруживања стварало више субјеката који би стварали права и обавезе за радну, односно сложену организацију, што би умањивало обим правног субјективитета радне и сложене организације и уносило несигурност у правни промет.

ЗАКЉУЧАК

Обављањем послова од заједничког интереса за више удружених основних организација, радна заједница доприноси успешнијем одвијању процеса производње и целокупног пословања радне и сложене организације. Са тог аспекта радне заједнице учествују као неопходна карика у несметаном обављању основне делатности и погрешно је схватање да су радне заједнице само место трошкова које својом администрацијом само оптерећује пословање удружених организација. Ово схватање делом је и последица наслеђеног мишљења о стручним службама као отуђеним, административним центрима одлучивања.

Закон о удруженом раду је кроз конкретизацију уставних решења поставио радне заједнице у потпуно нови правни и економски положај, конституишући радну заједницу као самоуправну организацију чији је положај одређен уставом, законом и самоуправним споразумом о удруживању у радну, односно сложену организацију. На тај начин радне заједнице престају бити незаинтересован круг стручњака, већ неопходан и саставни део у ланцу репродукције. Самоуправним повезивањем са основним организацијама, радне заједнице деле и заједничку судбину за успешно или неуспешно пословање. Резултати пословања радне и сложене организације одражаваће се на положај радника радне заједнице, а радна заједница у повратној спрези утицаће на економичност укупног пословања чиме се мења и квалитет самоуправних односа радне заједнице и удружених организација.

Радован Вукадиновић

¹⁸ др Јакша Барбић, наведени чланак, стр. 13.

WORK COMMUNITY FOR PERFORMING THE ACTIVITIES OF COMMON INTEREST IN THE ORGANIZATIONS OF ASSOCIATED LABOUR

— Summary —

This work community is formed in all organizations and other organization of associated labour as their expert apparatus for performing the activities being of interest for two or more organizations mutually associated in one of the forms of associating, which consists of two or more basic organizations (or work organizations). This paper dealt with the structure and concept of legal organization of work community from the historical and positivo-legal viewpoints. The questions of establishing (forming) a work community and its legal position were analyzed. In conclusion, work community is defined as a self-management organization sharing the fate of the organizations of assoyiated labour that formed it, when income is concerned as well as the way of managing business.

ЈУГОСЛОВЕНСКО САМОУПРАВНО ПРАВО

ПРЕДМЕТ РАЗМАТРАЊА

Предмет овог разматрања јесте самоуправно право, које стварају радници, други радни људи и грађани уопште, у основним и другим организацијама удруженог рада, радним заједницама, месним заједницама, самоуправним интересним заједницама, коморама и другим општим удружењима, друштвеним организацијама, удружењима грађана и другим самоуправним организацијама и заједницама. Другим речима, оно право које не стварају органи друштвено-политичких заједница. Разуме се да на предвиђеном простору није могуће расправљати о свим питањима значајним за овако омеђено самоуправно право, па се рад због тога ограничава на само нека од њих, која су важна за поимање југословенског самоуправног права. То су, пре свега, питања која се тичу одређења појма самоуправног права, његовог односа према тзв. државном праву, односно његовог места у југословенском систему права.

Као полазиште у овом разматрању послужило је схватање да је југословенско самоуправно право (које се често у теорији означава као аутономно право) различито од других познатих аутономних права (упр. право породице, право цркве, право градова, право компанија, монопола, комора и других облика уједињавања привреде). Југословенско самоуправно право није аутономно у том смислу што постоји одвојено од државног; оно је саставни део југословенског система права. Југословенско самоуправно право развија се са развојем самоуправљања, са тенденцијом постепеног замењивања права које стварају органи друштвено-политичке заједнице. Почев од Устава СФРЈ од 1963. године, самоуправно право се развија, стимулисано државним правом и друштвено-политичким акцијама.

У недостатку резултата емпиријског истраживања, у припреми овог рада коришћени су радови југословенских теоретичара права који се односе на самоуправно право, али и на право

уопште. При томе се настојало да се обухвати већи број радова са различитим теоријским схватањима, и уз њихову помоћ дође до одговора на постављена питања.

1. ОСНОВНИ ТЕОРИЈСКИ СТАВОВИ О САМОУПРАВНОМ ПРАВУ

1) Појам права као полазиште за одређење појма самоуправног права

При одређивању појма самоуправног права оправдано се полази од дефиниције права уопште, а посебно југословенског права. При томе, најчешће се прихвата позната дефиниција према којој је право скуп друштвених норми које су санкционисане државним апаратом принуде и које служе за одржавање оног начина производње који је у интересу владајуће класе.¹ Да би се друштвене норме сматрале правним није нужно да буду донете од стране државних органа, али је неопходно да се њихово извршење може обезбедити посредством државног органа. Право је, дакле, састављено од обавезних друштвених норми које доносе или прихватају државни органи, који осигуравају њихово извршење принудом којом располажу.²

Истиче се и то да „правне норме могу бити без санкције, али не могу бити без државног органа, који би санкцију накнадно одредио и осигурао казнено извршење“.³ Сагласно наведеним, предлаже се и нова дефиниција југословенског права према којој је то „примаран регулацијски механизам под контролом (непосредном или посредном) радних људи, који се ослања, у крајњој анализи, на државну принуду, а дејствује у правцу изградње социјалистичког друштва“.⁴

Има, додуше, и мишљења да се право уопште „недомишљено везује само за државу, а не, како треба, за цјелокупни систем друштвене моћи и власти“, због чега постоји могућност „да се истом неупутном лакоћом самоуправни правни акти прогласе за 'неправне' или 'квази правне' или начином како право одумири заједно са државом“.⁵

¹ Лукић Радомир: Увод у право, „Научна књига“, Београд, 1978, стр. 57.

² Мандић Олег: Држава, „Народна књига“, Загреб, 1969, стр. 23.

³ Перић Берислав: Структура права, „Народне новине“, Загреб, 1964, стр. 39.

⁴ Врачар Стеван: Тезе о правном систему Југославије, у књизи: О систему права СФРЈ, Институт за упоредно право и „Савремена администрација“, Београд, 1978, стр. 11.

⁵ Висковић Никола у књизи: Извори права у самоуправном социјалистичком друштву, Институт за упоредно право и „Савремена администрација“, Београд, 1976, стр. 88.

Износи се, међутим, и приговори да горња „класична дефиниција права, с обзиром на развој аутономног и самоуправног права, све више постаје непотпуна и уска да обухвати све оно што чини право једне земље (али се не даје друга, „потпунија и шира“ — Прим. А. Н.)“.

Свакако, ствар је конвенције шта ће се сматрати правом,⁶ али се чини да се успешније може одредити појам самоуправног права ако се прихвати наведено схватање.

2) Двојност југословенског права

Сагласно наведеном поимању права (скуп норми које санкционише држава) доказује се да самоуправне норме које стварају друштвени самоуправни субјекти, а санкционише држава треба сматрати правним нормама, а то право називати самоуправним правом, без обзира на то да ли тим самоуправним нормама држава прописује санкције или само примењује санкције које су прописали самоуправни субјекти.

Самоуправно право је „још увек право“. Насупрот њему постоји „државно право које ствара искључиво држава“. Томе се, додуше, додаје да је југословенско државно право, као социјалистичко, само „делимично право“, тј. „право у одумирању“, „право које и јесте то и није“, а да је самоуправно право „још мање право у правном смислу“, а „још више право у одумирању“. С друге стране, пак, самоуправне норме које не санкционише држава нису правне норме, па, према томе, нису ни самоуправно право. Предлаже се да се те друге самоуправне норме које нису правне назову „самоуправне норме“, или „самоуправни прописи“, и износи став према којем оне представљају „зачетак будућег слободног нормативног система, које ће у потпуности заменити право када томе дође време и у потпуности се ослањати на суштинску истоветност интереса које усклађује, на друштвени ауторитет оних субјеката који их примењују у својим међусобним односима“.⁷

Напомиње се и то да су извесни друштвени односи, по својој садржини и суштини, такви да се не могу регулисати никаквим другим друштвеним нормама (на пример: моралом, обичајима, правилима пристојности или сличним правилима) него само прав-

Зечевић Миодраг: Процес стварања општих аката, „Привредни преглед“, Београд, 1978, стр. 170.

Видети и — Спировић-Јовановић Луција: Самоуправно право као нови облик бескласног права, „Самоуправно право“, Београд, број 2/74, стр. 29 и 30; Благојевић Слободан: Самоуправно право, у Зборнику за теорију права, Свеска I, Српска академија наука и уметности, Београд, 1978, стр. 62.

⁶ Лукић Радомир у књизи: Извори права у самоуправном социјалистичком друштву, нав. издање, стр. 91.

⁷ Лукић Радомир: Самоуправно право и самоуправне норме, у књизи: Самоуправно право у теорији и пракси, Републички завод за јавну управу и Новинска установа „Службени лист СР БиХ“, Сарајево, 1976, стр. 19.

„...пут одумирања социјалистичког права, пут претварања права у слободно друштвено нормирање слободним друштвеним нормама, без мешања државе, очито води преко самоуправног права (које је прелаз са државног права, још увек претежно права, ка слободним друштвеним нормама, које више уопште нису право), које је још само делимично право, а делимично слободна друштвена норма.“ — Исто, стр. 20.

ним, „с тим што у бескласном друштву ова правила чине самоуправно 'право', тј. право које само друштво ствара и санкционише, док у класном друштву она чине (државно) право".⁸

У вези са овим изводи се и закључак: „Самоуправним правом се могу назвати само правне норме које стварају самоуправни органи, при чему чак они могу прописивати и санкцију, а не само диспозицију норми. Али тада се поставља озбиљно питање начина санкционисања ових норми од стране државе и њиховог односа према државним правним нормама (онима које ствара држава).“⁹

Ипак, констатује се и то да највећи део правних норми „још увек припада 'правом' праву, тј. оном које санкционише држава. Самоуправност овде продире само на тај начин што извесан део тих норми не доноси сама држава него самоуправни органи, док санкције још увек примењује држава. Тек се ту и тамо јавља право самоуправно 'право', тј. норме које и доносе и санкционшу самоуправни органи (уколико оне и имају неке одређене санкције).“¹⁰

Произлази, дакле, став према којем се југословенско право дели на државно и самоуправно, при чему је оно прво само делимично право, а ово друго још мање право у класичном смислу. Насупрот њима постоје самоуправне норме, односно самоуправни прописи, који не представљају ни правне, норме, ни самоуправно право, јер немају санкцију.

Државно и самоуправно право схватају се као два „подсистема“ у оквиру јединственог правног система СФРЈ,¹¹ или као два „субсистема“, односно „субпоретна“ права у југословенском социјалистичком друштву.¹² Доказује се да постоји дуализам права „као реална карактеристика савременог политичког и правног система Југославије“, односно другим речима, да „пored држав-

⁸ Лукић Радомир: Самоуправно право и право, „Самоуправно право“, Београд, број 2/75, стр. 5.

⁹ Лукић Радомир: Извори права, у књизи: Извори права у самоуправном социјалистичком друштву, Институт за упоредно право и „Савремена администрација“, Београд, 1976, стр. 12.

За даље истраживање самоуправног права видети и — Лукић Радомир: Увод у право, нав. издање, стр. 247.

¹⁰ Лукић Радомир: Самоуправно право и право, нав. издање, стр. 3. „Међутим, показује се да се ове норме не спроводе увек узорно — много је прекршаја без значајних последица за прекршиоце... Ово је само доказ да још нису сазрели ни објективни ни субјективни услови за већи размах самоуправног права и да ове тек треба стварати. Још увек су сувише јаки сукоби интереса, и то важних интереса, и још увек је јача свест о посебним него о заједничким интересима, па се ти посебни интереси покушавају и остварити кршењем самоуправног права.“ — Исто.

¹¹ Кошутин Будимир: Критеријуми који одређују груписање правних норми у одређене гране права и правне области, у књизи: О систему права СФРЈ, нав. издање, стр. 63.

У том смислу видети и — Врачар Стеван: Нормативни (ф) акти социјалистичког државноправног поретка, у књизи: Извори права у самоуправном социјалистичком друштву, нав. издање, стр. 29.

¹² Висковић Никола: О правном систему и самоуправном праву, у књизи: О систему права СФРЈ, нав. издање, стр. 91.

ног права, постоји самоуправно право, као реална сфера права".¹³ Самоуправно право се поима и као једна сфера права „која се поставља поред државног права у извесним видовима мимо њега и насупрот њему".¹⁴

Постоји, међутим, и мишљење да не треба одвајати државно и самоуправно право, „већ посматрати трансформацију права из нормативног система који регулише односе класних неједнакости и сукоба у нормативни систем који регулише блаже и друкчије неједнакости".¹⁵

3) Поимање самоуправног права

О појмовном одређењу самоуправног права ставови су непотпуни и неуједначени, што је резултат закаснилог интересовања правне науке. То право се, углавном, везује за право које се ствара у организацијама удруженог рада. Тако се под самоуправним правом подразумевају норме које „аутономно доносе самоуправни субјекти на разним нивоима самоуправно организованог и удруженог рада и које они редовно сами извршавају".¹⁶ Њега

¹³ Благојевић Слободан: Самоуправно право, у Зборнику за теорију права, Свеска I, Српска академија наука и уметности, Београд, 1978, стр. 52.

Исти аутор, на другом месту, констатује следеће: „Југословенско право је тип социјалистичког права. Оно се изражава у два нормативна облика односно система — као државно право и као самоуправно право. И једно и друго, као дијелови социјалистичког права, заснивају се на самоуправљању, али се међусобно и разликују. Самоуправни карактер правног система Југославије не брише разлике између државног и самоуправног права, које су објективно присутне на данашњем степену друштвено-економског развоја. Државно и самоуправно право имају своје посебне основе друштвене заснованости. Прво ту заснованост налази у објективним друштвеним противречностима које рађају државност, политику, политички професионализам и низ других сфера конституисања. Друго, тј. самоуправно право јавља се на терену са кога се држава повлачи, под утицајем спајања функција рада и функција присвајања и управљања. Оно уистину постаје право самоуправљања, саморегулисања, самообавезивања. Као облик преображаја државног права и прелазни облик права уопште, самоуправно право је знак појаве новог права које је по својој социјалној садржини различито од државног права". — Благојевић Слободан, у књизи: О систему права СФРЈ, нав. издање, стр. 123 и 124.

¹⁴ Ђорђевић Јован: Прилог за теорију о самоуправном праву, „Самоуправно право", Београд, број 1/74, стр. 5.

¹⁵ Станковић Југослав, у књизи: Извори права у самоуправном социјалистичком друштву, нав. издање, стр. 147.

Упоредити — „Самоуправно право није одвојено и независно од класичног државног права већ заједно с овим образује јединствени правни систем Југославије". — Марковић Ратко: Самоуправно право и делегатски систем у организацијама удруженог рада, „Самоуправно право", Београд, број 4/78, стр. 66.

Видети и — Зечевић Миодраг: Природа правног система СФРЈ, у књизи: О систему права СФРЈ, нав. издање, стр. 33 и 34; Фримерман Андреј: Прилог теоријском разматрању новина у Југословенском социјалистичком самоуправном праву, „Радничко самоуправљање", Београд, број 1/78, стр. 7 и 8.

¹⁶ Пупић Боривоје: Смисао и функција самоуправне норме, у књизи: Самоуправно право у теорији и пракси, нав. издање, стр. 58.

чине „правна правила која данас ствара радничка класа путем непосредног повезивања кроз друштвене договоре и самоуправне споразуме, као и кроз самоуправне нормативне акте организација удруженог рада“.¹⁷

Поред наведених, постоје и шира схватања самоуправног права, према којем то право уређује „друштвене односе који настају у оквиру слободно удруженог рада и другим подручјима друштвеног ослобођења рада и човека“.¹⁸ У покушају одређења појма самоуправног права установљава се да оно обухвата „све оне акте вршења нормативне функције (функције регулисања друштвених односа општим правилима понашања) које није донела ни непосредно санкционисала држава — који не припадају тзв. државном праву. Као такво, оно представља израз одумирања ингеренције државе у сфери нормативног регулисања друштвених односа. Али оно је истовремено и израз оригиналног права радних људи на самоуправљање“.¹⁹

Излаже се и став према којем је самоуправно право „тек настајућа врста аутономног права којим радничка класа у цјелини и поједини њени дијелови остварују заједничке и посебне интересе односно своју класну хегемонију у социјалистичком друштву“.²⁰ Томе се додаје да би се самоуправно право „могло опћенито одредити као нови облик правног поретка у развијеном посткапиталистичком друштву у којем владајућа класа принудно уређује друштвене односе и остварује у њима своје основне интересе **непосредно**, тј. не више искључиво путем државне власти (премда то још увијек чини)“.²¹

Постоји и схватање према којем је самоуправно право много шире од тога и да обухвата „аутономну нормативну делатност општине као и других територијалних аутономија. Под њим се подразумева и нормативна аутономија како свих других самоуправних организација, поред радних, тако и друштвено-политичких организација и удружења грађана“.²²

У овом раду, међутим, полази се од става да се самоуправним правом не може сматрати само право које се ствара у организацијама удруженог рада, а исто тако ни право које настаје у друштвено-политичким заједницама („аутономна нормативна делатност општина и других територијалних аутономија“). Овде се под самоуправним правом подразумевају само оне самоуправне норме које не доносе органи друштвено-политичке заједнице.

¹⁷ Спировић-Јовановић Луција, нав. дело, стр. 27.

¹⁸ Марковић Ратко: Самоуправно право и делегатски систем у организацијама удруженог рада, „Самоуправно право“, Београд, број 4/78, стр. 66.

¹⁹ Марковић Ратко: Систем општих аката самоуправног права, „Самоуправно право“, Београд, број 4/76, стр. 41.

²⁰ Висковић Никола: О правном систему и самоуправном праву, нав. издање, стр. 91 и 92.

²¹ Висковић Никола: Проблеми марксистичке теорије права, „Гледишта“, Београд, број 2/79, стр. 20.

²² Ђорђевић Јован: Аутономно право и друштвено самоуправљање, „Правни живот“, Београд, број 1/67, стр. 22.

4) Самоуправно право и одумирање права

За југословенско право уопште тврди се да је право у одумирању, а то се поглавито констатује када се ради о самоуправном праву. Разлог за такву оцену налази се у устројству југословенске државе, која је конституисана као социјалистичка и самоуправна демократска заједница радних људи и грађана и равноправних народа и народности (Устав СФРЈ, члан 1), када је то тако, онда међу првима почиње да одумири државни апарат принуде („систем казних органа и органа принуде“²³). У том смислу треба схватити и уставно начело према којем се социјалистичко друштвено уређење СФРЈ заснива на власти радничке класе и свих радних људи и на односима међу људима као слободним и равноправним произвођачима и ствараоцима, чији рад служи искључиво задовољавању њихових личних и заједничких потреба (Устав СФРЈ, Основна начела II став 1).

Југословенско право стварају скупштине друштвено-политичких заједница, као изборне и смењиве делегације радних људи у самоуправним организацијама и заједницама и друштвено-политичким организацијама. У заузимању ставова о питањима о којима се одлучује у скупштини (па и када се ствара право), делегати поступају у складу са смерницама својих самоуправних организација и заједница и ставовима делегација. Ово је у складу са уставним начелом да је самоуправљање радних људи у основним организацијама удруженог рада, месним заједницама, самоуправним интересним заједницама и другим основним организацијама и заједницама основа јединственог система самоуправљања и власти радничке класе и свих радних људи (Устав СФРЈ, Основна начела IV став 3). Дакле, југословенско право уопште ствара се самоуправно. То важи како за право које се ствара у федерацији, тако и за право које настаје у републикама односно аутономним покрајинама и општинама. То поготову важи за право које стварају радни људи у самоуправним организацијама и заједницама.

Ипак, Уставом СФРЈ утврђено је и одговарајуће место за — државу: „Радничка класа и сви радни људи и **путем државне власти** општеобавезним нормама обезбеђују социјалистичке друштвене односе, развој друштва и управљање друштвеним пословима на самоуправним основама, штите слободе и права човека и грађанина, социјалистичке самоуправне односе и самоуправна права радних људи, решавају друштвене сукобе и штите уставом утврђени поредак (Основна начела IV став 7)“. Држава се овде појављује као „неопходан облик доминације ради отклањања тенденција експлоатације и политичког монополизма, и као још дуго

²³ Лењин В. И.: Примедбе на књигу М. И. Бухарина „Економика прелазног периода“, Изабрана дела В. И. Лењина, том 13, „Култура“, Београд, 1960, стр. 566.

„...пошто већина народа сама угњетава своје угњетаче, онда, 'посебна сила' за угњетавање више није потребна!“ — Лењин В. И.: Држава и револуција, Изабрана дела В. И. Лењина, том 11, нав. издање, стр. 213.

времена оправдани облик вршења принуде ради обезбеђења нужне једнакости, уставности и законитости".²⁴ На овај начин се обезбеђује принуда државних органа ради примене правних норми које регулишу „посебни класни интерес".²⁵

Може се констатовати оријентација на одумирање права. Друштвени развој је усмерен ка „слабљењу државе, односно њеном постепеном одумирању, али и одумирању права као класне и државне творевине".²⁶ Обезбеђене су претпоставке за то: власт радничке класе у савезу са свим радним људима; измењени друштвено-економски положај радног човека као произвођача и управљача; друштвена својина као основа слободног удруженог рада и владајућег положаја радничке класе; самоуправљање радних људи у свим самоуправним организацијама и заједницама и друштву уопште; делегатске скупштине итд. Ипак, тај процес је на почетку. Одређене чињенице и противречности стоје томе на путу.

Противречности наслеђене из ранијег друштвеног уређења, као и нове које се појављују, успоравају процес одумирања државе и права. То су, пре свега:

— противречности социјалистичке расподеле према раду која безусловно ствара неједнакост међу људима;²⁷

— противречности које настају због недовољне производње;

— противречности које произлазе из чињенице да је социјалистичко друштво још увек класно друштво;²⁸

²⁴ Ђорђевић Јован: Уставно право, „Савремена администрација“, Београд, 1978, стр. 155.

²⁵ Павићевић Радован: Држава и политика, „Радничка штампа“, Београд, 1974, стр. 31.

„Норме које регулишу опште интересе имаће и у будућем друштву, у извесном смислу, императивни карактер. Иза њих мора стојати ауторитет удружених људи, тј. друштва као целине. Другим речима, и оне морају бити санкционисане.“ — Исто, стр. 95.

²⁶ Глигоров Киро: Актуелна питања улоге права, правне науке и правника у остваривању друштвено-економског и политичког система на основу Устава и Закона о удруженом раду, „Самоуправно право“, Београд, број 4/77, стр. 7.

²⁷ Видети — Маркс Карл: Критика Готског програма, Сабрана дела, Маркса и Енгелса, том 30, „Просвета“, Београд, 1974, стр. 17 и 18.

²⁸ Истиче се претпоставка, за коју се тврди да је класици марксизма нису предвидели, а коју треба испитати, тј. да „сувремена социјалистичка друштва имају још и дуго ће имати један нови тип класно-слојевске структуре, у којој још није коначно ријешено питање превласти између радничке класе и врло снажног технобироократског слоја, који има тенденцију да се брзо развија у друштвену класу и да свој садашњи привилегирани положај у економском, политичком и културном систему преобрази у трајне односе своје класне владавине“. — Висковић Никола: Проблеми марксистичке теорије права, „Гледишта“, Београд, број 2/79, стр. 21.

Можда се горњем ставу, у извесном смислу, може супротставити други, према којем „...држава није ништа друго до машина за угњетавање једне класе од стране друге, и то у демократској републици ништа мање него у монархији; у најбољем случају, држава је зло које пролетаријату, када он победи у борби за своју класну владавину, остаје у наслеђе; и он ће, онако исто као и Комуна, морати одмах да одсече најгоре стране тог зла, док неко ново покољење, израсло у новим слободним друштвеним условима, не буде у стању да одбаци сву ту стару-

— противречности које произлазе из спољнополитичких прилика;²⁹

— противречности „између класне радничке структуре самоуправно удруженог рада и фактора државно-сопственичког и технократско-бирокупатског монопола, као и других елемената старих производних и својинских односа“;³⁰

— противречности у деловању делегатског система, који треба даље дефинисати, а нарочито обезбедити његово стварно функционисање.³¹

Ове противречности утичу на то да се успорава развој самоуправног права у том смислу да оно буде аутономније, да се самоуправне норме извршавају без принуде државног органа. Уместо самоуправних норми без државне санкције и даље се развијају правне норме чије извршавање се обезбеђује принудом као главним методом којим се „не само држе под контролом класни и други антагонистички противници самоуправљања, већ и сузбијају друштвено прескупи облици коришћења аутентичних самоуправних позиција. Ризик коју ова неопходност правне регулације имплицира је двострук. С једне стране принудна регулација начелно аутономних односа у ствари докида њихову аутономију бар у том једном моменту. Државна принуда, ма како потребна, ма колико друштвено оправдана, ма каквим прогресивним интересима мотивирана, — значи кочење самоуправног процеса и успоравање развоја према самоуправљању, ма и само у једном конкретном случају. А с друге стране систематска примена принуде претпоставља постојање и јачање оних институција које најлакше постају инструменти интересне доминације над друштвом. Та је опасност то већа, што је друштво неразвијеније, сиромашније.“³²

дију државности“. — Енгелс Фридрих: Увод у „Грађански рат у Француској“, од Карла Маркса (издање од 1891), Сабрана дела Маркса и Енгелса, том 28, нав. издање, стр. 210.

²⁹ Пупић Боривоје: Смисао и функција самоуправне норме, у књизи: Самоуправно право у теорији и пракси, нав. издање, стр. 56.

³⁰ Кардељ Едвард: Противречности друштвене својине у савременој социјалистичкој пракси, „Радничка штампа“, Београд, 1976, стр. 23.

³¹ Зечевић Миодраг: Процес стварања општих аката, нав. издање, стр. 186.

На једној страни постоји делегатски систем као „облик самоуправне и демократске интеграције друштва“, а на другој — „озбиљне слабости у свим правцима његовог функционисања“. — Кардељ Едвард: Правци развоја политичког система социјалистичког самоуправљања, „Комунист“, Београд, 1977, стр. 160.

³² Пусић Еуген: Границе права у самоуправној регулацији, у књизи: Самоуправно право у теорији и пракси, нав. издање, стр. 36.

О карактеру права у првој фази изградње комунизма видети и Маркс Карл: Критика Готског програма, Сабрана дела Маркса и Енгелса, том 30, нав. издање, стр. 17.

2. ОДРЕЂЕЊЕ ПОЈМА САМОУПРАВНОГ ПРАВА

1) Предмет и облик самоуправног права

Предмет самоуправног права су друштвено-економски и други самоуправни односи између радника, односно других радних људи и њихових самоуправних организација и заједница. Али, не само то. Самоуправним правом се уређују односи између чланова друштвених организација и удружења грађана. Тим правом се уређују заједнички интереси његових субјеката и усклађују ти интереси са општим друштвеним интересима. Коначно, самоуправним правом се утврђују права, обавезе и одговорности радника и других радних људи у њиховим самоуправним организацијама и заједницама, као и права, обавезе и одговорности чланова друштвених организација и удружења грађана.

Облик у којем настаје самоуправно право су самоуправни општи акти. Под овим изразом подразумевају се: друштвени договори, самоуправни споразуми, статuti, правилници и други акти којима се на општи начин уређују друштвено-економски и други самоуправни односи (Устав СФРЈ, члан 404; Закон о удруженом раду, чл. 573. и 609). Самоуправним општим актима не сматрају се, дакле, законски и подзаконски акти.

2) Субјекти самоуправног права

Под субјектима самоуправног права подразумевају се учесници у доношењу самоуправних општих аката. То су, пре свега, радници, други радни људи и грађани уопште, који ову функцију остварују у својим основним облицима удруживања.

Остварујући ову функцију у својим основним самоуправним организацијама и заједницама, субјекти самоуправног права имају двоструку улогу: стварају своје (**интерне**) самоуправне опште акте и учествују у доношењу заједничких (**екстерних**) самоуправних општих аката. Док у доношењу интерних самоуправних општих аката ови субјекти имају, у начелу, једнак положај,³³ дотле у стварању екстерних самоуправних општих аката радници у радним заједницама имају мање изражену улогу.

Ако се под екстерним самоуправним општим актима сматрају друштвени договори и самоуправни споразуми (осим самоуправног споразума о удруживању рада радника у основној организацији и радној заједници), онда су субјекти њиховог стварања: организације удруженог рада, коморе и друга општа удружења, самоуправне интересне заједнице, месне заједнице, друге само-

³³ Одређена неједнакост, у смислу ограничавања неких самоуправних права, постоји код радника у радним заједницама, а нарочито у радним заједницама органа друштвено-политичких заједница, с обзиром на овлашћења старешине у вези са доношењем самоуправних општих аката.

управне организације и заједнице, органи друштвено-политичких заједница, синдикат и друге друштвено-политичке организације, друштвене организације и удружења грађана.

3) Самосталност самоуправног права

Заступа се став да сви акти самоуправног права имају свој правни извор у уставу, да су то акти уставног права и да, према томе, нису ни подређени закону. Самоуправни општи акти, наиме, нису ни „локални“ ни „нижи“ закони. То су акти недржавног права који, у условима друштвеног самоуправљања, ограничавају традиционални апсолутизам закона и законодавне интервенције, и у извесним односима замењују и сам закон. Ти акти су друштвене правне норме, а то не значи норме подређеног и хијерархијског права. Самоуправни општи акти су „акти друштвеног права које је аутономна и ауторитативна сфера, а не сфера утиснута у структуру државног, као једино правог права, а тиме ни акти делегираног права“.³⁴ Чини се, ипак, да треба испитати обим самосталности самоуправног права.

У погледу предмета регулисања, самоуправно право је, у начелу, независно од закона. Наиме, самоуправни општи акти морају бити у сагласности са Уставом СФРЈ (Устав СФРЈ, члан 206. став 2), а не могу бити у супротности са савезним законом (Устав СФРЈ, члан 207. став 2), док је за све прописе и друге опште акте савезних органа прописано да морају бити у сагласности са савезним законом (Устав СФРЈ, члан 207. став 1). Дакле, самоуправни општи акти не морају бити у сагласности са савезним законом, из чега следи да су независни у односу на закон. У том погледу су самоуправни општи акти у истом односу према савезном закону као републички и покрајински закони и други прописи — независни у погледу предмета уређивања.

Законом о удруженом раду утврђена је још већа самосталност самоуправних општих аката: они морају бити у сагласности са уставом, а не могу бити у супротности са законом и начелима морала социјалистичког самоуправног друштва (члан 575). Дакле, самоуправни општи акти не морају бити у сагласности ни са савезним ни са републичким, односно покрајинским законом. Додуше, и у самом Закону о удруженом раду има одредби које одступају од овог правила. Тако је, на пример, предвиђено да самоуправни општи акти којима се уређују радни односи морају бити у складу са законом (члан 179). А под надзором над законитошћу рада организације удруженог рада подразумева се и надзор у погледу сагласности самоуправних општих аката и са законом (члан 641 став 2). Недоумице стварају и поједини републички односно покрајински уставни (Србија, члан 228. став 1; Косово, члан 224, став 2) према којима самоуправни општи акти морају бити у сагласности и са републичким односно покрајин-

³⁴ Ђорђевић Јован: Уставно право, „Савремена администрација“, Београд, 1978, стр. 865.

ским законима и подзаконским прописима (у Црној Гори, члан 230; Македонији, члан 255. и Словенији, члан 256. став 1. — самоуправни општи акти морају бити у сагласности са републичким законом).

Но, важније од тога је да је законима утврђен читав низ питања која се **обавезно** уређују самоуправним општим актима. Тако је, на пример, прописано да се статутом основне организације **обавезно** уређује преко четрдесет питања.³⁵ То значи, да се законом често одређује шта треба да буде уређено самоуправним општим актом. Прописано је и то да основна организација (и одговорно лице у њој) чини прекршај ако се самоуправним општим актом не уреде права, обавезе и одговорности према одредбама закона или се уреде противно тим одредбама (Закон о удруженом раду, члан 652. став 1. тачка 1). Дакле, самоуправни општи акти су, у погледу предмета регулисања, у знатној мери дириговани законом.³⁶

Према **субјектима** који га стварају, самосталност самоуправног права је различита. Најсамосталнији су радници у основним организацијама удруженог рада, без обзира на то да ли доносе своје интерне самоуправне опште акте, или усвајају екстерне акте — самоуправне споразуме. Они самостално личним изјашњавањем или преко својих самоуправних органа одлучују о усвајању самоуправних општих аката. Радници у радним заједницама организација удруженог рада доносе своје самоуправне опште акте у складу са самоуправним споразумом о међусобним односима радне заједнице и удружених основних организација, путем којег радници основних организација остварју утицај на уређивање одређених питања у радној заједници. Ови радници не учествују у закључивању самоуправних споразума о удруживању рада и средстава нити оних којима се на заједнички начин утврђују основи и мерила за уређивање одређених права, обавеза и одговорности који произлазе из заједничких интереса. То важи за све радне заједнице, а у специфичном су положају радници у радним заједницама органа друштвено-политичких заједница, који одређена самоуправна општа акта доносе у сагласности са функционером који руководи органом за који је образована радна заједница.

³⁵ Видети — Иванчевић Вања и Иванчевић Недељко: Преглед одредаба Закона о удруженом раду које упућују да се одређено питање уреди самоуправним општим актом, „Радничко самоуправљање“, Београд, број 11/77, стр. 117 до 120.

³⁶ Поповић Славољуб: Самоуправно право радних организација, Фонд за издавачку делатност Универзитета у Нишу, Ниш, 1970, стр. 29. Својевремено је Ј. Ђорђевић разликовао три врсте нормативних аката аутономног права: (1) пуно аутономно право (потпуно самосталне и оригиналне правне норме); (2) условно пуно аутономно право (норме које су инициране од устава и закона и које захтевају општу санкцију у облику правних или политичких интервенција представничких тела); (3) дириговано аутономно право или пренесено аутономно право (норме које су усмерене и глобално одређене у законима). — Ђорђевић Јован: Аутономно право друштвеног самоуправљања, „Општина“, Београд, број 2/67, стр. 11.

О самосталности, односно аутономности самоуправног права најмање се може говорити када се оно испољава путем друштвених договора. Углавном због тога што у њиховом усвајању учествују и органи друштвено-политичке заједнице. Истина, учесници у друштвеном договарању су равноправни, али без сагласности једног нема друштвеног договора. А то значи да се без сагласности органа друштвено-политичке заједнице не може усвојити друштвени договор. И иначе, овлашћења органа друштвено-политичке заједнице у погледу друштвеног договарања разликују се у односу на овлашћења осталих субјеката, јер се ови јављају не само као учесници договарања, већ и као органи власти који имају овлашћења да подстичу друштвено договарање па, чак, и да прописују за одређене субјекте обавезу спровођења друштвеног договарања (Устав СФРЈ, члан 125).³⁷

Што се **поступка** за стварање самоуправног права тиче, он је углавном уређен законом. Тако је, на пример, Законом о удруженом раду утврђено који се самоуправни општи акти обавезно доносе референдумом (члан 463. став 1). Поред тога, прописано је ко даје иницијативу (члан 464), ко предлаже самоуправни општи акт (члан 466), рокови за поновно усвајање самоуправних општих аката (члан 469) и др. Разуме се да се у оквиру решења из закона може ближе уредити поступак за усвајање самоуправних општих аката, али аутономија је у вези са овим ограничена.

Изгледа да се на основу наведеног може закључити да је самосталност самоуправног права ограничена у односу на закон, па и у односу на органе друштвено-политичке заједнице. А то значи да ни самоуправно право у датој фази изградње социјалистичког самоуправног друштва није потпуно аутономно. Његова еманципација је започела, али му не треба приписивати више аутономности него што је стварно има.³⁸ Оио је, у крајњој анализи, више „подруштвљено државно право“, него „аутономно друштвено право“.³⁹ Али, створене су претпоставке да се у догледној будућности развије у самоуправно аутономно право, које ће преузети највећи део друштвених норми из тзв. државног права.

4) Самоуправна норма и њена санкција

Самоуправна норма најчешће нема своју санкцију, на основу чега се може закључити да самоуправна норма није правна норма. Међутим, самоуправна норма се у најчешћој мери ослања на систем државних санкција, на тзв. државни апарат принуде. То

³⁷ Видети — Спировић-Јовановић Луција: Друштвени договори и улога друштвено-политичких заједница у њиховом стварању, „Самоуправно право“, Београд, број 4/78, стр. 42—44.

³⁸ „Према томе, оно што данас називамо самоуправним правом, то је још увек један хибрид који стоји између државног права и аутономне друштвене регулативе, при чему се ови модели регулисања друштвених односа узимају, будући да је реч о теоријској анализи, као идеални, тј. у чистом облику“. — Марковић Ратко: Систем општих аката самоуправног права, нав. издање, стр. 42.

³⁹ Исто, стр. 43.

су, на пример, привредни судови и судије за прекршаје који су овлашћени да изричу казне за привредне преступе и прекршаје који се тичу уређивања самоуправних односа (Закон о удруженом раду, чл. 647. до 659). Ту спада и скупштина друштвено-политичке заједнице која је овлашћена да предузима привремене мере према организацијама удруженог рада у циљу заштите социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа (Закон о удруженом раду, чл. 616. до 635).

Посебно место заузимају судови удруженог рада, који су овлашћени да решавају спорове који настану у спровођењу друштвеног договора и самоуправног споразума (Закон о удруженом раду, члан 578), да оцењују супротност самоуправних општих аката којима се утврђују основи и мерила за распоређивање чистог дохотка основне организације са самоуправним споразумом (члан 115. став 5), да оглашавају самоуправне споразуме ништавним (члан 597), да поништавају самоуправне споразуме ако се утврди законом предвиђена повреда (члан 590), да одлучују о заштити права радника из радног односа (члан 220) итд.

Анализом одредаба Закона о удруженом раду уочава се да се неки од „апарата принуде“ налазе и у самој организацији удруженог рада, односно другој самоуправној организацији и заједници („примарна самоуправна заштита“). Тако у основној организацији и радној заједници раднички савет одлучује о заснивању и престанку радног односа, о задовољавању стамбених потреба радника, о примени мера заштите на раду, а раднички савет основне организације и о именовању и разрешењу пословодног органа. Дисциплинска комисија одлучује о дисциплинској одговорности радника и изриче законом прописане мере, а посебна комисија одлучује о материјалној одговорности радника. Сви ови органи одлучују на основу самоуправних општих аката.

Међутим, у првом случају када санкције примењују државни органи, они то чине на основу закона, а не на основу самоуправног општег акта, или, бар, овлашћење за то имају у закону. И овлашћења самоуправних органа да примењују норме из самоуправних општих аката утврђена су законом. Самоуправни општи акти се удаљавају од државне санкције, али своје сопствене још нису изградили.⁴⁰ У вези с тим истиче се да се извесне самоуправне норме могу и морају „обезбедити деловањем, не само самоуправних већ и државних органа, законским и другим актима, јер паралелно постоје и делују и самоуправне и законске норме, и самоуправљање и држава“.⁴¹ У томе је и суштина самоуправне норме: то је правна норма која се ослања на државни апарат принуде. Разуме се, под условом да се не ради о самоуправној норми која више није правна („самоуправни пропис“), чије се извршење не може принудно обезбедити.

⁴⁰ Горичар Јоже: О питању санкција у нашем самоуправном праву, Зборник за теорију права, Свеска I, Српска академија наука и уметности, Београд, 1978, стр. 40.

⁴¹ Глигоров Киро, нав. дело, стр. 8.

5) Самоуправно право у пракси

Самоуправно право, у његовом практичном деловању, прате честа „усаглашавања“ са законом,⁴² несистематичност у поступку израде, учешће малог броја лица у његовом „креирању“, преузимање модела или успешних решења других („Оригиналност је још увек доста ретка појава“⁴³), интерпретирање или преписивање законских текстова,⁴⁴ недовољно укључивање радника и других радних људи у његовом претходном разматрању, формализам у претходном информисању и објављивању усвојених самоуправних општих аката,⁴⁵ честа ретроактивна примена самоуправних општих аката, непримењивање усвојених самоуправних норми, односно поступање које је у супротности са њима, па отуда и великих прекршаја и спорова у вези са применом самоуправних норми,⁴⁶ итд. Поред тога, стављају се озбиљни приговори деловању делегата у самоуправним организацијама и заједницама, па и када се доносе самоуправни општи акти, јер уместо „да делегатска база буде субјект политике утврђене самоуправним општим актима, она постаје објект политике коју у њено име формулишу неки кругови стручњака и друштвено-политичких активиста. На тај начин, изневерава се друштвени смисао и социјално-класна суштина самоуправног права“.⁴⁷

⁴² Указује се на потребу одмеравања законодавне функције у односу на уставне поставке о самоуправи. У противном, „самоуправа ће бити принуђена да се стално усклађује са променама у савезним и републичким прописима, па и општинским, и да се исцрпљује не у стварању једног аутономног права већ у допуњавању законодавства. То уједно доводи до неједнакости, јер допунско право у односу на централно право је увек просечно и даје исте мере за различите ситуације и потребе.“ — Ђорђевић Јован: Аутономно право и друштвено самоуправљање, нав. издање, стр. 29.

⁴³ Перенич Антон у књизи: Извори права у самоуправном социјалистичком друштву, нав. издање, стр. 94.

⁴⁴ Наводи се да су у око један ипо милион самоуправних општих аката колико их је морало бити усвојено у око 60.000 основних организација и радних заједница Југославије до краја 1978. године: „60% параграфа пука компилација или пуко преписивање закона, даљих 30% преписано је из једног од тисућу и више 'огледних примјерака' аката купљених на 'савјетовању' или у књижарама... 10% има... оригиналности или је, како се вели 'прилагођено специфичним приликама дотичног ОУР-а'“. — Летица Славен: Право као знаност политике, „Гледишта“, Београд, број 2/79, стр. 54 и 65.

⁴⁵ У организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама радници и други радни људи не договарају се претходно о начину уређивања својих самоуправних односа, већ су у прилици да се изјасне о готовим нацртима самоуправних општих аката и то, често, на начин који ни из близа не омогућава претходно расправљање. С друге стране, усвојени самоуправни општи акти нису доступни свим радницима, већ се њихово објављивање врши „елитистички“.

⁴⁶ „Уколико постоји велики број прекршаја таквих норми и тиме велики број случајева примене државне санкције, то би био доказ да та норма још увек није довољно друштвена, није довољно усвојена од људи чије понашање регулише... да није довољно усклађена с њиховим потребама и интересима.“ — Лукић Радомир: Правна природа нормативних аката радних организација, „Правни живот“, Београд, број 1/67, стр. 38.

⁴⁷ Марковић Ратко: Самоуправно право и делегатски систем у организацијама удруженог рада, нав. издање, стр. 69 и 70.

Постоји, дакле, раскорак између самоуправног права какво је прокламовано и какво стварно функционише, на штету овог другог. На тај начин, самоуправно право постаје неефикасно и не остварује улогу која му је намењена.⁴⁸ Можда решење овог проблема треба потражити у преиспитивању система уређивања друштвено-економских и других самоуправних односа и у напору да се његовом доградњом отклоне видљиви недостаци. То, међутим, није могуће остварити без претходног научног емпиријског истраживања. Јер, започети процес подруштвљавања права треба наставити, како би самоуправно право могло да буде недржавно, аутономно друштвено право радничке класе.⁴⁹

6) Прилог одређењу појма самоуправног права

(1) Самоуправно право прокламовано је као систем норми које, у складу са уставом, самостално и равноправно доносе радници и други радни људи у самоуправним организацијама и заједницама. Самоуправно право, исто као и југословенско државно право, штити интересе радничке класе. Разлика између њих је у томе што се оно прво доноси аутономно у односу на државно које се ствара хетерономно.

(2) Но, као што хетерономност није потпуна одлика југословенског државног права (с обзиром на предвиђени делегатски систем стварања), тако ни аутономност није нарочито изражена особина самоуправног права.⁵⁰ Зависно од облика у којем настаје и субјеката који га стварају, самосталност самоуправног права је у већој или мањој мери ограничена. Оно је иницирано и усмеравано државним правом, а понекад и дириговано. Државни орган му обезбеђује принудно извршење, а државно право санкцију. Те чињенице говоре о непотпуној самосталности самоуправног права. Оно још није аутономно.

„Самоуправно право требало би да разбије и превазиђе хетерогеност класичног државног права и да постане израз аутономије воље самоуправљача. Она је за самоуправљаче хетерогено ако је самоуправан само поступак доношења самоуправних аката. Такво самоуправно право у суштини је само децентрализовано државно и хетерономно право, класично неподруштвљено право (премда је подруштвљено право својеврсни *contradictio in adjecto*). У таквим условима делегатски систем одлучивања у ОУР-има не доноси суштинску промену односа у самоуправном нормирању већ значи једино квантитативну промену броја оних који у ОУР-има одлучују у име радника. Самоуправно право није тада облик ослобођења радника у удруженом раду од хетерономије и доминације већ замењивање једног облика доминације другим. Социјално-класни смисао самоуправног права — укидање сваког облика владавине људи људима путем правних норми — у таквим условима не може се остварити.“ — Исто, стр. 70.

⁴⁸ Пушић Боровоје: Смисао и функција самоуправне норме, у књизи: Самоуправно право у теорији и пракси, нав. издање, стр. 62.

⁴⁹ Висковић Никола: Проблем марксистичке теорије права, нав. издање, стр. 20.

⁵⁰ Док аутономија значи самозаконодавство, самоуправу, политичку независност, самосталност, дотле хетерономија значи зависност од закона који нису сопствени.

(3) Самоуправно право је „још увек право“, а самоуправне норме су правне норме, са обезбеђеним системом принудног извршења. Недовољан је број самоуправних норми које представљају чисте друштвене норме.

(4) Самоуправно право представља пут одумирања државе и права.⁵¹ Развлашћивањем државе и њених органа у области законодавне делатности, радничка класа преузима на себе да уређује своје друштвене односе и непосредно остварује своје основне интересе. Али, тај процес је тек започет. Јер, држава ће бити „још дуго времена оправдани облик вршења принуде“.⁵² Потребно је да, претходно, у току социјалистичке револуције, радничка класа „уистину овлада производним, расподјелним, политичким и културним односима“.⁵³ За сада је самоуправно право само „хибрид који стоји између државног права и аутономне друштвене регулативе“.⁵⁴ Оно је још увек право неједнакости, право које је настало из старог правног система. То ново које настаје „није још стигло до степена негације старог“.⁵⁵ Самоуправно право је, такође, класно право „али битно различито од ранијих класних типова права“.⁵⁶

(5) Самоуправно право не може се одвојити од тзв. државног права, јер не ради се о праву које битише наспрам државног. Ни по чему. Једино што та „два права“ чини различитим јесу субјекти који их стварају: једно стварају државни а друго самоуправни органи. Но, иза једних и других органа налазе се радници и други радни људи. Додуше, још недовољно уочљиво, како у домену државног тако и у домену самоуправног права. Самоуправно право је саставни део југословенског социјалистичког правног система. Не само то, — оно је тесно везано са државним, чак толико да без овога не би могло да опстоји. Због тога има основа у тврдњи да се ради о трансформацији југословенског права уопште „из нормативног система који регулише односе класне неједнакости и сукоба у нормативни систем који регулише блаже и друкчије неједнакости, али је и даље нужан и хетерономан“.⁵⁷ „Самоуправно право је истовремено елеменат самоуправног друштвеног и правног система и постепено основа за

⁵¹ „Тај пут је самим тим и конкретно иницирање и ширење процеса одумирања државе, елиминисање власништва као основе за конституисање свих правних института и примата државног права, пут хуманизације друштва, што је дошло до пуног изражаја у Уставу и Закону о удруженом раду“. — Глигоров Киро, нав. дело, стр. 9.

⁵² Ђорђевић Јован: Уставно право, „Савремена администрација“, Београд, 1978, стр. 155.

⁵³ Висковић Никола: Проблеми марксистичке теорије права, нав. издање, стр. 20.

⁵⁴ Марковић Ратко: Систем општих аката самоуправног права, нав. издање, стр. 42.

⁵⁵ Пупић Боровоје: Смисао и функција самоуправне норме, нав. издање, стр. 62.

⁵⁶ Благојевић Слободан: Самоуправно право, нав. издање, стр. 55. Видети и — Павићевић Радован: О класности и одумирању права, „Гледишта“, Београд, број 3—4/79, стр. 77.

⁵⁷ Лукић Радомир у књизи: Извори права у самоуправном социјалистичком друштву, нав. издање, стр. 147.

превазилажење државног права, које се у првим фазама самоуправног социјализма не само одржава већ и налази свој рефлекс у самоуправним сегментима права⁵⁸.

(6) Назив „самоуправно право“, очито није прави. Он је настао из двојења југословенског система права на државно и самоуправно право. Самоуправно право се ствара у организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама (укључујући и месне заједнице), док се „државно право“ ствара у друштвено-политичким заједницама. Сагласно томе, намеће се „подела“ на право самоуправних организација и заједница⁵⁹ и право друштвено-политичких заједница. Између њих не постоји разлика у предмету регулисања (и самоуправни општи акти и закони уређују друштвено-економске и друге самоуправне односе), али постоји у субјектима чијим дејством та права настају. Прво настаје непосредним дејством радника и других радних људи у основним самоуправним организацијама и заједницама и њихових самоуправних органа, а друго — дејством делегата у скупштинама друштвено-политичких заједница. Ако би се њихов назив одређивао према субјектима који та права стварају, онда се за прво намеће назив „радничко“, а за друго „делегатско“. Међутим, ни ти називи нису сасвим прихватљиви, јер право које настаје у самоуправним организацијама и заједницама настаје учешћем и других радних људи и грађана уопште, као и учешћем органа друштвено-политичке заједнице (друштвени договори). Радничким би се, евентуално, могло назвати само оно право које се ствара у организацијама удруженог рада. Но, у том случају, за ово право може се користити и израз — „самоуправно право удруженог рада“.⁶⁰ С друге стране, ни право које се ствара у друштвено-политичкој заједници, не стварају само делегати у делегатским скупштинама, већ и органи управе. Раније је било предлога да се самоуправно право назове — аутономно право,⁶¹ а у последње време — самоуправно аутономно право.⁶² Међутим, ни један ни други назив, из наведених разлога непотпуне аутономности, нису најадекватнији. Због тога, а у недостатку адекватнијег, остаје да се употребљава назив „самоуправно право“, углавном само због стечене навике.

(7) Закључно следи: југословенско самоуправно право је систем норми којима самоуправни субјекти уређују своје друштвено-економске и друге односе, утврђују своја права, обавезе и

⁵⁸ Ђорђевић Јован: Прилог питању марксистичке правне теорије и марксистичког правног метода, „Гледишта“, Београд, број 2/79, стр. 37.

⁵⁹ Фирмерман Андреј: Прилог теоријском разматрању новина у југословенском социјалистичком самоуправном праву, „Радничко самоуправљање“, Београд, број 1/78, стр. 10.

⁶⁰ Фирмерман Андреј: Друштвена својина и самоуправљање у удруженом раду, нав. издање, стр. 213 до 215.

⁶¹ Ђорђевић Јован: Аутономно право и друштвено самоуправљање, нав. издање.

⁶² Фира Александар: Актуелни проблеми развоја самоуправног аутономног права; реферат на Научном скупу поводом 20 година рада Правног факултета у Новом Саду — Југословенски правни систем и правне науке, Нови Сад, 1979.

одговорности и усклађују своје са ширим друштвеним интересима. На достигнутом степену развијености, самоуправне норме имају, углавном, карактер правних норми, а самоуправно право — још увек одлике „правог“ права. То право представља почетак постепеног претварања права у класичном смислу у право друштвених норми.

Александар Николић

DOCUMENTS FOR STUDYING SELF-MANAGEMENT LAW

— Summary —

Yugoslav self-management law understands the law which directly or through their delegates create the workers, other working men and citizens in their self-management organizations and communities and other self-management associations. In other words, as a self-management law cannot be considered the one created in socio-political communities (legal and under-legal acts), although this law is created in self-management way in delegate assemblies.

Although Yugoslav law consists of law created by the organs of socio-political communities and law created by self-management subjects, it cannot be divided into state and self-management law, as two sub-systems in the legal system of SFRY. The self-management law is more likely to be understood as a beginning of withering away of the law as a system of norms being applied by means of state compulsory instruments, and emerging the system of social norms which are brought and whose application is secured by workers and other working men.

On the achieved level of social-economic development, self-management norms are legal norms being created by self-management subjects, but the application of these norms (in the final analysis) are provided by the organs of socio-political communities. This law is not yet completely autonomous in comparison with the law created in the socio-political communities.

