

Г Л А С Н И К

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ

— Школска година 1979/1980. —

Издавач:

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

Редакциони одбор:

проф. др Владимир Водинелић, проф. др Милан Петровић, доц. др Тодор
Подгорац, Душица Палачковић, асистент-приправник,
Весна Миловановић, студент

Главни и одговорни уредник:

Проф. др Живомир Ђорђевић

Секретар редакционог одбора:

Душица Палачковић

Издавање овог часописа помогли су Републичка заједница науке у Београду
и Фонд за развој високог школства и научних делатности у Крагујевцу

Тираж: 350 примерака

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

С А Д Р Ж А Ј

Др Ратко Марковић, ванр. професор КОЛЕКТИВНИ РАД, ОДЛУЧИВАЊЕ И ОДГОВОРНОСТ	1
ТЕОРИЈА ПРАВА	
Др Грзегорз Леополд Зајдлер, професор (Љублин) У ПОТРАЗИ ЗА СИСТЕМОМ СВЕСТРАНЕ АНАЛИЗЕ ПРАВА (превод с пољског — др Т. Подгорац) — — —	15
Др Тодор И. Подгорац, доцент ШКОЛА ПРИРОДНОГ ПРАВА — — — — —	34
КРИВИЧНО ПРАВО	
Др Бора Чејовић, ред. професор КАЗНЕНА ПОЛИТИКА ЗАКОНОДАВЦА У РЕФОРМИ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА — — — — —	49
ПОРОДИЧНО ПРАВО	
Зоран Поњавић, асистент-приправник О КРИВИЦИ ЗА РАЗВОД БРАКА — — — — —	67
СТВАРНО ПРАВО	
Др Драгољуб Стојановић, ред. професор НОВИ КОНЦЕПТ ДРЖАВИНЕ (ЧЛ. 70. ЗАКОНА О ОС- НОВНИМ СВОЈИНСКОПРАВНИМ ОДНОСИМА) — —	79
Мр Радмила Ковачевић-Куштримовић, асистент (Ниш) СТВАРНЕ СЛУЖБЕНОСТИ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОСНОВ- НИМ СВОЈИНСКОПРАВНИМ ОДНОСИМА — — — —	93
Др Алојз Финжгар, ред. професор (Љубљана) ДА ЛИ ПОСТОЈЕ ЗАКОНСКЕ СТВАРНЕ СЛУЖБНОСТИ	105
Др Миодраг Орлић, доцент (Београд) СТИЦАЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ НА НЕПОКРЕТНОСТИ НА ОСНОВУ УГОВОРА — — — — —	114
Др Обрен Станковић, ред. професор (Београд) О НЕКИМ ПИТАЊИМА СТИЦАЊА И ЗАШТИТЕ СВО- ЈИНЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОСНОВНИМ СВОЈИНСКО- ПРАВНИМ ОДНОСИМА — — — — —	128

ПРИВРЕДНО ПРАВО

- Др Ивица Јанковец, ред. професор
ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ЗБОГ НЕИСПУЊЕЊА ОБА-
ВЕЗЕ ИЗ УГОВОРА У ПРИВРЕДИ — — — — — 139

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

- Др Божидар Павићевић, ванр. професор
УГОВОР О ЛИЗИНГУ — — — — — 157
Др Драгомир В. Церовић, ред. професор
ПОТРЕБА РАЗВИЈАЊА ПРАВНИХ ДИСЦИПЛИНА КОЈЕ
ПРАТЕ РЕВОЛУЦИЈУ У НАУЦИ И ТЕХНИЦИ У ПРО-
ГРАМУ НАСТАВЕ НА ВИСОКИМ ШКОЛАМА — — — 167

АУТОРСКО ПРАВО И ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ

- Божин Влашковић, асистент-приправник
НЕКЕ ПРОМЕНЕ ПАТЕНТНОГ СИСТЕМА У ЗЕМЉАМА
У РАЗВОЈУ, С ОСВРТОМ НА ПАРИСКУ КОНВЕНЦИЈУ 175
Слободан М. Марковић, асистент-приправник
ПРАВО СЛЕЂЕЊА У АУТОРСКОМ ПРАВУ — — — 192

ПРОЦЕСНО ПРАВО

- Др Владимир Водинелић, ред. професор
СТВАРНИ ДОКАЗ У КРИВИЧНО-ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ
И КРИМИНАЛИСТИЦИ — — — — — 211
Др Митар Кокољ, доцент (Мостар)
ОСВРТ НА НЕКА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА ПОТРЕБОМ
ПОСТОЈАЊА КВАЛИФИКОВАНЕ ПОРОТЕ — — — 231
Душица Палачковић, асистент-приправник
ПОСЕБНА ПИТАЊА ДЕЈСТВА КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ
НА ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК — — — — — 243

УПРАВНО ПРАВО

- Невенка М. Бачанин, асистент-приправник
ПОЗИТИВНО-ПРАВНИ ПОЈАМ УПРАВЕ У СФРЈ — — 261

ПРАВНА ИСТОРИЈА

- Марко Павловић, асистент-приправник
СРПСКИ ПРЕДЛИБЕРАЛИЗАМ — Први талас либера-
лизма у Србији (1848—1851) — — — — — 279

БЕЛЕШКЕ

- Летописне белешке школске 1979/1980 и 1980/1981 — — — 293
Рад Савеза социјалистичке омладине на факултету — — — 295

SOMMAIRE — CONTENTS

Dr. Ratko Marković, Maître de conférence	
LA COLLEGIALITE DANS LE TRAVAIL, LA DECISION ET LA RESPONSABILITE — — — — —	1
TEORIJA PRAVA	
Dr. Grzegorz Leopold Seidler, Professor (Lublin)	
IN SEARCH OF A SYSTEM OF UNIVERSAL ANALYSIS OF LAW (Translated from Polish by Teodor I. Podgorac)	15
Todor I. Podgorac, Chargé de cours	
L'ECOLE DU DROIT NATUREL — — — — —	34
KRIVIČNO PRAVO	
Dr. Bora Čejović, Professeur titulaire	
LA POLITIQUE PENALE DU LEGISLATEUR DANS LA REFORME DE LA LEGISLATION PENALE — — — — —	49
PORODIČNO PRAVO	
Zoran Ponjavić, Teaching Assistant	
ON DIVORCN BLAME — — — — —	67
STVARNO PRAVO	
Dr. Dragoljub Stojanović, Professeur titulaire	
LA NOUVELLE CONCEPTION DE LA POSSESSION — — — — —	79
Mr Radmila Kovačević-Kuštrimović, Assistant (Niš)	
LES SERVITUDES REELLES D'APRES LA LOI SUR LES FONDEMENTS DES RAPPORTS DE PROPRIETE — — — — —	93
Dr. Alojz Finžgar, Professeur titulaire (Ljubljana)	
LES SERVITUDES REELLES LEGALES EXISTENT- ELLES? — — — — —	105
Dr. Miodrag Orlić, Lecturer (Belgrade)	
ACQUISITION OF THE RIGHT TO OWNERSHIP OF REAL ESTATE ON THE BASIS OF CONTRACT — — — — —	114
Dr. Obren Stanković, Professeur titulaire (Beograd)	
DE QUELQUES QUESTIONS CONCERNANT L'ACQUISITION ET LA PROTECTION DE LA PROPRIETE SELON LA LOI SUR LES FONDEMENTS DES RAPPORTS DE PROPRIETE — — — — —	128

PRIVREDNO PRAVO

Dr. Ivica Jankovec, Professor	
RESPONSIBILITY FOR DAMAGE BECAUSE OF NON-FULFILLMENT OF OBLIGATION FROM THE CONTRACT IN ECONOMY — — — — —	139

MEĐUNARODNO PRIVREDNO PRAVO

Dr. Božidar Pavićević, Associate Professor	
CONTRACT ON LEASING — — — — —	157
Dr. Dragomir V. Cerović, Professor	
THE NECESSITY FOR DEVELOPING LAW DISCIPLINES ACCOMPANYING THE REVOLUTION IN SCIENCES AND TECHNICS IN THE UNIVERSITY TRAINING PROGRAMME — — — — —	167

AUTORSKO PRAVO I PRAVO INDUSTRIJSKE SVOJINE

Božin Vlašković, Teaching Assistant	
SOME CHANGES OF PATENT SYSTEM IN DEVELOPING COUNTRIES WITH A REVIEW OF PARIS CONVENTION	175
Slobodan M. Marković, Teaching Assistant	
THE LAW ON SEQUENCE IN COPYRIGHT — — — —	192

PROCESNO PRAVO

Dr. Vladimir Vodinelić, Professeur titulaire (Kragujevac)	
DE L'OEUVRE LA PREUVE REELLE DANS LA PROCEDURE PENALE ET DANS LA SCIENCE CRIMINELLE	211
Dr. Mitar Kokolj, Chargé de cours (Mostar)	
APERÇU DE QUELQUES QUESTIONS CONCERNANT LA NECESSITE D'INSTAURER UN JURY QUALIFIE — —	231
Dušica Palačković, Teaching Assistant	
SPECIAL QUESTIONS OF INFLUENCE OF CRIMINAL SENTENCE ON LITIGATION PROCEEDINGS — — —	243

UPRAVNO PRAVO

Nevenka M. Bačanin, Teaching Assistant — — — — —	261
POSITIVE LEGAL NOTION OF "ADMINISTRATION" IN SFRY — — — — —	261

PRAVNA ISTORIJA

Marko Pavlović, Teaching Assistant	
SERBIAN PRELIBERALISM — — — — —	279

BELEŠKE

Letopisne beleške školske 1979/1980 i 1980/1981 — — — — —	293
Rad Saveza socijalističke omladine na fakultetu — — — — —	295

КОЛЕКТИВНИ РАД, ОДЛУЧИВАЊЕ И ОДГОВОРНОСТ

1. — Колективни рад и одлучивање саставни су део бића политичке демократије, знак њеног препознавања и услов без кога демократије нема. Политичка демократија је најпре супротна личној власти и, уопште, власти мањине над већином. Власт већине, пак, институционално се организује помоћу колективних органа и институција за вршење власти. У томе је прво демократско значење захтева за колективношћу у политичком одлучивању.

Но, сами по себи колективни рад и одлучивање нису поуздана гаранција демократских односа у друштву. Ако колективни орган власти врши власт у интересу уског круга друштвених моћника, онда је овај по себи демократски принцип постао средство олигархијске владавине. Власт се онда врши на истим аутократским принципима као и у случају када је концентрисана у рукама појединаца. За демократско вршење власти суштинско је питање однос друштво-власт. Нема демократизације власти без истинског учешћа већине у политичком одлучивању. И како је већину тешко организационо-технички учинити владајућом, то се демократски захтев владавине већине спроводи тако што се од колективних органа и тела захтева да буду континуирано и чврсто повезани са својом друштвеном основом из које проистичу и у чије име врше власт. У томе је друго и суштинско значење принципа колективног рада и одлучивања.

Управо се по том другом значењу и својству колективни рад и одлучивање у социјалистичком самоуправном друштву разликују од заједничког рада и одлучивања који постоји у државним и партијским органима и друштвеним телима у друштву у коме нема социјалистичког самоуправљања. У таквом друштву, чак и када у раду колективних органа и тела постоји пуна равноправност свих њихових чланова, нема колективног рада, пошто се ти органи и тела конституишу и раде на принципу политичког репрезентовања, пошто је, моментом њиховог избора, прекинута свака радна повезаност између њих и друштвених средина које су их изабрале и из којих потичу. Колективног рада и одлучивања по-

тенцијално може бити само код делегатски конституисаних органа и тела који раде на делегатском принципу, који су континуирано радно повезани са својом друштвеном основом.¹ Тако посматран принцип колективног рада и одлучивања саставни је део бића делегатског система, одн. делегатског односа. А то даље значи да колективни рад и колективно одлучивање „заправо, и није нешто сасвим самостално, није садржај који је могуће сасвим издвојити из укупних самоуправних процеса и односа. То је, у ствари, други израз за активно, организовано, стваралачко и са опредељујућом улогом судјеловања радника и других људи — личним изјашњавањем, путем делегација и делегата, јавних расправа и кроз све облике комуницирања — у изграђивању политике, припремању и доношењу одлука о свим друштвеним пословима. Стога је **неиздвојив** дио интегралног самоуправног живота, ма колико да је и **посебан** дио, посебан аспект њихов.”²

2. — Захтев за применом колективног рада и одлучивања, из кога неизбежно следи и колективна одговорност, произишао је у нас из настојања за доследним подруштвљавањем политичког одлучивања и развијања свих демократских могућности које садржи делегатски систем одлучивања, као „кичмени стуб” социјалистичке самоуправне демократије. Тај захтев, дакле, произлази из саме природе самоуправног делегатског односа. У контексту тог односа, као његов органски део, принцип колективног рада и одлучивања има ту функцију да омогући што потпунију интеграцију система политичке власти и политичког одлучивања са самоуправном друштвеном основом. Колективни рад и одлучивање имају за циљ да омогуће стварно одлучивање организоване радничке класе и свих радних људи, превазилажење одлучивања у њихово име. Они су средство демократизације односа у сфери вршења власти и управљања друштвеним пословима. Принцип колективног рада и одлучивања само је једна од нарина у процесу самоуправног подруштвљавања политике, брана издвајања и осамостаљивању политичке сфере из укупних друштвених односа, посебно оних у удруженом раду, брана конституисања политике као посебне друштвене функције и брана ширењу политичког професионализма. Колективни рад и одлучивање један је у низу демократских инструмената који има управо за циљ да омогући превазилажење одвојености политичке сфере, да укине политичко отуђење и омогући интегрисање политике са другим подручјима друштвеног живота и рада. Због тога су колективни рад и одлучивање природни облик организовања и начина рада органа и тела изабраних на самоуправно-делегатској основи, одн. органа и тела који полажу рачун и сnose одговорност пред самоуправним делегатским органима и телима.

Принцип колективног рада и одлучивања има двојак циљ: прво, да омогући унутрашњу демократизацију односа у колектив-

¹ М. Шуковић, „Узајамна условљеност колективног рада и демократичности политичког живота”, *Колективно одлучивање и одговорност*, Београд, 1979, стр. 321.

² М. Шуковић, *оп. цит.*, стр. 322.

ном органу, одн. телу, друго, да онемогући одвајање носилаца друштвених функција од социјално-класне друштвене основе коју представљају и која им је дала пуномоћје за вршење тих функција.

Као што рекосмо, први циљ принципа колективног рада и одлучивања је да омогући унутрашњу демократизацију односа у колективном органу, одн. телу. Овим начелом се, наиме, демократски политички односи који владају у бази друштва преносе у делегатска тела и органе, одн. у тела и органе који одговарају делегатским телима, чиме се довршава изградња друштвено-политичког система на доследно истим основама на којима се заснива читав систем. А таквим односима супротна је статусно и нормативно јача позиција једног (или неколицине) члана (или чланова) колективног органа према осталим члановима. Такво решење нужно уноси елементе неједнакости, надређености и хијерархије у иначе демократски конституисаним колективним органима и телима и стално је искушење за настајање бирократских друштвено-политичких односа.³ Колективни начин рада и одлучивања, институционално разрађен и примењен, управо значи отклањање могућности бирократизовања носилаца политичких и других друштвених функција, отклањање могућности отуђивања ових од аутентичних самоуправних интереса чији су представници и које су позвани да остварују. Уместо индивидуализованог председника политичког органа, одн. тела, који се често идентификују с политичком функцијом, а ова с институцијом (органом, телом) иступа колектив, целина, који усмеравање друштвених кретања и управљање друштвеним пословима врше као што сваки други радни колектив врши друштвено-користан посао ради чијег је вршења и основан. Тако схваћен, колективни рад и одлучивање је средство борбе против форумске хијерархије и монополизације моћи појединаца или ужих група у оквиру форума. Али, колективни рад и одлучивање, остварујући овај свој први циљ, су и снажно средство борбе за деперсонализацију и демонополизацију власти, одн. политике. Власт, одн. политичке функције врше демократски изабран колектив, међу чијим члановима нема хијерархијски виших и надређених. Питање председавајућег колектива је унутрашње организационо питање колектива, то је „пословничко питање“, а не самостална политичка функција, док је председавајући у колективу само *primus inter pares*, па и то је за одређено и, по правилу, кратко време. Колективни орган је, на тај начин, један колегијум једнаких и равноправних. Сваки његов члан је другом колега, човек који има исто делегатско пуномоћје за вршење своје функције.

Ова колективизација политичког одлучивања има у коначној перспективи за циљ социјализацију политичког одлучивања, што је други циљ принципа колективног рада и одлучивања. То је истовремено и крајњи циљ владавине радничке класе, диктатуре пролетаријата, који значи коначно укидање одвојености политичке

³ Видети: Р. Ратковић, „Колективно одлучивање и демократизација политичких функција“, *Колективно одлучивање и одговорност*, Београд, 1979, стр. 305.

од друштвене сфере, коначно укидање политичког отуђења. Овај циљ принципа колективног рада и одлучивања најпре значи, као што смо видели, деперсонализацију политичких функција, иступање колектива, „тела“, испред појединца, а потом утапање колектива, „тела“ у друштво. Усмеравање друштва и управљање друштвеним пословима је један аутентично друштвени чин који, остављајући по страни организационе облике, суштински преузима на себе и врши га друштво. Друштво које само собом управља. Тако колективни рад и колективно одлучивање долазе до крајње тачке и логичке границе у свом доследном остваривању — до самоуправљања друштва собом. Самоуправљање је тако најразвијенији и најбогатији облик колективног рада и одлучивања.

3. — Колективни рад и одлучивање нужно повлаче за собом и колективну одговорност органа или тела у којима се принцип колективног рада и одлучивања остварује. Колективна одговорност значи да је субјект одговорности за одређено колективно деловање колектив, одн. целина. Колективни орган сноси политичку одговорност пред својом делегатском изборном базом, одн. друштвеном основом из које потиче и која га је конституисала, или пред делегатским самоуправним телима (скупштина друштвено-политичке заједнице, раднички савет организације удруженог рада, скупштина самоуправне интересне заједнице и сл.). Оваквим институционализовањем политичке одговорности (нас, разуме се, у оквиру уставног права занима само такав облик одговорности) постиже се то да се колективни орган, одн. тело максимално обавезе на вођење рачуна о друштвеним ефектима одлука које доноси. Институционално, колективна одговорност је изводљива једино ако се веже за колективни орган, а не за целокупну друштвену основу из које он произлази, јер би то значило разводњавање сваке одговорности. Разуме се да је демократски корелат такве одговорности **право на оставну**, које колективни орган има у случају када његова друштвена основа, одн. самоуправно делегатско тело, инсистира на једној одлуци, при чему није у стању да сагледа њене друштвено негативне ефекте, којих је, иначе, колективни орган свестан. Разуме се, колективна одговорност не би требало да искључи и личну одговорност за учешће у доношењу колективне одлуке, одн. она би требало да искључи одговорност оног члана колектива који у доношењу одлуке није учествовао или јој се супротстављао. Такво решење само доприноси квалитету колективног одлучивања и спречава могућност доношења „нецелисходних и противправних одлука”.⁴ Другим речима, и овде би требало да нађе примену старо демократско начело да свако одговара за сопствени рад. А то значи „да колективни орган треба као такав, тј. као колектив, да одговара за оно што је урадио као такав, а да његови чланови треба да одговарају за оно што су сами они лично урадили, поред своје одговорности као чланова колектива. Другим речима, (...) у нашем друштву треба остварити

⁴ Р. Д. Лукић, „Колективна одговорност и појединац”, *Колективно одлучивање и одговорност*, Београд, 1979, стр. 350—351.

двојну одговорност — колектива за рад колектива као целине и појединца за лични рад у тој целини".⁵

4. — Институционално уграђивање принципа колективног рада, одлучивања и одговорности извршено је уставним амандманима од 1981. Ово уставноправно институционисање колективног рада, одлучивања и одговорности извршено је на два начина. Најпре је, полазећи од идејних и политичко-правних постулата уставног система у целини, одређен друштвено-политички смисао, одн. садржина односа у колективном раду, одлучивању и одговорности. Реч је о посебном квалитету односа у одлучивању, односа у вршењу функција држава власти (законодавне, извршне и судске) и самоуправних функција, тј. реч је о успостављању у суштини делегатских односа у вршењу свих функција државне власти и самоуправних функција. На овом нивоу принцип колективног рада, одлучивања и одговорности уставноправно је институционисан и тако што су у облику општих принципа утврђени уставноправни инструменти за његово спровођење — дужина трајања мандата и ограничење поновног избора, одн. именовања носилаца свих самоуправних, јавних и других друштвених функција. Други начин, одн. ниво уставноправног институционисања принципа колективног рада, одлучивања и одговорности односи се на установљавање дужине трајања мандата и начина ограничења поновног избора, одн. именовања носилаца конкретних функција.

Утврђивање друштвено-политичког смисла и садржине начела колективног рада, одлучивања и одговорности у нашим уставима не значи, у ствари, уношење никаквих формалних промена у првобитне текстове устава од 1974. Таква начела виртуелно су садржана у основним начелима југословенских устава од 1974, а исто тако иманентна су и јединственим основима друштвено-политичког система, посебно одредбама о организацији и функционисању делегатско-скупштинског система у друштвено-политичким заједницама. Тај друштвено-политички смисао своди се на то да сви носиоци самоуправних, јавних и других друштвених функција, сви колективни органи и колективна тела црпу своју снагу из непосредне повезаности са својом делегатском основом, чије су интересе позвани да остварују у оквиру својих права и дужности. Делегатску основу, пак, чини радничка класа и сви радни људи организовани у своје основне самоуправне организације и заједнице. Тај смисао сви уставни амандмани на југословенске уставе од 1974. изражавају на следећи начин: „Сви органи власти и самоуправљања и други носиоци самоуправних, јавних и других друштвених функција обезбеђују, у оквиру својих права, дужности и одговорности, остваривање интереса радничке класе и свих радних људи у друштвено-економским и политичким односима социјалистичког самоуправљања, а посебно у делегатском систему и услове за остваривање права, обавеза и одговорности радних људи и грађана у самоуправним и другим организацијама и зајед-

⁵ Р. Д. Лукић, *оп. цит.*, стр. 353. Исто и Ђ. Ј. Цаца, „Одговорност у колективном одлучивању”, *Колективно одлучивање и одговорност*, Београд, 1979, стр. 341.

ницама и друштвено-политичким заједницама". На истој линији остваривања и јачања делегатских односа у одлучивању и вршењу функција власти и самоуправних функција су и следеће две одредбе уставних амандмана од 1981, које садрже сви југословенски уставни амандмани од те године: „Сваки члан колективног органа који је овлашћен да учествује у раду других органа и тела дужан је да, сагласно начелима делегатског система, поступа у складу с овлашћењима, смерницама и ставовима тог органа”; „Сви органи власти и самоуправљања и други носиоци самоуправних, јавних и других друштвених функција дужни су да своја права и дужности врше тако да се омогућава остваривање друштвене контроле над њиховим радом”.

Уставни амандмани утврђују два инструмента за остваривање принципа колективног рада, одлучивања и одговорности. То је, најпре, дужина трајања мандата носилаца самоуправних, јавних и других друштвених функција. То је „само прва и елементарна мера у остваривању принципа колективног рада и руковођења”. Општи уставни принцип савезних уставних амандмана је лимитирање горње границе трајања мандата носилаца самоуправних, јавних и других друштвених функција на време до четири године. Ово решење прихвата једна половина републичких уставних амандмана (Црна Гора, Србија, Хрватска), као и уставни амандмани САП Војводине, док уставни амандмани друге половине република (Босна и Херцеговина, Македонија, Словенија), као и уставни амандмани САП Косова фиксирају трајање мандата на четири године (носиоци функција бирају се, одн. именују на време „од” четири године, ако за поједине од њих уставом није друкчије одређено). Могућност скраћивања дужине трајања мандата средство је јачања колективне одговорности. Уколико је мандат носилаца самоуправних, јавних и других друштвених функција краћи, онда се чланови колективног органа, одн. тела, мање ослањају на индивидуалне функционере, а сваки члан органа, одн. тела, сматра се подједнако одговорним за рад тог органа, одн. тела. То, исто тако, доприноси и јачању унутрашње кохезије колектива, пошто овај тада постаје јединственији. Колектив, на тај начин, постаје све више једно, а све мање скуп појединаца. Није потребно посебно истицати да је овај инструмент начела колективног рада, одлучивања и одговорности снажно средство демократизације кадровске политике и сталног ширења кадровске основе за носиоце самоуправних, јавних и других друштвених функција. Њиме се знатно отвара процес депрофесионализације социјализације политике.

Други инструмент јачања принципа колективног рада, одлучивања и одговорности је ограничавање поновног избора, одн. именовања носилаца самоуправних, јавних и других друштвених функција. Општи принцип савезних уставних амандмана је да „изабрани и именовани функционери и други носиоци самоуправних, јавних и других друштвених функција за које је то одредио устав, ста-

⁶ Н. Пашић, „Смисао и актуелне дилеме колективног одлучивања и одговорности”, *Марксистичка мисао*, 2, 1970, стр. 143.

тут или закон, могу бити бирани, односно именовани, највише два пута узастопно на исту функцију, ако за поједине од њих уставом није друкчије одређено". Дакле, толерише се само један узастопни реизбор, одн. два узастопна избора. Исто решење усвајају уставни амандмани три наше републике (Хрватске, Словеније и Србије), као и обе аутономне покрајине. Уставни амандмани друге три републике (Босне и Херцеговине, Црне Горе и Македоније) предвиђају да до поновног избора, одн. именовања, може доћи изузетно и по посебном поступку. Тиме је најпре други узастопни избор доведен у питање, одн. условљен посебним поступком. У посебном поступку оцењује се да ли постоје оправдани разлози за поновни избор, одн. именовање. Ограничење поновног избора, одн. именовања, значи институционално одстрањивање сваког монопола на друштвене функције (самоуправне, јавне и друге друштвене функције). У основи овог инструмента омогућавања колективног рада и одлучивања лежи иста друштвено-политичка логика којом је инспирисано и скраћивање дужине трајања мандата носилаца друштвених функција. Поновни избор, одн. именовање (реизборности), нису стога у складу с овом логиком, те се због тога могућности поновног избора, одн. именовања ограничавају. У неким решењима садржаним у уставним амандманима (на пример, уставни амандмани на Устав СР Хрватске) поновни избор, одн. именовање, увек се везује за „образложени предлог“, чиме се жели нагласити да се понављање мандата условљава позитивном оценом рада у претходном мандатном периоду вршења самоуправне, јавне или друге друштвене функције, одн. да подлеже конкуренцији способности у поступку поновног кандидовања. Друштвено-политички смисао ових инструмената претпоставља и ограничење, одн. забрану сваке кумулације друштвених функција, као и свако хоризонтално „премештање“ с једне на другу друштвену функцију. Све су то средства борбе против професионализације и бирократизације вршења самоуправних, јавних и других друштвених функција.

Већ смо истакли да колективни рад и колективно одлучивање имају за последицу колективну одговорност. Стога су уставни амандмани од 1981. на нивоу општих принципа установили и ову компоненту и неминовни „наставак“ и „производ“ колективног рада и одлучивања. Уставни принцип колективне одговорности, јединствено утврђен у свим уставним амандманима, гласи: „Сваки члан колективног органа лично је одговоран за свој рад и, у складу са својим правима и дужностима, за рад и одлуке тог органа“. Проглашавајући колективну одговорност као општи принцип рада органа који колективно раде и одлучују, уставни амандмани унели су нужна разграничења између колективне и личне одговорности. Уставноправно изражена, колективна одговорност значи одговорност сваког члана колективног органа, одн. тела, у складу с његовим правима и дужностима, за рад и одлуке тог органа, одн. тела. Она је последица чињенице што колективни орган, одн. тело, ради и одлучује на седници и што су одлуке и целокупна активност колективног органа, одн. тела, резултат деловања свих његових чланова. Ако члан колективног органа, одн.

тела, не жели да такву колективну одговорност сноси, он има право да поднесе оставку и да је образложи. Но, како је овако одређена колективна одговорност сувише апстрактна и погодна за искључење личне одговорности, одн. како је погодна да послужи као параван иза кога се крије лична неодговорност у степену који је у несразмери с личним „учинком“ за који се сноси одговорност, то уставни амандмани најпре проглашавају сваког члана колективног органа лично одговорним за његов рад. Дакле, лична и колективна одговорност не посматрају се у смислу уставних амандмана одвојено, већ као саставни део одговорног вршења самоуправних, јавних и других друштвених функција. Колективна одговорност стога не искључује личну, нити лична одговорност може заташкати колективну.⁷ На исти начин овај принцип формулисан је и у одељку IV Основних начела и чл. 95, ст. 1. Устава СФРЈ, као и одговарајућим одредбама републичких и покрајинских устава од 1974.

Већ смо истакли да ови уставни инструменти омогућавања колективног рада, одлучивања и одговорности нису сами себи сврха. Њихова је сврха, да још једном подвучемо, много шира: да омогуће самоуправно одлучивање свугде где се доносе друштвене, одн. политичке одлуке. Таква могућност створена је делегатским односом између самоуправне друштвене базе и органа, одн. тела, у коме се доносе друштвене одлуке. Али, да би се овакав однос могао остваривати потребно је онемогућити да се појединац или уже тело у оквиру ширег делегатског тела или орган друштва који одлучује у име друштва бирократизују, тј. стекну неке посебне, несамоуправне интересе, које остварују под видом заједничких и самоуправних интереса. Средства за остваривање тих задатака управо су скраћивање дужиће трајања мандата носилаца самоуправних, јавних и других друштвених функција и ограничавање могућности поновног избора истих лица за вршење тих функција. Разуме се да то нису и једина средства која доприносе остваривању овог општег задатка. Једно од моћних средстава за остваривање колективног рада и одлучивања, односно за самоуправно одлучивање, је и „разрешење“ носилаца самоуправних, јавних и других друштвених функција свих друштвених привилегија. Друштвена функција не може бити извор друштвених привилегија. Ово средство подруштвљавања политике, које су применили париски комунари, Маркс је врло високо оценио у **Грађанском рату у Француској**.⁸ Међутим, овај захтев тешко је уставноправно спровести, те је због тога његово остварење у друштвеној пракси ствар одговарајуће законодавне политике и нарочито делатности субјективних снага организованих у оквиру друштвено-политичких организација. Сврха поменута два инструмента уставних амандмана за јачање колек-

⁷ Видети: М. Бошковић, „Свеобухватност колективног рада, одлучивање и одговорности“, *Наша законитост*, 2, 1980, стр. 29.

⁸ К. Marks, F. Engels, *Изабрана дела*, I, Београд, 1949, стр. 496—497: „Почевши од чланова Комуна па наниже, јавна служба морала се вршити уз радничку надницу. Све повластице државних великодостојника као и њихова примања за репрезентацију ишчезли су заједно с тим великодостојницима. Јавна звања престала су да буду приватна својина, креатура централне владе“.

тивног рада и одлучивања је одстрањивање фетишког карактера политике и политичких функција, као и замењивање ауторитета функције ауторитетом рада и стварних способности. Без тих институционалних претпоставки нема подруштвљавања политике ни одумирања државе.

5. — Уставни амандмани од 1981. на изложеним општим начелима уставноправно су институционализовали начело колективног рада, одлучивања и одговорности и у вршењу конкретних функција у појединим органима државне власти: законодавним, политичко-иницијативним и координативним, извршним, управним, судским, као и уставним судовима. Уграђивање истих принципа у вршење одговарајућих функција самоуправних органа и тела, као и тела друштвено-политичких, друштвених организација и удружења грађана предмет је самоуправних општих аката самоуправних организација и заједница, односно аката друштвено-политичких, друштвених организација и удружења грађана.

Реч је најпре о функцији председника скупштина друштвено-политичких заједница. Уставни амандмани свих република, изузев, Словеније и Србије, предвиђају да мандат председника скупштине друштвено-политичке заједнице траје годину дана, с тим да иста лица не могу бити поново бирана на исту функцију у току трајања мандата делегата у тим скупштинама (Босна и Херцеговина, Хрватска), односно с тим да иста лица не могу бити бирана на ту функцију два пута узастопно (Црна Гора, Македонија, Војводина, Косово). Уставни амандмани Словеније и Србије не уређују посебно ово питање, препуштајући тако његово уређивање статутима, односно другим општим актима (скупштинским пословницима), у складу с уставом. Уставни амандмани скоро свих република (изузев Словеније и Србије) и обе аутономне покрајине утврђују да мандат председника и потпредседника републичких и покрајинских скупштина, као и председника скупштинских већа траје годину дана, с тим да иста лица не могу бити бирана на ту функцију у току трајања мандата делегата у односним скупштинама, а у уставним амандманима Црне Горе, Македоније, Војводине и Косова — ни два пута узастопно. Уставни амандмани Србије предвиђају да се председник и потпредседник Скупштине СР Србије бирају на време од једне године и да могу бити бирани узастопно на исту функцију, док мандат председницима већа траје две године и они могу исто тако бити још једанпут узастопно бирани на исту функцију. Уставни амандмани Словеније не регулишу питање трајања мандата функционера Скупштине СР Словеније, нити садрже одредбе о ограничењу поновног избора истих лица на те функције, из чега се може закључити да ће се као и до уставних амандмана та питања у СР Словенији уредити Пословником Скупштине СР Словеније. Уставни амандмани на Устав СФРЈ предвиђају да мандат председника и потпредседника Скупштине СФРЈ, као и председника већа Скупштине СФРЈ траје годину дана и да се ови функционери Скупштине СФРЈ бирају сваке године из друге републике, односно аутономне покрајине.

Друга функција чије се вршење моделира у складу с начелом о колективном раду, одлучивању и одговорности јесте функција председника председништва републике, односно аутономне покрајине. У скоро свим републикама, осим у Словенији и Србији, и у обе аутономне покрајине председник председништва републике, односно аутономне покрајине бира се за време од једне године и не може бити поново изабран на исту функцију у току истог мандатног периода (Босна и Херцеговина, Хрватска), нити два пута узастопно у два мандатна периода (Црна Гора, Македонија, Косово, Војводина). Исто толико траје мандат председника председништва и у Словенији и Србији, али с тим што у Словенији председник може бити биран највише два пута узастопно на ту функцију, а у Србији још једном узастопно на исту функцију. Републички уставни амандмани разликују два система избора председника председништва републике. Према првом систему, примењеном у Босни и Херцеговини, Црној Гори, Македонији и Србији, председника председништва бира председништво из реда својих чланова. Исто решење усвајају и обе аутономне покрајине. Једино у Македонији председник Председништва бира се на предлог Социјалистичког савеза радног народа Македоније. Други систем примењен је у Хрватској и Словенији и по њему председника председништва бира републичка скупштина, с том разликом што Сабор Хрватске то чини на предлог Социјалистичког савеза радног народа Хрватске. Прво решење садржи и Устав СФРЈ (чл. 327, ст. 1), с тим што се председник Председништва СФРЈ бира за време од годину дана „по редоследу утврђеном пословником о раду Председништва СФРЈ“.

Највеће разлике у вези с институционисањем принципа колективног рада, одлучивања и одговорности постоје код функције председника колективног извршног органа скупштине друштвено-политичке заједнице, док је код чланова тих органа, као и код функционера који руководе радом органа управе та разлика минимална. Најпре треба истаћи да преовлађује решење према коме се чланови извршних органа скупштина друштвено-политичких заједница и функционери који руководе радом органа управе бирају на време од четири године, с тим што могу бити бирани, односно именовани још једанпут узастопно на исту функцију (Словенија, Србија, Косово, Војводина), односно могу бити бирани на исту функцију изузетно, по посебном поступку (Босна и Херцеговина, Црна Гора), односно на образложени предлог (Хрватска), односно ако за то постоје оправдани разлози (Македонија). Што се тиче функције председника извршног већа, ту постоје три решења. Према првом, мандат председника извршног већа траје две године и исто лице не може поново бити изабрано на исту функцију. Ово решење усвојено је у Босни и Херцеговини, Црној Гори и на Косову. Према другом, председник извршног већа бира се за време од две године и исто лице може бити бирано највише два пута узастопно на исту функцију. Ово решење усвојено је у Хрватској и Војводини, с тим што се у Хрватској поновни избор везује за образложени предлог. Најзад, према трећем решењу, председник извршног већа бира се за време од четири године и исто лице не може поново бити иза-

брано на исту функцију. Ово решење усвојено је у Македонији, Словенији и Србији.⁹ То треће решење усвојено је и у уставним амандманима на Устав СФРЈ.