НЕКИ АСПЕКТИ ДЕСЕТОГОДИШЊЕ ПРИМЕНЕ ПРОПИСА О МОГУЋНОСТИ УЛАГАЊА СТРАНИХ СРЕДСТАВА У ДОМАЋУ ПРИВРЕДУ

Ако је период од једне деценије можда кратак да би се могла темељније анализирати сва дејства једног комплекса специфичних прописа, којима се регулишу економски односи домаћих и страних привредних субјеката и конкретне праксе коју је створила њихова примена, сигурно је да је тај временски размак довољно дуг да су се могле испољити одређене појаве вредне запажања.

Као што је познато, јула 1967. године, објављен је Закон о изменама и допунама закона о средствима привредних организација. Овим Законом као и другим једновремено објављеним прописима,¹ по први пут у нашој послератној пракси, дате су правне основе за регулисање таквих економских односа домаћих субјеката са елементом иностраности, који у себи укључују директна улагања стварног капитала у домаћу привреду.

Имајући у виду да је до доношења наведеног „пакета“ прописа дошло у време спровођења познате привредне реформе, започете крајем 1965. године, која је тадању домаћу привреду ставила пред тешке али одлучујуће захвате да би могла постати конкурентна у међународној подели рада, а с друге стране бројност нових мера и прописа, којима се поред осталог, уређује обједињавање средстава у циљу остварења заједничких пословних циљева и то не само између домаћих привредних субјеката већ и уз трајнија улагања средстава страних правних и физичких лица, створен је читав низ различитих импликација на живот и пословање привредних организација; ово наоко са аспекта стицања и

¹ У Сл. листу СФРЈ бр. 31/67. поред наведеног, објављене су измене и допуне још и следећих закона: Основног закона о предузећима, Закона о установљењу камата на фондове у привреди, Основног закона о јединственим привредним коморама и пословној сарадњи у привреди; донесени су затим: Закон о порези на добит страних лица која улажу средства у домаћу привредну организацију за заједничко пословање и Закон о допунама основног закона о доприносима и порезима грађана.

расподеле дохотка, тако и са аспекта организације и нормативне делатности.

Због свега тога а добрим делом и због неразумевања интенција нове економске политике, односно због тешкоћа да се ослободи терета етатизма, нови прописи о заједничким улагањима са страним субјектима наишли су на жучне полемике и то не само са теоретске него и са политичке платформе. Међутим, иако је једва прошла једна деценија од објављивања нове регулативе, пракса и економска реалност, чак и без неких спектакуларних резултата у коришћењу стране акумулације за развој домаће привреде, деловали су тако да почетне дилеме и неспоразуми данас делују као реквизит далеке прошлости, у условима значајних, квалитативних и квантитативних промена у структури и развојној оријентацији и домаће и светске привреде.

Треба рећи да су и пре доношења прописа о директном улагању страног капитала у домаћу привреду постојали одређени облици, додуше индиректног коришћења иностране акумулације за подстицање развоја домаће привреде, међутим, искључиви облици овог коришћења биле су разне врсте зајмова и кредита, обезбеђиваних било међудржавним уговорима било међубанкарским пословним аранжманима. Оваквим путевима инострана финансијска средства долазила су у југословенску привреду као додатна куповна моћ на тржишту било домаћем било страном. И као таква, долазила су често *post festum*, тј. тек пошто су биле обављене куповине робе, претежно производна опрема, тако да су добијени зајмови и кредити служили да се за дуже или краће време одржи платнобилансна ликвидност земље и уопште ликвидност привреде.

Атрактивност оваквог начина коришћења стране акумулације за развој домаће привреде, почивајући на осећању носилаца зајмова и кредита да могу слободно усмеравати утрошак ових средстава (иако је то често било само илузија о слободи маневарског простора због честе појаве условљавања добијања кредита или зајмова куповином одређене робе, често и по утврђеним ценама, обично вишим и од тржишних), стварала је не малу праксу, очувавши своју актуелност и до данашњих дана. При свему томе, појава правне регулативе о могућности директног улагања страног капитала, у почетку, деловала је готово шокантно. Појава таквих дејстава, апстрахујући разна неприхватљива догматска и псеудотеоретска схватања и „тумачења“, треба тражити у непознавању интенција привредне реформе и у занемаривању развојног пута домаће привреде до нових мера економске политике и одговарајуће нове регулативе, чији је циљ био да се коначно превазиђу етатистички и државно својински елементи у привредном развоју и утре пут на адекватнијем учешћу у међународној подели рада. Делоm због тога а делом и због бољег разумевања каснијих измена и допуна специфичне регулативе, треба се потсетити на поједине етапе привредног и друштвеног развоја које, чини се, падају у заборав па остају непознате новим генерацијама привредника и правника.

Једно од основних обележја савремене привреде чини висок степен концентрације средстава, што је опет у директној корелацији са убрзаним развојем технике и технологије и неопходношћу све веће поделе рада, односно специјализације и кооперације. За такву концепцију савремене организације привређивања и у условима тржишне привреде за коју смо се определили знатно пре привредне реформе, једна од основних претпоставки је слободна циркулација средстава. Међутим, законодавство, пре доношења пакета нових прописа, пружало је привредним организацијама врло оскудне могућности да одабирају такве организационе форме, које би омогућиле трајно улагање средстава у друге радне организације; овде се мисли, пре свега, на такве облике да се — на основу заједничких улагања новчаних средстава или опредмеченог рада, као и удруженог производног рада и пословања — споразумно одлучује о заједничким пословним подухватима, као и да партнери учествују (солидарно или у одређеној сразмери) у доходу, оствареном на тај начин. Утолико пре ово је било немислииво да се у таквој пословној конструкцији појави и елемент иностраности. По до тада важећим прописима, постојала је само могућност да радне организације могу једна другој давати кредите.

Међутим, на достигнутом степену развоја југословенске привреде и друштвеног система шездесетих година, постало је неопходно доношење таквих правних института, који ће послужити за стварање оних организационих облика удруживања новчаних средстава и опредмеченог рада ради пословне сарадње, који ће омогућивати све слободнију циркулацију акумулације, односно, *ultima ratio*, стварање слободног тржишта новчаних средстава. Додуше, треба споменути да је за овакав институционални и организациони развој још раније била формално створена правна основа одредбама члана 19. Устава СФРЈ (који је предходио садашњем Уставу) али су се ове опште уставне одредбе о закључивању споразума о заједничкој пословној делатности и пословању радних организација, могле примењивати само у ограниченом обиму јер су тадањи законски прописи били сувише уски и крути да би се могли стварати такви организациони облици сарадње², на којима се средства могу удруживати на трајној основи.

За боље разумевање неких фундаменталних питања каснијег развоја југословенске привреде, инаугурисаног привредном реформом, треба учинити кратак ретроспективни осврт на дотадањи привредни и друштвени развој, који је условљавао даље привредне токове и смернице текућих мера економске политике ради спровођења привредне реформе.

До другог светског рата Југославија је била по економској снази међу најнеразвијенијим европским земљама, као заостала

² Тада је домаћа привреда још била далеко од садашње праксе самоуправног договарања.

аграрна земља, у којој је $\frac{3}{4}$ становништва живело од пољопривреде а тек $\frac{1}{4}$ од рада у осталим привредним и непривредним делатностима. У народном дохотку 1939. године индустрија је учествовала са свега 18%. У току рата, цела привреда је била оштећена и дезорганизована услед ратних разарања и раубовања од стране окупатора. Требало је три године веома интензивног рада, одрицања и улагања по завршетку рата, да би се индустријски потенцијал земље довео приближно на предратни ниво.

За двадесет послератних година, савлађујући привредну застојалост пре свега интензивним развојем индустрије а касније и развојем осталих области привреде, Југославија је постала земља развијеније привредне структуре, у којој индустрија заузима доминантно место. У периоду од 1947. до 1965. године укупна производња је порасла за преко три пута а индустријска производња за преко пет пута. У народном дохотку 1964. године индустрија учествује са 47,9% према 28,8% у 1947. години. У индустрији је 1965. године било запослених 1,4 милиона радника или 40% од укупног броја запослених у друштвеном сектору привреде, према свега 300 хиљада у 1939. и 562 хиљаде радника у 1952. години. Овакав бурни развој пратила је и осетна промена социјалне структуре становништва: већ 1955. године само половина становништва живи од пољопривреде, док друга половина од рада у индустрији, саобраћају и другим делатностима.

Ако за наглашени дирижизам у развоју привреде у првим годинама после рата, који је у себи укључивао и централизовано планирање, треба тражити економску логику, онда она, поред осталог, лежи понајпре у неопходности концентрације и онако скромних, расположивих материјалних и финансијских средстава за проширену репродукцију и њихово усмеравање у оне привредне области и гране, чији је развој предуслов развоја осталих привредних области и побољшавања животног стандарда. У току таквог, у датим условима максимално убрзаног развоја привреде, мењали су се и развијали како односи у структури и функционисању привреде тако и друштвени односи а у вези с тим и облици управљања, планирања и расподеле. Већ 1950. године, започело се са децентрализацијом а нарочито са деетатизацијом привреде, увођењем система самоуправљања у предузећима и коришћењем тржишта, као једног од регулатора развоја привреде.

Увођењем система радничког самоуправљања, измењен је и систем планирања, на тај начин што су предузећа постала независна у планирању своје производње и свога развоја у условима деловања закона тржишта и конкуренције. На тај начин планови предузећа постали су основ за састављање друштвених планова ширих друштвено-политичких заједница и земље у целини. Децентрализација и деетатизација привреде и системске мере које су у том периоду предузимане убрзале су текући процес индустријализације и диверзификације привреде: поред базичне, у овом периоду брже се развијала и прерађивачка индустрија а у томе посебно производња робе широке потрошње. На плану институционализације нове економске политике, поред општих прописа, за-

почела је свој убрзани ход једна посебна нормативна активност — интерна нормативна акта радних организација.

За двадесет послератних година у Југославији је уложено у реконструкцију и изградњу индустрије 64 милијарде динара (5,1 милијарди долара) или око 15% народног дохотка, да би од заостале аграрне, постала средње развијена, индустријско-аграрна земља. Тада су створени реални услови за даљи убрзани раст привреде, за даљу трансформацију друштвених односа — једном речју за остварење развијеног самоуправног социјалистичког друштва. Но сем тога, створена је чврста материјална а истовремено и институционална основа за убрзани развој квалитативно друкчијих међународних економских односа и равноправно учешће домаћих привредних субјеката у процесу међународне поделе рада, уз све веће сужавање простора да се такви односи могу деформисати у отворене или прикривене облике колонијалне експлоатације.

*
* *

Друштвено-економски услови, економска политика и регулатива пре привредне реформе, омогућавали су већем броју индустријских предузећа да рентабилно послују и поред ниског степена коришћења производних капацитета, недовољне специјализације производње, спорог технолошког развоја, односно недовољног коришћења достигнућа савремене науке и технике. Томе је доприносила аутархична затвореност југословенске привреде, царинска заштита коју је домаћу индустрију привилеговала на унутрашњем тржишту и високо премирање извоза, којим су покривани сви структурни и технолошко-економски недостаци домаће производње. Очеvidно је да такво стање није стимулисало развој производње и привреде у целини.

Радикални заокрети привредне реформе створили су најнеопходније предуслове да југословенска индустрија почне производити и пословати у условима сличним оним, у којима послује индустрија развијенијих земаља. Због тога је за многа домаћа индустријска предузећа постало питање *vitaе ac pecis* брзо приближавање продуктивности рада нивоу светске продуктивности. Ово је пак подразумевало читав низ престројавања у ходу: јачање специјализације у производњи, развијање кооперације са иностраним и домаћим партнерима, увођење савремених облика организације рада, стално занављање технологије, све то са оријентацијом на шире укључивање у међународну поделу рада и на диверзификацију робне размене.

Међутим, и достигнути степен развоја југословенске привреде до реформе као резултат рада и напора радних људи, високе стопе домаће акумулације, обимног увоза, као и иностраних средстава из државних зајмова и приватних кредита, неизбежно је захтевао тражење нових путева за даље унапређење производње, за организовање и концентрацију привредних јединица у шире производно-техничке комплексе, уз стварање неопходног, одгова-

рајућег економског и правног инструментаријума. Достигнути степен развијености указивао је такође да је наступила фаза над треба одлучније напустити сувише присутан дирижизам, аутархичну затвореност и претерани протекционизам и заменити их развијањем комплекснијих односа са иностраним партнерима, уз претходну концентрацију, специјализацију и поделу рада на унутрашњем плану, као и уз креирање услова за нове облике коришћења страног капитала, ради бржег и целисходнијег укључивања у међународну поделу рада, светско тржиште и општи технички прогрес у свету. Наравно, све то, уз доношење нове, одговарајуће регулативе.

Већ у току 1966. године, да би се олакшало спровођење у живот реформских интенција, долази до значајних новелирања прописа о економским односима са иностранством.³ И сама Резолуција Савезне скупштине о основама економске политике у 1967. години⁴ истиче, поред осталог, да је „даље веће укључивање наше привреде у међународну поделу рада један од основних циљева економске политике у 1967. години“, као и потребу „да се донесу прописи који ће, у складу са већ усвојеним принципима, омогућити и подстицати шире и економичније повезивање радних организација уопште а посебно са иностраним пословним партнерима“.

Прописи о којима је у резолуцији реч, донесени су, као што је познато, у јулу 1967. год.⁵ У њима је на потпуно нов начин стипулисан механизам пословне и привредне сарадње између домаћих предузећа и иностраних субјеката, уз заједничко улагање средстава. Међутим, истине ради, треба рећи да су, иако не довољно комплексно, и на основу раније важећих прописа били засновани односи одређеног партнерства између домаћих и страних предузећа.

Тако на пр. већ 1964. године постојало је 93 мешовита предузећа у иностранству, чији су оснивачи или суоснивачи била југословенска предузећа; тачније у овим мешовитим предузећима учествује 133 југословенска предузећа, од чега 101 трговинско и 32 производна.

Регионални распоред ових мешовитих предузећа био је следећи: у Европи 51, у Азији 12, у Африци 10, у Северној Америци 12 и Јужној Африци 8. Но највећа концентрација је у Западној Европи а при томе 28 предузећа има седишта у СР Немачкој, Италији и В. Британији, углавном у Минхен-у, Франкфурту, Милану и Лондону.

Као форму сарадње домаћих и страних субјеката до краја 1966. године, треба поменути и одређене видове кооперације, која се развијала на основу уговора о прибављању или уступању лиценца. До тада било је закључено 358 уговора о прибављању страних лиценци и 56 уговора о уступању лиценца домаћих пре-

³ Закон о изменама и допунама Закона о промету робе и услуга са иностранством (Сл. лист СФРЈ бр. 28/66) и Закон о девизном пословању (Сл. лист СФРЈ бр. 29/66), затим Одлука о производној кооперацији која се сматра дугорочном (Сл. лист СФРЈ, бр. 41/66) и др.

⁴ Види Сл. лист СФРЈ, бр. 1 од 6 јануара 1967. године.

⁵ Види наводе у фусноти бр. 1.

дузећа страним корисницима, при чему се 21% свих ових других уговора односило на партнере из земаља Западне Европе.

На дотада достигнутом степену развоја система самоуправљања, једно од основних начела привредне реформе било је да је предузеће (тада још није била сазрела концепција организације удруженог рада а појам друштвене својине био је тек у почетном стадијуму) основни носилац економске активности па према томе и увођење нових облика и начина повезивања са иностраним субјектима, произилази из самог система и не представља његову негацију нити противуречност. Додуше, због карактера домаћег друштвено-економског и политичког система, повезивања домаћих и страних субјеката захтевају специфична правна решења. Отуда се нпр. у начину и облицима повезивања са страним субјектима нису могли успостављати својински односи (класични ортаклук) али то није значило да инострани партнер није могао да над својим средствима задржи стварна права. Сем тога друштвена основа система управљања у југословенским предузећима не може се, при заснивању пословне сарадње са страним субјектима, нарушавати или замењивати друкчијим облицима управљања, отуда су се одмах показали неопходним „класични“ облици повезивања у виду акционарских или командитних друштава и сличних облика, већ је нађена специфична, еластичнија форма сарадње.

Пословно повезивање ради коришћења страног капитала, својине страног правног или физичког лица, у смислу интенција нове економске политике и нових прописа, заснива се на уговорном односу, тј. регулише се уговором између домаћег и страног субјекта, којим се стварају одређени облигациони односи између тако утврђених пословних партнера. Улагањем средстава у југословенско предузеће⁶ инострани субјект стиче одређена права по основи уложеног дела заједничког улога у заједнички пословни подухват, у складу са наведеним прописима и одредбама уговора. Ова права састоје се пре свега: у учешћу иностраног улагача у оствареном пословном резултату домаћег предузећа у делу који резултира из уговореног пословног циља, у учешћу у управљању пословима домаћег предузећа у делу, који је предмет уговора о заједничком улагању, у праву цесије или отуђења дела уложеног капитала у корист трећих лица и у праву на повраћај уложеног капитала. Обим и услови коришћења ових и других права страног саговорача регулишу се уговором са домаћим предузећима али и у складу са неким домаћим прописима, који имају когентни карактер (као нпр: Закон о девизном пословању и др.). Поред тога, уговор о улагању страних средстава (према одредбама првих прописа о томе, из 1967. године) није се могао закључити у области банкарства, осигурања, унутрашњег саобраћаја и трговине, комуналних и друштвених служби (сем у области научно-истраживачког рада).

По правилу, уложена средства страног улагача нису могла бити већа од укупног износа средстава, која улаже домаће пре-

⁶ Види одељак б) Закона о изменама и допунама закона о средствима привредних организација.

дузеће. Страна уложена средства могла су бити новчана (девизе) производна опрема, обртна средства (нпр. репродукциони материјал) затим одређена права, као што су патенти, трговачки знак, инжењеринг пројекти и сл. адекватно валоризовани. Сва ова средства имала су правни третман улога иностраног партнера, који се уноси било у пословни фонд домаћег предузећа било у посебан, заједнички пословни фонд, зависно од уговора.

Пошто се трансфер добити страном субјекту може вршити само на основу важећих прописа о девизном пословању, уколико се део добити на тај начин евентуално не би могао трансферисати, инострани партнер, који то право има и иначе, може тај део нетрансферисане своје добити реинвестирати и то било у исто било у неко друго југословенско предузеће. Међутим, прописи му налажу као обавезу да 20% од оствареног свог чистог прихода има реинвестирати у југословенску привреду. При томе ужива разне пореске повластице, у смислу одредаба Закона о порезу на добит страних лица која улажу средства у југословенску привреду.

За своје обавезе из уговора са страним субјектом југословенско предузеће у које је уложен страни капитал одговара целокупном имовином, којом управља; инострани партнер за своје уговорне обавезе одговара својим уложеним средствима или другим средствима, ако је то предвиђено уговором. Евентуалне спорове који би настали у току извршења уговора, по правилу решавају југословенски судови опште надлежности или изабрани суд; уговором се може предвидети и образовање мешовите *ad hoc* арбитраже, надлежност спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије или какве иностране сталне арбитраже.

Но, сем изложеног ваља указати на још нека обележја почетне институционализације заједничких улагања домаћих и страних субјеката у развој домаће привреде. Иако законодавац није предвидео најнижи обим страног улога, ограничио је највиши обим на тај начин што у домаћу организацију не може бити уложено више страних него домаћих средстава; изузетак од овог правила дозвољен је само у неким привредним областима (нпр. изградња система комуникација и сл.) и то ако за то постоји посебан (јавни) интерес, утврђен актом Савезне скупштине.

Изузетно од нове реформске праксе деетатизације послова у привреди, предвиђен је надзор одређеног државног органа при склапању ованвих уговора, који се своди на оцену да ли се при уговарању стичу посебни, законом утврђени услови, као и на регистровање закључених уговора, при чему увођење у регистар има конститутивни карактер, тј. нерегистровани уговор не може производити правна дејства.

Са аспекта организације и управљања такође је повучена јасна разлика између пословне сарадње на основу улагања страних средстава и сарадње која се заснива на обједињавању средстава само домаћих привредних субјеката. Тако се у закону утврђују посебна ограничења у погледу права страног партнера — улагача на саодлучивање. Сем тога, уговором се не може одредити да страни субјект има нека друга или већа права него што их има

домаћа радна организација. Не би се на пример могло предвидети да страни субјект, на основу уложених средстава, може у своју корист конституисати својинска права или посебна стварна права, као што су право хипотеке на унесеним непокретним стварима, право на већу стопу учешћа у дохотку, оствареном из заједничког пословања, право на већи број представника (или гласова) у заједничком пословном одбору и сл.

Према одредбама члана 64. Закона о изменама и допунама закона о средствима привредних организација, предузеће у које су уложена средства, дужно је у својим пословним књигама посебно исказивати доходак из заједничког пословања (сем ако уговором није предвиђено учешће саговорача у расподели дохотка из заједничког пословања, што је само хипотетична могућност). Разуме се да саговорачи имају право увида у такве пословне књиге; ово у толико пре што је радна организација у коју су уложена средства, било домаћа било страна, дужна да у својим пословним књигама осигура посебну евиденцију о укупном приходу, материјалним и осталим трошковима пословања и о дохотку из заједничког пословања.

*

* *

Прописи о могућности директног улагања страног капитала су били донесени; но, иако су се очекивани ефекти уклапали у концепције реформе, првих година била је јако изражена бојазан да ће доћи до поплаве послова на основу тих прописа, мада су они садржали низ превентивних норми којима се „за сваки случај“ наглашено чува „интегритет“ како саме југословенске привреде као такве, тако и друштвених и продукционих односа, утаних у њену структуру. У том смислу, као што је напред наведено, издвајају се делатности у којима се искључују улагања страних субјеката, обезбеђује се принцип мајоритета за југословенског партнера и доноси селективна скала опорезивања добити страних лица, ограничава се трансфер добити у иностранство а само улагање условљава се обезбеђењем нове технологије и повећањем извоза.

Међутим, резултати у првим следећим годинама остају далеко испод очекивања, нарочито у погледу прилива страног капитала; изостали су велики послови а мајоритет домаћих субјеката не само да није ни у једном случају био доведен у питање, већ се поставио проблем законског утврђивања минималног процента учешћа страног улагача, јер се и у почетној, невеликој пракси догађало да ти улози буду готово симболични. Очеvidно се могла констатовати резервисаност страних субјеката према могућностима, створеним новим прописима. Без разлога тешко доступни подаци о томе,⁷ веома речито илуструју стање неочекиваних ефе-

⁷ Необјашњива је претерана уздржљивост апарата државног органа који води регистар уговора о заједничким улагањима у погледу обавештења јавности о овој врсти привредне делатности, утолико пре што су регистри, у начелу, јавна акта. Због тога је тешко дубље анализирати и пратити ефекте ове делатности удруженог рада, сем штурих, али ипак не-

ната: прве (1968) године по објављивању прописа о могућности улагања страног капитала у заједничке пословне циљеве са домаћим субјектима, било је закључено свега 4 уговора; страни улагачи потицали су (по један) из СР Немачке, Италије, В. Британије и НДР.

Следеће (1969) године, било је закључено двоструко више или 8 уговора а страни улагачи потичу из: СР Немачке 1, из Италије 2, из Француске 1, из Белгије 1, из Аустрије 1, из Шведске 1 и из ЧССР-а 1. У току следеће две године број закључених уговора постепено расте. Тако 1970. године било је закључено укупно 10 уговора, од чега из СР Немачке 5, а из Италије, Француске, Швајцарске, САД и Лихтенштајна по један саговорач; године 1971. број закључених уговора порастао је на укупно 16, од чега из СР Немачке 5, из Италије 3, из Француске и САД по 2, а из Аустрије, Швајцарске, Шведске и Лихтенштајна по 1.

У току следеће три године долази до интензивнијег закључивања уговора о заједничком улагању домаћих и страних субјеката у домаћу привреду чему, у извесној мери, доприноси и новелирање прописа из 1967. године у смислу одређенијег статуса и хабитуса страног улагача, доношењем Закона о улагању средстава страних лица у домаће организације удруженог рада.⁸ Осетнији скок у динамици закључивања уговора забележен је 1972. године, када је било закључено 28 уговора; највећи број страних улагача потицао је из Италије (7) из САД-а (6) из СР Немачке (5) из Швајцарске (4) затим из Белгије (2), а по један из В. Британије, Холандије, Лихтенштајна и Канаде.

Највећи број улагача у току целог протеклог периода од доношења првих прописа до данас, био је закључен у 1973. години, укупно 31 уговор. Од тога броја, највећи део уговора отпада на субјекте из Италије (7) и САД (6), по 3 из СР Немачке и Швајцарске, по 2 из Француске, В. Британије и Аустрије а по 1 из Белгије, Луксембурга, Данске, Шведске, Лихтенштајна и Сан Марина. И наредна, 1974. година, са 26 уговора, спада међу најфреквентније; највећи број саговорача потиче из СР Немачке (9), затим из Лихтенштајна (4) и Италије (3), по два из Француске, Аустрије и САД, а по један В. Британије, Белгије, Луксембурга и Швајцарске.

Наредне, 1975. године, долази до драстичног опадања интересовања носилаца страног капитала за улагање у југословенску привреду, јер је закључено само 5 уговора. Саговорачи су потицали из САД (2) а по један из Луксембурга, Данске и Панаме. Вреди поменути да се у овој години први пут појавио партнер, који потиче из једне несврстане а у исто време и земље у развоју. Ова-

каквих података, које повремено „Танјуг“ објављује у дневној штампи, о броју закључених уговора и о глобалним износима заједничких улагања по основу закључених уговора. Међутим, недостају интересантни подаци о правцима извршених улагања, као и о ефектима. У последње време ускраћују се сваке информације о томе, чак и оне, намењене у научно-истраживачке сврхе и то због екстензивног тумачења 46 и 47 члана најновије верзије закона о улагању средстава страних лица (Сл. лист СФРЈ, бр. 18/78).

⁸ Види: Сл. лист СФРЈ, бр. 12/73.

ко мали број уговора вероватно је, поред осталог, утицао да се нешто мења у регулативи, у смислу даљег разјашњавања односа субјеката у пословним односима заједничког улагања у југословенске организације удруженог рада па је у наредној, 1976. години, објављена Уредба о ближим условима за улагање средстава страних лица у домаће организације удруженог рада.⁹ Чињеница је да се у 1976. и наредним годинама побољшава стање у погледу броја закључених уговора о заједничком улагању, како у односу на најслабију 1975. годину, тако и у односу на целокупни десетогодишњи просек (не рачунајући почетну, 1968. годину).

У 1976. години било је закључено 18 уговора а највише партнера је потицало из СР Немачке и САД (по 5), по 2 из Италије, Б. Британије и Швајцарске и по 1 из Француске и Холандије. У 1977. години такође је било закључено 18 уговора од којих отпада 7 на субјекте из СР Немачке, 2 из САД-а а по 1 из Италије, Француске, В. Британије, Холандије, Луксембурга, Швајцарске, Шведске, Финске и Панаме.

Наредне 1978. године поново долази до пада на свега 13 закључених уговора, од чега се путем седам уговора улажу средства из СР Немачке, путем 2, из В. Британије а путем по једног из Италије, Белгије, Швајцарске и САД. Исте године, усаглашавањем текстова раније поменутог закона из 1973. и Уредбе из 1976. године, уз извесна даља разјашњавања односа саговарача и утврђивања обавеза домаће уговорене стране, долази до објављивања Закона о улагању средстава страних лица у домаће организације удруженог рада,¹⁰ којима ће овде даље, бити, посвећена одређена пажња.

Ако би нас занимала провенијенца уложеног страног капитала у југословенску привреду са аспекта регионалних економских интеграција, може се констатовати следећа дислокација уговорених партнера из укупно 177 закључених и регистрованих уговора, у току протеклог десетогодишњег периода:

— из земаља ЕЕЗ укупно 109 уговора, од чега највише из СР Немачке 48 (што је и разумљиво јер је то данас, не рачунајући земље, највеће произвођаче петролеја, земља са највећим суфицитом неангажованог новчаног капитала и из Италије 28, затим по 10 уговора из Француске и В. Британије и најзад по 6 из Белгије, 4 из Луксембурга, 3 из Холандије и 2 из Данске;

— из земаља ЕФТА-е укупно 25 уговора, од чега највише из Швајцарске 14, затим по 6 из Аустрије, 4 из Шведске, 1 из Финске;

— из земаља СЕВ-а само 2 уговора и то по 1, из НДР и ЧССР;

— из свих осталих земаља укупно 39 уговора и то 27 из САД, 8 из Лихтенштајна (мала кнежевина, у којој су домицилиране експозитуре читавог низа разних светских, нарочито европских фирми, да би избегле високу стопу опорезивања у земљама свог стварног седишта, нешто слично квазипоморској флоти Панаме и Либерии), 2 из Панаме и по 1 из Канаде и патуљасте републике Сан Марино.

⁹ Види: Сл. лист СФРЈ бр. 26/76.

¹⁰ Сл. лист СФРЈ, бр. 18/78.

Пада у очи изузетно мали број заједничких улагања са партнерима из земаља СЕВ-а, као и готово потпуни изостанак ове врсте економских односа са партнерима из крила несврстаних и из земаља у развоју, од којих неке, пре свега извознице нафте из Азије, Африке и Латинске Америке, никако не спадају у капитално инсуфициентне земље, као и из других земаља, као што су Јапан, Кина, Шпанија, Бразил и др.

Међутим, далеко значајнији од података о провенцијенци уговора и броју уговора, били би подаци о висини и сразмери улога страних партнера па у вези с тим и о питању регионалне партиципације а посебно би значајно било анализирати смерове алокације удружених средстава по областима и гранама привреде, укључујући и евентуалну могућност праћења постигнутих ефеката на основу инвестирања удружених средстава.

Нажалост, таквим подацима се не располаже због напред споменутог екстензивног тумачења прописа и уопште погрешно мотивисаног става надлежног апарата државне администрације, уколико се до ваљаних података уопште може и доћи због непрецизно вођених службених евиденција. Отуда се мора ослонити на повремено објављене и доста штуре информације „Танјуг“-а.¹¹

Крајем 1976, било је регистровано укупно 143 уговора о улагању страних средстава. У уговорене заједничке послове за до тада протеклих осам година, домаће организације удруженог рада и инострани партнери заједно, уложили су укупно 20,4 милијарде динара, од чега су домаћи саговорачи уложили укупно 17,15 милијарди а страни уговорни партнери 3,25 милијардни динара или цца 16%. Овакав осмогодишњи резултат не само да није спектакуларан, нити „прети“ удруженом раду каквом „мајоризацијом“, односно не доноси било какве опасности да „пенетрација“ страног капитала наруши или угрози друштвену базу и продукционе односе у југословенској привреди, већ је далеко испод нивоа реалних могућности и потреба удруженог рада у циљу даљег, потребног, убрзаног развоја.

Сем тога, значај извршења заједничких улагања умањује и околност што су страна средства највећим делом била улагана у металну индустрију, знатно мање у хемијску индустрију а најмање у експлоатацију сировина; ово вероватно због мање атрактивности инвестирања у екстрактивну индустрију, јер се уложена средства далеко спорије рефундирају него при улагању у прерађивачке гране индустрије. Међутим, за југословенску привреду, која је оптерећенија високим увозом дефицитарног репродукционог материјала, улагање страног капитала било би несравњено корисније за развој сировинске основе, бар тамо где постоје богати природни ресурси и очевидне компаративне предности. Међутим, потстицати овакву алокацију страних средстава могуће је само

¹¹ Већ после 1970, дневни лист „Политика“ повремено објављује податке како о стању закључених уговора о заједничком улагању, тако и о закљученим уговорима о лиценци и кооперацији са иностраним партнерима. Тако су крајем 1976. године (затим и касније) били објављени нешто потпунији подаци које овде користимо.

путем одређених олакшица, пореских и других, путем одговарајућих прописа.

У току наредне две године, тј. до краја 1978. године (када се навршила пуна деценија примене прописа о могућности улагања страног капитала у југословенску привреду, било је закључено још 34 нова уговора или укупно 177 уговора за 10 година, повећање броја уговора 1978:1976. за цца 24%); укупна заједничка улагања, у односу на 1976. попела су се на преко 27 милијарди динара или за цца 33%, при чему су улози домаћих партнера порасли на 20,9 милијарди или за цца 23% а улози страних партнера на 6,2 милијарде или за цца 91%, што је, упркос још увек скромних укупних размера, веома значајан квалитативни скок.

Посматрано са регионалног аспекта, највећа улагања страног капитала, у току протеклог десетогодишњег периода потичу из групе „осталих земаља“ или 51% по основу 41 закљученог уговора (просечно улагање по једном уговору цца 77 милиона динара) при чему отпада на улагања само из САД са цца 50%) са просечним улагањем по једном уговору од цца 107 мил. динара); из групе земаља Заједничког европског тржишта, на основу 105 закључених уговора, улагања страних средстава чине цца 36% укупних улагања по основу 109 закључених уговора (просечно улагање по једном уговору износи цца 20 мил. динара) при чему улагања из СР Немачке по основу 49 закључених уговора, досежу цца 15% (просечна улагања по једном уговору износе нешто више од 20 мил. динара); из групе земаља ЕФТА, по основу 25 закључених уговора, партиципација у укупно уложеним страним средствима износи нешто више од 10% (са просечним улагањем по једном уговору од цца 25 мил. динара); најзад, из земаља СЕВ-а, по основу свега два уговора, уговорена улагања партиципирају са нешто више од 3% укупних страних улагања (са просечним улагањем по једном уговору од цца 99 мил. динара).

Са аспекта висине партиципације страних улагања у односу на уговорена укупна заједничка улагања са југословенском страном, просечно повољнији односи (сматрајући повољним што веће улагање страних средстава у законом дозвољеним границама) постигнути су, у току десетогодишње праксе, са улагањима из следећих земаља: из НДР (49%), из Панаме (48%), из Сан Марина (47%), из ЧССР-а (44%), из Данске (40%), из САД (35%), из Холандије (32%), из Шведске (31%), из Италије и Луксембурга (25%), из Швајцарске (21%); у свим осталим случајевима партиципација је испод 20%.

Међутим, овде се може учинити неколико следећих напомена: са високим процентом страних улагања (изнад 30%) има свега 48 уговора (од укупно 177) а вредност уложених страних средстава чини 70% од укупних десетогодишњих страних улагања али у томе грôс представљају улагања по основу 29 уговора из САД, што чини свих 50% укупних улагања, док осталих 19 уговора, из осталих земаља са високим процентом улагања, чини свега 20%; највећи број уговора пак закључен је са партнерима из СР Немачке (46) али укупна улагања по основу тих уговора износе свега цца 15% од укупних десетогодишњих страних улагања, при чему не-

мачки партнери, у односу на укупна заједничка улагања са својим југословенским саговорачима, партиципирају, у просеку, са свега 13%; готово је необјашњива уздржљивост западнонемачких привредника у улагању средстава у југословенску привреду и поред релативно великог броја закључених уговора о томе, утолико пре што се нешто слично не запажа у пракси са привредницима западноевропских и других земаља, посебно са привредницима из САД.

Склони смо да верујемо да узроке такве појаве треба тражити у недовољној информисаности немачких привредника о степену развијености и снази југословенске привреде, у недовољној еластичности прописа о заједничким улагањима а такође и у готово потпуној оскудици информација о овој области економских односа југословенских привредних субјеката са иностранством. Више нумеричких и аналитичких информација о томе не само не би штетили југословенској привреди, већ би поред популарисања овакве пословне активности, одиграли подстицајну улогу међу потенцијалним иностраним партнерима.

Међутим, у овом тренутку поставили бисмо питање: у којој мери специфична правна регулатива може одиграти улогу у даљем развоју економских односа са иностранством о којима се у овом случају ради? Затим, у којој мери последње новеле постојећих прописа — Закона о улагању средстава страних лица у домаће организације удруженог рада из 1978. године, доприносе томе циљу?

*

* *

Иако домаћа регулатива није ни једини ни одлучујући фактор развоја економских односа са иностранством, сигурно је да правна решења, која нуде домаћи прописи, могу бити од пресудног утицаја на правну способност и иницијативу домаћих субјеката за заснивање економских односа са страним субјектима с једне, а с друге стране на стицање уверења страних субјеката о обезбеђености правне и економске стабилности уређених пословних односа са домаћим субјектима.

Због тога ваља указати на она правна решења важећих прописа о улагању средстава страних лица у домаће организације удруженог рада, која су комплетнија, прецизнија и обухватнија (или то можда нису довољно) у односу на прописе из 1967. године и на касније новеле, изузимајући оне одредбе које представљају усаглашавање са одредбама новог Устава, Закона о удруженом раду и другим општим прописима (као нпр. Закона о промету робе и услуга са иностранством, Закона о девизном пословању и сл.).

Мора се рећи да су интенције и основна правна решења, дата још 1967. године, остали углавном неизмењени у свим новелама прописа које су касније уследиле. Због тога се већ у првим члановима Закона из 1978. године уочава исти недостатак, иако је пракса наметала потребу шире концепције. Познато је да у сфери међународних економских односа пракса редовно иде испред регулативе, отварајући јој нове путеве и намећући потребу за но-

вим конструкцијама правног регулисања; то је готово законита појава у развоју Међународног привредног права, која налази своју потврду и у области која је овде предмет разраде. Познато је да се заједничка улагања домаћих и страних субјеката у заједничке пословне циљеве, уз заједничко сношење ризика али и уз заједничко, уговором уређено, уживање у позитивним резултатима, већ увелико не односе само на пословање на домаћој територији, већ се одигравају у иностранству (случај „Горења“ у производњи телевизора у СР Немачкој и др.).

Међутим, о таквој пракси заједничких улагања у поменутом Закону нема ни помена, иако се већ у првом члану наглашава основна интенција заједничких улагања — „ради ширег и дугорочнијег укључивања у међународну поделу рада...“ Сем тога, према слову члана 2 Закона, изгледа да се под заједничким улагањима и даље подразумева само то да „страно лице може улагати средства у домаћу организацију удруженог рада ради остваривања заједничких пословних циљева...“ (тј. у тзв. „заједничко пословање“); наравно, ни овде се не прецизира где се то „заједничко пословање“ има обављати — да ли само у Југославији или не.

У томе да овако „једнострано“ стипулисан пропис о „заједничким“ улагањима, остаје недоречен (јер га је и пракса превазишла) поставља се и једно логичко питање: ако страном лице може улагати у домаћу организацију ради заједничког пословања, може ли до тога доћи а да и домаћа организација не уложи са своје стране средства у то исто „заједничко“ пословање? Кад то заједничко пословање почне да се реализује, свеједно је „ко у кога и у шта“ улаже; није ли, најзад, свеједно где се реализује то заједничко пословање, ако се њиме остваре циљеви, које је законодавац таксативно набројао у члану 42, тачка 2—7 или, *per argumentum a contrario*, ако се њиме не наруше захтеви из тачке 2—3, става другог истог члана. Јасно је да не само постојећа пракса него и логика реалности привредног пословања налажу што скорије аналогно употпуњавање садашњих прописа о заједничким улагањима.

Већ по доношењу прописа 1967. и касније, често се могло чути да су дата правна решења сувише ригидна, да је пренаглашена улога администрације а поступак одобравања уговора сувише спор и компликован, оптерећен низом претходних потврда, мишљења и сл., која се због фактичне немогућности да буду резултат стручног утврђивања одређених стања, практично свде на пуку формалност. Ово не само да непотребно пролонгира процес, већ служи као неко оправдање за вршење једног, практично „дискреционог“ права одређеног ресора државне администрације, иначе као пракса неспојивог са самоуправном оријентацијом система. Све то пак, у пракси, јавља се као лимитирајући фактор у ангажовању стране акумулације за бржи развој домаће привреде.

Мора се рећи да прописи из 1978. године не само да нису постали еластичнији, него је првобитна „ригидност“, у извесном смислу, још и појачана:

а) уместо компетенције само органа савезне администрације (нако у погледу одобравања да се може закључити уговор, тако у погледу опорезивања и сл.) сада се та компетенција простире по дубини) на републичке и покрајинске органе;

б) и поред тога што се чланом 7. утврђује: да уговор „не може бити у супротности са друштвеним планом Југославије . . .“ и сл. инструментима, нити у супротности са друштвеним договорима које је закључио домаћи субјект, затим чланом 40, став 2, тачка 3—4, каквим уверењима треба да буде пропраћен захтев за одобрење уговора, чланом 41, каквим економско-техничким образложењем треба да буде образложен тај захтев а да је чланом 42 још и таксативно набројано шта све одредбе уговора морају респектовати да би уговор могао бити одобрен, ипак се за надлежни орган савезне администрације резервише апсолутно право одлуке о томе да ли ће уговор одобрити или не. Због тога, а и због духа закона, који провејава из читавог низа других одредаба Закона из 1978. године, стиче се утисак да компетенције, дате надлежном органу државне администрације, стварно представљају случај класичног дискреционог права, додуше са могућношћу жалбе Савезном извршном већу али против чијег решења не може се водити управни спор (чл. 45);

ц) према одредби члана 4. став 2. утврђује се да уговор не може производити правна дејства пре но што буде одобрен од надлежног органа савезне администрације а у члану 46 став 4. стоји да уговор постаје пуноважан тек када буде уписан у регистар код тог истог органа — дакле, тек по испуњењу два услова (sic!) конститутивног карактера;

д) чланом 51 и 55 тачка 3. утврђује се ригорозна контрола извршења уговора.

Међутим, треба рећи, да упркос све ригидности, прописи из 1978. године доносе извесне погодности за уговарајуће стране. Тако нпр. по члану 23 став 2 страни улагач не мора, као што је то било по старим прописима из 1967. године (најмање 20% остварене добити), да средства, на која има право трансфера у иностранство, реинвестира, односно њима повећа свој удео у средствима заједничког пословања или да их уложи у другу домаћу организацију удруженог рада; он чак, у складу са дургим важећим прописима, може тим средствима на други начин располагати (трошити) у Југославији. Шта више, може се рећи да су нови прописи у погледу диспонирања средстава, које страно лице оствари у Југославији по основу заједничких улагања, знатно флексибилнији од старих.

За југословенског сауговарача нови прописи обезбеђују значајну погодност на тај начин што став 3. члана 11. овлашћује надлежне органе администрације да пропишу најнижи износ односно сразмеру средстава од укупне вредности заједничког пословног подухвата, који у домаћу организацију удруженог рада мора уложити страно лице, да би стекло права предвиђена Законом и уговором о заједничком улагању. Ово се показало као нужна превентива од симболичних улагања страног капитала, каквих је случајева било у току десетогодишње праксе.

Но, при свему томе, о прописима из 1978. године стиче се неизбежан утисак да садрже много више когентних него дипсозитивних норми, што се не би могло очекивати у материји регулисања међународних економских односа, где је (чак и по слову Закона из 1978. године) уговор предвиђен као основни правни инструмент регулисања међусобних односа заинтересованих субјеката.

Све у свему, очевидно је да у догледно време треба очекивати норенитију измену прописа о заједничким улагањима, да би престали да буду лимитирајући фактор у коришћењу стране акумулације за интензивнији развој домаће привреде у датим условима капиталне инсуфицијенције. Наравно, то ће зависити и од интенција економске политике, односно од планиране динамике привредног раста у оквиру укупних пропорција друштвених планова за наредни период.

Ако се ослонимо на искуства и праксу у току протекле деценије, заиста се може констатовати да ни у условима флексибилнијих прописа о заједничким улагањима, нема опасности нити од „мајоризације“ страног капитала, нити од неке агресивне пенетрације у домаћу привреду са евентуалним политичким циљевима, нити са платнобилансног аспекта због трансфера остварене добити страних субјеката.

Чак и кад страна улагања у развој југословенске привреде по основу уговора о заједничким улагањима, судећи по досадашњем току ствари, не би било готово маргиналног значаја у сразмери са потребама динамичнијег и бржег привредног развоја, па кад би, у будућности постала и знатно увећана, у друштвеном систему и продукционим односима какви постоје у Југославији а посебно у условима самоуправно организованог удруженог рада, стварно није могуће постићи тим путем какве злоћудне ефекте, под претпоставком економских оправданих, пројектованих заједничких пословних подухвата. Због тога, ни из једне знатно либералније регулативе не би могле произаћи неке неслућене опасности, чак и уз знатно мање мешање администрације.

*

* *

Ако би, на крају, требало нешто рећи о преспективама заједничких улагања као специфичног облика међународних економских односа домаћих привредних субјеката, онда би, уз сву потребну опрезност због непредвидљивих обрта на том терену, требало очекивати њихов даљи динамични пораст. То, не због тога што би се пројектирало неко механичко екстраполирање до сада испољених тенденција или планских претпоставки даљег привредног раста, него зато што текућу фазу међународних економских односа а нарочито ону која у непосредној будућности предстоји, карактерише много мање конфронтација друштвено-економских система, а много више већ увелико испољени тренд све веће стварне и неминовне упућености земаља једних на друге и њихова све већа узајамна зависност и то у глобалним размерама.

Данашњи тренутак света карактерише неколико одлучујућих чињеница: све организованије присуство несврстаних и земаља у развоју у међународним економским односима, растуће потребе за сировинским и енергетским изворима, неминовност прерасподеле светских природних и других богатстава, растуће потребе за новим капиталним инвестицајама у развој производних снага и технолошки прогрес. Све то далеко превазилази садашње могућности и реалне и финансијске акумулације чак и развијенијих привреда, утолико пре што су оне у највећем броју случајева, детерминисане класичним, слободно-тржишним профитним параметрима.

Управо због свега тога не може се на заједничка улагања гледати с подозрењем као на „претходницу“ друштвене и економске агресије или асимилације међу супротстављеним системима, већ као на прихватљиву алтернативу организовања међународне економске сарадње, уз рационалну и коректну поделу напора, одговорности и ризика али и постигнутих користи, између партнера, који се све више морају навикавати на поштовање принципа равноправности, узајамног респектовања и појединачних интереса.

Нереално је очекивати да ће заједничка улагања моћи у потпуности да замене све остале облике међународне циркулације капитала, намењеног инвестицијама, техничком прогресу и његовој трансмисији или у друге сврхе. Али сигурно је да ће заједничка улагања у међународним размерама добијати све већи значај и обим и постајати све разноврснија и по садржини и по форми. Све ово ће изискивати од југословенског друштвеног и привредног система а посебно од легислативе, додатне напоре, представљајући и неку врсту провере; али то ни у ком случају неће бити несавладљива препрека. Интегритет и кохезија југословенског система, обликованог Уставом и Законом о удруженом раду, пружа све потребне услове али и гарантује за знатно еластичнија и инвентивнија прилагођавања реалностима међународних економских односа и међународне поделе рада.

Ово је већ сада потпуно пластично сагледиво, јер се у заједничким улагањима свих моделитета, као партнер са југословенске стране искључиво појављује удружени рад, са целокупном скалом међусобног самоуправног интересног и пословног повезивања. Ово му пружа квалитативно потпуно нов прилаз третману имовине, „мајоритета“, начина управљања и расподеле остварених економских резултата. Доходовна мотивација и критеријум остају као основна оријентација југословенског партнера, чиме он не задира у профитне и сличне преокупације иностраног партнера. Конкретизовање оченивања пословних партнера треба препустити уговорном уређивању, поштујући аутономију воље странака. Друштвена контрола и вођење економске политике добиће у самоуправном споразумевању, друштвеном договарању и самоуправном планирању далеко ефикасније инструменте него што је то било каква (обично недовољно квалификована а често и само формална) административна контрола уз помоћ рестриктивне регулативе.

Драгомир В. Церовић

SOME ASPECTS OF THE TEN YEAR'S APPLICATION OF REGULATIONS CONCERNING FOREIGN CAPITAL INVESTMENTS INTO HOME ECONOMY

— Summary —

The regulations which permit foreign capital investment into Yugoslav firms were prorogated in July 1967, in the course of carrying out the economic reform started at the end of 1965. From that time on, these regulations have been altered and improved several times, but this has not remarkably changed either the quantity or the dynamics of foreign capital investments.

During the ten year's application of these regulations the planned use of foreign accumulation for the home economy development produced, if not spectacular, some remarkable results. The author believes that further improvement of these regulations would provide for the quantity and intensity of the joint venture business between home and foreign partners if the role of the state administration were diminished in the process of contracting and if greater publicity were given to the results achieved in the field of this business activity. In conditions of a developed workers selfmanagement system the arbitration of the state administration concerning the joint venture business is to be expected to decrease substantially.

САВРЕМЕНИ КАМАТОНОСНИ ОДНОС

О КАМАТИ КАО ИНСТИТУТУ

(1) У економској и правној доктрини има мало института који су изазвали толико научних и стручних расправа, као што је то случај са каматом. Ове расправе потичу из проблема структуре садржине камате, која је телеолошка у економији и онтолошка у праву: у економији је битан циљ каматоносног односа, а у праву се постављају питања допуштености камата. Посматрано историјски, расправе су текле обрнутим редоследом од логичног, од правног на економском проблему садржаја института. То се може разумети, пошто је организована економска наука настала тек са физиократима, а правна истраживања у области камата нису вршена све док се право ослањало на ставове филозофије, у сфери спиритуелног. Тако је још Аристотел (*De republica*), полазећи од става о противприродности стварања новца из новца, закључивао да камата има зеленашку природу; како наводи О. Станојевић (Канонске доктрине о зеленаштву, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1—2/1963, стр. 13—20), појам камате потиче од грчке речи *к а м а т о с*, мука. Хришћанска филозофија од настанка негира камату: почевши од јеванђелиста, па све до времена Томе Аквинског, она је забрањује. Тек Тома Аквински (*Summa theologiae*, око 1265) дозвољава камату као вид накнаде штете повериоцу који се, позајмљујући, лишава свог новца, а тек у XIX веку (1832) црква скида анатему са камата. Јуриспруденција се стриктно држала ставова цркве и спречавала каматоносне односе, али је пракса проналазила начине да се избегну забране: тако О. Станојевић (op. cit.) наводи уговорне начине *contractus mohatrae* (уговор којим дужник купује од повериоца робу за вишу и одмах му је продаје за нижу цену) и *contractus trinus* (симуловани ортаклук: ортак-поверилац одриче се унапред од непостојеће добити и уступа је ортаку-дужнику који му је одмах дугује). Очевидно, економска нужност камате пробијала је правне оквири.

○ (2) Са физиократима се у доктрини појављују аргументи за неопходност камате. Тако А. Turgot (*Memoire sur les prets d'argent*, Paris, 1796) сматра да камата представља део ренте и да разлика у времену и месту позајмице представља разлику у вредности новца. Током времена, управо ова разлика посматрана је у доктрини из најразличитијих углова времена и места коришћења новца: најинтересантнијим се чине схватања о нужној каматној стопи (Böhm-Bawerk, *Capital and Interest — Agio Theory of Interest*, London, 1884) и о природној каматној стопи (Wicksell, *Lectures on Political Economy*, IInd, London, 1946). После физиократа, право на камату престало је да буде предмет проучавања (мада не и предмет остваривања у сукобу са црквеним ставовима о камати) и пажња се концентрише на њену стопу. То можда најсажетије изражава Р. Samuelson (*Економија — Уводна анализа*, превод, Београд, 1969, стр. 626) када каже, да се негирање камате заснивало на схватањима из доба несавршених тржишта на којима је била непозната нето продуктивност капитала и све док се није увидело да је камата, мада грубо, ипак мерило за пропуштене могућности зајмодавца да уложи новац у инвестиције. Додали бисмо, ако постоје могућности позајмљивања.

○ (3) Критика грађанске теорије камате у радовима К. Маркса није негирала њену улогу у мерењу употребне вредности позајмљивог туђег дохотка, али је сматрала камату ирационалним обликом цене као детерминанте друштвено-економског односа, у коме не може да буде купопродајне цене (Маркс, *Капитал I—III*, БИГЗ 1973, стр. 518 и 1429). Оно што чини камату потребном или непотребном је природа друштвено-економског односа присвајања вишка рада; од начина присвајања зависи примена инструментаријума, а „каматна стопа односи се према профитној стопи слично као тржишна цена робе према њеној вредности“ (*Ibid.*, стр. 1439). Дакле, тржишна цена у односу на вредност робе и постојање категорије вишка рада из кога потиче добит, предуслови су за каматну стопу. Ово Марксово схватање камате доктрина није имала чиме да демантује.