У вези с применом начела колективног рада, одлучивања и одговорности је и питање да ли председник извршног органа скупштине друштвено-политичке заједнице треба да задржи мандаторска овлашћења, тј. да ли у вези са саставом, организацијом и радом извршних већа задржати установу мандатора. Наиме, према уставним решењима која су постојала у федерацији и свим нашим републикама и аутономним покрајинама до уставних амандмана, председник извршног већа био је мандатор — он је предлагао чланове извршног већа и његова оставка повлачила је, по правилу, оставку извршног већа у целини. С разлогом је уочено да мандаторски карактер функције председника извршног већа не одговара идеји о колективном раду, одлучивању и одговорности.¹⁰ Због тога је у неким решењима, садржаним у уставним амандманима, институција мандаторства или сасвим напуштена (Босна и Херцеговина, Црна Гора, Косово, Војводина) или знатно ублажена (Хрватска, Македонија). Институција мандаторства незнатно је ублажена и у уставним амандманима на Устав СФРЈ на основу следеће одредбе: „Претходни поступак предлагања кандидата за избор председника и чланова Савезног извршног већа спроводи се у Социјалистичком савезу радног народа Југославије“. Но, у суштини председник Савезног извршног већа и даље је мандатор пошто задржава следећа три битна мандаторска овлашћења: 1) он већима Скупштине СФРЈ предлага за избор чланове Савезног извршног већа „на основу мишљења комисије Скупштине СФРЈ за избор и именовања“ (чл. 348, ст. 2. Устава СФРЈ); 2) он има право да већима Скупштине СФРЈ предложи разрешење од дужности појединих чланова Већа и избор нових чланова (чл. 349, ст. 4); 3) оставка или разрешење од дужности председника Савезног извршног већа повлачи оставку, односно разрешење целог Већа (чл. 349, ст. 5). У ублажавању мандаторства јединствено решење садрже уставни амандмани

⁹ Образложење оваквог решења, дато у Образложењу Нацрта амандмана на Устав СР Србије гласи: „С обзиром на његову улогу и задатке, Веће се формира као политичка и стручна, хомогена и одговорна екипа, која треба да делује јединствено и ефикасно у спровођењу политике и извршавању закона, одлука и других општих аката. Стога, задржавање постојећег концепта Извршног већа, који није довољен у питање у досадашњим расправама, налаже да се утврди исто трајање мандата за председника и чланове Већа, јер се не би могло наћи логично решење за различито трајање мандата председника и чланова Већа.“

¹⁰ О примени начела колективног рада, одлучивања и одговорности у раду извршних органа скупштине друштвено-политичких заједница постоји неколико радова. Видети: А. Фира, „Досадашња искуства колективног рада и одлучивања у органима извршења у друштвено-политичким заједницама“, у *Колективно одлучивање и одговорност*, Београд, 1979, стр. 354—364; Б. Трифуновић, „Колективно одлучивање у извршним органима скупштине друштвено-политичких заједница“, у *Колективно одлучивање и одговорност*, Београд, 1979, стр. 365—376; И. Меџановић, „Извршна вијећа и колективно одлучивање“, *Наша законитост*, 2, 1980, стр. 63—67; И. Бекић, „Органи управе у функцији унапређивања колективног рада, одлучивања и одговорности“, *Наша законитост*, 6, 1980, стр. 5—22; Ч. Грбић, „Колективно одлучивање и лидерство“, *Наша законитост*, 2, 1980, стр. 14—15.

на Устав Хрватске. Према том решењу, оставка или разрешење председника Извршног вијећа Сабора повлачи за собом обавезу разматрања рада Извршног вијећа у целини од стране Сабора, док оставка већине чланова Извршног вијећа повлачи и оставку Већа у целини. Институцију мандаторства у организацији и раду извршних већа задржавају у неизмењеном облику, у односу на решења устава од 1974, Словенија и Србија.¹¹

Интересантан облик примене начела колективног одлучивања и одговорности у његовом суштинском смислу и значењу садрже уставни амандмани на Устав СФРЈ. Реч је о одредби која гласи: „По истеку две године од избора председника и чланова Савезног извршног већа, Савезно извршно веће, у оквиру својих права и дужности, подноси већима Скупштине СФРЈ извештај о стању у свим областима друштвеног живота, о спровођењу политике и извршавању савезних закона и других прописа и општих аката Скупштине СФРЈ и о свом раду и раду савезних органа управе. Већа Скупштине СФРЈ воде посебан претрес о том извештају, оцењују рад Савезног извршног већа и одлучују да ли ће се изјашњавати о поверењу председнику и члановима Савезног извршног већа.“ Према одредбама Устава СФРЈ, Савезно извршно веће дужно је да извештава већа Скупштине СФРЈ о свом раду (чл. 358, ст. 1), а већа Скупштине СФРЈ могу, у свако доба, под одређеним условима, поставити питање поверења Савезном извршном већу (чл. 360, ст. 1). Цитираним уставним амандманом Савезно извршно веће је обавезано да у средини свог изборног мандата (две године после избора) подноси већима Скупштине СФРЈ извештај одређене садржине, док су већа Скупштине СФРЈ обавезана да о том извештају воде претрес, да оцењују рад Савезног извршног већа и одлучују да ли ће се изјашњавати о поверењу председнику и члановима Савезног извршног већа. Тако је Скупштина СФРЈ добила уставну обавезу да се у двогодишњем интервалу рада Савезног извршног већа изјашњава о потреби верификације мандата председника и чланова Савезног извршног већа. Формулација цитираног уставног амандмана је таква да обухвата изјашњавање о поверењу Савезног извршног већа у целини, али и сваког његовог члана (већа Скупштине СФРЈ „одлучују да ли ће се изјашњавати о поверењу председнику и члановима Савезног извршног већа“), што је начин остваривања колективне одговорности Савезног извршног већа у целини, али и личне одговорности сваког његовог члана. Иначе, обавезу на подношење извештаја извршног већа скупштини на средини мандатног периода извршног већа прецизно одређене садр-

¹¹ Образложење оваквог става дато у Образложењу нацрта амандмана на Устав СР Србије гласи: „Док су други органи и тела конципирани тако да сви њихови чланови колективно обављају функције и послове тих органа и тела, у Извршном већу се стиче, изражава и усклађује низ посебних извршних и управних функција друштвене заједнице. У њему се решава о питањима о којима постоји различит степен познавања и одговорности појединих чланова, а активност Извршног већа у целини јавља се као својеврсна синтеза активности његових чланова са различитим доменом овлашћења и одговорности, као и активности низа других органа за чију узајамну усклађеност, целовитост и адекватност утврђеној политици Скупштине посебну одговорност има председник Извршног већа.“

жине предвиђају само уставни амандмани на Устав САП Војводине, али без обавезе скупштине на оцену рада извршног већа и на одлучивање о томе да ли ће се изјашњавати о поверењу председнику и члановима извршног већа.

Уставни амандмани од 1981. и даље задржавају исту концепцију састава извршних већа, према којој ова имају две категорије чланова: 1) чланове који не руководе радом органа управе (нересорски чланови) и 2) чланови који руководе радом појединих органа управе (ресорски чланови). Према таквој концепцији, извршна већа скупштина друштвено-политичких заједница саставни су део система државне управе, што има да се одрази и на њихов састав. Приликом израде нацрта уставних амандмана и јавне дискусије о њима поново су оживеле расправе о томе да ли извршно веће треба, као колективни извршни орган скупштине друштвено-политичке заједнице, да има ресорску или нересорску организацију.¹²

Што се тиче примене уставних инструмената колективног рада и одлучивања — дужине трајања мандата и могућности ограничавања поновног избора — на правосудне функције, односно на функцију друштвеног правобраниоца самоуправљања, уставни амандмани на Устав СФРЈ и готово сви уставни амандмани република и аутономних покрајина предвиђају да ће се та питања уредити законом. Једино уставни амандмани СР Србије непосредно утврђују да се судије редовних судова, јавни тужилац и други носиоци правосудних функција одређени законом бирају, односно именују, на време до осам година (утврђена је, дакле, само горња граница дужине трајања њиховог мандата) и да могу бити поново бирани, односно именовани, на исту функцију.¹³

Уставни амандмани од 1981. институционализовали су примену начела колективног рада, одлучивања и одговорности и на функцију председника уставног суда. И ту постоје три различита решења. Према првом, председник уставног суда бира се за време од једне године и не може поново бити изабран за вршење исте функције. Ово решење усвојено је у Хрватској, Македонији и на Косову. Према другом, председник уставног суда бира се за време од једне године и може највише два пута узастопно бити биран на ту функцију. Ово решење усвојено је у Словенији и Србији. Према трећем, председник уставног суда бира се за време од две године и не може поново бити биран за вршење исте функције. Ово решење усвојено је у Босни и Херцеговини и Црној Гори. Као и код функције председника Скупштине СФРЈ и председника већа Скупштине СФРЈ, уставни амандмани на Устав СФРЈ комбинују код функције председника Уставног суда Југославије начело колективног рада, одлучивања и одговорности с федералним начелом. Према одредби амандмана, „председник Уставног суда Југо-

¹² Видети: И. Мецановић, *op. cit.*, стр. 66; Б. Трифуновић, *op. cit.*, стр. 374—375.

¹³ Ограничења реизборности, како стоји у Образложењу Нацрта уставних амандмана на Устав СР Србије, нема, „јер се пошло од чињенице да се у овом случају ради о вршењу функција за које је потребна посебна стручност и које представљају животни позив.“

славије бира се из реда судија тог суда на годину дана, сваке године из друге републике, односно аутономне покрајине." Јединствено решење у погледу ове функције садрже уставни амандмани на Устав САП Војводине, према којима се председник Уставног суда Војводине бира за време од четири године и не може поново бити изабран на исту функцију.

Др Ратко МАРКОВИЋ

LA COLLEGIALITE DANS LE TRAVAIL, LA DECISION ET LA RESPONSABILITE

(Résumé)

La principe de collégialité dans le travail et la décision poursuit un double but: d'abord, promouvoir la démocratisation des rapports au sein de l'organe collégial; ensuite, empêcher la séparation des titulaires des fonctions sociales d'avec la base sociale de classe qu'ils représentent et qui les a investis du pouvoir de les exercer. La collégialité dans le travail et la décision a pour corollaire celle de la responsabilité de l'organe ou du corps qui s'est constitué et qui fonctionne selon ce principe. Cette dernière est essentiellement une responsabilité politique de l'organe ou du corps de délégués devant la base délégante d'où il est issu, devant la base sociale dont il émane et qui l'a constitué ou devant les organes autogestionnaires de délégués (assemblées des communautés socio-politiques, conseils ouvriers des organisations de travail associé, assemblées des communautés autogestionnaires d'intérêts, etc.). La responsabilité collective ne doit pas exclure la responsabilité individuelle que chacun endosse en participant à l'adoption des décisions collectives. C'est dire, au-delà, qu'elle ne doit pas exclure la responsabilité des membres du collectif qui n'ont pas pris part à l'adoption des décisions ou qui s'y sont opposés.

Tous ces principes sont devenus des catégories constitutionnelles en vertu des amendements à la Constitution fédérale et aux Constitutions des Républiques et des Provinces adoptés en 1981. Leur institutionnalisation en droit constitutionnel a été accomplie de deux manières. D'abord, on en a défini le sens, le contenu socio-politique, pour mettre au point ensuite les deux instruments de leur mise en œuvre, c'est-à-dire la durée du mandat des titulaires des fonctions sociales et publiques, et la limitation de leur élection ou nomination aux mêmes fonctions.

У ПОТРАЗИ ЗА СИСТЕМОМ СВЕСТРАНЕ АНАЛИЗЕ ПРАВА*

1. Традиционална јуриспруденција на провери

Цењена јуриспруденција се не без опирања братими с другим друштвеним дисциплинама, чије је постојање од неколико деценија неупоредиво кратко према њеној вишевековној традицији. Узвишеност јој повећава чувена Улпијанова изрека *Iurisprudentia est divinarum atque humanorum rerum notitia iusti atque iniusti scientia* (Јуриспруденција је познавање божјих и људских дела, знање о томе шта је праведно, а шта неправедно). Остајући у својој усамљености, успела је да се одупре снажним интелектуалним токовима XIX века, који су устима Comtea, Spensera, а нарочито Маркса, говорили о напретку који проистиче из правилности друштвених промена, које се јављају с гвозденом неопходношћу. Наука права је остала глува на речи „напредак, слобода, праведност“, јер се управо тада потпуно предала служби владајућих класа, које су у другој половини XIX века — у тзв. периоду великих кодифи-

* Из књиге G. L. Seidlera, *Z zagadnien filozofii prawa*, Wydawnictwo Lubelskie, Lublin, 1978, део I. Овај текст је први пут штампан као чланак у: *Annales Universitatis Mariae Curie-Sklodowska*, sectio G, sv. XIV/1967.

G. L. Seidler је рођен 1912. у Станислаову. Правно образовање стекао на Јагјелоњском универзитету у Кракову, где је и докторирао 1938. Студирао такође у Бечу и Оксфорду. После другог светског рата почео научни рад на Јагјелоњском универзитету, специјализирајући се у области историје политичке мисли. Године 1950, као један од организатора Правног факултета у Лублину, прихватио се руководства Катедре теорије државе и права на тамошњем универзитету — Универзитету Марије Кири-Склодовске. Био ректор овог универзитета у годинама 1959—1969. У периоду 1969—1971. вршио функцију директора Института пољске културе у Лондону, а по повратку у Лублин постао управник Завода теорије државе и права и историје политичко-правних доктрина. Уз то, од 1955. заузима место главног уредника публикације *Annales Universitatis Mariae Curie-Sklodowska*. — Развијајући се под утицајем Ј. Ландеа, у уводној речи (Од аутора) у књизи *Przedmarksowska mysl polityczna*, Wydawnictwo Literackie, Krakow 1974, он за свог учитеља каже: „Његово знање, карактер и брига о језику учинили су да он за мене увек остане узор најбољих академских традиција“. (— Примедбе преводиоца Т. П.).

нација — настојале да позитивним правом постигну стабилизацију своје политике и економске владавине. За правника су правне норме остале једини истраживачки материјал. Његова интересовања нису излазила ван тврдње да је суверена власт издала норму. Тај факт је у потпуности оправдавао об(а)везивање норме, јер власт говори језиком норми, и оне једино улазе у област научних интересовања правника. Све што се налазило ван круга правних норми, морало је да буде искључено из правних истраживања, јер је нарушавало чистоту правног виђења. Правници, укупани у свет својих норми, скептично су гледали како на оне који су настојали да пруже етичко оправдање об(а)везујућим нормама, тако и на оне који су иницирали емпиријска истраживања о праву. Посебне приговоре је побуђивала тзв. немачка филозофија права. Њене не увек јасне трактате о етичким основама права James Bryce је називао „пустом логомахијом“ и некорисним интелектуалним напором.¹

Мада се тај исти Bryce са заносом позивао на истраживање друштвених факата као једине основе у стварању теорије — ипак резултати емпиријских истраживања нису могли да прожму оптимизмом правнике, који су се безбедније осећали усред својих позитивних норми. Могуће је било прикупљати у недоглед факте и описивати их, али извођење неких трајних уопштавања која се тичу веза између факата наилазило је на непрелазне тешкоће због постојања много променљивих. Истицано је да динамика друштвене средине делује различито на пластичну природу човека, тако да није могуће стварати никаква уопштавања. И чак ако се изриче уопштавање типа: „уколико је више власт подељена, утолико је мање одговорна“ или „агитација ванпартијаца у време избора повећава број гласача“ — показује се да се та уопштавања тичу одређених услова и — што је важније — свест о таквој тврдњи може да изазове код заинтересованих супротне реакције.

Нико се није пожалио на ксличину скупљеног материјала, али је озбиљне сумње изазивала практична и теоретска корисност тих истраживања. Хиперфактографија при тешкоћама изграђивања проверљивих теорија продубљивала је песимизам и стварала ситуацију у којој су присталице емпиријских метода концентрисале своју пажњу на техникама с(а)купљања и описивања факата, одустајући од теоретских уопштавања.²

Недостатак вере у успешност емпиријских метода у друштвеним наукама изражавају речи Woodrowa Wilsona: „Људски односи, или у породици, или у држави, у трговинској пословници, или такође у фабрици, не могу да буду ни у ком случају предмет научних истраживања, већ само предмет емоционалне оцене (. . .)“³.

Неуспеси емпиријских истраживања у друштвеним дисциплинама нису давали ипак основу за потпун тријумф изоловања јури-

¹ J. Bryce: *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, стр. 619 и сл.

² Интересантне примедбе о емпиријским истраживањима у друштвеним наукама исказује D. Easton: *The Political System. An Inquiry into the State of Political Science*, New York, 1960, стр. 38—78.

³ W. Wilson: *The Law and the Facts*, *American Political Science Review*, бр. 5/1911, стр. 10—11.

спруденције од живота, иако су они нашли ватреног заступника свог става у личности Ханса Келсена. Под јаким притиском захтева позезивање права са животом нашла се пре свега јуриспруденција у Сједињеним Америчким Државама. Пренет из Европе капитализам се показао у том свету безобзирнијим и бруталнијим него у матерњим земљама. Друкчије од традиционалне европске јуриспруденције, која је стала на стражу стабилности и поретка — у Сједињеним Државама право ће веома брзо бити третирано као успешан инструмент деловања у рукама ничим неспутаваног капитализма. Отуда такође за америчку јуриспруденцију као централни проблем остаје питање: Докле је право успешно оруђе управљања и контроле у економском и политичком животу?

Крајем XIX века амерички правници, John Chipman Gray и Oliver Wendell Holmes, истакли су мисао разматрања правне норме у светлу њених последица, при чему се пре свега радило овде о улози судија при њеној примени. Ипак битна промена у традиционалној науци о праву извршена је тек у периоду између два рата, када је Karl Nickerson Llewellyn започео велику кампању против јуриспруденције која се изолује од живота. Тражио је примену емпиријских метода у науци о праву, сматрајући право за „машину“ која је намењена извршавању одређених задатака у друштвеној средини. Захтевао је да се при разматрању правних норми мања пажња обраћа употребљаваним речима, већа пак конкретном понашању људи који делају под утицајем норми.⁴ Називао је „празном кабинетском спекулацијом“ анализирање норми под углом обавезе (тј. интересовање како треба да се понашају судови и друштво), јер се прави смисао права изражава у његовом верификовању друштвеним фактима изазваним правом.⁵

Амерички практицизам, без обзира на своју политичко-друштвену функцију, прекинуо је зачарани круг традиционалне науке о праву. Емпиријски методи су победоносно нападали тврђаву логичко-аналитичке јуриспруденције. Појавили су се нови аспекти права захваљујући истраживању релације између правне норме и фактичког понашања грађана.

2. Нови истраживачки модел

Признато проширивање истраживања у науци о праву, које узима у обзир релацију између правне норме и понашања адресата као резултат мора изазвати нова питања о два другим релацијама.

Прва, коју можемо одредити као психолошко-правну, тиче се везе између правне норме и свести људи који подлежу праву. Овај проблем се односи како на мотивациону страну, или питање из којих побуда се људи подређују праву, тако такође на питање које се тиче последица изазваних у људској свести услед примене права.

⁴ K. N. Llewellyn: Jurisprudence. Realism in Theory and Practice, Chicago, 1962, стр. 39 и сл.

⁵ Ibid., стр. 43, 56, 67.

У другој релацији, основнијој, реч је о вези између одређене политичке ситуације и настанка правне норме. Ова релација захтева извесна објашњења, тим пре што смо традиционално навикли да читав проблем третирамо као извор права и разматрамо у категоријама процедуралних прописа, који се односе на легислативни процес. Међутим и у овом случају такође се намеће потреба проширивања традиционалних истраживања.

Уколико смо зато разматрајући понашање људи под утицајем норми крочили на терен социологије, а при разматрању утицаја норми на свест — у област психологије, утолико смо се, узимајући у обзир релацију између процеса доношења политичких одлука и правне норме, нашли на терену политичких наука.

Знамо да суверена власт или од ње овлашћени органи управљају друштвом и контролишу га помоћу правних норми, које чине основну форму политичких одлука. На овом путу власт утврђује узоре понашања грађана и чиновника, затим ствара основу контроле друштва, најзад ауторитативно намеће друштву систем вредности. Правне норме су официјелна форма политичких одлука, с којима не мора увек укорак ићи политичка пракса. И тако ће нпр. прописи који уводе официјелне ценовнике или проглашавају пуну равноправност грађана бити у супротности с политичком праксом, ако се власти буду мириле са постојањем црне берзе или расне дискриминације. У овом тренутку интересују нас само политичке одлуке изражене у форми правних норми. Оне су условљене динамиком одређене политичке ситуације, која произилази из променљиве узајамне зависности трију елемената који се формирају у њој: 1) политичко-правних институција, у којима се доносе одлуке; 2) индивидуалности оних, који доносе одлуку; 3) мишљења друштва, које се испољава у притиску разних друштвених група на правац одлуке.⁶ На основи тако схваћене политичке ситуације рађа се правна норма, која има за циљ регулисање конкретних друштвених односа.

Неоспорна је истина да је традиционална, изолована од живота, јуриспруденција постала проширена путем истраживања релације између норме и понашања адресата под њеним утицајем. Ипак намеће се неопходност даљег проширивања поља истраживања, а наиме на спомињане везе између правне норме и свести адресата као и на везу између норме и одређене политичке ситуације. Чини се да је ово проширивање истраживања права неизбежно, ако хоћемо свестрано да упознамо друштвену појаву, каква је право, у пуној његовој сложености. Треба бити свестан да онако као што традиционална јуриспруденција остаје под приговором минимализма и изоловања од живота, тако се захтевано проширивање истраживања права може срести с приговором максимализма и „разводњавања“ науке права у другим друштвеним дисциплинама. Ови приговори нису потпуно неосновани, јер се истраживање права преноси на терен социологије, психологије или политичких наука, а онда на сваком пољу срећемо нове појмове, друкчију ис-

⁶ A. F. Bentley: The Process of Government, New York, 1908, стр. 258 и сл.

траживачку технику и посебну терминологију. Поред тога велика количина променљивих, с којима се правник среће у емпиријским истраживањима друштвених појава — лако га може навести на стрампутицу, тим пре што он неће лако моћи савладати тајне свих дисциплина, на чијем терену треба да разматра правну норму. Оту-да такође постоји неопходност изграђивања модела свестраних истраживања права — рекао бих — система вишедимензионалне (wielopłaszczyznowej) анализе права, који би учинио могућом потпуну спознају те појаве, каква је право, и истовремено био врста сита које ригорозно селекционира истраживачку проблематику.

Које услове треба да испуњава предложени модел?

П р в о: главна оса модела или стална тачка ослонца свих истраживања јесте право, то значи или поједина норма, или одређени скуп норми, или такође читав систем права, које намеравамо подврћи свестраној анализи.

Д р у г о: излаз из круга традиционалних истраживања могу одређивати једино главне и непосредне релације између истраживаног права и равни: политичке одлуке, психологије и социологије. Ове узајамне зависности откривају динамику права, која не може бити примећена у статичком схватању традиционалне јуриспруденције.

Т р е ћ е: предложени модел може бити назван системом, ако његова унутрашња конструкција логички буде произилазила из прихваћених основних претпоставки. У том случају непосредне релације одређују три поља ванправних истраживања, динамична тачка виђења пак унапред одлучује о месту и редоследу размештаја тих поља. Ако у центар модела сместимо традиционална истраживања, аналитичко-логичка, онда истраживања у пољу политичких одлука откривају снаге које су довеле до издавања правне норме, истраживања у психолошкој фази тицаће се психичких реакција, и дакле промена у свести друштва као резултат издате норме, међутим социолошка фаза ће обухватити како истраживање понашања адресата, тако и промена у друштвеним односима, које су настале под утицајем примене норме.

Ч е т в р т о: захваљујући тако створеном моделу запажамо појаву „обратне везе“, која иступа сасвим изразито, ако успемо да спроведемо истраживања на свим пољима. Ова појава има места тада, када друштвени односи измењени под утицајем норме, делују на почетну политичку ситуацију, која условљава издавање ове норме.

П е т о: у сваком пољу истраживања треба утврдити основну проблематику; на овај начин стварамо накнадну брану пред опасношћу проширивања истраживања и одређујемо основу за изграђивање одговарајућих истраживачких техника и основне мреже појмова, коју не познаје традиционална јуриспруденција.

Ш е с т о: у потпуном моделу се формирају четири равни, стварајући структуралну целину, која обухвата свестрану анализу права. Реализација модела није проста, јер захтева рад читавих истраживачких екипа и знатну концентрацију средстава и снага. Ништа не стоји ипак као препрека провођења фрагментарних ис-

траживања. У тим случајевима модел ће испуњавати за таква истраживања улогу оријентационе бусоуле и улогу програма за будућа интегрална истраживања, пред којима стоји савремена наука о праву.

После уводног разматрања модела вишестраних истраживања права треба скренути пажњу на основну проблематику појединих истраживачких поља, која проистичу из концепције прихваћеног модела.

3. Фаза политичке одлуке

Традиционално прву фазу истраживања, друкчије говорећи проблеме првог поља, изражавају одељци посвећени тзв. изворима права. Говори се у њима обично о правотворачкој делатности органа власти и изводи се класификација норми у зависности од тога, који орган ју је издао. Ове и овим сличне тврдње су правилне, ипак не објашњавају целину проблема, јер се фаза стварања права тесно повезује с доношењем политичке одлуке. Правна норма је једна од главних форми, у којима се јавља политичка одлука. И као што анализа политичке одлуке захтева детаљна истраживања, то исто се односи на фазу стварања правне норме.⁷ Најпре морамо знати циљеве владајуће групе, која врши суверену власт, или циљеве оних органа, којима је суверена власт предала правотворачка овлашћења. Ипак ограничавање на субјективну страну при издавању политичких одлука није довољно. У овој фази морамо бити свесни ситуације, која постоји у друштвеној средини, на коју је усмерена правна норма.

Уопште говорећи, у свакој средини могуће је разликовати одређене догађаје који делују на друштвене односе и друштвено мишљење о њима. Први могу бити описивани и одређивани статистички са релативно великом прецизношћу. Они се састоје од извесних целина које се називају друштвени факти.⁸ Ипак поред друштвених факата у свакој средини владају одређени погледи, и дакле мишљења о њима. На пример ниска продуктивност рада, која је резултат застарелих уређаја — то је друштвени факт, али погледи, који изражавају оданост традиционалним методима рада и уређајима и који се супротстављају модернизацији — то је мишљење о фактима. Високи проценат рађања то је друштвени факт, али религиозна убеђења која се супротстављају идеји свесног материнства — то је мишљење о фактима. Према томе у средини, на коју је управљена правна норма, морамо разликовати друштвене факте (високи проценат рађања, ниска продуктивност рада, велики број саобраћајних удеса и т. сл.) од друштвеног мишљења, и дакле од људских мишљења о њима.

Друштвени факти се одражавају у свести владајуће групе, која имајући их у виду доноси одређене политичке одлуке, изражене

⁷ О теми стварања политичких одлука уп. S. Zawadzki: *Przyczynki do teorii podejmowania decyzji państwowych*, *Studia Nauk Politycznych*, бр. 1/1975.

⁸ Easton: *op. cit.*, стр. 53.

између осталог у форми правне норме. Владајућа група, делајући у оквирима одређених институција, при доношењу одлуке треба да узима у обзир мишљење друштва. Сви ови елементи творе одређну политичку ситуацију. Наравно, владајући могу да наметну извесне норме, али ако друштво не буде припремљено за њихово прихватање, ефективност примене прописа постаје више но проблематична. Зрела политичка одлука не може да изражава само жеље и намере владајућих, већ мора рачунати с убеђењима оних којима се управља.

Понекад припрема мишљења пре издавања норме траје дуго, да би јој се осигурала успешност, нпр. отпор верника против контроле рађања захтевао је предузимање широкe акције разјашњавања и убеђивања. И обрнуто — зрело, свесно друштво може да врши тако велики притисак на владајућу групу, тако да ће она бити приморана на издавање одређене норме, која узима у обзир жеље средине. Морамо ипак имати на уму, како је то рекао Kenneth E. Boulding,⁹ да једном створено мишљење има тенденцију устаљивања. Устаљује се извесна слика, кроз коју гледамо на поједине догађаје. Она као да испуњава улогу филтера, кроз који пролазе појединачне новости, подлежући деформисању. Трајност устаљених слика нарочито се показује у политичком мишљењу, отуда је дуг и тежак процес формирања назора друштва, ако се хоће да избегну емоционалне реакције. Правна норма, будући основна форма политичке одлуке, изражава степен узајамне зависности међу идејама владајућих и становиштем средине.

Наравно, владајући не могу бити схваћени на исти начин. Доношење одлука се врши на разним нивоима организације државе. То се тиче и правних норми. Постоје затим општедржавне политичке одлуке и одлуке нижих нивоа организације државе (војводских или општинских власти). Поред тога сама владајућа група, овлашћена на доношење одлука, може бити анализирана, нпр. са становишта политичке зрелости, политичке праксе, политичког знања, образовања, идеолошке компактности и т. сл. Истовремено морамо имати на уму, да при формирању друштвеног мишљења прилично велику улогу играју навике, предубеђења, особине карактера средине и. сл. Отуда такође — по мом мишљењу — при стварању правних правила треба да буде узет у обзир елемент времена, да би се спречило механичко остваривање одлука. Узимајући шематски, видим три могућности везане с различитим третирањем елемената времена при издавању правних норми:

а) Правилно узимање у обзир свих услова од стране законодавства. Норме права мобилишу тада читаво друштво за реализацију задатака изражених у праву. У таквим случајевима можемо говорити о норми која потпуно узима у обзир ситуацију средине.

б) Издате правне норме потцењују убеђење друштва. Законодавац не рачуна с нивоом свести друштва и намеће му застарелу концепцију. Тада могу да се појаве знаци апатије и равнодушности, што у крајњим случајевима може довести чак до привредног и политичког хаоса.

⁹ K. E. Boulding: *The Image. Knowledge in Life and Society*, Michigan, 1966.

в) Владајући прецењују свест друштва и одређују му захтеве за које оно није спремно. Овај случај називам прецењивањем ситуације средине. Као последица биће игнорисање закона, примена у широкој мери санкција, а није искључено чак уништавање снага и средстава. Слично као у претходном случају, прецењивање свести друштва може да изазове привредни и политички хаос.

Резултат двеју последњих могућности по правилу је идентичан. Право састављено на неправилан начин реализује намере владајућих. У тим случајевима негативна оцена установљених закона захтева предузимање корака, који ће кориговати неправилну одлуку.¹⁰

Пре преласка на истраживачку проблематику друге равни желим још једном да скренем пажњу на тврдњу, да је правно правило основна форма политичке одлуке. Wolfgang Friedmann користи то одређивање тврдећи, да помоћу правне норме може бити раз/решена супротност између идеје права, којом се изражавају намере владајућих, и друштвене стварности. На пример законодавац за обуздавање самовоље администрације уводи административно судство или предвиђа апелацију обичним судовима на одлуке администрације.¹¹

У схватању W. Friedmanna политички карактер норме почива на томе, да она постаје основни чинилац формирања друштвених односа. Изгледа да је такво постављање ствари само делимично правилно.

Поред формирања друштвених односа — правне норме су главни инструмент контроле друштва и ауторитативно утврђивање система вредности. Свака друштвена група може да буде контролисана и усмеравана само помоћу правних норми, које одређују стандарде и узор понашања и скалу об(а)везујућих вредности.

Тврдња да је правно правило форма политичке одлуке захтева — по мом мишљењу — подвлачење још једне црте, и то основног значаја. Правна норма може бити издата само од стране суверене власти или органа овлашћеног од стране ове власти за правотворачку делатност. При том под „сувереношћу“ власти разумем не само њену потпуну независност споља и унутра, већ сматрам — како сам настојао да докажем — да је неопходан услов њеног постојања опште и стално признање власти као суверене од стране друштва.¹²

Говорећи о акцептацији суверене власти, чиним сада јасно разликовање између признања суверена од стране управљачког апарата и његовог признања од стране друштва. Чиновници свесно и јасно признају ауторитет суверене власти, будући укључени у хијерархијску структуру организације државе. Али друштво најчешће изражава своју акцептацију суверене власти кроз потчињавање одлукама управљачког апарата. Политичка пракса поучава да може да

¹⁰ G. L. Seidler: Marxist Legal Thought in Poland, Slavic Review, бр. 3/1967, св. XXVI, стр. 382—394.

¹¹ W. Friedmann: Legal Theory, London, 1960, стр. 20 и др.

¹² G. L. Seidler: O istocie władzy państwowej, Kraków, 1946, стр. 73—113. уп. такође H. Groszyk: Francuska koncepcja nauki politycznej, Warszawa, 1968, стр. 141—158.

постоји неподударност између акцептације управљача и друштва, нпр. када услед туђе најезде друштво одбија послушност новом апарату власти или када се по победоносној револуцији преноси признање на нови субјект власти, која још није извршила промене у досадашњем апарату. Ипак у нормалним случајевима суверен је признат како од стране управљачког апарата, тако и од стране друштва, а као резултат те акцептације об(а)везује и функционише правни систем, који је главни инструмент контроле и управљања друштвом. Управо овај правни систем, који делује захваљујући општој и сталној акцептацији, биће предмет истраживања у правној равни.

3. О извесним сумњама у кругу традиционалне јуриспруденције

Истраживања самих норми називамо правним истраживањима — то је централна раван истраживања, која је представљала у прошлости, представља сада и представљаће у будућности главни терен рада правника. Једном речју — бавимо се текстом правних норми, које одређују правила људског понашања. Истраживања у овој фази почивају не само на тумачењу и коментарисању норми, већ такође на стварању правних појмова и конструкција и обради системâ права. Ови радови имају у основи карактер аналитичко-критичких истраживања текста норми, при чему су они понекад проширивани упоредним студијама.

Традиционално ограничавање истраживања у науци о праву на анализу и интерпретацију норми и евентуалне упоредне студије доводило је до формално-догматског става, који се у свести друштва везује с ликом сувог, бездушног правника, који живи у затвореном свету норми и правних појмова.

Програмска изолација у науци права може бити делимично схватљива, јер право с обзиром на своју специјалну форму на ту страну управо привлачи пажњу истраживача, који не примећује лако како друштвену условљеност норми, тако и њену функцију. Чисто правничка тачка гледишта се продубљује начином изучавања права. Сматра се, да онај ко завршава студије треба да се одликује савлађивањем правничког заната, и дакле познавањем текстова и умешношћу послуживања средствима, у која се убраја: правни појам, логика и прецизан језик.¹³ Келсен је крунисао ову тачку гледишта својом чистом теоријом права, која је требало да има примену на сваки систем права без обзира на политичко-друштвени систем. На тај начин се наука права — користећи речи Н. Ласког — преобразила из знања о животу у умешност логике.

На другом месту сам писао да је у савременом свету искључивост правног прилаза у науци права анахронизам, јер се притисак економије и политике показао толико јак, да је неоспорно постало проширивање истраживања права.¹⁴

¹³ R. W. M. Dias: Jurisprudence, Лондон, 1964, стр. 12 и сл.

¹⁴ G. L. Seidler: The Teaching of Law and Its Relation to Political, Science and Economics, (u:) Rapports polonais présentés au Septième Congrès International de Droit Comparé, Varsovie, 1966, стр. 282—287.

У разматраном моделу вишестраних истраживања централну раван сам одредио као поље правних истраживања. Чини се да поред развијених истраживања на том пољу стално отворено остаје питање о концепцији права. Без већег претеривања може се рећи да је то најосновнији, али и најспорнији проблем јуриспруденције.

Прихватајући се истраживања на равни правне анализе, ради уношења јасноће треба одредити шта ћемо подразумевати под речју „право“. Пошто су у овој фази истраживања фрагмент комплексних, вишедимензионалних истраживања — зато се начин схватања проблема у осталим равнима мора повезати и узајамно утицати на проблематику равни правне анализе. Овде ћемо се служити речју „право“ у два значења. Једном ће то бити систем права одређене државе, и дакле издат од стране суверене власти или овлашћених органа скуп правних норми, признат и поштован од стране управљачког апарата и друштва. У другом значењу пак под правом ћемо подразумевати поједину правну норму или извесан комплекс норми, дакле фрагмент извесног система.

Правни систем одређене државе живи и добија својство важења захваљујући поштовању и примени права од стране органа власти и грађана. Он функционише не само зато што испуњава формалне услове који се захтевају за издавање правних норми, већ захваљујући потчињавању и признању од стране оних који живе под његовом влашћу.

На систем права можемо гледати **изнутра**, дакле са становишта особе, за коју су норме права узор понашања и мера оцено других. Разабирајући право са унутрашњег становишта проверавамо лично ангажовање, осећамо да смо везани нормама. Оне регулишу наше друштвене односе, на њих се такође позивамо, истичући наше претензије и жеље према другим људима. Користећи језик Петражицког, можемо говорити о личном доживљавању права или — као Herbert L. A. Hart — о рефлексивно-критичком ставу према система права, којем подлежемо.

Независно од унутрашњег гледања на систем, можемо погледати на њ такође **споља**, као са становишта особе која не подлеже нормама система, дакле с позиције неангажованог посматрача.¹⁵ Ова спољашња тачка гледишта карактерише управо истраживања друге равни, дакле правну анализу, која — уопште говорећи — може бити: 1) анализа која објашњава садржину правних норми; 2) историјска анализа, која указује на наредне промене текстова правних норми; 3) анализа која вреднује, која почива на конфронтирању садржине норми с идејама и програмима, који леже у основама система, у којем об(а) везује дати систем права.

Са спољнег становишта можемо оцењивати успешност права, дакле утврдити степен поштовања, можемо чак прогнозировать како ће реаговати органи власти и грађани услед увођења норми. Али тешко би било истраживачу који гледа на систем споља говорити о мотивима акцептирања права. Уколико се спољна тачка гледишта у односу на систем права примењује у истраживањима другог

¹⁵ H. L. A. Hart: *The Concept of Law*, Oxford, 1965, стр. 77—107.

поља, утолико унутрашњи увид у систем налази примену у трећој равни — психолошкој.

Термин „право“ коришћен за одређивање читавог система чини евидентним његову класност како у односу не генезу, тако и функцију. Ипак термином „право“ служимо се такође у циљу означавања поједине норме или извесне групе, на коју се позивамо, говорећи о конкретним обавезама и овлашћењима. Навикли смо да говоримо да је право правило понашања, гарантовано принудом. При том додајемо, да ова правила издаје компетентна власт и према томе принуда има легалан карактер. Према тој дефиницији имамо обавезан узор понашања, наметнут од стране власти, која примењује санкцију у случају нарушавања норме. На тај начин наступа редукција свакаквих правних норми на један тип, да би се удовољило жељи стварања јединствене конструкције у науци о праву. Међутим правне норме, које одређују обавезно понашање под претњом санкције, не исцрпљују све норме одређеног система права. Јер поред норми које рађају обавезу, које Hart назива мандатним, постоје норме, које бих назвао — идући за разумивањем Харта — трансферним. Оне имају ту особину да одређују околности, у којима појединац или органи власти могу формирати правне односе који рађају овлашћења и обавезе. Овде је реч о преношењу моћи, врсти трансфера правотворачких овлашћења суверена на субјекте, који могу стварати обавезе и овлашћења. Норме овог типа нису обавезне нити гарантоване санкцијама, говоре само о условима, када субјекти, зависно од своје воље, могу стварати правне ситуације, нпр. склапање брака, купопродаја, изјава воље.¹⁶ Примена ових норми зависи дакле само од слободне воље појединца или органа. Овде нема примене санкције, а неиспуњавање услова у случају примене трансферних норми само поништава посао са правног становишта.

Скрећући пажњу на извесне аномалије које се тичу основног проблема правне равни, чини се да су оне резултат изоловања и сувишног логицизирања у истраживањима на овом пољу. Више или мање умешне конструкције без повезивања с фактима и потребама живота оптерећују ове радове извештаченим интелектуализмом, који може да буде превазиђен само путем третирања права у његовој динамици.

5. Правно-психолошка равн

Прелазу на следеће поље истраживања, које обично називамо психолошком равни, могу да претходе истраживања метода и средстава, којима се служимо упућујући норме адресатима. Овде се ради не само о каналима, којима се предају правне норме к знању друштва, већ су важни такође: језик, форма, учесталост информације, изрази — једном речју, ради се о начинима и о техници, којом се служи законодавац при обнародовању својих одлука. Да би право постало заиста ствар свакодневног живота, мора да буде

¹⁶ Ibid., стр. 9, 30, 76.

популарисано на одговарајући начин, али истовремено и разумљиво, прихваћено и поштовано од стране друштва.¹⁷

Говорећи о информисању грађана о правним нормама, навикли смо да видимо пре свега адресате, тј. оне, који су дужни да се понашају према узорима садржаним у прописима. Следећа група, то су они који контролишу поштовање норми и, најзад, последњу групу чине они који кажњавају случајеве кршења права.

Како аналитичко-критичка истраживања, тако и тематика која се везује с информисањем адресата о правним нормама, имају за предмет појаве спољнег света, које је могуће описивати, објашњавати, а нарочито оцењивати према прихваћеним мерилима или критеријумима. То је типично виђење и истраживање норми и њихових последица с позиција особе која је са спољне стране система. Када постављамо питања: Којим мотивима се руководе грађани примењујући право? Шта је узрок испуњавања обавеза, које произилазе из правних норми? — од тог тренутка поље наших истраживања се преноси на терен психологије. Крећемо се по равни субјективних осећања, тежећи познавању мотивационе стране проблема, који бих одредио као „субјективни аспект поштовања права“. У том случају морамо гледати на систем права очима грађана и чиновника, који се руководе нормама истраживаног система. То је типично посматрање и анализирање правног система са унутрашњег становишта, дакле с позиције особе потчињене нормама истраживачког права.

Наравно, најпростији одговор би гласио, да се људи ради награда или из страха од казне придржавају права. Али знамо такође добро, да људи често не размишљају о мотивима свог понашања, механички се потчињавају праву, руководећи се „својеврсном мотивацијом робота“. У сваком случају посматрање мотивационе стране у категоријама награда и казни или такође механичког понашања преноси проблем у сферу спољних појава, а онда ће се истраживања тицати висине казни или награда или резултата механичког понашања. Ипак овај тип истраживања не може да задовољи. Хтели бисмо, да грађани који се придржавају права буду убеђени, да је оно правилно и праведно, да одговара циљевима система, који прихватају, спремни свесно потчинити му своје интересе. Говоримо тада о правној свести, дакле о вишем типу мотивације него што је поштовање права из страха од казни или због очекивања награда, или такође услед механичког понашања.¹⁸

Али у том тренутку рађају се скоро несавладиве тешкоће при одређивању предмета и метода истраживања, а наиме, како одговорити на питање, шта постаје садржина свести права: Да ли је довољно познавање права или његових основних принципа? Да ли познавање права треба да буде употпуњено неопходним условом признања владајућег система? Да ли правна свест обухвата тако-

¹⁷ Интересантан рад о информисању адресата о праву изашао је из пера Ф. Студницког. Вид. F. Studnicki: *Przepływ wiadomości o normach prawa*, *Zeszyty Naukowe UJ, Prace Prawnicze*, (Kraków) 1965, z. 22.

¹⁸ A. Lopatka: *Kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa*, *Studia Prawnicze*, бр. 3/1975.

ђе активан став, дакле стварно ангажовање у ствари система, или је пак довољна интелектуална сагласност? Тешкоће се знатно повећавају, када се запитамо о начинима истраживања, дакле: Како истраживати правну свест? Које врсте критеријума треба примењивати при таквим истраживањима? Услед постојећих тешкоћа усредно напуштамо психолошко поље. Задовољавамо се неком општом тврдњом о свести права и обично безбрижно прелазимо на нови терен истраживања — концентришемо пажњу на последице изазване применом правних норми. Налазимо се опет у сфери емпирије, где сигурно можемо истраживати појаве објективног света, примењујући опробане методе: анкетâ, интервјуâ, статистикâ и т.сл.

Не умањујући значај социолошких истраживања, која су у полској науци права добила заслужену позицију — желим да се вратим на подручје психолошког поља. Човек, који примењује право, познавајући га боље или лошије, некако се емоционално односи према нормама. Овај његов емоционални однос обично се не испољава, тако да често добијамо утисак да се право поштује механички. Међутим, довољан је најмањи поремећај у поштовању права, и одмах ће се показати позитиван или негативан однос човека према праву. Тако, дакле, човек који примењује право прво — поседује извесно знање о фактима и одређено познавање садржине права, које се односи на те факте, друго — има одређени емоционални однос према фактима и према правним нормама. Кроз овај емоционални однос наступа вредновање конкретне норме, правног система, и чак целокупног поретка. Наравно, негативно третирање одређене норме не импликује негативан однос према читавом правном систему или поретку. И обрнуто — негација поретка допушта могућност прихватања одређене норме. У нашим разматрањима узимамо у обзир само просте случајеве, тј. позитиван или негативан однос према норми и према читавом поретку. Намећу се дакле питања: Откуда произилази одређени позитиван или негативан однос према норми? Који су извори формирања оцена норми?

Када би се човек руководио само разумом и својим интересом, одговор би био прост. Узимајући у обзир зато реалне могућности и свој интерес услед логичког закључивања, одређивао би свој однос према правној норми. Али човек не дела само рационално и нема на оку само егоистички интерес. У његовој свести постоји — како бих се изразио — низ слојева, кроз које се треба пробити, да би се дошло до основних тенденција психике.

Примера ради спомињемо само извесне наслаге које постоје у свести, које не остају без утицаја на квалитет емоције, а нарочито на њену интензивност. Таква наслага је народни карактер, који је настао као резултат како биолошких црта, тако и извесних навика, које су се учвршћивале кроз читава покољења. Друкчије су навике својствене извесним регионима — говори се нпр. о солидарности становника одређене области. Није без значаја за формирање наслага свести средина, у којој појединац живи, његово образовање, пол и узраст. Друкчије реагују људи из града, друкчије сеоско становништво, друкчије жене, друкчије мушкарци, друкчије

физички радници, друкчије интелектуалци, друкчије млади итд. Можемо такође разликовати наслаге везане с припадништвом различитим друштвеним групама. Једном речју постоји много наслага у људској свести, која је као целина сложена појава, будући у сталном процесу преображаја и промена.

Чини се да можемо покушати да истакнемо проблеме за истраживања у психолошкој равни. И тако, интересујући се ефективношћу, можемо на право гледати са стране разних наслага у свести, да би се закључило које од њих доприносе поштовању права, а које сметају. Ипак за истраживања у психолошкој равни изразито важна ствар јесте долажење до основних тенденција људске психике, заједничких свим људима и само прекривених различитим наслагама, што не умањује њихов одлучујући утицај на понашање човека. Ове су две тенденције: тежња за престижом, издвајање своје личности у средини и друга, која коегзистира с првом — тежња за сигурношћу и поретком.¹⁹ Другим речима — то је тежња на независности и везана с њом тежња на зависности и послушности. Уколико се прва испољава у тежњи владања другима и потпуне слободе, утолико је друга признање власти, ауторитета, групних интереса, потчињавање сопствене личности у име осигурања безбедности.

Повезивање ових двеју тенденција у свести човека се заснива на принципу противдејства. Ако људи поседују превише независности, која ремети друштвени поредак, онда до изражаја долази пре свега тежња за поретком и ауторитетом. И обрнуто — када људи живе под јаким притиском ауторитета, и у оквирима организованог поретка немају могућности да испољавају своју личност — појачава се тежња за слободом, која постепено обухвата читаво друштво.

Чини се да је у светлости ових двеју тенденција могуће истаћи проблеме за истраживања на трећој равни која се назива психолошка. На пример, коју тенденцију људске психике подржава актуелно право? Да ли тежи очувању пропорције између две основне тенденције? У којем правцу и у којем степену се мења осећање друштвене дисциплине под утицајем права?

У науци о праву не можемо прећи преко питања: како формирати свест људи, да она одговара социјалистичким идеалима? Могли смо успешно да спроведемо економску и политичку једнакост, стварамо одговарајуће услове за изградњу социјалистичког система, али о процесу формирања социјалистичке свести не унемо много да кажемо.

Сви се слажемо да се свест мења и да ће се у будућности преобразити у квалитативно нови тип. Али на томе се завршавају наше тврдње. Хегел је сматрао да ће човек тада достићи свест највишег типа, када свој лични циљ идентификује с интересом државе — онда неће тежити да влада другима и неће осећати владавину на себи, у тој ситуацији он ће достићи потпуну слободу.²⁰

¹⁹ G. E. G. Catlin: *Systematic Politics, Elementa Politica et Sociologica*, Toronto, 1965, стр. 105—155.

²⁰ Ово питање је шире разматрано у одељку III књиге G. L. Seidlera *Z zagadnien filozofii prawa*.

Петражицки је доказивао да се егоистичка психика човека, у којој доминира лични интерес појединца или његових најближих, временом услед еволуције преображава у социјалистичку психику, и онда ће се човек руководити мотивацијом вишег реда, чија је суштина друштвени интерес.

Ако не може да изазива сумњу развојни правац свести људи — онда треба одредити каквим променама подлежу основне тенденције психике човека. По мом убеђењу ове две основне тенденције људске психике: тежња да се истиче личност и тежња за поретком, дуго ће се одржавати. Човек ће увек настојати да развија своју личност и да се истиче у средини. Уколико се сада тенденција престижа изражава пре свега у тежњи да се влада другима, у наметању своје егоистичке воље средини или супротстављању друштвеним интересима, утолико ће се у новом типу свести тенденција која подвлачи личност испољавати у тежњи на самосавршавању, самодисциплини, у умешности самоконтроле, самокоректуре. Ове нове црте карактера човека издвајаће га и истовремено снажније повезивати с друштвеним интересима, са социјалистичком влашћу, доводећи до интеграције личних циљева с групним. Сматрам да пут ка социјалистичкој свести води кроз перфекционизам сопствене личности.

Истраживање праваца преображаја људске свести знатно проширује поље истраживања на трећој равни. Чини се ипак, да су ова истраживања на помолу свог развоја, када почињемо да озбиљно третирамо тезу да је право одлучујући инструмент формирања нове свести.²¹

6. Фаза социолошких истраживања

Прелазећи на разматрање четврте равни истраживања, треба уопште рећи да се она своди на тврдњу да долази до промена у друштвеним односима услед примене правних норми. На ову раван смештамо истраживања о ефикасности права.²² Предмет наше пажње биће појаве спољнег света, које можемо подвргнути посматрању, и примењујући одговарајуће методе можемо доћи до релативно тачних тврдњи.

На тој равни могуће је разликовати три групе питања, које ћемо помоћу социолошких метода моћи сазнавати и анализирати. Прва група — то су питања која се тичу понашања органа власти и грађана као резултат примене нове правне норме. У другој ћемо утврђивати опсег промена, које су наступиле у досадашњим друштвеним односима под утицајем примене правне норме. Другим речима — предмет интересовања биће промене у одређеној средини, изазване нормом. И најзад трећа група питања на терену социолошких истраживања биће тражење одговора на питање: да ли и у којој мери објективна ситуација, измењена под утицајем норме,

²¹ M. Borucka-Arctowa: *Świadomość prawna robotników*, Wrocław, 1974.

²² M. Borucka-Arctowa: *O społecznym działaniu prawa*, Warszawa, 1967, стр. 11 и сл.

делује на оне који су донели политичку одлуку у форми правне норме. Ове случајеве условно називамо обратним деловањем права.

Споменуте три групе питања су међу собом повезане и консеквентно произилазе једна из друге. Правна норма је узор понашања за органе власти и грађане, њихово понашање изазива са своје стране промене у друштвеним односима, које могу да изазову реакцију владајуће групе (оних који су издали норму) због створене нове ситуације.

Процеси који се везују с применом права зависни су пре свега од људског чиниоца, отуда се они не одвијају механички. Ако је при доношењу одлуке, дакле на првој равни, субјективни чинилац играо посебну улогу, онда у случају примене права, дакле на четвртој равни, његова улога није мања.

Враћајући се на прву групу проблема четвртог поља, дакле на тематику везану с понашањем чиновника и грађана под утицајем правне норме, треба се сетити познате истине, да је поштовање права зависно од културног нивоа чиновника и друштва. Ипак главну пажњу скренимо на конкретније питање: да ли чиновници и грађани тачно и без изузетка примењују правно правило, да ли такође постоји — и у ком обиму — маргина која допушта изузетке, дакле оправдано или неоправдано заобилажење права. Такву маргину, која допушта одступање од правне норме, може предвиђати или сама правна норма, или такође може она бити створена као последица одвећ еластичне и либералне њене интерпретације. И тако: норме које уводе појачану радну дисциплину могу предвиђати изузетне ситуације, у којима норма неће деловати или такође њена ефикасност може бити смањена либералним третирањем прописâ од стране грађана који се руководе прећутном сагласношћу органâ власти (врста неформалне политичке одлуке).

У другој групи проблема четвртог поља посебно интересовање изазивају промене које се дешавају у средини под утицајем примене правне норме, и такође њихов карактер и опсег. Претпостављамо, да је норма издата при потпуном узимању у обзир од стране законодавца услова места и свести друштва. Претпостављамо такође, да је правно правило поштовано од стране чиновника и грађана. Намеће се најпре питање, да ли при тим претпоставкама увек наступају промене средине које је намеравао да спроведе законодавац. По правилу резултат примене права биће остварење намера владајуће групе, која је издала правну норму. У овим случајевима истраживања утврђују опсег и врсту насталих промена у средини. Ипак при прихваћеним претпоставкама може се десити, да издата норма и строго њено поштовање не изазива жељене промене, и чак проузрокује супротне последице. И тако, ако норме које уводе већу радну дисциплину, у циљу повећања производње потрашачких добара, изазивају истовремено битно смањење квалитета, које ограничава њихову потражњу — то се онда норме миоилазе с намерама њихових твораца. У овом случају остају без већег утицаја на објективну ситуацију, и чак могу проузроковати њено погоршање.

У трећој групи проблема четвртог поља појављују се питања: да ли и на који начин објективна ситуација, измењена правном нормом, делује на владајућу групу, што значи на оне који су издали норму. Назвали смо условно ову појаву „повратним деловањем“. Сада додајемо да се тај процес одиграва само у извесним одређеним случајевима. Ако норма проузрокује преображај објективне ситуације у складу с интенцијом законодавца, онда ће постати реализована његова намера и до времена појављивања нових супротности он ће се третирали као свршена ствар. У том случају неће имати места повратно деловање.

Али ако поред поштовања норме не буде имала места промена средине или пође у другом правцу него што је била замишљена, онда то стање ствари изазива критичку реакцију. Ове случајеве одређујем као негативна повратна реакција. Тај процес ће се испољавати у почетку у нарастајућој критици појединаца, читавих друштвених група, организација, институција — доводећи у резултату до издавања нове норме, која постаје коректура претходне политичке одлуке, издате у форми правне норме. У трећој групи проблема четвртог поља истраживања ће се концентрисати на одређивању промена у средини под утицајем примене права и евентуалној реакцији владајуће групе, названој негативним повратним деловањем.

За истраживања на четвртој равни примењујемо читаву лепезу истраживачких процедура, изграђених на терену емпиријских друштвених наука. Изграђивање метода припада социологији, али правници морају истаћи проблематику која има да постане предмет истраживања. Они су дужни бавити се пре свега питањем, шта истраживати, социолози пак — како истраживати.²³

* * *

На основу досадашњих разматрања није тешко дати одговор на питања, шта је систем анализе вишестраних истраживања и које функције испуњава.

Није то ни нова теорија, нити нов метод у науци о праву. То је пре програм вишестраних истраживања права, програм, који ће захтевати изграђивање одговарајућих истраживачких техника и појмовне мреже због проширивања истраживања на терен других дисциплина.

Предложени модел треба третирали као покушај сређивања истраживачке проблематике, и нарочито одређивања основних граница емпиријским истраживањима, да се кроз сувишно проширивање „заједно с водом не избаци дете“. Јер спорна ствар није питање о нарушавању граница традиционалних истраживања, већ одређивање праваца, граница и пропорција овог проширивања. Како с једне стране сужавање истраживања у дисциплини права на правну анализу може лако довести до формалистичке спекулације, та-

²³ Истраживачке технике за социолошка истраживања у праву обрадио је А. Подгурецки. Оне могу наћи пуну примену у истраживањима четврте равни. Вид. А. Podgorecki: *Zasady socjotechniki*, Warszawa, 1966.

но с друге — сувише далеко помануто њихово проширивање изван сфере те науке може лако родити правни нихилизам.

Уопште говорећи, интенција предложеног модела је: стварање оквира за научну синтезу; означавање праваца за емпиријска истраживања; утврђивање основе за колективна истраживања; реализовање идеје интеграције наука у науци о праву; пре свега пак стварно везивање јуриспруденције са животом.

Предложена концепција проширених истраживања права не даје нам ипак знање о идејама, које инспиришу одређени правни систем. Не знамо — поред ових истраживања — какво место заузима право у систему важећих вредности, не знамо најзад, какве су релације између права и културе.

По мом убеђењу ова питања постају предмет посебне дисциплине — филозофије права. Увођење додатне равни истраживања, гзв. аксиолошке, у предложени модел је само половично решење.²⁴ Идеје, које инспиришу одређени правни систем, карактерише динамизам, оне као да поседују аутономну егзистенцију, што проузрокује да могу доћи у супротност с правним поретком, који су створиле. Када су у почетку капитализма просветитељски идеали „слобода, једнакост и братство“ оправдавали и афирмисали ново право — то сада, у периоду декаденције ове формације, постају оружје које се бори против њеног застарелог политичко-правног система.

Нису санкције, већ идеје права вредности, које носе живот или смрт правним системима.

Grzegorz Leopold Seidler

(Превео с пољског: Тодор И. Подгорац)

IN SEARCH OF A SYSTEM OF UNIVERSAL ANALYSIS OF LAW

— Summary —

The restriction of legal investigation to a critical analysis of obtaining norms and to comparative studies was definitely discarded towards the end of the nineteenth century by two American jurists, John Chipman Gray and Oliver Wendell Holmes. They postulated an examination of the legal norms in the light of their consequences by which they meant chiefly the beha-

²⁴ Делим мишљење К. Опалека, који каже: „Аксиолошка равна (вредности као предмет науке и права) не може бити призната за посебну, пошто вредновање права остаје с једне стране обухваћено у категоријама правних појава, а с друге — значења (норми и оцена). К. Opalek: *Przedmiot prawnoznawstwa a problem tzw. placzcyzn prawa, Panstwo i Prawo*, бр. 6/1969, стр. 991. Сличну тачку гледишта изражава Ј. Врублевски, када каже: „По мом мишљењу, такве (аксиолошке) посебне равни нема, ако нема посебних бића одређиваних од стране норми и оцена, али постоји проблематика оцена у науци и праву (...).“ Ј. Wróblewski: *Prawo i placzczynny jego badania, Panstwo i Prawo*, бр. 6/1969, стр. 1000.

viour of the judges under the influence of law. Thus, when the relationship between a legal norm and the reaction of those to whom it was addressed was taken into consideration, legal investigation entered the field of sociology.

However, questions follow, logically enough; they concern two other kinds of relationship which will make possible a better understanding of law. The first additional relationship, which might be called psychological-legal, concerns the connection between the legal norm and the consciousness of those who employ the law. The second additional relationship concerns the connection between the process of making a political decision and the legal norm.

It seems imperative that all these relationships should be taken into account and that such a model of investigation should be worked out as would make possible a full understanding of the law.

The traditional analytical and critical research would remain in the centre of the proposed model. Research in the sphere of political decisions will reveal to us the forces that lead to the issue of a legal norm, while the study of the psychological phase deals with psychic reactions, i.e. with changes in social consciousness which result from the application of law. The sociological aspect, on the other hand, covers both the investigation of the behaviour of those for whom the law is meant and the social consequences of the legal norm.

The proposed model of many-sided research should be treated as an effort to systematize problems of legal scholarship and to establish essential boundaries and proportions in empirical jurisprudence.

ШКОЛА ПРИРОДНОГ ПРАВА*

Сâm назив **позитивно право** указује на постојање права које **то** није. Право које то није је — **природно право**. Питање о природном праву је једно од главних питања филозофије права.¹

Идеја природног права као поретка који произилази из саме природе, и зато савршеног и идеалног, родила се у најдубљој прошлости. Насупрот тврдњи да је природно-правна теорија настала у старој Грчкој,² нама изгледа да треба посегнути у још даљу прошлост, па у политичким доктринама Старог истока потражити идеју природног права, пре свега, у **таоизму**. Међутим, тачно је да је природноправна теорија развијена у старој грчкој филозофији, одакле је прешла у учења римских правника: *ius naturale* и његов одјек, ехо — *aequitas* имали су велики значај у римској јуриспруденцији. Као крајњи циљ сваке делатности у области права било је управо остварење ове *aequitas*, па је и само право одређивано као *ars boni et aequi*. У Средњем веку идеја природног права **прима теократски** карактер, комбинујући одредбе римског права и Светог писма. За природно право и његов даљи развитак посебно су значајни XVII и XVIII век. И велике кодификације на почетку XIX века биле су предузете са гледишта природног права. Овом приликом су се испојиле такође и слабе стране концепције при-

* Одговарајући део — § 4 (донекле измењен) из ауторовог докторског рада Леон Петражицки о могућности стварања науке правне (законодавне) политике на основи искуствено-психолошког изучавања права, брањеног 1980, на Правном факултету у Београду.

¹ На пример, Ch. Boucaud одређује природно право као део филозофије права (: Le droit naturel n'est q'une partie de la philosophie du droit), која, сем њега, обухвата посебну психологију и метафизику — une psychologie et une métaphysique spéciales (вид. Ch. Boucaud: Qu'est-ce que le Droit Naturel?, Paris, 1909, стр. 5).

² Вид., на пример, Р. Д. Лукић: Теорија државе и права, II књига — Теорија права, Београд, 1957, стр. 64. Уп. J. Koschembahr-Lyskowski: Ratio naturalis w prawie rzymskiem klasycznym, Warszawa, 1930, стр. 3; Podwaliny do rozwiazania zagadnienia polozyla starozytna filozofja grecka, и П. Новгородцев: Историческая школа юристов, ея происхождение и судьба, Москва, 1896, стр. 1: идея естественного права встречается уже у греческих философ.

родног права: хотећи да кодификује принципе природног права, показало се да његове основе нису биле спознате у довољној мери. Зато се враћало римском праву, ослањајући се на идеју да оно представља принципе природног права. Овај пут је водио слабљењу концепције природног права, да би она у другој половини XIX века била сасвим одбачена, уз истицање тезе да је **право оно што закон наређује** (на пољском језику: *prawem jest to, co ustawa nakazuje*). Али ни ова теза такође није могла да задовољи: није могуће било превидети да **нису сви закони праведни**. Тако се поново враћало концепцији природног права с намером да се истраживања о њему продубе.³ Чини нам се да овде посебан теоретски и практичан значај има лозинка **ренесансе, обнове природног права**, истакнута крајем XIX века на немачком (— *Wiedergeburt des Naturrecht*), а затим у руској (— *возрождение естественнаго права*) и другим књижевностима.

Појављујући се на тако дугом временском растојању, на овај или онај начин, не ишчезнувши ни у наше дане, и нехотице се помисли да идеја природног права има **дубље основе**.⁴ Испитаћемо то и ближе, у хронолошком поретку, истичући оно што је најглавније. Рецимо и то — у прилог разлога за бављење овом најстаријом школом права, која је била и основ каснијих школа и теорија, — да су природно-правна учења, настајала из одговарајућих друштвених услова и потреба, доприносила уочавању извесних специфичних проблема права и њиховом донекле позитивном решавању, што је од значаја за теорију права. Третирајући тзв. природно (разумно, идеално, филозофско, праведно и сл.) право, она су играла и улогу још недовољно изграђене науке политике права, што се у приказивању ове правне школе, колико нам је познато, довољно не истиче. (— Узрок томе вероватно да лежи у одсутности у правника интересовања за ову науку, која би се, укључујући у себе знања разних наука, систематски и методички бавила, у првом реду, питањима *de lege ferenda* и, на тај начин, била основа за политику права као законодавну (и уопште правотворачку) делатност, али и питањима *de sententia ferenda*).

Политичке доктрине Старог истока су део одговарајућих религиозних система.

Највећом разноврсношћу одликовала се политичка мисао Кине, настала као резултат дубоких друштвено-економских преображаја, који су се одвијали у периоду владавине династије Чуо. Издајају се четири главна правца: 1. Доктрина Лаоцеа, названа таоизам, по главној идеји **тао**,⁵ која се схватала као нешто невидљиво, неухватљиво, несупстанционално, а истовремено као поче-

³ Вид. J. Koschembahr-Lyskowski: Ibid., стр. 3 и 46.

⁴ Но, како би додао П. Новгородцев, пролазни погледи било које епохе — чем переходящие взгляды какой либо эпохи (П. Новгородцев: Ibid., стр. 1).

⁵ Реч тао у европској књижевности није једнозначјно схватана. Н. Hass у књизи *Das Spruchgut K'ung-tszes in gedanklicher Zusammenordnung*, Leipzig, 1920, стр. 48, примера ради, наводи ове преводе те речи: *Weg, Grande voie du monde, Lauf der Dinge, Weltordnung, Weltgesetz, Natur, Great creating nature, Gottnatur, Naturlair, Naturgesetz, Macht, Wort, Lo-*

так и крај свих појава и ствари („*Tao* је вечно без делања, а њиме, ипак, све се врши“). Таоизам Лаоцеа је садржао елементе примитивног материјализма, који се испољавају у признању материјалног јединства света, чији је израз хармонија природе — тао. Таоисти су смтарали да свака делатност води нарушавању природног поретка, услед чега је било забрањено свако мешање у друштвени живот. Лаоцева доктрина, будући критика владајућих друштвених односа оног доба поетски врло снажно изражава необавезност мешања власти у послове народа,⁶ обавезност господара да управља без икакве принуде, без апарата власти и војске,⁷ дужност владара да се с кроткошћу односи према поданицима, податљивости према народу као најбољој методи управљања⁸ итд.; 2. Доктрина Конфуција је учила да је управљачка елита дужна да обезбеди друштвену хармонију путем увођења хијерархијске зависности међу људима. Реформисати друштво према традиционалним узорима, повратити изгубљени мир и поредак у породици и држави — била је жарка жеља Конфуција. Према његовом мишљењу, вредност друштвеног уређења зависи, пре свега, од врлина владара и његових чиновника. Одговарајући на питање у вези са управљањем (које се може означити као управљање по моралном принципу), он каже: „Карактер владара је као ветар, а карактер обичног народа као трава, и трава се савија према ветру“. У продужетку овај кинески

gos, Vernunft, Ratio, La Raison, Raison suprême universelle, Reason, Weltvernunft, Urvernunft, Weltseele, Allseele, Vernunftprinzip, Sinn, Wahrheit, Wisdom, Right, The Principle of right, Vorsehung, Providence, Clarity, Love. Да је та реч често превођена као Пут, Стаза, Природа, Разум, Ум, вид. на српскохрватском језику *Изабрани списи: Лаоце, Конфуције, Чуангце.* Избор, превод и предговор С. Бркића, Београд, 1964, стр. 22. С. Бркић, извршни познавалац мисли древне Кине, овде каже да би се наслов Лаоцеовог дела *Тао Те* (Кинг је доцнији додатак и значи „класично дело“) могао превести као *Свест Живота и његова манифестација.*

⁶ Стога је владавина светог човека:

да ствара празнину у срцима људи,
да пуни њихове трбухе,
да слаби њихову вољу,
да снажи њихова тела.

Тако да људи могу бити без знања и жеља
и да се паметни не усуде мешати.

⁷ Уколико је више забрана,

Утолико су људи сиромашнији.

...

Уколико је већи број закона,

Утолико је већи број лопова и разбојника.

⁸ Тамо где је власт тиха и не наваљује, тамо је народ задовољан, чистан и благородан:

Кад је народ гладан,
Гладан је јер они који владају њим
Једу много жита накупљеног порезом.
Стога је изгредништво народа
Последица мешања владара у ствари народа.
Народ олако узима смрт,
Јер тегли да би живео.
Зато олако узима смрт.

(Сва три места у Лаоцеа, дата у претходне две и овој белешци, наводимо према преводу на српскохрватски језик у књизи *Изабрани списи: Лаоце, Конфуције, Чуангце...*, стр. 33. 95, 113).

мислилац каже: „Када сâм владар ради оно што је право имаће утицаја на народ и не издајући наређења, а када сâм владар не ради оно што је право, сва његова наређења неће бити ни од какве користи“, као и да „нација не може постојати без поверења у свог владара“⁹; 3. Доктрина Моцеа је проглашавала вид религиозног комунизма, у којем се пун егалитаризам и идеал узајамно благонаклоних људи преплитао с апсолутном потчињеношћу господару; 4. Правна доктрина је конфуцијевској концепцији природног поретка, који се остварује преко људи, супротстављала идеју управљања путем права (тзв. легисти, чврсто повезани с активном политиком, — сматрали су да је људска природа слаба и зла и отуда култ јане власти). Она је основу друштвеног уређења видела у политичким и правним установама. Иако корен вуче још из VII века пре н. е., најславнијег представника је имала у III веку пре н. е. — Хан Фејцеа.¹⁰

Пад великих империја Блиског Истока крајем другог миленијума пре н. е. и досељавање грчких племена у рејон Јејејског мора доприноси рађању новог цивилизацијског центра, који ће, почињући од VI века пре н. е. па током многих векова, играти доминирајућу улогу у духовном животу света. Тај центар постаје Грчка, тачније, низ градова Пелопонеског полуострва, острва Јејејског мора и побережја Мале Азије. На прелому другог и првог миленијума пре н. е. Грчка прелази од родовског уређења на уређењу у којем се родови укључују у организацију града-државе (*polis*), стварајући нову друштвену структуру. Настале на прелому IX и VIII века пре н. е. две велике епске поеме, **Илијада** и **Одисеја**, чије се ауторство приписује Хомеру, су први књижевни документ који разјашњава затамњен начин формирања државних организација Јелале. У поезији Хомера могу се наћи погледи аристократије првог периода, за коју су ратови и пољопривреда били главно занимање. У њој још нема говора о правним нормама, — живот друштва овог времена регулишу два појма: *themis* (означава вољу богова, изражену у решењима краљева и судија) и *dike* (означава решења која произилазе из спорова)¹¹. Млађи од Хомера, Хезиод (живео на прелому VIII и VII века пре н. е.) описује тежак положај се-

⁹ Наведено према *Изабрани списи: Лаоце, Конфуције, Чуангце...*, стр. 235.

¹⁰ По нашем мишљењу, идеја природног права је присутна и у религиозно-политичким доктринама Индије, пре свега у појму *дхарма*. Не улазећи у ово питање подробно, јер за то овде и нема потребе, рећи ћемо само да *дхарма* изражава исконске законе који према односном учењу одржавају свет и који произилазе из *природе ствари* (вид. Р. Давид: *Основные правовые системы современности*, Москва, 1967, превод с француског, стр. 414 и сл., G. L. Seidler: *Przedmarksowska mysl polityczna*, Kraków, 1974, стр. 46 и сл., као и наш осврт на ову Seidler-ову књигу, *Зборник за теорију права*, свеска I, САНУ, Београд, 1978).