○ (4) Савремени институт камате је према томе неспоран и време треба да покаже до када, са којим садржајем и у којој мери он може да опстане. У том времену већ има промена схватања о садржини института, по којима камата представља калкулациони елемент; у њему је битан однос између употребних вредности финансијског и производног капитала, а не однос присвајања. Општа друштвена сигурност при улагању новца у развој (инвестиције), с обзиром на вредност новца у времену, поставља захтеве за остваривање еквивалентности уложеног са добијеним, сличне онима које поставља доктрина облигационих односа када сматра, да се сва дејства облигација сажимају у њиховом испуњењу (R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire Allemand*, Paris, 1901, стр. 13). Тако Р. Samuelson (*op. cit.*, стр. 620—621) говори о камати као методу за избор најнепосредније продуктив-

них инвестиционих пројеката, а од наших аутора указујемо на схватање М. Ћировића (Монетарно-кредитни систем, II издање, Београд, 1976, стр. 60—61) о „каматном механизму“ као објективном услову за удруживање акумулације; овај механизам је последица захтева економичности у односу између инвестиционе и текуће потрошње. Оба ова схватања свде се на конкурентност инвестиционих пројеката с обзиром на њихову нето продуктивност, која је према I. Fischer-у (Theory of Interest, Yale 1930) једнака тржишној каматној стопи по којој би се исплатило да се пројекти предузму, уместо да се новац троши или штеди. Конкурентност може да се схвати, према томе, не само као међусобни оптимални ефект пројеката, већ и као однос са захтевима за трошењем: у том смислу, и финансијска доктрина земаља са централно-планским привређивањем усваја каматну стопу као регулатор (Е. А. Ровинскиј и др., Советское финансовое право, Јуридическа литература, Москва 1978, стр. 207—209).

(5) Ако се прихвати да камата има функцију механизма за селекцију међу инвестиционим пројектима и функцију регулатора укупне тражње у вези са расположивом финансијском активом из акумулације, онда термин којим се обележавају те функције изгледа споредан. У нашем позитивном праву тако је и поступљено. Већ Устав од 1974. о камати говори на само једном месту (члан 28) као о накнади грађанину за средства уложена у привредно пословање. Закон о основама кредитног и банкарског система од 1977. помиње камату на само два места (чланови 164. и 175); Закон о новчаном систему од 1977. на само једном месту (члан 22). Насупрот, појављује се израз *у с л о в а* под којима се закључују новчани и посебно кредитни послови: овај израз користи нарочито Закон о основама кредитног и банкарског система од 1977. и то код регулисања планирања (члан 86), удруживања рада и средстава (члан 55. и 118) и кредитирања (члан 33. и 34). Израз *у с л о в* не обавезује на каматносни однос и не искључује овај однос (ако је облигационоправни). Разуме се, да при ованком регулисању законодавац не мисли на камату код накнаде штете, с једне стране по правилу о накнади која треба да супституише изворе средстава у имовинској маси онога који их због туђе одговорности не остварује, а с друге стране с обзиром на правило да неиспуњавање новчаних обавеза представља незаконито присвајање туђе имовине и спречавање вршења самоуправних права у располагању друштвеном својном (члан 15. Закона о новчаном систему од 1977).

(6) Садржина појма камате различито је протумачена у економској и правној доктрини. Економска говори о цени новца (капитала), а правна о накнади за коришћење новца. Разлика у тумачењу потиче из сфере промета и слична је разлици која између економије и права постоји у дефинисању промета услуга: економија сматра да се услуге продају (што прихвата и савремена легислатива, члан 60. Закона о удруженом раду), а право да се услуге чине; у првом случају има цене, а у другом нема цене

већ накнаде. Ако се садржина појма не схвати као психолошки фактор у поимању камата, тада је назив споредан, али се чини да Марксов став о ирационалности цене у облику камате говори за појам камате као накнаде, а тиме и за садржину појма.

(7) Без сумње је, да камата као институт има положај извесног регулатора: на то указују и донтринарна и позитивноправна аргументација. Тада је основно питање каматоносних односа питање каматне стопе, а оно се у савременим околностима робно-новчаних токова може схватити као питање разумне каматне стопе.

ОСНОВНИ ПРОБЛЕМ КАМАТЕ: РАЗУМНА КАМАТНА СТОПА

Уопште о њеном регулисању

(8) Појам разумног у области цена и накнада у праву је расправљен до мере, која чини сувишним упуштање у категоријални приступ. Међутим, опредељивање разумне мере код камата с обзиром на економску основу представља знатно тежи посао и захтева неке тачке ослоња.

(9) Класично су познати модели регулисања каматних стопа цивилним кодексима (нпр. у нашем ранијем праву), посебним законима (нпр. по Закону о облигационим односима), везивањем за есконтну стопу емисионе банке (Швајцарска и СР Немачка) и ех аequo et bono (одлукама трговачких судова и арбитража). Два последња модела претпостављају извесна финансијска тржишта, на којима се сусрећу понуда и тражња новца. Регулисање стопе кодексима више се не може примењивати, с обзиром на непрекидне промене вредности новца у времену и зато остају три могућа модела. Ми ћемо се бавити испитивањем функционисања ових модела у нашем праву, с обзиром на промене које су се догађале у регулисању стопа.

(10) У нашем праву настала је празнина регулисања стопа, најпре уговорних (1971. године, када је престао да важи Закон о банкама и кредитним пословима од 1965), а затим затезних (1972. године, када је престала да важи Наредба о затезним каматама од 1957). По ранијем Закону о банкама и кредитним пословима, требало је да каматне стопе буду регулисане друштвеним договором. Такав договор до престанка важења овог закона није постигнут. Све до данас, и после доношења Закона о облигационим односима од 1978, нису донети прописи који регулишу уговорну каматну стопу: закон о редовној стопи и пропис Савезног извршног већа о затезној стопи (мада су регулисане законска редовна и затезна стопа, члан 399. и 277. Закона). И теоријски и практично посматрано, празнина у погледу уговорних стопа остављена је пракси, што значи удруженом раду који треба да

самоуправним споразумима и друштвеним договорима регулише висину каматних стопа. За сада је регулисана само каматна стопа за кредите за селективне намене и за монетизацију хартија од вредности (Самоуправни споразум о заједничким основама политике прихода и расхода пословних банака Југославије за период 1978—1980), која износи један процент изнад есконтне стопе Народне банке Југославије; остале стопе за кредите нису регулисане.

[11] Суочена са захтевима за пружање судске заштите каматносноним пословима, судска пракса је већ 1972. године усвојила став да се судска заштита пружа стопи до осам процената годишње (ако стопа није уговорена) и највише до 12 процената (ако је уговорена), с тим да се преко 12 процената заштита не пружа без обзира на основ захтева: 12 процената била је гранична накнада, како за редовне и затезне стопе, тако и за уговорну казну, учешће у добити, провизију или слично, а у начелу није била заштићена камата на камату (Врховни привредни суд, Општа седница од 26. и 27. децембра 1972. године). Током времена ова висина каматне стопе била је предмет захтева за промену, али је тек 12. јула 1977. године на VI заједничкој седници Савезног суда, републичких врховних судова и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда (Збирка судских одлука, књига III, свеска I, 1978) поново заузет став о каматној стопи који се састоји у томе да „...судови неће пружати судску заштиту захтеву за досуђење каматне стопе у мери, у којој је она противна принудним прописима, уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, добрим пословним обичајима или правилима морала самоуправног социјалистичког друштва“.

[12] Судска пракса је, дакле, од става о одређеном проценту каматне стопе одступила с обзиром на разлоге који су очевидно говорили за немогућност фиксирања ове стопе; то није неочекивано, с обзиром на промене вредности новца у времену и, уосталом, познато је као практично и теоријско решење у систему клизне каматне стопе (roll-over) који се примењује на светским финансијским тржиштима. Исто је тако очевидно, да судска пракса није могла да се ослони на есконтну стопу емисионе банке, пошто се ова примењује за сразмерно мали део кредитних односа (пошто су кредити за селективне намене у маси кредита око 10—15 процената, а кредити за монетизацију хартија од вредности имају горњу границу у маси ових хартија, која је 1978. године домашила само 7 процената од укупних плаћања у привреди). Питање које треба поставити је, да ли је оваквим регулисањем постигнут циљ или не.

[13] Када се овај модел регулисања ближе посматра, он показује обележја једног правног стандарда који вреди за облигационе односе изузимајући природне облигације. Ми ћемо оставити по страни случај природне облигације, када дужник плати каматну стопу коју сматра превисоком, пошто модел обухвата

само заштиту захтева повериоца, и посматрати састојке става суда, с обзиром на примењивост. Пошто правни стандард не може да регулише примену принудних прописа, из оваквог стандарда се искључује ослонац на принудне прописе. Састојак уставом утврђених начела друштвеног уређења није примењив, пошто се друштвено уређење не може да доведе, ни једним методом, у однос са конкретном каматном стопом. Састојак добрих пословних обичаја у области каматних стопа значи, да постоји једна обичајна стопа и потребно је да се испита, не би ли се обичајна стопа (с обзиром на природу обичаја као норме) претворила у фиксну, на који начин би била без сврхе у трајним приликама промене вредности новца у времену. Најзад, састојак правила морала би требало просуђивати, како то наже С. Перовић (Забрањени уговори, Београд 1975, стр. 165) према забрањености предмета и каузе уговора, што за било коју сразмеру давања може да се регулише само позитивним правом.

(14) У покушају да се основна мисао посматраног модела правног стандарда ближе проучи и утврди његова садржина, пошли смо од друкчијих премиса, узимајући их из правног система и система законодавства и поставили модел који обухвата састојке (а) опште категорије дохотка и његове максимизације, (б) начела деловања законитости тржишта, (ц) начела еквивалентности престација и (д) начела узајамности и солидарности у друштвено-економским односима. Ове премисе одговарају састојцима стандарда у посматраном моделу онолико, колико је то примењиво на међусобне односе поводом каматне стопе у функцији регулатора, којом се бавимо.

Каматна стопа у функцији максимизације дохотка

(15) Доходан организације удруженог рада је основа и мотив удруживања рада и средстава (члан 58. Закона о удруженом раду): оваква дефиниција је полазна и за каматни доходак, који потиче при посредном удруживању рада и средстава, које се врши путем удруживања у банке и путем депоновања средстава код банке, али и за непосредно удруживање засновано на производном, а не на финансијском интересу. То се добро види на моделима удруживања рада и средстава, од којих смо ми као један од верификованих у пракси узели модел заједничког дохотка у удруженом раду (Д. Јовановић, Заједнички доходак у удруженом раду, Горњи Милановац 1977, стр. 168—175). Теоријско уопштавање, остварено у овом моделу, могло би се сажети у зависности производног интереса за удруживање средстава и рада и средстава од (а) односа дохотка од камата и прираста дохотка од инвестирања у сопствене техничко-технолошке факторе, (б) односа прираста дохотка и радног потенцијала увећаног за прираст дохотка по основу камата, са прирастом дохотка од ефеката инвестирања у сопствене техничко-технолошке факторе, и (ц) односа између

прираста дохотна оствареног инвестирањем кредитно ангажованих средстава, са делом дохотна који одлази на камате за коришћење таквих средстава. Модел, према томе, узима у обзир стварне каматоносне односе и чини се, да изражава и неке параметре за оцену могућности да се каматоносни (дакле, кредитни) однос замени односом удруживања или улагања средстава. Наиме, познато је да замена кредитних односа односима удруживања зависи од расположивих средстава привреде, од прецизног дефинисања интереса удруживача и других фактора који се у времену различито остварују. Зато финансијски интерес остаје актуелан, па самим тим и доходак из финансијске сфере.

(16) Када, на овај начин, утврдимо постојање финансијског интереса који је уобличен и у састојцима производног интереса, овај интерес прати се најефикасније на пољу кредитних односа. Каматоносни однос претпоставља се код уговора у привреди, без обзира на извор средстава (удружена или депонована средства) и каматни механизам треба да обезбеди такав доходак, који би се иначе могао остварити када би, уместо удруживања и депоновања у кредитне намене, средства била коришћена за стварање сопственог дохотка. У противном, како то каже Р. Савковић (Могућности удруживања новчане акумулације у самоуправној привреди, Марксистичка мисао број 5/1976, страна 203) доминантан мотив за удруживање транзиторне финансијске активе биће стицање могућности задужења код банке. Основно питање код остваривања дохотка по основу камата је емисиона добит, доходак који је изнад просечне стопе добити из основне делатности кредитора (или, када је кредитор банка, њеног чланства); доцније ће бити показано, да она у пракси изгледа спорна, иако у доктрини има оправдања.

(17) Корак ближе на разумној каматној стопи представља структура трошкова, неопходних за мобилизацију, концентрацију и мултипликацију извора средстава. Активна камата треба да покрије пасивну камату, евентуалне курсне разлике за иностране кредите узете за ликвидност, материјалне трошкове са амортизацијом, законске и уговорне обавезе из дохотка, личне дохотке радних заједница банака и средства за развој материјалне основе рада. Под претпоставком да банка нема остварен законом одређен ниво покрића резерви, активна камата треба да обезбеди и покриће у фондовима солидарне одговорности и резервном фонду. На тај начин, активна стопа одређена је извесним збиром; ако тај збир не буде домашен, чланови банке биће обавезни да га покрију из својих средстава. Тако добијен износ представља минималну активну стопу, која се сагласно актима о пословној политици банке увећава за износ који је у смислу члана 58. Закона о удруженом раду прихваћен као износ за увећање дохотка. Ако такав износ не буде предвиђен, онда се враћамо на запажање Р. Савковића о мотиву.

(18) Друкчија је ситуација са депозитним средствима, која немају статус удружених. Депоновање текућих средстава и неутрошене транзиторне финансијске активе је обавезно (члан 20. Закона о основама кредитног и банкарског система од 1977). Активна стопа на кредите из депонованих средстава требало би, у начелу, да буде мања, пошто са њима банка ризикује много мање, с обзиром на строжи инструментаријум обезбеђивања тражбине према кредитном дужнику. Пракса, међутим, показује да се кредити дају и из удружених и из депонованих средстава без разликовања с обзиром на ризик пласмана и враћања. Томе је разлог недефинисан статус удружених средстава, која се код банака налазе у истом статусу као и депозитна средства. За сада пракса није створила начин да се средства тако удружују, да све чланове који удружују средства доведе у однос заједничког дохотка уз заједничко сношење ризика (члан 587. Закона о удруженом раду) са једним или више чланова банке, као корисницима удружених средстава. При томе се раздваја питање непосредног удруживања рада и средстава између чланова банке посредством банке, али без кретања средстава на рачунима банке, или са таквим кретањем које представља само обрачун у плаћањима; такво удруживање, пошто не производи последице по остале чланове банке, није удруживање путем банке.

(19) Пошто сам за себе доходак не објашњава каматну стопу, па ни разумну, пошто остаје непозната величина емисионе добити, даљи одговор о састојцима разумне стопе треба тражити у тржишном каматном механизму, испитујући да ли он објашњава мотиве дохотка.

Тржишни каматни механизам

(20) Једини пропис који говори о тржишној камати је већ наведени Закон о промету... из 1976, који у члану 16. предвиђа да је тржишна каматна стопа она коју банке у месту плаћања одобравају (дакле, пасивна стопа) на штедне улоге по виђењу; ова према вишегодишњој пракси износи седам и по процената годишње. Са те тачке гледишта, разумна стопа била би позната, ако би се овај пропис могао да примени на каматносно односе уопште, али је очевидно да се само ова пасивна стопа не може да узме у анализу, посебно и због тога што вреди само за односе при плаћању уз аванс.

(21) Ближа је проблему одредба члана 57. Закона о удруженом раду, по којој радници планирањем дохотка стварају, између осталог и услове за овладавање стихијним деловањем тржишта. У том смислу, систем планирања даје одговоре и о каматној стопи, али тај систем захтева истовремено сусретно планирање. Према различитим изворима и методологијама евидентирања, у средњерочном планском периоду 1976—1980, до поло-

вине 1979. године, остварено је свега око 10 процената сусретног планског усклађивања у привреди, а удруживање акумулације за инвестиције (које су претежни мотив за акумулацију) на јединственом југословенском тржишту је минимално и крајем 1977. године укупна међурепубличко-покрајинска улагања износила су свега 1,3 процента од вредности свих инвестиција у земљи (Привредни вјесник, 13. септембар 1979). У исто време, финансијско тржиште је у основи нејединствено (Неки проблеми обезбеђивања јединства југословенског тржишта, Гласник Привредне коморе Југославије, број 5—6/1979, страна 29) и основни односи у финансирању привреде остају кредитни: туђа средства у изворима пословних средстава за проширену репродукцију представљају 52 процента од укупних средстава и ланчани индекси показују њихов сталан пораст (Анализа о достигнутом развоју друштвено-економских односа у банкама и правци даље активности, Удружења банака Југославије, септембар 1979, страна 47). У исто време и монетарне финансије утичу на тржишне механизме: примарна емисија новца путем кредита Народне банке служи за покриће потребе за новцем у федерацији, код одређених непосредних корисника кредита и за селективну кредитну политику. То повлачи високи степен обавезне резерве коју чланови банака путем банака издвајају за емисију (Анализа, стр. 55) и омогућава да се есконтна стопа Народне банке држи на процењено потребном нивоу. Тада се има утисак, да је планирање остварено на вишим нивоима удруживања, али без основног сусретног планирања, па је преливање дохотка чињеница, а емисиону добит посредно извлаче дужници из круга одређеног селективном кредитном политиком. То показује и да тржишна каматна стопа не постоји. Она би се могла сматрати приближном само код кредита из иностраних извора, пошто су организације удруженог рада непосредни корисници ованвих кредита, али је тада у питању каматна стопа са светског финансијског тржишта и изравнавање домаће каматне стопе представља за сада само идеју (анализа, стр. 44), мада такву која значи и изравнавање са конкуренцијом у продуктивности на светском тржишту.

(22) До сада посматрани аргументи показују да самофинансирање привреде није остварено у довољном обиму. Како је то емпиријски утврђено, нема ни дестимулатора за нерационалне инвестиције. Тада каматна стопа привремено остаје регулатор тражње новца. Њен ниво је оцењен као стимулативан за задуживање и зато је интерес за инвестирањем пренаглашен (БЕОБАНКА, Платформа, Документи о даљем развоју самоуправних друштвено-економских односа на основама социјалистичког самоуправљања, Билтен број 4—5/1979, страна 61). Каматна стопа је негативна при упоређењу са текућим ценама и дуго година нижа је од стопе инфлације. Стопа инфлације није у периоду 1973—1978. силазила испод осам процената годишње, а каматна стопа је, оријентационо, стално испод тог процента (1973 = 6,77; 1974 = 7,56; 1975 = 7,96; 1976 = 7,51; 1977 = 7,15 и 1978 = 5,89), због чега је питање њеног даљег кретања а нарочито удовољавања

захтевима за даље снижавање отворено (Анализа, стр. 44). Стална негативна стопа не може да има временску перспективу, пошто се у том случају доводе у питање еквивалентност друштвених улагања у развој и еквивалентност престација између кредитора и дужника.

Еквивалентност престација у каматносној односу

(23) Ако се еквивалентност схвати и као општа друштвена, тада улагања у инвестиције и/или пословање има три вида: (а) ефикасност улагања, удруживања и кредитирања с обзиром на укупна друштвена давања од којих се очекују повратни ефекти, (б) једнакост инвестиционих пројеката при конкурисању на ограничена развојна средства, посебно с обзиром на проверу микро-економских ефеката у продуктивности и (ц) једнакост при остваривању суме новца из минулог рада. Подела на ова три вида еквивалентности не може да буде апсолутна, пошто еквивалентност узето уопште није увек пуна једнакост давања, што ће се посебно приметити у односима пројеката инвестиција са програмима инвестиција.

(24) Када се при датим детерминантама посматра сам за себе финансијски интерес, он је увек окренут ка очувању и повећању вредности улагања (схваћене у најширем смислу). Зато је начело еквивалентности услов за остваривање начела максимизације дохотка. То значи, да ће интерес за улагања и удруживање рада и средстава бити обрнуто сразмеран са падом каматне стопе, под условом да финансијска улагања и удруживање буду зајемчени онако, како се зајемчује сопствени доходак. Облик јамчевине не мора да има облигационоправну апаратуру, али друкчија апаратура морала би да обезбеди ефекте једнаке онима које даје сопствена доходна делатност. У противном нема сигурности при улагањима, већ само поверења у остваривање ефеката. Поверење представља, међутим, материјализован феномен, што у доктрини није спорно.

(25) У концепту теоријских основа улагачког поверења, који заступамо, поверење је вољни однос страна у послу улагања, са двоструким материјалним и процесним дејствима: (а) унутрашњим, која су материјална с обзиром на имовину корисника средстава и процесна, с обзиром на његово понашање у пословима и (б) спољним, која материјално допуштају његову подобност за прихватање улагања, а процесно изражавају вредност обезбеђења која пружа у привредном промету у односу на новац. У том вољном односу постоји ризик улагања, опасност да обавеза стварања новог дохотка и враћања уложеног не буде еквивалентно испуњена, при савесном и целисходном поступању страна, услед догађаја предвидивог при редовном току ствари и оцењеног са повећаном одговорношћу професионалца у новчаним пословима.

Тај концепт претпоставља стабилност положаја корисника средстава и предвидивост догађаја у редовном току ствари: повећана стабилност и предвидивост без сумње пре воде улагању, него кредиту, и обрнуто. Без егзактно утврђене стабилности улагања код другог појачава се интерес за сопствени, микро-развој и то без обзира на макро-економске ефекте, или се повишава степен расподеле за сопствену личну потрошњу. Још даље, у условима нејединственог финансијског тржишта, регијски развој може да се тумачи као локално-макроекономски, што је обрнута слика регијске микро-стабилности, услед чега може да привуче макро-економски неоправдана локална улагања, укључујући банкарске кредите. Тада се показује неопходним макро-инструментаријум стабилизације поверења, који се налази у облицима погодним да изразе вредност покрића која корисник пружа у односу на новац. То могу да буду хартије од вредности, којима се монетизују новчане обавезе, или други облици са макро-дејством на једном јединственом финансијском тржишту.

(26) Једнакост при конкурисању пројеката на расположива средства акумулације треба посматрати и као једнакост географских регија у условима одређеним економском политиком. Опште је познато правило, на разне начине развијано у иностраној и домаћој доктрини, да се фискалном политиком може утицати на конкурентност пројеката, под условом да се одмере ефекти и разликују принципи верификације пројеката од принципа верификације програма развоја. Појам пројекта подразумева улагања у непосредно продуктивне, а појам програма улагања у посредно продуктивне инвестиције. Одређени пројект може унапред да буде, у оквиру одређеног програма, дефицитаран и субвенционисан, под условом да се знају границе дефицита и субвенција: он служи остваривању програма. У противном, пројект мора да буде верификован с обзиром на еквивалентност улагања у њега, а у сваком случају из укупне масе пројеката морају произаћи средства довољна за субвенционисање укупне масе дефицитарних пројеката. У крајњем резултату, и збир свих програма мора да даје коначно еквивалентан резултат улагања. Ови састојци еквивалентности се, међутим, често не узимају у обзир ако се еквивалентност процењује у локалним условима и зато се догађа, да се пројектима у ствари даје статус програма.

(27) Познати акцелераторно-мултипликаторни модел коњунктурне привреде, који полази од Fischer-ове концепције нето продуктивности пројекта (Samuelson, op. cit., стр. 252 и сл.) намењен је отклањању циклчних промена у обиму националног производа и дохотка; интеракција између акцелератора и мултипликатора изазива се променама у инвестиционим изворима, које утичу на ниво инвестиција. Овом моделу, поред других у доктрини, супротстављен је и један који користи математичко-статистичке методе за оцену инвестиционих пројеката (који користе УНИДО и Међународна банка за обнову и развој ОУН). Док је у акцелераторно-мултипликаторном моделу намата регулатор нето-продуктивности

пројекта, у математичко-статистичким методама регулаторну улогу имају критеријуми приоритета за инвестирање и камата је само корективни фактор за онај обим средстава, који се прибавља на финансијском тржишту; разуме се, да онај обим који се не прибавља на финансијском тржишту потиче из сфере робних испорука (за које ће се доцније видети структура цене). Оба модела показују да садрже регулаторе који су објективизовани до оптималне мере и питање је, каква је садржина регулатора.

(28) Ово питање је уствари питање метода верификације пројекта, а не програма и уз резерве изнете у погледу еквивалентности програмских улагања треба напустити поље програма. Ствар се своди на однос који постоји између камате, као „цене“ новца и цене у робним трансакцијама. Стална покретљивост вредности новца у времену и нарочито перманентна инфлација, са својом латентном компонентом, чине да су објективни услови пласмана новца по правилу променљиви, како би се избегле дилеме примене клаузуле *rebus sic stantibus*; код камата то је већ изнети пример клизне стопе (*roll-over*). Потребе трговинске експанзије, нарочито када се ради о експанзији на неразвијене регије, често захтевају супротно: фиксну каматну стопу, која пружа сигурност дужнику у погледу обима дуга. Очевидно, реч је о противречним захтевима, а посебно зато што се у цени роба развијених привреда садржи разлика у продуктивности у односу на неразвијене, извесни екстра-профит. Та разлика не може да буде довољно адекватно изражена каматном стопом на финансијска улагања и посебно кредите (како их назива теорија, зајмовни кредити, *Darlehenskredit*), пошто се каматна стопа формира на тржиштима, на којима утицај валута неразвијених није велики. Она се зато ефикасније изражава у цени роба, путем зајмова за одложено плаћање (*Stundungskredit*), у којима се не примећује постојање разлике, коју каматна стопа јасно изражава. Ако се ствар посматра из угла продуктивности, уграђене у камату или цену, своди се на исто и зато није неразумљиво, што су развојни програми често финансирани зајмовима за одложена плаћања, уствари робним испорукама и што се финансијски кредити најпре одобравају у циљу остваривања дугорочних трговинских веза.

(29) Једнакост између субјекта с обзиром на остваривање еквивалентних износа по основу минулог рада или капитала веома је уско повезана са питањем вредности новца у времену. Уштеђена акумулација у условима инфлације се постепено и све брже губи: то је разлог да буде употребљена у продуктивне сврхе, али ако ових нема, она тежи да буде утрошена, да би предупредила пад вредности новца. Познато је колико је бекство из новца у сировине подигло цене кључних материјала на робним берзама 70-тих година овог века: неки од тих материјала ни данас (нпр. бакар) не достижу цене из 1972. године, и поред пада вредности обрачунских валута. Субјект који не троши, у инфлацији губи; субјект који може да више потроши, више добија, или мање губи. Ако не буде могао да уз разуман ризик уложи средства, он има

логичан излаз у потрошњи, било инвестиционој или личној. Ти разлози наводе на мисао о потреби установљивања института улагања средстава, за који се обриси виде у Предлогу текста нацрта закона о основама друштвено-економских односа у привређивању средствима проширене репродукције на основу минулог рада (Савезни савети за привредни развој и економску политику и за питања друштвеног уређења, пречишћени текст, септембар 1979, члан 3, став 2, алинеја прва). Тада може да се рачуна и са функционисањем математичко-статистичких метода у оцени инвестиционих пројеката (БЕОБАНКА: Критеријуми за избор и селекцију инвестиционих пројеката у функцији остваривања циљева развоја, Билтен број 4—5, 1979, страна 117. и сл.), под условом да разликују пројектно од програмског и да садрже математичко-статистичке, а не описне распоне и степене за изражавање вредности пројеката по критеријумима, и да не зависе од слободне оцене, већ од факата.

(30) Са ширег становишта посматрања ван каматоносних односа можда је еквивалентност престација последњих деценија пренаглашена због перманентне инфлације. Ипак, односи који се емпиријски могу пратити у ово време показују, да је далеко претежнији однос улагања, него однос кредитирања: према неким проценама, глобалне сразмере улагања и кредитирања су око 10 до 20 процената у корист улагања. Да ли ће у конкретној привреди бити остварен овај просек зависи од расположиве акумулације и степена стабилности услова улагања. Каматна стопа задржава утицај све док има кредитних односа и док су они сигурнији него улагачки: она дакле има једну кохезиону функцију у условима перманентне инфлације, пошто окупља акумулацију на једном од могућих циљева концентрације. Како то каже Ћировић (op. cit., стр. 65), уколико у условима акцелерације стопе инфлације слаби кохезиона функција каматне стопе, долази до потребе за додајном акумулацијом која се добавља ван система у коме се акумулација формира, али ако истовремено слабе и механизми камата и механизми додајне акумулације, пословни системи удруживања акумулације улазе у кризу.

(31) Присвајање вишка рада, које се врши путем камата, може да се ограничи или дестимулише фискалном политиком; то је, уосталом, случај са свим конјунктурним приходима, фондираним на имовинској моћи. У том смислу може да се ограничи, а да се не дестимулише, улагање као начин мобилизације средстава око производних пројеката, под условом да се у области улагања остварује продуктивност на нивоу просечно повољног понуђача или изнадпросечно повољног понуђача пројекта за улагање. Ако то не буде случај, интерес за улагање може да буде мањи од интереса за кредитирање, с обзиром на ризик улагања који је вишег степена од ризика кредитирања. И ако би однос улагања и кредитирања постао повољнији за улагања, то не би само по себи значило да је остварена одговарајућа еквивалентност у каматоносним или улагачким односима, пошто остаје отворен низ диле-

ма глобалног карактера (примера ради: односи развијених и не-развијених подручја, стандарди при обрачунима плаћања, могућности и границе привредног раста). Из ових дилема произилазе и неки фактори утицаја на каматну стопу, који се не регулишу у каматоносним односима, већ утичу на њих путем утицаја на каматну стопу: однос новчане масе и ликвидности, систем емисије новца (примарне и секундарне) и распоред новца по секторима лоцирања (привреда, ванпривреда, становништво). Ови фактори утичу, у крајњој консеквенци, на лоцирање могућности за присвајање вишка рада. Тада се поставља питање, да ли се о еквивалентности уопште може да говори и да ли било који регулатор може да има трајнију улогу; посебно, могу ли ту улогу да имају улагања или каматна стопа.

(32) Највећи број писаца заступа гледиште о неопходности извесног централног регулисања новца, кредита и камате на одређеном монетарном подручју. Разлике се појављују у дефинисању централног, као државног или као организовано самоуправног. Начин присвајања при томе изгледа битан: како то каже С. Комазец (Новац, кредит и камата у самоуправном социјализму, Шибеник, 1975, стр. 376—377), ако се средства камата враћају и репродукциони однос привреде није процес акумулације банака и перерасподеле путем банака или одливања у сферу потрошње, основу трансформисане камате чини све више друштвена компонента социјалистичке друштвене својине; камата у привреди постаје фактор преливања средстава и интегрисања робних произвођача, а самоуправни производни однос прелази оквире организација удруженог рада. Начину присвајања треба да одговара начин циркулације обавеза који обезбеђује стабилност: историјски посматрано, тај начин су обвезнице, чији емитент не мора да буде индивидуални субјект, па ни држава (иако је она, као емитент новца, најсигурнији дужник). Ради се, дакле, о политици отвореног тржишта, чија садржина може да буде модификована према субјектима који су носиоци прерогатива власти, у нашем праву према облицима организовања удруженог рада. Заступамо гледиште, да у случају адекватних модификација, сагласних друштвено-економским односима, централизација није потребна и да њу може да замени концентрација, у којој основни носиоци прерогатива власти — радници у основним организацијама удруженог рада — задржавају своју позицију и при постојању отвореног тржишта. Та позиција може да се задржи ако нема анонимизације концентрисаних средстава и ако се технолошким поступцима идентификују сви извори за све пласмане. На тај начин може да се отклони антиномија централног и концентрисаног и да се искористе предности инструментаријума хартија од вредности. Треба приметити, да у доктрини постоје резерве према хартијама од вредности, засноване на њиховој неприлагођености нашим условима и најпре са разлога, што емисиона банка не би имала уставну могућност да емитује ове хартије, на који начин регулативна улога емисионе банке као претпоставка за функционисање тржишта хартија од вредности не може да се испуни; понуђени су докази,

да нашем систему више одговара некредитна алокација примарног новца и кредитирање пословних банака од стране емисионе банке (Ћировић, *op. cit.*, стр. 324). Ове резерве потичу из емпиријског искуства да није обезбеђена довољна циркулација слободних новчаних средстава и њихово усмеравање у правце најефикаснијег коришћења, нити довољна стабилност привређивања и адекватно повећање акумулативности субјеката у привреди (М. Голијанин, Политика и инструменти регулisaња новца и кредита у Југославији, Београд, 1974, стр. 183). Мислимо, да управо обезбеђивање циркулације слободних средстава према месту најефикаснијег коришћења представља аргумент за отворено тржиште, са модификацијама у смислу идентификације учесника у концентрацији средстава и увођењем регулатора каматним механизмом; такво отворено тржиште концепцијски је већ створено (члан 73. Закона о хартијама од вредности од 1978) и његово будуће функционисање неће зависити од проблема у области хартија од вредности, него од функционисања јединственог југословенског тржишта у ширем смислу (упор. 21).

Односи солидарности и каматоносни односи

(33) Солидаризам, као етички принцип, у праву може да се изрази само релативно, а економски се изражава тек када се има представа о потреби и обиму солидарности; зато ни право, ни економија, не могу да буду потпун, а често ни довољан оквир за деловање солидарности. Ова делује по правилу *ex post*, а у праву се њени оквири могу да предвиде само *ex ante*. Зато у односима удруживања и улагања средстава и нарочито у каматоносним односима код кредита, солидарност не може да се програмира без програмирања ефеката који настају применом овог принципа. У области уговора уопште, како се то каже у Образложењу предлога Закона о облигационим односима (Скупштина Југославије, АС 388/15, стр. 8) „...солидарност као општи друштвени принцип не може имати нежељеног утицаја на уредно извршавање презетих обавеза...”.

(34) У извесном смислу солидарност се појављује и у схватањима о ниској каматној стопи, заснованим на концепту јевтиног новца који произилази из Кејнзове теорије запослености, камате и новца. На први поглед изгледа, да развојне потребе намећу концепт јевтиног новца и то је тачно, ако се оне посматрају независно од регулатора за односе између производње и потрошње. Основно је питање, да ли ниска каматна стопа помаже у рационалном коришћењу удруженог, уложеног или кредитног новца; као што је већ речено, треба сматрати решеним питања присвајања кроз камату (упор. 32), мада је спровођење решења тек у току. Кејнзов концепт није полазио од самосталног деловања ниске каматне стопе, већ у складу са интервенционизмом државе; он је према томе имао извесну емпиријску потврду у друк-

чијем систему и у другом времену и зато његово стављање у подлогу концепта разумне каматне стопе није адекватно. У савременој пракси кредита у нас примећује се једна слична тенденција, изражена захтевом за сталним опадањем каматне стопе и тек последње информације показују, да се пришло израчунавању ефеката њеног опадања. Тако неки документи банака показују, да се фиксна каматна стопа убудуће задржава само за повлашћене кредитне конструкције, у којима банке остварују бонификацију за разлику између стварне и уговорене каматне стопе, а да се све остале стопе израчунавају обрачуном учешћа сваког извора средстава и трошкова њихове мобилизације у маси извора за одређени пројект и утврђивањем, за сваку годину, просечне стопе. То одговара, у основи, систему roll-over (Беобанка, Политика каматних стопа за 1979. годину, Билтен број 4—5/1979, стр. 256). У исто време, каматне стопе на банкарске кредите расту и прелазе границу из посматраног правног стандарда, дакле од 12 процената годишње, нарочито са евентуалним затезним каматама.

(35) Један облик солидарности могао би се наћи и у легислативи, а и у пракси укамаћења депозита по виђењу у последњим годинама. По самоуправним споразумима банака, на депозитна средства друштвено-политичких заједница, самоуправних интересних заједница и сличних организама не тече камата, а на депозите осталих друштвених правних лица камата тече само ако су орочени. Ово, иначе економски логично решење за привреде у којима се појављује вишак средстава понуђених у депозит, има у нашим приликама друкчију основу: да онемогући, да средства привреде поверена телима која обављају функције задовољавања општих и заједничких потреба, буду коришћена за каматоносне односе са истом том привредом. Са те тачке гледишта, не би се могла ставити никаква ограда у односу на усвојено решење. Интересантно је, међутим, приметити да је ово решење противно *de lege lata* одредби члана 1042. Закона о облигационим односима по којој банка плаћа камату на депонована средства, ако законом није друкчије одређено (што у овом случају није одређено законом) па и у случају, ако уговором није ништа предвиђено (дакле, ни неплаћање камате). То би значило, да ако хоће да спроведу своје ставове о камати на депозите, банке треба да комитентима нуде уговоре у којима се ови одричу камате на депозите, што би било супротно одредби да се депозит уговара (члан 1035. Закона), дакле да се ради о једнакости воља странака, пошто оне — иначе обавезне да имају уговор о депозиту за слободна средства (члан 20. Закона о основама кредитног и банкарског система) — немају избор: дужне су да закључе уговор. Тада се не види у чему је, уопште, уговорно обележје депозита по виђењу, изузев што је то акт из категорије уговора са обавезом склапања.

Општи поглед на разумну стопу камате

(36) Размотрени састојци правног стандарда разумне каматне стопе показују, да се елемент разумне висине може наћи ако се да одговор о, условно речено, прометној вредности новца и о његовој употребној вредности. О тој вредности одговор дају прилике у области плана и тржишта, с обзиром на утицаје из кредитно-монетарне сфере; зато одговора у једној краткој формулацији, као што је она из посматраног правног стандарда, не може ни да буде. Зато се ни организација овог правног стандарда није могла извести, па и поред тога што је елиминисан проблем присвајања емисионе добити. По свему судећи, овакав правни стандард суд није ни могао да утврди, ако се сложимо са Esser-ом да је правни стандард некодификовани принцип вредности у вези са ванзаконским, али ипак објективним, конвенционалним критеријумима са променљивом емпиријском основом и пропустљивошћу (Д. Стојановић, Увод у грађанско право, Београд 1976, стр. 72). Овакав стандард судска пракса не утврђује, мада треба приметити да постоји склоност да се — не само у судској пракси — отворена правна питања решавају на начин који значи стварање правних стандарда.

(37) У недостатку мерила за посебно утврђивање разумне стопе зато се чини најприхватљивијим, док не буде аргумената за друкчији, приступ каматној стопи у вези са ценом. Посматрање једне разумне цене отежано је систематиком нашег Закона о облигационим односима, али би се могао извући закључак да је разумна цена тржишна цена (упор. члан 462. став 3. и чланове 980—982. Закона). Ако се узме да има спора око тога која је „цена“ новца разумна, а спора има, онда је посматрани правни стандард на неки начин решио дилему да ли је камата цена новца или није и прихватио економски појам камате, мада није дао одговор која је то величина и како се одређује. Очевидно, каматна стопа налази се у стању кризе (ближе у нашем раду: Цена и камата, Зборник радова о уговорном и одштетном праву по Закону о облигационим односима, Београд 1979, стр. 250 и сл.). Одређивање њене разумне висине зато је излаз из те кризе, а ако не друкчије, онда путем којим се одређује цена. Од нечега се, ипак, мора почети и почетно решење не значи да ће у исто време бити добијени сви одговори, који зависе од прилика на тржишту и концепција у деловању монетарних агрегата, али неког решења мора бити, ако камата остаје извешан регулатор, што нам се чини доказаним.

Милан Љ. Петровић

CONTEMPORARY INTEREST RELATION

— Summary —

Controversial problem of the institute of interest can be basically reduced to the problem of rate of interest. Taking in account that positive law pays little attention to interest, giving advantage to business relations of associating work and resources, there emerges empty field of regulating the amount of interest rate. A legal standard passed by Federal Court and Supreme Courts of Republics and Autonomous Provinces in the 1977 tried to fill in this gap: according to this standard, interest rate couldn't be precisely defined. That is why the author tested the elements which can help establish a reasonable rate of interest. These elements are Maximization of revenues, market interest mechanism, equality of prestations in interest relations and relations of solidarity. In analyzing the possibilities of using these elements, positive-legal regulations and stands of economic and legal sciences on indications and contraindications for using each of them in legal credit relations and/or investing money in business matters of others were taken into account. Data explaining necessary amount of interest rate in economic and legal system of appropriation of surplus product by workers, and data on stimuli and destimuli for credit and/or money investment relations have been examined. Facts on real effect of confidence as credit cover in law and on boundaries of possibility to exchange credit relation for relations of associating work and resources (which are favoured by law) have been put forward. In the theoretical part of the article, the author used the stands defined by Aristotle, St. Thomas of Aquinas, A. Turgot, Böhm-Bawerk, Wicksell, P. Samuelson, O. Stanojević, R. Salleilles, M. Ćirović, J. Fischer, E. A. Rovinskiy, D. Jovanović, R. Savković, S. Komazec, M. Golijanin, J. M. Keynes and Esser. Further on the author compared possibilities of using the theory of value of money in time, adaptable interest rate (roll-over system), open market policy, in home and foreign law and economy, using analyses of banking institutions and comparative analysis of positive-legal rules in home law (laws from the field of banking and proprietary-legal relations in the context of basic systemic laws). The conclusion points to the possibilities of modified open market system.

ЗАШТИТА ДУЖНИКА У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Под извршним поступком подразумевамо скуп Одредаба Закона о извршном поступку¹ којима се уређују радње странака и суда, претпоставке и форме за предузимање тих радњи, у циљу да се постојеће против правно стање, које не одговара позитивном праву, како је то утврђено у извршној одлуци суда или другој извршној исправи, саобрази позитивно-правном поретку. Каже се, да „извршно право представља скуп позитивних прописа којима је циљ да у крајњој линији принудним средствима успоставе поремећени правни поредак. Извршно право је завршна линија правне помоћи, која је битни елеменат сваке друштвености. Обухватајући у себи остваривање права против воље других, извршно право представља синтезу читавог права. Стога је ова дисциплина најзамашнија по својој важности за грађане.“²

Под дужником подразумевамо лице према коме се остварује или обезбеђује потраживање, чл. 15. ЗИП, иако ћемо анализу постављеног питања, због обимности правила и института, ограничити само на извршни поступак у ужем смислу — поступак извршења. Из истих разлога у овом раду не обрађујемо питање заштите делатности одређених правних лица.

Наведено мишљење о значају извршног поступка, могло би већ бити повод да се тема овога рада сагледа у тој „синтези читавог права“. Ако се, поред тога, зна да су правна правила из Закона о извршењу и обезбеђењу од 1930. године, примењивана³ до 1. ок-

¹ Закон о извршном поступку од 21. 4. 1978. год. у даљем навођењу ЗИП („Сл. лист СФРЈ“, бр. 20/78).

² Др И. Матијевић — Др Ф. Чулиновић — Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу, Београд 1938, II књига, предговор аутора.

³ О појму извршног поступка види: Др И. Матијевић. — Ф. Чулиновић — наведено дело, стр. 1—5, Др А. Лазаревић — Основи на извршната постапка, Скопје 1964. год. стр. 7—8; Др Д. Година — Приручник новог Закона о извршењу и обезбеђењу Београд 1932. стр. XVIII—XX; Др Б. Познић — Грађ. процесно право, 1970. год. стр. 399—401; Др С. Камхи — Извршни поступак, Сарајево 1966. год. стр. 1—2; Др М. Бркић — Водич кроз поступке, II књига, извршни поступак — судско извршење, Београд, 1973. год., стр. 423—424; Др Б. Благојевић — Систем извршног поступка, Београд 1938. год. стр. 1 и 2; Др М. Јовановић — Грађ. процесно право, II свеска (скрипта, Крагујевац 1978. год. стр. 4—5.

тобра 1978. године, и „да су та правна правила у највећој мери пренета у закон о извршном поступку“,⁴ покушај да се постављено питање сагледа целовито у светлу правних норми и одговарајућих института новог Закона о извршном поступку, добија пуно оправдање. То тим пре, што су редактори Закона о извршењу и обезбеђењу од 1930. године, полазили од идеје да закон „мора дати сва потребна средства за што лакше и што брже остваривање приватно правних захтева који су постали извршни. То је без сумње главни задатак Закона о извршењу. Али се при томе не сме пустити из вида ни социјална страна закона“. Поред тога, редактори су истicali да су модерна законодавства напустила схватање, по коме је извршење чисто приватна ствар, која се тиче само повериоца и његових дужника, да та законодавства воде рачуна о томе да свако извршење засеца, и то кад-кад врло дубоко, не само у господарство појединца него и уопште народно господарство. Зато модерна законодавства настоје да повериоцу обезбеде што потпуније остварење његовог захтева, а у исто време предвиђају и потребне мере, којима је циљ, да се са што мањом штетом по опште народно господарство оствари право повериоца на намирење из дужникове имовине.⁵

Полазећи од изложеног става, редактори Закона о извршењу и обезбеђењу, су поклонили нарочиту пажњу начелу социјалног поступка. Без обзира што га у свом образложењу не стављају у први ред основних начела, оно ипак у њиховим каснијим наводима заузима најважније место.⁶

Релативно доследна разрада, баш овог начела, поред осталих разлога, довела је до Закона, чија су правна правила добрим делом могла бити примењивана до ступања на снагу Закона о извршном поступку.

„За извршни поступак — каже проф. Познић — карактеристично је начело социјалног поступања, које је засновано на правно-политичком захтеву да се извршеник сачува од имовинског уништења.⁷ Ова констатација важи у пуној мери за Закон о извршењу и обезбеђењу од 1930. године, као и за ранију примену његових правних правила.

Општа тенденција социјализације права добија нарочити тренд развоја у извршном поступку, испољавајући се у захтевима за блажим, човечнијим или социјалнијим поступањем са дужником и његовом имовином. С правом је примећено да начело социјалности или социјалног поступања не одражава суштину заштите коју ужива дужник у нашем извршном поступку. Каже се да би ово начело у нашој земљи могли, без сумње, назвати начелом, социјалистичке хуманости или просто — начелом човечности, будући да се његова суштина односи на заштиту саме човекове личности као такве.⁸

⁴ Б. Поповић-В. Ристић — Закон о извршном поступку, Београд, 1978. год. предговор Љ. Зарић, IV.

⁵ Др И. Матијевић-Др Ф. Чулиновић — наведено дело, стр. 30—31.

⁶ Др И. Матијевић-Др Ф. Чулиновић — наведено дело, стр. 50.

⁷ Др Б. Познић — наведено дело, стр. 406.

⁸ Устав СФРЈ, Основна начела, II — А. Лазаревић — исто дело, стр. 97.

Из основних одредаба садржаних у чл. 4, 5. и 6. ЗИП-а, закључује се да је наш законодавац приступио законодавном уређењу ове материје са шире друштвено политичке платформе. Полазећи, нормално, од основних начела Устава СФРЈ, а нарочито од Уставом загарантоване — „економске, социјалне и личне сигурности човека“,⁹ наш нови Закон о извршном поступку, у својим основним одредбама не помиње начело социјалног поступања, већ поставља принципе: о обиму извршења и обезбеђења, чл. 4, о заштити дужника чл. 5. и о заштити делатности одређених правних лица чл. 6. ЗИП.

Доследна разрада наведених принципа кроз институте извршног поступка, са другим новинама, — преузетим правним правилима и институтима из Закона о извршењу и обезбеђењу — даје нову правно политичку садржину, која одговара правном и друштвено-политичком систему.

Иманентно својство правног система је да се његове норме складно примењују. Ако се складна примена правних норми не може постићи добровољно, она се мора обезбедити уз примену државне принуде кроз извршни поступак. Међутим, и примена принуде, ради заштите интереса повериоца, мора бити у разумним границама, како њена примена не би била штетнија по правни поредан и опште интересе, него ако остане незадовољен интерес повериоца. Поверилац има право, да се из дужникове имовине намири, али се при том мора водити рачуна и о егзистенцији дужника. С правом се поставља питање — шта ће бити са дужником, коме је за рачун повериоца продата и последња ствар? Истиче се да општи интерес налаже да се одржи егзистенција дужника, без чега би он пао на терет друштва. Често и сам поверилац може имати интерес да се не продаје и последња ствар дужникова, јер се може надати да ће дужник имајући најнужније ствари и алатке доцније моћи да заради толико, да трамбину исплати.¹⁰ Осим тога, и држава има дужност да дужника заштити од економске пропасти обезбеђујући му с једне стране лични опстанак, а с друге стране могућност и потребна средства за доцније привређивање. Једном речју, при спровођењу извршења, треба да се избегне све оно, што на први поглед, није довољно основано или је за дужника штетно а за повериоца фактички некорисно.¹¹

Указује се на штету која би настала услед тога што би се удовољило интересима повериоца, ако не би било никаквих ограничења у извршењу, а која би, врло често, била несразмерна према незнатној користи која услед тога настаје за повериоце. Стога, друштво узима у заштиту дужника као привредну јединку остављајући му минимум добара без кога би дужник постао „привредни инвалид“ па чак био и изгубљен за друштво. Заштита дужника није само у његовом интересу, није само због њега већ у првом реду због друштва, због институција које се у датом моменту развоја сматрају битним у организацији односног друш-

⁹ Устав СФРЈ, Основна начела, под II.

¹⁰ Ж. Перић и Др Д. Аранђеловић — Грађ. суд. поступак, Београд, 1912, стр. 140—150.

¹¹ Др А. Лазаревић — исто дело, стр. 28.

тва. „То је идеја која је основ свима ослобођењима и ограничењима па ма колико они изгледали да се врше у интересу једног појединца.“¹²

Према томе, могло би се рећи, да цео извршни поступак почива на противуречним захтевима — да извршне исправе не остану неизвршене и захтеву, — да се не допусти принудно извршење, права утврђеног у извршној исправи, ако би тако извршење било штетније по опште интересе, него ако би извршна исправа остала неизвршена. Ово јединство супротности законодавац разрешава изналажењем „праве мере“ у пружању заштите дужнику, која одговара датом степену друштвеног развоја.

Досадашње излагање указује, на перманентну актуелност, ове суптилне материје, на њену сложеност, као и бројност правила и института који се морају изложити да би се сагледала целина питања које истражујемо. Изгледа нам, да је најприкладније заштиту дужника у извршном поступку, размотрити кроз анализу питања: 1) заштита личности дужника и заштита дужника изузимањем имовине дужника од извршења и ограничењем извршења.

1. ЗАШТИТА ЛИЧНОСТИ ДУЖНИКА

При спровођењу извршења и обезбеђења водиће се рачуна о личности дужника, као и о томе да извршење и обезбеђење буду што мање неповољни за дужника, чл. 5, ст. 2 ЗИП. Наведена одредба чини компоненту општег принципа — заштите дужника у извршном поступку. Овом компонентом, принципа заштите дужника, директно се штити личност дужника у току извршења. Домајај ове одредбе, ван сумње, протеже се и на све чланове породице дужника који са дужником живе у истом домаћинству. Прави смисао ове компоненте принципа заштите дужника, сагледава се, ако се има у виду да се, ради остваривања новчаног потраживања, као средство извршења, могу одредити само: продаја покретних ствари, продаја непокретности, пренос новчаног потраживања, уновчење других имовинских, односно материјалних права и пренос средстава која се воде на рачуну код службе друштвеног књиговодства чл. 27 ЗИП.

Уочава се, да међу наведеним средствима извршења нема ниједног средства које би директно погађало личност, достојанство или друго лично право дужника. Законодавац је лимитативно одредио средства извршења и поверилац може предложити да се применом само тих средстава покуша принудно намирење његовог потраживања, с једне, а извршни суд је овлашћен да дозволи примену само тих средстава у поступку принудног извршења, с друге стране.

ОвOME треба додати да се принудно извршење, извршних исправа, чији диспозитив садржи, обавезу дужника да учини неку радњу, да нешто трпи или је дужник обавезан да нешто не чини, постигне захватањем у имовину дужника директно чл. 224 ЗИП или

¹² Др Б. Благојевић — исто дело, стр. 214.

индиректно изрицањем новчаних казни чл. 225 и 226 ЗИП. У поменутих случајевима погађа се, пре свега, имовина дужника, извршењем новчаних казни, зато што дужник одбија да поступи по решењу суда. То се види из ст. 3 чл. 225, према коме ће суд „по службеној дужности спровести извршење решења о изреченој новчаној казни“. Значи, дужник се кажњава због непоступања по решењу суда, због непоштовања судског акта, акта државне власти, а не због задовољења интереса и субјективног права повериоца. То се види и из чињенице што се решење о изреченој казни извршава по службеној дужности, што суд по службеној дужности изриче нову оштрију казну, са циљем да сломи отпор дужника и на крају, што се износ наплаћених казни не употребљава за намирење повериоца, већ се усмерава у одређене друштвене фондове.

Овај кратак осврт је довољан да констатујемо, да у нашем новом извршном поступку није допуштена персонална егзекуција, односно извршење на личности дужника, ни у ком случају. Револуционарност усвојених решења у заштити личности дужника, не може се истаћи у довољној мери, ако се каже да је он у нашем извршном поступку заиста постао субјект и да се не може ни у ком случају наћи у улози „предмета извршења“,¹³ јер се у правној науци и предратном законодавству дужник третирао као субјект, а у исто време био је и „предмет извршења“, с обзиром да су постојали случајеви и персоналне егзекуције.