¹¹ Вид. G. L. Seidler: *Ibid.*, стр. 86. Ево шта о ова два појма каже одлични познавалац политичке и правне мисли кроз векове, К. Гжибовски: *»Themis — то је право примењено и објављено од стрнае базилеуса и цупатрида, право, чије познавање је монопол великих земљопоседника... дике — то је сељачки постулат доступног, разумски заснованог права, које није монопол једног слоја«* (К. Grzybowski: *O klasowe podloze pogladow na panstwo i prawo w starozytnej Grecji*, *»Panstwo i prawo«*, бр. 3/1951. стр. 415).

љака у периоду прелаза натуралне привреде на робну. Његово дело је врсна критика савременог му стања у Грчкој. Али, он није имао визију новог, бољег поетика, који би могао бити остварен у будућности, — напротив, он у прошлости види изгубљен златни век, који ступњевито прелази у све горе периоде: сребрни, бронзани и гвоздени. У овом последњем ће, наводно, уместо врлина царовати пороци. Хезиод је саветовао поштовање правде, у којој је видео божанско знамење,¹² а изражени песимизам савлађује славећи рад, смело и одважно се супротстављајући аристократском мишљењу.¹³ У доба Хомера и, нарочито, Хезиода, сматрало се да је друштвени поредак установљен божјом провидношћу.

Колико у старој грчкој филозофији идеја природног права превазилази интересовања правника, — како је истакнуто,¹⁴ она је представљала општеусвојену културну идеју, најбоље се види из Софоклове **Антигоне**, у познатом Антигоином ставу према Креонту. — По смрти својих нећака Етеокла и Полиника, ступајући на престо, тебански краљ Креонт, наређује да се Етеокле, као бранилац отаџбине, достојно сахрани, а да се Полинику, као њеном нападачу то ускрати и његово тело остави као плен лешинарима. Сестра погинуле браће, Антигона, устаје против одлуке Креонта, позивајући се на природно право речима:

Та ваљда не даде ми Див ту наредбу,
ни Правда, сустанарка доњих богова,
што људима ове поставише законе.
Не сматрах таком твоју наредбу
да **божје, неписане, сталне законе**
претећи може; ти си ипак смртан створ.
Од данас нису они, ни од јуче — не,
но вечно важе, нико не зна откад су.¹⁵

¹² Свагда пази на правду и насиље не смишљај никад.
Људма је закон овакав наредио Кроновић вишњи:
рибе и грабљиве звери и крилата птичја створења
једни друге да једу, јер они за правду не знаду;
човеку годари правду, и она је највеће добро.

¹³ Његова снажна и тако изражајна химна раду, управо због тога живи вековима:

Бози и људи се љуте на онога штоно без посла
жиби и својим животом на трома налик је трута,
који не дела ништа и пчелину разноси муку.
Ти пак труди се с мером и послове радосно врши,
да ти се сваки пут спрема на време напуни храном!
Само делањем човек и стада стиче и благо,
делањем он и дражи постаје безима вечним.
Делање није срамота, срамоту доноси нерад.

(Стихови Хезиода у претходној и овој белешци наведени су према књизи М. Н. Ђурић: *Историја хеленске књижевности у времену политичке самосталности*, Београд, 1951, стр. 135, 137).

¹⁴ Вид. Р. Д. Лукић: *Ibid.*, стр. 65.

¹⁵ Наведено према преводу М. Н. Ђурића у књизи Софокле: *Цар Едип, Антигона*, Београд, 1964, стр. 99 (ст. 450—457), подвукао Т. П.

Креонт, мислећи да врши *summum ius*, у ствари, врши *summum iniuriam*, огрешујући се о законе који забрањују злостављање мртваца. Наш познати хеленист, М. Н. Ђурић овако формулише социолошко-етичку језгру у *Антигони*: „Они којима је поверено чување и унапређивање дру-

Софисти уче да у основи права **нема ничег непроменљивог, вечног**: све што се назива право или правда јесте резултат сагласности људи, вешт изум човечјег ума; да би се учинио крај поретку ствари, у којем су људи живели одвојено, сваки радећи шта је хтео, у условима кад су јаки поробљавали слабије, у таквом поретку, који је угрожавао безбедност свих, слаби су се повезали у друштва и установили законе — норме права и правде, обуздавајући, на тај начин, самовољу јаких. — Износећи ово, држали смо се општих, преовлађујућих ставова, истакнутих у правној науци.¹⁶ Иначе, софисти се, на овај или онај начин, један од другог разликују.¹⁷ Л. Петражицки помиње Тразимаха, који је учио да је право продукт силе и да постоји у интересима јаких, и Каликла, који је учио да су закони заједничког живота продукт изузма гомиле слабих, који не желе да допусте да јаке индивидуе имају више, да се користе бољим положајем; јаки треба да се ослободе овог ропског ланца, на њих стављеног, да се поставе изнад односних неуобичајености и норми итд. По мишљењу Л. Петражицког, оваквом учењу Тразимаха одговара учење Јеринга, док репродукцију учења Каликла представља учење Ничеа. Овде, сматра Л. Петражицки, није реч о позајмљивању, већ о продуктима самосталних, али сличних, **социјално-психичких узрока**.¹⁸

Против учења софиста устали су Сократ, Платон и Аристотел, тврдећи да право није у свем свом саставу вештачки изум људи; у основи права лежи вечан, чврст божански поредан, који влада не само у људским односима, него и у читавом поретку васионе: **упоредо са законима, које су измислили људи, постоје вечни, неписани закони, стављени у срца људи самим божанским разумом**, баш као што је тврдила Антигона. „Природно право, — каже Аристотел, — је оно, које свуда има подједнак значај и не зависи од признања или непризнања његовог”.¹⁹

штвене заједнице морају, додуше, будно бдити над поштовањем социјалних императива, који као реална ауторитативна моћ обавезују сваког појединца, и строго водити рачун о томе да ли се грађани придржавају државних наредба, али у исти мах свагда морају пазити да те наредбе и социјални императиви не садрже у себи ништа што би вређало људско достојанство и да никад не противрече исконским социјално-етичким императивима човештва уопште. Закони се морају поштовати, тврди Сократ у Платоновој Одбрани Сократовој, али треба имати на уму и то да закони као људско дело могу застарети и, ако се тачно врше, вређати правно осећање просвећенијег друштва, као што је вређало наређење што га је Крсеонт донео на основу обичаја из древних времена. У таквим приликама није меродавно оно што наређује закон, него оно што правно осећају напреднији грађани. То је јасно изрекао Аристотел, а уметнички приказао Есхил у Еуменидама и Шекспир у Млетачком трговцу и Хамлету. То овом трагедијом показује и Софокле (М. Н. Ђурић: Историја хеленске књижевности... , стр. 301).

¹⁶ Вид. Кн. Е. Н. Трубецкой: Энциклопедия права, Москва, 1908, стр. 52.

¹⁷ Вид. о томе, на пример, Философская энциклопедия, 2, Москва, 1962, одредница: Естественное право.

¹⁸ Л. И. Петражицкий: Теория права и государства в связи с теорией нравственности, издание второе, исправленное и дополненное, Том II, С.—Петербург, 1910, стр. 749, и белешка).

¹⁹ Аристотель: Никомахова этика, С.—Петербург, 1908, V, стр. 10.

И у римској јуриспруденцији било је раширено гледиште да, упоредо с **живим и променљивим** позитивним правом (*ius civile*), постоји **вечно и непроменљиво природно право** (*ius naturale*), засновано на самој природи човечјег разума. У ствари, овде је, како се истиче,²⁰ појам природног права био доста нејасан и несигуран: у римских правника природно право (*ius naturale*) и општенонародно право (*ius gentium*) су се час поистовећивала, а час разликовала (тако Гај још не прави никакву суштинску разлику међу њима, док је Улпијаново схватање одређеније; Паулус наводи да је природно право оно које је увек добро и праведно, док је *ius civile* само сврсисходно за одређени поредак);²¹ у њих се *ius naturale* час посматрало као идеал, којем треба да тежи позитивно, важеће право, а час видело као део овог последњег²² како то изгледа одмах ћемо и ближе показати); у неких римских правника природно право је скуп вечних норми правде, којима позитивно право ни близу не одговара, умногоме чак им непосредно и противуречи (јер, на пример, с тачке гледишта природног права сви људи су слободни и једнаки, не треба да постоји разликовање класâ и сл.), тако да они разликују *ius naturale* од *ius gentium*, које утврђује слободно само за **неке класе**; други, опет, поистовећују *ius naturale* и *ius gentium*, посматрајући природно право као скуп норми права, свуда прихваћених, свуда важећих, без разлике на род и племе, место и време.²³

Везујући се за класично римско право, на основу доступне нам правне књижевности,²⁴ утврђујемо следеће:

²⁰ Вид. Кн. Е. Н. Трубецкой: Ibid., стр. 53.

²¹ Вид. В. Перић: Структура права, Загреб, 1964, стр. 194 и Ф. Тарановски: Енциклопедија права, Београд, 1923, стр. 199—200.

²² Ову карактеристику је врло добро изразио Ф. Тарановски: природно право, непроменљиво, праведно и добро, налази се према позитивном праву у двојаким односима. С једне стране, природно право улази у састав позитивног права као његово основно организујуће начело, а с друге, — природно право је критеријум оцено и усавршавања овог права. „На тај начин римски правници су с једне стране правдали постојеће позитивно право, показујући, да оно управо не противуречи природном праву и да се на крају крајева базира на његовим захтевима; с друге стране подвргавали су постојеће позитивно право критици са гледишта природне правичности, у којој су имали извор за обнављање, поправљање и усавршавање позитивног права“ (Ф. Тарановски: Ibid., стр. 201).

²³ Н. М. Коркунов је истицао да су римски правници сматрали да се позитивно право сваког народа састоји из два битно различита елемента: поред позитивног права у уобичајеном смислу, тј. оног које је установљено вољом људи и које може бити мењаног по њиховом нахођењу, важеће заједно и подједнако с овим правом је и природно право — непроменљиво, увек и свуда неопходно постојеће, јер је условљено самом природом (природом човека, природом ствари, које служе као објект његових права, природом самих правних основа). Дакле, дејству овог другог је придаван исти значај као и позитивном праву. — По Коркуновљевом мишљењу, хипотезу природног права, како су је изражавали римски правници, треба сматрати одбаченом, ако се покаже да правне норме, тобоже природне, зависе од услова времена и места и не чине неопходно својство сваког позитивног права (вид. Н. М. Коркунов: Лекции по общей теории права, издание четвертое, С.—Петербург, 1897, стр. 89 и сл.).

²⁴ Овде су од посебног значаја, по садржају и по начину на који је овај садржај изражен, радови — I. Koschimbahr-Lyskowski: Ratio naturalis w prawie izymiskiem klasycznym, Warszawa, 1930, и И. А. Покровский:

У римској јуриспруденцији се узима да су *ratio naturalis* и *ius naturale* истовремени појмови. У етимолошком значењу *ratio* потиче од речи *regor, reri, ratus sum*, **прорачунавати** и, дакле значи **прорачун**. *Ratio* значи још и **имати на оку, узети у обзир** нешто или некога. То што *ratio* означава такође циљ (*causa*) само је последица његовог основног значења.

Тако, *ratio naturalis* означава **природан прорачун**, тј. прорачун, заснован на природи ствари (*rerum natura*) датог правног односа међу странама. Природа ствари (*rerum natura*) није само по себи правни принцип, али постаје основа за његово утврђивање. Однос међу странама мора бити оцењен на основи природе ствари у оквирима позитивног права (*et ius et naturam recipere*). Тиме римски правници објашњавају да закон не може да садржи принцип који би био супротан природи ствари (*contra rerum natura*) или прорачуну, основаном на природи ствари (*contra rationem naturalem*). Понекад су класични римски правници подвлачили да правни принцип може да буде утврђен само на основи природе ствари (*ratione naturali*), на чије формирање није утицало позитивно право.

И сентенце правника,²⁵ према којима *ratio naturalis* не може да буде укинут позитивним правом, не значе надмоћност природног права у односу на позитивно право, већ изражавају идеју да правни принцип, створен на основи природе ствари датог случаја у оквирима позитивног права, не може бити супротан позитивном праву.

Ratio naturalis као метод стварања правним принципа путем прорачуна, заснованог на природи ствари датог односа међу странама, оцењеној у оквирима позитивног права, јесте **основа за примену позитивног права и стваралачки чинилац његовог развоја**. С једне стране, правни принцип не мора да буде створен дедуктивним методом из воље законодавца, већ, напротив, индуктивним — из природе ствари датог случаја, посматраног у оквирима позитивног права. На тај начин, *ratio naturalis*, узет као природа ствари датог случаја као основа за стварање правног принципа је „начин хармонизације диспозиција позитивног права са захтевима природе ствари датог случаја” — *le moyen d'harmoniser les dispositions du droit positif avec les exigences de la nature des choses du cas donné*.²⁶ С друге стране, ако право не даје јасну диспозицију, одлучује само природа ствари датог случаја.

Под утицајем грчке филозофије, нарочито стоицизма, извесни римски правници прихватају постојање **природног закона** који став-

Естественно-правовыя течения в истории гражданского права. С.—Петербург, 1909. Повод за писање овог другог рада била је занимљива појава с краја XIX века, позната под именом *обнове природног права*, и у њему писац врло успешно слика сталан спор међу булгаристима и мартинистима у области јуриспруденције и, на тај начин, њено кретање од искључивог култа позитивног права до искључивог култа природног права.

²⁵ D 50, 17, 188, 1; G 1, 158; D 7, 5, 2, 1; D 50, 17, 8.

²⁶ I. Koschimbahr-Lyskowski: Ibid., стр. 47 (у резимеу на француском језику).

ља исте инстинкте у сва жива бића (људи и животиње), као што је спајање двају полова, рађање деце и њихово васпитање и сл.²⁷. Ови инстинкти су производ природног закона и као такви они га одсликавају.

Исто тако, под утицајем хеленистичке филозофије неколико учених правника краја класичне епохе прихвата гледиште да наш менталитет, *raison* представља природно право, да је оно у њему постављено.²⁸

Овде, свакако, треба поменути и познату **трихотомију Јустинијана**, према којој се јединствено приватно право састоји из: 1. природних правила, која постају највиши извор права и об/а/везују све друге делове права (*ius gentium* и *ius civile*), 2. правила *iuris gentium*, заједничка свим народима и која об/а/везује све људе²⁹ и 3. правила грађанског права (*ius civile*) која об/а/везују само римски народ.³⁰

Јустинијан је истицао да у наведеној хијерархији природно право заузима прво место, као и да је оно **непроменљиво и вечно**.³¹ Али он признаје да позитивно право није увек сагласно с природним правом.

Док су класични правници истицали дефиницију: *ius est ars boni et aequi* и његов развитак схватили као резултат унутрашњих сила које произилазе из природе датих односа (*ratione naturali*). Јустинијан, затим, истиче да се као **право појављује закон**, и да је закон једини извор права.³²

Као што тачно објашњава *I. Koschimbahr-Lyskowski*, Јустинијан је био свестан значаја римског права класичног периода. Оно је за њега било веома драгоцен материјал — *ratio scripta*. па се тако може разумети прихватање с његове стране великог дела правних принципа утврђених *ratione naturali* који представљају природно право. Појам *ratio naturalis* Јустинијан узима у значењу свеопштег разума, као што га и поистовећује с појмом *ius naturalis*.³³

Идеја природног права провлачи се кроз цео Средњи век. Утицај римског учења о природном праву био је ту одлучујући.³⁴

²⁷ D 1, 1, 1, 3.

²⁸ D 1, 3, 2.

²⁹ J 1, 2, 1 — прав. *communi omnium hominum iure*.

³⁰ J 1, 2, 1 — прав. *populus itaque Romanus partim suo proprio — iure utitur*.

³¹ J 1, 2, 11.

³² Const. Deo auctore § 1 *legum auctoritas, quae — omnem iniquitatem expelit*.

³³ Nous voyons donc que Justinien a accepté, — пише *I. Koschimbahr-Lyskowski* на крају поменутог резимеа, — la plus grande partie des principes juridiques, élaborés par les juris-consultes de l'époque classique, mais, sous influence de la philosophie hellénistique, il les a mis dans une nouvelle «enveloppe», en croyant que de cette manière il pouvait réaliser sa conception de la *ratio naturalis* et du *ius naturale*.

³⁴ О усвајању римског учења о природном праву од стране западно-европске мисли у Средњем веку вид. Ф. Тарановски: *Ibid.*, стр. 202. Н. Чижев је истицао да је римска практична мудрост произвела три моћне појаве: *ius civile*, које је прекалило римску националност у чврсто језгро и образовало гвоздену типичност римске правне природе, *ius gentium*,

О природном праву су писали богослови, филозофи и публицисти. Споминања *aequitas* и *ius naturale* срећемо чак и у делима глосатора, коментатора итд. Фитинг је говорио о **природно-правном правцу XI века** — *naturrechtliche Richtung des XI Jahrhunderts*. И јуриспруденција коментатора је садржала идеју природног права, као неког **вечног, из природе ствари разумом изведеног права**. За њих је римско право имало карактер **научно засноваоног природног права** и зато карактер **светског права** — *Weltrecht*. Опште је запажање да се непосредно провођење у живот принципа *iuris naturalis* све више напуштало на рачун *lex scripta*. Тако, ако је природноправни правац тзв. **предболоњске** епохе допуштао могућност исправљања писаног права од стране јуриспруденције и суда, по правилу: *sin vero aequitas iurn scripto contraria videatur, secundum ipsam iudicandum est*, дотле у **Р. Лулија** видимо скромнији однос: ако је писани закон противан начелима *iuris naturalis*, ако је *falsa*, не треба се њиме користити, али, с друге стране, не треба га ни *diffamare* — треба ћутати, *tacere* да се не би компромитовао законодавац: *ut non faciat dedecus superioribus*.³⁵

У природно-правним учењима XVII и XVIII века која, ослободивши се богословског елемента и поставши лаичка, рационалистичка и револуционарна,³⁶ истичу се три елемента:

1. Слобода установљења права. — С тачке гледишта рационализма, ако историјски настало право противуречи природном, онда је оно производ човечјег незнања и самовоље: као физичко тело у сферичном огледалу, оно се одражава у искривљеном,

које је растопило римску националност, уводећи у њу елементе, чије је присуство разнело на све стране чврстину римског националног духа, и *ius naturale*, на чијим плећима је почивала сва средњевековна правна мисао, додајући: „у рукама *iuris naturalis* васпитавала се и савремена либерална наша Европа“ (Н. Чижов: Источник и форми права, I, Варшава, 1878, стр. 73).

³⁵ Вид. И. А. Покровский: Ibid., стр. 43. На наредним страницама овај писац сажето и ретко јасно изражава конфликт природног и позитивног права — уступање места „духу“ природног права од стране „духа позитивног права“, вулгаризацију идеје природног права, идеје апсолутних, објективних принципа и њено преобраћање у просту, субјективно схваћену *праведност*, у *слободно судијско нахођење*, те, у вези с тим, реакцију — поновно враћање култу позитивног права, изражено у покличу „назад, ка изворима“. Периодична и чак регуларна смена природно-правног и позитивно-правног расположења, у њега се, како смо већ истакли, приказује као сталан спор мартиниста и булгариста.

³⁶ Х. Гроцијус је учио да норме природног права, основане на самој природи разума, имају вечан, одлучан значај, као и сам разум, те су непходне, као закони логике и потпуно независне од Божје воље: *postojale би чак и ако Бог не би постојао* — *etsi daretur, Deum non esse*. За Х. Гроцијуса и његове следбенике стварност има право на постојање само ако произилази из захтева разума, тј. ако је логички изведена и оправдана с тачке гледишта природног права. Носивши у себи револуционаран карактер, ово учење је послужило као оправдање и лозинка Француске револуције. До крајњих његових последица довео га је Ж. Ж. Русо: по природи, говорио је он, човек се рађа слободан, — међутим, свуда га видимо у оковима; по природи сви људи су једнаки, — међутим, контраст богатства и беде чини свеопшту појаву; по природи сви људи су браћа, — међутим, свуда можемо посматрати огорчену борбу слојева.

изврнутом виду. Ако право може бити слободно преображено на начелима разума (— која ће снагом законâ природе показати како оно треба да буде изграђено), то школа природног права овог периода, сасвим природно, садржи у себи представу о слободи у стварању права. „У сваком положају, — говорио је Ж. Ж. Русо, — народ је увек у стању да измени своје законе, чак најбоље; ако му се хоће да учини себи зло, ко је у праву да му смета”.³⁷ Још боља илустрација ове представе је знаменита фраза Волтера: „Хоћете да имате добре законе?”. — питао се он, и одговарао: „Спалите старе и издајте нове”.³⁸ Отуда и онај респект према *lex scripta*. Сматрало се да је закон најприлагођеније оруђе разума. Право и закон су овде синоними. На праву се гледало као на суму обнародованих закона, док је обичајно право плод историјских предрасуда и средстава њиховог подржавања.

2. Непроменљивост садржаја природног права. — Према учењу школе природног права овог периода, природно право као производ разума,³⁹ који је исти за све људе, је **јединствено, вечно и непроменљиво** и као такво изнад историјског права. Право разума не подлеже развитку, већ само откривању.

3. Општенародни карактер природног права. — С обзиром на изнету карактеристику, — да је природно право јединствено, вечно и непроменљиво и да је задатак законодавца да прилагођава позитивно право природном, произилази да је природно право подесно за све људе, независно од њихове народности. Дакле, насупрот национализму истиче се космополитизам.

Француска револуција, у којој је природно право достигло свој апогеј, показала је и његове недостатке: увидело се да је природно право, као кодекс идеалних норми, немогућно и да није у стању да замени стварно право створено читавим животом народа. *N. K. Renenkampf* је био дубоко у праву кад је истицао да су вечни разумни закони остајали само у књигама и умовима малог броја савременика.⁴⁰

Без обзира на ову примедбу, чињеница је да је школа природног права у његовој рационалистичкој форми подстицала коди-

³⁷ J. J. Rousseau: *Lettres écrites à la Montagne*, писмо 6.

³⁸ Voltaire: *Dictionnaire philosophique*, Paris, 1813, 11, стр. 20: *Les lois ont été établies dans presque tous les Etats par l'intérêt du législateur, par le besoin du moment, par l'ignorance, par la superstition. On les a faites à mesure, au hasard, irrégulièrement, comme on bâtissait les villes... Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brûlez les vôtres, et faites-en de nouvelles* (подвукао Т. II.).

³⁹ Тачније је, међутим, говорити да природно право у својој рационалистичкој форми није ништа друго до *логички-неопходан* закључак из овог или оног *апсолутног*, датог а *приори*, принципа (у предкантовском периоду такав принцип је не човечји разум, већ човечја природа, или тачније одређено, *логички-првобитно* својство ове природе, — *essentia hominis*, по изразу Волфа: *appetitus societatis* у Гроцијуса, страх у Хопса, егоизам у Пуфендорфа, љубав у Томазија: кантсовско природно право није право природе, већ *право разума* — *Vernunftrecht*) — вид. В. Гессен: *Возрождение естественного права*, „Право“, бр. 10/1902, стр. 482.

⁴⁰ Вид. Н. К. Ренненкамф: *Юридическая энциклопедия*, Киев, 1889, стр. 30.

фикацију. Поменимо овде Пруски земаљски законик из 1794, *Code civil* из 1804 и Аустријски грађански законик из 1811. Тако је вера у постојање непроменљивог и вечног природног права јасно изражена у чл. 1. *Livre préliminaire* пројекта *Code civil* — *Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes*. При новом претресу цела *Livre préliminaire*, а с њом и ова свечана исповест се одбацује, и прелази се на скроман и трезвен рад над потпуно позитивним материјалом, тако да се о садржају *Code civil* могу прихватити речи Есмена: *le droit, qu'il contient, est un droit historique et national, non imaginé mais vécu, l'âme des générations, non rêve des individus*.⁴¹

У време кад се веровало да је историјска школа права однела победу над школом природног права,⁴² дошло је до **ренесансе, обнове природног права**. Ова појава треба да захвали, у првом реду, Л. Петражицком и Штамлеру, — у првог односно мисао се оваплоћује у форми **политике права** и посебно **грађанско-правне политике**,⁴³ у другог у форми **природног права с променљивим садржајем, правилног права и политике права**.⁴⁴ Нема сумње да ту прво место припада Л. Петражицком, јер је његова мисао извршила дубок утицај на немачку правну књижевност оног доба, па и на самог Штамлера, као и на израду коначне редакције владиног пројекта општенемачког грађанског законика.⁴⁵

⁴¹ Наведено према И. А. Покровскиј: *Ibid.*, стр. 33—34.

Историјска школа права се борила против разних *rêves des individus*, а за *l'âme des générations*, народни дух — *Volksgeist, droit historique et national*, док Jering, насупрот органском и безболном развоју права, истакао тезу о борби у праву и борби за право.

⁴² Тврдило се да су природно-правна учења покопана, да су отишла у неповрат, да су предата у архив одбачених доктрина и сл.

⁴³ Лозинку ренесансе природног права у наведеном смислу Л. Петражицки је први пут истакао у делу објављеном на немачком језику — *Lehre vom Einkommen*, II, Berlin, 1895, стр. 579.

⁴⁴ Вид. преводе Штамлерових дела са немачког на руски језик — *Хазјайство и право с точки зрения материалистического понимания истории* — I, II, С.—Петербург, 1907, и *Сущность и задачи права и право-ведения*, Москва, 1908.

⁴⁵ У Русији, независно од Л. Петражицког у раније, или под његовим утицајем, или независно од њега, идеја природног права имала је ватрена и убеђене заштитнике у Мартенсу, Капустину, П. Новгородцеву, Хесену, кн. Е. Н. Трубецком, а посебно идеја грађанско-правне политике — у И. А. Покровском. Чак је и Н. М. Коркунов, који је веру у природно право сматрао логичком заблудом, истицао да је хипотеза природног права резултат потребе да се некако објасни *својствен праву елемент објективне неопходности*, и да то није само књижна теорија, туђа стварном практичном животу (вид. Н. М. Коркунов: *Ibid.*, стр. 84 и сл.). — Некако у исто време и у француској правној књижевности природно право је предмет живог интересовања. Још је Тард у природном праву видео једну од фаза трансформације права — *une des phases les plus régulières, les plus constantes à son rang et à son heure, des transformations du droit* (G. Tarde: *Les transformations du droit*, Paris, 1893, стр. 146); о обнови природног права тад се на француском језику појавило чак и посебно дело — Charmont: *La renaissance du droit naturel*, Paris, 1910.

Нема сумње у то да су током историје природноправна учења, као **критика позитивног права** и као **позив за његово усавршавање**, испуњавала корисну функцију — доприносила **прогресу, развитка права**, и у овом смислу служила, како је Л. Петражицки волео да каже, као **сурогат непостојеће науке политике права**.

Тодор И. Подгорац

L'ECOLE DU DROIT NATUREL

Résumé

Le terme même *le droit positif* montre qu'il y a encore un autre droit que ne l'est pas. Le droit qui ne l'est pas c'est *le droit naturel*. La question du droit naturel est une des questions importantes de la philosophie du droit.

L'idée du droit naturel comme ordre qui résulte de la nature même et qui est, par conséquent parfait et idéal, est née dans le passé lointain. Contrairement à l'affirmation que la théorie du droit naturel est née dans la Grèce antique, nous pensons qu'il faut pénétrer dans le passé plus lointain et chercher l'idée du droit naturel dans les doctrines politiques de l'ancien Orient, avant tout, dans *le taoïsme*. Pourtant, il est vrai que la théorie du droit naturel s'était développée dans l'ancienne philosophie grecque d'où était transmise aux doctrines des juristes romains: *ius naturale* et son écho — *aequitas*, étaient d'une grande valeur pour la jurisprudence romaine. Comme dernier but de toute activité dans le domaine du droit, c'était justement la réalisation de cette *aequitas*, et le droit même était déterminé comme *ars boni et aequi*. Au Moyen âge l'idée du droit naturel a un caractère *théocratique* contenant les clauses du droit romain et celles de l'Écriture Sainte. Le XVII et le XVIII siècle ont une importance particulière pour le droit naturel et son développement suivant. Les grandes codifications ont été faites aussi au début du XIX siècle du point de vue du droit naturel. Dès lors ont été manifestés aussi les faibles de la conception du droit naturel: voulant codifier les principes du droit naturel il s'est fait voir que ses bases n'avaient pas été connues dans la mesure suffisante. C'est pourquoi on a remonté au droit romain s'appuyant sur l'idée que celui-ci contenait les principes du droit naturel. Cette méthode menait à l'affaiblissement de la conception du droit naturel et elle a été totalement rejetée dans la deuxième moitié du XIX siècle, soulignant la thèse que le droit *c'est ce que la loi ordonne*. Mais cette thèse n'a pas pu satisfaire, elle-même non plus: Il n'était pas possible de ne pas remarquer que *toutes les lois n'étaient pas équitables*. On a retourné ainsi à la conception du droit naturel pour faire ses recherches plus profondes. Il nous semble qu'ici doive être attribuée une valeur théorique et pratique particulière à la devise *de la renaissance du droit naturel*.

parue vers la fin du XIX siècle en allemand (— Wiedergeburt des Naturrecht), ensuite dans la littérature juridique russe (— возрождение естественного права) et dans les autres.

Etant parue dans un intervalle très long, sous différents aspects, non disparaissant pas même de nos jours, on pense sans le vouloir que l'idée du droit naturel a *des bases plus profondes*. Dans l'article nous les recherchons plus précisément à l'ordre chronologique, soulignant le principal.

Les études du droit naturel, nées des conditions et nécessités convenables, contribuaient non seulement à apercevoir certains problèmes spécifiques du droit et à les résoudre à peu près positivement, ce qui est important pour la théorie du droit, mais, en traitant le droit dit naturel (rationnel, idéal, philosophique, équitable etc.), elles jouaient à la fois, un rôle de science insuffisamment faite de la politique du droit, ce qui, en présentant cette école, d'après notre connaissance, n'est pas suffisamment souligné.

КАЗНЕНА ПОЛИТИКА ЗАКОНОДАВЦА У РЕФОРМИ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА

I — Уводна разматрања

Криминалитет, како у историјском просеку, тако и у савременом свету, представља један од најсложенијих проблема, било да је реч о узроцима који га изазивају, било о мерама које се предузимају за његово спречавање. У овој другој области, још увек нису пронађена таква средства чијом би се применом могло сузбити вршење кривичних дела, упркос дугим и упорним трагањима. На том плану, и казнена политика треба да да свој допринос.

По једном мишљењу, казнена политика је саставни део криминалне политике одређене земље. Ако под појмом „политика“, у најширем смислу, подразумевамо све свесне друштвене делатности које теже постизању одређених циљева, а криминалну политику као рационалну и планску друштвену активност усмерену на сузбијање криминалитета превентивним и репресивним мерама — онда казнену политику можемо одредити као рационално усмерену практичну делатност судова у примени казне и других кривичних санкција према учиниоцима кривичних дела, с обзиром на оцену друштвене опасности поједине врсте криминалитета и конкретно учињеног кривичног дела и с обзиром на уважавање личности учиниоца. Циљ казнене политике је да се применом принудних мера, предвиђених у кривичном законодавству, делује у правцу успешног сузбијања криминалитета.¹

Оваква дефиниција казнене политике је прихватљива само уколико се практична делатност судова условљава, боље речено, руководи ставовима који су одређени у кривичном законодавству. У том случају казнена политика судова представља казнену политику законодавства. У супротном, наведена дефиниција је непотпуна. Та непотпуност постаје видљива ако се има у виду управо

¹ Б. Краус, Развој, карактеристике и основни проблеми казнене политике у Југославији, Проблеми казнене политике, судова, Београд, 1973. г. стр. 19.

истакнути циљ казнене политике, а то је сузбијање криминалитета применом принудних мера. Наиме, законодавац је тај који одређује принудне мере, односно кривичне санкције које ће се применити према учиниоцима кривичних дела. Посматрајући проблем криминалитета на овај начин, појављује се као нужна потреба да се истакне и улога законодавца у сузбијању криминалитета. У том смислу, може се говорити о казненој политици законодавца (или законодавства) и о казненој политици судова.

На овом месту, биће више речи о казненој политици законодавца. Јер, колико год биле уско повезане казнена политика законодавца и казнена политика судова, ипак се могу раздвојити и посматрати одвојено једна од друге. То с разлога што су проблеми који се тичу казнене политике законодавца ипак, а често и у великој мери, различити од проблема практичне борбе против криминалитета коју воде судови. Наравно, ова констатација ни мало не утиче на чињеницу да су ова два феномена уско повезана и да их је, понекад, тешко раздвојити.

II — Шта обухвата казнена политика законодавца?

Да би се уопште могло говорити о томе шта обухвата казнена политика законодавца, треба предходно имати у виду неколико ствари које представљају основна обележја казнене политике законодавца и које одређују њену природу и карактер. То су: задатак кривичног законодавства, сврха кривичних санкција, систем кривичних санкција и систем одмеравања казни.

1. Задатак југословенског кривичног законодавства је да штити од насиља, самовоље, експлоатације, контрареволуционарне делатности, кршења уставности и законитости и других друштвено-опасних дела основна права и слободе човека и грађанина, њихов, друштвено-економски положај, социјалистичко самоуправно друштвено уређење, независност и безбедност земље, братство и јединство и равноправност народа и народности и уставом утврђени правни поредак (члан 1. Кривичног закона СФРЈ).

Задатак кривичног законодавства састоји се, дакле, у заштити наведених вредности. Међу њима, права и слободе човека и грађанина и њихов друштвено-економски положај имају примарни значај. То само потврђује хуманистички карактер југословенског кривичног законодавства. При томе, заштита самоуправног социјалистичког друштвеног уређења је непосредно повезана са претходним задатком. Јер, тек самоуправно друштво, у коме човек-самоуправљач постаје одлучујући фактор свих збирова, означава један нови, хумани, однос према људима. Остварење социјалистичког самоуправног друштвеног уређења истовремено значи и предузимање свих мера из области кривичног законодавства које омогућавају даљи развитак самоуправног система. А то значи да је кривично законодавство дужно да и само дâ пуни допринос даљем развитку друштва. Оно то може постићи само праћењем постојећих друштвених односа и њиховог развитка у коме ће се

и оно сâмо прилагођавати том развитку у правцу свестранијег развијања самоуправљања као основног обележја целокупног друштвено-политичког система.

2. Када је реч о сврси кривичних санкција, онда се може говорити о сврси кривичних санкција уопште и о сврси сваке од појединих кривичних санкција. За казнену политику законодавца од нарочите је важности општа сврха кривичних санкција, а затим и сврха казне као најважније врсте кривичних санкција, а затим и сврхе казне као најважније врсте кривичних санкција у остваривању циљева казнене политике.

Општа сврха прописивања и изрицања кривичних санкција је сузбијање друштвено опасних делатности којима се повређују или угрожавају друштвене вредности заштићене кривичним законодавством (члан 5, став 2 КЗЈ).

У оквиру опште сврхе кривичних санкција, сврха казне, односно кажњавања је спречавање учиниоца да чини кривична дела и његово преваспитање, васпитни утицај на друге да не чине кривична дела, јачање морала социјалистичког самоуправног друштва и утицај на развијање друштвене одговорности и дисциплине грађана (члан 33 КЗЈ). Циљеви кривичних санкција, односно казни, се на извештан начин, поклапају са циљевима казнене политике. Међутим, казнена политика иде даље и шире од ових циљева, па обухвата и низ других института кривичног законодавства. Ипак, слободно се може рећи да је (успешна) казнена политика условљена ставовима законодавства о томе шта је циљ кривичних санкција коме треба тежити кроз изрицање, односно извршење кривичних санкција.

3. Систем кривичних санкција такође игра важну улогу у казненој политици законодавца. То је скуп мера које законодавац ставља на располагање судовима, а судови примењују према учиницима кривичних дела.

У југословенском кривичном праву, систем кривичних санкција је такав да омогућава у великој мери остварење принципа индивидуализације што, у крајњој линији, представља услов за остварење задатака који себи поставља кривично законодавство. Само остварење принципа индивидуализације зависи од усвојеног система одмеравања казне.

4. Најзад, четврто обележје казнене политике законодавца је систем одмеравања казни.

У југословенском кривичном законодавству, усвојен је систем релативно одређених казни. Овај систем гарантује поштовање принципа законитости, али, исто тако, даје у довољној мери слободу судовима при одмеравању казни, односно њеном прилагођавању карактеристикама кривичног дела и његовог учиниоца.

Ако се, макар летимично, упореде наведена обележја казнене политике законодавца, видеће се да између њих постоји уска веза и узајамно деловање. Сврха кривичних санкција, односно казне, не може ићи изван граница одређених задатком кривичног законодавства. Међутим, исто тако и остварење тог задатка не значи ништа друго него остварење сврхе кривичних санкција, односно

казни. При томе, усвојени систем одмеравања казне представља најпогоднији начин да се наведени задаци и циљеви остваре уз минимални несклад између оног што ће законодавац и оног што постижу судови у непосредном додиру са кривичним делима и њиховим учиниоцима.

Имајући у виду напред наведена основна обележја казнене политике законодавца, може се рећи да се она изражава, не узимајући у обзир законско одређивање кривичних дела и општих услова за изрицање и примену кривичних санкција, у следећем: 1) у одређивању кривичних санкција које се уопште могу применити; 2) у одређивању максималних и минималних мера појединих врста кривичне санкције; 3) у одређивању врста казни за поједина кривична дела; 4) у одређивању највећих и најмањих мера казни предвиђених за поједина кривична дела; 5) у одређивању начина одмеравања казне; 6) у одређивању услова за изрицање условне осуде и судске опомене; 7) у одређивању услова за ослобађање од казне; 8) у одређивању могућности ванредног ублажавања казне; 9) у одређивању услова за изрицање условног отпуста; 10) у одређивању услова за наступање застарелости; 11) у одређивању услова за помиловање; 12) у могућности давања амнестије; 13) у регулисању примене мера безбедности; 14) у одређивању услова за примену мере одузимања имовинске користи и 15) у регулисању примене кривичних санкција према малолетницима и према младим пунолетним лицима.²

У излагању која следе, биће више речи само о извесним питањима која задиру у ову област. Међутим, с обзиром да је реч о казненој политици законодавства у реформи кривичног законодавства, треба најпре рећи нешто и о неким општим питањима реформе кривичног законодавства.

III — Због чега реформа кривичног законодавства?

Са гледишта борбе против криминалитета, казнена политика у подједнакој мери обухвата и казнену политику законодавца и казнену политику судова. Међутим, упоређивање казнене политике законодавца, која се изражава кроз казнено законодавство, и казнене политике судова, која се остварује кроз примену кривичног законодавства, у пракси показује у неким случајевима извештан раскорак, односно указује на постојање различитих ставова у погледу појединих питања конкретне казнене политике. Оваква ситуација настаје углавном из два разлога: или се казнена политика судова разликује од казнене политике коју је предвидео законодавац у постојећим прописима, или су решења која је законодавац усвојио неадекватна или превазиђена конкретним потребама друштва у датом моменту, у погледу кривичноправне заштите.³

² Вид. М. Ђорђевић, Кривично законодавство и казнена политика, Проблеми казнене политике судова, Београд, 1973, стр. 7.

³ М. Ђорђевић, оп. цит. стр. 16.

Уколико је у питању први разлог, онда се недостаци на плану борбе против криминалитета налазе у пропустима учињеним у казненој политици судова.

Међутим, ова констатација не мора да буде увек тачна. Наиме, казнена политика судова може да се разликује од казнене политике законодавца из разлога што судови свесно одступају од ставова које заузима законодавац, руковођени при томе различитим мотивима. Такво стање доводи до неуједначености у примени прописа које предвиђа кривично законодавство, односно доводи до неуједначености у примени кривичних санкција. Оваква ситуација је недозвољена имајући у виду принципе законитости и једнакости грађана пред законом. Такво стање захтева промену става судова, боље речено, нужност да се судови у вршењу своје делатности придржавају ставова које заузима законодавац.

У другом случају, казнена политика судова се разликује од казнене политике законодавца, јер то захтевају промењени услови живота у датом друштву. Практично, овде се ради о новонасталим појавама које постојећим законодавством нису регулисане. С те тачке посматрано, промене у казненој политици судова се показују као оправдане. Међутим, питање је у којој мери судови могу одступити од ставова предвиђених у законодавству, с обзиром на важност принципа законитости у овој области.

Најзад, може се догодити да до наведеног несклада између казнене политике законодавца и казнене политике судова дође због неадекватних, односно превазиђених решења која даје законодавац, а који за судове представљају обавезу. Ради се о томе да су извесне појаве већ регулисане кривичним законодавством, али на начин који је услед протекла времена и одговарајућих промена у друштву, постао неадекватан. С тог разлога, одступање казнене политике судова од казнене политике законодавца се показује као оправдано. У сваком случају, овакво стање указује на потребу мењања казнене политике законодавца и на проналажење нових, адекватних, решења. Другим речима, појављује се потреба за реформом кривичног законодавства.

У југословенском кривичном праву, казнена политика законодавца је, у периоду после рата, доживела низ промена. Те промене су вршене са мање или више успеха, али увек у настојању да казнена политика коју одређује законодавац, а самим тим и казнена политика судова, у мери у којој зависи од ставова усвојених у законодавству, да успешније резултате на плану сузбијања криминалитета.

На овом месту, тешко је говорити о свим правцима у којима се кретала реформа југословенског кривичног законодавства, или о питањима која би се могла сматрати актуелним. Већ из тог разлога, разматрања која следе биће усредсређена само на извесне проблеме који се, у овом тренутку, сматрају можда важнијим од других. То, наравно, не може да умањи значај и тих других питања о којима овде неће бити речи.

1. Законодавна надлежност у области кривичног законодавства

Питање законодавне надлежности у области кривичног законодавства, на први поглед, није питање које би стајало у некој ужој вези са проблемима казнене политике. Међутим, ако се однос између законодавне надлежности и казнене политике сагледа мало дубље, видеће се да су ова два питања не само уско повезана, већ чак да казнена политика може директно зависити од тога како је решено питање законодавне надлежности у области кривичног права. Наравно, о овом односу се уопште може говорити само када је реч о државама са федеративним уређењем.

Доношењем Устава СФРЈ, 21. фебруара 1974. године, у развоју југословенског кривичног законодавства настао је један нови период. Наиме, све до доношења овог Устава, кривично законодавство је било у искључивој надлежности Федерације. Одредбама Устава (члан 281, став 1. тачка 12), установљена је подела законодавне надлежности у области кривичног законодавства између Федерације и република, односно покрајина. Такав став је нашао своје место и у одредбама Кривичног закона СФРЈ (скраћено КЗЈ) који је донет 28. септембра 1976. године, а ступио на снагу 1. јула 1977. године.

Наведена подела законодавне надлежности између Федерације и републике, односно покрајина, веома је значајна и са гледишта казнене политике. Наиме, у дискусијама које су вођене у вези са казном политиком, често су изношени подаци из којих се могло видети, да у практичној примени кривичних санкција, постоје велике разлике између судова са територије појединих република, односно покрајина. Чињеница је да су те разлике проузроковане различитим факторима. Међутим, у посматрању тих фактора, увек се мора поћи од друштвено-економских услова конкретно посматраног подручја, односно од његовог економског, етничког и културног развоја. Маколико да су одредбе Кривичног законика од 1951. године биле прилагођене тим факторима, ипак Кривични законик, и поред многобројних измена, својим одредбама није могао да у потпуности адекватно прати друштвено-економски и друштвено-политички развој свих република и покрајина. Разлог томе био је њихов, понекад веома изражени, ниво развоја. Потреба за подељеном надлежношћу у области кривичног законодавства управо је била руковођена тиме. На одређеном степену развоја нашег друштва, појавила се као нужна потреба да свака федерална јединица донесе своје кривично законодавство у мери у којој ће се поштовати и заједничке потребе и интереси свих.

Период који је прошао од дана ступања на снагу новог кривичног законодавства сувише је кратак да би се могло говорити о томе колико се успело у ономе што се хтело. Међутим, јасно је, а то произилази и из изнетих констатација, да ће се оваквом реформом кривичног законодавства постизати она неопходна равнотежа између прописа кривичног законодавства и онога чему они треба да служе, односно чему треба да теже. Тиме се не само пружа могућност за стварно смањење неуједначености у казненој поли-

тици која је до сада постојала, већ и реални основ за постизање успешнијих резултата у борби против криминалитета.

На крају, мора се имати у виду да је Кривично законодавство, поред наведене измене која представља једну од најзначајнијих у целокупном развоју југословенског кривичног законодавства, донело и низ других промена. Међу њима се срећу и нека сасвим нова решења. Сигурно је да се неће остати само на томе и да ће, у будућем развоју југословенског кривичног законодавства, бити још измена које се тичу законодавне надлежности. Јер, све те измене представљају само нужну последицу развоја самоуправног социјалистичког друштвеног система и представљају допринос који кривично право, односно законодавство, у границама својих овлашћења и могућности, даје том развоју.

2. Основ кривичне одговорности

У оквиру излагања о којима ће овде бити речи, говориће се о два питања која спадају у најактуелнија у области кривичне одговорности. То су: питање основа кривичне одговорности за кривична дела против безбедности јавног саобраћаја и питање одговорности за квалификована кривична дела.

1. У дискусијама које се о казненој политици воде у широј јавности, нису ретке примедбе које се односе на благод у изрицању кривичних санкција. Одатле проистичу и захтеви за пооштрењем кривичне одговорности и кажњивости. Додуше, ове примедбе се у већој мери односе на казнену политику судова, него на казнену политику законодавства. Међутим, ни казнена политика законодавца није, при томе, сасвим поштеђена.

У последње време, нарочито, а услед праве експанзије јавног саобраћаја и кривичних дела из ове области, нису ретке примедбе које се чују и у стручној јавности о томе да је казнена политика и законодаваца и судова у овој области неадекватна и да би одговорност за ова кривична дела требало пооштрити. У тези с тим, требало би рећи нешто више о томе у којој су мери ови захтеви оправдани.

Да би се одговорило на то питање, мора се поћи од тога да је криминалитет у области јавног саобраћаја условљен, сигурно више него у другим областима, многобројним и различитим факторима.⁴ То је, на првом месту, стање путева на којима се одвија јавни саобраћај. Иако се оно, из дана у дан, побољшава, ипак, ни из дајека, оно не задовољава и не обезбеђује услове за безбедно одвијање јавног саобраћаја. С друге стране, техничка исправност возила често је у таквом стању да одвијање вожње ставља под велики знак питања. Најзад, велики број саобраћајних несрећа проузрокован је непоштовањем прописа од стране пешака. Дакле, у сплету свих наведених околности, извршилац кривичног дела није увек једини узрок саобраћајног удеса. У сваком случају, он је кривично

⁴ О овоме вид. В. А. Василијевић, Безбедност саобраћаја, Остварења и могућности, Београд, 1980.

одговоран и мора да буде кажњен за дело које је извршио, али само у границама своје одговорности, посматране у објективно-субјективном смислу (проузроковање последице и виност извршиоца). Свако проширивање кривичне одговорности изван ових граница (без обзира о којим се кривичним делима ради) значи приклањање систему објективне одговорности, што је у кривичном праву недопустиво. Тежња на објективизацији кривичне одговорности нема своје место у кривичном праву. Кривично право је само једна, често последња, етапа за спречавање саобраћајних удеса. Оно се мора посматрати и прихватити само на тај начин, а не као искључиво средство које треба да надокнади све пропусти учињене у другим областима, тиме што би поштреним кажњавањем саобраћајних делинквената утицало на побољшање већ забрињавајућег стања у јавном саобраћају. Само заједничким напорима свих, на плану побољшања услова у свим наведеним областима, може се смањити број саобраћајних несрећа. Дакле, не само и искључиво мерама из области кривичног законодавства. Због свега тога, неприхватљиви су захтеви за померање граница кривичне одговорности на објективној одговорности, односно за поштравање казнене политике у овој области.

2) Питање одговорности за квалификована кривична дела такође заслужује посебну пажњу с обзиром на то да су у овој области учињене извесне измене у односу на раније кривично законодавство.

Када је реч о одговорности за квалификована кривична дела, онда се разликују три случаја: питања одговорности за кривична дела квалификована тежом последицом; одговорност за кривична дела квалификована нарочитом околношћу и одговорност за особито тежак случај.

1) Проблем одговорности за кривична дела квалификована тежом последицом присутан је у теорији кривичног права од давнина и то под именом претеринтенционалног кривичног дела. У односу на овај проблем, може се говорити о три схватања.

Још у доктрини Католичке цркве, установљен је принцип по коме се одговорност онога ко свесно изврши неку кажњиву радњу не ограничава само на последицу коју је предвидео и коју је хтео, већ обухвата и све штетне последице које је проузроковала његова радња. То је, углавном, смисао чувене максиме *versanti in re illicita impunatur omnia quae ex delicto sezuntur*.

Други став у развоју претерјитенционалног кривичног дела карактерише се тиме што је за постојање кривичне одговорности учињеноца довољно да је умишљајно извршио основно кривично дело и да је тежа последица, произишла из извршења основног кривичног дела, у узрочном односу са тим делом.

Трећи став је истакнут на конгресу Међународне уније за кривично право који је одржан у Сант-Петербургу, 1902. године. На овом Конгресу, Фон Лист, Ван Хамел и Роберт Гаро су предложили следећу формулу за решење кривичне одговорности у случају наступања теже последице нико не може да буде кажњен за после-

дице својих радњи, сем оних који је предвидео, или је могао предвидети.⁵

Ову формулу је први усвојио Кривични законик Норвешке од 1902. године. Овај Законик садржи одредбу по којој, када закон предвиђа повећање казне, у случају кад једна кажњива радња проузрокује неку нехатну последицу, та казна ће бити изречена само онда када је учинилац могао да рачуна на могућност једне такве последице и у мери у којој је он пропустио да је спречи, пошто је проценио опасност.

У односу на кривичну одговорност за тежу последицу, данас се усваја правило *nulla poena sine culpa*, па то правило усваја и југословенско законодавство. По одредби Кривичног закона СФРЈ, кад је из кривичног дела произашла тежа последица за коју закон прописује тежу казну, та се казна може изрећи ако је учинилац у односу на ту последицу поступао из нехата (члан 15).

Значај ове одредбе практично се састоји у томе што би, у њеном одсуству, свако наступање теже последице довело до идеалног стицаја између основног кривичног дела и кривичног дела које се квалификује тежом последицом. Кривични закон изричито одбацује овакву могућност ставом да, у таквим случајевима, постоји основно кривично дело квалификовано тежом последицом.

2) Постоје извесна кривична дела која, поред основног облика, могу да имају и квалификоване облике, зависно од околности под којима су извршена. Те околности могу бити: време извршења кривичног дела (на пример, код члана 201, став 1. КЗЈ); начин извршења кривичног дела (члан 165. КЗС) или мотив из кога је извршено кривично дело (члан 47, став 2. тачка 4, КЗС).

У погледу одговорности за оваква кривична дела, Кривични закон СФРЈ не садржи никакве одредбе. У теорији кривичног права се сматра да се овакви случајеви регулишу применом одредбе по којој се за кривична дела учињена из нехата, одговара само онда када то закон одређује (члан 11 КЗЈ). Пошто такву одговорност, у наведеним случајевима, Кривични закон СФРЈ не регулише, то одговорност за ова кривична дела постоји само у случајевима када се утврди да је учинилац био свестан да нарочита околност постоји и пристао је на ту могућност. Према томе, одговорност за кривична дела квалификована нарочитом околношћу утврђује се на основу умишљаја.⁶

3) Код неких кривичних дела, постоји тежи облик уколико је основно кривично дело извршено у особито тешком случају (на пример, кривично дело из члана 139 КЗСр). Према изричитој законској одредби, особито тежак случај постоји онда када дело представља појачану друштвену опасност због тога што је учинилац испољио нарочиту одлучност, упорност или безобзирност и што је дело изазвало нарочито тешке последице, или је учињено под другим, особито отежавајућим, околностима (члан 47. КЗЈ).

⁵ Вид. *Revue penitentiaire*, 1902., стр. 1120.

⁶ Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право СФРЈ*, Општи део, Београд, 1978. године, стр. 254.

У теорији кривичног права се сматра да за примену теже казне, која је предвиђена за особито тежак случај неког кривичног дела, није довољно утврдити да је проузрокована нарочито тешка последица или да је дело учињено под особито отежавајућим стварним околностима, већ је нужно, и у овом случају, применити одредбу члана 15 и члана 11, став 2. Кривичног закона СФРЈ. Наиме, потребно је утврдити да се та нарочито тешка последица може приписати нехату учиниоца, односно да је учинилац, у односу на особито отежавајућу стварну околност, поступио са умишљањем.⁷

Из наведених излагања о одговорности за квалификована кривична дела произилази да се могу разликовати три ситуације.

Прва ситуација среће се код кривичних дела квалификованих тежом последицом. У оваквим случајевима, довољно је да код учиниоца, у односу на тежу последицу, постоји нехат.

За разлику од претходног случаја, код кривичних дела квалификованих нарочитом околношћу, у односу на нарочиту околност мора да постоји умишљај учиницу, да би се могло говорити о постојању његове кривичне одговорности.

Трећа ситуација постоји код кривичних дела извршених у особито тешком случају. Овде се ради о две ствари: о наступању нарочито тешке последице и о томе да је дело извршено под особито отежавајућим стварним околностима. Дакле, овде се ради о два случаја кривичне одговорности учиниоца: ако се ради о особито тешком случају, који се састоји у проузроковању нарочито тешке последице, за кривичну одговорност учиниоца довољно је да, у односу на ту последицу, постоји нехат (према члану 15. КЗЈ); ако се ради о особито тешком случају, који се састоји у извршењу основног кривичног дела под другим особито отежавајућим околностима, у односу на те околности треба да постоји умишљај. Ако постоји нехат, учинилац неће бити одговоран за особито тежак случај, већ само за основно кривично дело (то такође произилази из члана 15, КЗЈ).

Овакав став Кривичног закона СФРЈ је логички оправдан. Међутим, чини се да би било више оправдања за један други став, по коме би се нарочито тешка последица и друге особито отежавајуће околности, под којима је кривично дело извршено, изједначиле. Јер, оне су отприлике од исте вредности, због чега их, уосталом, и сам законодавац регулише истом одредбом (члан 47, став 1, тачка 2, КЗЈ). Наиме, став да је за кривичну одговорност, када се ради о наступању нарочито тешке последице, довољан и нехат у односу на ту последицу (овај став је у складу са чланом 15, КЗЈ), а да је за кривичну одговорност, када се ради о другој особито отежавајућој околности, потребан умишљај, не би могао да има своје оправдање, јер се ради о две ствари исте, или приближно исте тежине. Да ли је онда оправдано у једном случају за кривичну одговорност учиниоца захтевати нехат, а други пут умишљај? Тим пре, што постоје у Кривичном закону СФРЈ случајеви када се одговара за кривично дело квалификовано нарочитом околношћу, када у односу на ту околност постоји нехат, а не умишљај,

⁷ Ибид. 6.

што је захтев који се, по правилу тражи. На пример, код кривичног дела подношења неистинитих рапорта и извештаја (члан 211, КЗЈ), постоји квалификовани облик кривичног дела, уколико се ради о рапорту од нарочите важности, а у погледу те околности постоји нехат (члан 211, став 3, КЗЈ).⁸ И то је у складу са одредбом из члана 11, став 2, Кривичног закона СФРЈ, по којој се за нехат одговара само када то закон одређује. Међутим, пошто се овде ради о нехату у односу на нарочиту околност, за коју се одговара само онда када је обухваћена умишљајем учиниоца, то је, изгледа, овде законодавац запао у противречност.

Чини се да би се све наведене тешкоће лако отклонило, боље речено, не би дошло до њих, да је законодавац са више пажње размотрио одребу из члана 8, став 2, Кривичног законика Југославије, по којој се прописана тежа казна за одређено кривично дело, због нарочитих околности, могла изрећи само ако је учинилац за те околности знао или је то био дужан и могао да зна за њих.

3. Кривичне санкције

Кривични закон СФРЈ донео је низ значајних новина које се тичу кривичних санкција. На првом месту, те новине се односе на казне, али исто тако и на мере безбедности и васпитне мере. Посебно место припада мерама упозорења и одузимању имовинске користи као мери специфичног карактера.

1. Смртна казна представља један од проблема о коме расправљају стручњаци веома различитих профила. Шифра јавност, исто тако. Колико је ово питање актуелно у кривичном праву, најбоље сведочи то што је о њему, између осталог, било речи и на недавно одржаном VI конгресу Уједињених нација за превенцију злочина и поступање са преступницима који је одржан у Карнасу од 25. августа до 5. септембра ове године. Наиме, у оквиру разматрања 7. тачке Конгреса, а на иницијативу Генералне скупштине Уједињених нација, која се тим поводом обратила Конгресу посебном резолуцијом, закључено је да је смртна казна нехумана и деградирајућа.⁹ С тог разлога, треба поново размотрити проблем ове казне, односно могућност њене замене другим казнама.

У југословенском кривичном законодавству, смртна казна се изриче само изузетно. Полазећи од схватања да је живот човека неприкосновен, смртна казна се може изрећи само за најтеже облике тешких кривичних дела (члан 175, став 1 и 2, Устава СФРЈ, члан 198, став 1 и 2, Устава СР Србије). Смртна казна се увек прописује алтернативно са казном затвора. То је суштина законске

⁸ Овде се управо среће случај да се квалификованим кривичним делом сматра како случај када се ради о нарочитој околности (рапорт од нарочите важности), тако и случај када су наступиле тешке последице (члан 211, став 2, КЗЈ). Да би се ова два случаја јасно разликовала, Ф. Бачић, случај из члана 2, став 211. назива умишљајном квалификованом варијантом основног дела из става 1. члана 211, а случај из става 3 истог члана, нехатом варијантом квалификованог кривичног дела из става 2. Видети, Кривично право, Општи део, Загреб, 1978., стр. 289.

⁹ Вид. Документ А/ЦОНФ. 87/9.

одредбе по којој се смртна казна не може прописати као једина главна казна за одређено кривично дело (члан 37, став 1, КЗЈ).

Имајући у виду да ова одредба представља новину у односу на одредбе о смртној казни које је предвиђао Кривични законик од 1951. године, можда није сувише храбро рећи да оваква одредба представља још један степен ограничавања могућности њеног изрицања, на путу на њеном потпуном укидању.

2. Казна затвора представља једину казну против слободе кретања у југословенском кривичном законодавству. Многобројне дискусије које су се водиле око питања унификације казни лишења слободе, уродиле су плодом, јер се дошло на становиште да између строгог затвора и затвора нема таквих разлика које би оправдавале њихово самостално постојање.

Међутим, оно што је данас акутно у вези са казном лишења слободе јесте питање извршења ове казне. У вези с тим, треба расчистити једно претходно питање — да ли кривично законодавство (у ужем смислу) треба уопште да садржи одредбе о извршењу казне затвора, или ту материју треба у потпуности препустити законодавству о извршењу кривичних санкција. Наиме, систем извршења казне лишења слободе у југословенском кривичном законодавству регулисан је, углавном, републичким и покрајинским законодавством о извршењу кривичних санкција. Изузетак чине само извесне одредбе које су предвиђене у Кривичном закону СФРЈ (члан 6). Што се тиче републичких и покрајинских кривичних закона, ситуација је различита. Кривични закони неких република, односно покрајина (КЗБХ, КЗК, КЗМ, КЗСр, КЗВ) садрже веома мало одредаба које се односе на извршење казне затвора. У другим кривичним законима, ситуација је другачија. Тако, Кривични закон Црне Горе садржи одредбе које се односе на начела о поступању са осуђеним лицима (члан 11), о скупном и одвојеном издржавању казне (члан 12), о казнено поправним установама (члан 13), и одредби о посебним правима и погодностима осуђених лица (члан 15). Кривични закон Хрватске садржи и одредбу о обавези на рад особа осуђених на казну затвора или малолетничког затвора (члан 33). Кривични закон Словеније такође садржи низ одредаба о извршењу казне затвора, на пример, одредбу о сврси извршења казне затвора (члан 27), о дужности осуђеника да ради (члан 32) и о поступању са осуђеницима (члан 33).

Чини се да би убудуће требало, у већој мери него што је то сада случај, ускладити наведене ставове. При томе, може се рећи да извесне одредбе, које се тичу извршења казне лишења слободе, ипак могу имати своје место и у кривичном законодавству (у ужем смислу).

3. Мере безбедности су такође доживеле низ измена, како по својој природи, тако и по садржини. Многобројне критике упућиване на рачун казнене политике судова, односно на мали број изречених мера безбедности, довеле су до тога да ове мере више не представљају само могућност коју је законодавац дао судовима, већ санкције које се изричу када је то неопходно, тј. када су испуњени услови за то.

4. Полазећи од сврхе васпитних мера, која се састоји у обезбеђењу васпитања, преваспитања и правилног развоја малолетних учинилаца кривичних дела, пружањем заштите и помоћи, вршењем надзора над њима, њиховим стручним оспособљавањем и развијањем њихове личне одговорности, а код малолетничког затвора и у вршењу појачаног утицаја на малолетне учиниоце да убудуће не врше кривична дела, као и у утицају на друге малолетнике да не врше кривична дела (члан 74, КЗЈ), може се рећи да кривично законодавство пружа реалне услове за постизавање ове сврхе. Међутим, акценат је и овде на остваривању услова за практично извршење ових мера, мада није напуштена ни идеја о унификацији тих мера.

5. Мере упозорења (условна осуда и судска опомена) појавиле су се у кривичном праву упоредо са појавом схватања да казне немају за циљ одмазду према учиниоцима кривичних дела и њихово испаштање, већ поправљање и оспособљавање учинилаца за друштвено користан рад. Па, ако одмазда и испаштање нису циљеви казне који треба да се остваре извршењем казне, онда извршење казне није увек неопходно. Другим речима, појавила се потреба за кривичним санкцијама које ће се исцрпљивати само у изрицању, односно у прекору учиниоцу због кривичног дела које је учинио и упозорењу да то више не чини јер, у супротном, може бити кажњен.

Овакво одређене, условне осуде и судска опомена су мере на линији депенализације, одустајање од казне. Као такве, оне целокупном систему кривичноправних санкција дају нове вредности и нове димензије, посебно на линији јачања њихових хуманистичких и васпитних ефеката, на линији диференцирања кривичноправног третмана лакшег и тежег криминалитета, као и на линији посебног уважавања квалитета личности учиниоца као детерминанте кривичне санкције.¹⁰

6. Одузимање имовинске користи у Кривичном закону СФРЈ је издвојено из мера безбедности и, према томе, из кривичних санкција. Јер, како је речено у Предлогу Кривичног закона СФРЈ, ова мера нема карактер кривичне санкције коју изриче суд према законским условима за њено изрицање. Реч је о примени једног правног принципа по коме нико не може задржати корист коју је противправно прибавио. С тога се овде ради о успостави ранијег правног стања, а не о кривичној санкцији, па је та мера издвојена из мера безбедности и стављена у посебну главу, што је теоретски свакако исправније.¹¹

И поред несумњиве прихватљивости изнетих разлога који су довели до издвајања одузимања имовинске користи у посебну меру кривичноправне природе, ипак остаје несумњиво тачно да она има највише сличности са мерама безбедности.

¹⁰ Ф. Вачић, оп. цит., стр. 455.

¹¹ Документ Скупштине СФРЈ, АС, бр. 230/18, стр. 49, Образложење.

4. Одмеравање казне

Одмеравање казне представља област кривичног законодавства која је најзначајнија за казнену политику судова. Већ та констатација је довољна да наведе на закључак да се ради о питању које је врло значајно за казнену политику законодавца.

На овом месту, биће речи о два питања: о општем правилу о одмеравању казне и о посебном основу за ослобађање од казне.

1. Раније опште правило о одмеравању казне које је било предвиђено у Кривичном законнику од 1951. године (члан 38), било је подвргнуто критици. Сматрало се да то правило садржи упутство за одмеравање казне које је застарело и, због тога, неприхватљиво.¹² У вези с тим, сматрало се да је одредбу из члана 38 требало изменити и то у смислу уношења нених прецизнијих критеријума којима би се руководили судови у увођењу своје казнене политике и којима би се омогућила доследнија примена принципа индивидуализације.

Кривични закон СФРЈ је, у том смислу, донео извесне измене у формулацији члана 38 Кривичног законика. Реч је о члану 41 Кривичног закона који се од формулације дате у члану 38 Кривичног законика разликује у томе што суд, приликом одмеравања казне, узима у обзир све околности из ранијег члана 38 Кривичног законика, као и друге околности које се односе на личност учиниоца. Дакле, новост представља одредба по којој суд узима у обзир и друге околности које се односе на личност учиниоца. Формално посматрано, новину представља и формулација да ће суд одмерити казну „имајући у виду сврху кажњавања...“. Међутим, казна се увек одмерава у складу са сврхом кажњавања.

Ова новина представља тежњу да судови, у одмеравању казне, посвете посебну пажњу личности учиниоца кривичног дела, односно остварењу принципа индивидуализације, у субјективном смислу. Она је утолико значајнија што се, у новијој теорији кривичног права, појављује и тенденција да се потпуно напусти уважавање личних карактеристика учиниоца и, уместо тога, кажњавање прилагоди искључиво тежини кривичног дела.¹³

Питање вредности наведеног правила о одмеравању казне, ипак остаје отворено. Да ли то правило (члан 41, КЗЈ) даје чврсте показатеље судовима на основу којих ће они одмеравати казну?

Пре свега, у наведеној одредби, закон не набраја таксативно, исцрпно, све околности које могу бити релевантне за одмеравање казне, већ само ради примера и опште оријентације описује неке најтипичније околности. Том се ставу не може ништа приговорити. Околности које могу утицати на конкретну казну су безбројне и свако настојање да се оне путем набрајања комплетно обухвате било би безуспешно. По овом схватању, недостатак наведене одредбе је у томе што закон није на неки начин прописао које су то

¹² Вид. Ј. Бавцон, Неколико примедби у вези са примено кривичних санкција у пракси наших судова, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, број 2, 1966. год.

¹³ Вид. К. Водопивец, Друштвени развој и кривично право, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, број 1 1974, стр. 7.

уопште околности које могу бити релевантне за казну, тј. које околности из целокупног комплекса криминалне ситуације суд може узети у обзир приликом одмеравања казне.¹⁴

Можда би овакав начин прописивања критеријума за одмеравање казне олакшао рад судовима. Међутим, чини се да, у овом тренутку, судови ипак имају већ изграђене критеријуме којима се руководе приликом одмеравања казне, па остаје отворено питање да ли би било целисходно поново мењати одредбу из члана 41. Кривичног закона СФРЈ, у смислу прописивања конкретних околности за одмеравање казне. Тачно је да наведена одредба, онаква каква сада постоји (и каква је до сада постојала) даје шира овлашћења судовима, што би могло да доведе до погрешне интерпретације одредаба кривичног законодавства које су одлучујуће у вођењу казнене политике. Ипак, оваква бојазан није оправдана. Пре свега, због тога што се ради само о општем правилу за одмеравање казне које одређује законодавац и што постоји још низ других одредаба којима се одређују границе до којих суд може ићи приликом одмеравања казне. Тешко је замислити ситуацију у којој би, ако би се поштовале све те одредбе, могло доћи до злоупотребе овлашћења које су, у одмеравању казне, дата судовима. Најзад, како је тачно и лепо речено, подељена овлашћења законодавца и судова у вршењу избора и одмеравања кривичне санкције, воде и подели одговорности за остваривање задатака који се применом кривичних санкција треба да остваре.¹⁵

2. У члану 45 Кривичног закона СФРЈ, предвиђена је одредба која садржи посебан основ за ослобађање од казне. Ради се о томе да суд може ослободити од казне учиниоца кривичног дела учињеног из нехата кад последице дела тако тешко погађају учиниоца да изрицање казне у таквом случају очигледно не би одговарало сврси кажњавања.

Оваква одредба представља новину, која није била позната у ранијем југословенском кривичном законодавству. С тог разлога, она доноси низ дилема. Међу њима, на првом месту је она по којој није сасвим јасно када, односно у којим случајевима, примена ове одредбе може доћи у обзир.

Чини се да ситуација у којима би се учинилац кривичног дела могао ослободити од казне, на основу ове одредбе, ипак нису тако ретке.¹⁶ Другим речима, законодавац је био у праву када је усвојио овакву одредбу.

¹⁴ Ф. Бачић, оп. цит. стр. 435. Сличан став заузима и Д. Атанацковић, вид. Казнена политика судова у СФРЈ, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 2—3, стр. 101.

¹⁵ М. Ђорђевић, оп. цит. стр. 6.

¹⁶ На приме: у случају извршења тешког кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја (члан 201, став 5, КЗСр) наступи смрт два сапутника, блиских сродника учиниоца кривичног дела. До извршења кривичног дела дошло је услед наглог скретања возила са пута, што је учинилац био приморан да учини, не би ли избегао гажење детета које му је изненада излетело на пут. Том приликом је и сам возач веома тешко повређен.

5. Завршна разматрања

Како се могло закључити из претходних излагања, на потребу реформе кривичног законодавства могу указивати различити чиниоци. То су, пре свега, судови, односно судска пракса кроз коју се одредбе кривичног законодавства непосредно додирују са стварношћу, са криминалитетом као друштвеном појавом. С обзиром да је овде било речи о улози казнене политике законодавца у реформи кривичног законодавства, то је улога казнене политике судова свесно остављена по страни. Међутим, тиме није ни мало умањен њен значај као сигнализатора реформе кривичног законодавства.

На овом месту, потребно је рећи још нешто више о томе који још субјекти могу указивати законодавцу на потребу за реформом кривичног законодавства. То могу да буду: државни органи који се баве проблемима криминалитета и казнене политике; то могу да буду друштвено-политичке организације и стручна удружења; најзад, велику, али могло би се рећи до сада недовољно искоришћену, улогу имају наука, односно научна истраживања из ове области. Када се каже да је улога овог субјекта недовољно искоришћена онда се мисли на чињеницу да у реформи нашег кривичног законодавства, и поред извесног уважавања, улога научно-истраживачких пројеката који су за предмет свог истраживања имали област у којој је овде реч, ипак није била онаква каква је то могла и каква је требало да буде.

С друге стране, наука кривичног права одувек је била не само претходник већине напредних идеја у области казнене политике, већ, и са ништа мање жара, жесток критичар позитивног кривичног законодавства. Историјски развој кривичног права је најбољи доказ за то. Чак и данас се често напомиње да кривично право није у стању да прати необичну динамику савремених збивања разноликих друштвено конфликтних ситуација које произилазе из нових друштвених продукционих и политичких односа, нити је у стању да прати промене у вредновањима људи и у циљевима друштвеног развоја које људи постављају као друштвене идеале.¹⁷

Овакав став представља разлог за тражење нових решења у области кривичног законодавства и казнене политике, а све у циљу постизања што бољих резултата на плану сузбијања једног таквог друштвеног зла као што је криминалитет.

Др Бора ЧЕЈОВИЋ

¹⁷ К. Водопивец, оп. цит. стр. 2.

LA POLITIQUE PENALE DU LEGISLATEUR DANS LA REFORME DE LA LEGISLATION PENALE

(Résumé)

Selon l'auteur, la politique pénale est une orientation rationnelle de l'activité pratique des tribunaux en matière d'application des peines et autres sanctions pénales, compte tenu du danger que l'acte pénal présente pour la société et de la nécessité de respecter la personnalité de son auteur. Dans ce contexte, il examine la question de l'objet de la politique pénale (ce qu'elle englobe) et celle de la nécessité de réformer la législation pénale en fonction de la politique pénale du législateur et de la politique pénale des tribunaux. S'agissant de ce second élément, l'auteur se penche sur la question de l'activité législative dans le domaine de la législation pénale, les fondements de la responsabilité pénale, les sanctions pénales et la fixation de la peine.