Тако је и Закон о извршењу и обезбеђењу из 1930. године, за који се иначе тврдило,¹⁴ да је у њему са нарочитом пажњом спроведен принцип „социјалног поступања“, задржао остатке дуговинског затвора у извесном облику у одредбама параграфа 47, 48, 308, 309, 313, 315, 317 и 336.¹⁵ По Закону о извршењу и обезбеђењу, притвор дужника био је предвиђен у параграфима 47, 308 и 309, иако је комисија за израду нацрта истицала да се „притвор противи модерном схватању личне слободе дужника, јер ограничење сличне слободе дужника, препушта личном нахођењу повериоца.“¹⁶

Ако је овако била постављена заштита дужника у Закону, чији су редактори претендовали да свестрано кроз његов текст спроведу принцип „социјалног поступања“, онда не треба чинити велики напор да би се дочарао понижавајући и често потпуно обесправљен положај у коме се дужник налазио у извршним поступцима ранијих епоха односно у извршним поступцима феудалних и робовласничких држава.¹⁷

Не упуштајући се у излагање историјског развоја идеје о заштити дужника у извршном поступку, ипак, можемо рећи, да је положај дужника у извршном поступку у крајњој линији био услов-

¹³ Др С. Камхи — наведено дело, стр. 4—6, а сл. и остали аутори чија су дела писана на бази старог закона.

¹⁴ Др И. Матијевић — Др Ф. Чулиновић — наведено дело, стр. 50.

¹⁵ Др И. Матијевић — Др Ф. Чулиновић — наведено дело, стр. 12.

¹⁶ Др И. Матијевић — Др Ф. Чулиновић — наведено дело, стр. 60—61.

¹⁷ Види: Др Б. Благојевић — наведено дело, стр. 23—25; Др Ч. Марковић — Хамурабијев Законик, превод, Суботица 1927. год. стр. 42; Др И. Матијевић — Др Ф. Чулиновић — наведено дело, стр. 29.

љен „постојећим друштвено-економским односима чију је надградњу представљао одређени извршни поступак“. Од најстаријих система у којима је поверилац имао право да убије дужника, до прокламовања принципа „социјалног поступања“ у буржоаским правним системима, створени су многи институти и многа правила са циљем да се на овај или онај начин заштити дужник у извршном поступку.

Радикалност новог Закона о извршном поступку, у овој материји, огледа се у томе што, заштита дужника представља један од основних принципа извршног поступка и што личност дужника ни у ком случају не може бити предмет извршења. При томе се личност дужника не штити, само, искључењем било какве персоналне егзекуције већ и доследном применом принципа сингуларне егзекуције у извршном поступку, а генералне егзекуције у стецајном поступку.

Одредбом става 2. члана 5. ЗИП-а штити се достојанство личности дужника, а извршење се мора спровести применом најповољнијег средства извршења за дужника, ако је избор средстава могућ. Извршење се спроводи радним даном и то дању. У остале дане или ноћу извршење се може спровести само ако постоји опасност услед одлагања, о чему одлучује суд закључком, члан 43. ЗИП-а. Службено лице је дужно да приликом претраживања дужниковог стана или одеа које он носи и предузимања других извршних радњи поступа с дужним обзиром према личности дужника и чланова његовог домаћинства, члан 44. став 1. ЗИП.

Ако се извршне радње спроводе у дужниковом стану, а дужник, његов пуномоћник или пунолетни чланови његовог домаћинства нису присутни, спровођењу радње морају присуствовати и два пунолетна грађанина. Стан се принудно отвара, такође, у присуству два пунолетна грађанина, члан 44. став 2 и 3. ЗИП-а.

У просторијама друштвено правног лица, извршне радње спроводе се, по претходном обавештењу органа друштвено правног лица и у присуству лица које он одреди, члан 43. став 1. ЗИП-а. Радња се може провести и без присуства представника друштвено правног лица, ако га оно није одредило ни на поновљени захтев, члан 43. став 2. ЗИП-а. Наведене одредбе, између осталог, срачунате су и на заштиту личности дужника и његовог достојанства.

Дужник, као странка, може поднеском тражити од суда да се отклони неправилност коју је службено лице учинило у спровођењу извршења. Суд ће по том тражењу донети решење, ако је подносилац тражења то захтевао, члан 47. ЗИП-а.

На основу досадашње анализе можемо да закључимо да је заштита личности дужника у нашем извршном поступку, обезбеђена у пуној мери, таксативним навођењем средстава извршења и утврђивањем само оних средстава извршења којима се захвата имовина дужника, док је личност дужника, његово лично достојанство, као и достојанство чланова његовог домаћинства заштићено у пуној мери императивним нормама, с једне, и могућношћу дужника, да у сваком случају, поднеском тражи конкретну заштиту од суда, с друге стране. Личност дужника је нарочито заштићена, изостављањем из система средстава извршења, свих

оних архаичних и преживелих средстава, а за наше прилике, нарочито изостављањем установе притвора и увођењем института изрицања новчаних казни за извршење радњи које само дужник може учинити, и то, у циљу очувања ауторитета судских одлука и заштите јавног интереса, а не у циљу намирења приватно правних тражбина.

Нема сумње, да оваква заштита дужника не би била довољна у самоуправном социјалистичком друштву, ако се овој личној заштити дужника, не би обезбедила и одговарајућа економска подлога, другим речима, ако се дужник не би штитио и изузимањем одређене имовине дужника од извршења, као и ограничавањем обима извршења на имовини дужника, која је иначе подобна да буде предмет извршења.

2. ЗАШТИТА ДУЖНИКА ИЗУЗИМАЊЕМ ИМОВИНЕ ДУЖНИКА ОД ИЗВРШЕЊА И ОГРАНИЧЕЊЕМ ИЗВРШЕЊА

Извршењем се захватају економска добра — ствари и имовинска права у погледу којих се или из којих се непосредно или посредно остварује правни захтев утврђен у извршној исправи.¹⁸

Начелно, свака дужникова ствар или имовинско, односно материјално право могу бити предмет извршења, ради намирења новчаног потраживања. Принудно намирење новчаних потраживања, поверилац може, начелно, захтевати на свим покретним стварима дужника, на свим новчаним потраживањима дужника, на свим другим имовинским односно материјалним правима дужника (материјална права која припадају дужнику по основу патента, техничког унапређења и друга слична материјална права), ако ствари и права нису законом изузети од извршења, односно уколико извршење на њима није законом ограничено, члан 38. ЗИП-а.

Принудно извршење ради остваривања неновчаног потраживања, спроводи се: предајом и испорукама покретних ствари, испражњењем и предајом непокретности, обавезивањем на радњу, трпљење или нечињење, уписивањем права у јавну књигу, деобом ствари и давањем изјаве воље. И случајевима принудног извршења ради остваривања неновчаног потраживања, посредно се захвата имовина дужника, било што службено лице одузима ствари од дужника или трећег лица и предаје их повериоцу, било што наведена средства доводе до примене средстава за намирење новчаних потраживања, било пак, што се изрицањем и наплаћивањем новчаних казни обезбеђује извршење радње дужника, његово трпљење или његово нечињење. Зато се с правом каже, да су предмет извршења ствари и имовинска права дужника који могу да послуже за намирење извршног потраживања.¹⁹ Ова констатација, начелно, важи и за друштвено-правна лица у погледу друштвених средстава која она користе и на којима имају право

¹⁸ Др М. Бркић — исто дело, стр. 438.

¹⁹ Др А. Лазаревић — исто дело, стр. 81.

располагања. Такав став намеће принцип — да све извршне исправе буду стварно и извршене, добровољно или уз примену пренуде.

„Међутим, из разлога социјално-економске природе или ради обезбеђења функционисања одређених друштвених служби или послова од јавног интереса, или ради заштите извесних опште привредних интереса и материјалног основа друштвеног рада, од извршења су сасвим изузети поједини саставни делови имовине физичких и грађанских правних лица односно средства у организацијама удруженог рада и другим друштвеним правним лицима, или је на поједине врсте предмета извршења у неком погледу извршење ограничено“.²⁰

Добро је уочено да се изузимањем од извршења и ограничење извршења чини из разноврсних побуда и потреба. Могло би се уопштено рећи да се то увек чини у општем интересу. Такав карактер има и изузимање од извршења и ограничење извршења и ради заштите голе егзистенције дужника, то због тога, што постоји и општи, јавни интерес да се сваком члану заједнице обезбеди одређена социјална сигурност. Одредбама о изузимању од извршења и ограничењем извршења, законодавац непосредно узима у заштиту дужника и његову имовину, а преко њега се у истину штити шири друштвени интерес. Стога можемо рећи да је изузимање ствари и права од извршења и ограничење извршења представља компоненту општег принципа заштите дужника у извршном поступку, независно од чињенице што се овим установама штите у исто време и општи јавни интереси. Уосталом, такав карактер има врло велики број правних норми и института. Са том појавом сусрећемо се у праву увек, када су интереси правних субјеката подударни са општим јавним интересима.

Заштита дужника постиже се у највећој мери, кроз установе изузимања од извршења и ограничења извршења. Изузимање од извршења и ограничење извршења примењује се када се извршење води ради наплате новчаних потраживања, а не кад је извршеник дужан да, према извршној исправи, повериоцу преда одређену ствар или да на њега пренесе одређене право.²¹ И поред тога, ако се има у виду, да се и извршења ради остваривања не новчаних потраживања, у крајњој линији, могу претворити, захваљујући доцнијим понашањима дужника и трећих лица, у извршења ради намирања новчаног потраживања, може се слободно рећи, да установе изузимања од извршења и ограничења извршења, имају општи домаћај. Ово је разлог више да се учини њихов приказ у светлу одредаба Закона о извршном поступку.

2.1. Изузимање од извршења

Ради наплате новчаног потраживања повериоца, не могу бити предмет извршења:

²⁰ Др М. Бркић — исто дело, стр. 439.

²¹ Др М. Бркић — исто дело, стр. 439.

1. одећа, обућа, рубље и други предмети личне употребе, по-
стељне ствари, посуђе, намештај, штедњак, хладњак, машина за
прање рубља и друге ствари које служе за задовољење потреба
домаћинства, уколико су неопходне дужнику и члановима његовог
домаћинства с обзиром на услове средине у којој живе;

2. храна и огрев за потребе дужника и чланове његовог до-
маћинства за шест месеци;

3. радна и расплодна стока, пољопривредне машине и друга
оруђа за рад, који су дужнику земљораднику, неопходни за одр-
жавање пољопривредног газдинства, у мери у којој је то потребно
за његово издржавање и издржавање чланова његовог домаћин-
ства, као и семе за употребу на том газдинству и храна за стоку
за четири месеца;

4. алат, машине и други предмети, који су дужнику који само-
стално обавља занатску делатност личним радом, средствима ра-
да у својини грађана, неопходни за обављање те делатности, као
и сировине и погонско гориво за три месеца рада;

5. књиге и други предмети који су потребни дужнику који
самостално у виду занимања личним радом обавља научну, умет-
ничку или другу професионалну делатност;

6. готов новац дужника који има стална месечна примања до
месечног износа који је по закону изузет од извршења, сраз-
мерно времену до следећег примања;

7. ордени, медаље, ратне споменице и други знаци одликова-
ња и признања, венчани прстен, лична писма, рукописи и други
лични списи дужника, као и породичне слике;

8. помагала која су инвалиду или другом лицу са телесним
недостацима дата на основу прописа или која је сам набавио а
неопходна су за обављање његових животних функција;

9. поштанска пошиљка или поштанска новчана дознака упу-
ћена дужнику — док не буде уручена дужнику.

Наведене ствари су изузете по члану 71. ЗИП-а. Ставом 3.
истог члана предвиђена је могућност да се законом, то значи и
републичким односно покрајинским законом, могу изузети од
извршења и друге покретне ствари.

Наведеним одредбама изузимање се врши таксативним набра-
јањем ствари, али оне садрже „правне стандарде“, „директиве“
и остављају суду да у сваком конкретном случају утврди, шта је
дужнику и члановима његовог домаћинства, неопходно потребно
с обзиром на услове средине у којој живе.

То исто важи и за утврђивање која је то радна и расплодна
стока, пољопривредне машине и друга оруђа за рад који су дуж-
нику земљораднику неопходни итд. При одређивању садржине
ових правних стандарда морају се имати у виду све битне чиње-
нице и околности сваког конкретног случаја, као и постојање, два
основна принципа у овој материји — принципа извршности и прин-
ципа заштите дужника. Дужнику се не би смело погодovati на
штету повериоца, али исто тако, извршење не би смело да од ду-
жника начини социјални случај или „привредног инвалида“.²²

²² Др Б. Благојевић — наведено дело, стр. 213—214.

У примени правних правила, по овим питањима, судови су поступали неједнако, „тако да се добије утисак да ово питање решава извршни орган суда који проводи извршење и на лицу места оцењује да ли треба пописати неку ствар извршеника, или му је оставити као минимум за опстанак и саставити записник о немаштини.“²³ Оваква пракса је била последица недовољне еластичности правних правила, на шта је наука указала одмах по доношењу Закона о извршењу и обезбеђењу,²⁴ с једне, и постојањем разлика у степену развијености средине у којима судови делују, с друге стране.

Очекује се да ће судови нови Закон о извршном поступку стваралачки примењивати, настојећи да нађу ону праву меру у заштити интереса дужника и повериоца, те да ће извршни органи савесно обављати своје радње и тиме помоћи судији да правилно примењује закон.

Поред наведених покретних ствари од извршења су изузети:

1. примања по основу законског издржавања, накнаде штете настале услед нарушења здравља или умањења, односно губитка радне способности и накнаде штете за изгубљено издржавање услед смрти даваоца издржавања;

2. примање по основу накнаде због телесног оштећења по прописима о инвалидском осигурању;

3. примања по основу социјалне помоћи;

4. примања по основу привремене незапослености;

5. примања по основу додатна на децу;

6. примања по основу стипендије и помоћи ученицима и студентима;

7. примања војника и питомаца војних школа;

8. накнада за рад осуђеном у казненом — поправном дому осим за потраживања по основу законског издржавања, као и за потраживање накнаде штете проузроковане кривичним делом осуђеног;

9. примања по основу ордена, медаља, разних споменица и других знакова одликовања и признања;

10. примања по основу путних трошкова и дневница, члан 92. ЗИП. Ако се извршење тражи на непокретним стварима, онда према члану 152. ЗИП, не могу бити предмет извршења;

1. пољопривредно земљиште и привредне зграде земљорадника у обиму неопходном за издржавање његово и чланова његове уже породице и других лица која је по закону дужан да издржава;

2. кућа за њихово становање са двориштем.

Законодавац овлашћује суд да у сваком конкретном случају, с обзиром на све околности, утврди колико и ког пољопривредног земљишта и привредних зграда је неопходно, да би дужник, бавећи се пољопривредном делатношћу, могао издржавати себе, чланове породице и друга лица која је по закону дужан да издржава. Законодавац не утврђује заједнички минимум за сва зем-

²³ М. Кукољац — Извршни поступак, Београд 1970, стр. 12.

²⁴ Види Др И. Матијевић-Др Ф. Чулиновић — наведено дело, стр. 59.

љорадничка домаћинства, како је то било у Закону о извршењу и обезбеђењу, већ само даје довољно директива да суд, конкретно, сагледавајући све околности случаја, утврди тај неопходни минимум. Ван сумње, одговорност суда у утврђивању тог минимума је знатно наглашена, али је у исто време, суду дато довољно простора и могућности да у духу друштвеног поретка и правног система у целини, динамично процењује и оцењује неопходност поседовања пољопривредног земљишта и привредних зграда, чије би коришћење, уз савремену обраду, обезбеђивало приход дужнику, довољан да обезбеди издржавање своје и свог домаћинства на просечном нивоу средине у којој се налази.

Одредбама члана 71, 92. и 152. ЗИП, изузимају се од извршења, ради намирења новчаног потраживања повериоца, покретне ствари, потраживања и непокретности, пре свега, ради заштите интереса дужника и чланова његовог домаћинства, али у исто време и ради заштите одређених општих интереса. Ове одредбе су императивне природе, па се стога дужник и поверилац не би могли споразумети пре отпочињања извршења, или у току самог извршења, да се извршење може спровести и на предметима који су по закону изузети од извршења. Суд је дужан, да по службеној дужности у току целог поступка извршења, обезбеди доследну примену ових одредби, водећи рачуна, да оне не постоје само ради интереса дужника, већ и ради заштите општих друштвених интереса. Друштвени интерес изражен у Уставном принципу економске, социјалне и личне сигурности човека — чини ону границу преко које суд не би смео, никако прећи у тумачењу и примени наведених одредаба.

Да би се обезбедило очување уставног принципа „економске, социјалне и личне сигурности“ у извршном поступку, некада ће бити нужно да се извршење ограничи.

2.2. Ограничење средстава и предмета извршења

Одбијањем да добровољно изврши потраживање утврђено у извршној исправи, дужник даје повод повериоцу, да он предлогом за извршење затражи интервенцију суда како би реализовао своје потраживање. Поверилац бира средство извршења и предмете извршења, јер дужник начелно одговара свом имовином, а поред тога, повериоцу стоје на располагању, сва и само она средства извршења која су утврђена Законом о извршном поступку, да њиховом појединачном или скупном применом оствари своје потраживање. Зато суд одређује извршење, ради остваривања новчаног потраживања, оним средствима и на оним предметима који су наведени у предлогу за извршење, члан 29. став 1. ЗИП.

Међутим, у циљу заштите дужника, ако поверилац предложи више средстава извршења или више предмета на којима треба спровести извршење, суд ће, на предлог дужника или по службеној дужности, ограничити извршење само на нека од тих средстава, односно предмета ако су довољна за остварење потраживања, члан 29. став 1. ЗИП. Овом општом одредбом се штити дужник

од непотребних захвата у његову имовину, а захтев повериоца за принудно остварење потраживања своди се у разумне и реалне оквири. Осим тога, по ставу 2. члана 29. ЗИП, суд може, на предлог дужника одредити друго средство извршења, уместо оног које је предложио поверилац, ако је то средство довољно за остварење потраживања. Повериочев циљ мора бити остваривање потраживања, а не упропашћивање и шиканирање дужника.

За повериоца је без значаја којим средством је потраживање остварено. За њега је значајно да је потраживање уз помоћ суда, ипак, остварено.

Према томе, суд на основу предлога странака или по службеној дужности утврђује средства и предмете извршења као и обим извршења. Извршење се спроводи у границама одређеним у решењу о извршењу, члан 42. ЗИП. Ови општи принципи, детаљније су разрађени у одредбама закона које се односе на поједина средства извршења. Тако, у случају извршења на покретним стварима, пописаће се онолико ствари колико је потребно за намирање повериоцевог потраживања и трошкова извршења. Првенствено се пописују ствари у погледу којих нема примедби о постојању права које би спречавало извршење и ствари које се најлакше могу уновчити, при чему ће се о томе узети у обзир и изјава присутних странака и трећих лица, члан 75. ЗИП. По ставу 3. истог члана, суд може на предлог дужника, накнадно одредити извршење на другом предмету, а не на оном који је на предлог повериоца пописан, ако постоји знатна несразмера између вредности тог предмета и износа потраживања. Пописане ствари чува дужник, ако поверилац не предложи — захтева — да се пописане ствари предају на чување њему, повериоцу, или трећем лицу. Али у том случају, опасност од уништења или оштећења ствари датих на чување повериоцу или трећем лицу — сноси поверилац, осим ако је уништење или оштећење последица више силе, члан 76. став 1. и 2. ЗИП.

Ово правило је логична последица повећаног захтева повериоца. То због тога, што држава пружа довољно гаранције да ће потраживање бити остварено самим пописивањем покретних ствари и њиховим остављањем на чување дужнику. Ако поверилац захтева повећано обезбеђење, он тражи „нешто што му закон додуше допушта али што није неопходно“ па му то закон допушта „на његову опасност“.²⁵

Извршење се може спровести до једне половине на личном дохотку и пензији као и на накнади уместо личног дохотка за намирање потраживања по основу законског издржавања, накнаде штете настале услед нарушења здравља или умањења, односно губитка радне способности и накнаде штете за изгубљено издржавање услед смрти даваоца а за сва остала новчана потраживања извршење се може спровести само до једне трећине личног дохотка, односно накнаде уместо личног дохотка или пензије.

²⁵ Збирка судских одлука, VIII, 1—54 — наведено код Др М. Јовановића — исто дело, стр. 23.

Међутим, ако дужник прима зајемчени лични доходак у складу са друштвеним договором и законом, за наведена привилегована потраживања извршење се може спровести у износу до једне трећине, а за сва остала потраживања само до једне четвртине загарантованог личног дохотка. Наведена ограничења важе и за плату млађег официра, официра, војног службеника, а односе се и на примања лица у резервном саставу за време војне службе, члан 93. став 2. и 3. ЗИП.

Извршење на примању ратних и мирнодопских војних инвалида по основу инвалиднине, ортопедског додатка и инвалидског додатка може се спровести до једне половине само за привилегована потраживања — потраживања по основу законског издржавања, накнаде штете услед нарушења здравља или умањења односно губитка радне способности и накнаде штете за изгубљено издржавање услед смрти даваоца издржавања. Остала потраживања поверилаца се не могу принудно остваривати на овим инвалидским примањима, члан 93. став 4. ЗИП.

На примању по основу уговора о доживотном издржавању и доживотној ренти, као и на примању по основу уговора о осигурању живота, извршење се може спровести само на делу тих примања који прелази износ највише сталне социјалне помоћи која се исплаћује на подручју на коме дужник има пребивалиште, члан 93. став 5. ЗИП.

Наведеним одредбама Закона о извршном поступку се конкретно утврђује онај минимум који обезбеђује дужникову материјалну и социјалну сигурност, и који ни у ком случају не може бити предмет извршења. Према пракси наших судова чак и у поступку принудне наплате пореза, принудна наплата се не може вршити из средстава које странка прима по основу социјалне помоћи.²⁶ Практично, доња граница до које се може ићи у извршном поступку, представљаће највиши износ сталне социјалне помоћи која се исплаћује на подручју на коме дужник има пребивалиште. Сваки захват преко те границе, у новчана примања дужника, доводио би до нарушавања, уставног начела о економској социјалној и личној сигурности човека, па самим тим не би био допуштен.

Нормално, извршење на новчаном потраживању, може се одредити и спровести само у износу који је потребан за измирење повериочевог потраживања. Ако више поверилаца тражи извршење на дељивом потраживању, забрана и пренос се одређују у одговарајућим износима, посебно у корист сваког повериоца, члан 95. ЗИП. Ако се ради о преносу недељивог потраживања, поверилац мора положити јемство, да ће вишак, који прелази износ повериочевог потраживања, предати суду, члан 106. став 2. ЗИП. Обавеза повериоца који је од пренетог потраживања наплатио више него што износи његово потраживање да тај вишак положи суду прописана је чланом 118. ЗИП.

Минимум потраживања, обезбеђен дужнику, мора бити очуван, чак и над више поверилаца захтева извршење ради наплате

²⁶ Збирка судских одлука, VIII, 1—54, наведено код Др М. Јовановића — исто дело, стр. 23.

потраживања по основу законског издржавања или по основу рен-те за изгубљено издржавање услед смрти даваоца издржавања. У том случају извршење се спроводи у корист сваког повериоца сразмерно његовом потраживању, али само, на делу личног до-хотка који може бити предмет извршења, члан 121. ЗИП.

У случају извршења на непокретности дужнику се признаје право да предложи извршење другим средствима или на другој непокретности. Овај предлог дужник треба да стави у року од осам дана од дана пријема решења о извршењу. Суд ће предлог усвојити, ако дужник учини вероватним да ће се потраживање намирити другим средством извршења или продајом друге непокретности. Ако дужник, као друго средство извршења, предложи, извршење на личном дохотку, пензији, инвалиднини или другом сталном новчаном примању, он мора учинити вероватним, да ће потраживање бити намирено у року од једне године од дана доношења решења о његовом предлогу, члан 143. ЗИП.

Посебан вид заштите дужника у извршном поступку, обезбе-ђен је одредбом члана 149, по којој — станарско право не пре-стаје продајом стана, односно зграде у којој се стан налази, ако законом није друкчије одређено. Купац ступа у права и обавезе даваоца стана на коришћење. Овом одредбом пружа се изван-редно значајна заштита дужнику у извршном поступку, што одгова-ра самој суштини истакнутог уставног принципа. Стога, дужник који као сопственик станује у продатој породичној стамбеној згра-ди или стану задржава право да и даље ту станује. Односи између таквог дужника и купца стана, просуђују се и расправљају по од-редбама које су прописане за односе између сопственика и за-купца, ако закон што друго не наређује, чл. 184. ЗИП.

Поред наведеног, заштита дужника у извршном поступку, ос-тварује се и низом других одредаба ЗИП нпр. установом „најниже прихватљиве понуде“ из члана 163 ЗИП, онемогућавањем одре-ђеним лицима да се појаве у улозу купца члан 162 ЗИП, као и одредбама о одлагању и обустави извршења, које ми у овом раду нисмо анализирали.

Бранко Мириловић

LA PROTECTION DU DEBITEUR DANS LA PROCEDURE D'EXECUTION

— Résumé —

Après avoir indiqué que par procédure d'exécution il entendait les dispositions de la nouvelle loi (Journal officiel de la RSFY, No 20/78) et défini sa notion procédurale et juridique ainsi que celle de débiteur, l'auteur insiste sur l'importance et l'actualité du thème qu'il traite. Il évoque ensuite la longue application des règles juridiques dans le cadre de l'exécution forcée, en ayant surtout en vue les règles et les institutions fondées sur le principe du compartement sociale dans la procédure d'exécution, d'une part, et, de l'autre, les dispositions de la nouvelle loi sur la procé-

dure d'exécution dont les principales sont celles qui concernent la protection du débiteur, l'ampleur de l'exécution et la protection des activités de certaines personnes juridiques. Il est amené ainsi à souligner l'actualité et la signification de l'analyse à laquelle il se livre.

Posant le problème, l'auteur indique que l'élaboration conséquente des dispositions en question dont il voit par ailleurs la base dans les Principes fondamentaux de la Constitution, jointe aux autres innovations que comportent les règles et institutions de la nouvelle Loi, apporte une nouvelle substance juridico-politique répondant au système juridique et au système socio-politique.

Cette approche permet à l'auteur de replacer la protection du débiteur dans le contexte de la «sécurité économique, sociale et personnelle de l'homme» garantie par la Constitution. Il en vient ainsi à analyser la protection de la personne du débiteur et la question de sa protection en exceptant ses biens de l'exécution et en limitant cette dernière.

Dans le cadre de cette analyse, il expose les multiples règles qui protègent la personne du débiteur ou exceptent tels biens tout en restreignant les moyens et objets de l'exécution.

ТЕОРИЈСКИ ОСНОВИ РАДНОГ ПРАВА У СОЦИЈАЛИСТИЧКОМ САМОУПРАВНОМ ДРУШТВЕНОМ УРЕЂЕЊУ

Одељак I

РАЗВОЈ РАДНОГ ПРАВА У НОВОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ

Радно право развија се од ослобођења на новим основама — на новом положају радног човека у раду на друштвеним средствима рада. У поратном периоду, карактеристична су три раздобља у развоју радног права: раздобље прелазног периода из капиталистичког у самоуправно — социјалистичко друштвено уређење (од ослобођења до 1950); раздобље раног самоуправног социјализма (1950—1971) и раздобље развијеног самоуправног социјализма (које је започело 1971. године). Свако од ових раздобља има своје карактеристике и специфичности, иако представљају јединствен континуирани развој.

1. Прелазно раздобље из капиталистичког у самоуправно социјалистичко друштвено уређење (1944—1950)

Раздобље од ослобођења до 1950. године представља, у основи, прелазни период из капиталистичког у самоуправно социјалистичко друштвено уређење. То је раздобље консолидације Југославије као социјалистичке државе и обнове и изградње у рату порушене земље. Напушта се предратно радно законодавство које не одговара условима социјалистичког друштвеног уређења и положају радника, и ствара ново законодавство. У овом раздобљу донет је велики број законских прописа у области рада (преко 90).

Први законски прописи из области радних односа доносе се већ крајем 1944. године, којима се уређују плате радника. У најзначајније прописе у овом раздобљу спадају: Закон о државним

службеницима (1945), Уредба о отказима радника и намештеника (1945), Закон о спровођењу социјалног осигурања (1945) и Закон о социјалном осигурању радника, намештеника и државних службеника (1946), Закон о ученицима у привреди (1946), Закон о инспекцији рада (1946), Уредба о служби и управама за укључивање радне снаге у привреду (1948), Уредба о заснивању и престанку радних односа (1948), Уредба о дисциплинској и материјалној одговорности радника у државним предузећима, надлештвима и установама (1949), Општи правилник о хигијенским заштитним мерама при раду (1947).

У овом прелазном раздобљу, у коме радничка класа постаје основни носилац друштвено-економског уређења, ствара се прво социјалистичко радно законодавство и радно право у Југославији, који представљају основу за његову даљу доградњу. Основне карактеристике радног законодавства, односно радног права у овом раздобљу представљају:

1) **Унидање експлоатације и нов радно-правни положај радника.** — Са социјализацијом средстава за производњу мења се природа радног односа, односно долази до промене субјеката у раду, јер, по унидању приватног власништва, радник обавља рад на средствима државне својине, — то ослобађа радника од експлоатације којој је био изложен у предратном периоду. Обезбеђује се стабилност радног односа, јер радник може оспоравати оправданост отказа; гарантује се плата према стручној спреми и оствареној норми, независно од успеха пословања привредне организације. Ограничавају се радно време и прековремени рад; обезбеђују се одмори (одмор у току рада, дневни, недељни и годишњи одмор; изједначава се рад жена са радом мушкараца; инспекција рада је овлашћена, у циљу заштите радника, да цени законитост отказа, а касније и његову оправданост, као и да врши надзор над условима рада, са правом кажњавања одговорних лица у привредној организацији;

2) **Уређивање радних односа је искључив домен радног законодавства.** — Радне односе у овом периоду уређује у потпуности сама држава, законским прописима; исто тако, држава и управља привредним организацијама путем дирекција (административно-оперативних руководстава). Све привредне организације биле су сврстане у привредне организације савезног, републичког и локалног значаја, што је било од посебног значаја у вршењу надзора над применом законских прописа, јер је одговарајућа инспекција рада вршила надзор над привредном организацијом одговарајућег значаја;

3) **Деоба радног односа.** — Посебну карактеристику овог периода представља и деоба радног односа на радни однос радника, без обзира где се обавља рад, у привредној организацији или државној управи, и на радни однос службеника, независно од тога где ради — у државној управи или привредној организацији; њихов је статус различит. У овом периоду не постоји јединствен радни однос нити јединствено радно право, јер службеничко законодавство представља предмет управног права;

4) **Ограничавање слободе избора организације.** — Значајну карактеристику овог раздобља представља и увођење механизма којим се обезбеђивала стабилност радне снаге, ради усаглашавања планова радне снаге са плановима првог петогодишњег (привредног) плана развоја земље. Законским прописима било је предвиђено, у циљу остваривања овог плана, да се оправданост отказа радника и службеника може оспоравати и могућност њиховог премештаја из једне у другу организацију, из привредне организације у другу привредну организацију или у орган државне управе и обратно, чиме је слобода избора организације у овом раздобљу била у извесном степену ограничена.

2. Раздобље раног самоуправног социјализма (1950—1971)

Доношењем основног закона о управљању државним привредним предузећима и вишим привредним удружењима од стране радних колектива децембра 1950. године и Уставног закона о основама друштвеног и политичког уређења ФНРЈ и савезним органима власти од јануара 1953. године, почиње раздобље раног самоуправног социјализма, које се завршава доношењем Уставних амандмана XX—XLII 1971. године. Ово раздобље може се поделити у три фазе.

1) **Прва фаза (1950—1957).** — Ово је фаза увођења самоуправљања, — радници почињу да управљају радном организацијом, самостално утврђују привредне планове и располажу доходном организације по извршењу друштвених обавеза. Поред предаје предузећа на управљање радним колективима, у овој фази развоја радног права проширује се заштита радника прокламовањем начела права на рад и зајемчавањем минималних зарада из друштвених средстава (Уставни закон, чл. 5. и 6), као и обезбеђивањем слободе рада, односно слободног кретања у радном односу, — укидањем оцењивања оправданости отказа радника и могућности премештаја радника из једне у другу организацију без његове сагласности.

У овој фази укида се двоструки статус радника и службеника, — у самоуправљању радном организацијом они постају равноправни чланови, са истим правима и обавезама. Ово је и раздобље правних празнина у области радних односа, јер радно законодавство није било усаглашено са насталим друштвено-економским односима и самоуправљањем у привреди, те се и на раднике и на службенике примењују законски прописи о радним односима радника у привреди који су раније донети. То је и раздобље слабења инспекције рада, јер је преовладало схватање да државни надзор у области рада није у складу са самоуправљањем, те у појединим републикама долази и до њиховог укидања (Црна Гора и Македонија).

2) **Друга фаза (1957—1963).** — У овој фази развоја радног права долази до усаглашавања радног законодавства са насталим променама и новим положајем радника на раду преласком на радничко самоуправљање.

а) — **Уређивање радних односа на самоуправној основи.** — Радничко самоуправљање представља ограничавање функција државе и преношење појединих надлежности на органе самоуправљања. Али и у овом периоду ограничавања функција, друштвена заједница (држава) задржава у својој надлежности уређивање односа који су од општег друштвеног значаја, — у домену рада она обезбеђује основна права радника и уређује поједине институте. Ван овог домена, по преласку на радничко самоуправљање, уређивање радних односа се све више преноси на саме привредне организације, — на раднике који преко својих органа управљања самоуправним општим актима, у складу са општим друштвеним нормама, уређују међусобне односе (права и дужности) који произилазе из заједничког рада на друштвеним средствима. Самоуправно уређивање радних односа у овој фази раног самоуправног социјализма, налази се у свом раном развоју, јер је доношење самоуправних аката (тарифног правилника и правилника о радним односима) у искључивој надлежности радничког савета, а који ступају на снагу тек по прибављеној сагласности од стране народног одбора и синдиката.

б) — **Кодификација.** — Друга карактеристика ове фазе развоја радног права представља и кодификација радног законодавства доношењем Закона о радним односима и Закона о јавним службеницима 1957. године. Законом о радним односима уређују се све области радних односа: начела, основна права из радног односа, заснивање и престанак радног односа, распоређивање радника, радно време и одмори, лични дохоци, заштита на раду и посебна заштита жена, омладине и инвалида; дисциплинска и материјална одговорност; остваривање права радника; начин уређивања радних односа (правилницима); права радника за време привремене незапослености и др. Утврђују се случајеви у којима радник ужива апсолутну заштиту од престанка рада и уводи се судска заштита права радника. Уместо великог броја законских прописа, радни односи уређују се једним законом.

ц) — **Развој јединственог радног односа.** — У овој фази долази и до развијања радног односа као јединственог односа, што произилази из социјалистичког карактера друштвено економског уређења и карактера рада на друштвеним средствима. Заједничке одредбе из Закона о радним односима (Део први, Глава III, Заједничке одредбе) примењивале су се на сва лица у радном односу, без обзира где обављају рад. Законом о јавним службеницима уређивала су се питања из радних односа која су била специфична за јавне службе, као и за рад у неким организацијама од јавног интереса. Одговарајуће одредбе Закона о радним односима сходно су примењиване и на раднике код приватних послодаваца, који су се ближе уређивали колективним уговором. На јединствен начин уређивана су поједина права из радних односа, као на пример, годишњи одмори и државни празници, накнаде, општа и посебна заштита на раду, права радника за време привремене незапослености и др., чиме почиње развијање радног односа као јединственог односа.

3) Трећа фаза (1963—1971). — Ова фаза развоја радног права почиње доношењем Устава СФРЈ 1963. и Основног закона о радним односима 1965. године, којим је извршено усаглашавање радних односа са новим положајем радника и траје до доношења Уставних амандмана 1971. године.

Статус радника утврђен је на новој основи. Уставом СФРЈ (члан 10, став 1) прокламовано је да „радни људи који раде у радној организацији успостављају, као чланови радне заједнице, међусобне радне односе и равноправни су у самоуправљању“, као и да о ступању радних људи у радну организацију — одлучују радни људи у радној организацији (члан 9).

Уставом СФРЈ (члан 10, став 1) поставља се систем непосредног самоуправљања, којим је прокламовано да „организација рада и управљање у радној организацији треба да омогуће да радни људи на сваком ступњу и у свим деловима радног процеса, који представљају целину, што непосредније одлучују о питањима рада, о уређивању међусобних односа, расподели дохотка и другим питањима свог економског положаја, обезбеђујући истовремено најповољније услове за рад и пословање радне организације као целине“. Овим је зајемчено што непосредније одлучивање радника не само у оквиру радне организације већ и у свим деловима радног процеса који представљају целину, које се ближе одређује и продубљује Уставним амандманом XV (1968), — да сами радници одређују о којим ће питањима одлучивати непосредно, а која ће поверавати својим органима.

На оваквом статусу радника као члану радне заједнице радне организације постављен је систем међусобних радних односа у удруженом раду.

а) — Радни однос као међусобни однос у удруженом раду. — Основни закон о радним односима полази од основе друштвено економског уређења коју, између осталог, чини слободно удружено рад на средствима за производњу у друштвеној својини и на оваквом карактеру изграђује нови економско-правни систем друштвено организованог рада, напуштајући класичне институције и механизме најамног радног односа. У таквим условима садржина радног односа чине узајамна права и дужности између чланова радне заједнице, а не радни однос између радника и радне организације као правних субјеката.

Доношењем овог закона долази до даљег ослобођања рада које је започето социјализацијом средстава за производњу и управљањем привредним предузећима од стране радних колектива, — до укидања радног односа као односа између два субјекта од којих један, радник, уступа своју радну снагу, а други, носилац власништва на средствима за производњу користи такав рад уз одређену накнаду, што, у основи, чини суштину најамног радног односа. Међутим, средства рада и радна организација постају у условима ослобођања рада само инструмент радних људи за успешно остваривање њихових личних интереса, за стварање материјалних и културних услова. Радна организација престаје да буде оличење неног „вишег интереса“, — она постаје само средство

радне заједнице за организовано самоуправљање производњом и радом, у оквиру које се стиче и распоређује доходак.

б) — **Самоуправно уређивање радних односа.** — Радни људи остварују самоуправљање на основу слободног удруживања рада на средствима за производњу у друштвеној својини ступањем у међусобне односе и као чланови радне заједнице у радној организацији самостално утврђују међусобне дужности и права која произилазе из удруженог рада. У том циљу, Основним законом о радним односима проширује се самоуправно уређивање радних односа које је постављено Законом о радним односима, јер се њиме предвиђало да радна заједница уређује радне односе својим општим актима које доноси непосредно или преко органа управљања радне организације, што се ближе уређивало законом и статутом. Овај закон садржавао је и норме општег и диспозитивног карактера, стварајући одговарајући простор за самоуправно уређивање радних односа.

ц) **Јединствен положај радника.** — Посебан значај овог закона је и у томе што су се њиме радни односи уређивали на јединствен начин за све радне људе без обзира на делатност у којој раде. Наиме, начела, дужности и права утврђена Основним законом о радним односима односила су се на све раднике који су радили у радним и другим организацијама, државним органима и удружењима, ако законом није било друкчије одређено.

3. Раздобље развијеног самоуправног социјализма (1971—1980)

Раздобље развијеног самоуправног социјализма у области ради, које се још увек налази у свом развоју, почиње 1971. године доношењем Уставних амандмана, посебно амандмана XXI, XXII и XXIII и Закона о међусобним односима радника у удруженом раду 1973. године. Свој пуни развој ово раздобље добија доношењем новог Устава СФРЈ 1974. године, Закона о удруженом раду (1976) и одговарајућих републичких и покрајинских закона о радним односима, као и Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе (1978), којим је извршено одговарајуће усаглашавање са Уставом СФРЈ и Законом о удруженом раду и проширено самоуправљање у области рада и у државној управи.

У овом раздобљу самоуправни социјализам у области рада, чији су темељи постављени 1950. године, добија развијеније облике. — он се развија по дубини и ширини: самоуправљање се, с једне стране, све више спушта до самог радника (као појединца) и прераста у непосредно самоуправљање, док, с друге стране, оно постепено превазилази оквири саме радне организације и добија све шире размере. Развој самоуправног социјализма у области рада по дубини и ширини представља основно обележје овог раздобља.

1) **Развој самоуправљања по дубини.** — Уместо радне заједнице радне организације као носиоца самоуправљања и уређи-

вања међусобних односа у раду, у овом раздобљу основни субјект у удруженом раду постаје радни човек (радник) који као појединац, непосредно и равноправно с другим радницима, уређује међусобне односе по основу рада на средствима друштвене репродукције, управљања пословима и организацијом рада и средствима рада, и одлучује о дохотку. Ради обезбеђивања ованвог положаја радника, установљава се основна организација удруженог рада, која представља економско-технолошку целину, у којој радници непосредно и равноправно уређују ове односе, и одлучују о другим питањима свог друштвено-економског односа.

Установљавањем ованвог положаја радника на друштвеним средствима рада остварује се ослобађање рада и превазилажење историјски условљених друштвено-економских неједнакости и независности људи у раду, које се обезбеђује укидањем сваког облика најамних односа (Устав СФРЈ, Основна начела, II, став 3, алинеја 1).

2) **Развој самоуправљања по ширини.** — Поред преношења тежишта у самоуправним међусобним односима на раду на непосредно одлучивање радних људи у основној организацији удруженог рада, самоуправљање у области удруженог рада све више прелази оквире саме организације удруженог рада и обухвата радне људе у ширим размерама — у оквиру гране, групације или делатности, или у оквиру подручја, региона или територије. Развијањем нашег друштва као самоуправне социјалистичке заједнице, радни људи самоуправним споразумевањем и друштвеним договарањем усклађују своје међусобне односе у удруженом раду, — појединачне и заједничке интересе са општим друштвеним интересима.

Развојем самоуправног споразумевања и друштвеног договарања, изграђује се самоуправни механизам уређивања рада на широј, друштвеној, основи, којим се усклађују услови рада, — удружени рад постаје све више основ уређивања међусобних односа на самоуправној основи, усклађивањем појединачних, заједничких и ширих друштвених интереса.

Посебан значај у даљем развоју самоуправног уређивања међусобних односа у удруженом раду, који превазилази оквире основне организације удруженог рада и радне организације, представљају одредбе о друштвеном договарању и самоуправном споразумевању у Уставу СФРЈ (чл. 120—128) и Закона о удруженом раду (чл. 579—609), којим се овај механизам ближе уређује.

О д е љ а к II

ФУНКЦИЈЕ РАДНОГ ПРАВА

Функције радног права темеље се на уређивању радних (међусобних) односа који настају на раду друштвеним средствима рада или између радника који уступају, уз накнаду (зараду, плату, надницу), своје радне активности и власника средства за производњу. Класично радно право полази од радног односа као уго-

ворног (облигационог) односа, којим се уговарају права и обавезе између радника и послодаваца. Мада су формално-правно и радник и послодавац слободни у уговарању услова рада, овај уговор у основи представља једностранни акт (уговор), јер је послодавац у положају да те услове диктира, пошто је радник принуђен да их прихвата ради обезбеђивања своје егзистенције, — друге алтернативе он нема, с обзиром да не располаже сопственим материјалним изворима за обезбеђивање егзистенције.

Ослобађањем рада, односно отуђености радника од средстава за производњу њиховим подруштвљавањем, напушта се класично радно право у коме је радни однос, однос између два субјекта — радника и послодавца. У новим условима рада, радно право темељи се на раду и резултатима рада, који су једини основ за одређивање материјалног и друштвеног положаја радника. Услови рада не уговарају се, јер радници удружују рад на друштвеним средствима рада ступањем у међусобне радне односе и сами, по основу рада друштвеним средствима, слободно и равноправно, уређују међусобна права и обавезе.

Основне функције радног права у самоуправном социјалистичком друштвеном уређењу представљају:

1. Социјална функција. — Радно право има заштитну функцију, — обезбеђивање социјалне сигурности и заштиту радника (Устав СФРЈ, члан 281, став 1, тачка 3). Ова заштитна функција обухвата заштиту радника на раду: посебну заштиту жена, омладине и инвалида; ограничавање радног времена и прековременог рада и обезбеђивање одмора (у току рада, дневног, седмичног и годишњег одмора); обезбеђивање рада према стручним и радним способностима радника, као и стручно оспособљавање радника уз рад; уређивање права и обавеза на раду; обезбеђивање зајемченог личног дохотка; заштиту од престанка радног односа, заштиту права радника; заштиту радника за време привремене или трајне неспособности за рад, односно по истеку радног века; запошљавање радника и обезбеђивање права за време трајања привремене неспособности за рад и др.

Социјална сигурност радника, која представља основну функцију радног права, обезбеђује се, у основи, радним законодавством, којим се уређују рад и радни односи.

2. Економско-производна функција. — У условима самоуправног социјалистичког друштвеног уређења, удруживање рада на средствима у друштвеној својини и радни однос имају друштвени карактер, — социјалну сигурност радника, али и економско-производну функцију, јер је друштвени развој у зависности од резултата рада у целини. Основни циљ удруживања рада на друштвеним средствима рада ступањем у међусобне радне односе, поред социјалне сигурности радника, представља и проширивање и унапређивање материјалне основе и удруженог рада и друштва у целини, ради повећања производности личног и друштвеног рада и задовољавања личних, заједничких и општих друштвених потреба и интереса. Оваква економско-производна функција произи-

лази из карактера нашег друштвено-економског уређења, која се утврђује и Законом о удруженом раду (члан 4). Лични доходак је, такође, резултат производне функције радника и организација удруженог рада, те и са тог становишта ова функција представља и функцију радног права.

3. Функција хуманизације рада. — Основни проблем савременог друштва је како обезбедити социјалну сигурност и хуманизацију рада, а истовремено развити и интерес за личну иницијативу и стваралаштво на раду. У капиталистичком друштвеном уређењу није могуће обезбедити социјалну сигурност радника и поред интервенције државе (законским прописима и другим одговарајућим мерама); ову социјалну сигурност нису у могућности да обезбеде ни синдикати (колективним уговорима и штрајковима), јер је њихова моћ ограничена, мада су од знатног утицаја у обезбеђивању минималних услова рада и живота. Социјализација средстава за производњу обезбеђује социјалну сигурност, али она увек не значи и хуманизацију рада, заинтересованост радника за предузимање личне иницијативе и стваралачки рад, ако радник ступа у радни однос са носиоцем средстава рада и остварује зараду према степену стручне спреме и оствареној личној норми рада.

У самоуправном социјалистичком друштву обезбеђује се социјална сигурност радника на раду подруштвљавањем средстава рада, укидањем могућности престанка рада из економских или технолошких разлога, обезбеђивањем зајемченог личног доходака и социјалног осигурања за случај наступања неспособности за рад, као и одговарајућих права за време привремене незапослености, а хуманизација рада и лична иницијатива за стваралачки рад — ослобађањем човекове отуђености од средстава рада укидањем најамног радног односа, односа између два субјекта, чиме радник постаје основни субјект у управљању и унапређивању рада и пословања организације удруженог рада, и у уређивању међусобних односа по основу рада на самоуправној основи и обезбеђивању учешћа у расподели средстава за личне дохотке према резултатима свог рада и успеха пословања основне организације удруженог рада.

Хуманизација рада обухвата и укидање разлике између физичког и умног рада, јер се рад у самоуправном механизму састоји од рада на радном месту (на пословима које радник обавља) и управљања радом и пословањем основне организације удруженог рада.

Хуманизација рада, чији је историјски процес започет, представља, такође, једну од основних функција радног права у самоуправном социјалистичком друштвеном уређењу.

О д е љ а к III

ПРИРОДА И КАРАКТЕР РАДНОГ ОДНОСА

I. Друштвено-економски односи и радни однос

Природа и карактер радног односа произилазе из друштвено-економског уређења. Основна карактеристика нашег друштва је да је оно социјалистичко и самоуправно друштво, што чини и основу нашег друштвено-економског и политичког система. У постојећим условима обележја рада, на којим се темељи радни однос чине:

а) **Социјалистички карактер рада.** — Основне карактеристике рада у социјалистичком друштвеном уређењу представљају: а) подруштвљавање средстава рада, равноправан однос према њима и друштвена подела рада; б) одговарајућа права и обавезе радних људи према друштвеним средствима рада, с једне стране, и права и обавезе друштвене заједнице према радним људима у односу на друштвена средства рада, с друге стране; ц) вредновање друштвено корисног рада; д) интеграција радничке класе у оквиру удруженог рада у условима међузависности и одговорности, и солидарности; и, е) усмеравање општег друштвеног развоја;

б) **Самоуправни карактер рада.** — Основна обележја самоуправних односа на раду чине, нарочито: а) радни човек је основни субјект у раду на друштвеним средствима рада; б) међусобне односе у раду уређују слободно и равноправно у условима међузависности и одговорности, и солидарности; и, ц) радни људи, уместо друштвене заједнице (државе), усклађују на самоуправној основи појединачне и заједничке интересе са опште друштвеним интересима.

Ова обележја нашег друштва, као социјалистичког и самоуправног друштва, представљају основ за утврђивање положаја радника као основног субјекта у удруженом раду и његову интеграцију на широј основи, у оквиру укупног удруженог рада на друштвеним средствима рада. Радник се као појединац удружује са другим радницима у оквиру основне организације удруженог рада, чији је део, па, преко основне организације удруженог рада, у радну и сложену организацију удруженог рада, као и у поједине шире облике удруживања и уређивања питања од заједничког и опште друштвеног интереса, — то, с једне стране, обезбеђује ослобађање рада од отуђености од средстава рада, индивидуалност сваког радника, а, с друге стране, и интеграцију радних људи удруживањем рада на друштвеним средствима рада у ширим размерама, у оквиру друштвене заједнице. У оваквом механизму друштвеног рада остварује се равноправност радних људи у односу на друштвена средства рада и установљава посебан однос радника као појединца према друштву и друштвеним средствима рада, а и друштвене заједнице према раднику као појединцу.

У условима друштвене својине средстава рада, међусобни радни односи у удруженом раду настају у оквиру основне органи-

зације удруженог рада, а поједина права и обавезе установљавају се и у оквиру радне организације, која представља органско економско-технолошку целину, у оквиру које радници удружују и рад и средства; самоуправним споразумевањем и друштвеним договарањем врши се, превазилажењем оквира основне организације удруженог рада и радне организације, интеграција удруженог рада на друштвеним средствима рада.

У оваквом механизму друштвено-економских односа, међусобни радни однос у друженом раду представља однос посебне врсте — радни однос *»sui generis«*, јер радник удружује рад ступањем у међусобне радне односе у основној организацији удруженог рада, али је то и друштвени однос, који произилази из друштвено економских односа и карактера друштвених средстава рада, тј. односа радних људи према друштвеним средствима рада а и друштвене заједнице према радним људима у односу на друштвена средства рада.

II. Радник као основни субјект у радном односу

I. ПОЈАМ РАДНОГ ОДНОСА

У класичном радном праву под радним односом подразумева се уговорни однос о раду између два субјекта — радника и послодавца, којим радник уступа своје активности послодавцу у циљу стицања средстава за живот. У самоуправном социјалистичком друштвеном уређењу тежиште је на раднику као појединцу, у коме је он основни субјект у међусобним односима у удруженом раду. У условима подруштвљених средстава рада и ослобађања радника од њихове отуђености, радник не ступа у радни однос са носиоцем власништва средстава рада, са организацијом, већ ступа у међусобне односе по основу рада у оквиру основне организације удруженог рада, у оквиру које радници удружују рад на друштвеним средствима рада, — субјекти у радном односу су сами радници између којих се заснивају и установљавају међусобни односи, права и обавезе по основу рада.

Међусобни односи на раду у основној организацији удруженог рада нису прост збир индивидуалних односа већ удружени односи у којима радник заједно и равноправно с другим радницима одлучује о раду и уређује односе на раду, што предпоставља доношење одговарајућих одлука и уређивање међусобних односа на раду — заједничком вољом удружених радника.

Полазећи од друштвено економских односа и положаја радника као основног субјекта у удруженом раду, под радним односима, што се утврђује и Законом о удруженом раду (члан 161), подразумевају се односи радника у основној организацији удруженог рада, које радници у остваривању права рада друштвеним средствима успостављају у заједничком раду друштвеним средствима и уређују самоуправним општим актима појединачна и заједничка права, обавезе и одговорности у складу са законом.

2. ЕЛЕМЕНТИ РАДНОГ ОДНОСА

Елементи радног односа могу, по свом карактеру, бити битни или небитни. За постојање радног односа неопходно је да постоје сви битни елементи, без којих нема радног односа. Законом о радним односима од 1957. године били су утврђени битни елементи радног односа (члан 3, став 1), односно елементи без којих не може постојати радни однос, али каснији законски прописи (Основни закон о радним односима, Закон о међусобним односима радника у удруженом раду, па ни Закон о удруженом раду) то не чине. У постојећем систему радних односа за постајање радног односа неопходно је да постоје следећи битни елементи:

- слободно удруживање рада, односно добровољност;
- испуњавање општих услова за заснивање радног односа (минимално доба живота и општа здравствена способност за рад);
- лични рад;
- лични доходак; и
- ступање на рад за обављање одређених послова, односно за извршавање одређених радних задатака;

Непостојање било ког од ових елемената чини радни однос ништавним.