О КРИВИЦИ ЗА РАЗВОД БРАКА

Питање кривице за развод брака је једно од најспорнијих у области породичног права. Схватања о њој се крећу од прокламовања кривице као једног од најважнијих питања у материји развода брака, па до њеног негирања и непридавања било каквог значаја. Ова друга су данас све више заступљена. С обзиром на улогу и значај кривице у бракоразводном спору све системе развода можемо поделити на три групе:

1) Први систем је врло стар и данас готово напуштен, заснива се на теорији кривице. Развод се схвата као санкција за повреду брачних дужности.¹ Овај систем је до скоро био примењен у неким западноевропским земљама (Француска, Белгија). Да би се развео један брак, потребно је да се утврде две ствари: чињенице предвиђене законом као бракоразводни узорци (прељуба, рађење о глави, итд.) и друго, да је понашање скривљено (тј. да није учињено несвесно).

2) Други, мешовити систем, где се развод схвата као лек за поремећене брачне односе, паралелно са схватањем да је развод санкција. У вези свега овога постоје и две врсте узрока за развод брака. Једни који не почивају на кривици већ се брак разводи услед неких објективних околности које су довеле до неподношљивости и тешке поремећености брачних односа, и други који почивају на кривици. Најтипичнији представник овог система је Швајцарска, а био је доследно примењен и у нашем бившем савезном Основном закону о браку (ОЗБ).

3) Трећи систем, који почива на концепцији развода због тешке поремећености брачних односа, углавном је заступљен у законодавству социјалистичких земаља. Брак се разводи због тешке поремећености брачних односа (објективни критеријум) и представља одраз социјалне концепције брака. При овом разводу

¹ Овај систем је заснован на учењу хришћанства о разводу. Први буржоаски закони су углавном прихватили ово схватање о разводу-санкцији, а један од првих теоретичара и поборника овог схватања је бис Савињи (Savigni), који је разрадио теорију кривице (theorie de la faute).

нема места утврђивању кривице брачних другова за поремећај брачних односа. Због свега овога, развод може тражити и супруг који је крив за поремећај брачних односа.

Мешовити систем задржан је данас код нас у законима о браку СР Црне Горе, СР Македоније и САП Косова. Схватање о разводу као леку (због тешке поремећености брачних односа) изражено је у законима СР Словеније, САП Војводине, СР БиХ, СР Хрватске, као и у најновијем Закону о браку и породичним односима СР Србије.²

2. Делимичном анализом источноевропских законодавстава из области брачне материје долазимо до закључка да кривицу нарочито регулише и даје јој велики значај пољски закон.³ По њему, чланом 57. ст. 1, регулисано је да се кривица за развод брака испитује по службеној дужности, осим ако странке не поставе захтев да се она не испитује. Истовремено је предвиђено да „развод није допуштен ни онда ако га тражи брачни друг на чијој је страни искључива кривица за поремећај брачних односа, осим ако се брачни друг сагласи са разводом, или ако се одбијање његове сагласности са разводом у датим околностима противи нормама друштвеног живота“. У бугарском праву је такође предвиђена кривица, као елеменат бракоразводних узрока, али се она никад не утврђује *ex officio*, већ само по предлогу једне од странака (члан 21. ст. 1. Кодекса о породици). Совјетско, источнонемачко и чехословачко⁴ право не предвиђају кривицу као елеменат бракоразводних узрока.

3. У бившем Закону о браку СР Србије, бракоразводни узроци који су почивали на кривици су: прељуба (чл. 60), рађење о глави (чл. 61), злостављање, тешке увреде и нечастан живот (чл. 62) и неоправдано и злонамерно напуштање (чл. 64). У свим овим случајевима развод се схватао као санкција за повреду брачних дужности. Код њих је кривица долазила до потпуног изражаја и била је саставни елеменат код сваког од ових узрока. Самим тим што је једна странка тражила, нпр. развод због прељубе, суд је аутоматски утврђивао и кривицу, јер несхватљиво је да суд утврди прељубу као основ за развод, а да не наведе и ко је крив за развод, тј. ко је извршио прељубу.

Развод брака по посебном узроку често може бити и неправичан, јер се не води рачуна о томе да ли су брачни односи тако поремећени да доводе до неподношљивости заједничког живота. Уколико странке нису желеле да истичу кривицу, а хоће да се разведу, једна од могућности је била и развод по општем узроку

² Закон о браку и породичним односима СР Србије, објављен у Сл. гласнику СР Србије бр. 22, од 7 VI 1980. године, а примењује се од 1. I 1981. године. Пре њега примењиван је Закон о браку СР Србије (Сл. гласник бр. 52, од 30. XII 1974. г.).

³ Пољски Законик о породици и старатељству, од 1964. године. Преводи страних закона, Београд 1964. године, Институт за упоредно право.

⁴ Др М. Младеновић сматра да чехословачко право индиректно задржава кривицу кроз формулацију члана 25. Закона о породици: „Суд је дужан да утврди узроке који су довели до озбиљног поремећаја брачних односа...“, кроз израз „узроци“; навод из дела „Развод брака и узроци за развод брака“, Београд 1974. година, страна 266.

предвиђеном у члану 59. Закона о браку, који није почивао на теорији кривице. Према првом правилу предвиђеном у ставу 1. овога члана, сваки брачни друг је могао тражити развод брака „ако су... из ма ког... узрока брачни односи толико поремећени да је заједнички живот постао неподношљив...”.

Овај општи бракоразводни узрок је врло широко примењиван у пракси, за разлику од посебних бракоразводних узрока. Основна идеја у овом случају је била да брак може бити разорен без ичије кривице, често из узрока који могу бити сасвим безначајни у односу на последицу коју изазивају. Закон те узроке није наводио појединачно већ генерално. То су могли бити, нпр. разлика у годинама, различитост вероисповести, различит образовни ниво, љубомора једног брачног друга, полна немоћ једног брачног друга, итд.

4. Имајући у виду став 2. члана 59, произилази да развод у овим случајевима је могао тражити: а) брачни друг који није крив за развод, б) брачни друг који је мање крив од другог, ц) брачни друг који је претежно крив за развод. Као што се каже у ставу 2. овог члана, „ако је до поремећаја брачних односа дошло искључиво кривицом једног супруга, право на тражење развода припада само другој страни”.

Сам појам „искључиве кривице” је доста нејасан и у пракси је долазило до њеног различитог тумачења. Ипак, и поред свега овога, да ли се искључива кривица може дефинисати.

У једној одлуци Савезног врховног суда,⁵ искључива кривица постоји само онда „ако је један брачни друг намерно (подвукао З. П.) проузроковао поремећај брачних односа да би по том основу могао тражити развод брака”. Најтачнију дефиницију, чини нам се, даје одлука Врховног суда СР Србије⁶ кад каже да „искључива кривица једног брачног друга за поремећај брачних односа постоји ако је поремећај брачних односа изазван само његовим свесним понашањем које је у супротности са брачним дужностима и суштином брака, а да није било других околности објективне природе које би допринеле поремећају односа”. С друге стране, изгледа нам преуско схватање изражено у првој одлуци где се узима намера једне странке као један субјективан елеменат, као мерило искључиве кривице, при том не узевши у обзир оне случајеве кад намера не постоји у тренутку проузроковања кривице, али се касније јави (тешке увреде нпр.). Не може се узети као тачно ни схватање да искључива кривица постоји онда „када је други брачни друг потпуно невин и није ни у најмањој мери проузроковао неподношљив живот и кидање брачне заједнице”.⁷ Овакви случајеви у животу су готово немогући и своде искључиву кривицу на једну теоријску могућност.

⁵ Одлука Савезног врховног суда, Гзз. 1/50; наведено према др М. Младеновићу, оп. цит., стр. 406.

⁶ Одлука Врховног суда СР Србије, Гж. бр. 1454/7, од 14. XI 1977. године, Билтен судске праксе В. с. СР Србије бр. 2/1978.

⁷ Одлука В. с. НР Хрватске, Гзз. 1066/48, наведена према др М. Младеновићу, оп. цит., страна 406.

Како произилази из става 1. члана 59. бившег Закона о браку, искључива кривица у бракоразводном спору се није претпостављала, већ се морала у сваком случају доказивати. Ако тужилац докаже да је туженик иоле допринео поремећају брачних односа, одпадала је могућност његове искључиве кривице, а без утицаја је био неки други степен кривице. Кривица туженика, ако је била свесно изазвана, могла је бити врло мала, а може бити и последица тужиоачеве кривице; важно је у туженик ма чиме допринео наступању последице из става 1. члана 59.

Према томе, могли би смо извести следећи закључак. Само један од брачних другова, готово никад, није крив за развод. Када је један крив томе се увек може наћи повод у понашању невиног. Ма у чему се састојала кривица оба брачна друга, то је било сасвим довољно да се остане при општем правилу, да су и један и други брачни друг могли тражити развод због тешке поремећености брачних односа. Можемо рећи да су брачни другови криви, ако ни због чега другог, онда само зато што су се нашли уопште на свом животном путу и у заблуди кренули једно према другом.

5. Слична одредба из члана 59. ст. 2. бившег Закона о браку СР Србије, постојала је и раније у савезном закону,⁸ али са јачим дејством. Одредбом о искључивој кривици негирано је свако право искључиво кривог брачног друга да тражи развод. То је доводило до тзв. „мртвих бракова“, тј. бракова код којих већ дуже времена нема заједнице живота брачних другова, а невини брачни друг није хтео пристати на развод. Овакви „бракови тамнице“ нису могли да одиграју ону улогу у друштву коју им је оно наменило. Због искуства да се промашене заједнице не могу вештачки одржати нити оживети уследило је решење Закона о браку СР Србије, по коме је и онај партнер који је сам проузроковао поремећај брачних односа могао тражити развод брака и добити га. У ст. 3. члана 59. се каже: „Сваки брачни друг може тражити развод брака по протеку три године одвојеног живота“. Овим је у односу на раније решење ублажено дејство кривице, али не и потпуно укинута. Морамо нагласити да се овде није радило о попуштању пред неодговорним понашањем једног брачног друга и његовом брзоплетом одлучивању, а можда и о његовој самовољи да кад му се прохте изађе из брака. Закон је стога и предвиђао три године одвојеног живота као узрок за развод, узимајући оволики период као једну врсту објективне гаранције о непостојању изгледа за даље настављање брачне заједнице. Треба нагласити да овај период од три године није представљао апсолутни бракоразводни узрок. Напротив, закон је желео то да избегне, као и сваки аутоматизам, који би доводио до развода на тражење било ког брачног друга после протеча периода од три године. Наиме, суд је дозвољавао развод пошто испита све

⁸ Основни закон о браку, члан 53. став 2. (друга реченица). У питању је пречишћен текст закона из 1965. године.

околности случаја и увери се да не постоји никаква нада за поновно успостављање брачних односа.⁹

6. Пре доношења Закона о браку СР Србије, нарочито актуелно и спорно питање је било да ли искључиво криви брачни друг може тражити развод брака у споразуму са другим брачним другом. Код споразумног предлога за развод брака долазиле су у обзир три ситуације: а) ако су оба брачна друга поднела заједнички предлог за развод, б) искључиво криви поднесе тужбу, па му се други у току спора придружи, тражећи и сам развод, ц) искључиво криви супруг поднесе тужбу за развод, а невини се не противи да се брак разведе, мада сам не истиче свој захтев.

Професор Б. Познић¹⁰ је сматрао да брачни другови не могу ставити споразумно предлог за развод брака, ако је један од њих искључиво крив за поремећај брачних односа. Предуслов за стављање споразумног предлога за развод брака је да оба брачна друга имају право на тужбу, а пошто у овом случају то право искључиво криви брачни друг није имао, онда није имао право ни на споразумни предлог за развод брака.

Супротно мишљење је заступала професор А. Прокоп,¹¹ а у овом смислу је и једна судска одлука где се каже: „Тачно је да странка чијом је искључивом кривицом дошло до поремећаја брачних односа нема право на тражење развода брака, али то не значи, да се у таквом случају брак не може развести ако противна некрива странка такођер пристане и сагласна је да се брак разведе”.¹²

Суштина питања по професору М. Младеновићу сводила се на једно друго питање, а то је, да ли је искључива кривица установљена у циљу заштите друштвених интереса или личних интереса. Ако се правилно одговори на ово питање да је искључива кривица установљена у циљу заштите интереса невиног брачног друга, онда самим тим произилази да се он тог права може одрећи.¹³ У прилог оваквог схватања је била и чињеница да се изрека о кривици уносила у пресуду за развод брака само на захтев странке, а не по службеној дужности (чл. 407. ст. 1. ЗПП-а).

Дискутабилнији је био само случај који је наведен под „ц”, где невини супруг не истиче противзахтев, кад искључиво криви поднесе тужбу за развод брака. У овом случају није се могло прихватити правило „ко ћути значи да одобрава”. У прилог овог правила нису говориле ни материјалне ни процесне претпоставке. Са-

⁹ У вези овога у пракси је долазило до различитог тумачења појма „одвојен живот”. Поставља се питање да ли је то просторно удаљавање брачних другова, како се раније сматрало, или је акценат у неодржавању сексуалних односа. Супротно мишљење је изражено у једној одлуци В. с. СР БиХ: „Садржај брака се не исцрпљује у одржавању интимних односа па ни ово изостајање још не значи да је брачна заједница раскинута и да је тако дошло до дугогодишњег одвојеног живота” (Решење В. с. СР БиХ, Гж. 600/68).

¹⁰ Др Б. Познић, Изрека о кривици у бракоразводној пресуди, Архив, Београд 1958. година, бр. 1, страна 56.

¹¹ Др А. Прокоп, Коментар Основном закону о браку, Загреб 1969. година, страна 208.

¹² Одлука В. с. НР БиХ, бр. Гж. 317/57, од 26. XII 1957. године.

¹³ Др М. Младеновић, оп. цит. страна 371.

ним тим брак се није могао развести споразумно (тј. по споразумном предлогу за развод брака), јер просто признање захтева још увек не значи и решеност невиног супруга да и сам тражи развод.

7. По члану 78. ОЗБ-а из 1946. године, пресудом којом се брак разводи „...утврђује (се) да ли је кривица до једне или обе стране”. Пропис је био императиван и налагао је суду да утврди не само узроке већ и кривицу за развод брака. Ипак, иако је пропис био императиван из њега се није могло видети где стоји у пресуди изрека о кривици, да ли у изреци или њеном образложењу. Ово правило је доводило до апсурдних ситуација и није било у складу са демократизмом и хуманизмом које је унео овај закон у нове породичне односе. Наиме, и у случајевима када брачни другови уопште не желе да утврђују кривицу за развод, суд је био дужан да то утврди по службеној дужности. Произилази да се кривица утврђивала у друштвеном интересу, нека врста стављања на јавни стуб срама, а не у интересу невиног брачног друга, који је понашањем другог брачног друга највише и био погођен.

Наведени члан је важио све до 1957. године, када је ступио на снагу Закон о парничном поступку,¹⁴ и када је примена члана 78. ОЗБ-а била ограничена прописом члана 407. ЗПП-а, који у ставу 1. каже: „На захтев странке суд ће у изреци пресуде којом се брак разводи навести чијом је кривицом брак разведен”. Произилази да је од тада суд резултате испитивања кривице наводио у диспозитиву пресуде, само на захтев странке. Међутим, остала је још једна дилема, да ли је суд био овлашћен да бар у образложењу пресуде наведе чијом је кривицом брак разведен, иако то ни једна странка није захтевала. Неки су давали потврдан одговор на ово питање разликујући појмове „утврђивање” и „навођење”.

Може се рећи да је питање утврђивања кривице у бракоразводном спору прошло кроз следеће фазе:

- I фаза — искључиве примене чл. 78. ОЗБ-а.
- II фаза — паралелне примене чл. 78. ОЗБ-а и чл. 407. ЗПП-а.
- III фаза — наступа доношењем новеле из 1965. године, којом је укинута чл. 78. ОЗБ-а.¹⁵

Ова новела из 1965. године доноси једно ново правило по коме се кривица утврђивала само на захтев странке. Упркос овакве одредбе неки су још увек остали при становишту да је суд дужан директно или индиректно утврђивати кривицу у чињеничној бази пресуде. Наиме, да би испитао да ли по члану 59. ст. 2. бившег Закона о браку право на тужбу за развод брака припада само другој (невиној) странци, суд је био дужан испитати да ли је до поремећаја брачних односа дошло само искључиво кривицом тужиоца. Слично је и код захтева да се брак разведе, нпр. због прељубе. Утврдивши да је једна странка учинила прељубу, јасно је, по природи ствари, да је починитељ прељубе крив. Исти је случај био са кривицом у узроцима за развод брака регулисаним

¹⁴ Објављен у „Службеном листу ФНРЈ”, бр. 4/57.

¹⁵ Закон о изменама и допунама ОЗБ-а, од 15. III 1965. (објављен у „Службеном листу СФРЈ” бр. 12, од 24. III 1965).

члановима 61, 62. и 64. Закона о браку СР Србије. Дакле, у свим овим случајевима суд је, по природи саме ствари, био стављен у ситуацију да код утврђивања спорних чињеница утврди и кривицу једне или обе странке.

По члану 84. ст. 1. бившег Закона о браку, у брачном спору кривица се никад није претпостављала већ је њено истицање у изреци пресуде увек везивано за захтев странке. Од кривице за развод брака зависила су нека права странака после развода, па уколико је једна странка желела да се користи кривицом друге, она је морала захтевати и њено навођење у диспозитиву пресуде. У супротном случају кривицом се није могла користити ма како она била велика.

Кривица за развод брака се није могла утврђивати у посебној парници. У овом смислу је и одредба члана 84. ст. 2. бившег Закона о браку СР Србије, где се каже да се кривица може утврђивати до закључења главне расправе. Право на утврђивање кривице је дато странкама, али под условом да се њиме благовремено користе. Свако другачије решење не би одговарало интересима друштва. Уколико захтев за утврђење кривице није био постављен благовремено има се сматрати да је брак разведен без ичије кривице.¹⁶

IV фаза — настаје доношењем Закона о браку и породичним односима СР Србије, који уопште не садржи кривицу као елемент бракоразводних узрока, нити је у бракоразводном спору помиње као сметњу за тражење развода. Закон познаје само два бракоразводна узрока: развод због озбиљног и трајног поремећаја брачних односа или неостваривања сврхе брака (чл. 83) и споразумни развод брака (чл. 84). Први бракоразводни узрок је веома уопштеног карактера. Сви бракоразводни узроци апсолутног карактера су избачени, а тиме се тежиште са узрока за развод брака пребацује на последицу. Овим је суштина бракоразводног проблема избила у први план, а не неке другоразредне околности. Једино се само још увек, примера ради, помињу несталост и душевна болест, као узроци због којих се не може остваривати сврха брака, а никако као посебни узроци. На овај начин и искључиво криви брачни друг може тражити и добити развод брака. Битно је само да је дошло до озбиљног и трајног поремећаја брачних односа, без обзира на то чијим је понашањем до тога дошло.

8. Поред моралне осуде од стране друштва-средине, кривац за развод брака сноси и друге значајније последице. Оне се пре свега односе на обавезу издржавања између брачних другова, повраћај поклона и накнаду парничних трошкова. Најважније је издржавање, па ће мо се зато њиме више позабавити.

У члану 67, бившег ОЗБ-а, стајало је: „Необезбеђени брачни друг који је неспособан за рад или је незапослен, а који није крив за развод брака, има право захтевати да му се пресудом

¹⁶ Да напоменемо да се кривица у правоснажној пресуди могла побијати ванредним правним леком, и то само она. Остали део пресуде о разводу брака се није могао побијати. У овом смислу је и пресуда В. с. СР БиХ, Гвл. 14/77, од 12. V 1977. године.

којом се брак разводи досуди извештан износ на име издржавања на терет другог брачног друга, споразумно, његовим могућностима". Дакле, поред услова неспособности за рад или незапослености, брачни друг који тражи издржавање од другог супруга није смео бити крив за развод, било мање или више. Кривица на страни дужника издржавања није била важна. Он је могао бити без кривице или искључиво крив за развод брака. Једини услов на његовој страни је да је могао давати издржавање.

Закон о браку СР Србије, у члану 72. ст. 3. садржао је одредбу према којој „суд може досудити издржавање и у корист кривог брачног друга“, али на то није имао право брачни друг са већим степеном кривице, тј. „ако је он искључиво крив за настали поремећај брачних односа“. Досуђивање издржавања у корист кривог супруга било је могуће ако је суд оценио да постоје одређени разлози, као што су интереси деце, имовинске прилике другог брачног друга, итд., које ово одступање чине оправданим. Закон се овде руководио једним начелом социјалног поступања не кршећи при томе начело правичности, јер искључиво криви супруг нема право на издржавање.

Закон о браку и породичним односима СР Србије следи једну силазну линију, коју смо пратили кроз досадашње излагање, у погледу смањења значаја кривице у бракоразводном спору и њеног утицаја на правне последице развода. Питање кривице за развод брака се по њему не поставља као један од услова за досуђивање супружанског издржавања. Овим он усваја решење раније донешених закона, из ове области, социјалистичких република Словеније,¹⁷ Хрватске¹⁸ и Босне и Херцеговине.¹⁹ У свом IV делу, регулишући издржавање брачног друга, закон СР Србије више не помиње кривицу (односно непостојање кривице) на страни повериоца издржавања, као један од услова за досуђивање издржавања, као што је то раније био случај. Тако се у члану 287, овог закона, каже: „Брачни друг који нема довољно средстава за издржавање, неспособан је за рад или се не може запослити, има право на издржавање од свог брачног друга сразмерно његовим могућностима“. Наведено издржавање се односи на брачне другове док су још у браку. Под истим овим условима има право на издржавање и разведени, необезбеђени брачни друг (чл. 288. став 1)²⁰ О издржавању се одлучује пресудом којом се брак раз-

¹⁷ Закон о браку и породичним односима СР Словеније („Урадни лист СР Словеније“, бр. 15 од 4. II 1976. године).

¹⁸ Закон о браку и породичним односима СР Хрватске („Народне новине СР Хрватске“, бр. 11, од 21. III 1978. године).

¹⁹ Породични закон СР БиХ („Службени лист СР БиХ“, бр. 21, од 9. II 1979. године).

²⁰ Најновији закон СР Србије, дакле, не прави разлику, као што је то чинио ОЗБ, између издржавања за време трајања брака и издржавања после развода, у погледу услова за његово досуђивање. Исти су у оба случаја. По чл. 13. ОЗБ-а, „брачни друг који нема средства за живот а неспособан је за рад, или је незапослен, има право на издржавање од другог брачног друга, уколико је у стању да то учини“, док је за досуђивање права издржавања после развода, видели смо већ, као један од услова тражења и кривица, тј. одсуство кривице на страни повериоца издржавања.

води, а изузетно, по члану 288. ст. 2, тај захтев се може поставити и у одвојеној парници, уколико су испуњени одређени услови.²¹

По Закону о браку СР Црне Горе (чл. 69), право на издржавање од другог брачног друга има само онај разведени брачни друг који није крив за развод. Исто решење предвиђа и Закон о браку САП Косова (чл. 60. ст. 1). Наведени закони имају, у основи, решење из ранијег ОЗБ-а. Наравно, траже се и остали услови, необезбеђеност и неспособност за рад или незапосленост. По Закону о браку СР Македоније (чл. 51. ст. 1), кривица за развод брака је релевантна само онда ако је у брачном спору утврђена.²² Према Закону о браку САП Војводине (чл. 64), издржавање се може досудити и у корист кривог брачног друга, али само ако није искључиво крив за настали поремећај брачних односа.

С друге стране, не може се рећи да закони СР Словеније, СР Хрватске, СР БиХ и најновији закон СР Србије, не воде уопште рачуна о кривици брачног друга при одлучивању о његовом издржавању после развода брака.²³ Тако се у члану 288. став 4, Закона о браку и породичним односима СР Србије, каже: „Суд може одбити захтев за издржавање ако издржавање тражи брачни друг који се без озбиљног повода од стране другог брачног друга грубо или недолично понашао у брачној заједници или ако би његов захтев представљао очигледну неправду за другог брачног друга“. На овај начин закон је дословно усвојио решења из члана 250. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске и члана 241. Породичног закона СР БиХ. Сличну формулацију има и члан 81. Закона о браку и породичним односима СР Словеније, где се каже да би се право на издржавање једном брачном другу могло оспорити ако је својим понашањем довео до „неподношљивости заједничког живота“.

Кроз овакву формулацију закона СР Србије, кривица и даље егзистира мада сада у доста смањеној улози. Околности да се један од брачних другова грубо и недолично понашао у брачној заједници, а да при томе није било повода за такво његово понашање од стране другог брачног друга, или ако би његов захтев представљао очигледну неправду, су те због којих може бити одбијен захтев за супружанско издржавање. Тиме што је ово одбијање постављено као могућност, без обзира на постојање наведених околности, свакако умањује значај једне овакве одредбе.

У околности због којих може доћи до одбијања захтева за издржавање свакако би спадале све оне које су раније чиниле елементе искључиве кривице. Тако би смо под grubим понашањем једног брачног друга подразумевали разна физичка и психичка

²¹ Услови су да се захтев постави у року од две године по разводу, али ако су претпоставке издржавања настале пре развода и трајале непрекидно до закључења главне расправе у парници за издржавање, или ако је у овом року наступила неспособност за рад као последица телесне повреде или нарушеног здравља из времена пре брака.

²² Наведено према др Н. Траљић, Издржавање разведеног брачног друга, Зборник Правног факултета у Загребу, 1978. г., 1—2. стр. 135.

²³ У Нацрту закона о породици СР Србије, из 1978. године, постојала је одредба према којој кривица није имала апсолутно никаквог утицаја на право издржавања разведеног брачног друга.

злостављања, тешке увреде и др., дакле понашање које је не-спојиво са односима равноправности, обостране наклоности, љубави, поштовања, разумевања и поверења (Закон о браку и породичним односима СР Србије, чл. 6. ст. 2), који треба да постоје између брачних другова.

Недолично понашање је оно које се противи нормама социјалистичког морала. У закону је сасвим правилно употребљен везник „или“ што упућује на закључак да грубо и недолично понашање не морају кумулативно постојати, као разлози одбијања захтева једног брачног друга за издржавање. Тако, могуће је, нпр. постојање недоличног понашања (нпр. бављење просјачењем једног брачног друга) без истовременог његовог грубог понашања, што је сасвим довољно да суд одбије захтев за издржавање.

Ако би захтев једног брачног друга за издржавање представљао очигледну неправду за другог брачног друга, суд има овлашћење да одбије такав захтев. Овај услов је алтернативно постављен у односу на грубо или недолично понашање. Код њега није у питању неко понашање брачног друга које је супротно односима који треба да постоје између брачних другова, већ сви они други случајеви услед којих не би било правично досудити издржавање у корист једног брачног друга. Тако, нпр. ако је брак трајао само двадесет дана, сматрамо да не би било правично досудити издржавање у корист једног брачног друга. У сваком случају на судској пракси остаје да разради овај појам „очигледне неправде“, при просуђивању сваког конкретног случаја.

Још једно од значајних питања, које се мора поставити на овом месту, је да ли суд на постојање околности због којих може бити одбијен захтев за издржавање пази по службеној дужности, или не (тј. на грубо или недолично понашање или ако би досуђено издржавање представљало очигледну неправду за другог брачног друга). Ако пођемо од тога да је законска одредба уведена ради заштите интереса брачних другова онда је коришћење њсме везано за истицање релевантних околности од стране самих брачних другова. Суд о постојању грубог или недоличног понашања у брачној заједници без озбиљног повода од стране другог брачног друга и о томе да захтев за издржавање представља очигледну неправду за другог брачног друга може да одлучи само у спору за развод брака, уколико ове околности други брачни друг истиче. Ако би се о захтеву за издржавање одлучивало доцније, у посебној парници, суд због ових околности не може да одбије тужбени захтев ако оне нису утврђене пресудом о разводу брака.

9. Кроз досадашње излагање смо могли уочити удаљавање од теорије кривице, у законодавству СР Србије, које је учињено у више праваца:

1) Укинути су сви посебни бракоразводни узроци који почињају на одређеном животном догађају, као што је прељуба, рађење о глави, нечастан живот, тешке увреде, злостављање, злонамерно напуштање, који, као свој саставни елеменат, садрже кривицу.

2) Увођење једног општег бракоразводног узрока, који не почиња на кривици. На овај начин, многобројни узроци су замењени последицом (озбиљна и трајна поремећеност брачних односа, као и неостваривање сврхе брака). Овај систем, овако постављен, подсећа на развод — „неопходност“, који постоји у совјетском праву. Усвојивши објективне бракоразводне узроке, наше друштво тежи да сачува само здраве и срећне бракове, тј. бракове који нису изгубили своју друштвену оправданост постојања. Захтев за личном срећом у браку и породици сваког човека постаје одлучујући моменат у одређивању концепције развода.

3) Споразумни развод — потпуно елиминише испитивање кривице при потпуној сагласности странака на развод. Ово је сасвим логично и исправно. Сагласност на развод се овде јавља као резултат свесне воље странака и њиховог настојања да из брака изађу без тешких речи и дуготрајног парничења.

4) Елиминисање „искључиве кривице“ — У сукобу личних и друштвених интереса, превагу су добили ови други.

У настојању да значај кривице смањи, у односу на наше раније право, најновији закон СР Србије није отишао у другу крајност. Закон о браку и породичним односима, са својом концепцијом кривице, представља само логички наставак развоја појма кривице у нашем брачном праву. Премда више не употребљава реч „кривица“, не може се рећи да законодавац није био свестан негативних последица које би могле проистећи из тога. Са нужним осећањем мере он и даље води рачуна о начелу правичности, без обзира на битно измењену формулацију кривице.

Зоран ПОЊАВИЋ

ON DIVORCE BLAME

— Summary —

The blame for the divorce of marriage is one of the most controversial questions in the matter of family law. According to the role of blame in a divorce proceedings, all divorce systems in the world can be divided (roughly) into three groups: 1 — system based on blame; 2 — compound system and 3 — system which is not based on blame. Socialist legislatures mainly accepted the third system.

The question of blame for divorce was subjected to an evolution in the direction of the reduction of its importance for the divorce proceedings. Former Federal Basic Law on Matrimony negated the right of the exclusively guilty spouse to ask for the divorce. After the transfer of the legislative competence from the Federation to the Republics and Provinces, the question of blame was differently regulated in particular laws in the scope of marriage and family. Some of them (SR Montenegro, SR Macedonia and SAP Kosovo) retained still great importance of blame, while the others

reduced its importance. SR Serbia primarily did it through the Law on Matrimony, allowing the exclusively guilty spouse as well to initiate divorce proceedings after three years of separated life.

Conclusion of blame in divorce passed through several phases: 1 — exclusive application of the Article 78 of the Basic Law on Matrimony, 2 — phase of the parallel application of the Article 78 of the Basic Law on Matrimony and Article 407 of the Law on Litigation Proceedings and 3 — phase begins by novelization of the Law in 1965, and 4 — phase begins by passing into effect the Law on Matrimony and Family Relations of SR Serbia.

The most recent law of SR Serbia brings several novelties in this field. According to it, the blame is not established, and it is not mentioned as one of the obstacles for avoiding an alimony. It is provided, however, that the claim for alimony can be refused, if it is asked by the spouse who used to perform roughly and unbecomingly in the wedlock although there had not been serious reason for that on the part of the other spouse, or if this claim would represent obvious injustice for the other spouse (Article 288, paragraph 4). By this provision the solution from the previously passed laws of SR Slovenija, SR Croatia and SR Bosna and Herzegovina is almost accepted.

It is obvious then, that the importance of blame for divorce is reduced to the smallest possible extent in the laws of Socialist Republics and Provinces (not all of them) especially by abolishing special divorce reasons and introducing general divorce reason, by introducing areement divorce and by eliminating exclusive blame.

НОВИ КОНЦЕПТ ДРЖАВИНЕ (ЧЛ. 70. ЗАКОНА О ОСНОВНИМ СВОЈИНСКОПРАВНИМ ОДНОСИМА)*

Државину ствари има свако лице које непосредно врши фактичку власт на ствари (непосредна државина).

Државину ствари има и лице које фактичку власт на ствари врши преко другог лица, коме је по основу плодоуживања, уговора о коришћењу стана, закупа, чувања, послуге или другог правног посла дало ствар у непосредну државину (посредна државина).

Државину права стварне службености има лице које фактички користи непокретност другог лица у обиму који одговара садржини те службености.

Више лица могу имати државину ствари или права (судржавина).

Правно се државина и својина оштро разликују. Државина је фактичка власт на ствари, а својина правна власт. Да је једно лице власник то се на први поглед не може констатовати, али да је држалац једне ствари то се одмах види пошто је за државину потребна не правна власт на једној ствари, већ фактичка власт. За одело, кућни намештај и справе за рад већ се при површном посматрању може рећи да фактички припадају одређеном лицу, макар ова лица и не била власници ствари. Још је римско право разликовало државину (*possessio*) и својину (*dominus*). За државину је по римском праву било неопходно да буду испуњена два услова: фактичка власт на ствари или *corpus possessionis* и *animus domini*, тј. воља да се ствар држи као да је држалац власник те ствари. Као изведени држаоци у римском праву су уживали државинску заштиту заложни поверилац, прекариста и секвестар, упркос чињеници што ова лица нису поседовала *animus domini*. Нису били заштићени као држаоци плодоуживалац, купац, послугопримац, они су били детентори — такозвани природни држаоци, јер ствар нису држали као своју, већ су признавали друго лице за вла-

* Реферат поднет на саветовању о закону о основним својинско-правним односима, одржаном у Крагујевцу 10—12 априла 1980. године.

снике. Тужбе којима се у римском праву остваривала државинска заштита називале су се интердикти.

У немачком праву за државину довољна је фактичка власт на ствари, а није потребан *animus domini*. Државина обухвата и римску детенцију, па су према томе закупац, послугопримац држаоци по немачком праву.

Под утицајем идеја немачког права у канонском и општем праву пружа се и детенторима заштита против одузимања државине путем тзв. сполијских тужби.

Оштро разликовање између државине и својине задржале су и модерне кодификације грађанског права. Под појмом државине у правном смислу речи подразумевамо фактичку власт на једној ствари, независно од тога да ли лицу које врши фактичку власт припада право на то или не. И лопов је држалац. Врло често се државина и својина поклапају, припадају истом лицу (на пример, на оделу које се налази на телу, књигама у орману, шеширу итд.). Али дешава се да се државина и својина не поклапају (у кафани украду или замене напут, лопов је држалац, замењивач такође, а право својине је и даље код власника).

Разлика између државине као фактичке и својине као правне власти на ствари показује се јасно код престанка државине и својине: државина престаје са престанком фактичке власти на ствари, својина само на основу изјаве воље њеног власника, на пример предајом ствари или напуштањем (дереликцијом).

У правним порецима у којима је државина изједначена са фактичком влашћу на ствари (немачко и швајцарско право) има један изузетак када лице које врши фактичку власт на ствари није држалац ствари. То је случај са оним лицем које у зависном положају држи једну ствар за другог и за њега врши фактичку власт. У таквом случају је то друго лице, по чијим се инструкцијама и наредбама врши фактичка власт на ствари, држалац, а само лице које држи ствар *Besitzdiener* (придржник).

Државина на покретним стварима ствара публицитет за стварна права на основу ње она постају споља видљива, обележена. При томе државина има три функције:

а. Она је средство и форма за пренос својине на покретним стварима (види чл. 34. ст. 1. Закона о основним својинскоправним односима). Да би се стекла својина на покретним стварима потребна је поред уговора и предаје ствари (традиција). Да би настало заложно право и право плодоуживања на покретним стварима поред уговора потребна је и предаја ствари.

б. За државину је везана претпоставка о својини. Држалац покретне ствари је њен власник док се супротно не докаже. У конкретном случају то значи да држалац који је у спору од тобожњег власника тужен за повраћај покретних ствари не треба да доказује да тужилац није власник. Терет доказивања погађа само тужиоца који нема државину ствари. Држалац покретне ствари који је од других сметен, може подићи тужбу због сметања својине, препуштајући туженој странки терет доказивања да он није власник.

в. Савесно стицање од држаоца постоји увек ако се стиче покретна ствар од неовлашћеног лица. Сама чињеница да је отуђилац држалац покретне ствари, довољна је да се стицалац сматра савесним стицаоцем.