За разлику од битних елемената, небитни елементи не представљају основ за постојање радног односа, као што је то, на пример, дужина дневног радног времена, стручна спрема, посебна здравствена способност за рад на одређеним пословима и др.

3. ПРАВО РАДА ДРУШТВЕНИМ СРЕДСТВИМА

Под правом рада друштвеним средствима подразумева се право радника да ради друштвеним средствима по ступању у радни однос, за разлику од права на рад, којим се зајемчује право радника на запослење и право да се остане на раду док се не створе објективни услови за престанак радног односа. И право на рад и право рада друштвеним средствима представљају уставну категорију.

Право рада друштвеним средствима прокламовано је одредбама члана 14. Устава СФРЈ, којим је зајемчено сваком раднику у удруженом раду да „остварујући своје право рада друштвеним средствима, у основној организацији удруженог рада и у свим другим облицима удруживања рада и средстава, заједно и равноправно с другим радницима, управља радом и пословањем организације удруженог рада и пословима и средствима у целокупности односа друштвене репродукције, да уређује међусобне односе у раду, одлучује о доходу који остварује у различитим облицима удруживања рада и средстава рада и да стиче доходак“. Под правом рада друштвеним средствима подразумева се, у основи, право радника на самоуправљање и одлучивање на средствима рада у друштвеној својини, које остварује ступањем на рад у основну организацију удруженог рада. Као такво, ово право улази у ред основних и неотуђивих права радника, на коме се и темеље основи нашег друштвено-економског уређења.

Право рада друштвеним средствима ближе се уређује и Законом о удруженом раду (члан 13), којим је утврђено да „сваки радник који ради у удруженом раду средствима у друштвеној својини стиче право рада друштвеним средствима као своје неотуђиво право да ради тим средствима ради задовољавања својих личних и друштвених потреба и да, као слободан и равноправан с другим радницима у удруженом раду, управља својим радом и резултатима свог рада“. Остварујући ово своје право, радници у основној организацији удруженог рада, заједно и равноправно:

- својим радом учествују у процесу рада и производње и извршавају своје радне обавезе;

- управљају радом и пословањем организације удруженог рада;

- управљају пословима и средствима у целокупности односа друштвене репродукције;

- одлучују о удруживању свог рада и средстава у радну организацију и у друге облике удруживања и повезивању рада и средстава;

- одлучују о целокупном дохотку који стичу заједничким радом;

- распоређују чисти доходак за личну, заједничку и опште друштвену потрошњу, за проширење материјалне основе рада и за резерве, у складу са основама и мерилима договореним на самоуправној основи;

- одлучују о целокупном дохотку који стичу заједничким ку потрошњу, у складу са основама и мерилима за утврђивање доприноса који својим текућим и минулим радом дају остваривању дохотка, а које на самоуправној основи утврђују са радницима других организација удруженог рада;

- стичу лични доходак према резултатима свог рада и личном доприносу, који су својим текућим и минулим радом дали повећању дохотка основне организације удруженог рада; и

- уређују међусобне односе у раду.

4. ЛИЧНА И ЗАЈЕДНИЧКА ПРАВА, ОБАВЕЗЕ И ОДГОВОРНОСТ

1) Лична и заједничка права

Из радног односа, као међусобног односа на раду у основној организацији удруженог рада, произилазе лична и заједничка права, обавезе и одговорности. По основу личног рада, радник има и лична права и обавезе, посебно право да обавља рад на пословима који одговарају његовим стручним и радним способностима, право на ограничено радно време и право на одморе, право на стручно усавршавање, право на стицање личног дохотка према резултатима рада и право да остане на раду за све време док се не стекну законски услови због којих више не може остати на раду у основној организацији удруженог рада. Лично право радника у удруженом раду је право управљања радом и пословањем основне организације, као и право на непосредно лично изјашњавање о неотуђивим правима.

Најзначајније заједничко право радника у основној организацији удруженог рада представља управљање радом и пословањем основне организације, заједничко одлучивање о стицању и распоређивању дохотка и уређивање међусобних односа на раду.

2) Обавезе и одговорности

Механизам права без обавеза и одговорности био би непотпун, јер је одговорност обавезан пратилац права; ниједно организовано друштво, које се темељи на подели рада, не би могло да функционише и развија се, ако би се заснивало само на правима, из којих разлога, по природи ствари, обавезе и одговорност морају да прате права, па и у области удруженог рада и радних односа. Отуда право рада друштвеним средствима у себи укључује и обавезе и одговорност радника на раду друштвеним средствима. У постојећем систему удруженог рада и радних односа најзначајније карактеристике обавеза и одговорности састојале би се у следећем:

— радници су дужни да друштвена средства рада користе друштвено и економски целисходно („као добри домаћини“), као и да их, у свом, заједничком и опште друштвеном интересу, обнављају, увећавају и унапређују;

— радници су међусобно и лично одговорни за савесно извршавање радних обавеза на раду, као и да радник лично одговара за непридржавање одлука донетих у основној организацији удруженог рада, за повреду радних обавеза и других повреда радне дисциплине;

— у циљу заштите радника, законом се утврђују које се обавезе нарочито сматрају тежим повредама радних обавеза;

— законом се одређују мере које се могу изрицати за повреду радних обавеза (повреда радне обавезе може да представља основ за изрицање и мере распоређивања на други посао који одговара стручној спреми односно радној способности радника за одређено време утврђено законом, као и за изрицање новчане казне и мере престанка радног односа у случајевима утврђеним самоуправним општим актом основне организације удруженог рада у складу са законом);

— законом се утврђује материјална одговорност радника за причињену штету на раду и у вези са радом, као и начин њене надокнаде;

— законом се, такође, утврђује и начин образовања дисциплинске комисије, у којој је заступљена и друштвено политичка заједница (највише до једне четвртине чланова), као и могућност образовања заједничке дисциплинске комисије за више основних организација у саставу исте радне организације. Овим се омогућује вођење заједничке политике у области дисциплинске одговорности радника у оквиру друштвено политичке заједнице и радне организације, јер савесно извршавање радних обавеза представља и опште друштвени интерес и интерес свих радника у радној организацији.

Поред дисциплинске одговорности за повреду радних обавеза, постоје зависно од степена опасности, и други видови одговорности (прекршајна и кривична одговорност, као и одговорност за привредни преступ).

Ако радник неизвршавањем својих обавеза које је преузео самоуправним споразумом или другим самоуправним општим актом онемогући или повреди остваривање права других радника или утврђених заједничких интереса у основној организацији удруженог рада, овлашћени орган дужан је, према Закону о удруженом раду (члан 28, став 2), да покрене поступак за заштиту тих права и интереса и да, у оквиру својих права и дужности, предузме мере прописане законом или на основу закона.

Поред појединачне одговорности за неизвршавање радних обавеза, постоји и заједничка друштвена одговорност за неизвршавање заједничких обавеза. За свој рад и одлучивање у остваривању својих самоуправних друштвених функција радници су, како се то утврђује Законом о удруженом раду (члан 28, став 1), одговорни другим радницима у удруженом раду и друштвеној заједници, нарочито у погледу остваривања утврђених заједничких циљева и задатака организације удруженог рада, заштите друштвене својине и развијања самоуправљања и уставом утврђеног социјалистичког самоуправног друштвеног уређења.

5. САМОУПРАВЉАЊЕ И РАДНИ ОДНОС

Слободно удружени рад на друштвеним средствима рада и самоуправљање радника представљају основу удруженог рада. Радни однос не може се посматрати одвојено од самоуправљања, јер удруживање рада на друштвеним средствима обухвата не само међусобне односе на раду и по основу рада, већ и управљање средствима рада и управљање пословањем основне организације удруженог рада (члан 14. Устава СФРЈ).

Основне карактеристике радног односа у удруженом раду јесу:

- обављање рада на одређеним пословима, односно радним задацима (радном месту), и
- управљањем радом и пословањем организације удруженог рада путем равноправног одлучивања са другим радницима у основној организацији.

Међутим, за разлику од обавезе радника да извршава радне задатке и дужности на одређеним пословима (радног места), чије извршавање повлачи и одговарајућу одговорност (дисциплинску и др.), што чини елеменат радног односа, самоуправљање у организацији удруженог рада представља још увек друштвену функцију. Вршење самоуправних функција представља само право а не и обавезу радника, јер то не лежи и природи функције самоуправљања. Како самоуправљање представља друштвену функцију која повлачи само друштвено-моралну обавезу, самоуправљање није елеменат радног односа (радник се не може узимати на дисциплинску одговорност због некоришћења права самоуправљања).

III. Радни однос као друштвени однос

Радни однос као друштвени однос произилази из социјалистичког карактера нашег друштвеног уређења, у коме су средства рада у друштвеној својини. У односу на ова друштвена средства рада сви су радни људи у равноправном положају — са истим правима и обавезама; рад се обавља у оквиру друштвене поделе рада на друштвеним средствима; рад који се врши у организацији удруженог рада је, такође, истовремено и друштвено користан рад, јер служи и друштвеним потребама. У оквиру друштвене поделе рада на друштвеним средствима рада, радни односи, односно међусобни односи у раду заснивају се на међусобној зависности и одговорности, и солидарности радника. Радни односи у удруженом раду нису, стога, само међусобни односи у оквиру основне организације удруженог рада, већ су по свом карактеру истовремено и друштвени односи. У основној организацији удруженог рада радник остварује своје личне потребе, али истовремено (као члан друштвене заједнице) учествује и у репродукцији за опште друштвене потребе, чиме истовремено врши и друштвену функцију. Отуда је доходак који се остварује у основној организацији удруженог рада заједничким радом друштвеним средствима рада само део укупног друштвеног дохода. С друге стране, из друштвене својине средстава рада, произилазе и одређено односи друштвене заједнице према радном човеку као појединцу.

Удружени рад и радни однос не могу се свести само у оквиру основне организације удруженог рада, — они су по својој природи и карактеру шири, јер се рад обавља на друштвеним средствима рада уопште, како у личном и заједничком, тако и у општем друштвеном интересу. Свако савремено друштво, првенствено социјалистичко, живи и развија се организовано, усклађивањем појединачних са заједничким и опште друштвеним интересима, које се, у самоуправном социјалистичком друштвеном уређењу, врши на самоуправној основи, удруживањем. Оваквим карактером радног односа као друштвеног односа остварују се, у оквиру удруженог рада, јединство циљева и интереса радничке класе.

Радни однос као друштвени однос може се манифестовати на различите начине и може бити различитог интензитета, зависно од друштвено-економског развитка, али је он увек присутан, у већем или мањем степену. Међутим, поред обезбеђивања права на рад, зајемчавања минималног личног дохода, забране прекида рада из економских или технолошких разлога, било би потребно, у условима постојећег друштвено економског уређења, значајан елеменат у раду друштвеним средствима да представља и друштвено користан рад при утврђивању личног дохода, који представља саставни део социјалистичког друштва заснованог на средствима рада у друштвеној својини. Ово и стога што доходак који се остварује у основној организацији удруженог рада није увек и искључиво само резултат рада, већ у значајном степену и резултат одређених околности због тога што се рад обавља на одређеним средствима рада у друштвеној својини у одређеној органи-

зацији удруженог рада или посебног положаја на тржишту. У ниско акумулативним организацијама удруженог рада обављају рад и високо квалификовани и способни кадрови (рударство, железнице, пољопривреда, и др.), који могу давати и веће резултате у производном раду од одговарајућих радника у високо акумулативним организацијама (спољна и унутрашња трговина, банкарство, и др.), али не могу остваривати за исте резултате друштвеног корисног рада и одговарајући лични доходак. Такви односи нису засновани на резултатима рада. У таквом механизму, у коме се не узима у обзир и друштвено користан рад као елеменат при утврђивању и остваривању личног доходака по основу друштвено производног рада и оствареног доходака основне организације удруженог рада, могу се појављивати неоправдане социјалне разлике, које се заснивају на привилегији рада у одређеној организацији. Наше друштво може бити и сиромашно због недовољне развијености привреде, али оно мора, пре свега, да буде и правично друштво, што представља основну врлину сваког социјалистичког друштвеног уређења — у чему треба и да лежи основна снага самоуправног социјализма, које треба да се темељи на међузависности и одговорности, и солидарности радних људи.

О д е л а к IV

ФУНКЦИЈА ДРУШТВЕНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ (ДРЖАВЕ) У ОБЛАСТИ РАДА

До преласка на самоуправљање, област рада и радних односа представљала је искључиви домен надлежности државе, како у уређивању радних односа тако и у одлучивању о правима и обавезама радника; од уступања предузећа на управљање радним колективима, држава се све више повлачи у уређивању радних односа. Уставом СФРЈ (члан 14) и Законом о удруженом раду (члан 13) зајемчује се радницима у удруженом раду средствима у друштвеној својини да, остварујући право рада друштвеним средствима, у основној организацији удруженог рада у којој раде и у свим другим облицима удруживања рада и средстава, заједно и равноправно управљају радом и пословањем организације удруженог рада, уређују међусобне односе, одлучују о доходу, као и да одлучују о другим питањима свог друштвено-економског положаја.

И у условима ослобађања радника од отуђености од средстава рада у друштвеној својини, друштвена заједница (држава) задржава у области рада, великим делом, функцију обезбеђивања социјалне сигурности радника, која се зајемчује самим Уставом СФРЈ (чл. 159—163. и члан 281, став 1, тачка 3), што се ближе уређује радним законодавством и самоуправним општим актима организације удруженог рада. Радним законодавством, које улази у ред најобимнијег законодавства, уређују се:

1) услови за ступање на рад; редовно радно време и прековремени рад; одмори (у току рада, дневни, седмични и годишњи

одмор, одсуства); распориђивање радника; лични доходак (да се образује из текућег и минулог рада, аконтације, право на посебну накнаду за новаторство, зајемчени лични доходак); заштита на раду; право на стручно усавршавање уз рад; дисциплинска и материјална одговорност; престанак радног односа; остваривање и заштита права радника на раду; начин уређивања радних односа; социјално осигурање; запошљавање и права за време привремене незапослености;

2) санкције за повреду права и обавеза на раду (дисциплинске мере, прекршаји и привредни преступи, а посебним, кривичним законодавством, и кривична дела из области рада); и

3) вршење надзора над применом прописа из области радног законодавства (преко специјализованих органа надзора — инспекције рада).

У постојећем механизму друштвено-економских односа у области рада постоји дуализам у уређивању радних односа: а) уређивање појединих права и обавеза од стране друштвене заједнице (државе) у циљу обезбеђивања социјалне сигурности радника, посебно оних која улазе у ред основних права радника и која се зајемчују Уставом СФРЈ и б) уређивање међусобних односа радника на раду самоуправним општим актима у складу са законом и самостално одлучивање радника о организацији рада и пословању основном оргнизацијом удруженог рада, о стицању и расподели доходака, као и одлучивање о утврђеним правима и обавезама радника.

Радно право, отуда, представља домен и друштвеног (државног) и самоуправног права, који чине једну органску целину, — оно не представља ни само самоуправно право нити само државно право јер садржи елементе и једног и другог права, али, као органска целина, чини посебну правну дисциплину у нашем правном систему.

Теофило Поповић

THEORETICAL BASES OF WORK LAW IN SELF-MANAGEMENT SOCIALIST SOCIAL SYSTEM

— Summary —

The paper deals with the evolution of work law in new Yugoslavia following the fases in which some of the characteristics of this part of law were formed (1944 to 1950, 1950 to 1971 and 1971 to 1980). A special paragraph was dedicated to the functions of work law (social, economic-productive, humanization of work), while a particular attention was devoted to the character of a work relation. A worker, being a basic subject in work relation gained special attention in the analysis, the notion of work relation, elements of work relation, the right to work on social means of production, individual and common authorizations and duties of workers, relations of self-management rights and rights from work relation. Further on, the work relation was examined as a social relation in corelation with the functions of the state in the field of work.

КРАГУЈЕВАЦ — УПРАВНИ И ПОЛИТИЧКИ ЦЕНТАР АУТОНОМНЕ СРБИЈЕ

(1815 — 1878)

О Крагујевцу, као „престоници“ аутономне Србије, изнета су различита и контрадикторна мишљења. И то у два правца: о времену усвајања Крагујевца као седишта „врховног кнеза“ и организовања прве националне администрације, и, затим, о томе кад је „престоница“ премештена из Крагујевца у Београд. Највећу збрку по овим питањима уноси Историја Београда (друга књига, XIX век, Београд, 1974). — Тако, наводи се, да је кнез Милош Обреновић „своје седиште, због сигурности свога положаја, преместио још 1813. године из Београда у Крагујевац“. — На другом месту Београд је „престоница“, а не Крагујевац — „већ од 1815. године“. — Уз олако одношење према овом питању, као „престоница“, помињу се село Црнуће и Пожаревац — управо сва она места у којима се кнез Милош дуже задржавао из трговачких или политичких разлога — или је имао своје „конане“. Ипак, најчешће су то Београд и Крагујевац.

Што се тиче „премештаја“ седишта српске управе из Крагујевца у Београд, наводе се, од стране више писаца, исте књиге, и ове године: 1815, 1830, 1838, 1839, 1841, 1842.

Идући редом, као прво, треба нагласити да је бесмислена произвољност навода да је кнез Милош Обреновић 1813. године „преместио своје седиште“ из Београда у Крагујевац — уколико није у питању штампарска грешка! Наиме, позната је чињеница да су Турци те године окупирали устаничку Србију, настојећи да је поново претворе у пашалук.

Међутим, Турци су ипак знали да се предустаничко стање не може повратити. Постојала је осма тачка Букурешког уговора (између Русије и Турске 1812. године) — којом је устаничкој Србији загарантована унутрашња аутономија. А народ је био наоружан. Зато су предузели мере за обезбеђење мира преко кнезова. До-

бар број је враћен у ранија звања — или су нови постављени — већ према турској подели пашалука на кнежине и нахије.

Најистакнутија личност међу Србима био је неоспорно Милош Обреновић. Он није, са осталим војводама, емигрирао, већ је дочекао Турке. Да би га придобили „за своју политику“ — постављају га за кнеза у три нахије — што је неуобичајено. Те нахије су: Рудничка, Пожешка и Крагујевачка. Овим чином појачана је његова улога у народу, а поменуте територије представљале су центар устаничке Србије! — Према томе, кнезу Милошу није било потребно да се „премешта“ из Београда у Крагујевац — он је тамо већ био. Али, само као нахијски кнез. Или, како се говорило, као „господар од три нахије“.

Ипак, политика Турака да „умире народ“ преко кнезова није успела. Забележено је, омасовљење хајдучије, од почетка турске окупације. Затим, већ 1914. године избија Хаџи-Проданова буна.

Кнез Милош Обреновић и Станоје Главаш сарађивали су с Турцима на угушивању буне. Буна је разбијена, а вође су се предали „на Милошеву реч“ да ће бити поштеђени. Сви су побијени од стране Турака — око три стотине најугледнијих Срба.

О стању у Србији, после угушивања Хаџи-Проданове буне, прота Митија Ненадовић наводи два извештаја кнезова. У првом се обавештава да „бедан и несрећан народ већ не може сносити, и све хоће да се обаспе како чарапа просто казати и не верујем ови дана да неће много зла бити у Србији...“ У другом се проти указује да је народ одлучио да се поново „дигне“ — „не били нас пређе истребили...“ (Мемоари, 1867, стр. 343).

Убрзање подизања другог устанка (1815), потстакao је и београдски везир својим позивом кнезовима да „дођу на неки договор“.

Многи се нису одазвали опомињући се „сече кнезова“ пред први устанак. Кнез Милош и Станоје Главаш дошли су у Београд. Главаш је убијен и његова глава је изложена у Београду 13. фебруара 1815. године. Кнез Милош је задржан као таоц — „немајући ни двеста дуката да се од Турака откупи“. (Вук, Писма, 1947, стр. 156—189). У његовим нахијама „сељаци су већ убијали турске порешчије и харачлије“. (Вук, Грађа, стр. 144).

Кнез Милош Обреновић, пошто се некако извукао из Београда, био је принуђен — мада се и даље колебао — да „распише књиге на све стране, да устаје на оружје и мало и велико и да бију Турке где год зелену стризу виде“. (Исто, стр. 146). Али, као „највиђенији“ кнез морао се ставити на чело устанка...

Према томе, да би се поставило питање „престонице“ требало је, претходно, да се испуне два услова: да се устанак заврши у корист Срба, и да Милош Обреновић, од вође устанка, постане Врховни кнез.

Устанак је окончан компромисним примирјем („на Морави“) после петомесечног ратовања. Срби нису добили унутрашњу аутономију. Зато ће имати да се боре још петнаест пуних година. Уговорене су, између кнеза Милоша и везира, само неке „повластице“, већ према уобичајеној турској пракси. У Београду је основана Народна канцеларија — слична Совјету из првог устанка —

у коју је требало да уђу по један кнез из свих дванајест нахија. Намењена јој је улога српског политичког преставништва према Турцима, коме би био на челу кнез Милош Обреновић. Али, само као „претседатељ“. И на првим актима канцеларије и означавањем је у том звању. Затим, у нахијама постављени су српски кнезови, уз турске органе, који ће „присуствовати“ кад кадије суде Србима. Ови договори, уз неке „друге“, потврђени су и портиним ферманима. О Милошу Обреновићу, као Врховном кнезу — није било ни помена.

Отуд, ако Срби немају „владара“ не могу имати ни „престонице“, уколико се седишту Народне канцеларије не придаје ово својство, односно њеном „председатељу“. Он се и задржава најчешће у Београду, скоро две године, и то на захтев везира, који је, због сопствене сигурности, настојао да га „држи на оку“. Али, искључиво као „потчињеног чиновника и референта за српске послове у Београдском пашалуку“. (Др Радослав П. Марковић: Питање престонице у Србији кнеза Милоша, Београд, 1938, стр. 22).

Такав положај вођи устанка није одговарао, те је гледао да се извуче испод везирове контроле. Насиља над Србима у Београду и приче о припремању напада и на његов живот, натерале су кнеза да оде „право у Црнућу где му се породица и стална канцеларија налазила. Одатле је, почетком 1818. прешао у Крагујевац.“ (Исто. Р. Г.).

Кнез Милош није се враћао у Београд пуних дванаест година и поред претњи везира да ће га „збацити“ ако се не врати. Читању фермана, о „повластицама“ за Србе 1820. године, присуствовао је његов брат Јеврем, али са наоружаном пратњом. За то време и кнез је био у Остружници са „хиљаду најодабранијих људи“. У више сачуваних писама кнезова Народне канцеларије опомиње се кнез Милош да не долази у Београд, јер се, наводно, говори о припремању његовог убиства. У Београд је дошао тек 1830. године, да би му се прочитао хатишериф о добијању аутономије за Србију и посебног берата о његовом устоличењу за Врховног и наследног кнеза од стране султана. Па и тада ушао је у Београд „с народом и оружаном војском“.

У старијој нашој историографији питање оснивања престонице у Крагујевцу 1818. године је неоспорно. Поставља се питање како је до тога дошло, јер кнез Милош тада није био врховни кнез.

Да би учврстио своју власт кнез Милош се послужио Народном Скупштином, традиционалном предустаничком и устаничком установом. Иако опозиционар Карађорђу у првом устанку, користио се његовом праксом. И то истим редом. Наиме, неки кнезови су се од почетка супротстављали наметању кнеза Милоша народу као „главна власт“, уместо Народне канцеларије, како је царским ферманима одређено. Најизразитији опозиционар међу кнезовима — и један од најугледнијих — био је Петар Молер. Поред кнеза Милоша, као „претседатеља“ Народне канцеларије, на актима се налази и потпис Молера као „надзиратеља“. Да би га елиминисао, сазвао је Народну скупштину 1816. године и убедио је у Молерово „издајство“, тј. да је хтео, наводно, да „побуни народ“. И скупштина га је осудила на смрт, и поред тога што кнез Милош није

имао право да сазива скупштину — то право припадало је Народној канцеларији — а још мање је скупштина имала право да доноси такву пресуду, која је припадала везиру. Затим је кнез Милош уклонио и друге, који су „стајали на путу учвршћивања његове неограничене власти“. Убијени су, као што је познато, по кнез Милошевој наредби: Мелентије Никшић, митрополит, Карађорђе, Павле Цукић и Сима Марковић. — У једном свом писму кнез Милош наводи: „Од кнезова сада не осећам никаквога да што на страну тегли. Сви су самном у једном согласију. Противне партије све сам уништио“. (Петровићи: Грађа за историју Србије, II, стр. 173).

Следећи кнез Милошев потез представља сазивање скупштине у Београду шестог новембра 1817. године. Тада је, од стране представника народа, проглашен за Врховног кнеза Србије. На скупштини је донета адреса, коју су потписали духовници и световна власт: београдски и ужицки митрополит, три архимандрита, као и „кнезови од свију нахија“. — По „адреси“, — Милош Обреновић имао је „да старешује док год је жив, а после његове смрти ко се нађе најближи од његова рода“. Присутни су се заклели „да ће га слушати“. (Вук, Грађа, стр. 170).

Тако је Милош Обреновић, мимо Порте, а „по вољи народа“, порглашен за српског „владара“ у Београдском пашалуку — тринаест година пре него што је пашалук то престао да буде доношењем хатишерифа о Аутономној Србији. Истим поступком, 1818. године, и Крагујевац је одређен за седиште кнеза и као центар посебне српске управе, уз турску.

Народна канцеларија претворена је у кнежев „лични орган“. Кнез Милош је сам постављао кнезове, чиме су јој одузете и надлежности одређене поменутих ферманима. Истовремено, промењен је и карактер традиционалне скупштине. Кад је било потребно да „у име народа“ обезбеди већи ауторитет захтевима према Русији или Турској, кнез Милош би позвао „старешине и кнезове који су постали обични чиновници, које је Милош постављао...“ — „Ови скупштинари нису бирани народом и нису имали никакве политичке функције...“ — „Пошто би им дао савете или издао заповести које треба да истумаче народу“ — кнез би их распуштао. (М. Гавриловић, Милош Обреновић, II, стр. 329—330).

Тако је Милош Обреновић, захваљујући улози вође другог устанка, даљем пропадању феудалне Турске, јаким економским позицијама силом обезбеђених, крајњој безобизирности у ликвидирању противника, постао и главни чинилац у изграђивању унутрашњег поретка у Србији.

Следеће питање — зашто је Крагујевац одређен за „престоницу“ — у Србији је тада било и већих вароши?

Више писаца наводе, углавном, два разлога: географско-политички положај Крагујевца и националну уједначеност становништва.

У првом случају, Крагујевац је представљао центар Шумадије, односно и устаничке Србије, с нахијама — Јасеницом, Лепеницом, Гужом и Рудником. Кнез Милош је био из ових крајева, познавао је људе, имао пословне и пријатељске везе. Могло се зато рачунати да ће се народ ових крајева и убудуће „одазвати“

у случају потребе, као у претходним устанцима. Затим, Крагујевац је био и у центру „нове Србије“, ван путева којим су Турци пролазили, опкољен густим шумама, а у првом реду, подаље од везира.

У другом случају, — турског становништва готово није било, како у Крагујевцу, тако и у околини. Тихомир Ђорђевић наводи да је 1820. године, у Крагујевцу био „један једини турски дом...“ (Из Србије кнеза Милоша, Београд, 1924, стр. 291).

Ове околности, наводно, уливале су јаче осећање сигурности и кнезу и старешинама око њега.

Показало се, међутим, да Турци нису могли представљати већу опасност за Србе. Стално у материјалној оскудици — Porta их је слабо плаћала — морали су се ослонити на српске органе. У том контексту истицала се нарочито улога „непризнатог“ врховног кнеза. Зато, између 1815. и 1830. године — уз одређена настојања на међународном плану и успостављања домаћих установа и у Крагујевцу и у нахијама — утврђиван је политички и национални идентитет Србије. Од 1833. године у проширеним границама (за шест нахија ослобођених у првом устанку).

Према обавештењима више писаца, и путописаца, Крагујевац је, 1818. године, био мала варошица „изгубљена међу брдима“. — „Како није био на главном друму, он је далеко заостајао иза других вароши...“ — Те године, „имао је 193 српске куће са 378 пореских глава“. Поред оног „једног јединог турског дома“, у коме је становао муселим, постојала је и једна „скоро сасвим порушена џамија без минарета и једна турска кафана за путнике“. (Јоаним Вујић, Путешествије, I, стр. 174). — И, како се даље наводи, Крагујевац „није био у стању да задовољи ни најобичније потребе скромне престонице једне примитивне земље“. Кнез Милош је могао „за дуго“ да тражи од Београда, и из Аустрије, раднике и занатлије „свих врста“ да би се подигле зграде за надлештва — „административна, судска, војна, духовна, просветна“. (Тих. Р. Ђорђевић, Из Србије кнеза Милоша, стр. 291). — Кнежев двор (конак) сазидан је тек 1824. године.

Убрзање развоја Крагујевца, као вароши и „престонице“, настаје тек са доношењем хатишерифа о аутономији Србије. И, како се наводи, — „до краја владе кнеза Милоша Крагујевац је био депозит у који су били наслагани и развијени почетци готово свију културних новина...“ (Исто, стр. 292).

Промене у организацији власти настају већ двадесетих година. У Крагујевцу је основана Сербска канцеларија (1820), прва установа из које је кнез Милош управљао Србијом. Њен значај је растао и надлежности прошириване са повлачењем турских органа из нахија. Муселиме и кадије у варошима замењују српски судови. „Настављенијем“ кнеза Милоша први суд је основан у Крагујевцу 1821. године, под именом — „Суд народни српски“. Али, са локалним значајем — за Крагујевац и околину. Тај исти суд

проглашен је ускоро за „Опште народни србски“, чија се надлежност простирала над целом Србијом. Како је кнез често мењао називе установа, које је основао, и ова је добила 1827. године ново име — „Велики народни суд“. (За председника је постављен прота Матеја Ненадовић). Годину дана раније Народна канцеларија у Београду претворена је у варошки суд, али је и даље веза између кнеза Милоша и везира.

На скупштини старешина, одржаној у Крагујевцу 21. новембра 1824. године, кнез је обећао да ће основати и Савет, као одговор „народном незадовољству“ због његове узурпације целокупне власти. Савет је, наводно, основан 1826. године, пошто су га старешине потсетиле, на скупштини од исте године, на дато обећање. Следеће године основан је магистрат за крагујевачку нахију. — Савет се не помиње.

Да би сузбио опозицију неких старешина, уместо Савета, кнез је основао „Кнежеву свиту“, као „саветодавно тело“ уз кнеза. У „свити“ су окупљене све најзначајније старешине, доцније „уставобранитељи“, који ће га 1838. године и отерати са власти: Алекса и Стојан Симић, Тома Вучић-Перишић, Аврам Петронијевић, поред других. За „свиту“ је забележено да „не представљаше никакав засебан индивидум, то је била измишљена титула за незадовољнике, управо то би била једна синекура...“ (Јеремија Митровић: Крагујевац до 1839. године, Београд, 1933, стр. 44—45).

После Крагујевца основани су судови и у другим нахиским центрима (у Пожаревцу, Ваљеву и другим).

За судским и управним установама дошле су и друге. Црквени сабор, одржан 8—9. маја 1823. године, на предлог скупштине, основао је посебан Црквени суд ((конзисторију) са седиштем у Крагујевцу. Али, 1827. године, надлежности овог суда прешле су на кнежеве секретаре. Тиме је кнез Милош узурпирао и црквене послове. (**Богословија** је, међутим, основана у Београду 1836, пошто је годину дана раније премештена и „Конзисторија Митрополије Кажества Српског“). — Међутим, Архијерејски сабор заседао је у Крагујевцу.

Што се тиче отварања основне школе у Крагујевцу, постоје, исто тако, неслагања. По Милану Ђ. Милићевићу (Кнежевина Србија) — школа је отворена 1820. године. Михајло Гавриловић наводи 1816, које године се помиње „учитељ у Крагујевцу“. Јоаким Вујић, говори о школи у Крагујевцу 1823, коју, наводно, „посећује и кнежева кћи Јелисавета“. Затим, многи кнезови помињу и школе и учитеље у писмима кнезу Милошу, итд. Ђорђе Магарашевић, у свом Путовању по Србији 1827. године, наводи више података. Наводно, постоје чак „две школе“: „у старијој има 50 ученика, подељених у две класе; у млађој има 90“. — „У школи се учи: буквар, часослов, псалтир, катихизис, словенска граматика и аритметика“. — Године 1833, помиње се и нека „велика школа у Крагујевцу са три разреда“. Две године доцније налазимо је под именом „Гимназијална школа са 6 разреда, зачетник, наводно „Мушке реалне гимназије у Крагујевцу“. (Јеремија Д. Митровић, наведено дело, стр. 56—57). — Следећа школа у Крагујевцу, под

именом Лицеј — основана је 1838. године. У ову школу уписивани су свршени ученици гимназије. Тако се „та највиша просветна установа у држави завргла у малом блатњавом Крагујевцу“ (Исто, стр. 58).

Затим, у Крагујевцу је основано и прво позориште 1833. године. За „директора Књажевско сербског театра“ постављен је Јоаним Вујић.

За просветним, дошле су и друге установе. Апотека је отворена 1835, а пристизали су и лекари из Аустрије и Француске, почев од двадесетих година.

Као основ за настанак радничке класе у центру Србије помиње се 1833. године и једна радионица „са 30 мајстора пушکارа за израду и оправку пушака; доцније је дозидано још неколико зграда и ова прва оружница названа је „Фабрика за војну спрему“. Први радници, наводно, били су „робијаши и затвореници“, а затим су долазили и „са стране“: из Немачке, Чешке и Француске. Прва Занатлијска школа основана је 1854. године. И једна и друга установа везане су за име француског инжењера Шарла Лабурија. Тополивница је премештена из Београда у Крагујевац 1851. године. — „Из ове Тополивнице развио се доцније Војнотехнички завод, данашњи заводи „Црвена застава“. (Драгољуб Бакић: Пет векова Крагујевца, Крагујевац, 1972, стр. 124).

Крагујевац је добио и штампарију 1834. године. Први број Новина Сербских изашао је из штампе 5. јануара исте године. Уредник новина био је, кнежев секретар, Димитрије Давидовић.

Разграђавање администрације и оснивање установа, повукло је повећање броја чиновника и „служитеља“. Прво, на кнез Милошевом „двору“. А, затим, и повећање броја занатских и трговачких радњи. Подизале су се убрзано и нове куће и од бољег материјала. Према попису од 1836. године Крагујевац је имао 336 различитих занатлија — више од Пожаревца, Смедерева, Ваљева и Ужица. (Тихомир Ђорђевић: Из Србије кнеза Милоша, Београд, 1924, стр. 290).

О томе како се живело на „двору“ у Крагујевцу савременици су оставили многобројне податке. Током неколико година, почев од 1818, сазидано је, уствари, три конака, поред смештаја за војску: кнежев или „мушки конак“, конак кнегиње Љубице („шарени“ или женски) и Амицин, тј. Симе Милосављевића-Паштрмца, најбољег кнежевог пријатеља.

Кнеже двор у Крагујевцу „у прво време био је кућа богатог и отменијег сеоског домаћина“. — „Простота и скромност. Све до 1834. године у двору се на земљи спавало, јер кревета није било“. — „Кнегиња Љубица вршила је све домаће послове који припадају једној угледној сеоској домаћици“. (Јеремија Д. Митровић, наведено дело, стр. 8—19).

Промене у начину живота на двору уносили су, постепено, кнежеви чиновници „из прека“. У међувремену кнез се обогатио скупљањем пореза, монополисањем спољне трговине, закупима спахијског десетка (до 1830), и, посебно, отимањем општенородне имовине (захватањем „читавих планина“, испаша и приватних имања). — Чиновници су живели „на двору“: ту су становали и

хранили се. Трошкове је подмиривао кнез, а надокнађивао их је скупљањем намирница од сељака бесплатно.

У једном делу конака налазило се и „велико здање за канцеларију“. У канцеларији, стајао је портрет кнеза Милоша у природној величини, уз слике владара из династије Немањића. У истој соби налазила се библиотека, с неколико страних закона, глобусом и књигама. Два стола служила су за разне иностране новине и експедицију поште. (Пирх, наведено дело).

Промене које су у живот конака уносили чиновници из Аустрије биле су незнатне. Ипак се, унеколико, осећао утицај „запада“, уз задржавање и старих обичаја. И то, у првом реду, у јеловнику и посућу. Тако, уз „врућу проју“ и „турску алву“, служила се и „супа с говеђином“. (У једном писму поручује се кнезовима Народне канцеларије да се за двор набави „фида из Земунa“). Затим, како се даље наводи, — „док на столу видимо ранију, дотле се та иста ранија пије из сребрних чаша; шумадијски сир узима се сребрним виљушкама, а кувано виме се сече „франачким ножевима“, у налајним тањирима, — не више ужицким бритвама, у земљаним каленицама или дрвеним чанцима“.

Кнежев радни дан отпочињао је, наводно, врло рано. После умивања над коритом, запалио би свећу, онадио собу тамјаном и прочита „дугу молитву“. — Затим, уз чибук и кафу, дозивао би чиновнике и директора канцеларије на договор о државним пословима. Кнез би, уствари, диктирао наредбе, упутства, издавао „настављенија“ и судио. Уз суђење, служили су, пред „двором“, — једна „клуба с батином“, „сува крушка“ и „бели дуд“. — „Често би благородни кнез посматрао из свога конака како јадници, исколачених очију, с последњом снагом млатарају ногама да би се дохватили земље. Но узалуд!“ — За клубу је забележено да „ко се на ту клубу постави, слабо ће моћи доцније бити човек, већ ће до века остати као надављена животиња“. (Јеремија Д. Митровић, наведено дело, стр. 21). Око десет сати звонило би с цркве, коју је кнез подигао, тако да је цео Крагујевац могао да зна кад кнез руча. За ручком, обично би седели — с леве и десне стране од кнеза — његови мали синови Милан и Михаило, затим митрополит, секретар Давидовић, Амича, Тома Вучић-Перишић, као „домостроитељ“. Око стола служила је кнегиња Љубица (до 1834). Јеловник је био разноврстан („западњачки“ и „источњачки“). Кнез Милош је, међутим, волео — „чорбу, паприкаш, кисео купус, ћевап, гибаницу, ритопечко вино“. Уз јело, служила се „проја, погача и сомун“. Кад би кнез имао госте свирала би „дворска музика“.

Опис престонице и податке о двору оставио је и француски дипломата Боа ле Конт, који је 1834. године, посетио кнеза Милоша. О Крагујевцу наводи да има „две до три хиљаде становника“, и да су „живост и кретање те нове престонице у великој опреци са тишином и усамљеношћу, што чине жалосним већи део турских вароши“. И овај странац бележи да се кнез „три пута дневно моли богу“ и да „од пре неколико месеци и кнегиња седа за сто заједно са кнезом, али пошто га послужи ранијом и пољуби у руку“. (Извештаји из 1834. Споменик СКА 24, стр. 35).

Трећи странац, инжењер Рихтер, забележио је сличне податке, али из 1938. године, тј. пред крај прве владе Милоша Обреновића. Наиме, пошто би кнез ручао, у већ означено време, одмарао би се, или одлазио у шетњу, односно у лов. После тога чиновници су реферисали неписменом Врховном кнезу о текућим државним пословима. У току вечере, са почетком у осам часова, читали би му стране новине — грчке, аустриске, француске, отоманске. Вечера је трајала дуже од ручка и протицала би „у разговору“. Кнез је волео „шеретлук и слободније шале, задиркивања, па чак и исмејавања“. Да није био свиреп и служио се бати-нама, крушком и дудом — нико га не би озбиљно узимао. (Бор. Дробњаковић, Крагујевац, Гласник Географског друштва 12).

О односу између кнеза и књегиње нису забележене само „приче“. Често су били у озбиљном сукобу. Кад би се то десило књегиња би се с децом (две ћерке и два сина) пресељавала у Пожаревац или у Београд. До најтежег сукоба дошло је кад је књегиња убила, из пиштоља, његову љубавницу Петрију, у Црнућу 1819. године. Затим је доведена Јеленка, 1823, наводно, да помаже у кући и око деце. Али, Јеленка је ускоро „загосподарила шареним конаком“, јавно је излазила с кнезом, имала с њим ванбрачну децу. Називали су је „малом госпођом“, насупрот Љубици — „великој госпођи“. Љубица се и тада повукла из крагујевачког конака у Пожаревац.

Врховни кнез је посебно волео свечане дочеке. Кадгод би се с Јеленком враћао из цркве пред конаком би га дочекивале, поред чиновника, и најлепше крагујевчанке и љубиле га у руку. Вук Караџић наводи: „А између ових жена најлепше и најповољније, или оне, с којима је он рад спрдњу да збија, морају остати да послужују и око стола, кад се руча“. (Из Писма кнезу Милошу из Земуна, 12. априла 1832. год., Београд, 1923).

Једну велику „параду“ описао је и Пирх у свом Путовању по Србији у години 1829. (стр. 155—156).

Наиме, после рата између Русије и Турске, поражена Турска била је најзад присиљена да, поред осталог, од интереса за Русију, — донесе и хатишериф о аутономији Србије. Обавештен о томе кнез Милош је пошао из Пожареваца у Крагујевац да би на скупштини саопштио радосну вест. У двору се већ налазио његов брат Јеврем, главна личност иза кнеза, са седиштем у Шапцу. (Његов унук Милан постаће доцније врховни кнез, а затим и први краљ Србије).

У сусрет кнезу изишли су највиђенији људи. Пирх, који је дочеку присуствовао, бележи: „На једној великој ливади, сат од вароши, зауставили смо се, да сачекамо кнежев долазак. Слуге брзо простреше ћилиме, један део кнезова седе, а други су стајали околу...“ — „Стасита лица, огрнута богатим ћурковима, слуге у шареном оделу...“ — Кнежев долазак објављен је пуцњем, а затим се појавио кнез „с пратњом“. — „Напред је ишао ред момака на коњима, све по два...“ — „Мало затим једна лако покривена путничка кола са 4 коња, а у њима у дну седео је кнез, њему преко пута мали Михаило“. За то време, трештале су зурле распоређене на све стране. Пред двором, чекала га је војска, ва-

рошани, и опет „најугледније госпође“. У самом двору дочекали су га његова браћа, Јован и Јеврем, с нахиским кнезовима.

Сличне, али још веће параде приређиване су и поводом читања и самих хатишерифа — од 1830. и 1833. године. Позиције кнеза Милоша су се још више учврстиле — бар је тако њему изгледало — био је сада Врховни кнез, признат и од стране Порте. Зато су, при дочену, пуцали топови, парадирала кнежева гарда, а војници су читаве ноћи пролазили Крагујевцем „с фењерима“. И, како је с више страна наглашавано, — кнез је управљао Србијом „као неки турски паша“.

После хатишерифа и добијања „наследног кнежевског достојанства“ — кнез Милош је много више времена проводио у Београду, у коме је 1831. године почео да зида и конак (у Топчидеру). Београд је био највећи град у Србији и далеко удобнији за живот од Крагујевца. — У Крагујевац је долазио само поводом важних политичких догађаја и да би даље одржавао контакте с народом. Али, истовремено, намеравао је да и престоницу премести из Крагујевца у Београд.

Ову намеру најавио је, с великом помпом, већ поводом читања хатишерифа у Београду. После дванаест година отсуствовања, кнез је „кнежевски ушао у Београд“, на челу „са српском бандом“ (музиком, Р. Г), народом и униформисаном гардом“.

Своју намеру о премештању престонице остваривао је поступно. У току марта и априла 1835. године преместио је у Београд своје прве чиновнике: Тому Вучића-Перишића, Вула Глигоријевића, Алексу Симића, Лазу Теодоровића, и неке друге. И, то му је била прва грешка. Али, тадањи београдски везир, Веџи-паша, пружао је отпор и саветовао кнеза да се не пресељава због опасности за лични живот. У Београду су се, наиме, скупљали Турци, с разних страна, и у кнезу гледали „свога највећег непријатеља“. И, даље, у случају премештаја престонице у Београд, везир, наводно, не би могао „гарантовати мир између Турака и Срба“. У крајњем случају, везир је саветовао да бар причека „док не добије пристанак и одобрење Порте“. (Др Радослав П. Марковић, наведено дело, стр. 46).

На свом првом путовању у Цариград кнез Милош је намеравао, да на Порти, поред других питања, постави и питање престонице. Међутим, година 1835. била је једна од најтежих за кнеза. Избила је буна старешина („Милетина“) против његове аутократске и неограничене власти. Био је принуђен да донесе Устав („Сретенски“) исте године. Како је опозиција „подгревана у Београду“, — и то од стране оних за које је претпостављао да ће га подржати — а и убеђивања везира нису била без основа — питање премештаја престонице је одложено. Кнез је увидео да је у Крагујевцу безбеднији и од Турака и од опозиције.

У сукоб између кнеза и старешине умешала се Турска и, разуме се, Русија. Уследио је турски Устав за Србију 1838. године. Уставом је кнежева власт ограничена Државним Саветом, тако да без одобрења савезника кнез није могао да донесе било какву важну одлуку. Борбе се настављају и питање око кога су се прво сукобили, кнез и саветници, било је питање престонице. Савет-

ници су инсистирали на Београд, где су се и налазили, а кнез на Крагујевцу. Саветници су најзад попустили, али, под условом, да се у Крагујевац преселе и руски конзул и претставник „суверене Турске“, с којима би се „договарали о примени Устава“. — И, као што се доцније показало, иза спора око „престонице“, водила се љута борба за власт. Мада је, раније, кнез предлагао Београд, после ограничења његове власти, осећао се сигурним једино међу својим рудничанима и шумадинцима (од „превратничких акција“ опозиције). Међутим, кнежева „сигурност“ није одговарала саветницима. Зато су и наметали присуство „царских претставника“, да би се на њих могли ослонити у случају потребе. Трвења између кнеза и Савета настављала су се и даље. И, како Куниберт наводи, постепено, кнежева улога „свела се само на формални приста-
нак и одобрење саветског предлога“. (Српски устанак и прва влада Милоша Обреновића, Београд, 1901, стр. 703). — Аврам Петронијевић, саветник и најљући противник кнеза Милоша, изјавио је (1848), да нико из опозиције „није мислио и сматрао за будућност, већ сваки је допуштао да се све оно ради и устројава што би кнежевску власт што више могло ограничити“. (Сл. Јовановић, **Јован Хаџић**, Из наше историје и књижевности, издање Српске књижевне задруге, 1931, стр. 60). — На крају, потпуно су га негирали и **као владара**, не одајући му чак ни онолико „почасти“ које су му и по турском уставу припадале. Притиснут непријатељством саветника, руског конзула и београдског везира, кнез је напустио Крагујевац 3. априла 1839. године. За њим су пошли и сви остали „званичници“. Крагујевац је само привидно остао и даље престоница.

У сукобе између кнеза и Савета — и око „престонице“ — умешали су се конзули Еглеске, Француске, Русије и Турске. (Они су становали у Београду и тек повремено навраћали и у Крагујевац). Тиме је незнатно питање „престонице“ ушло у опсег „светске политике“. У основи, уплитањем у ове сукобе, заступали су једино интересе свјих земаља. Конзули Француске и Енглеске били су уз кнеза. Претставници Русије, Аустрије и Турске подржавали су саветнике.

Међутим, због одласка кнеза Милоша из Крагујевца избила је побуна у крагујевачком гарнизону. Циљ војсци је био — обарање турског устава и повратак кнеза и владе у Крагујевац. Наводно, по вестима које су у народу кружиле, кнежев живот је угрожен од саветника да би они завладали Србијом. У моменту избијања буне, кнез је био у Београду и тврдио, уз заклетву, да буну није потстицао. На седници Савета, 13. маја 1839. године, којој је присуствовао и везир, а кнез Милош председавао, одлучено је да се против побуњеника употребе милиција и београдски гарнизон. Угушивање буне поверено је Томи Вучићу-Перишићу, најсви-
репијем међу старешинама (Вук га је назвао: „крвопилац људски“). Мада се кнез Милош томе супротставио, већина у Савету га је предложила, и то с налогом да се буна угуши „по сваку цену“ (Др Драг. Страњаковић, Вучићева буна, Београд, 1936. године (стр. 8—10). И не само то, већ је позван цео народ да се „Вучићу

повинује". (Мита Петровић, Финансије и установе обновљене Србије, до 1842. године, Београд, 1898, I, стр. 671).

Побуњеници су се кретали према Београду — око 400 војника — да би „ослободили кнеза“, пошто су обавештени да је „лишен слободе“. — Вучићева војска, три пута већа од побуњеничке, дочекала их је пред Београдом — „код Трешње“ — и принудила на капитулацију (16. маја 1839). Војнике је разоружао и свукао им униформу, а вође је повео везане „на суђење“. Вучић је, затим, одређен од Савета да спроведе истрагу и у Крагујевцу о побуни, и казни потстрекаче. При истрази, затварао је и стављао у окове многе угледне људе из Крагујевца и других места. Међу овима, налазио се и брат кнеза Милоша — Јован Обреновић (осуђен на десет година заточења и губитак грађанских права. Помилован од кнеза Михаила). Са везаним затвореницима Вучић је „триумфално“ ушао у Београд 30. маја (Вук, Историјски списи..., Београд, I, стр. 216—217).

Пошто је као покретач буне оптужен кнез Милош Обреновић, неки су за то тражили смртну казну. Стевча Михаиловић наводи како је један од старешина предложио да се просто удави „сас јастуци па крај“. (Мемоари, Београд, 1928, стр. 122).

Кнез Милошевом паду допринели су врло много београдски везир, Јусуф-паша, и руски конзул Вашченко. И један и други упорно су настојали да обезбеде доминацију својих држава над Србијом. Кнез им је сметао тежњама за што већим осамостаљењем Србије и афирмацијом личне власти. За Вашченка се мислило да је чак био „душа целе опозиције“. Вучић и саветници послужили су само као средство. Кнеза Милоша су принудили да потпише абдикацију — 1. јуна 1839. године и напусти Србију.

Побуном гарнизона Крагујевац се, наводно „компромитовао као престоница“. Зато је Савет преместио своје седиште у Београд, а 31. маја о томе је донета и званична одлука. У ствари, у Крагујевцу се нису осећали сигурним...

Међутим, Крагујевац ће још једном бити престоница.

По абдикацији кнеза Милоша образовано је Намесништво, у које су ушли: Вучић, Аврам Петронијевић и Јеврем Обреновић. Трајало је девет месеци. За то време цела Србија је била „узбуркана“. Вучић се силовито наметао, смењивао и постављао чиновнике — углавном своје пријатеље и рођаке — и непрекидно агитоваг против Обреновића. Затим је радио и на томе да доведе на престо Карађорђевог сина, мимо одредаба турског устава. Али, сукобио се, по том питању, с Јевремом Обреновићем. Јеврем је био против апсолутизма свога брата — зато је и пришао уставобранитељима — али рачунао је с кнез Милошевим сином Михаилом (Милан је у међувремену умро). — Опште расуло у земљи захвалито је и „врховну управу“ и чиновништво. То се одразило и на војску. Војска је у Београду, просто „испразнила касарне“. И, тада, долази до разврставања у самом народу. Уочљиве су три „партије“, пре „фракције“. Међу старешинама ван Савета (на-

челници, кметови, попови, официри): једни су за повратак кнеза Милоша — углавном Рудник и Шумадија, други за Михаила. Међу саветницима подела је била или за Михаила или за промену династије. (Стевча Михајловић, поменуто дело, стр. 139). Ипак, у Србију је дошао Михаило Обреновић 28. фебруара 1840. године. Његовим повратком потврдила се политичка предност Обреновићеваца у народу, која је довела у опасност саветску олигархију. Турци се, при том, нису држали по страни. Прво, Михаило се не именује, од стране Порте, наследним кнезом, већ само „изборним“. Друго, без кнежевог знања, постављају му се за „тајне“ саветнике Вучић и Петронијевић, љути непријатељи куће Обреновића. Уз привидно примирје, они настављају борбу и против младог кнеза, с намером да и њега отерају у погодном моменту. И, поново се потрже питање престонице.