Правни поредак признаје интерес држаоца да што дуже задржи фактичну власт на ствари. Том циљу служи:

а) Појачано дејство државине. Облигационо правни положај једног лица се појачава државином. Тако се по немачком праву (§ 571. Грађанског законика) предвиђа да у случају продаје ствари од стране закуподавца земљишта трећем лицу, док још уговор о закупу није истекао и ствар се налази у државини закупца, облигациона права из уговора о закупу делују и према новом стицаоцу закупљеног земљишта (чувено начело „Kauf bricht nicht Miete”).

б) Дејство одржаја. Ако се непокретност држи од стране савесног и законитог држаоца 10 година, а покретна ствар 3 године, онда се на таквим стварима по нашем праву одржајем стиче својина (види чл. 28. Закона о основним својинско правним односима).

в) Обезбеђујуће деловање државине. Ако је покретна ствар без воље њеног држаоца изашла из његове државине, није је дакле он вољно поверио другом лицу по неком правном основу (закупу, послузи, остави, уговору о делу), на таквој ствари се не може стећи својина од стране савесног стицаоца. О томе ће бити више речи код стицања својине од невласника у корист савесног стицаоца (види чл. 31. Закона о основним својинскоправним односима).

Државина ужива самосталну и од права на ствар независну заштиту. Пошто државина сама по себи није никакво право, то би требало да сметање државине не представља никакву повреду права. Она сама као фактичко стање, вређа право неког другог лица. Међутим, ако се сметање државине врши насилним путем, у овој сметњи садржана је повреда права, пошто сваки акт насиља представља неправу, и ово неправу се уклања државинским тужбама — интердиктима (Savigni: Das Recht des Besitz, Wien, 1865, стр. 30—31). Са регулисањем и правном заштитом државине правни поредак има за циљ очување спољнег мира. Кад не би било државинске заштите постајала би опасност да би замишљени или тобожњи титулар права примењивао насиље да прибави државину ствари. Модерни правни поредак искључује самопомоћ и захтева од сваког, да своје право реализује преко суда, тј. уз помоћ државе. Да би се то остварило мора се и фактичко стање, иако оно није засновано на праву, да заштити од насиља, па макар оно долазило од лица које поседује право. Државина се штити од забрањене самовласти појединца. Забрањена самовласт почињена је у оним случајевима када се држаоцу без његове воље одузима државина или се он смета у државини, уколико закон одузимање и сметање државине не дозвољава. Правне последице које позитивно право везују за повреду државине треба да ограниче самовољно остварење права. Спровођење права мора да остане искључиви монопол државе. Кад не би било забрањено самовласно вређање државине као фактичког стања, свако би могао да спроводи своју

приватну правду и да фактичке односе мења чак и кад је у заблуди да му припада одређено стварно право. Овако се сматра чак забрањено вршење својевласти и у случају када купац који је платио купљену ствар продавцу, овоме ту ствар сам одузме иако је продавац несумњиво обавезан да му ту ствар преда. Право одбране неовлашћеног држаоца путем државинских тужби (овде конкретно продавца који је ствар продао и куповну цену примио али је још држи) да тражи повраћај ствари и престанак сметања, представља само заштитно средство против приватног спровођења права. Оно има карактер санкције чији је циљ да самовољно вршење права остане без резултата. (Hans-Martin Pawlowski: *Der Rechtesbesitz im geltenden Sachen und Immaterialgüterrecht*. Göttingen, 1961, стр. 16).

О заштити државине у правној теорији постоје различита гледишта. Према старијим схватањима која су заступали Савињи, Пухта, основ државинске заштите лежи у заштити личности или воље држаоца. Дернбург сматра (*Pandekten I § 170*) да основ заштите државине представља организациона вредност државине или заштите основе рада. Заједничка карактеристика свих ових теорија састоји се у томе што оне сматрају да правне последице везане за државину произилазе из права на државину, и то не из права на поједину ствар већ из једног ширег правног круга, макар то била само заштићена воља, која се сматра основом свих права, извршени рад, или заштита основа за рад. Заштићено је увек право или вредност која припада држаоцу. Заштита државине почива по овим теоријама, модерно изражено, на праву на слободни развој личности, пошто су сва субјективна права израз овога права.

Јеринг налази да је основ државине у својини и да је заштита државине само неопходна допуна заштите права својине. Значење државинске заштите као проширене својинске заштите имало је свог пуног оправдања у римском праву, када је власник морао да код *rei vindicatio* да докаже своје право својине, ако је желео да му се одузета ствар врати назад. Пошто није увек лако доказати право својине, власнику се дозвољава да се позове на државину. Њему је дата „за својинску тужбу“ као допуна државинска тужба. Међутим, данас посесорне тужбе нису неопходне за проширење својинске заштите, из врло једноставног разлога што је за држаоца покретне ствари уведена претпоставка о својини. Претпоставља се чак у корист ранијег држаоца, да је за време трајања његове државине он био власник ствари. Ако он подигне тужбу за повраћај ствари, и докаже да му је раније ствар одузета забрањеном самовласном радњом, у његов прилог говори претпоставка да је за време раније државине ствари (пре одузимања) био њен власник.

Према Wolff-Reiser-u (*Wolf-Reiser: Sachenrecht, III Bd. Tübingen, 1957, стр. 52—53*) заштита државине се изводи из заштите друштвеног мира: у јавном интересу се тежи да се спречи спровођење насиља, због чега се држаоцу признаје право на одбрану државине, чак и у случају кад нападач има право да промени државину.

Иако држалац нема никакво стварно право поводом ствари, он има интересе да ствар што дуже остане у његовој државини. По Heck-u (*Heck: Grundriss des Sachenrecht, 1930*) основ заштите др-

жавине лежи управо у том интересу држаоца да ствар остане у државини код њега, док се судском одлуком не утврди јаче право друге стране. То је тзв. теорија континуитета.

При ближем разматрању питања основа државинске заштите, чини нам се да су у праву они теоретичари који сматрају да државинска заштита служи у првом реду заштити правног поретка и мира у друштвеним односима. У нормалном случају њом се користи овлашћено лице. Ризик да ће државинска заштита послужити и оном лицу које нема право на ствар коју држи мора бити прихваћен од стране правног поретка, јер се чак и у таквим случајевима спречава самовласно остварење права. Овлашћено лице је дужно да уз помоћ суда реализује своје право, ако то учини само, обавезно је на основу државинске тужбе да ствари врати у пређашње стање. То је уједно и санкција за извршено самовлашће.

Поседовати једну ствар значи имати је у својој фактичкој власти. Ова фактичка власт може бити заснована на праву или не. За појам државине римског права је ирелевантно да ли држалац поседује једну ствар по основу права или не, па кад је о њој реч не мислимо на право да се једна ствар држи. Међутим, иако државина није никакво право, она има, као што смо видели, значајне правне последице. Све те правне последице везане су управо за унутрашњи однос држаоца према ствари коју држи у својој фактичкој власти. Држалац може имати вољу да ствар држи за себе или да ствар држи за другог, што је случај када неко ствар која му је посуђена, позајмљена или дата у закуп држи *in alieno nomine* (у туђе име), а не *in suo nomine*. С обзиром на вољу како се ствар држи, Римљани само ону фактичку власт на ствари сматрају државином која је повезана са вољом да се ствар има за себе. Дакле, држалац је лице које је има: 1. фактичку власт на ствари (*corpus possessionis*) и 2. вољу да ствар има за себе, да је присвоји за себе (*animus rem sibi habendi*). С тога су држаоци разбојник и лопов, исто као и власник ствари, јер сви они изражавају *animus domini* (вољу власника), понашају се према ствари као да им припада по основу права.

Оно лице које поседује једну ствар, али манифестује своју вољу да врши туђе право својине, признајући другог за власника, које се не понаша према ствари као власник, нема *animus rem sibi habendi*, није држалац ствари већ само детентор — притежалац, природни држалац (*possessio naturalis*) и не ужива државинску заштиту. По римском праву купац, послугопримац, чувар ствари нису држаоци већ притежаоци.

Римски правници су врло рано поставили питање ко врши фактичку власт на ствари, пошто је то питање одлучујуће у робном промету. „Робе не могу ићи саме на тржиште, нити се саме размењивати. Зато морамо потражити њихове чуваре, тј. њихове власнике“ (Маркс, Капитал I). Дакле, римско право није хтело да штити сваку видљиву фактичку власт, већ само власт оног ко располаже робом, тј. власника, односно оног ко у правном промету наступа као власник, ко има *animus domini*.

Под фактичком влашћу на ствари подразумевамо фактичку власт на ствари у целокупности њених односа. Фактичка власт на ствари се може вршити и посредством неког другог (*possident, cuius nomine possidetur* — држалац је и онај у чије име се ствар држи).

Под вољом да се ствар држи за себе (*animus rem sibi habendi*) подразумевамо вољу да се ствар у укупности својих односа присваја. Ко ствар фактички присваја само у једном или појединим односима (у једном или већем броју својстава), а не у укупности није њен држалац. Правно није држалац ствари плодоуживалац, иако је он употребљава и користи за себе, јер је не поседује у укупности њених својстава.

Као што је за право својине карактеристично да се ствар у укупности односа (својстава) има за себе, тако је и за правни појам државине потребна фактичка власт и воља, коју и власник ствари има. Државина је фактички одраз својине, а држалац је економски власник ствари.

Римску концепцију државине, сем нашег права до доношења Закона о основним својинскоправним односима прихватају *Code civil* од 1804, *AGZ* од 1812. Општи имовински законик за Црну Гору од 1888, Италијански грађански законик од 1942, Чехословачки грађански законик од 1950. Бугарски законик о својини од 1951.

Римску, традиционалну концепцију државине, најдоследније је спорвео Француски грађански законик из 1804. у чл. 2228: „Државина је детенција или коришћење једне ствари или једног права које ми држимо или које вршимо за себе или преко другог који ствар држи или право врши у наше име“. Ова дефиниција је непотпуна, јер обухвата само објективну страну, постојање фактичке власти, само детенцију — *corpus* римског права. Слика о државини се употпуњава чл. 2229. *Code civil*-а који захтева и субјективан елемент да се ствар држи „à titre de propriétaire“, дакле са *animus domini*.

Француско право се не задовољава само тврдњом да се фактичка власт врши да би постојала државина него захтева да се фактичка власт предузима вршењем спољних, видљивих радњи, на које би држалац био овлашћен да му припада право својине.

Под утицајем пандентног права и схватања *Pothires*-а, француска доктрина сматра да унутрашњу страну државине чини *animus rem sibi habendi*, која се испољава од стране држаоца или његовог заступника. Овај *animus domini* има власник, сувласник, сваки својински држалац (лопов, разбојник) свеједно да ли је савестан или несавестан.

Француско право супротставља држаоцу чији је *corpus* спојен са *animus domini* — детентора. Детентор је лице које има фактичку власт на основу правног основа, којим се признаје право неког другог лица поводом ствари. Примере за детенцију, која се такође назива *possesseur précaire*, наводи чл. 2236. ст. 2. *Code civil*-а (чувар, плодоуживалац). Осим тога, *possession à titre précaire* постоји у свим оним случајевима уколико неко има једну ствар, чији повраћај дугује на основу облигационог уговора, на пример закупац или послугопримац.

Самовољна промена државинског основа у форми преласка са *animus rem alteri habendi* на *animus domini* (*interversion du titre*) начелно није допуштена по чл. 2240. *Code civil-a* („*Nemo potest sibi causam possessionis ipse mutare*“). Али промена државинског основа („*interversion du titre*“) могуће је радњом трећег лица, на пример продаја закупљеног добра од стране закуподавца (који није власник) савесном закупцу. У корист држаоца ствари, по чл. 2230, постоји претпоставка да је он поседује са *animus domini*.

За државину покретних и непокретних ствари у француском праву се постављају исти услови — *corpus* и *animus domini*. Међутим, различита су дејства државине код непокретних и покретних ствари. Државина непокретних ствари се, под одређеним условима, одржајем претвара у својину и ужива државинску заштиту путем државинских тужби устројених по моделу римских интердиктних процеса. Код покретних ствари, међутим, по француском праву, не постоји ни државинска заштита ни одржај, јер су обе ове установе остале без основа због става француског права, да је за покретне ствари државина основ права својине („*la possession vaut titre*“, чл. 2279. *Code civil-a*). Код државине непокретних ствари постоји оборива претпоставка о својини држаоца непокретности, док је код покретних ствари та претпоставка о својини по чл. 2279. необорива.

Римско субјективно схватање државине захтевало је за појам државине фактичку власт на ствари и вољу да се дотично лице према ствари понаша као власник. Овај појам државине је у теорији био критикован, зато што је само мали број лица могао да добије државинску заштиту, и што је врло тешко установити *animus* одређеног лица, да ли се према ствари понаша као власник, у ком случају је држалац, или ствар држи за другога, када је само детентор и не ужива државинску заштиту. Насупрот римској, субјективној концепцији државине, истакнут је модерни, објективни појам државине, по коме је за државину довољан само *corpus* — фактичка власт на ствари. По њему држалац је и закупац, послугопримац, депозитар (то су детентори по римском праву) и ужива државинску заштиту. Државинску заштиту не уживају само лица која фактичку власт на ствари врше за другога, било што се налазе у домаћинству другог лица, било по основу уговора о раду или неког сличног односа, у коме су дужни да слушају његова наређења и упутства у погледу ствари (кућна помоћница, продавачица у робној кући, носач на станици, келнер у ресторану итд.). По термину кога је први предложио Bekker, а касније усвојио и законодавац, таква лица се називају „*Besitzdiener*“. „*Besitzidiener*“, поводом ствари на којој врши фактичку власт, нема никаквог интереса, као на пример закупац, стога он и није држалац, нити ужива државинску заштиту.

Ову модерну концепцију заступа NGZ у чл. 854: „Државина једне ствари стиче се постизањем фактичке власти на ствари“. Да ли постоји фактичка власт на ствари одлучује се према схватању у промету. Није довољно лабава веза са ствари, на пример лице

А налази се у посети код лица Б и за време посете узме у руке на неколико секунди да разгледа једну ствар која припада лицу Б. Али с друге стране, државина не претпоставља да држалац у сваком моменту може утицати на ствар. На пример, један земљорадник поседује ливаду која је од његове куће удаљена више километара.

Објективно схватање државине, по коме је потребно да постоји само фактичка власт на ствари и по коме се круг држалаца знатно проширује ван оквира римске, субјективне концепције, прихватају и грађански законици Швајцарске у чл. 919, Мађарске у чл. 187, Италије у чл. 1140.

У модерном, објективном концепту државине разликујемо следеће врсте државине: непосредну и посредну државину, својинску и употребну, потпуну или делимичну државину ствари, државину ствари и државину права и самосталну државину и судржавину.

Државину има свако лице које врши фактичку власт на ствари без обзира на правни основ ове фактичке власти, тј. без обзира на чињеницу да ли је државина заснована на праву својине, другом стварном праву или облигационом праву или се уопште не заснива на праву.

Државина је „спољна ознака припадности“ једне ствари одређеном лицу (Klang). Својина и државина се по правилу налазе у истој руци, али се оне такође могу разићи. Власник може добровољно напустити државину ствари — пердајом ствари другом лицу, или једностраним актом — дерелекцијом. Међутим, државина се може одвојити од својине без воље власника, ако је ствар власнику украдена, ако му је одузета, или ако ју је изгубио. Оно што је типично за све ове случајеве је чињеница да је најпре власник био држалац ствари, а затим да је државина на њима престала да постоји противно његовој вољи, тако да је сада поседује друго лице, независно од тога што та ствар правно припада власнику. На једној страни остаје својина без сваке државине, а на другој државина без својине.

Наш Закон не дефинише шта је то „фактичка власт на ствари“, али каже да лице коју ту фактичка власт врши непосредно је непосредни држалац. Непосредни држалац врши фактичку власт на ствари, тј. претпоставка је за ову фактичку власт да се држалац налази у једном трајнијем просторном односу према ствари у којем он може утицати на ствар и показати фактичку вољу да господари том ствари.

Како ће непосредни држалац стећи фактичку власт на ствари, зависи од тога да ли је ствар до тада била у чијој државини или не. Ако ствар није била ни у чијој државини, заснивањем фактичке власти над њом — узимањем ствари у фактичку апрехензију држаоца, стиче се непосредна државина. Ако се ствар налази у државини другог лица, државина се на њој може стећи једностранним захватом у државину тог лица или уз садејство досадашњег држаоца. Једнострано стицање непосредне државине, ако се већ ствар налази у државини другог лица, по правилу је противправно

(државина лопова). Стицање непосредне државине уз садејство ранијег држаоца, по правилу се врши предајом ствари уз сагласност дотадашњег држаоца, да би нови стицалац могао да врши фактичку власт на ствари, Стицање фактичке власти претпоставља да је досадашњи држалац своју фактичку власт на ствари потпуно напустио у корист другог држаоца. Мора бити видљиво да је државински однос ранијег држаоца престао и да је друго лице засновало фактичку власт на ствари. Уступање само правног овлашћења на располагање, или права на прибављање државине за стицање државине је по правилу небитно. Стога не заснива дозвола дотадашњег држаоца да се са његове непокретности вади иловача државину на непокретности или на њеном делу, као ни изјава досадашњег држаоца да препушта другом лицу да узме ствари које се налазе ускладиштене на његовом земљишту (посечено и сложено дрво за огрев). Предаја кључева од просторија у којој се налазе одређене ствари значи предају тих ствари у државину лица коме су ти кључеви предати. Ако је досадашњи држалац код предаје кључеза за одређену просторију у којој се налазе пренете ствари задржао један кључ за себе, то не искључује државину примаоца кључа на тим стварима, већ пердаја једног од два постојећег кључа значи да је између ових лица на истим стварима настала су-државина.

Иако воља да се ствар поседује није изричит услов за наста-нак непосредне државине, без постојања воље не може настати државина. Фактичка власт на ствари без одговарајуће воље да се ствар поседује је незамислива. Не може нико постати држалац ствари противно својој вољи. Ствари које су закопане на нечијем земљишту или стока која је на то земљиште пребегла не налази се у државини држаоца земљишта.

Воља која је потребна за државину ствари је „природна“ воља, а не воља која се тражи за закључење правних послова. Лице које је пословно неспособно може стећи и имати државину, јер стицање државине није правни посао. То лице је утолико држалац уколико оно поседује природну вољу да ствар има у својој фактичкој власти. Само је по себи разумљиво да и ограничено пословно способно лице само може стећи државину на одређеној ствари. Постојање законског заступника код оваквих лица не искључује њихову могућност да и сама стекну државину на одређеним стварима.

Закон о основним својинскоправним односима полази од објективног концепта државине и разликује поред непосредне и посредну државину (ст. 2. чл. 70. Закона) коју није познавало римско право, ни наше досадашње позитивно право.

Код непосредне државине претпоставка је да држалац услед просторног односа са ствари за одређено време врши непосредни утицај на њу и има фактичку вољу да контролише ствари. Посредни држалац врши фактичку власт на ствари преко другог. Његов фактички однос према ствари је посредан, за њега фактичку власт врши непосредни држалац.

Претпоставке за посредну државину су:

правни однос између посредног и непосредног држаоца (плодоуживање, уговор о коришћењу стана, закуп, чување, послуга или други правни однос) који овлашћује посредног држаоца да одређује понашање непосредног држаоца у односу на ствар (довољан је и замишљени правни однос, тј. није неопходно да је овај однос пуноважан);

воља код непосредног држаоца да ствари држи за другога;

захтев за предају ствари који има посредни држалац према непосредном.

Поставља се питање који је то „други правни однос“ сем плодуживања, уговора о коришћењу стана, закупа, чувања, послуге којим се ствара ситуација да једно лице преко другога — као посредни држалац има државину ствари? То свакако не може бити однос између лица које је изгубило ствар и савесног налазача који чак зна коме изгубљена ствар припада. Тај „други правни однос“ може настати само у случајевима кад једно лице уступи ствар другом на одређено време да је употребљава, извлачи плодове, чува, превози, управља њом итд., краће речено ако се ради о државини коришћења или управљања у свим појавним формама. Посредни држалац је лице које своју ствар препушта поверљивој особи, при чему не престаје његово право на ствар, већ само фактичка власт на њој, која ће бити поново враћена кад престане правни однос на коме је заснована посредна државина. Битно је само да непосредни држалац (преко кога држи ствар посредни држалац) за време трајања посредног државинског односа има одређена права и обавезе према господару ствари (посредном држаоцу). Не мора престати посредни државински однос повраћајем ствари посредном држаоцу. Односи између њих могу да буду тако регулисани да посредни држалац (власник ствари) коначно престане да буде посредни држалац, а да непосредни држалац постане независан (самосталан) држалац ствари. Такав случај имамо код продаје и предаје ствари купцу уз задржавање права својине на страни продавца, код уговора о купопродаји на кредит (чл. 540. Закона о облигационим односима). За време исплате куповне цене у ратама продавац је и даље посредни држалац а купац непосредни. Док је још неизвесно да ли ће услов (исплата куповне цене) наступити, ствар се налази у имовини продавца, пошто је он задржао право својине на њој. Ако се оствари услов својина прелази на купца, чиме се ствар коначно издваја из имовине продавца и престаје да постоји посредни државински однос, и коначни самостални непосредни држалац ствари постаје купац.

Посредна државина може бити степенаста државина и у улози посредног држаоца може се наћи већи број лица. То је случај кад постоји непосредна и посредна државина на истој ствари и кад непосредни држалац преда ствар у државину трећем лицу, онда и он има у погледу те ствари положај посредног држаоца. На пример, закупач је закупљену ствар добио у закуп не од власника ствари, већ од плодуживаоца, па су сада власник ствари и плодуживалац посредни држаоци који ту ствар држе преко

закупца који је непосредно држи. Међутим, лопов није непосредни држалац, а покрадени посредни држалац, јер између њега и лопова не постоји правни однос који је претпоставка за настанак посредне државине, сходно ст. 2. чл. 70. Закона о основним својинскоправним односима. Ово степеновање државине је значајно због тога што државинску заштиту (види чл. 75. Закона о основним својинскоправним односима) уживају и посредни и непосредни држалац, дакле не само лице који фактички поседује ствар, већ и оно које је идеално поседује преко посредника.

Закон о основним својинскоправним односима поред државине ствари (ст. 1. чл. 70.) разликује и државину права, али не свих права већ само државину права стварне службености (ст. 3. чл. 70. Закона). Разликовање између државине ствари и државине права направљено је још у римском праву, како би се проширио круг држаоца и протегла државинска заштита и на неке случајеве детенције. Иначе је круг држаоца ствари био врло уско повучен, услед захтева да држалац мора имати фактичку власт на ствари (*corpus possessionis*) и вољу да ствар има за себе, да је присвоји за себе (*animus rem sibi habendi*). Ако неко фактичку власт на ствари врши не *in suo nomine* већ *in alieno nomine* (у туђе име), он није држалац већ детентор и не ужива државинску заштиту (закупац, послугопримац, оставопримац и друга лица). Са усвајањем објективне концепције државине од које полази сада наш Закон — да је државина фактичка власт на ствари, без обзира да ли је он врши у своје или туђе име, појам државине права постаје непотребан у многим случајевима (закупац, послугопримац и друга лица која су била детентори сада су држаоци и уживају непосредну државинску заштиту).

Под државином права подразумевало се у римском и у нашем праву, које је до доношења овог Закона усвајало римски субјективни концепт државине, таква државина у којој се једно лице понашало према ствари као да има неко право уже од права својине, а у ствари га нема. На пример, ако се неко фактички понаша као да му припада право службености, па прелази преко туђег земљишта, а у ствари нема то право. Правна теорија и пракса су ограничиле државину права само на она имовинска права која се не могу остварити без детенције ствари и која су подобна да трајно буду вршена. Из овог разлога не може бити државине заложног права (заложни поверилац може ствар продати. То је једна привремена, а не трајна радња која се понавља. Она се може претворити и у државину ствари, али ово стање није трајно, пошто престаје продајом ствари). Друкчије је са ручном залогом која је по римском праву убрајана у државину ствари.

Према нашем досадашњем праву у судској пракси државина права постојала је на стварним правима, службеностима, реалним теретима, праву грађана и праву коришћења радне организације на друштвеним средствима, док је друштвена својина била третирана као право својине, затим државина наследника, пре него што је он ушао у посед ствари, на основу чињенице да од момента смрти оставиоца постаје држалац по самом закону, како би могао

да оствари заштиту оставине према трећим лицима државинским тужбама. Такође су били предмет државине права трајни облигациони односи, на пример право на исплату ренте, камате из дугорочног уговора о зајму, захтеви за пропуштање. Врло честе случајеве државине права имамо код оних облигационих тражбина спојених са држањем ствари и њиховом употребом или коришћењем: закуп, послуга, куповина на пробу, продајни комисион, шпедиција, превоз, остава. С тога су закупац, послугопримац, комисионар, шпедитер, превозник и чувар држаоци права (сада су они непосредни држаоци, па је у овим случајевима непотребан појам државине права). Закон о основним својинскоправним односима као и Немачки грађански законик и Швајцарски грађански законик који усвајају објективну концепцију државине, појам државине права признају само у случају државине права службености, јер је појам државине по објективној концепцији толико широк да су многи случајеви државине права обухваћени појмом државине ствари кроз непосредну и посредну државину, као нове категорије државине који уски субјективни појам државине ствари није признавао (кога је прихватило и наше право до доношења овог Закона).

Иако је сасвим тачна тврдња да нови појам државине обухвата и већи број случајева ранијег појма државине права, ипак постоје неки случајеви државине права који нису обухваћени објективним појмом државине, па би их требало посебно регулисати, поред државине права службености, што овај Закон није учинио. То су право на употребу, тј. на испоруку и узимање електричне енергије, плина, воде из водовода, топлине из централног грејања или из топлане, *air condition-a*, телефонске везе, телепринтера, заједничке антене и можда још које техничке услуге модерног живота, који се садрже у вршењу тих права, а спречавање вршења ових права на употребу не мора бити извршено сметањем фактичке власти, тј. детенције односних уређаја (на пример искључење довода воде изван стана, искључење струје, телефона итд. у односним централама и слично).

Погрешно је схватање да се у овим случајевима ради о сметању поседа ствари, јер су све те енергије у правном смислу ствари. Тачно је да су оне ствари, али те ствари су у поседу онога ко има на њима фактичку власт тј. могућност да са њима располаже, да их даје или ускраћује, дакле у поседу су својих централа, а нису у поседу својих корисника. Корисници имају право да те ствари узимају и постају посредници тих енергија тек кад их узму, апрехендирају, уколико је истовремено не утроше тј. анулирају (струја).

По германској (објективној) концепцији права на употребу ових услуга морало би остати без правне заштите сметања поседа, уколико се не би поред поседа права службености признао и посед права на употребу ових техничких услуга (Чедо Рајачић, Посјед — образложење за римску концепцију посједа, Материјал израђен за Комисију за цивилни кодекс, стр. 3). Наша судска пракса у оваквим случајевима пружа државинску заштиту у облику заштите

државине права. Како је у свакодневном животу све већи број случајева самовласног спречавања или ометања вршења ових права, брза државинска заштита је неопходна.

Појам државине права „спиритуализира“ дематеријализује појам државине права. Најпре се појавила државина ствари као непроблематична, а државина права као проблематични изузетак. Али ако се државина схвати као појавни облик права, онда је државина ствари државина права, наиме, држалац својине као потпуног права, док је држалац права држалац једног ограниченог стварног права или право потраживања на употребу или коришћење ствари. Дакле да закључимо, државину права има лице које извршава садржај неког права с вољом да га извршава као своје право. Извршавање садржаја права постоји, ако неко од другог захтева нешто као дужност и овај му то чини, или ако се неко туђом ствари служи у своју корист, а други то зна и трпи, или ако неко другоме забрањује чинити нешто што би овај био овлашћен да чини, а други услед те забране то пропушта.

Државина права престаје, ако противна страна престане даље да чини, трпи или пропушта оно што држалац од ње као своје право захтева. Самим невршењем државине права не престаје осим у случају када услед невршења престаје и само право.

Код самосталне државине ствари држалац искључује сва друга лица од фактичке власти на ствари. Закон о основним својинскоправним односима у ст. 4. чл. 70. полази од могућности да више лица могу имати државину на једној ствари или праву (судржаоци). Судржавина постоји у случајевима кад више лица врше фактичку власт на ствари на начин да свако од њих поседује целу ствар али је у вршењу фактичке власти на ствари ограничен истом таквом државином других лица. Не постоји судржавина између посредног и непосредног држаоца, јер посредни држалац не врши фактичку власт на ствари, али је могуће да више посредних држалаца буду судржаоци у односу на једну ствар коју неко треће лице држи за њих све.

Судржавина је могућа у два облика:

као проста судржавина, код које је сваки судржалац у вршењу фактичке власти на заједничкој ствари ограничен конкуренцијом у вршењу фактичке власти од других судржаоца, на пример коришћење заједничког ходника, заједничког купатила итд;

као заједничка државина (или квалификована судржавина) код које само сви судржаоци заједно имају фактичку власт на ствари. Поједини судржалац нема могућност да сам врши фактичку власт на ствари — више држалаца једног сефа који се отвара са различитим кључевима, тако да се сеф може отворити само заједнички. Безусловни захтев за сваког судржаоца је да се државина појединог држаоца протеже на целу ствар. С тога сваком судржаоцу припада државинска заштита за целу ствар (види чл. 80. Закона о основним својинскоправним односима). Судржавина по деловима на ствари не постоји.

Закон није улазио у разликовање између просте и квалификоване судржавине, које смо ми овде извели. То у Закону није

ни потребно. Оба облика представљају разне случајеве у којима више лица држе једну исту ствар. Они се међусобно само правно разликују, а никако са становишта државине као фактичке власти на ствари.

За појам судржавине није неопходно да између судржаоца постоји одређени правни однос (судржаоци су сувласници, односно заједнички власници), нити да постоји иста врста државине (власник и купац користе један бунар). Судржавина настаје кад више лица стекну фактичку власт на једној истој ствари (брачни другови на предметима заједничког домаћинства) или кад досадашњи самостални држалац уступи фактичку власт на ствари и другом лицу (преда му други пар кључева од аутомобила). Судржавина се може претворити у самосталну државину и обрнуто (као што показује већ наведени пример предаје другог пара кључева од аутомобила).

У вези са државином правног лица поставило се у теорији питање, да ли правно лице има непосредну државину на ствари која му припада (*»per se«*) или се ту ради о судржавини, а као судржаоци се појављују чланови, односно корисници правног лица. Данас постоји општа сагласност у доктрини да је правно лице као такво држалац ствари.

Др Драгољуб СТОЈАНОВИЋ

LA NOUVELLE CONCEPTION DE LA POSSESSION

(Résumé)

A la lumière de la nouvelle loi sur les rapports de propriété, l'auteur traite des questions majeures de la conception de la possession en tant que rapport juridique de propriété. Après avoir analysé les questions générales concernant la relation entre propriété et possession, il expose son point de vue sur: (1) la fonction de la publicité, (2) la fonction de la continuité et (3) la fonction de protection de la possession. Présentant la conception traditionnelle de la possession, l'auteur la compare à la conception moderne en droit étranger et aux formules retenues par la Loi sur les fondements des rapports de propriété. Cette loi adopte la conception objective de la possession. L'auteur analyse cette nouvelle approche, sans précédent dans le droit positif yougoslave, qui établit une distinction entre la possession indirecte et la possession directe, compte tenu des effets de la séparation du *corpus possessionis* et de l'*animus rem sibi habendi*.

СТВАРНЕ СЛУЖБЕНОСТИ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОСНОВНИМ СВОЈИНСКО-ПРАВНИМ ОДНОСИМА*

Стварне службености настају са првим облицима индивидуалне својине. То су ограничена стварна права на туђим стварима која свог титулара овлашћују да туђу непокретност користи у одређеном правцу или да власнику те непокретности забрани предузимање извесних радњи на свом добру. Њихова функција се састоји у бољем економском искоришћавању неке непокретности. Истовремено, службености су у римском праву и прва ограничења својине из суседских односа.

Стварне службености остају верне својој друштвеној функцији све до дана данашњег, иако је дошло до значајних промена у праву својине.

Познато је, да је од Рима наовамо својина све више ограничено право, при чему значајно место заузимају непосредна законска ограничења из суседског права. Новији грађански законици обавезују власника земљишта да суседу допусти постављање водоводних, електричних, телефонских и других цеви на свом добру, ако је то нужно за коришћење његовог добра.

У законска ограничења спада и правно нужног пролаза које се гарантује као овлашћење односно обавеза суседних власника земљишта под условом стања нужде за власника непокретности коме је потребан пролаз. Српски грађански законик (параг. 341) ово право квалификује као законску службеност. Ако се има у виду чињеница да се законским ограничењима могу задовољавати најразличитије потребе из суседских односа, онда се поставља питање места и улоге стварних службености у савременом праву. Чак и грађански законици који веома детаљно регулишу ограничења из суседскоправних односа не лишавају се стварних службености као једног од регулатора суседских односа, којим се обезбеђује одређени »modus vivendi« међу суседима.

* Реферат поднет на саветовању о Закону о основним својинско-правним односима, одржаном у Крагујевцу 10—12 априла 1980. године.

Стварне службености представљају правни однос између власника двеју непокретности у коме је власник једне непокретности овлашћен да на одређени начин и у одређеној мери користи другу непокретност, или да њеном власнику забрани да се њоме служи у одређеном правцу. Помоћу службености омогућава се власнику повласне непокретности боље коришћење свога добра или преношење вишка користи са послужног на повласно добро и тако врши поравњање између вишка користи на једној и недостатка на другој страни. У сваком случају, стварне службености обезбеђују већи „комфор“ у вршењу свога права у чему се и огледа привредна и економска функција стварне службености.

Закон о основним својинско-правним односима¹ је у потпуности решпектовао такву улогу стварне службености.

С друге стране, стварне службености не вређају, нити озбиљно угрожавају право својине. Власник земљишта (послужног добра) преноси на другог власника (повласног добра) једно од многобројних овлашћења остајући с њим нераскидивој вези. Он има правну наду да ће се пренето овлашћење вратити њему у својину (ако се титулар службености одрекне службености, пропадне повласно добро, службеност престане услед невршења итд). Власник послужног добра није изгубио ништа од супстанце ствари већ је, после конституисања службености, његово право својине само ограничено.

Стварне службености посматране са ширег друштвеног аспекта не представљају ограничења јер се власник послужног добра у некој другој ситуацији, у односу на неког другог власника може појавити као титулар службености, када је то потребно ради бољег коришћења његове непокретности. То произилази из „економске међузависности непокретности, односно идеје координације интереса њихових власника...“² Посматрано са тог аспекта службености имају „неутралну“ правну садржину и представљају ограничења у свом интересу.

Међутим, стварне службености не могу бити једини регулатор суседско-правних односа. Закон је утврдио минимум трпљења одређених утицаја који долазе са суседног земљишта, зграда и друго (забрана претераних емисија), односно обавезу власника непокретности да се у њеном коришћењу уздржава од радњи и да отклања узроке који потичу од његове непокретности, преко мере која је уобичајена и којима се проузрокује знатна штета (чл. 5. наведеног Закона).

Законодавац је, међутим, морао предвидети и извесне обавезе власника непокретности у погледу трпљења да сусед коме је то неопходно користи његово добро. Таква ограничења представљала би само вентил за регулисање суседских односа, у случајевима када воља суседа да суседу изађе у сусрет затаји. „Принудне“, „нужне“ службености морају произићи из Закона и по својој природи представљају посредна законска ограничења.

¹ Службени лист СФРЈ бр. 6/1980.

² Станковић др Обрен: „Законске стварне службености“, Анали Правног факултета у Београду, 1974. год. бр. 9. до 10. стр. 791.

Чини се, да је Закон морао једном генералном клаузулом да предвиди право власника непокретности да од суседа захтева да му дозволи коришћење свога добра када је у нужди у погледу вршења свога права (нема излаз са свог земљишта или је он такав да је скопчан са огромним трошковима, право прикључка на водоводну или телефонску мрежу преко суседовог добра итд. — Пресуда Општинског суда у Параћину П. бр. 782/73. од 12. 2. 1974. године).