Присталице кнеза Милоша „хтели су Крагујевац због тога, што им је својом Обреновићком традицијом пружао највише гаранције да одрже своју снагу и утицај у народу; а други су хтели Београд из разлога, што су се бојали Крагујевца као Обреновићевског седишта, и што ће у Београду као своје непосредне помагаче и заштинике имати и руског конзула“. — Кнез Михаило, и неки други учесници у догађајима, наводе да су се присталице кнеза спремали да га чак „одвuku“ право у Крагујевац заобилазећи Београд. (Др Радослав П. Марковић, наведено дело, стр. 98). Вести, које су се око престонице шириле у народу, примане су као да је и живот новог кнеза у опасности. Зато је „истакао категоричан захтев“ — „да се престоница пресели у Крагујевац“, пошто се једино тамо могу предузети „неужне мере за обезбеђење кнеза и трајног мира у земљи“. (Исто, стр. 100).

Како су се саветници, и руско-турска страна, упорно држали Београда, поново је избила буна — „запалила“ је Колубару, а затим, и „целу Шумадију“. — Кнез је послао министра унутрашњих дела, Ђорђа Протића, и претседника Апелационог суда, Голуба Петровића, да „умире народ“. — По казивању самог Протића народ није хтео да их чује. За прокламацију, коју је кнез упутио, веровао је да је „лажна“, тј. Вучићева, а не кнеза Михаила (као што је било и у случају кнез Милошевих „прокламација“ у претходној буни). — Зато је, око хиљаду наоружаних колубараца, пошло на Београду, не одступајући од намере да с кнезом лично разговарају...

Да не би дошло до сукоба у Београду — кнез им је изишао у сусрет код Железника, с пратњом, у којој је било више саветника, министри, као и Јеврем Обреновић. — И тада је побуњени народ истакао своје захтеве: да се „неверни чиновници“ одстране, у првом реду Вучић и Петронијевић; да се кнез Милош врати у Србију и буде на помоћи своме сину; и као најглавније — „да се кнез с владом и народном касом преселе у Крагујевац“ (подвукла, Р. Г.). — Кнез, министри, руски и турски претставници, посебно Јефрем Обреновић, — убеђивали су народ да је Београд много погоднији за смештај повећане администрације и да је кнез у већој безбедности „уз царске представнике“. Побуњеници нису прихватили убеђивање и запретили да се неће смирити дон

се кнез не премести у Крагујевац. Бојећи се даљих побуна кнез је пристао. Савет је донео одлуку, 13. маја 1840, о „сеоби у Крагујевац“. — Сутрадан, и кнез је објавио Указ о премештању престонице. Начелницима је достављен распис да обавесте народ да је „централно правленије... у Крагујевац кренуло“. (Др Алекса Ивић, Борба кнеза Михаила и Томе Вучића-Перишића..., Српски књижевни гласник, књ. XI, бр. 2, 1924, стр. 107).

Саветници се, међутим, нису одазвали позиву кнеза Михаила да се и они преселе у Крагујевац. Из страха да их тамо силом не одведу — склонили су се код везира. Кнез је, на то, поставио за министре себи одане људе. Ради кнежеве безбедности у Крагујевцу је организована и посебна полиција, уз „грађанске ноћне патроле“. — Двор и војне објекте чувала је војска. — „По мноштву војника, војних слагалишта и радионица, Крагујевац је тада био најзначајнији војнички центар у Србији“. (Владан Ђорђевић, Историја српског војног санитета, Београд, 1879, књ. I, стр. 141). Иначе, сеобом престонице у Крагујевац — престала је и народна буна.

Кнез Михаило је обавестио, 31. маја, руског посланика у Цариграду и турског министра иностраних послова о догађајима у Србији с нагласком на миру, који је у народу завладао с премештањем престонице. Ово је било неопходно, пошто су Вучић и Петронијевић, из везировог седишта, оптуживали кнеза на Парти као изазивача буне, наводно, — у циљу елиминисања руског и турског утицаја у Србији, а у корист Аустрије.

Иностране претставнике, међутим, кнез је обавестио, из Крагујевца, о премештају престонице, тек 11. јуна, без објашњења о разлозима. Само је наглашено да ће „добро споразуменије и с овог места... у истом степену остати“.

Али, после одласка кнеза Михаила у Крагујевац, „узнемирио се“, нарочито, руски преставник Вашченко. Приликом сусрета с народом код Железника, осетио је, између осталог, антируско расположење код „присталица кнеза Милоша“. Осим тога, у Пожаревачком и Смедеревском округу избила је буна, у августу 1840. Устаници су тражили повратак старог кнеза (потстаннути, наводно, од стране Јована Обреновића и кнегиње Љубице). — Вашченко је затражио да се „главни виновници буна похватају и казне“. Кнез Михаило је одговорио да у Србији нико не може бити кажњен само „на основу подозрења“, јер кривица оних, на које је конзул указао, није утврђена. Како је руски преставник видео у кнежевом одласку у Крагујевац суштински утицај у Србији, пожурио је за њим, чим је званично обавештен о премештају „централног правленија“, да непосредно брани руске интересе у Србији.

Ипак, највећи противник кнежевог преласка у Крагујевац био је, неоспорно, београдски везир. Зато је и прихватио Саветнике у граду и помагао њихову акцију на Парти против кнеза Михаила. Да би се изгладио сукоб између кнеза и саветника, између кнеза и везира, — упућен је, из Цариграда, емисар, Муса-Ефендија, с намером „да заштити“ турски устав, повређен од кнеза, према изјавама саветника. Мисија емисара није успела и поред убеђи-

вања да је, за премештај престонице неопходно одобрење Порте. Још мање је успело измирење супростављених страна. Емисар се вратио у Цариград, али не сам. Повео је — Вучића, Петронијевића и Милутина Гарашанина. (Нил Попов, Србија и Русија, српски превод, III, Београд, 1870—1872, стр. 78—82).

Затим се, по питању престонице, ангажовала и Русија — и у том успела. У Србију је упућен барон Ливен, ађутант руског цара. У Крагујевац је дошао 10. марта 1841. године — и дочекан је „најсвечаније“. — И Ливен је убеђивао кнеза о „вољи свога господара“, да врати престоницу у Београд. Преговори су настављени и у Београду, уз присуство и команданта турске тврђаве. И он је истицао предности Београда, отвореног „према Европи“, далеко развијенијег од Крагујевца, у коме се, поред осталог, налазе и страни преставници. (Пала је и напомена, у разговору, да кнез монда „затеже“ због своје мајке, кнегиње Љубице, која се, заједно с њим, вратила у Србију, и да она не би радо боравила у Београду).

Друго питање на коме су се залагали, Ливен и везир, било је питање „измирења“ кнеза и саветника. Како су се главни непријатељи Обреновића налазили у Цариграду — кнез је капитулирао. Потписао је **Уназ**, 25. априла 1841. године, којим се „централно правленије поново враћа у Београд. Према тексту Уназа, кнез је „увидео“ да је „неопходно нужно“ да оно „у Београду обитава“. Кнез, с пратњом и **Канцеларијом**, стигао је у Београд 1. маја 1841. године, где је свечано дочекан. У Новинама Сербским остало је забележено да су тада пуцали топови, свирала музика, клицало грађанство, итд. (бр. 18, 1841).

Са другим установама тада је и **Лицеј** пресељен у Београд.

Четврто померање престонице из Крагујевца у Београд није користило династији Обреновића. Наводно, кнез Михаило је с тим „пожурио“ на сопствену штету. Вучић је, „на препад, заузео Крагујевац“, уз лажну агитацију да је кнез „угрожен“, подигао Грузу и још једном буном збацио и кнеза Михаила с престола. Тако је упориште кнезова — Милоша и Михаила — Шумадија, послужила и опозицији да их отера са власти...

Премештањем централне управе из Крагујевца у Београд — Крагујевац ће, привремено, заостајати у свом развоју. Нестало је чиновника — потрошача, ученика Лицеља и службеника пресељених установа — све оно што је дотле везивало трговину и занатство. Гарнизон ће се смањити, итд. Биће то нешто мања србијанска варош, средиште крагујевачког округа. Али, традиција ће преживети — и даље ће то бити место важних политичких збивања...

*

* *

Противници кнез Милошевог апсолутизма довели су на престо Александра Карађорђевића 1842. године. Али, време од 1842. до 1858, обележено је у историји под именом „влада уставобранитеља“, пошто се нови кнез, првих година, није мешао у политику.

Међутим, иако су се борили за доношење устава, са ослоном на Русију и Турску, — у циљу заштите приватне својине и ограни-

чења владаочеве власти — они се нису разликовали, у начину управљања, од кнеза Милоша. Обогаћени и осилени, „у његовој сенци“, наставили су да тероришу народ, уз даље отимање земље и народно кулучење. У Српским новинама се наводи: „Не имајући опредељеног начина у прибављању непокретног добра, један смо се с другим надметали у заузимању... Сва је остала земља, и то само овим грабежним начином заузета, и на заграду њену силна гора порушена“. (Из чланка Српски сељак, бр. 17, 1858). Насиље је чак „озакоњено“. Полиција је, наиме, 1850, добила право кажњавања „бојем“. Под образложењем сузбијања „бунта“ — народ је батинан на све стране. Сам Тома Вучић изнео је, на седници Савета, да лепенички капетан „потрпа људе једног на друге, па их после бије“. (Јеврем Грујић, Записи, стр. 93—94). Присталице Обреновића стављени су у „кврге“ и живи бацани у „јаме“. („Вучићеве“). Порез се убирао уз „помоћ“ осилених пандура. Сељак је био презадужен — пропратна појава натуралне привреде, а новчаних „давања“. — У јесеничком срезу читава села су прелазила у руке неколико зеленаша. (Сл. Јовановић, Светозар Марковић, II издање, стр. 31).

И, усред најтежих, унутрашњих политичких и социјалних сукоба Крагујевац је поново њихово исходиште.

Кад је 1848. године избила револуција у Европи — и у нашим земљама под Аустро-Угарском — влада је сазвала традиционалну скупштину у Крагујевац, исте године, да би „предупредила“ евентуалне побуне и у Србији. Народ је позван да преко „депутата“ (политичких представника) изнесе своја „зактевања“. Међутим, начелници су обавестили попечитеља унутрашњих дела, Илију Гарашанина, да је ипак „избила ватра међу депутатима несрећним“. Заседање скупштине „разбијено је по окрузима“, да не би „онако у скупа до какве несреће дошло“. Уз то, наређено је да се „пандури умноже“, као и да „војска буде у приправности“. Гарашанин је успео, да уз најоштрије мере, потисне побуне у Србији на „ужа подручја“. Али, како је навео, тиме није успео и да „сломије бучачима рогове“. (Писма Јовану Мариновићу, Београд, 1931, стр. 217).

„Прошенија“, која су депутати изнели у Скупштини, тј. „по окрузима“ — указују на промене у циљевима даље борбе. Тражи се, у првм реду, да се Скупштина састаје „сваке године“; да по два човека, која народ одреди из сваког округа — „народну касу прегледају“, као и „остале државне послове“, и о томе извештавају Скупштину. Затим, да се чиновницима забрани трговање; да се „странци из службе избаце“ и на њихова места поставе „отечествени синови“, итд. — Београдски округ затражио је да се цензура укине и уведе слобода штампе. На овој Скупштини појавили су се и први либерали (Стојан Бошковић, Јеврем Грујић, и други) — интелектуалци школовани „на страни“. — Они су истицали, у духу револуционарне 1848, предности парламентарне владавине над личним и олигархиским режимима. Здружени с присталицама династије Обреновића, успели су 1858. да се Народна скупштина конституише као стални орган власти, мада са ограниченим надлежностима. И то им је био и једини успех. Иначе, кнез

Митош је враћен на престо исте године, а после његове смрти и кнез Михаило (1860). — Диктатура ових кнезова ће се наставити, као и борба за ограничење њихове власти...

Са пресељењем Тополивнице из Београда у Крагујевац и њим проширивањем, појавиће се нова друштвена класа — индустријски пролетаријат. Претпоставља се да је 1876. године имала око хиљаду радника. Са појавом радника компликоваће се још више унутрашње борбе у Србији, између раслојеног сељаштва и грађанства, уперена дотле против аутократске владавине Обреновића и уставобранитеља. При тој борби, у основе приватне својине и капиталистички начин производње нико није дирао.

Међутим, на Скупштини, држаној у Крагујевцу 1871. године — заседања су често трајала и по два месеца — најављују се сукоби буржоазије са социјалистима. Као повод, послужило је покретање листа Раденик, чији је први број (1. VI), бранио Париску Комуна са неколико чланова Светозара Марковића, главног уредника листа. Посланици — и либерали и конзервативци — називали су групу око Светозара, „комунцима“, „бургијашима“, „агентима иностранства“, и другим, — тражећи за њих најтеже кажњавање „без истраге“. — Један од посланика — либерала завикао је да се „отровно семе шири“ и да „бургијаша има и у Крагујевцу“. — Четрнаест посланика поднело је интерпелацију министру унутрашњих дела. Уз низ погрда за социјалисте, тражили су да се „разарајућа комунистичка наука у клици уништи“. Истовремено, поднет је захтев да се **Радник** забрани, како би посланици „могли отићи мирни и спокојни својим кућама“. (Из Протокола Народне скупштине, 1871, стр. 511, 553). И први социјалистички лист у Србији, и на Балкану, је забрањен.

После ових збивања — пре свега после доношења првог самосталног устава 1869. године, без „припита Порте“ — Крагујевац ће се све више потврђивати као „жариште напредне друштвене мисли“ и као „политички центар“ аутономне Србије. (Др Драг. Јанковић, Прве радничке демонстрације у Србији, у Крагујевцу, 1876, Историски часопис Историског института САН, књ. III, Београд, 1952, стр. 165). — Затим, у Крагујевцу ће се одржавати скупштинске седнице сваке године до 1878.

Са забраном Раденика не престају сукоби између буржоазије и социјалиста. Покреће се други социјалистички лист Јавност, и то у Крагујевцу, са истим уредником, пошто је претходно набављена приватна штампарија, од стране групе крагујевачких грађана. Одатле ће се објавити и први програм њиховог „практичног рада“. И, како је наведено, они ће се борити за „ништење постојећег управног система скупштинским решењем“; да полиција пређе у руке општина; за „изборно сутство“; за уништење земљорадничких дугова, и друго. У даљој перспективи — „за будућност“ — бориће се да приватна земљишна својина пређе у општинску. Државом би управљао, као централна власт — до остварења социјализма — привремени Главни одбор, изабран из редова посланика. (Јован Скерлић, Светозар Марковић, Београд, 1922, стр. 165—171).

И лист Јавност је забрањен. Али, једно за другим, излазили су у Крагујевцу, до 1876, још три листа: Глас Јавности, Ослобођење и Старо ослобођење. Сви ови листови критиковали су бирократију и централизам, политику влада према сиромашним народним слојевима, предлажући истовремено и одређене мере, као, — помоћ сељацима у кредиту, сузбијање зеленаштва, итд. Тим поводом, дошла је у Крагујевац једна депутација сељака 1873. године, да тражи од Народне скупштине „да им се обустави продаја имања и да им се позајме новци за одужење зеленашима“. (Јавност. год. I, бр. 20, 12. XII 1873). Покрет сељака приписан је утицају Јеврема Марковића, Светозаревог брата. Наводно, — „руља сељака са смеровима демонстративним, а по упутствима Јеврема Марковића, осванула је у Крагујевцу“, итд., и толико уплашила кнеза Милана Обреновића да је „после тога нерадо долазио у Крагујевац“. (Др Драг. Јанковић, поменуто дело, стр. 163).

У Крагујевцу је 1870. године основана и Учитељска школа. Одмах се показало да има међу професорима и напредних људи, чији се утицај преносио и на ђаке. Отуд, није случајно, 1874, — „дошло до ђачких немира“, а у новембру исте године и до праве „побуне“. — Покрет међу ученицима окарактерисан је као „социјалистички“. Тада је осморо ђака искључено, а остали су привремено напустили школу. (Милош Б. Јанковић, Демонстрације и штрајкови ученика учитељских школа у Србији прошлог века, Савремена школа, бр. 9—10, 1948, стр. 39—40).

Идеје Светозара Марковића пронашле су пут и до неких посланика у Скупштини. Адам Богосављевић окупља групу посланика у борби против режима, тражи укидање „бироократског система“ и увођење народне самоуправе, у првом реду у општинама, — под паролом „да се општина отргне од туторства полиције“.

Крагујевац је и место суђења Светозару Марковићу због ширења социјалистичких идеја. Том приликом ће се потпуно разоткрити суштина сукоба, као класног, између социјалиста и буржоазије. Светозар је осуђен, и, како је у судници речено, поред осталог, што је својом политичком активношћу — „ометао миран развитак грађанског друштва“.

После Светозареве смрти, 1875, — Крагујевац ће бити позорица и неких изузетних збивања. Социјалисти ће наставити рад, у коме ће се нарочито истицати Пера Тодоровић. Наиме, ту ће избити и прве радничке демонстрације, 15. фебруара 1876. године, познате под именом Црвени барјак.

Лист Старо ослобођење, користећи се Изменама у општинском закону, упорним залагањем Адама Богосављевића „и другова“ у Скупштини којим је општина ослобођена туторства полиције — развио је најживљу агитацију за општинске изборе, заказане за 1. новембар исте године. Упућивали су позиве да што већи број грађана изиђе на биралишта. Затим се агитовало да се гласа за „поштене људе“, а не за „газде“, под чијом су се управом дешавале крађе, самовоља и „сијасет злоупотреба“. (бр. 29, година I).

На изборима за општинску управу, победили су демократи, међу којима су изабрана и два радника Тополивнице. Поражена страна повела је клеветничку акцију, називајући чланове управе — „комунцима“ и „нихилистима“. Старо ослобођење упозоравало је грађане да не наседају „буџаклијским гласовима“, а раднике упућивала да се одупру „ујдурмама реакције“.

Међутим, осамдесет крагујевачких грађана поднело је изјаву општинском суду о неповерењу изабраној управи. По закону — наказан је збор бирача, који је имао да донесе одлуку по „изјави“ грађана. Како на збор није дошла ни законска трећина гласача — радницима Тополивнице забрањен је излазак — није се могла донети одлука. Други збор наказан је за 15. фебруар 1876. Значајном већином изгласано је поверење члановима управе, и поред интервенције полиције у корист поражене стране. На овом збору масовно су учествовали и радници. Пошто је резултат гласања саопштен, један од мајстора Тополивнице, развио је црвену заставу, на којој је писало „Самоуправа“. С музиком на челу, која је свирала Марсељезу, маса народа кренула је крагујевачким улицама. Вративши се на зборно место заставу су окачили на општинску зграду и разишли се кућама. Покретачима акције суђено је за „велеиздају“.

И Учитељска школа није остала по страни овог догађаја. Поведена је истрага због учешћа ђака у демонстрацијама. Наредбом министра просвете затворени су I и II разред, а ученици су кажњени од пет до осам дана затвора. (Исто, год. II, бр. 32, 35, 48).

Али, у току суђења оптуженима за „велеиздају“ — Србија је објавила рат Турској, 18. јуна 1876. године. — „На границу“ су отишли и судије и осуђени.

После ослободилачких ратова (1876—1878) — Крагујевац ће дочекати још један велики дан. На Скупштини, одржаној 5. августа 1878, прочитана је одлука Берлиског конгреса о независности Србије и њеног проширења за четири округа: Нишки, Топлички, Врањски и Пиротски. Са београдске тврђаве нестаће турске заставе, последњег симбола робовања Срба, на једном делу бивше османлијске државе...

Ружица Гузина

KRAGUJEVAC — CENTRE ADMINISTRATIF ET POLITIQUE DE LA SERBIE AUTONOME (1815—1878)

— Résumé —

L'auteur étudie la position de la ville de Kragujevac, capitale de la Serbie après la Deuxième insurrection serbe, et fournit des preuves sur le statut juridique de la cité tel qu'il ressort des documents de l'histoire de la Serbie et de la Turquie du XIXe siècle. Il évoque la transformation de Kragujevac en centre économique et administratif, l'évolution du patrimoine culturel et sa promotion à la faveur d'apports d'un contenu nouveau, et surtout la fondation de la première université (la Grande Ecole de Kragujevac) dans la Serbie libérée. Utilisant un très grand nombre de documents et de pièces d'archives, il éclaire les règnes de Miloš Obrenović, Aleksandar Karadjordjević, Mihailo Obrenović et Milan Obrenović.

ПРОМЕНЕ У НАХИСКОЈ УПРАВИ СРБИЈЕ ЗА ВРЕМЕ КНЕЗА МИЛОША И ОСНИВАЊЕ ПРВИХ СРПСКИХ СУДОВА

Административно-територијална подела Србије на нахије за време кнеза Милоша задржала се релативно доста дуго. Са два нама позната изузетка, једним из 1833. године, када је сједињавањем старе соколске нахије и Јадра и Рађевине образовано подринско „окружје“¹ и другим из 1825. године, када се уместо назива „нахија“ јавља назив „ујезд“², подела Србије на нахије била је у примени све до 1834. године. Зависно од тога и називи „главни кнез“, „нахиски кнез“ одржали су се све до 1834. године. Као и у случају нахија, међутим, и ту је било извесних изузетака. Тако, 1825. године упоредо са називом „ујезд“ за нахију, имамо назив „главни исправник“ као синоним за главног, нахиског кнеза.³ После увођења капетаније 1830. године, уместо ранијих кнежина⁴ јавља се као пандан полу-капетанима, бившим кнежинским кнезовима, и назив целог капетана, опет као адекватан појму нахиског кнеза. И звање губернатора, које сусрећемо 1831. године и касније, у суштини је било једнако оном нахиског старешине, мада су под власт губернатора потпадале понанад и две нахије, и мада је, изгледа, ово звање било резервисано искључиво за браћу кнеза Милоша.⁵ Најзад, пре увођења

¹ Д. Алимпић, Историјски развој полицијских власти у Србији, 1903, 80.

² Серија грађе Државног архива НР Србије (у даљем тексту ДА НРС), Књажевска канцеларија (у даљем тексту КК), Крагујевачка нахија, I (приредио за штампу Р. Марковић), Београд, 1954, док. бр. 482.

³ ДА НРС, КК, Крагуј., нах., док. бр. 482.

⁴ Д. Алимпић, нав. д., 80.

⁵ Колико смо могли утврдити на основу расположивих архивских података, титула губернатора је била додељена само господар Јеврему и господар Јовану. 8. новембра 1831. године кнез Милош је поставио Јеврема за губернатора Београда и целог београдског округа, стављајући под његов надзор судове, магистрате, све чиновнике итд. (ДА НРС, КК — Јеврем Обреновић, 9. XI. 1831. (Картотека). 22. фебруара 1832. кнез Милош је одлучио спајање Пожешке нахије, упражњене после смрти кнеза Васе По-

великих сердарстава одн. великих сердара, као и после тога, јавља се и назив сердар уместо ранијег нахиски кнез.⁶

Лако је објашњиво што Србија до 1830. одн. 1834. године није претрпела битне промене у својој административно-територијалној подели; све до добијања аутономије 1830. године, Србија је претстављала формално-правно интегрални део турске државне територије и стога је била обухваћена њеном административно-територијалном поделом на нахије, коју није могла самостално да мења. После Хатишерифа и Берата из 1830. године, међутим, као и после првих покушаја увођења нових назива за нахије и нахиске старешине (окружије, губернатор, капетани, сердари) који нису наишли на неко противљење Турске, кнез Милош је у складу са правом Србије да се стара о свом унутрашњем уређењу, приступио новој административно-територијалној подели Србије. Почетком 1834. године, кнез Милош је „као почетак унутрени... устројенија“ установио велика сердарства, с тим да под сваким од њих „стоје више окружија која су досад нахијама називана.“⁷

Ако се сама административно-територијална подела Србије није мењала, организација и функционисање Милошевог апарата власти у нахијама нису били без промена у годинама до стицања аутономије Србије. Најважније од њих су биле оне у персоналном саставу кадра нахиских старешина, извршене у релативно кратком временском раздобљу од 1819—1821. године, као и оне које су почев од 1819. године настале у погледу делокруга стварне надлежности нахиских кнезова и њихове повезаности са радом првих српских судова, основаних у том истом временском раздобљу.

Током 1821. године следећа лица су вршила дужност нахиских старешина: господар Јеврем Обреновић у нахијама шабачкој, ваљевској и соколској, господар Јован Обреновић у нахијама рудничкој и ужичкој, а после устанка у Влашкој и Молдавији и угушивања буде Стевана Добрњца и Марка Абдуле и у нахији пожаревачкој, Јосиф Милосављевић у нахији пожаревачкој а по премештају господара Јована Обреновића у Пожаревац у нахији

повића (17. I. 1831), са рудничком нахијом, постављајући за губернатора свога брата Јована са седиштем у Чачку (ДА НРС, КК — XXXII, 22. II. 1832. Крагујевац).

⁶ 30. јануара 1830. године, кнез Милош је издао диплому Јовану Мицићу о његовом постављењу за сердара ужичке нахије (ДА НРС, Збирка Мите Петровића, 30. I. 1830. Крагујевац). 11. јула 1833. године, кнез Милош је, приликом свог инспекцијског пута по Источној Србији, у Брзој Паланци, поставио за сердара Ст. Стојановића (ДА НРС, КК — XXIV, 13. VII. 1833. Брза Паланка).

⁷ ДА НРС, Зб. М. Петровића, 10. III. 1834. — Кнез Милош господар Јовану, Милети Радојковићу, Вулу Глигоријевићу, (в. М. Петровић, Финансије и установе обновљене Србије, књ. I, Београд, 1907, 607). — укази о њиховом постављењу за велике сердаре. Интересантно је да је кнез Милош указ о постављењу Стојана Стојановића за великог сердара издао 11. II. 1834, значи скоро месец дана раније него већ поменуте указе, а свега десетак дана после Скупштине одржане 1. II. 1833. године, на којој је кнез Милош најавио извесне административне реформе.

рудничкој,⁸ Васа Поповић, шурак кнеза Милоша и човек према коме је он гајио посебну наклоност, у нахији пожешкој.⁹ Милосав Здравковић-Ресавац у нахији ћупријској, Милета Радојковић у нахији јагодинској, Петар Вуличевић у нахији смедеревској, уместо свога оца Вујице Вуличевића, који је био у Цариграду, и Вуле Глигоријевић у Поречу.¹⁰ Београдска и Крагујевачка нахија су биле без главног кнеза, тако да је у њима кнез Милош општио непосредно са појединим кнежинским кнезовима, и то у Београдској нахији, изгледа, највише са Николом Станковићем,¹¹ а у Крагујевцу са кнезовима Грузе.¹²

Према стању од 1815—1817. године, промене у личном саставу нахиских старешина нису биле ни мале ни безначајне. Од свих нахиских старешина, постављених 1815. године и касније, током прве две године кнез Милошеве владавине, задржала су се свега њих тројица. То су били кнезови Милета Радојковић, Милосав Здравковић и Петар Вуличевић; сви остали, изузев Павла Поповића и Вићентија Петровића,¹³ били су махом смењени са положаја а на њихова места су дошли браћа, шурак и друга кнезу Милошу одана лица. Уверен да довођењем на власт себи блиских особа јача и своје сопствене позиције, кнез Милош је врло вешто користио сваку прилику која му се пружала да за нахиске старешине постави своје људе. Изгледа да је у овим својим настојањима кнез Милош био потстакнут и покушајима које руска дипломатија чини управо у то време да увођењем једнога Совјета, који би сачињавали нахиски кнезови, ограничи власт кнеза Милоша. Наиме, 17. фебруара 1820. године руско

⁸ Јосифа Милосављевића је кнез Милош поставио за главног кнеза Пожаревачке нахије 3. I. 1821. године. Дотле је он био Милошев надзорник у Поречу. (Мих. Гавриловић, Милош Обреновић, II, Београд, 1909; 505).

⁹ Диплому о постављењу Васа Поповића за главног кнеза пожешке нахије кнез Милош је издао 9. јуна 1819. (Архив САН, бр. 690; документ је објављен код Петровић Вукашина и Николе, Грађа за историју краљевине Србије, I, 1882, 195—196).

¹⁰ 11. децембра, кнез Милош је поставио на место Јоксе Милосављевића Вулу Глигоријевића за свога надзорника у Поречу (Мих. Гавриловић, нав. дело, II, 505).

¹¹ На основу података несталог Деловодног протокола Кнежеве канцеларије, Мих. Гавриловић наводи да је крајем 1823. године „услед жалби на нереде у београдској нахији и на неправедно распоређивање кулука и порезе, Милош заповедио тамошњим кнезовима и народу да изаберу између себе главног кнеза и тако је за таквог изабран Никола Станковић, један од дотадашњих кнежинским кнезова (Мих. Гавриловић, нав. дело, II, 289).

¹² „Рекло би се да су на двору кнеза Милоша грузански кнезови значили нешто више од кнезова у Лепеници и Јасеници, јер... грузански кнезови покаткад отправаљају и нахиске послове, чешће се налазе око кнеза Милоша и у његовом отсуству врше надзор над коначком службом у Крагујевцу. Право на такав став давала им је не само њихова лична вредност и поверење код кнеза Милоша, него и околност што су они били претставници у највећој и најбројнијој кнежини у нахији, што се Крагујевац, центар нахије и државе и престоница државе, водио као грузанско насеље и тим потпадао под управну надлежност кнезова Грузе, нарочито првих година, док Крагујевац није добио суд и своју варошку полицију“ (Р. Марковић, Предговор сер. Грађе ДА НРС, Крагујевачка нахија, XV).

¹³ Мих. Гавриловић, нав. д., II, 289; ДА НРС, КК — IV, 1. XI. 1820.

Министарство иностраних послова у Петрограду издало је своје посланику у Цариграду, барону Строганову, инструкције о српском питању. У њима се први пут за време кнеза Милоша јасно изражава став руске владе према питању организације власти у Србији а посебно према настојањима кнеза Милоша за наследним кнежевским достојанством и потпуним преузимањем власти у Србији у своје руке. Овај став Русије се састојао, с једне стране „у прихватању захтева кнеза Милоша за титулом наследног врховног кнеза Србије и ограничењу његове власти кроз један „административни регуламент“,¹⁴ с друге стране. Још јасније се све ово видело у руском пројекту захтева поднетих Порти поводом поменутих инструкција. „Свако село у Србији — наводило се у њему — именовало себи старешину, који ће се као и сад називати кнезом. Овај ће поглавар остати у дужности доживотно, изузев случаја законитог збацивања. Скупштина свију кнезова у Србији имаће право, као што је то увек било да именује окружне старешине. Ове окружне старешине носиће, као што је то раније било, име сенатора и они ће вршити своје функције доживотно, изузев збацивања по закону.“¹⁵ Вероватно је Порта, и сама непријатељски расположена према амбицијама кнеза Милоша, нашла времена и могућности да га упозна са овим захтевима руске владе. Више је него сигурно да је могућност успешне интервенције Русије у питањима организације власти и односу снага у Србији утицала на кнеза Милоша да изврши персоналне промене у нахиском апарату власти и тиме ојача своје позиције и на унутрашњем и на спољнополитичком плану. Уосталом, и сазнања која је кнез Милош имао у вези са политиком Русије у Србији током Првог српског устанка, и, уопште, сазнања која је имао у вези са организацијом власти и борбом за власт између Карађорђа и Правителствујушћег Совјета, упућивала су кнеза Милоша на беспштедну и бескомпромисну борбу у освајању власти у Србији.

*

* *

Промене које је кнез Милош почео да спроводи у нахиском апарату Србије, нису биле само персоналне природе. Оне су биле много дубље и свде се на јачање положаја нових нахиских, па и кнежинских кнезова, а пошто се радило о особама оданим кнезу Милошу, ове су промене имале за циљ даље јачање положаја самога кнеза Милоша. Уосталом, и изворна грађа којом располажемо, упућује нас на овакав закључак.

Из 1819. године, када је кнез Милош почео са значајнијим променама нахиских и кнежинских кнезова, располажемо са неколико „наставленија“ и „диплома“, издатих поводом ових промена и довођења на власт лица блиских и оданих кнезу Милошу. То су „наставленија“, издата Јовану Мићићу, нахиском кнезу

¹⁴ Мих. Гавриловић, I, 1908, Прилози, 327.

¹⁵ Мих. Гавриловић, I, 451; в. Прилози, 531.

Ужичке нахије,¹⁶ Јеврему Обреновићу, нахиском старешини Ваљевске нахије и Гаји Дабићу, кнезу ваљевске посавске кнежине, и „дипломе“ издате, једна Васи Поповићу, поводом његовог постављења за главног кнеза Пожешке нахије, и друга, Михаилу Радојевићу-Самаилцу, кнезу моравске кнежевине у Поповићевој Пожешкој нахији.¹⁷ Пажљивом анализом њихове садржине, као и упоређивањем са „наставленијама“ и „дипломама“ из 1815—1816. године, може се закључити да је 1819. године дошло до веома значајних промена у самом положају нахиских, па и кнежинских кнезова. Уместо ранијег, релативно неодређеног односа хијерархиске повезаности, сада се сусрећемо са једним колико јасним, толико категоричким истицањем улоге и значаја нахиских кнезова. Тако, т.т. 1 и 7 „наставленија“ Јеврему Обреновићу било је изричито предвиђено да Јеврем Обреновић у повереној му нахији претставља прву власт после кнеза Милоша, као и да управу над њом врши на начин који би искључивао и најмање мешање другог (т. 1), одн. да су сва три кнеза кнежина ваљевске нахије, Гаја Дабић, Јован Бобовац и Рака Тешић, као и подручни им кметови и народ, дужни да Јеврему Обреновићу као и кнезу Милошу указују „свако почитаније, повинованије и покорност“ (т. 7). Са своје стране, пак, „наставленије“ Гаји Дабићу је предвиђало у својој т. 1 саобразно овоме следеће: „Заповеда му се (т.ј. Гаји Дабићу — пр.м.) от данас да има после главнога правитеља народног признавати за свога старијег заповедника господара Јеврема Обреновића, заповедника нахије Шабачке и све заповести от њега примати и за свашто њега упитати што се тиче урежденија какова у кнежини и сваки случај примати“. И „диплома“ кнезу Васи Поповићу, шураку кнеза Милоша, садржала је, између осталог, да се свим „потчињеним кнезовима и кметовом острешје налаже по всем покоравати му се“ као и да му „сваку помошт и потчитаније у име Милошево одају“; саобразно томе, „дипломом“ кнежинском кнезу у Пожешкој нахији, Михаилу Радојевићу-Самаилцу било је прописано да је он, као кнежински кнез, дужан „о свему у кнежини случивши се скорејше своего обер кнеза извештавати“.

Није на одмет подвући још једном да су ове и овакве промене у положају нахиских кнезова биле повезане са конкретним личностима, које је кнез Милош доводио на власт. Уосталом, то нам потврђује пример Марка Абдуле и Ст. Добрњца, које исто тако 1819. године видимо у служби кнеза Милоша. Њихова нелојалност и непоузданост, које су кнезу Милошу биле познате још од раније, ниуком случају нису могле послужити кнезу Милошу као потстицај да их снабде оним истим овлашћењима која је био предвидео за своју браћу и шурака, као и остале њему одане кнезове и претставнике власти. То закључујемо из следећег: 18. јула 1820. године, Милошев момак и цигански харачлија, Симон Логофет, извештавао је кнеза Милоша из Пожаревца, краја Марка Абдуле и Ст. Добрњца, да се „у Пожаревачкој нахији не-

¹⁶ Браћа Петровић, нав. д., I, 200—201.

¹⁷ Браћа Петровић, нав. д., I, 195—205.

што заљуљало и један другом о глави мисли... Никакове покорности и послушенија к старијим нема, већ један другогме судити почели су; нит' се Абдула слуша, нити пак Добрњац, већ сами по својој вољи поступају у свачему". Исти Симон Логофет извештавао је кнеза Милоша и о томе како је, када је дошао у Прахово, нашао „сва села једно на друго пушке дизајући и сами себи задовољствија тражећи и давајући...“¹⁸ Нисмо могли наћи података о евентуалној интервенцији кнеза Милоша због оваквог стања ствари у пожаревачкој нахији, којом су фактички владали Марко Абдула и Ст. Добрњац, један као обор-кнез нахије, под чију су надлежност спадале свишка, голубачка, печка и рамска кнежина, а други као кнежински кнез моравске кнежине, која је обухватала и Пожаревац.¹⁹ Претпостављамо да ове интервенције није ни било. Кнез Милош није намерно ништа предузео да среди прилике и учврсти власт ове двојице у подручним им областима. Наслућујући даљи развој догађаја који је довео до познате буне против њега, кнез Милош је био несумњиво далеко од сваке помисли да поступи у њиховом случају на начин који је применио у односу на свога брата и свога шурана.

Јасно је према томе да променама у своме положају нису били обухваћени они нахиски и кнежински кнезови који нису уживали Милошево поверење; другим речима, промена о којој је овде реч, није била опште природе и није биле предвиђена једним јединим општим актом, који би се односио на све нахиске кнезове, него је била везана за личност нахиског кнеза. Као таква, она је настајала постепено, како је који Милошев сродник или њему одана личност долазила на положај нахиског кнеза, јачајући на тај начин у крајњој линији позиције и власт самог кнеза Милоша.

*

* *

Чини нам се да су промене које је кнез Милош почео од 1819. године да врши у своме апарату нахиске управе, условиле у великој мери и његову одлуку о формирању првих српских судова, самосталних и независних од турских претставника власти.

По казивању Вука Караџића непосредан повод формирању српских судова (магистрата) био је Милошев разлаз са Марашли-Али пашом. „Од године 1820. — наводи Вук — како се Милош завади с Али пашом, Срби судове са свим присвоје себи, а муслимима остане да суде само Турцима“.²⁰ Ако се има, међутим, у виду да је стање које је Милошевим настојањима било створено у Србији, већ крајем 1817. године далеко превазилазило сми-сао уговора и фермана из 1815. и 1816. године одн. да су српски кнезови у већини случајева и пре оснивања српских судова, узурпирали право да суде Србима, онда је сасвим оправдано мишљење, изражено у нашој новијој историографији да „узрок

¹⁸ ДА НРС, КК — XXI, 18. јула 1820. Пожаревац.

¹⁹ Мих. Гавриловић, нав. д., I, 592.

²⁰ В. Караџић, Грађа за српску историју, I, Београд, 1898, 192.

оснивања српских судова није лежао у „свађи“ између Милоша Обреновића и везира београдског, како каже Вук, него „да исто треба тражити у „стварним“ приликама у земљи“.²¹ Несумњиво је да између тих „стварних прилика“, једно од најзначајнијих места заузима реорганизација апарата нахиских старешина и настојање кнеза Милоша да тиме ојача своје позиције власти. (У том смислу, можда, не треба ни за тренутак губити из вида покушаје Русије да се, као и Првом устанку, умеша у питања односа снага и власти у Србији).²² У томе смислу веома је значајна чињеница да се оснивање првих српских судова поклапа са променама у нахиском апарату управе. Тако, суд у Пожаревцу је основан само неколико месеци после угушивања буне Марка Абдуле и Ст. Добрњца и преузимања управе над пожаревачком нахијом од стране Јована Обреновића и кнезу Милошу особито оданог Јоксе Милосављевића. Изгледа да је и оснивање суда у Београду у тесној вези са променом у личности нахиског кнеза. Познато је наиме да је 1823. године Народна канцеларија у Београду претворена у Београдски суд народни; исте те године, међутим, кнез Милош је поставио свога човека, кнеза Николу Станковића за главног кнеза београдске нахије. На исти закључак да је оснивање судова у Србији зависило и од личности које су се налазиле на положају нахиског кнеза, говори и упадљива чињеница да се од девет магистрата формираних у раздобљу од 1821—1824. године (1820. у Крагујевцу, 1821. у Пожаревцу, 1823. у Чачку, Јагодини, Смедереву, Шапцу и Београду, 1824. у Брусници, Ужицу и Свилајнцу)²³ седам налазило на територији нахија којима је кнез Милош непосредно управљао (Крагујевачка) или које је поверио управи своје браће и шурака одн. себи оданих лица (Пожевска, Пожаревачка, Ваљевска, Рудничка, Шабачка и Београдска нахија).

У прилог нашег тврђења говори и околност да је вршење судске власти било одувек у заосталим друштвено-економским срединама, као што је то била српска првих година Милошеве власти, најбољи и најбржи пут за стицање личног угледа и ауторитета у очима народа. Кнез Милош је то врло добро знао и зато је и сâм, од првих дана своје владавине, живо настојао да у његовој надлежности буду и правосудне функције. Имајући ово у виду, било би сасвим разумљиво што је кнез Милош оснивању српских судова, у чији су састав ушле и нахиске старешине,

²¹ Р. Гузина, Кнежина и постанак српске буржоаске државе, Београд, 1955, 145.

²² Р. Гузина међу те „стварне прилике“ у земљи, које су диктирале „корак даље“ у организацији власти, убраја устанак у Грчкој, смрт Марашли Али паше и долазак на положај београдског везира Абдурахман-паше) који „није могао озбиљно помишљати да нешто мења у стању које је затекао“, Портин ферман од 15. јуна 1820. године, којим су се, поред осталог, укинули наводно муселими у Пожаревачкој, Јагодинској, Крагујевачкој, Рудничкој, Ваљевској и Пожевској нахији, и буну Марка Абдуле и Ст. Добрњца (145—46). Овоме свакако треба додати и могућност руске интервенције у унутрашње питање врховне власти у Србији. Поменуте инструкције руске владе њеном цариградском посланику барону Строганову од 17. фебруара 1819. године о томе најбоље сведоче.

²³ Д. Алимпић, нав. д., 65.

приступио тек онда када је на положај нахиских кнезова довео лица за која је веровао да јачање свога угледа и ауторитета у народу неће употребити противу њега, „верховног правитеља и предводитеља народа сербскога“.

*

* *

Ако је већ оснивање српских судова било повезано у већој или мањој мери, са променама у нахиском апарату власти, онда се, с обзиром на политику кнеза Милоша да јачањем власти нахиских кнезова ојача о основи и пре свега своју личну, намеће уједно и закључак да је оснивање судова водило не само даљем јачању Милошеве власти, него и власти самих нахиских кнезова, и то утолико пре што су они и улазили у састав новоформираних судова. У нашој старијој историографији, међутим заступано је управо супротно мишљење. „Судска власт — писао је својевремено један наш правни историчар — утолико је имала великог значаја у то време за управну власт и нахиске кнезове, што им је она појачала јако ауторитет у народу. Зато кнез Милош, када је одузимао од Турака судску власт, он није хтео никада да ту власт остави у руке нахиским кнезовима, већ је завео самосталне колегијалне судове т.зв. магистрате. То је сасвим одговарало његовим централистичким и апсолутистичким тежњама. Једна власт, ако се хоће да се ослаби, њу треба само исцепкати и изделити и онда је она у животу и борби мање отпорна. Из истог разлога кнез Милош и дели судску власт од управне власти кнезова и ствара самосталну судску организацију“.²⁴ Полазећи, међутим, у основи од тога да је у доба формирања судова, у Србији било власти коју је цепкањем и дељењем требало ослабити у толикој мери да постане „мање отпорна у животу и борби“, ово мишљење је пошло са историски погрешне и нетачне претпоставке; стога се и оно само јавља историски нетачним и погрешним. У годинама оснивања српске правосудне организације кнез Милош је већ имао за собом успешну борбу својих многобројних противника (Петра Молера, Џукића, Мел. Никшића, Карађорђа, Марка Абдуле и Ст. Добрњца) и уједно је био релативно далеко од оних борби за власт које ће после објављивања Хатишерифа од 1830. год. букнути свом својом жестином. Према томе, када је кнез Милош приступио формирању судова није било у Србији снага (сем хајдучије) које је требало на овај или онај начин ослабити. Напротив, било је снага у настајању, које је, с обзиром на њихов значај за даље учвршћивање и јачање власти самог кнеза Милоша, ваљало ојачати. Друго је питање што су те снаге током времена нарасле и ојачале у толикој мери да је кнез Милош доиста настојао да их исцепка и ослаби. То, је, дакле било у годинама непосредно пре и после Хатишерифа од 1830. године. Међутим, у доба формирања судова у Србији, тих и таквих снага није било.

²⁴ Ф. Никић, Локална управа Србије у XIX и XX веку, Београд, 1927, 55.

Основни разлог за тврђење да је кнез Милош, оснивајући самосталну српску правосудну организацију, одвојио тиме судску од управне власти нахиских кнезова и ову последњу расцепкао у намери да је ослаби, представља свакако чињеница да новоосновани судови врше доиста правосудне и извештан број управних функција, које су дотада биле у искључивој надлежности нахиских старешина. Тако на пр. у пуномоћству, издатом 30. јуна 1823. године кнезовима за суд смедеревски, Кузману Марићу и Петку Пантелићу, кнез Милош је установљавао: „... сваку распу житеља смедеревских, у споразуменију са Петром Вулићевићем да извиђају и реше, заплетене, пак, којима решења дати не могу, да пошљу Господару. При том, налажемо им да мо-тре на сваки поредак у Смедереву и ко одлази из њега, нит' икога без пасоша да пугте да путује и кога без пасоша увате да по 25 штапа ударе...“²⁵ На овоме су, међутим, поменуто и њему слична мишљења стала и на тај начин испустила из вида низ осталих момената од основног значаја за правилну оцену постављеног питања. Пре свега, изгубило се из вида да се преношењем правосудних и извесног броја управних функција у надлежност новоформираних судова, није нахиским кнезовима ни најмање ускратило право и дужност да учествују у њиховом вршењу. Како се из наведеног пуномоћства кнезовима смедеревског суда види, они су били дужни да своју судску власт врше „у споразуменију“ са Петром Вулићевићем, својим нахиским кнезом, што упућује на закључак да су нахиски кнезови имали право и дужност да учествују у раду новоформираних судова. Исто се може закључити и на основу „наставленија“ кнезовима Пожаревачког суда од 27. јула 1821. године; њиме се, наиме, изричито предвиђало да новоназначене судије имају да суде у заједници са нахиским кнезом (кнежевим намесником) Јоксом Милосављевићем, као и да је овај дужан „на уречено време у опредељеноме месту за суда наћи се“,²⁶ у време када борави у Пожаревцу. Поменути примери не претстављају усамљену појаву, него општу праксу, која је, упркос помањкању општих позитивно-правних прописа, владала на читавој територији Србије. Колико је она била ухватила снажнога корена у пракси, најбоље се види по томе што се она одржала за све време Милошеве владавине. Тако на пр., 15. новембра 1833. године, кнез Милош је издао диплому Петру Георгијевићу, којом га поставља за пуног капетана и главног надзира-теља Ћупријске нахије и поверава му отправање свију послова ове нахије.²⁷ Да је у те послове улазило и његово учешће у раду суда, закључујемо на основу писма Ћупријског суда од 24. новембра 1833. године, којим је овај извештавао кнеза Милоша да је добио његов налог да се Петар Ђорђевић одређује за старе-шину нахије и претседника суда.²⁸

Укључивањем нахиских кнезова у рад новооснованих судова није било све речено. Њиховим учешћем, наиме, у вршењу право-

²⁵ Д. Алимпић, нав. д., 65—6.

²⁶ Браћа Петровић, нав. д., I, 271—3.

²⁷ ДА НРС, КК — XXX, 15. II. 1833. Свилајнац.

²⁸ ДА НРС, КК — XXX, 24. XI. 1822. Свилајнац.

суђа још се не потврђује наше мишљење да је оснивањем судова кнез Милош ојачао и положај нахиских кнезова. Конкретно, тиме још није дат одговор на евентуалне примедбе да су у судско веће поред нахиског кнеза улазили још две судије, које су га могле надгласати, као и да немамо потврде да су нахиски кнезови, учествујући у раду судова, суделовали у вршењу оних управних функција које су биле пренете на суд. Не одговорити на ове могуће примедбе, међутим, значило би да, и поред учешћа нахиских старешина у вршењу правосудних функција, стоји крајњи закључак да је оснивањем нахиских магистрата власт главних кнезова нахија била доиста расцепкана и на тај начин ослабљена и „учињена мање отпорном у борби и у животу.“ Стога је потребно указати на још неколико момената у вези са оснивањем и радом судова и, у светлости коју они бацају, дати одговор на постављено питање. Наиме, треба указати на оне примере који говоре о несумњивој чињеници да су нахиски кнезови, с обзиром на фактичку премоћ, коју су имали у односу на судове, као и овлашћења која им је кнез Милош дао у погледу избора судија, надзора и контроле над њиховим радом, новоосноване судове имали у својим рукама. Тако, у своме писму кнезу Милошу од 7. јула 1822. године, Јеврем Обреновић је износио кнезу Милошу да је примио његово писмо из кога је „увидео наредбу његову да се установе судилишта у Шабачкој и Ваљевској нахији, које ће кнезове бирати за судије, старе или нове“.²⁹ У писму Јеврему Обреновићу од 1. јуна 1825. године, којим је кнез Милош одлучио да се установе судови у Шапцу и Ваљеву „који ће не само местним распрама занимати се, но и наиске пресуђивати“, овлашћује се истовремено Јеврем Обреновић, као главни кнез шабачке и ваљевске нахије „да он (Јеврем) постави те судове... У шабачки да постави једног чаршилију и једног кнеза из нахије шабачке за судије... У суду Ваљевском да буде кнез Јовица Милутиновић и још један кнез из Посавске кнежине.“³⁰ У свом одговору на ову Милошеву наредбу, Јеврем Обреновић је извештавао да је по наредби поступио и поставио судије.³¹ Да су нахиске старешине биле надлежне да бирају и постављају судије види се из писма кнезу Пожешке нахије, Васе Поповића кнезу Милошу од 4. марта 1824. године. Као и Јеврем, тако је и овај јављао да је изабрао кнезове за судије у суду који је био установљен као заједнички за рудничку и пожешку нахију.³² Исто то потврђује и писмо Јеврема Обреновића, које је овај упутио 18. фебруара 1829. кнезу Милошу из Шапца; Јеврем Обреновић извештава, наиме, како је примио од Народног суда у Крагујевцу писмо којим га моли да у Ваљевској нахији нађе човека који би могао да буде постављен за судију.³³

²⁹ ДА НРС, КК — Јеврем Обреновић, 7. VII. 1822. Шабац (Картотека).

³⁰ Д. Алимпић, нав. д., 66.

³¹ Д. Алимпић, нав. д., 67.

³² Кнаж. канцеларија, I, Пожешка нахија, Београд, 1953, док. 166 (Серија грађе ДА НРС).

³³ ДА НРС, КК, Јеврем Обреновић, 12. II. 1829. Шабац (Картотека).

Исто тако несумњиво је да су нахиске старешине вршиле надзор и контролу над радом судова. Својим писмом од 17. јула 1823. године, кнез Милош одобрава избор судија за Шабац и Ваљево, које је Јеврем Обреновић учинио, али је то условио тиме што је Јеврема задужио да „мотри да се по наставленију Господара владају“.³⁴ Да се Јеврем Обреновић и користио овим својим правом најбоље се види по томе што је он, свега десетак дана (10. августа 1823) после датог му овлашћења, упутио прекоре судијама Ваљевскога суда поводом њиховог начина поступања са странкама које су долазиле пред суд. „... Ако ви започнете и мучењем људи на суду испитивати, то је зло — писао је он њима. Ви ћете морати много прави људи бити, а то није лако. Таквим начином може сваки мој момак, да га пошаљем, бојем испита учинити, и не би судије потребовале...“³⁵

За правилну оцену положаја у коме су се нашли нахиски кнезови после оснивања судова, ваља указати не само на чињеницу да су нахиске старешине, поред свега овога, имали и право извиђања и пресуђивања омањих ствари, независно од судова, него и на фактичку премоћ коју су они имали у односу на постављене судије. Сам Вук Караџић нам пружа о томе очигледно сведочанство. „Чланови Великог суда — наводи он — као саветници Милошеви, готово већи у чину од нахиских кнезова, али би опет сваки волео бити нахиски кнез, него члан Великог суда.“³⁶ Ако је овакво стање било 1827. године, када је Вук записао ово своје запажање и када се већ доиста могло говорити о снази нахиских старешина коју је са становишта Милошевог апсолутизма ваљало исцепкати и ослабити, сасвим је разумљиво што је та власт била још јача неколико година пре тога, у доба поменутих промена у саставу нахиских старешина, када је кнез Милош, као елементу своје власти, тежио њеном јачању. Овакав закључак можемо посредно извући и из писма Јеврема Обреновића кнезу Милошу од 7. јула 1822. године у коме он изражава своје мишљење да ће му новоосновани судови у Шабачкој и Ваљевској нахији много олакшати посао.

Кад се све ово има у виду, чини се да не би могао да опстане закључак да је кнез Милош оснивањем судова исцепкао и ослабио власт нахиских кнезова; напротив, он ју је учинио чвршћом и знажнијом. Што је вршење правосудних функција било поверено специјалним, посебним телима, судовима (магистратима), није значило да су нахиски кнезови били искључени из вршења ових функција, као и оних управних функција које су биле пренете у надлежност судова. Овлашћења која су нахиски кнезови имали чинили су да се судови у прво време свога постојања јављају не као нахиским кнезовима конкурентни органи власти, него као нека врста њима потчињених помоћних тела.

Никола Сотировски

³⁴ Д. Алимпић, нав. д., 67—80.

³⁵ Мих. Радивојевић, Старо српско право (Ваљевски магистрат), Глас судства и администрације (1903), бр. 24, 565.

³⁶ В. Караџић, нав. д., 192.

LES CHANGEMENTS ACCOMPLIS DANS L'ADMINISTRATION SERBE SOUS LE REGNE DU PRINCE MILOŠ ET LA FONDATION DES PREMIERS TRIBUNAUX SERBES

— Résumé —

Traitant de l'évolution historique de l'appareil d'Etat dans la Serbie du prince Miloš (1815—1830), l'auteur relève plusieurs points importants. Il rappelle en premier lieu les changements accomplis entre 1817 et 1821 dans l'appareil administratifs des districts afin de renforcer le pouvoir personnel du souverain.

L'auteur indique ensuite que ces changements dans l'appareil du pouvoir conditionnèrent, pour une part, la fondation des premiers tribunaux en Serbie. Autrement dit, le prince Miloš n'entreprit de les créer qu'après avoir consolidé son pouvoir à la faveur des changements en question.

КРИВИЧНО ПРАВО И ПРОТИВПРАВНЕ РАДЊЕ У СТАРОМ ЕГИПТУ*

Пре неколико месеци сам прегледао једну расправу из кривичног права, недавно објављену у Паризу,¹ у којој се, да би се показало какав је напредак остварен у бити кривичног права и у условима под којима се примењују његова правила, на уопштен начин говори о прошлости, као о полазној тачки, на коју се не вреди враћати, и која је потпуно напуштена у току историје институција.

Уопште узев кривично право старог века, одликовало се арбитрарношћу, инквизиторским и тајним поступком, одсуством начела контрадикторности (што је последица непостојања јавности) чињеницом, која је заиста несхватљива, да се правосудни апарат стављао у покрет једино иницијативом заинтересованих странака.

Мишљења смо да је потребно вратити се у давнију прошлост, јер свет не почиње у Грчкој и Риму, и упознати се са искуством Египћана у овој области.²

Не можемо а да не будемо изненађени неким модерним одликама египатских институција и начелима која их прожимају,³ иако се морају ставити и извесне оgrade. Ево тих ограда.

* Одазивајући се позиву да учествује у првом зборнику радова Правног факултета у Крагујевцу, чији је гост у два маха био и том приликом одржао занимљива предавања, професор из Брисела Аристид Теодоридес, један од водећих египтолога данашњице, послао је овај чланак, који представља реферат на Међународном конгресу историчара античких права (Анкара, септембра 1978).

¹ Jean-Claude Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, 5. издање, Париз, 1977.

² Општи погледи на египатско право, уз навођење корисних библиографских података, могу се наћи код: Erwin Seidl, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des Neuen Reiches*, 2. издање, 1951; J. Pirenne — Ar. Théodoridès, *Droit Egyptien, Introduction bibliographique à l'histoire du droit et de l'ethnologie juridique*, 1966; Ar. Théodoridès, *The Concept of Law in Ancient Egypt*, у књизи »Legacy of Egypt«, 2. издање куће John Harris, 1971. стр. 291—322.

³ Ево најважнијих извора обавештења о различитим проблемима египатског права у доба фараона, који садрже изворе и коментаре: Т. Е.

Неоспорно је да се не може говорити о демократији, иако је, према неким индицијама, у локалним оквирима имала извесну улогу активност политичког карактера.⁴

Неоспорно је, с друге стране, да ми још увек нисмо открили неки законик⁵ — иако их текстови помињу⁶ — и да смо принуђени да конструишемо правила из докумената која се односе на праксу, иако, ипак, нешто светлости уносе „упутства“ која фараон даје великом везиру (џатију),⁷ који има улогу првог министра, шефа читаве администрације и посебно министра правосуђа.

Неоспорно је, на крају, да не можемо говорити о судијама које су независне, које се не могу премештати, непокретне, како се данас каже, јер су то службеници, чланови административног апарата, којима је поверена судска надлежност на различитим нивоима судског поступка и који за своју делатност одговарају џатију или фараону.

Peet, *The Great Tomb-Robberies of the Twentieth Dynasty*, 1930; N. de Garis Davies, *The Tomb of Rekh-mi-rê at Thebes, I*, 1943, глава V: »The Longer Texts« (стр. 79 и следеће); I. Harari, *Contribution à l'étude de la procédure judiciaire dans l'Ancien Empire égyptien*, 1950; R. O. Faulkner, *The Installation of the Vizier*, у J. Eg. Arch. XLI, 1955, стр. 18—29 и табеле 1—3; W. Helck, *Zur Verwaltung des Mittleren und Neuen Reichs*, 1958; P. W. Pestman, *Marriage and Matrimonial Property in Ancient Egypt*, 1961; H. Goedicke, *Königliche dokumente aus dem Alten Reich*, 1967; Tycho Mersich, *Untersuchungen zur Hausurkunde des Alten Reiches: ein Beitrag zum altägyptische Stiftungsrecht*, 1968; B. Menu, *Le régime juridique des terres et du personnel attaché à la terre dans le papyrus Wilbour*, 1970; H. Goedicke, *Die privaten Rechtsinschriften aus dem Alten Reich*, 1970; I. M. Lourje, *Studien zum altägyptischen Recht des 16. bis 10. Jahrhunderts v. u. z. deutsche Ausgabe von Schafik Allam*, 1971; Schafik Allam, *Das Verfahrensrecht in der altägyptischen Arbeitsiedlung von Deir el-Medineh*, 1973, уз ову књигу је издана збирка докумената (*Hieratische Ostraka und Papyri aus der Ramessidenzeit*) ј један том који садржи карте; Ar. Théodoridès, *Les textes juridiques*, у оквиру збирке »Textes et Langages de l'Egypte pharaonique«, 1974, стр. 21—32; M. Muszynski, *Le droit égyptien à travers la documentation grecque*, у оквиру зборника *Le Droit Egyptien Ancien* (Материјали које је објавио *Institut des Hautes Etudes* бриселског универзитета, 1974), стр. 163—179; R. Parant, *Recherches sur le droit pénal égyptien: Intention coupable et responsabilité pénale dans l'Egypte du IIe millénaire av. J.-C.*, у оквиру »Le droit égyptien ancien«. 1974. стр. 1—23; E. Bedell, *Criminal Law in the Egyptian Ramesside Period*, 1976; K. B. Goedecken, *Eine Betrachtung der inschriften des Meten im Rahmen der Sozialen und Rechtlichen Stellung von Privatleuten im ägyptischen Alten Reich*, 1976; Schafik Allam, *Le droit égyptien ancien: état de recherches et perspectives*, у оквиру *Z. äg. Spr.*, ЦВ, 1978, стр. 1—9; J. M. Kruchten, *Le Décret d'Horemheb* (превод и филолошки, граматички и правноисторијски коментар, дисертација, 1979).

⁴ Cf. Ar. Théodoridès, *Les Egyptiens anciens, »citoyens« ou »sujets de Pharaon«?*, RIDA (*Revue internationale des droits de l'antiquité*), 3. серија, XXX (1973), стр. 51—112 (нарочито in fine).

⁵ У погледу проблема да ли је било закона и законских зборника видети RIDA, XIV, 1967, стр. 107—152.

⁶ Упоредити G. Posener, *Littérature et Politique dans l'Egypte de la XIIe dynastie*, 1956, стр. 3: „Она (= бирократија у време старе династије) је представљала снагу мемфиског режима и, када је он био срушен, „Опомене“ говоре о томе како се народ побунио против администрације, уништавајући архиве, законске зборнике и јавне регистре.“

⁷ Уобичајено је да се на овај, не баш најбољи начин, (велики везир) преводи реч џати, који код Египћана представља поглавара целокупне централне администрације.

Али насупрот томе, има веома јаких разлога — иако је утисак релативно уопштен — да претпоставимо како је било јавног мњења.⁸ Сам фараон је указивао џатију на потребу да суди правично и пред јавношћу, јер у супротном људи неће моћи да кажу за њега? „То је човек“.⁹

Ми наслућујемо високу моралну садржину термина „човек“ коју подразумева ово мишљење, али не можемо да сазнамо његову стварну улогу, како се примењивала могућа санкција, ни какве је природе она била.¹⁰

У сваком случају, нема сумње да је било правила којих су се морали држати,¹¹ нарочито правила судског поступка,¹² што је била једна гаранција за странке.

Да ли треба подсетити да је период када је постојала приватна освета био давно превазиђен¹³ и да, с друге стране, није било „ордалија“ (божјих судова) у Египту¹⁴ ни талиона у правничком значењу речи, иако се таква идеја, узгред изражена, може наћи у религијским текстовима („ако дирате мој гроб, иста ствар ће бити учињена вашем гробу“).

Веома је важно испитати најопштија правила, начела.

У „декрету“ фараона Хоремхаба, нажалост врло оштећеном, који би, да није такав случај, могао да буде изванредан извор сазнања, суверен набраја преступе које су починили чланови његове администрације и наређује да се на њих примени закон. То није увек довољно прецизно, јер постоје нечитка места, али је битно да се у једној другој прилици фараон не позива на законе, јер ће почев од тог дана када он то говори деликт имати законе.¹⁵ Израз „почев од тог дана“ је од суштинског значаја: он на јасан начин ставља до знања да је за кажњавање потребан закон и да закон не допушта ретроактивност.

Принцип легалитета је у основи кажњавања и произвољност је искључена из правосуђа у долини Нила, бар у начелу. Не можемо тврдити да је увек тако било (историја има и своје узмаке!), али је то начело било освојено.

Исто тако не можемо са сигурношћу тврдити да се расправљало о кривичном праву као нечем супротном грађанском или управном праву, али можемо установити да се све одвијало као

⁸ Видети RIDA, XX (1973), стр. 60—66.

⁹ RIDA, XIV (1967), стр. 149.

¹⁰ RIDA, XIV, стр. 151; XX, стр. 111.

¹¹ То произилази из проучавања оног што се може сазнати о појму „закон“ у Египту (видети RIDA, XIV, стр. 107—152).

¹² Упореди, између осталих извора (од којих је најважнији онај документ познат под називом „Обавезе џатија“), Правна стела из Карнака, редови 12—15 и 27—28: „У складу је са одредбама права што је покренут поступак у његово име после његове смрти, ... јер џатијева канцеларија мора да ради у вези са тим сагласно одредбама закона.“ (RIDA, XXI, 1974, стр. 41).

¹³ Упореди: Schafik Allam, *Das Verfahrensrecht in der altägyptischen Arbeitsiedlung von Deir el-Medinah*, 1973.

¹⁴ Ar. Théodoridès, *Du prestige de la procédure oraculaire parmi le personnel de la nécropole thébaine sous Nouvel Empire*, у књизи *Acta Orientalia Belgica* I, *Correspondence d'Orient*, 10, 1966, стр. 185—200.

¹⁵ Видети тезу J.-M. Kruchten, *Le Décret d'Horemheb*, стр. 306—345.

да су постојале ове правне категорије, класификације извршених дела и њихова квалификација: грађанскоправна накнада се разликује од телесне казне у ужем смислу,¹⁶ која се опет разликује од дисциплинске казне.¹⁷

Кривичноправна казна тежи заштити друштвене групе и не бави се жртвом. Један писар упућује цатију записник са седнице суда састављеног од радника који чине *ad hoc* суд и то у првом делу,¹⁸ и, пошто је случај тежак, додаје, усвајајући стварно заповеднички тон:¹⁹ „Мој господар ће изрећи (на основу података записника који му је послат), овој жени која је украла оруђе наведеног радника) и кадионицу²⁰ (из наведеног храма) такву казну да више ниједна жена њене врсте не понови сличан деликт.“

У овом делу поступка или на основу тог поступка није реч о грађанскоправној накнади штете, иако исте судије могу да суде и у цивилној и у кривичној материји²¹ (као у Белгији што *Cour d'Assies* може да ради откад је установио цивилни одељак). Тако један дужник полаже заклетву на овај начин:²² „Ако му (тужиоцу) не исплатим крчаг (уља) од сада па до краја идућег месеца,²³ нека будем кажњен са сто удараца²⁴ и нека ми се крчаг рачуна двоструко.“

У неким случајевима примењена је само грађанскоправна накнада.

На основу оваквог стања правних институција можемо закључити да, у складу са нашим виђењем проблема, кривичноправни деликт је акт који одређује закон и који се кажњава на основу закона, будући да представља повреду закона. Испитује се учињено дело, при чему се посебна пажња посвећује прикупљања доказа да је дело учињено, али, ако је противправна радња установљена, само дело није довољно: потребно је установити да ли се може ставити на терет окривљеном.

¹⁶ Упореди: Schafik Allam, *Un droit pénal existait-il stricto sensu en Egypt pharaonique?*, у J. Eg. Arch. LXIV, 1978, стр. 65—68.

¹⁷ Видети: документ Обавезе цатија, 13—15 [= N. de Garis Davis, *The Tomb of Rekh-mi-re at Thebes, I*, 1943, стр. 91]. Превод је дат мало даље у примедби бр. 34.

¹⁸ Судски поступак у старом Египту делио се на два дела: у првом је у присуству странака утврђивано чињеничко стање, а у другом, без присуства странака, донешена је пресуда (прим. прев.).

¹⁹ Остракон Насх. I, V^o 12—13 [= Ar. Theodorides, *Les ouvriers — «magistrats» en Egypte à l'époque ramesside*, RIDA XVI, 1969, стр. 128—139; Shafik Allam, *Hieratische Ostraka und Papyri*, стр. 214—217; H. Bedell, *Criminal Law in the Egyptian Ramesside Period*].

²⁰ Може се установити да се „кадионица“ налази иза „алат“, будући да је као и алат украдени предмет. Не би се могло рећи да је присутна мисао о светорђу, већ само о крађи.

²¹ Упореди: Ar. Théodorides, *Les ouvriers-«magistrats»*... стр. 103—188.

²² Ostrakon Chicago 12.073 [= Schafik Allam, *Hieratische Ostraka und Papyri*..., стр. 73—76, и библиографија].

²³ У погледу „рока одлагања“ у сличним околностима вид.: Ar. Théodorides, *Les ouvriers-«magistrats»*... стр. 121—122, Schafik Allam, *L'apport des documents juridiques de Deir el-Medineh*, у књизи *Le droit égyptien ancien*, стр. 155 и сл.

²⁴ Помињање кривичне казне претходи помињању грађанскоправне санкције (RIDA, XVI, 1969, стр. 122 и примедба 70).

Учиницац је „појединац“, тј. искључиво он: он одговара ако има места одговорности, али не постоји кривична одговорност за другога и, у складу с тим, нема преношења кривичне одговорности.²⁵

У погледу грађанскоправне одговорности тужба може бити подигнута против наследника одговорне странке, а на другој страни син може наследити право на тужбу од оца (али не у кривичноправној материји).

Поред тога, учинилац, да би био одговоран, мора да дело учини свесно, што обухвата две нијансе: „Немојте ме кажњавати за дело, преклиње један делинквент, **нисам знао** шта сам урадио.“²⁶ Он није био свестан свог дела (у најмању руку то он тврди). У једном одређеном случају крађе у фараонској гробници, окривљени признаје да су се нашли у гробници да би крали: то је волунтаристички (хтели су) и интелектуалистички (знали су) аспект њиховог дела, али тврде да су „наишли“ „упали“ (случајно) у фараонову гробницу за коју су оптужени да су је покрали: по њима недостајао је волунтаристички елемент.

Свакако да они нису убедили судије, али је са гледишта теорије права важно да се почело водити рачуна о овим нијансама. Ти су појмови, дакле, постојали и психичко стање одговорних лица морало је бити предмет одговарајућих испитивања.²⁷

Да би у пракси дошло до примене ових елемената и кривичноправних последица које они могу изазвати, било је потребно спровести истражни поступак и расправу пред судом који доноси одлуку,²⁸ расправа која је била јавна и контрадикторна. Задатак је државног службеника да установи кривицу окривљеног, а уколико то не успе, онда ставља *ad acta* случај, пушта на слободу окривљеног или ослобађа кривице, што зависи од фазе у којој се поступак налази.²⁹ Примењује се акузаторни поступак. У суштини постоји „порота“, састављена од функционера. Али се подразумева да се јавна оптужба, коју заступа државни службеник, покреће на иницијативу оштећене странке или после доставе коју је извршило треће лице.³⁰

²⁵ Овакав закључак је произашао из подробних проучавања докумената под називом „пљачка гробница“ коју је извршио Robert Parant (Tomb-Robberies, издање Т. Е. Peet).

²⁶ Pap. Anastasi II, 10, 7 [= Ricardo Caminos, Late-Egyptian Macellaries, стр. 60].

²⁷ Pap. Amherst-Léopold II [= J. Capart, A. H. Gardinier, B. Van de Walle, New Light on the Ramesside Tomb-Robberies, у оквиру J. Eg. Arch, XXII, 1936, стр. 169 и сл.].

²⁸ Упућујемо нарочито на Pap. Abbot [= T. E. Peet, The Graet Tomb-Robberies..., стр. 28—45], у за грађанскоправну материју: A. Gardiner, The Inscription of Mes: A Contribution to the Study of Egyptian Judicial Procedure, 1905.

²⁹ Као што се то може видети у папирусима из групе „крађа гробница“. Додајмо ипак да према Роберту Паранту неки делови допуштају претпоставку да ово начело није имало апсолутни карактер и да се није увек примењивало (Recherches sur le droit pénal égyptien: Intention coupable et responsabilité pénale..., у оквиру Le Droit Egyptien Ancien, 1974, нарочито стр. 53—54).

³⁰ Упореди: Ar. Théodoridès, чланак у RIDA, XXIII, 1976, стр. 53 (поводом папируса Deir el-Medineh 27 = Shafik Allam, Hieratische Ostraka

Можемо утврдити да су судије располагале знатном слободом процеса доказа и то у складу са фараоновим упутством које овако гласи (и које доказује да се размишљало о правним нормама): „Настој да пресуђујеш све спорове у складу са одредбама закона и да судиш у свим споровима сагласно правичности која се на њих односи“.³¹ Другим речима, принцип правичности руководи и инспирише делатност судије.³²

На крају треба додати овим разматрањима, која имају велики значај за теорију и доктрину, да се понекад тражи поновно испитивање кривице пре доношења пресуде,³³ и да је чак било случајева да се, када је већ донета пресуда, њено извршење одложи. У том циљу морале су постојати судске картотеке, што потврђује један одломак из текста познатог под називом „Обавезе џатија“:³⁴

— „У погледу општег поступка џатија када председава суђењу на територији своје надлежности: ако ма ко није како треба обављао било коју своју дужност, велики везир (џати) треба да испита случај, а онај који са себе не отклони кривицу за дело које је учинио, пошто је (џати) размотрио околности,³⁵ биће уписан у регистар делинквената и затворен у велики затвор . . .

„Ако се његов случај појави још једном, (судска администрација) треба да саопшти и пренесе (обавештење) да се он налази (већ уписан) у регистар делинквената (уз) навођење разлога за који је уведен у тај списак, у складу са величином свог кривичног дела.“³⁶

Нема сумње да ми не располажемо ни правним зборником ни доктрином, већ инструкцијом или упутствима која даје фараон

und Papyri . . . , стр. 301—302): „Прељуба је прекршај који се кажњава, али мора бити пријављен, а онај који је пријавио сноси терет доказивања . . .“ Видети исто тако о овом тексту: Ar. Théodoridès, чланак у *Annuaire Institut Aoriental*, XXII, 1978, стр. 83—87.

³¹ RIDA, XIV, 1967, стр. 148.

³² Упоредити: Hatnub, 12, 14 (R. Anthes, *Die Felseninschriften von Hatnub*, стр. 29): „Ја сам (увек) судио примењујући на сваки спор његов *маат* (= његову правду), и радио тако да су обе странке одлазиле из суда задовољног срца.“

³³ Ar. Théodoridès, чланак у RIDA, XXIII, 1976, стр. 53: „Дешава се да се за овај акт (прељуба) не изриче казна, само се наређује да обећа да неће више то радити! Чека се да се поново учини деликт . . . Ово свечано обећање дато под заклетвом пред *knbt* (саветом) радника, који представља званични орган у насељу радника који раде на некрополи, наш човек није одржао. Чак је зачео дете са женом једног свог колеге. А овај, жртва која је била иувргнута руглу, није поднео тужбу. Али се тада појавио отац окривљеног који је оптужио свог сина. Мора да га је разбеснело понашање сопственог сина. Тако би се могло закључити да је било ко (?) могао да покрене поступак због дела прељубе, или, у најмању руку, не само повређени брачни друг, већ и други члан породице.“

³⁴ Обавезе џатија, 13—15 (= Davies, *The Tomb of Rekh-mi-re at Thebes*, стр. 91).

³⁵ У погледу „околности“ под којима је извршено дело види RIDA, VII, 1960, стр. 135.

³⁶ Упоредити: W. C. Hayes, *A Papyrus of the Late Middle Kingdom*, 1955, стр. 40.

великом везиру (џатију) приликом увођења у дужност овога, али и поред тога оне нису ништа мање корисне за анализу, јер се често у њима налазе подаци који се односе на теорију.

Разматрајући на крају појам једнакости, а посебно једнакости пред законом, ми углавном закључујемо да је данас услов једнакости начело законитости (легалитета). Изгледа да је у Египту предност била на страни начела једнакости, да је оно служило као камен темељац, као основ институција, у тој мери да бог сунца, које спада у највећа божанства Египта (у ствари реч је о фараону који осећа потребу да објашњава неједнакост) жели да отклони са себе кривицу због стварне неједнакости у економском и друштвеном положају, говорећи: „Ја сам људе учинио међусобно једнаким; њихово је срце (= воља) спречило примену мојих начела.“³⁷ (Подразумева се: и тако су настале неједнакости које налазимо у друштву).

Било како било, правда и репресивна правила су заиста, бар у праву, исти за све.³⁸

Ето неких општих разматрања о начела којима се руководила активност судова у време фараона.

Али је важно да дамо и нека подробнија објашњења у погледу тога која су дела проглашавана за недозвољена и, самим тим, за кажњива. Другим речима, даћемо преглед посебног дела кривичног права тог времена. У том циљу ми ћемо размотрити један документ који се не односи на кривичноправну теорију (имајући у виду да до данас такав није пронађен), а није ни документ судске праксе, који би нас учинио сведоком начина на који се одвијао кривични поступак.

Налазимо се на почетку 13. в. пре н. е. у друштвеној средини радника тебанске некрополе, у Горњем Египту, на западној обали Тебе. Административно говорећи, некропола се дели на два дела: леви и десни, а сваким од њих руководи један предрадник или шеф екипе, кога поставља џати и то је обично неки бивши радник.³⁹

Сакупљени у веће којим председава руководилац групе, радници су сви заједно „функционери — службеници“⁴⁰ и они предузимају, имајући у виду животне потребе некрополе, све потребне мере које имају било административни, било парнични,

³⁷ RIDA, XX, 1973, стр. 99—100.

³⁸ Ево шта дознајемо у том погледу од две личности из времена Старог царства: „... Никад нисам био батинан пред било којим службеником, све од мог рођења.“ (изгледа да је био лични саветник суверена: RIDA, XX, 1973, стр. 62: „Никад нисам био чуван (надгледан? затворен?), никад нисам био у затвору. У погледу свих ствари које су против мене изречене пред функционерима ја сам изашао у миру (= успешно сам се ослободио кривице), тако да је то пало на оне који су изrekli, јер сам ја био 'бео' у том погледу пред чиновницима а они су заиста говорили против мене (моји потказивачи) лажно ме оптужујући.“ (RIDA, XX, 1973, стр. 70).

³⁹ Видети Černý, A community of Workmen at Thebes in the Ramesside Period, 1973, стр. 121 и сл.

⁴⁰ RIDA, XVI, 1969, стр. 103—188.

нотаријални⁴¹ или судски карактер. Њихова овлашћења немају само занатски или задружни, корпоративни карактер, како би се на први поглед рекло, већ обухватају целокупан живот и делатност заједнице. Ова овлашћења су ипак ограничена када је реч о кривичном поступку; постоје случајеви у којима наши „функционери — службеници“ морају предати досијеа џатију, после претходног испитивања случаја.⁴²

Шта ће се десити ако овај руководиоца групе злоупотреби своје овлашћење и права и почне да терорише своје потчињене, које чине радници и њихове породице?

Показало се да је руководиоца по имену Панеб био један од оваквих, он је прави нитков, који се служи и луклавством и насиљем, а успева да не буде ухваћен на делу, све до дана када се један храбри радник усудио да се обрати џатију да би открио Панебове злоупотребе. Располажемо управо овом писменом представком;⁴³ њу је радник диктирао писару који је додељен административној служби некрополе, и који је исто тако био подређен власти двојице руководиоца који су управљали групама радника. Тако се пред нама нашао читава листа недопуштених дела. Радник на првом месту оптужује Пенаба за став, у најмању руку нехатан, према једном преминулом фараону који тек што је био сахрањен уз предвиђене обреде (Pap. Salt 124, 1, 4 sqq.).

Радник открива дела, додајући неке податке који као да су представљале отежавајуће околности, чега је он свестан, али које не одређује изричито, већ само, узгред, указује на чињенице.

Панеб је украо приликом сахране бројне ствари које су при погребу владара коришћене (1, 6 sqq.), а исто тако и понуде намењене владаревом погребном култу (1, 10 sqq.). То је једном урадио са толико бестидности да је сео на саркофаг у коме је био сахрањен фараон (који се у Египту сматра за бога) (1, 12).

Потребно је напоменути да су сва кривична дела саопштена као чињенице, као радње којима се крше правне норме, без икаквог другог указивања, посебно не на религијска правила, што је веома значајно. Некропола представља центар делатности радника и њиховог управника, али из тога наш радник не извлачи никакав коментар, сем можда успутних опаски, којим би истакао да је реч о делима која представљају светогрђе, не помиње употребу магије, нити изражава бојазан због тога, страх од злих духова, што је све супротно ономе што би се очекивало. Ниједном није поменуо неки акт који је проглашен за табу или неки који би претстављао нечист грех који би ваљало опрати посебним поступком.⁴⁴

Ништа од свега тога, само чињенице које су посматране са гледишта права.

⁴¹ Наунакхте, жена једног радника из тебанске некрополе, саставља свој тестамент пред локалним већем: RIDA XIII, 1966, стр. 31—70; Allam, Hieratische Ostraka... стр. 268—274.

⁴² Видети о томе: Ostrakon Nash 1 (Ar. Théodoridès, чланак у RIDA, XVI, 1969, стр. 128—139; Schafik Allam, нав. дело, стр. 214—217.

⁴³ J. Černý, чланак у J. Eg. Arch. XV, 1929, стр. 243—258; XLII—XLVI; Schafik Allam, нав. дело, стр. 281—287.

⁴⁴ Имали су реч да означе овај појам.

Тако је, према тексту, Панеб копао земљу у околини краљевске гробнице (1, 15). Мало даље ми дознајемо да је ово урадио како би се снабдео материјалом за сопствену гробницу (2, 6). То је учинио иако је пре тога положио заклетву, познату под називом »sedjefa-tery« (1, 16), која не представља судску заклетву, већ заклетву на административну лојалност.⁴⁵ Радници, а нарочито шеф групе, били су заклињани, део те заклетве односи се на инкриминисану радњу: „Нећу померити ни камен у близини места на коме је фараон“. То је било свечано обећање које се морало учинити, између осталих радњи, приликом увођења у дужност.

Владар се, дакле, помиње на првом месту, што је и разумљиво, јер је он на челу државе, још и бог. Али одмах затим (1, 17 sqq.), у исту групу дела — можда је само постојала разлика у санкцијама — убрајају се недела за која се оптужује Панеб, а која представљају његово понашање према имовини или личности обичних поданика, који живе у оквиру некрополе.

У тој групи малверзација је и крађа гуске која је била намењена за приношење на жртву погребним боговима једне фараонске принцезе (V^o 1, 11—12). На принцезу се не односи фараонова деификација, она није божанство. Оно што се тиче принцезе долази на другу листу деликата, не на прву, која је резервисана за фараона.

Панеб је ушао у три гробнице, наведено је у оптужби (1, 17) и обишао их „иако му нису припадале“. У том се састојао његов деликт, то је једино о чему говори документ, али он каже много, јер се тачно наводи да је са његове стране постојало непоштовање туђих ствари (то непоштовање је основ кривичног дела), ствари у погледу којих је постојала његова обавеза да их чува у оквиру некрополе. Његов акт је утолико тежи што је учињен, по свему судећи, за време службе, јер је потплатио једног писара из некрополе, који је био упознат са Панебовим прекршајима (1, 18).

Документ нам саопштава поред тога да је он често радио у друштву једног или више радника које је на тај начин приморавао да му служе у кршењу закона (1, 13—14; 2, 5—6; 2, 19). Другим речима, постао је вођа банде, што само може повећати његову одговорност, јер је одвраћао раднике од јавне службе (2, 10—11).

Гробнице о којима је напред било речи биле су можда недовршене и још празне, али мало даље (2, 22) помиње се гробница „над којом је била стела“ и која је, према томе, била заузета, што га није спречило да изврши светогрђе силаском у њу.

У гробници радника Нахмина (1, 2) присвојио је кревет и предмете који се доносе умрлом.

Ево примера за деликте у којима је изражено непоштовање личности.

Панеб је силовао жену једног радника (1, 19), а чак је прогањао (= претио) сопствену кћер (2, 19).

⁴⁵ Заклетва »sedjefa-tery« морала је садржати више клаузула или појединости које се односе на место и врсту активности: RIDA, XXII, 1975, стр. 105—106.

Он је силовао жену која је била супруга неког човека и једну жену „која је живела са“ једним радником (2, 2—3). Нису били битни друштвени положаји ових лица (ни жена ни мушараца), оно што је важно то је да је постојало непоштовање личности.

Панеб је „просуо жуч“ на радника Небнефера: он је грубо са њим поступио, а из текста, који иначе има празнина, произилази да му је издавао наређења на која није имао право или, у најмању руку, да му их је издавао недопуштеним тоном (1, 20—21).

Његово насилничко понашање ишло је дотле да је претио смрћу својим колегама, другим предрадницима (2, 21): „Напашћу те на планини и убићу те“ — усуђивао се да каже.

За време једне ноћне свечаности (отежавајућа околност?) он је почео да туче раднике и, пошто је сео на зид који окружује село, бацао је цигле на људе (1, 4—5).

Његово безумље га је довело до тога да је угрозио слободу верског култа и погребног култа једног радника и његове породице (1, 13—14):

„Он ме је приморао — објашњава тај радник — да му се закунем у погледу гробнице моје мајке и мог оца, и то овим речима „Нећу никад више у њих ући“ и послао је у село једног радника, који је по његовој наредби почев да виче, уз наређење: „Не допусти да било који члан породице или предрадник Небнефер буду виђени како одлазе да приносе жртве Амону, њиховом богу“ (1, 14—17). И — наставља текст — када су чланови те породице били виђени како долазе да принесу жртве, [они] . . . (празнина у тексту) . . . и они су се уплашили, а (он) је, тада, почео да баца камење на раднике из села.“

Овде смо нашли као деликте, у ширем смислу речи, поступке и ставове који су се састојали у непоштовању личности или у непоштовању туђих ствари. А ево и треће категорије: она се састоји у непоштовању постојећих установа. Предрадник, вођа групе, је у служби „фараона“, што је начин да се каже да је у служби државе. Он има под својом влашћу државне раднике које треба да користи ради службе фараону. А Панеб, као што смо видели, користи њихов рад у своје приватне сврхе (2, 5—6). Постоји злоупотреба државне радне снаге од стране једног функционера који за себе употребљава ову радну снагу. Панеб је наредио да се копа његова сопствена гробница радницима који су били задужени да копају фараонову гробницу и то у радно време.

Радник своју оптужбу износи опорим речима, али он каже оно што треба рећи: „Он пљачка место одређено за фараона!“ (2, 7).

Поред тога Панеб је преместио једног радника са послова на владаревој гробници и дао му задатак који спада у његов приватни посао: да цела два месеца храни његовог вола (2, 20). Радници су имали своје приватне ствари за разлику од „фараонових добара“ у која спадају алати.⁴⁶ Иако то не зна да изрази на један

⁴⁶ Упоредити: RIDA, XVI, 1969, стр. 29, примедба 103.

учен начин, већ то чини емпириски, радник — денунцијатор увек прави разлику између јавног и приватног права. То је врло јасно: не само што принуђује државне раднике да раде за њега, Панеб у том циљу користи „фараонов алат“. Овде се подразумева да није реч о личности шефа државе, већ о држави — разлика за коју су Египћани знали; то је њихов начин изражавања када желе да кажу „јавно добро“. На сличан начин, када се учини дар храму, каже се да се поклања богу тог храма, јер овај бог обезбеђује храму вечност: храм је правно лице које симболизује бог, а физичко лице може да га заступа на суду.

Ако се вратимо Панебу, ми дознајемо да је он узео крампове, мотике да би радио на **сопственој** гробници (2, 9). Између осталог, велико длето које је однео било је сломљено у његовој гробници, где није смело да буде употребљено (2, 13).

Исто тако је нестао велики крамп који служи за разбијање стена. Викало се како није „на свом месту“ и прошао је цео месец у његовом тражењу, а затим га је он донео и сакрио иза једног великог камена (1, 9—10). Кришом су га уходили да би то открили, али, када се то сазнало, он их је толико заплашио да нису смели да ишта предузму, све док радник није сакупио храброст да поднесе неумољив извештај великом везиру, џатију.

И то још није све.

Он је претио претходном предраднику, који се звао Неферхотеп, иако је, како нас обавештава документ, овај њега „подигао“ (2, 14 sqq.). Ми не знамо како је изгледало то обучавање, али наш радник скреће пажњу на ово понашање као на отежавајућу околност: сурови Панеб не зна за захвалност коју би човек с правом очекивао у сличним условима.

Заплашени Неферхотеп се затворио у своју кућу, али је Панеб развалио врата,⁴⁷ па су постављени људи да чувају Неферхотепа, јер је Панеб отворено изјавио „Убићу га ноћу“ и претукао је девет људи те ноћи (2, 16). Неферхотеп се бранио употребљавајући законом дозвољена средства и не прибегавајући насиљу (2, 17—18). Он је пријавио Панеба џатију; овај је дошао да извиди ствар и, пошто је сазнао за Панебова недела, осудио га је и лично извршио казну батињања (2, 18).⁴⁸

Џати је, пошто размотри и пресуди неки случај, имао право да изрекне казну до одређене величине, та казна може бити телесна, али је он сам не извршава.⁴⁹ Изгледа да је Панеб оптужио фараону џатија за злоупотребу власти која је извршена тиме што га је лично истукао. Изгледа да је прекршај правила поступка био тежак — џати је био смењен са дужности! То је нешто што би се тешко могло очекивати“.

⁴⁷ Пошто му се то ставља на терет, може се закључити да је постојало правило о неповредивости стана.

⁴⁸ Видети такође нпр. *Ostrakon Deir el-Medineh*, 148, уз анализу коју је дао Louis — A. Christophe, *B. Inst. Fr. Arch. du Caire* LII, 1953, стр. 113—144.

⁴⁹ Упоредити: *Ag. Théodoridès*, чланак у *Annuaire Institut Oriental*, XXII, 1978, стр. 84, примедба 57.

И Панеб је наставио са својим неделима. Пошто је у међувремену постао предрадикал (вођа групе радника), он је изговорио заклетву против ранијег џатија која је била прави изазов (1, 6—7): „Ако џати још не буде чуо о мени, сада када је уклоњен са дужности, нека се ја, шеф радника, претворим у камен“.⁵⁰

Он је наставио да прогони џатија и оптужује га како је опљачкао гробницу (1, 7—8).

Радник који преноси његове речи пуне увреда и мржње, додаје: „А он не престаје са својим погрдним клеветама“ (1, 7—8). Ми смо принуђени, филолошки, да преведемо египатски термин »kher-peti« са „погрдне“ (клевете), али није искључено да она служи како би се означило одређено кривично дело, различито од клевете јавног службеника, будући да велики везир, пошто је отпуштен из службе, не представља више функционера.

Исти радник закључује своју писмену оптужбу речима које сведоче да он има на уму представу о редоследу којим пише и јасну мисао о моралној оправданости права (2, 1): „И тако он није уопште достојан, (имајући у виду његово понашање) своје функције (коју обавља у некрополи). А ипак он (Панеб) живи у благостању, он који је зао тако да убија људе да би их спречио да поднесу пријаву фараону.“ (2, 2—5).

Ми схватамо документарну вредност овог акта: она нас обавештава о смислу права у пракси, његовој организацији, он нам пружа увид у неке изузетне видове судског поступка. То је исечак из истинског живота, и да би овако ствари стојале морала су се поштовати нека правна правила која можемо открити и која су важна за историју кривичног права.

Дознајемо да се сматра супротним праву сваки поступак који иде на уштрб поштовања које се дугује личности и личним добрима, било да је реч о физичким или о правним лицима.

Занимљиво је установити да су постојали начини да се појединац обрати за заштиту правде; радник је могао, мимо свог шефа, да се обрати министарству правде, врховном административном органу кога представља џати, ако не и лично суверену, тј. фараону.

Папирус Salt 124 је веома користан за анализу и са гледишта форме и суштине. Он дозвољава да се илуструје тема која је на дневном реду овог симпозијума SIDA (Међународно удружење за историју античких права), дајући нам кратак преглед противправних дела, а исто тако и начина на који су сузбијана ова дела у фараонском друштву. Закључујући не можемо а да не поновимо да је једна карактеристика египатске цивилизације било осећање човечности.

(Превод О. С.)

Аристид Теодоридес

⁵⁰ То произилази из лепе књиге Жака Пирена (Jacques Pirenne), *Histoire de la civilisation de l'Egypte ancienne*, 3 тома, 1961—1963 passim и закључак.

LE DROIT PENAL ET LES ACTES ILLICITES DANS L'ANCIENNE EGYPTÉ

— Résumé —

Il s'agit de la communication que le dr Théodorides a présentée au Congrès des historiens des droits antiques qui s'est tenu en septembre 1978 à Ankara.

Le propos de l'auteur est de démontrer que, contrairement à des idées préconçues fortement ancrées, de nombreuses institutions du droit pénal contemporain remontent aux droits antiques et surtout à celui de l'Egypte. Bien que l'on n'ait découvert ni loi, ni code, on peut conclure à l'existence d'un certain ordre. On peut même dire que le principe de légalité existait dans le droit pénal.

La principale source l'informations est constituée par des instructions délivrées par le pharaon et par une lettre accusatrice dictée au scribe par un ouvrier pour en appeler au pharaon contre toute une série d'abus et de délits pénaux commis par un chef d'équipe dans une nécropole. Il ressort de ces documents que l'on tenait compte dans une certaine mesure de la culpabilité, car dans plusieurs cas les inculpés se défendent et tentent de se justifier en invoquant leur «ignorance». Lors du procès on établissait une distinction entre la procédure civile et la procédure pénale (bien que les organes fussent les mêmes). Les juges étaient tenus d'apprécier les preuves et de statuer conformément à la justice. Les documents en question ne permettent pas de conclure que l'on appliquait une procédure différente ou des sanctions différentes selon que les accusés appartenaient à diverses couches sociales. L'auteur constate en terminant que le sentiment d'humanisme était une des caractéristiques du droit égyptien.

О ЈЕДНОМ ЗАБОРАВЉЕНОМ ПРЕВОДУ ЈУСТИНИЈАНОВИХ ИНСТИТУЦИЈА

(Михаило Радовановић: Јустинијанове институције, Београд, 1864)

Михаило Радовановић, „канцелиста у Министерству правде и члан Друштва србске словесности“, објавио је 1864. године превод Јустинијанових институција („превео и са нужним објашњавајућим приметбама пропратио“). Ова књига је прошла готово незапажено у нашој правној и општој културној историји и библиографији. А по свему она заслужује пажњу. Најпре по томе што је неочекивана појава превода једног дела Јустинијановог корпуса у држави која још увек има статус вазалне кнежевине и у народу који се тек извукао из анонимности и буџака европске историје. Србија још нема прави универзитет ни неки шири круг читалаца за литературу ове врсте.

У Србији под Турцима било је нешто образованих институција, приватног карактера и на нивоу основних школа. Другачије је било у Војводини, где постоје и праве гимназије већ у 18. веку. После ослобођења од Турака почиње нагло да се развија школство, али још увек има приватни карактер. Често се цело особље школе сводило на једног учитеља, који није имао никакве формалне квалификације осим писмености. Милош је издао 1833. године „Устав народни школа у Књажеству Србији“, а три године касније и „План за школе како имају постојати“. Тиме се није изменио приватни карактер ових школа, само што је држава у настајању смтарала да је њихова делатност толико значајна да не може остати ван контроле.

Док су још трајале борбе за ослобођење, основана је у Београду 1808. Велика школа, вероватно на предлог бившег професора Карловачке гимназије Ивана Југовића и Доситеја Обрадовића. Ова институција била је нешто између гимназије и више школе: школовање свршених ученика основне школе трајало је три године, од којих су прве две биле на гимназијском нивоу, а трећа организована нешто амбициозније. У ову школу су долазили „ота-

чествени синови" да би се спремали за чиновнике и офицере. Слом устаничке државе довео је до престанка рада Велике школе 1813. године. Велика школа је поново отворена 1830. у Београду да би три године касније била премештена у Крагујевац.¹ Године 1835. настава се продужује са три на четири године и ова школа добија назив гимназије. Године 1838. школовање се продужује за још једну годину и, на предлог министра (попечитеља) просвете, „да се досадашња гимназија на степен лицеума возвиси“, добија назив Лицеја. Следеће године Лицеј је одвојен од гимназије. Док је обухватао и гимназију настава је била организована тако да су прве три године носиле назив „граматикална класа“ (по угледу на друге европске земље које су се инспирисале античким називима), а четврти и пети разред су претежно посвећени хуманитарним наукама и носили су назив „класа човечности“. У осамостаљеном Лицеју најпре је постојао само философски одсек.

Већ на првој Великој школи, основаној 1808. у Београду, у време када су њени ученици били Вук Караџић, Лазар Арсенијевић-Баталана и други, предавани су и правни предмети: Природно право, које је обухватало и елементе римског права, затим Међународно право, Државно право и Кривични судски поступак („начин суђења криминалног“). На Лицеју су, такође, предаване правне дисциплине, што је и разумљиво имајући у виду да је основни циљ ове школске институције био стварање чиновничког кадра за нову државу. Од 1840. почиње да ради правословно одељење Лицеја, поред већ постојећег философског одсека. Изгледа да су испрва студије на два одсека биле кумулативне, тј. кандидати би по завршеном философском одељењу (где су већ учили Природно право), настављали студије на правном одељењу, а на оба одељења настава је трајала по две године. Тек када заврши и правни одсек, сматра се да је уписани студент дипломирао. Године 1849. настава на правном одељењу продужена је на три године и уведени су поред постојећих предмета (на првој години: Природно право, Полиција, Народна економија и финансије, Статистика, Јавно право, Православно канонско право и француски језик; на другој години: Грађанско право, Кривично (криминално) право, Грађански судски поступак, Кривични судски поступак, Основе међу-

¹ Од 1818. године, када је кнез Милош пренео из Црнуће своју канцеларију у Крагујевац, овај град се сматра главним градом Србије. Ту је 1834. пренета и штампарија из Београда, исте године основано је прво позориште Србије, „Књажевско-србски театар“, а две године касније и Библиотека уз крагујевачки лицеј, од које је настала Народна библиотека. Природно је што су устаници изабрали Крагујевац, који је близу географског центра ослобођене територије, а зазирали од Београда, у коме је проценат српског становништва био мањи и који се налази на самој ивици државе. Тек су 1841. године превладали други разлози и престоница се сели у Београд, што је изазвало и премештање већег броја културних институција, између осталих и Лицеја. До 1818. године Србија је имала престоницу са једним од најнеприроднијих положаја, чији су делови били доступни не само непријатељској артиљерији, већ и пушчаним мецима. Урбанизам и менталитет Београђана још увек носи трагове овог положаја. То је и главни разлог што Београд није „сишао на своје обале“ које су се некад пружале уз саму границу са једном моћном непријатељском царвином.

народног јавног права („право јавно народа положително“) и нови предмети: Административно право и Римско право (Јустинијанови институти и скраћена Јустинијанова пандекта). Тако је ове, 1849. године, први пут уведена настава Римског права на правном одељењу Лицеја, који је осам година раније премештен из Крагујевца у Београд. Годину дана пре објављивања превода Јустинијанових институција, 1863. изгласан је Закон о устројству Велике школе (Академије), и ранија одељења добијају статус факултета, с тим, што је, поред Правног и Философског, основан и Технички факултет.

Занимљиво је да је у Србији прва државна високошколска установа основана пре државних основних школа, које настају тек 1835. Изгледа да су се већ тада испојиле неке особине менталитета које и данас постоје. Тако смо при врху европске листе и по броју студената и по проценту неписмених.

На Лицеју је, као што смо видели, настава Римског права почела десет година по оснивању правног одељења. Године 1850. постављен је Рајко Лешјанин за професора овог предмета који обухвата Јустинијанове Институције и основе Дигеста. Гајеве Институције, откривене 1816. у Верони и први пут објављене 1820.² биле су још недовољно прихваћена новина. И пола века касније, Лујо Бакотић, иако је већ постојао овај превод, поново се латио превода Јустинијанових институција. Код Срба се Гај појавио тек 1939, готово сто година после Јустинијана, када је Ђисаловић објавио превод прве две књиге институција. Вероватно су пандентистичка традиција и један уходан приступ римском праву условиле ову неоправдану предност Јустинијана над Гајем.

Првих година Лешјанин је предавао само Институције, што му је главни инспектор школе, Платон Симоновић, замерио: „Већ трећу годину студија предају се само само институције, иако су само део римског права, а мисли ли професор Лешјанин да се предавање само дела неке науке може назвати науком и заменити науку?“³ Лешјанин, који је овако поступио из нужде, јер није успео да припреми уџбеник који би обухватио цео програм, правдао се како се тако ради и на немачким универзитетима, у Лондону и Будиму.⁴

Лешјанин је објавио 1857. године уџбеник Институције Јустинијановог римског права.⁵ У предговору аутор наводи да је писању књиге приступио да би уштедео труд „лицејским слушатељима права“ који су морали да хватају белешке. Требало је да у оквиру књиге буду и неки латински текстови, изводи из Јустинијановог корпуса, али је ово изостало, можда због великог обима књиге, која је и без ових текстова обухватала 550 страница. Тако долазимо до могућег мотива Михаила Радовановића. Вероватно је он и приступио

² Göschen, *Gaii Institutionum commentarii IV*, Берлин, 1820.

³ Према раду Снежане Станојевић, *Настава римског права у историји Правног факултета у Београду*, Београд, 1974, стр. 6—7 (наградни темат из фонда „Алберта Вајса“).

⁴ Ibidem.

⁵ Ortolan, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, седмо издање, Париз, 1863, (vol. I—III).

превођењу Јустинијанових институција да би употпунио ову празнину и да би студентима пружио могућност коришћења оригиналних латинских текстова са преводом. Већ својим изгледом овај превод указује на везу са Лешјаниновим уџбеником: обе књиге су штампане у истој штампарији, истим слогом, чак је и повез исти. Једино је Радовановићева књига нешто мањег обима. Да је књига намењена школским потребама сведочи и белешка на репринту насловне стране: „Прегледала и одобрила школска комисија“, а исту белешку имају и Лешјанинове Институције. Према томе, ова књига је замишљена као нека врста практикума за предмет Римско право.

Превод је објављен оне исте, 1864. године, када је Вук Караџић преминуо. Већ пре тога почео је народни језик да потискује славеносербски, српскословенски и остале језичке мастодонте, али је тек четири године касније, после огорченог отпора, 14. марта 1868. коначно тријумфовао Вуков језик и правопис. Тако је и ова књига штампана једним језиком, који је лексички и граматички доста близак народном, али је користио тврд знак, слова Ј, Ју, Э и остале друге баласте прошлости. Слични језик користи и Лешјанинов уџбеник.

У предговору Радовановић даје кратку историју римских кодификација, задржавајући се нешто више на Јустинијановом корпусу. „Ја ћу укратко изложити Јустинјанов правословниј рад, нешто по г. Ортолану, а нешто по г. Лагранжу“. Не само у писању предговора, већ и у самом преводу са латинског, вероватно се Радовановић користио француском верзијом институције ове двојице аутора, а нарочито Ортолана, чије је седмо издање Институција изашло из штампе годину дана пре Радовановићевог превода. Уосталом, први наслов Ортоланове књиге управо гласи: Историја римског законодавства (*Histoire de la législation romaine*), с тим што је ова историја изложена на 391 страници, док јој Радовановић посвећује само шест страница. Када говори о Дигестама, Радовановић преузима Ортоланову, у суштини неосновану тврдњу, како је комисији био остављен рок од десет година и како је посао обављен за три године, али је „та хитња шкодила послу“.⁶ У то време није било још познато Блумеово објашњење начина на који је овако обиман посао за релативно кратко време био завршен (деоба на три поткомисије)?

Под утицајем својих аутора и тада владајућих схватања историјско-правне школе, интервенције Јустинијанових компилатора назива „осакаћења“, али упркос томе у њима налази „ону вештину у разлагању и она дивна логична изведенија, која су начинила од римског права правословства најподпунији и најпааметнији склоп науке“.⁸ Поред тога, одаје признање хришћанским владарима што су тим изменама унели начела блажности и правичности, које су искључивале старе установе.⁹

⁶ Ортолан, по. цит. стр. 373: *Cette rapidité pour un travail immense dut nuire à sa perfection.*

⁷ Иако је и Ортолану и Радовановићу требало бити познато Блумеово (*Bluhme*) објашњење, који је свој чланак објавио већ 1820. (*Zeits, der Savigny St. R. A. 1820, IV*).

⁸ Радовановић, н. дело, стр. 6.

⁹ *Ibidem.*

У недоумици да ли да само превод или и латински текст — ово друго је боље, али поскупљује књигу — Радовановић се поделио за једно средње решење: он је превео цео текст, а од латинског је преузео један део. Задржао је у оригиналу само оно што је оценио као најважније, у првом реду фрагменте који имају карактер сентенци и оне који се чешће цитирају. На тај начин је успео да обим књиге сведе на 293 стране формата 12 x 18 цм. а да обухвати цео превод, део латинског оригинала, са нешто коментара и фуснота, као и уводних шест страница.

У оцени ове књиге ми, наравно, не можемо поћи од данашњих мерила. Радовановић је стајао пред бројним тешкоћама које је наметао неизграђени језик и одсуство стручних термина. У то време постоји Лазаревићев Кривични законик, Хаџићев Грађански законик, нешто кнежевих наредби и закона и један необиман уставни текст. Сетимо се само да је Јован Хаџић, који се под псеудонимом Милош Светић бавио књижевношћу, био љути Вуков противник и ма ду је језик доста далеко од народног говора. Седам година раније Лешјанин је објавио свој уџбеник, што је у доброј мери помогло Радовановићу иако се он није држао свих решења која налазимо у Лешјаниновој књизи. Већ се у наслову запажа разлика: оно што Лешјанин назива „институције“, за Радовановића остају „институције“, што је ближе оригиналу. Често је преводилац морао да се сналази како зна и уме и да ствара нове термине. Отуда је књига драгоцено сведочанство о развоју језика и правне терминологије.

У неким случајевима, када није успевао да нађе нашу реч, Радовановић је остављао оригиналан назив: *talio*, *manumissio*, *res religiosae*. Када није био сигуран да је нашао прави израз, остављао је поред њега и латински, обично у загради. Тако је наслов *De vulgari substitutione* превео: **О простој замени (субституцији)** (стр. 112). То је прихватљив начин, који је и данас у употреби. Већ тада су уведени неки правни појмови којима се још увек служимо, иако нису увек најсрећније пронађени: **ортанлук** (турска реч), **плодоуживање** за *ususfructus* (што студенте прве године наведе на погрешан закључак да се право састоји у „уживању плодова“). За начин обезбеђења употребљен је назив **јемство**, што се до данас задржало. Више би одговарало духу језика **јемчење**; именице на **-ство** обично означавају неки збирни појам (братство, племство, руководство). Легати су преведени са „испоруке“ (стр. 126), али то није касније прихваћено, као ни **обитавање** за *habitatio* (стр. 79), што је преузео од Лешјанина (стр. 327 Институција). У неуспеле изразе можемо убројити: **застарелост** за *usucapio* (уместо **одржај**), **дуговремено притежавање** за *longi temporis praescriptio* (ни данас немамо одговарајући назив). Облигација је **обвезност**, облик који је у Хрватској преовладао и који је **сница** М. Константиновића покушала да уведе као заједнички термин (нешто измењен: **обвеза**).

Сада архаично звучи: **варошни** (уместо градски) претор и перфект, **Алинци** за становнике Атине (стр. 14), **плебска наредба** (стр. 13) за плебисцит, **закључење сената** за *senatus consultum* (стр. 13).

Exceptio је преведено са **противставна**, што је занимљив покушај, али га је потиснуо **приговор**. Тешко је прихватити и превод наслова четврте књиге: **О обвезностима које настају по кривици** (*De obligationibus quae ex delicto nascuntur*). Кривица је само елемент деликта у систему субјективне одговорности. Нажалост, до данас нисмо успели да нађемо реч која би успешно заменила латински *delictum*. Као што није пронађен превод речи *privatus*. За *publicus* имамо **јавно, јавни**. Такав случај није у другим словенским језицима. Руси и Бугари имају — **частно** (частно право — приватно право).

Изрази **двогубо, четворогубо** за *duplum* и *quadruplum* нису лоше нађено (стр. 233), али су више успеха имали: **двоструко, четвороструко**. Облигације *quasi ex contractu, quasi ex delicto* преведено су доста добро: **обвезности као по уговору, као по кривици**. Међутим, ни овај превод није прихваћен и данас употребљавамо оригиналне називе: **квазиконтракти** и **квазиделикти**.

Ако упоредимо језик и терминологију ове књиге са Лешјаниновим уџбеником, видећемо много подударности, што се може и очекивати. Али одсуство устаљене терминологије и изазов експериментисања довели су до неких разлика. Неке од ових иду на штету Радовановића. Тако је облигације *ex delicto* Лешјанин боље превео: **обвезателства по кривици, из недозвољени дела** (стр. 427). Радовановић задржао архаично писање: **отчинска власт**, док је већ Лешјанин прихватио: **очинска власт**. У неким другим погледима Радовановић је био савременији: **статистина** (уместо: штатистика), **институција** (уместо: инштитуција). У овом погледу је Лешјанин ближи немачком начину изговарања, а Радовановић француским узорима.

Имајући у виду време у коме је настао, превод је доста добар. Вероватно је, као што је већ напоменуто, да се у превођењу с латинског аутор испомагао француским преводима, као што је, по сопственом признању, за преглед историје Јустинијановог „правословног рада“, користио Ортолана и Лагранжа.¹⁰ Понека грешка, наравно, може се наћи. *Peraeque* на стр. 14 требало је превести **подједнако**, а не **готово**. *Testamentum iure non fecit* (Inst. 3, 1, 1) треба да значи: **неважећи тестамент, непунованан тестамент, а не: тестамент који није важан** (sic!). Каузу понегде Радовановић преводи за **узрок**, иако би требало да стоји: **основ**. Тако на страни 83 говори о **лажном узроку** (*falsa causa*).

Доста је крупан недостатак књиге што нема, не само регистар, већ ни садржај. Лешјанинов уџбеник има и садржај (иза предговора!), а поред тога на крају књиге налазимо „стварниј регистер“.

Словослагачи и коректори имали су тежак задатак. Требало је сложити не само српску, уствари словеносрпску ћирилицу, већ и латиницу, па и нешто грчког алфабета. Употребљен је гармонд на цицero за оригинал и превод, док су примедбе штампане пети-том. Има недоследности у писању латинског *i*. Тако налазимо час *ius*, час *jus* — овај други начин је доста чест код Француза. У целини гледано, књига нема много грешака. Могло би се рећи да у

¹⁰ Радовановић, н. дело, стр. 1.

типографском погледу није далеко од данашњег нивоа ове врсте књига.

Књига је, по свему судећи, једно време служила као приручник студентима за Римско право, У **Правној библиографији** Гојка Никетића из 1907. налазимо је на страни 80. Касније, међутим, она се све више губи. Новији превод Јустинијанових институција, потпуно у духу Вукове језичке реформе, који је дао Лујо Бако-тић 1905. године, а који Никетић није стигао да уврсти у своју библиографију, иако је ова изашла из штампе 1907, потиснуо је Радовановићеву књигу. У Правној библиографији Института за упо-редно право из 1959. године не помиње се више овај први превод једног античког правног текста у нас. А и романисти су га забо-равили: ниједан уџбеник, предговор нити преглед литературе но-вијег доба га не помиње.

У сваком случају, превод Јустинијанових институција, који са-држи и део оригиналног текста на латинском, у једној земљи у којој преовлађују неписмени, у којој је школство, и основно и више, тек у повоју, у време када се тек почиње умашћена хартија на прозорима замењивати стаклом, и то у имућнијим кућама, и када још по градовима постоје гарнизони турске војске, представ-ља самим својим постојањем, а и нивоом превода и штампе, једно пријатно изненађење. Зато смо, одазивајући се позиву Правног факултета у Крагујевцу, граду где је зачето високо школство Србије, сматрали да је потребно извући из заборава рад Михаила Радовановића.

Обрад Станојевић

UNE TRADUCTION OUBLIEE DES INSTITUTES DE JUSTINIEN

— Résumé —

Le texte est consacré à la traduction des Institutes de Justinien, publiée en 1864 à Belgrade par Mihailo Radovanović, greffier au Ministère de la justice et membre de la société littéraire «Društvo srbske slovesnosti». La parution de l'ouvrage avait de quoi suprendre dans un pays qui venait de s'affranchir de la domination turque et où de rares établis-sements supérieurs n'existaient que depuis une vingtaine d'années. Son auteur utilisa l'ancienne orthographe car la réforme dans l'esprit de la langue populaire préconisée par Vuk Karadžić n'avait pas encore été adoptée. Il s'agissait vrai semblablement d'un manuel de Droit romain: l'autorisation d'imprimer accordée par la Commission scolaire figure en effet sur la couverture. Lujo Bakotić ayant fait en 1905 une traduction dans l'esprit de la réforme de Vuk Karadžić, celle de Radovanović finit par être retirée et oubliée. C'est cependant un intéressant document d'une époque où la terminologie n'était pas encore élaborée et fixée. L'auteur avait été obligé de créer parfois des termes nouveaux — souvent avec bonheur — pour traduire du latin vers le serbe. Il semble s'être aidé des «Institutes de Justinien» publiées un an auparavant (1863) par Ortolan à Paris. On retrouve du reste dans la préface certaines idées de cet auteur, idées qui dominaient à l'époque.

О ИЗВОРИМА ПРАВА

(Коркунов, Рененкампф, Трубецки, Шершењевич,
Чижов, Регелсбергер, Петранички, Тарановски, Гурвич)

Назив извори права (*fontes iuris*, *Rechtsquelle*, *sources du droit*, *sources of law*, *источники права*) одавно је стекао право грађанства у правној науци. Први га је, како наводе извесни проучаваоци овог веома сложеног питања — основе целокупних правних студија, и великог не само теоретског, него и практичног значаја, употребио Titus Livius, који је у својој Римској историји Законе XII таблица назвао извором читавог јавног и приватног права (*fons omnis publici privatique iuris*). Међутим, у схватању и употреби овог назива нема јединства. Да би се видело како то и конкретно изгледа, у овом напису смо себи ставили у задатак да проучимо односна места у извесних правних великана последњих деценија XIX и првих деценија XX века, поготову оних чија дела су тешко доступна нашем читаоцу, да бисмо на крају, осетивши сложеност овог питања, дали и свој општи закључак.

Коркунов у Лекцијама опште теорије права (Н. М. Коркуновъ: Лекции по общей теории права. Издание четвертое. С.-Петербургъ 1897) истиче да се форме објективирања правних норми, које служе као обележја њихове обавезности у датом друштву и у дато време, називају изворима права (вид. стр. 283). Ове треба разликовати од изворâ спознаје права (вид. стр. 283) и изворâ као сила, које творе право (вид. стр. 284).

Рененкампф у Огледима правне енциклопедије (Н. К. Ренненкампфъ: Очерки юридической энциклопедии. Издание второе, исправленное и дополненное. Киевъ, 1880), говорећи о формама права (спољној или објективној страни права), истиче да се главне форме у којима се испољава и развија спољне или објективно право — обичајно право и закон, називају такође изворима права, „што није потпуно тачно, зато што су извори права органи, силе, које стварају право. Изворима права оне могу бити назване само у смислу

извора спознаје права. Форме права чине веома важно питање, зато што је одређена форма један од неопходних услова права. Пропис или захтев само тада има правни значај, када је исказан у форми права“ (при том се аутор позива на Аренса, стр. 67; подвукао Т. П.). Иначе кад излаже конкретне форме права, не задржава се само на пом. двома, него говори и о: праву правника, као посебној форми права, другостепеним и допунским формама права: статусно право, судска решења, одређивање приватних лица, праведност.

Исти овај аутор у Правној енциклопедији (Н. К. Ренненкампфъ: Юридическая энциклопедія, Київъ, 1889) утврђује четири различита значења у којима се употребљава израз извори права: 1. силе, основе, узроци који производе право, 2. извори спознаје права, тј. акти, споменици, документи, законодавни, историјски споменици, из којих је могуће поцрпсти знања о решењима права, 3. у субјективном смислу — факти и услови, с којима се сједињује стицање права, 4. у техничком смислу — форме у којима се образује и дејствује право.

И овде он говори о двома главним формама права — обичајно право и закон, али и помоћним, другостепеним формама: административне одлуке и аутономни статuti, правила, разрађујући детаљно сваку од овде побројаних форми, али и ове: судска пракса и право правника.

Трубецки у Енциклопедији права (Кн. Е. Н. Трубецкой: Энциклопедія права, Москва, 1908) примећује да је тешко сложити се с мишљењем Ренненкампфа, који под извором права схвата силе, узроке, који образују право: норме позитивног права су резултат узajамног дејства сложене (све)укупности историјских узрока, и само за неке од њих је у науци усвојен овај назив. „Под овим термином у науци права треба разумети нипошто не оне узроке, који сванако утичу на садржај правних норми, већ само оне управо узроке или силе, који саопштавају овим или оним правилима значај правних норми, тј. условљавају собом њихову обавезност“ (стр. 92). Обавезност норми позитивног права условљава се увек неким друштвеним ауторитетом, за разлику од норми природног права, чија се обавезност условљава захтевима разума (вид. стр. 90, 93). Већ одавде је јасно да је по Трубецком друштвени ауторитет основни извор сваког позитивног права (законодавац оличава ауторитет одређеног савеза, одређеног друштва људи, обичај који се дуго времена врши испољава ауторитет целе друштвене средине, која му се потчињава). „Закон, обичај и прецедент заслужују назив извора права само у својству начина испољавања друштвеног ауторитета“ (стр. 93).

Трубецки сматра да од извора права треба разликовати изворе науке о праву или изворе наше спознаје о праву (зборници, издати од стране ових или оних државних органа или приватних лица, историјски споменици, научна дела).

Интересантно је напоменути да Трубецки при разматрању појединих извора права (и допунских) почиње од прецедента као најстарије, али и у науци најспорније форме, и да на обичај гледа као

на множински прецедент, тј. прецедент који се много пута поновио (вид. стр. 97).

Шершеневич сматра да под именом изворâ права треба разумети форме изражавања позитивног права, које имају значај обавезних средстава упознавања с важећим правом (обичајно право и закон; судска пракса и наука права, које су играле некада улогу изворâ права, а прва и до данас у Енглеској, не могу се таквима сматрати, јер упознавање с правом кроз њих не одговара обележју обавезности). У овом значењу извори права се разликују од: а) сила које производе право — народне правне свести и законодавне власти, б) историјских споменика, који су у своје време имали значај изворâ права, а сада сачували само историјски значај, као средство научне спознаје ранијег права, в) материјала, (по)стављеног у основ закона (вид. Г. Ф. Шершеневичъ: Учебникъ русскаго гражданскаго права. Десятое изданіе. Москва, 1912, стр. 40—41).

Чизов је у белешци уз план дела Извор и форме права (Н. Чижов. Источник и формы права I, Варшава, 1878) записао: „Право, као духовно-морална сила, таји се унутар личног живота, а развија се и делује у народној средини. Да би било доступно смислу и осећању људи, оно се облачи у одговарајуће форме. На форму права је нужно гледати, као на средство појављивања права у средини спољних односа људи међу собом, као на „телесност“ права међу овим односима.

Форми, у којима право представља себе у стварности, у средини спољних односа људи међу собом, има две: обичај и закон.

Појам форме права налази се у тесној вези с појмом извора садржаја, који пуни правне форме (говорећи друкчије, с појмом извора права). Под извором права подразумевамо корен, од којег се разграђава право; узрок услед којег се појављује право у овој или оној форми. (Једном) речју — извор права, по нашем мишљењу, је начело које производи право“ (стр. II — III).

Овај писац, дакле, прави разлику између форме права и извора права, истичући да се појам форме права налази у тесној вези с појмом извора садржаја, који пуни правне форме...

При (раз)решењу питања о извору права, Чизов разабера духовну природу човека (њене законе), као таквог, као конкретног, стварног произвођача права, сматрајући друштво, државу само средином, у којој живи створено право. Снагу која производи право иште у субјекту, у његовом духу, а не у спољној средини која га изражава (природи, Богу, социјалним организмима). Затвара се, или верује да се затвара, у радионицу права (у дубину природе личности) и посматра на који начин она кроз саморазвитак и усавршавање одређује, усваја право, долази до истинског извора права. Узима на себе смелост да покаже да је личност (раз)решавала ово питање по мери свести саме себе.¹ Осим тога, кроз све његово

¹ Зато, у његовој књизи, кретање (раз)решења питања о извору права у вези с историјским развитком самосвести личности, има овај облик:

А. Период умно-неразвијеног стања личности (Исток)

Б. Период претежног преовлађивања спознајног (логичког) закона човечјег духа (Грчка)

истраживање оправдавају се ставови да је личност извор права налазила посредством еманципације свог духа и дејстава од средине која ју је окруживала, да је еманципација духа и дејстава личности ишла са самосвешћу личности, да је самосвест личности дала јој могућност да дође до самосталности и слободе, да самосталност и слобода чине битне услове праведности, да је праведност неопходан елемент права (вид. стр. 8—9).

На етичком закону, који побуђује човека на добро, почива област практичног живота, живота човека и појава, које чине садржај тог живота, као религије, морала, праведности, права, уређења друштва, државе итд. Друга два закона човечјег духа, о којима писац говори, су: логички и естетички. На логичком закону, који води ка истини, почива област човечјег знања, а на естетичком, који води лепоме — област уметности (вид. стр. 3).

Извор права је, дакле, у етичком закону. Личност усваја обавезу и право на основу праведности. Нај који начин усвојено право прелази у норму? Преобраћање захтева етичког закона у спољни израз, у норму права, резултат су тежње да се уништи неправедност, и напора да се уреди самосталност постојања и тиме успокоји дух (вид. стр. 249).

Будући проницљиви дух, Чижев о нормама права каже: „Норме права, у суштини својој, су сагласне с природом тог начела, ради којег су оне установљене (тј. праведношћу, а отуда — с етичким законом). Оне иступају споља и јављају се као принудне само за лица, која кидају с етичким захтевима човечјег духа. Право прима физички, принудни карактер само за личности, које се удаљавају од свог етичког стања. За лица пак, чија воља иде по свим људима општем етичком закону, право, као спољна сила, не постоји. Оно за њих и не може бити принудно, јер сам живот њихов је(сте) вид норми права за друге. Ако је право принудно (обично се тако и карактерише, за разлику од морала), то произилази, између осталог, из тога, што корен права иштемo не у сагласности наших дејстава с етичким законом човечјег духа, већ у сагласности са средином која нас окружује (потчињавамо практички живот логичком закону), иштемo извор права не у личности, већ у спољној средини, која изражава личност. Исто тако право принудно бива и зато, што установитељ норми права (обично средина која окружује) води своју делатност и следи свој циљ упркос

В. Период господства логичког закона у вези с јаким остварењем у практичном животу личности начела воље (Рим)

Г. Период (прелазни) неодређености у бићу личности (средњевековни период)

Д. Период разграничења логичке сфере човечјег живота од етичке: проширење и уравнотежење логизма и етизма, појма и живота, мисли и стварности (време после религиозне реформације) и ницања научних, на основи обновљених религиозном реформацијом мисли и живота, система:

а) школа писаца природног права

б) историјска школа

в) школа писаца механичког образовања права

Покушај (раз)решити питање: где је извор права? (кратка анализа етичке сфере личности).

етичкој природи човечјег духа (право се преобраћа тада у деспотизам), или зато, како смо напоменули, што личност не усклађује своја дејства и живот с етичким законом" (стр. 249—250).

Регелсбергер у Општем учењу о праву (Ф. Регелсбергеръ: Общее учение о праве. Переводъ И. А. Базанова. Подъ редакціей проф. Ю. С. Гамбарова. Москва, 1897) каже да народи и све више или мање знатне и континуиране заједнице (общения) људи стоје под господством норми, које имају спољну обавезну снагу, — то је чињеница која не подлеже спору. На питање: Али одакле се узимају ове норме, одговара: Постоји не један, већ неколико основа ницања правних норми (вид. стр. 43).

На питање: Који су то основи и имају ли они општи праизвор, он се најпре осврће на теорију Савињија и Пухте, по којој су обичај, закон и јуриспруденција само форме изражавања права, које се твори у невидљивој радионици народног духа. По његову мишљењу, ова теорија своди образовање права на дубљи основ, него што се то узимало пре ње (у томе је „њено преимућство пред ранијим, механичким погледом на ницање права", стр. 44), али и она пати од низа недостатака.

Остаје необјашњено образовање права унутар људских друштава која немају националну основу (на пример, велике хришћанске религиозне заједнице, образовање међународног права). „Зато, требало би, у мањој мери, проширити кругове који образују право и поставити упоредо с народом и неке друге заједнице..." (стр. 44).

Заваравање самог себе је и поглед да народни дух даје начело потпуно зрелим поставкама права без сваког њиховог спољнег показивања. „Чак у појединог човека, како сведочи искуство, мисао добија тврду и постојану форму само с изразом њеним у слову или дејству, и често наш израз не одговара потпуно оном мисаоном виду, којем тежимо да дамо ову или ону форму. Утолико пак више све то мора имати места у многољудном кругу лица, која образују собом народну заједницу.

Али ако би се чак убеђење и образовало, зар оно може само по себи саопштити снагу власти ономе, што је њиме признато за право? Међутим, право је везано неразднојно с појмом власти" (стр. 44—45; подвукао Т. П.).

Везивање права за вољу друштвеног савеза Регелсбергеру је неприхватљиво: друштвени савез је неодређен појам, па је већ зато тешко судити може ли он имати вољу и има ли је. „Сумњиво је такође и то, ако би се дејство свих правних норми сводило на акте воље: ко хоће, на пример, обично право? ... Право је власт, али није свака власт воља; није таква, на пример, власт обичаја" (стр. 45).

Рекавши да у свакој поставци права треба разликовати две стране — исказује нешто правно, а затим исказано „(по)ставља" као „право", Регелсбергер продужава: „Први од ових момената право дели са сваком другом поставком, која има правни садржај, други моменат је својствен само праву. Истраживати порекло поставки права — значи, зато, (раз)решити два питања: одакле се црпи садржај поставки права? или, тачније: одакле се узима

материјал за садржај поставки права и одакле проистиче њихова обавезна снага?" (стр. 45—46).

Смагтрајући да оно у чему историјска школа права види основу свег права, постоји у стварности, али не у обиму који се њоме приписује, он истиче да је законодавац најчешће принуђен да црпи непосредно из истог извора, којим се храни и убеђује односне целине, наиме из природних захтева животних односа, којима се присаједињује и искуство других земаља (вид. стр. 47).

Али, поставке права ничу само тада када се њихов садржај снабде обавезном снагом.

На постављено питање: Одакле се добија обавезна снага поставки права, следе, у одговору, четири тачке:

1. из закона (Самозаконодавство или аутономија мањих, унутар државе закључених друштвених савеза, као, на пример, општине увек се налази у зависности од општег државног законодавства; посебан положај заузима законодавство католичке цркве),

2. из обичаја (Свођење понекад образовања обичајног права на одобрење његово од стране законодавца, подвргава се сумњи: више је него невероватно, или, у крајњој линији, не може бити доказано да је законодавац имао знања о сваком, — чак потпуно пратикларном — обичајном праву. „На тај начин, одобрење које се подразумева при најближем разматрању се показује као фикција", стр. 49—50).

3. из јуриспруденције (На први поглед ништа чудније од тога да се упоредо с правом закона и обичаја ставља право науке, право правника: правник-теоретичар и правник-практичар, наводно, само раде над датим материјалом — први на излагању, други на примени закона, те су оба слуге а не творци права. Пажљивије посматрање открива друкчију слику: и законодавац је дужан да узима у обзир дате факте, и у многим случајевима правник и законодавац морају црпсти из истог извора — природе ствари. Док су закон и обичајно право обавезни сами по себи, дотле „оно, што је установљено у својству поставке права од стране истакнутих теоретичара, зајми своју обавезну снагу једино из своје научне истинитости и подлеже, зато, слободној критичкој оцени. Исто је могуће рећи и о поставци права, израженој у судском решењу, у односу на све друге случајеве његове примене. Зато, јуриспруденција јесте извор права, али она производи поставке права мање снаге", стр. 52).

4. из (у ограниченијем обиму) уговора (у области државног и међународног права. За добијање обавезне снаге, овај, ипак, има потребу у туђој подршци).

Излагање учења о изворима права Регелсбергер своди на три става:

У првом истиче различите основе обавезне снаге поставки права. Нема потребе да их поново наводимо, — тек што смо то учинили. Али оно што овде додаје, наведимо: „Јединствен праизвор (народни дух, државна власт, природа ствари, признање) не постоји" (стр. 54).

У другом ставу истиче по ступњу различиту обавезну снагу поставки права: закон и обичајно право имају пуну (спољну), а

право правника има мању (само унутрашњу) снагу дејства (вид. стр. 54).

Трећи његов став, по нашем мишљењу, заслужује да буде у целини дословце наведен: „У области права нема нигде оштрих граница. Норма обичајног права тежи на томе, да се учврсти у закону, закон — на томе, да пређе у право проверено обичајем (Leist). Научне поставке права достављају законодавцу главни материјал, и не мали број њихов се кристализује и у формама обичајног права. Обичајно право може само у ретким случајевима нићи без помоћи јуриспруденције која примењује и излаже право, која показује снажан, учвршћујући, развијајући и преображавајући утицај и на законодавство“ (стр. 54—55; подвукао Т. П.).

Регелсбергер високо цени позитивно право. У збирци мишљења, жеља, нада, оно је као стена о коју се разбијају себичне тежње. Понекад неумољивост његова наноси штету, као што тромошћу, којом продужава да се развија, делује на живот на задржавајући начин. Али, све то је јевтина цена за оно што пружа.

Ипак, Регелсбергер сматра да не треба умањивати значај ни природног права или природе ствари. Отуда и његов став да противуречност између природног и позитивног права није тако оштра, како изгледа (истиче се и значај норми добијених помоћу виших принципа права, као и тежња даљег развитка позитивног права, подржавања „склада његовог с потребама правног живота сваког датог момента тог живота“, стр. 23).²

² Јашченко у Огледу синтетичке теорије права (А. Яценко: Опыт синтетической теории права, Юрьевъ 1912) говори о лажном дуализму природног и позитивног права и природном праву као општој идеји позитивног права. „Идеја природног права може бити призната само као она општа формула, општи смисао и идеја важећег права, чије конкретно остварење је свако одређено позитивно право. Природно право је логичка, рационална суштина права које се историјски реализује у зависности од читаве (све)укупности историјских услова и пре свега од моралне свести друштва. У овом смислу природно право је такође позитивно (а не измишљено) право. Право је јединствено у суштини својој, и то, што се у њему јавља као природна страна, не може бити супротстављано важећем праву, јер је последње само конкретна реализација основне идеје. Природно право је само општа формула права, под коју се поставља реални садржај сваког конкретног права.

Право природно и право позитивно су само две различите тачке гледишта на један исти објект — на важеће право. Однос међу природним и такозваним позитивним правом (или, боље рећи, сваким конкретним важећим) је исти, као, рецимо, међу принципима механике, законима отпорности материјала и т. сл. и датим мостом, зградом, тунелом итд., или међу законима верзификације и дате поеме, или међу принципима прекрасног, правилима музичке хармоније и дате симфоније...“ (стр. 106).

Овај писац, ипак, допушта могућност разликовања између позитивног права у ужем смислу, као (све)укупности историјски важећих правних норми, и природног права, као опште идеје, као основног смисла свих важећих норми позитивног права, при том понављајући да и ово друго припада сфери позитивног, а не измишљеног права (вид. стр. 107).

— Истакнимо и ово:

Објективно право Дигија је природно право у духу Русоа, али базирано на принципу из области социологије: *loi positive* је *droit* само ако одговара (природно-правној) норми друштвене солидарности.

Дуализам између природног и позитивног права Л. Петражицки је заменио једним сасвим новим — оним између интуитивног и позитивног права (вид. Проф. Л. И. Петражицкиј: Теорија права и государства въ связи съ теоріей нравственности. Изданіе второе, исправленное и дополненное. Томъ II. С.-Петербургъ, 1910. Глава V).

Кад се расправља о изворима права треба рећи да је баш овај аутор изумитељ назива нормативни факти. Према његовом мишљењу, у области позитивног права треба разликовати три ствари: 1. нормативне факте, одговарајуће поступке људи, одлуке законодаваца итд., 2. императивно-атрибутивна преживљавања, везана с представама ових факата, која он и сматра за сâмо позитивно право, као реалан феномен, и 3. одговарајуће норме, емоционалне фантазме, које се изазивају овим преживљавањима, *Differentia specifica* интуитивног права (од позитивног) налази се у области интелектуалног састава, и састоји се у одсуству у саставу интуитивног права представа нормативних факата, а сазнању атрибутивне обавезности одговарајућег понашања независно од било којих страних ауторитета...

Посебно нам се чини интересантним захтев Л. Петражицког о преименовању учења о изворима права у учење о позитивном праву и његовим видовима и подврстама. Наиме, он сматра да учење о видовима позитивног права, мада „и у слабо развијеној и уопште незадовољавајућој форми“ има у постојећој науци права, „која га је позајмила од древних римских правника“: оно се скрива под особеним именом учења о тзв. изворима права и које, по свој прилици, означава нешто друго (вид. стр. 517).

Л. Петражицки сматра да покушаји одређивања и уопште све постављање и квалификација учења о законском, обичајном праву итд., као учења о изворима права, „су испод научне критике и чак представљају страну и ненормалну с елементарно-логичке тачке гледишта појаву“ (стр. иста). У вези с тим је и духовита опаска: ако би зоолози почели да називају псе, мачке итд. изво-

Соловјев је говорио о природном праву као општем разуму или смислу сваког права као таквог, као општој алгебарској формули, под које историја поставља различите стварне величине позитивног права.

А Штамлер — о природном праву с променљивом садржином (вид. Рудолф Штаммлер: Хозяйство и право съ точки зренія материалистическаго исниманія исторіи. Переводъ со 2-го немецкаго изданія подъ редакціею и съ вступительною I. A. Давыдова, Томы I. С. — Петербургъ 1907, §§ 31—33; о Штамлеру, као и претходној двојници говори и Јашченко у својој књизи).

M. G. Renard говори о *droit naturel a contenu progressif* и M. H. Capitant подвлачи исто: »le Droit naturel — est — essentiellement variable et progressif. Le Droit naturel des peuples modernes diffère profondément de celui des peuples de l'antiquité. Et celui des sociétés de l'avenir ne différera pas moins du nôtre« (наведено према Ignace de Koschembahr-Lyskowski, professeur de droit romain à l'Université de Varsovie, vice-président de la Commission de codification: Les dispositions de la loi et le droit en droit civil. Etude de droit comparé, Varsovie 1933, стр. 18—19).

Сматра се да је историјска школа права однела велику победу над природним правом. Ако се она озбиљније проучи, видеће се да је то тачно у односу на природно право одкровења и рационалистичко природно право. У суштини, и сама представља природно право — тзв. органско природно право.

рима животиња и да се споре око тога шта су извори животиња итд., то би представљало потпуно једнородне мисли с онима које постоје у науци о праву у области учења о тзв. изворима права. „Извори права: обичајно право, законско право итд. нису ништа друго, до само право, видови позитивног права, подврсте права, и страно их је називати „изворима права“, размишљати, у каквом се односу налазе према праву итд.“ (стр. 518).

Назив извори права се снажно укоренио у науци о праву, иако, како смо видели, с више значења. Л. Петражицки допушта могућност чувања овог назива, с напоменом да га треба убројити у нормативне факте и строго разликовати од самог права, обичајног, законског итд.: „... може се рећи, да квалификација законског и обичајног права, као „извора права“, не гледајући на сву логичку неумесност њену, није лишена основа у смислу (несвесне, нехотичне) самокритике учења: стварно, то, што владајуће учење узима за обичајно право, законско право итд., тј. заповести законодавца итд., није само позитивно право, већ можда само „извор“ његов, факти, који изазивају у психици оних који знају о њима позитивна правна преживљавања“ (стр. 519).

Л. Петражицки истиче да нормативни факти имају релативан и услован значај — од психичног стања одговарајућих индивидуа или народних маса зависи да ли ће неки факти имати то својство или не; нема увек неизоставног фактичког паралелизма између факата одређеног рода — законодавних одлука, обичаја предака итд. и позитивног права... (вид. стр. 521 и сл.).

Терановски, који је истицао заслуге Л. Петражицког, које не могу да буду заобиђене у правној науци, али и подвргавајући га критици у вези са низом питања, по нашем мишљењу, не увек умесној,³ што се извора права тиче, бележи у Енциклопедији права (Ф. Тарановски: Енциклопедија права, Београд, 1923) да се обично разликују: 1. извори за сазнања права — све оно, у чему се садрже подаци за познавање права једног одређеног друштва у извесној епоси (законски текстови, записи правних обичаја, судска дела, летописи, мемоари, споменици народне књижевности, дела лепе књижевности итд.), 2. извори права у материјалном смислу, чиниоци или фактори, који производе право — прво субјективна правна свест, која се ствара под утицајем различитих фактора и сви фактори друштвеног развитка и 3. извори права у формалном смислу — фактори који изазивају позитивацију права, при чему се под позитивацијом права подразумева претварање субјективног правног осећаја и субјективне правне свести у позитивно право (вид. стр. 164—165).

У Гурвича, који позајмљујући називе нормативни факта и интуитивно право од Л. Петражицког, али употребљавајући их у друкчијем значењу,⁴ на једном месту — у Идеји социјалног права (G. Gurvitch: L'Idée du Droit Social, Paris, 1932) налазимо четири

³ О нашој критици те критике вид. Интересовање за стваралаштво Л. Петражицког у југословенској правној књижевности, који се штампа у Зборнику Летописа Матице Српске, Нови Сад.

⁴ На ово смо се опширније осврнули у маг. раду Л. Петражицки о видовима и подврстама права (интуитивно и позитивно право), стр. 179—188.

значења назива извори права: 1. извори историјске генезе права, узрочни фактори његовог развоја и његовог ширења, 2. извори спознаје права, као органи ове спознаје, на пример, разум, правно осећање, правна свест, 3. извори спознаје права, као спољни предмети из којих се може извући ова спознаја, на пример, све врсте препис(ивањ)а права, старих и модерних кодекса и 4. његово правно значење, „које је једино адекватно проблему позитивности права о коме је реч“: извор као основ обавезне снаге једног важећег права и као гаранција његове стварне ефикасности (вид. стр. 132). Он указује и на разликовање, по његовој оцени, најпресудније од свих, ванредно битно, између примарних и секундарних изворних права, или нормативних факата и техничких поступака за њихово формално утврђивање. Први се називају и материјалним, а други и формалним изворима права. „Примарни или материјални извори (нормативни факти) се супротстављају формалним изворима (техничким поступцима) управо зато што, код њих, ауторитет на који се ослања обавезна снага једног правног правила коинцидира са стварном егзистенцијом једне заједнице која, својом егзистенцијом, гарантује ефикасност правила“ (G. Gurvitch: *Droit naturel ou Droit positif intuitif?*, »Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique«, cahier double Nos 3—4/1933, Paris, стр. 76). Перма мишљењу Гурвича, читаво право је, у својој суштини, позитивно право. Друго је, међутим, питање разликовања двеју врста позитивног права према методу утврђивања нормативних факата, из којих оно изводи своју обавезну снагу. „Ако се прибегава за ово утврђивање формалним техничким поступцима, добија се формално позитивно право; ако се ово утврђивање врши директном и непосредном визијом „нормативног факта“ у питању, ради се о интуитивном позитивном праву“ (*L’Idée du Droit Social...*, стр. 107).

Као што се и из горњег прегледа види, најчешћа значења назива извори права су: а) основ из којег право црпи своју обавезност, б) чиниоци који утичу на стварање правних норми (извор права у материјалном смислу, материјалан, стваран извор права), в) форме настајања правних норми (извор права у формалном смислу, формалан извор права).⁵

Решење питања о изворима права ишло је, — то се такође види и из нашег прегледа, — и ићи ће убудуће с одређивањем појма права: извори права схватиће се уже ако се и право схвати уже — само као службено, везано за државу, официјелно право; шире ако се и право схвати шире — као позитивно право које, поред официјелног, обухвата и друге врсте и подврсте позитивног права; или још шире ако се право не ограничава само на позитивно право.

⁵ О изворима права у нашој правној књижевности вид. И. Крбек: Прилог теорији о појму права, Загреб 1952, стр. 51, 74; Р. Д. Лукић: Теорија државе и права, II књига: Теорија права, Београд 1957, стр. 112—114 и Увод у право, Београд 1968, стр. 210 (уп. такође и Правни лексикон, Београд 1964, стр. 325—326); Б. Перић: Структура права I дио, Загреб 1964, стр. 102—103; Б. Кошутин: Судска пресуда као извор права, Београд 1973, део II.

Свестран, сложен или, страном речју назван, мултидисциплинаран приступ у проучавању права, као једино исправан, обухватајући све стране, димензије, аспекте, сфере, равни права — нормативну или језичко-логичку, ако их је могуће до краја поистоветити, социолошку, психичку, политичку, аксиолошку, уколико је о овој последњој могуће говорити и као посебној равни, свакако ће резултирати и свеобухватним и систематскијим разматрањем извора права. — У овом погледу је веома поучна искуствено-психолошка теорија права Л. Петражицког, који је, обрађујући психичку раван права и стваљајући је у први план, али не занемарујући ни остале, истакао уместо назива извори права, с више значења, назив нормативни факти. Његово учење о нормативним фактима није довољно оцењено у нашој правној књижевности, а, колико нам је познато, ни у светској, сем што је у овој другој, у неким случајевима, деловало врло инспиративно, иако доводећи до друкчијих резултата (посебно у Гурвича). Овде треба истаћи да је изумитељ овог назива утврдио опште и посебне тенденције (психолошке законе) развитка и прилагођавања права, од којих међу последњима нарочито заслужује пажњу тенденција развитка јединственог шаблона норми. Будући да је правној психици својствена толико јака и стална склоност на позитивизацији, да се она користи свемогућим фактима, да би се постигло фиксирање одређеног позитивног шаблона, то већ одатле произилази да врста и подврста позитивног права има више, него што се обично мисли. Ако пак за дати случај нема позитивно-правног решења, онда се у области правне психике јавља тенденција да се нађе решење које постоји за аналогне случајеве. Уопште, примена аналогije (*argumentum a simili*) је један од најкарактеристичнијих показатеља унификационе тенденције права, а и смисла јуриспруденције, која путем тумачења, фиксације обима интелектуалних елемената права и казуистичке обраде спречава и одстрањује основу за слободно тумачење (вид. стр. 175—176, 231—233 нав. дела Л. Петражицког).

И нама изгледа да се право и извори права, односно нормативни факти не могу поистоветити, јер да је друкчије, заиста, не би било потребе да се ови други задрже у правној науци. Указивање Л. Петражицког, — по нашем мишљењу правилно, — да нема неизоставног фактичког паралелизма између нормативних факата и позитивног права сведочи управо о томе. Није чак ни сваки нормативни акт нормативни факт, — он је то само ако у психици људи изазива императивно-атрибутивна преживљавања; у противном, он је, како се обично каже, мртво слово на папиру. А то није далеко, чак му је веома близу, од разликовања официјелног и живог права (Е. Ерлих), уобличеног и слободног права (Х. Канторович), књижног права — *law in books* и права у дејству — *law in action* (Р. Поунд).

Тодор И. Подгорац

SUR LES SOURCES DU DROIT

(Korkunoff, Rennenkampff, Trubetzkoi, Shershenevitch, Chisoff,
Regelsberger, Petrazycki, Taranovskii, Gurvitch)

— Résumé —

Dans cette note — à propos de la thèse qui a une grande valeur théorique et pratique dans la science juridique — on constate les significations du terme *sources du droit* (*fontes iuris*, *Rechtsquelle*, *sources of law*, *istočniki prava*) chez certains grands juristes des dernières décennies du XIX siècle et des premières décennies du XX siècle, dont les oeuvres, sinon tous du moins de quelques uns, sont difficilement accessibles à notre lecteur.

Comme l'on voit de la note concise donnée, les significations les plus fréquentes du terme *sources du droit* comprennent: a) une base à laquelle le droit puise sa force obligatoire, b) les faits qui ont de l'influence sur la création des normes juridiques (la source du droit au sens matériel, source du droit matérielle, réelle), c) les formes de la naissance des normes juridiques (la source du droit au sens formel, source du droit formelle).

La solution de la question sur les sources du droit a été liée — ce qu'on voit aussi de notre note — et sera liée désormais à la désignation de la notion du droit: les sources du droit seront conçues au sens restreint si le droit est conçu au sens restreint — seulement comme droit officiel, lié à l'Etat, le droit officiel; plus large si le droit est conçu au sens plus large — comme droit positif qui, outre celui d'officiel, comprend aussi d'autres espèces et sous-espèces de droit positif; ou au sens encore plus large si le droit ne revient pas uniquement au droit positif.

Un abord à fond, complexe, multidisciplinaire à l'étude du droit, comme uniquement correct, comprenant toutes parts, dimensions, aspects, sphères, côtés du droit — *normatif* ou *linguo-logique*, s'il est possible de les identifier jusqu'à la fin, *sociologique*, *psychique*, *politique*, *axiologique*, si l'on peut parler de cette dernière comme d'un côté particulier, permettra une considération approfondie et plus systématique des sources du droit.

A cet égard la théorie du droit empirique-psychologique de L. Petrazycki est très instructive. Celui-ci, en traitant l'aspect psychique du droit et en le mettant au premier plan, sans négliger les autres aspects, a souligné le terme *faits normatifs* au lieu du terme *sources du droit* de plusieurs significations. Son étude sur les faits normatifs n'est pas suffisamment appréciée dans notre littérature juridique, et comme nous savons, même dans la littérature mondiale, sauf qu'elle a agi, dans certains cas, par inspiration sur cette dernière, mais aboutissant aux différents résultats (surtout chez Gurvitch).

Il semble à nous aussi que *le droit* et *les sources du droit*, c'est-à-dire *les faits normatifs* ne puissent pas s'identifier, car si c'était autrement, en effet, il ne serait pas nécessaire de garder ces derniers dans la science du droit. La remarque de L. Petrazycki — que nous trouvons correcte — qu'il n'y a pas de parallélisme nécessaire réel entre les faits normatifs et le droit positif en témoigne justement.

CUM GRANO SALIS

Баш тако. Кад смо разговарали о садржини овог чланка, главни уредник је рекао: „Пази, немој да у омладинској организацији буде све „без проблема“! Имали сте и успеха и падова у раду, па нека све то нађе своје место у овој информацији о раду и развоју омладинске организације.“ И верујте, Ви који читате ове редове, да то није ни мало лако, јер је кроз клупе нашег факултета за ових осам година прошло на хиљаде студената. Сваки од њих оставио је овде можда своје најлепше тренутке, макар и име на клупи, губио семестре на путу од бифеа до учионице, али и урадио по нешто у студентској организацији.

Елем, почели смо са радом 1972. године. И факултет и ми. Почетак као и сваки, тежан, али у овом случају не и стидљив. Потребе за кадровима правне струке у региону Шумадије и Поморавља, па и уже Србије, условиле су да, на иницијативу друштвено-политичких и привредних организација, у Крагујевцу буде отворено Одељење београдског правног факултета. То је био један од важнијих тренутака у и историји нашег града — из јаког привредног центра Крагујевац је почео да израста у универзитетски град. Поред „правника“, црвени Крагујевац добијао је тада и прве генерације студената Машинског, Економског и Природно-математичког факултета.

Студената је било, и биће их, али су се тада појавили проблеми са наставним особљем. Наше амбиције расле су из године у годину, желели смо да кадровски ојачамо факултет, да добијемо своје професоре, да наши професори раде са нашим асистентима. Орјентација тадашњег Савета и Деканата факултета била је таква да факултет стане „на своје ноге“, али и да се и даље ослања на помоћ Правног факултета у Београду, који је својим угледом и значајем дао много не само југословенској него и светској правној науци. Сада, школске 1979/80. године имамо 23 матична наставна радника, а у току је поступак за пријем још неколико наставника и асистената. Наше катедре за цивилистику и кривично-

-правне науке су међу најјачима у земљи, што као студенти са по-
носом истичемо.

Студентска је, пак, организација прошла у свом раду кроз
две фазе: кроз организацију и облике рада Савеза студената
Југославије (до 1974) и фазу укључивања у рад омладинских ор-
ганизација у склопу ССОЈ.

Почеци рада наше организације на факултету обележени су
ентузијазмом, амбициозношћу и неискуством. Кренуле су многе
акције, почев од уређења дворишта факултета, преко решавања
студентских питања до укључивања у рад и активности покрену-
тих од стране Општинске Конференције ССО града Крагујевца.
Уопште, организација рада од 1972. до 1979. одвијала се по сле-
дећим тематским целинама:

- идеолошко-политички рад,
- културно-уметничке активности,
- добровољни омладински рад,
- спортска такмичења на факултету, Универзитету и у окви-
ру града,
- ваннаставне активности.

Идеолошко-политички рад био је везан за факултет (рад по
основним организацијама по годинама студија) и за учешће наших
студената у облицима рада који су организовале друштвено-по-
литичке организације града.

Овакав рад на факултету показао је одређене слабости.
Договарали смо се о обради појединих актуелних тема из дру-
штвено -политичког живота земље, студенти су преузимали оба-
везу да израде потребне реферате, али нада је долазило до
реализације — испоставило се да све то, у појединим периодима
рада целокупне организације, није добро организовано. Руковод-
ства су размишљала о узроцима свега тога (па зар студенти права,
традиционално револуционарни, да тако мало интереса показују
за идеолошко-политички рад!), помињане су и субјективне сла-
бости и објективне околности, али решења није било. Тачније,
нисмо успевали да га нађемо. Људима који су радили око свега
тога било је несхватљиво да овакав облик рада буде само један
од услова за пријем у СКЈ; једноставно били смо бесни на себе
што нисмо пронашли начин да исправно анимирамо наше студенте.

Овакве кризне ситуације у појединим периодима рада цело-
купне организације условљавале су и застој у раду исте. Обраћали
смо се за помоћ форумима Универзитета и града, да бисмо на
крају схватили да једино сами можемо да превазиђемо своје
слабости.

Дошло је до чвршћег повезивања партијске и омладинске
организације на факултету; апелујући на свест комунисте, ко-
риштећи по неки пут и ауторитет професора, успели смо да ухо-
дамо овакву активност на факултету. Резултати су видни:

— од 25. марта 1977. на факултету постоји Марксистична три-
бина „МОША ПИЈАДЕ“, у оквиру које су до сада излагања из-
нели проф. Др Драгутин Шошњић, академик проф. Радомир Лукић,
академик проф. Др Јован Ђорђевић, академик проф. Др Ђорђе

Костић, тадашњи потпредседник РК ССО Србије Душан Митровић, проф. Др Владимир Водинелић, тадашњи председник РК ССО Србије Слободан Палалић. Одбор трибине, у чији рад су укључени и професори нашег факултета управо утврђује термине предавања истакнутих научних и друштвено-политичких радника за ову школску годину. Итекамо смо поносни на број од укупно 1500 посетилаца на овим предавањима.

У складу са плановима сарадње са омладинском организацијом Правног факултета у Мостару, све четири основне омладинске организације на факултету обрадиле су следеће теме:

- Задаци ОО ССО Правних факултета у борби за остваривање закључака X Конгреса ССОЈ,
- Развој омладинске организације у Југославији,
- Млади и несврстаност,
- Проблеми садашње економске политике СФРЈ.

На заједничким састанцима омладинских и партијских организација по годинама студија прорађене су одређене области из студије друга Едварда Кардеља, а управо су у току активности око припремања материјала са последњег састанка несврстаних земаља у Хавани 1979.

Учешће наших студената у идеолошко-политичком раду на нивоу Универзитета и града одвијало се кроз активности у општинским и регионалним политичким школама и са њим смо потпуно задовољни и квалитативно и квантитативно. Само, није добро то што студенти још увек озбиљније схватају обавезе у СК од обавеза у ССО. Међутим, сматрамо да је најважније да је добро кренуло и да смо најзад свесни тога да можемо и морамо још боље да наставимо.

Повезаност организација СК и ССО на факултету тренутно је веома добра, тако да многе акције спроводимо заједно. У овом тренутку можемо слободно рећи да су нам студенти схватили да је рад у омладини база рада у СК, мада је било и тренутана кад те координације уопште није било. Од 2250 редовних студената уписаних ове школске године имамо 1850 чланова ССО и 620 чланова СКЈ — снага, зар не?

Један од највећих проблема организације је и недостатак простора за друштвене активности. Не жалимо се, знамо да је и са одржавањем наставе тешко, надамо се бољем у новој згради. Ипак, организујемо одређене облике забаве за студенте на факултету, додуше *ad hoc*, али боље ишта него ништа. На пример: другарске вечери, „Бруцошијаде“, концерте, позоришне представе.

У ОКУД-у „Светозар Марковић“ и његовим секцијама студенти овог факултета су и врло бројни и врло активни. Омладински драмски студио, фолклор, модерни балет и уздах: „Ех, да је простора за рад.“

Међутим, активност у ОКУД-у није довољна, бар што се целе организације тиче, јер је народ студентски — као и стари Римљани: тражи хлеба и нарочито, игара. То што нема довољно

облика организоване забаве на факултету је проблем за који, тренутно, немамо оправдања пред студентима. Млади људи полазе од тога да, а ако има места (на једвите јаде) за наставу, мора имати и за забаву (па и културу). Тако се често нађемо између две ватре: студената који са правом траже могућност да негде забораве бриге око испита и секретаријата факултета који са правом чува оно мало простора што га имамо за редовне школске активности. Ипак, нађемо се негде на средини (уз обострана попуштања).

Добро, има и тога да нам студенти залазе (и остају) у кафане. То нам је добар изговор да тражимо да нам се омогући коришћење сала за разне „другарце“, али, руку на срце, сетите се — зар вам није било мило да се увече (или у подне), после свега на факултету, нађете са друштвом у „својој“ кафани. И зато, ако вам је потребан неки студент са нашег правног, а нема га на факултету, не замерите му што са колегиницом пије једну кока-колу у бифеу „Парк“, преко пута.

Ми овде немамо „Атеље 212“!, али имамо омладински драмски студио, немамо рецитатора Ралета Дамјановића, али ту је Славица Урошевић, немамо Бранка В. Радичевића, али смо сви по мало песници, јер нам у души итекако живи ово школско (студентско) доба. Уосталом, дођите да се уверите, бићете нам драги гости.

Шта да кажемо за добровољни омладински рад? Не можемо да се похвалимо ентузијазмом ранијих генерација. А и некако нам студенти (част изузецима) мисле, да није баш много здраво напрезати се. Јесте, изађемо ми на локалне радне акције, пријаве се другови за универзитетску радну бригаду, али то није оно право. Кад бисмо успели да на факултету створимо једну јану бригаду за радне акције, био би то велики успех. Овако то остаје проблем и ове и наредних генерација. Можемо се, у овом случају похвалити једино тиме да је десет наших студената ушло у састав универзитетске бригаде, која је 1978. године добила Повељу „Вељко Влаховић“ као најуспешнија на свим радним акцијама у земљи.

Е, спорт. Ту само похвале. Спортско друштво „Правник“ основано је 1975. године и до сада остварило веома запажене резултате у свом раду. Током читаве године на факултету су у тону такмичења и турнири у малом фудбалу, кошарци (обе селекције), рукомету (обе селекције), стоном тенису и шаху. Фудбалери и кошаркаши су нам без премца на Универзитету, што се шаха тиче дичимо се са два омладинска првана Југославије (Барлов и Ристић). Активисти СД „Правник“ у сарадњи са Савезом организација за физичку културу студената нашег универзитета обезбедили су просторије за рекреацију студената друге, треће и четврте године, док наши бруцоши имају обавезну наставу из физичког васпитања.

Многи наши студенти чланови су екипа које се активно такмиче у првој и другој савезној лиги у разним спортовима (ФК „Раднички“, ФК „Шумадија“, КК „Раднички“, рвачки клуб „Раднички“, карате и гимнастичарска секција СД „Партизан“).

Ето, бар са стране спорта ни ми сами себи, а и нико са стране нам не ставља замерке. Па, познато је да смо спортска нација.

Под мало „шири“ појам „ваннаставне активности“, подвели бисмо следеће:

- сарадњу са омладиским организацијама правних факултета из Мостара, Битоле, Титограда, Ниша, Новог Сада и Сарајева.

- организацију „СУСРЕТА ОМЛАДИНЕ ПРАВНИХ ФАКУЛТЕТА ЈУГОСЛАВИЈЕ 1978“,

- рад Криминалистичке групе,

- почетак рада Групе за грађанско и привредно право.

Да не дужимо, сарадња са студентима побројаних факултета има за циљ зближавање младих људи (факултете ћемо, ваљда, завршити) и као такву ми је веома повољно оцењујемо. Организујемо сусрете студената, заједничке екскурзије (са ОО ССО ПФ Мостар), прорађујемо поједине теме, помажемо се у раду, једноставно — дружимо се.

Са поносом истичемо да је омладинска организација овог факултета, у оквиру својим могућности, до сада учествовала у свим облицима рада Координационе конференције ССО правних факултета Југославије, доказавши своје акционе способности организацијом „СУСРЕТА 1978“, кад смо као домаћини окупили 720 студената са 18 правних факултета широм земље.

Криминалистичка група оформљена је 1976. године са задатком да студентима приближи садржину предмета са Катедре за кривично-правне науке, не предавањима *ex cathedra*, већ случајевима из праксе, излагањима стручњака-практичара и наших професора Водинелића и Чејовића. Будући да сваки састанак групе у просеку посети 150 слушалаца и да се њен рад одвија без застоја да контактирамо са Групама из Титограда и Београда, сваке године организујемо кратке стручне екскурзије, па смо чак и за рад наше групе заинтересовали студенте других факултета, слободно можемо рећи да је Криминалистичка група у потпуности оправдала своје постојање.

Руковођени тиме, а и жељама студената да комплетирамо ваннаставне активности, управо све чинимо да са радом крене и Група за грађанско и привредно право, чији би се рад одвијао на сличном принципу, и који би, сигурно, окупио и свршене правнике из привредних организација и правосудних органа. Док ви ово будете читали ми ћемо већ имати прве, надамо се, успешне резултате рада Групе.

Ред је и да вам кажемо коју реч и о учешћу студената у раду самоуправних органа факултета. У Савету факултета имамо 4 делегата (по једног са сваке године), у Наставно-научном већу 6 делегата, заступљени смо са по два делегата у свим комисијама Већа, на свакој години постоје Већа године која се брине о проблемима наставе на појединим годинама студија. Не функционише баш све идеално (а где тога има?), али смо све у свему задовољни са радом делегата, а и ових тела. Узајамно се обавештавамо, изборили смо се да будемо потпуно равноправан партнер у раду. Некад је и постојао страх од онога: „ма, рећи ћу, макар и неположно“, али тога више нема. Добро сара-

ђујемо са професорима, радо се прихватају да нам помогну у раду, истина је да се подједнако добро чује и поштује и њихов и наш глас.

Било је, не кажемо, и светлих и тамних тренутана, у тој сарадњи. Ми се, млади, по неки пут и залетимо — наиђемо на искуство, па станемо. А бивало је и обрнуто. Тад смо били некако важнији у сопственим очима, старији, зрелији.

Ето. Растемо у људе. Радимо, грешимо, али идемо напред. Полако остављамо за собом онај период:

„Кад сам био млад и цео,
Ја сам главом кроз зид хтео,
Глава пуче — ал' зид оста'
За наук ми беше доста.“

Просек студирања нам је 6 година, са просечном оценом 7,30. При врху смо. Сасвим пристojна лична карта.

Можда све ово и није било „посољено“, опростите студенту који пише о студентској организацији.

Предраг Стојановић