Стварне службености су у Закону дефинисане као „право власника једне непокретности (повласно добро) да за потребе те непокретности врши одређене радње на непокретност другог власника (послужно добро) или да захтева од власника послужног добра да се уздржава од вршења одређених радњи које би иначе имао право вршити на својој непокретности“ (чл. 49. ст. 1). На тај начин, законодавац се одлучио за тзв. позитивну дефиницију права службености.

Овај начин дефинисања сматрамо исправним из разлога што дефиниција мора да одрази све карактеристике једног појма. Суштина права службености састоји се у овлашћењу титулара права да користи послужно добро на одређени начин, а ограничење власника послужног добра које је резултат службености је нужна консеквенца права.³

Стварне службености су стварна права и њихова садржина мора бити јасно опредељена према свима, па и према власнику послужног добра као таквог. Кад се стварне службености дефинишу са аспекта послужног добра то се чини због тога што се максимално штити право својине од свих трећих лица.

Из одредбе чл. 49. Закона јасно је да је титулар службености власник повласног добра и то сваки власник, а да је сваки власник послужног добра обавезан да трпи радње титулара службености на свом добру. Будући да се службености и установљавају да би се створила стална веза између две непокретности, то је непотребно истицати да су стварне службености право свагдашњег, свакодобног, или свакодневног власника.

Садржину стварне службености чини овлашћење на предузимање извесних радњи на послужном добру, или овлашћење да се од власника послужног добра захтева уздржавање у вршењу права.

Сигурно је, да се сва овлашћења титулара службености могу свести на овлашћење да послужно добро користи на одређени начин, а обавеза власника да „своје право својине не врши у одређеном правцу“.⁴

Стварне службености се конституишу само на непокретностима. То је разумљиво ако се има у виду чињеница да се помоћу службености задовољавају трајне потребе једног добра, а то је могуће само ако се ради о непокретностима. На покретним стварима није могуће конституисање стварних службености. Потпуно

³ Windscheid: Pandecte, IBd, & 200 Ann, 30.

⁴ Види: Материјал за Предоснову за Нацрт Закона о правима на ствари из 1964, напомена уз чл. 1.

и делимично коришћење покретне ствари немогуће је без истовременог уступања ствари што аутоматски искључује могућност заједничког коришћења. Само коришћење покретне ствари у целини може задовољити одређене људске потребе, а за то му облигациони уговори веома погодне форме.

Римљани су захтевали за настанак права службености да послужно добро буде такво да може задовољити неку трајну потребу — *causa servitutum debet esse perpetua*. На тај начин искључена је могућност конституисања службености на добрима која се могу дугом употребом исцрпсти односно умањити.

Модерна права веома еластично тумаче овај римски захтев. Отуда ниједан од грађанских законика не захтева изричито *perpetua causa* као услов за конституисање службености већ се оперише са потребом повласног добра да се користи послужним добром.

У погледу предпоставке да се код службености, послужно и повласно добро морају налазити у суседству (*vicinatis*), Закон се определио за сасвим модерно решење. Он не регулише посебним одредбама питања просторног односа између послужног и повласног добра јер је за службености битан однос који омогућава да се повласно добро „испомаже” услугама послужног добра. Разуме се, то је најчешће однос суседства, јер у супротном, службеност губи сваки смисао.

Међутим, Закон је изричит у погледу услова да се службеност конституише за потребе повласног добра (*praedio utilis*). Потребно је истаћи, да француска правна теорија инсистира на таквој користи за повласно добро која је последица природног недостатка који се мора надокнадити, односно када између њих постоји „природни однос”. Сматрамо да је то сувише ригорозно тумачење *praedio utilis*, и да би у сваком случају требало дозволити постојање службености које су омогућене привредним могућностима коришћења земљишта (право власника хотела да од власника послужног добра захтева да свом брежуљку не мења изглед како хотел не би изгубио ништа од „природности”).

Помоћу стварних службености није дозвољено задовољавање личног интереса титулара службености. Тако се *praedio utilis* све више јавља као забрана конституисања службености којим се задовољава лични интерес титулара. Он није подобан за садржај стварних права као непосредни објекат, већ само посредно, као економски интерес достојан заштите у грађанском праву. *Praedio utilis* на страни послужног добра значи да се службеношћу не може ограничавати власник као личност већ једино у употреби свога добра.

Најзад Закон допушта установљавање службености на одређено време или за одређено доба године (чл. 49. ст. 2).

Чини нам се, да је Закон овом одредбом санкционисао већ постојећу судску праксу. То су такозване сезонске службености које се конституишу ради извлачења летине са послужног добра, превоза посечених шумских стабала преко туђег земљишта, попаше итд.

Начела и вршење стварних службености

Према одредби члана 49. Закона, стварне службености овлашћују свог титулара да туђу ствар користи у одређеном правцу и обиму. То су права на туђим стварима — *nemini res sua servit*.

Закон не допушта конституисање такозваних својинских службености. Не улазећи дубље у правну природу својинских службености, чини нам се да је ипак требало допустити њихово конституисање и у нашем праву, изузетно и у „почетку“, под условом да се непокретност касније подели. То се може правдати веома израженом тенденцијом индивидуалне градње у нас, и потребом да се предупредe спорови који могу настати међу власницима раније непокретности.

Римско право је изричито забрањивало конституисање службености са обавезом власника послужног добра да нешто чини, дакле, на позитивну радњу. Власник послужног добра је дужан да трпи да други предузима извесне радње на његовом добру или да се уздржи од вршења извесних радњи које би иначе могао вршити да није права службености (*servitus in faciundo Consistere nequit*). Наша судска пракса веома доследно спроводи ово начело (Види: Решење Врх. суда Србије Гзз 104/54. Збирка судских одлука Врх. суда, 1957, случај број 344).

Применом овог начела стварне службености се одвајају од неких коришћења туђе ствари на основу облигационих уговора и реалних терета. Поред тога, *servitus in faciundo consistere nequit* указује на основну обавезу из права службености која је негативна и разликује је од других споредних обавеза које настају поводом ствари и које не могу утицати на правну природу стварних службености.

Ако је за вршење службености потребно коришћење неког уређаја или предузимање неке радње, трошкове одржавања тог уређаја и предузимања те радње сноси власник повласног добра (члан 50. ст. 2). Исте трошкове сноси и власник послужног добра ако се користи уређајима у свом интересу и то сразмерно користи коју од тога има. Слично решење прихваћено је у свим модерним правима. Власник послужног добра се може обавезати да одржава направе и уређаје који омогућавају или олакшавају вршење службености.

Обавеза на чињење код службености мора бити увек споредна. Ако споредне обавезе премашају (по обиму, природи или циљу) основну обавезу, онда то нису обавезе из права службености већ обавезе сличне реалним теретима или реалним облигацијама.

Могуће је, да извесне обавезе буду у почетку споредне, али да касније због измењеног начина вршења службености толико нарасту да у потпуности премашују основну обавезу. Власник послужног добра може и даље остати уз обавезу, али она не произилази више из права службености већ је обавеза преузета уговором. Већина модерних грађанских законика допушта ослобођење од споредних обавеза напуштањем својине на послужном добру. То произилази из својинске диспозиције власника послужног добра, коју не ремети конституисање права службености.

Стварне службености су недељива и непреносива права. То значи да се не могу ни стицати ни губити у аликвотним деловима, односно у корист или на терет дела земљишта. На то упућује немогућност поделе користи коју пружа послужно добро.

Ако се подели повласно добро стварна службеност остаје у корист свих његових делова (чл. 59. ст. 1. Закона). Ову одредбу скоро истовтenu садрже бројни грађански законици (параг. 1925 BGB, чл. 700 Сс, параг. 485 AGZ, параг. 346 СГЗ). Начело недељивости службености ограничено је једино забраном да се услед поделе не повећа терет службености, јер то не допушта на принцип одређености службености.

Непреносивост права стварне службености означава везаност службености за повласно односно послужно добро. Службености се могу преносити заједно са преношењем права својине на односном добру. *Locare servitutem nemo potest*. Пошто су службености права на туђим стварима то непреносивост ових права чини њихову појмовну претпоставку и нема потребе за посебним формулисањем овог начела.

Рекли смо већ да се стварне службености конституишу ради бољег економског искоришћавања повласног добра. Титулар службености врши своје право у складу са садржином овлашћења која му припадају. Код права службености поводом исте ствари постоје више титулара права — власник повласног добра и титулар службености. Вршења права службености јавља се као резултанта између овлашћења власника послужног добра и титулара службености. То разуме се, не значи да је титулар службености осуђен на егоистичку употребу права.

Обим, начин или правац коришћења службености одређује се на основу правног основа којим се конституише службеност. Најчешће је титулар службености овлашћен да предузима све радње које су неопходне за корисну употребу свога добра. Такву одредбу садржи чл. 696 Сс. Српски грађански законик у параг. 345 садржи идеју о употреби послужног добра „на онај начин, који се њему најсходније види; али никако му не припада право службености распростраити на даље; но мора се задржавати у границама онима, које су или по самој природи, или по израженој вољи господара служећег добра опредељене“. Иако се Закон задовољава једном општом формулацијом и вршење права службености опредељује њиховом индицијом чини нам се да би републички односно покрајински пописи морали нешто детаљније да регулишу вршење права службености. То истичемо из разлога што велики број спорова отпада управо на спорове у вези са вршењем права службености. С друге стране вршење стварне службености се мора законски определити и из других разлога.

Могуће је, да основ конституисања пада далеко у прошлост, а да су се у међувремену промениле потребе повласног добра тако да је титулар права службености у границама права или и ван својих овлашћења. Намеру странака у погледу обима службености је катнад тешко утврдити јер се ради о титуларима који нису учествовали у конституисању службености. Власник послужног добра не

мора трпети задовољење неразумно повећаних потреба повласног добра. У таквим случајевима потребно је дозволити „ревизију“ права службености. Наша судска пракса се већ изјаснила у прилог оваквом схватању (пресуда Врх. суда, Гзз, бр. 345/74 од 2. новембра 1974). Исто тако, вршење права службености може да буде интересантно и због тога што странке над конституишу односну службеност његову садржину одређују на генералан начин, због чега се поставља питање одређивања обима службености. Због тога се вршење права службености мора регулисати Законом тако што ће бити установљени критеријуми меродавни за оцену суда у случајевима над обим службености буде доведен у сумњу. Сигурно је, да то морају бити интереси послужног, односно „разложне“ потребе повласног добра.

Док је регулисање вршења права службености препуштено одговарајућим републичким односно покрајинским законима, дотле је Закон формулисао начело поштеде или рестрикције у вршењу права службености. Титулар службености мора да врши своје право „на начин којим се најмање оптерећује послужно добро“ (члан 50. став 1). То је у потпуности разумљиво јер службености ограничавају својину на послужном добру.

Истина, Закон из начела поштеде не извлачи конкретне обавезе титулара службености због чега ће и овде, одговарајући републички односно покрајински прописи морати да буду нешто конкретнији. Српски грађански законик, на пример, код службености попаше захтева од титулара службености да „ствар самој земљи нечини“ и нездраву и туђу стоку на пашу не тера (параг. 362, 363).

Из начела поштеде произилази овлашћење власника послужног добра да захтева премештање службености на други део свога добра, кад такво вршење не доводи у питање „комодитет“ повласног добра. Наша судска пракса у таквим случајевима, нарочито кад је првобитно место вршења службености за власника послужног добра незгодно, излази у сусрет захтевима за премештањем службености. Начело поштеде не умањује право службености, али штити послужно добро сводећи право службености на његову нормалну функцију да служи бољем коришћењу повласног добра и само донде док не доводи у питање право својине на послужном добру. То је унутрашња граница у вршењу права службености и њена повреда најчешће представља злоупотребу права службености. Исто тако начело поштеде је израз заједнице више лица на истој ствари са различитим овлашћењима и обавезама, што донекле ублажава стварно правни карактер права службености.⁵

СТВАРНЕ СЛУЖБЕНОСТИ НА ДРУШТВЕНОЈ СВОЈИНИ

Већ смо истакли да се стварне службености јављају са првим облицима индивидуалне својине и да се конституишу ради њеног бољег привредног искоришћавања. Познато је, међутим, да се да-

⁵ Види: Стојановић др Драгољуб: Увод у грађанско право, Савремена администрација, Београд, 1979. стр. 93.

нас све чешће срећу и колективни облици својине, што намеће питање места и улоге стварних службености у тим околностима.

Пошто се стварним службеностима омогућава боље коришћење једне непокретности, то је несумњиво да се оне могу установљавати и на добрима у друштвеној својини.

Дилеме настају у вези са покушајем да се правно теоријски објасни њихово конституисање на средствима у друштвеној својини.

Пре свега друштвена својина по Уставу из 1974. не представља никакво право својине већ је глобални оквир друштвено економских односа који настају у процесу производње, расподеле и размене. Невласнички концепт друштвене својине одбацује сваку могућност постојања било каквог стварноправног овлашћења у погледу средстава у друштвеној својини. У правном промету се такође не налазе права већ средства у друштвеној својини. Чини нам се, да при таквом стању ствари, конституисање службености није могуће. Па ипак Закон допушта њихово конституисање на средствима у друштвеној својини.

Ако је повласно или послужно добро друштвено средство у друштвеном правном лицу, радници и други радни људи у том друштвеном правном лицу имају право, односно обавезе које имају носиоци права, односно обавезе које проистичу из стварних службености ако Законом или уговором није друкчије одређено. (Члан 49. ст. 3).⁶

Када се и послужно и повласно добро налазе у режиму друштвене својине онда је конституисање службености по стриктно невластничкој концепцији (друштвена својина је заједничка основа рада и материјална претпоставка рада свих радних људи у удруженом раду) непотребно, јер се не ради о коришћењу туђе ствари у интересу повласног добра, већ је то само један од начина да се друштвено средство најбоље користи у циљу задовољавања личних, заједничких и општих потреба.

Ако се ради о конституисању тзв. међусекторске стварне службености (послужно добро је непокретност у друштвеној својини, а повласно у режиму права својине и обрнуто) онда се поставља питање која се овлашћења преносе на власника повласног добра.

Радни људи који раде средствима у друштвеној својини имају у погледу њих право управљања коришћења и располагања. Исто тако они имају право, обавезе и одговорност да се, у свом заједничком у опште друштвеном интересу друштвено економски и целисходно користе друштвеним средствима, да их обнављају, увећавају и унапређују (чл. 13. ст. 4. Закона о удруженом раду).

То значи да конституисањем службености на непокретности у друштвеној својини радни људи преносе извесна овлашћења поводом конкретних ствари на титулара службености (власника повласног добра). Она произилазе из непосредног коришћења ствари у друштвеној својини. Титулар службености стиче право коришће-

⁶ Конституисање стварних службености предвиђено је и у Нацрту Закона о правима обавезама и одговорностима у погледу управљања, коришћења и располагања земљиштем и зградама у друштвеној својини, чл. 86, Закона о експропријацији и др.

ња одређене непокретности у друштвеној својини у одређеном обиму и на одређени начин.

Друштвена својина није умањена после конституисања службености исто онако као што ни конституисање службености на приватној својини ову битно не вређа. Да и не говоримо о томе да се у систему међузависности и координације интереса и власника непокретности и радника у удруженом раду, стварне службености јављају само као регулатор њихових односа не повећавајући нити угрожавају правну позицију ни једном од њих.

СТИЦАЊЕ И ГУБЉЕЊЕ СТВАРНИХ СЛУЖБЕНОСТИ

Стварне службености се стичу на основу правног посла, одлуке државног органа и одржајем (чл. 51. Закона).

Стицање службености путем уговора представља деривативни начин стицања при чему је уговор само правни основ (*iustus titulus*). Да би се стекло право службености потребан је и начин стицања (*modus acquiremi*), који се састоји из уписа у земљишне књиге. За упис службености потребан је изричити пристанак власника послужног добра — *clausula intabulandi*.

Стварне службености се могу стећи и на основу одлуке државног органа. У српском грађанског законика то је судска пресуда, а у аустријском грађанском законика судска одлука о деоби ствари (параг. 340 СГЗ и параг. 480 АГЗ). У правној теорији су ове одредбе тумачене тако што се за тичање службености поред правноснажности одлуке, захтевао и упис у земљишне књиге.

Закон о основним својинско правним односима прихвата слично решење истичући да се „одлуком суда о деоби ствари или одлуком другог државног органа стварна службеност установљава када власник повласног добра у целини или делимично не може користити то добро без одговарајућег коришћења послужног добра, као и у другим случајевима одређеним законом“ (чл. 53. ст. 1).

Ова одредба се може двојако тумачити.

По једном тумачењу стварне службености се могу конституисати на основу одлуке суда о деоби ствари и одлуком другог државног органа, такође о деоби (у поступку експропријације) када власник повласног добра у целини или делимично не може користити то добро без коришћења послужног добра. То су онда законске службености које се према наведеној формулацији члана 54. могу установити само приликом деобе ствари. Али ако је законодавац хтео само то, онда није било потребно наводити услове за њихово конституисање јер се они, код деобе ствари претпостављају. Међутим, поставља се питање могућности установљавања законских службености и у другим ситуацијама када наступе услови из члана 54. који нису у вези са деобом ствари. Чини нам се, да је законодавац, у начелу, дозволио конституисање законских службености, увек кад се испуне законски услови, само што то формулацијом члана 54. није јасно изражено. На такав смисао упућује чињеница

да Закон у основним начелима сем забране претераних имисија није предвидео друга ограничења својине из суседских односа.

Право употребе туђег земљишта када је то нужно за коришћење свога добра, по својој правној природи ближе је законским ограничењима него праву службености. Иако су по садржини веома слични они се и разликују по неким својим особинама.

Право на коришћење туђе непокретности — за обављање одређених радова, смештај грађевинског материјала, постављања цеви, нужни пролази итд., настаје на основу законских претпоставки и траје док оне постоје. Титулар ових права нема стварно правно овлашћење да непосредно користи туђу ствар већ право да захтева од суда да му такво коришћење дозволи. Титулар послужног добра дугује позитивну обавезу да допусти коришћење свога добра. За настанак ових права није потребан упис у земљишне књиге, што произилази и из става 2. и 3. члана 54.

Најзад употреба суседног земљишта и право нужног пролаза спадају у општа законска ограничења јер омогућавају нормално коришћење повласног добра, а стварним службеностима се остварује „конфор у вршењу права“.

Најзад стварна службеност се може стећи и одржајем. Српски грађански законик је овај начин стицања службености уподобљавао са стицањем својине путем одржаја, што значи да је захтевао савесну и закониту државину и протек времена од 20. година.

У нашој правној теорији је било спорно стицање свих врста службености путем одржаја, нарочито стицање негативних и невидљивих службености. Тај проблем се протеже још из пандектног права мада је римско право имало супротан став: све службености се могу стећи одржајем.

Наш Закон се определио са једну такву могућност.

Услови за одржај стварних службености по СГЗ су били сувише ригорозни тако да је било скоро искључено такво стицање и онемогућено усклађивање фактичког стања са правним. Наиме, тешко је претпоставити да ће невласник послужног добра држаоцу права службености дозволити коришћење „свог“ добра и то у једном дужем року. У пракси се догађа да једно лице врши фактичку власт на туђој ствари иако му то не припада, а власник послужног добра се томе не противи. Зато је Закон сасвим исправно поступио када за одржај стварне службености захтева протек времена од 20. година и један негативан услов, да се власник послужног добра није противио таквом вршењу.

Сматрамо, да је за одржај права службености то сасвим довољно јер су стварне службености ограничења права својине на послужном добру те је непротивљење његовом вршењу довољна гаранција против задирања у туђу приватну сферу.

Стицање стварних службености путем одржаја је искључено ако је службеност вршена злоупотребом поверења власника или држаоца послужног добра, силом, преваром или ако је службеност уступљена до опозива (чл. 54. став 2).

Стварна службеност се не може стећи одржајем ако се ради о непокретности у друштвеној својини (члан 55). Ова одредба је у духу нарочите заштите друштвене својине.

Стварне службености престају на више начина. Закон предвиђа неколико начина престанка.

Власник послужног добра може захтевати да престане право службености када оно постане непотребно за коришћење повласног добра или кад престане разлог због кога је она основана (члан 58. ст. 2).

Пошто је службеност стварно право на туђој ствари оно престаје консолидацијом; када власник повласног добра постане власник и послужног добра и обрнуто.

Стварна службеност престаје пропашћу повласног или послужног добра (члан 58. став 3).

Стварна службеност, такође престаје услед одрицања титулара повласног добра од службености са чиме је изједначена и дереликција повласног добра.

Пошто се стварна службеност може установити и на одређено време то она може престати са истеком времена за које је установљена.

Закон предвиђа и два нарочита случаја престанка службености — престанак службености услед невршења и услед застарелости (члан 58. став 1. и 3).

Стварна службеност престаје ако се власник послужног добра противи њеном вршењу, а власник повласног добра три узастопне године није вршио своје право.

Ако се стварна службеност не врши за време потребно за њено стицање подржајем, стварна службеност престаје.

И у једном и у другом случају стварна службеност престаје услед невршења само што се у првом случају поред невршења захтева и противљење од стране власника послужног добра — либераторна узупапија (*usucapio libertatis*). У пандектном праву само негативне службености су могле престати на овај начин пошто је код њих било могуће констатовати чињеницу да је послужно добро слободно од службености — власник послужног добра предузме радње које искључују службеност — код *servitus non altius tollendi* власник подигне зграду у висину.

Закон се определио за либераторну узупапију као начин престанка службености не правећи разлику између позитивних и негативних службености.

Престанак службености услед невршења — *non usus* — за застарелости изазива извесне дилеме због немогућности застаревања стварних права. За право својине то је недопустиво, осим кад на место невршења настаје савесна и законита државина другог лица (одржај) који може довести до стицања права.

Међутим, код стварних службености невршење права службености има ослобађајуће дејство за титулара послужног добра који услед невршења постаје слободан од терета на свом добру. С друге стране, невршење права службености указује на одсуство

потребе за коришћењем другог добра чиме је испуњена и друга „идеја на којој почива установа застарелости у грађанском праву“.⁷

Престанак службености услед застарелости познаје и француски грађански законик захтевајући да се службеност не врши у року од 30 година, за које време застарева служба из службености.

Чини нам се да је добро што је законодавац прихватио оба начина за престанак стварних службености услед невршења.

Међутим, републички односно покрајински морају предвидети правила о томе кад код појединих службености почиње да тече рок за престанак службености услед невршења. Правила која о томе садрже француски грађански законик, опште имовински законик за Црну Гору као и решења до којих је дошла правна теорија могу послужити као солидна основа за регулисање од ове материје.

Мр Радмила КОВАЧЕВИЋ-КУШТРИМОВИЋ

LES SERVITUDES REELLES

D'APRES LA LOI SUR LES FONDEMENTS DES RAPPORTS DE PROPRIETE

(Résumé)

L'auteur étudie les servitudes réelles telles qu'elles se présentent dans la nouvelle Loi sur les fondements des rapports de propriété. La loi détermine le minimum de tolérance des influences qui viennent des terrains et des bâtiments voisins (principe d'interdiction des influences abusives). Il examine l'application de la règle en vertu de laquelle le fonds assujetti satisfait les besoins permanents du fonds dominant (*causa servitutum debet esse perpetua*), jointe à l'application de la règle de voisinage (*vicinatis*), les besoins du fonds dominant (*praedio utilis*) et les restrictions apportées aux pouvoirs du propriétaire du fonds débiteur de la servitude (*servitus in faciendo consistere nequit*).

L'auteur se penche sur les servitudes réelles concernant les fonds en propriété sociale ainsi que sur les questions relatives à l'acquisition et à l'extinction des servitudes réelles.

⁷ Станковић др Обрен: Престанак стварних службености невршењем, Анали Београд 1974. бр. 403.

ДА ЛИ ПОСТОЈЕ ЗАКОНСКЕ СТВАРНЕ СЛУЖБЕНОСТИ*

Из прописа Закона о основним својинско-правним односима о праву службености произилази да је стварна службеност право власника повласног добра да за потребе те непокретности врши одређене радње на непокретности власника послужног добра или да од њега захтева да се уздржава од вршења одређених радњи које би иначе имао право вршити на својој непокретности.

Закон о основним својинско-правним односима говори такођер о ограничењима права својине али не опредељује сам појам ограничења права својине већ само одређује да се право својине може вршити само у границама одређеним уставом и сам наводи за поједине предмете права својине одређена ограничења. И службености доносе одређена ограничења права својине но између службености и обичних ограничења постоји разлика. Ограничење права својине представља само терет за оптерећено лице а код службености постоји и томе терету одговарајуће субјективно право, постоји и овлашћено лице. Ограничење права својине може се састојати у томе да власник оптерећене ствари нешто трпи или да је дужан уздржавати се од вршења одређених радњи, но оно може постојати и у дужности да се нешто чини док „*servitus in faciendo consistere nequit*”.

Питање настанка стварних службености у појединим законодавствима различито је решено.

По пар. 480. аустријскога општега грађанског законика службеност оснива се на уговору на изјави последње воље, на судској пресуди, изреченој при подели заједничког земљишта, или, најзад, на застарелости, тј. одржању. Израз законска службеност овај законик не познаје. У литератури овај се израз употребљава као синоним за законско ограничење права својине.¹

* Реферат поднет на саветовању о Закону о основним својинско-правним односима, одржаном у Крагујевцу 10—12. априла 1980. године.

¹ Н. Klang: Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, II, издање, св. 2, Wien 1959, стр. 155; F. Gschnitzer: Sachenrecht, Wien-New-York, 1968, стр. 59, 152.

По немачком грађанском закону из године 1896 (BGB) службеност настаје на основу уговора (пар. 873, 874) и одржаја (пар. 901/II). За швајцарско се право у литератури наводи да стварна службеност настаје уговором или одржајем.²

По члану 639. француског Code civil службеност настаје или из природног положаја непокретности или се установљава законом или, пак, уговором између власника. Но о томе, да ли је законска службеност заиста службеност, постоји спор. Већ Aubri и Rau су у свом „Cours de droit civil français” Т. II, пар. 194, стр. 281 из године 1897, једнако као што је то учинио и раније Demolombe у свом Cours de code Napoleon”, XI, т. 8. устврдили, да се као службеност може определити само службеност која је настала вољом странака. Природне или тзв. законске службености терете сваког власника непокретности, то је нормални или регуларни режим земљишног поседа постављен општом нормом, док је службеност изузетак од опште норме,³ одступање од нормалног стања које је „la liberté des fonds”,⁴ ради се о ограничењу права својине.⁵ Као законске службености опредељују се и случајеви у којима закон налаже обавезу да се конституише службеност а сама службеност настаје тек уговором странака или судском одлуком. Напосе за ову ситуацију у француској се литератури истиче да се службеност не оснива законом, да закон само даје право тражити да се оснује службеност „La loi ne crée pas à vrai dire la servitude; elle ouvre un droit à la servitude.”⁶ Но супротно је становиште Планиола који каже да имаду законске службености све карактеристичне ознаке службености и састоје се у томе да спречавају власника оптерећеног земљишта да чини радње које би иначе могао чинити ако му их закон не би забранио.⁷

Питање тзв. законских службености било је расправљано нарочито у талијанској литератури која је обликовала посебан појам „принудна службеност”.⁸ Талијански codice civile познаје сада добровољне и принудне службености (члан 1031). Службеност може настати и одржајем. Овај законик у члану 1032, говори о законом одређеном праву власника земљишта да од власника другог земљишта тражи установљење права службености које се, ако се то не учини уговором, оснива судском одлуком која одређује услове службености и накнаду коју треба платити.

² P. Tuor: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, III издање, Zürich 1934, стр. 523; H. Lehmann v Gmürovem коментару швајцарског цивилног законика, Sachenrecht II, Bern 1925, стр. 456.

³ Cit. по M. Picard: Traité pratique de droit civil français, T II, Paris 1952, т. 951.

⁴ A. Colin-H. Capitant: Cours élémentaire de droit civil français T. I. Paris 1934, т. 717 B, стр. 763.

⁵ M. de Juglart, H. et L. Mazeaud-J. Mazeaud: Lecons de droit civil, T. II, св. 2, Paris 1969, т. 1382, стр. 85.

⁶ Baudry-Lacanterie — M. Cheven: Traité théorique et pratique de droit civil, T. VI, Paris 1905, стр. 787.

⁷ M. Planiol: Traité élémentaire de droit civil, II. izdanje 1922. T. I, т. 2909, M. Picard: Traité pratique de droit civil français, т. 915.

⁸ Види M. de Amelio: Codice civile, Libro della, Proprieta, Firenze 1942, коментар поглавља са насловом «Delle servitù coattive» и коментар 240 cc; A. Butera: II codice civile italiano, Libro della Proprieta, parte seconda, Торино 1941 уз члан 221.

Код нас је јасно разграничење поставио већ црногорски општи имовински законик који познаје „пomeђашку угодбу“ и „пomeђашко послужење“. По ставу 2, члана 851, тог законика главна је разлика та да пomeђашку угодбу одређује закон док пomeђашко послужје настаје вољом странака: „Главна је разлика међу пomeђашком угодбом и пomeђашким послужјем та да угодбу наређује сам закон, па и не било о томе уговора или друге постанове самих, сусједа, док напротив, хоће ли какав сусјед имати послужје или неће, није обично посао закона него самих имаоника“. Пomeђашка угодба опредељује се у члану 850. тог законика као ограничење права својине због суседства које се састоји у томе да сусед, „нешто претрпи, у нечем се стегне, нешто од цјелине свог права уступи.“ Постоје дакле са једне стране службености које се заснивају уговором а са друге стране ограничавају права својине која наређује већ сам закон.

Споменуто је већ било да по пар. 480 општег грађанског законика службеност настаје на основу правног посла, на основу одлуке државног органа или одржајем.

Но још шири је став српског грађанског законика. По члану 340. тог законика „свака службеност или се оснива на закону или на уговору или на последњој вољи или на пресуди судској или на застарелости“.

У нашој послератној литератури већина аутора стоји на становишту да службеност настаје на основу правног посла, на основу одлуке државног органа или одржајем. Само тај начин оснивања наводе нпр. Р. Леградић,⁹ Д. Стојановић,¹⁰ В. Спасић.¹¹

Но постоје аутори који узимају да се службеност оснива и на закону, да постоје законске службености. Законске службености спомиње О. Станковић који овамо убраја нарочито службеност нужног пролаза коју опредељује пар. 341 српског грађанског законика па и службеност насталу код деобе непокретности.¹² О законским службеностима говори и Д. Поп. Георгиев. Д. Поп-Георгиев наводи да је у Југославији раније на основу закона удова имала плодоуживање целе заоставштине или дела заоставштине а да тај институт више не постоји.¹³ Законске службености признаје и А. Групче.¹⁴

Споменуто је већ да О. Станковић убраја међу законске службености поред нужног пролаза и службеност насталу у поступку

⁹ Б. Леградић: Теорија стварног права и стварна права ФНРЈ Скопје 1957, стр. 186.

¹⁰ Д. Стојановић: Стварно право, Београд 1968, стр. 162. Стварно право, II. издање Београд 1976, стр. 188.

¹¹ В. Спасић: Грађанско право, Сарајево 1967, стр. 430.

¹² О. Станковић: Законске стварне службености, Анали ПФ Београд 1974, бр. 5—6, стр. 793 и прилог у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада, Београд 1978, Т. III, под Службености, т. 40.

¹³ Д. Поп-Георгиев: Грађанско право, Општи дел, Стварно право, Скопје 1966, стр. 377.

¹⁴ А. Групче: Службеностите во современото југословенско грађанско право, Годишник, Скопје 1972.

деобе непокретности. Но треба утврдити да Ж. Перић¹⁵ и Л. Марковић¹⁶ убрајају међу законске службености само нужни пролаз док службеност настала поводом деобе земљишта као заједничке ствари исправно убрајају међу службености које се оснивају на судској одлуци.

Као главни пример законске стварне службености остаје дакле нужни проблем. Но за нужни пролаз у ранијим правним правилима нису постојали јединствени прописи. По пар. 341. српског грађанског законика мора власник земљишта ономе који не може другачије доћи на своју њиву по закону дозволити „путању“ преко своје њиве. По члановима 115. и 116. општег имовинског законика може се ономе којег земљиште се налази среди туђег земљишта и нема везе са јавним путем дозволити прелаз преко суседског земљишта. По аустријском закону о дозвољавању нужног пролаза од 7. јула 1896¹⁷ који се примењује у СР Словенији нужни се пролаз установља, ако непокретност нема за редовно коришћење и обрађивање потребне везе са јавним путем; нужни пролаз дозволи суд у непарничном поступку и по правилу уз накнаду. Слично је уређење по хрватском закону о нужним пролазима од 6. априла 1906.¹⁸ Нужни пролаз по овом закону дозвољавао је у своје време орган државне управе но према одлуци Уставног суда СР Хрватске од 29. јуна 1965, У 114/IV-1964,¹⁹ данас је за одлучивање о захтеву за оснивање, премештај или укидање нужног пролаза надлежан суд.

По аустријском закону о дозвољавању нужног пролаза нужни се пролаз опредељује као службености те се по правоснажности судске одлуке којом се дозвољава уписује у земљишну књигу. Нужни пролаз заснива се дакле као службеност и то конститутивном судском одлуком.²⁰ Слично важи и за нужни пролаз по хрватском закону о нужним пролазима. Ова службеност има свој извор у римском и пандектном праву и може се определити као једна врста службености које се заснивају судском одлуком.

У општем имовинском законнику о нужном пролазу говори се у поглављу о помеђашкој угодби која се, као што је било споменуто, у члану 850 тог законика опредељује као ограничење права својине због суседства.

Остаје дакле само да се расправи питање законске стварне службености обзиром на правна правила српског грађанског за-

¹⁵ Ж. Перић: Грађанско право, Стварно право, Београд, 1920, стр. 307.

¹⁶ Л. Марковић, Грађанско право, општи део и стварно право, Београд 1912, стр. 423—426.

¹⁷ Види закон од 7. 7. 1896 у збирци: Закони и уредбе, XLII, 70 Љубљана 1935.

¹⁸ Текст овог закона са примедбама је објављен у раду М. Вуковић: Правила грађанских законика, Загреб 1961, стр. 492—502.

¹⁹ Народне новине СРХ, бр. 29—208/65.

²⁰ А. Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, св. I/1, Sachenrecht, Wien 1957, стр. 347, друкчије под утцајем немачког права Н. Klang: Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, II. издање, св. 2, стр. 161, док се F. Gschnitzer не опредељује ни за једно ни за друго становиште (F. Gschnitzer, op. c., стр. 116, 119).

коника, конкретно правила пар. 341 тог законика. Очигледно је био узор за ову одредбу француски *code civil* и његово опредељење нужног прелаза као законске службености. К томе треба додати да постоји у страној литератури мишљење да је за нужни пролаз израз законска службеност сасвим исправан,²¹ да се посредна законска ограничења права својине тачно („*zutreffend*“) означају као законске или принудне службености.²²

За вршење нужног пролаза је по пар. 341 српског грађанског законика потребна одлука суда. Том одлуком суда конкретизује се дужност власника земљишта да дозволи прелаз преко свог земљишта. Ситуација је дакле таква да закон најпре наређује дужност власника земљишта да дозволи пролаз а затим се судском одлуком утврђује постојање законских услова за нужни пролаз и дозвољава тај пролаз. Правилно је установљено да се онда када се ради о службености која је одређена законом а коју затим оснује надлежни државни орган својом одлуком не може говорити о два правна основа, закону и одлуци државног органа, већ само о једном, или закону или одлуци државног органа.²³

У теорији заступа се становиште да има судска одлука донета у случају из пар. 341 српског грађанског законика конститутивно значење.²⁴ Ако је то заиста тако, онда се код службености пута по пар. 341 не ради о законској службености већ о службености која се оснива на судској одлуци. Но може се заступати и друкчије становиште, наиме становиште да судска одлука у случају из пар. 341 нема конститутивни већ декларативни карактер. Ако има судска одлука декларативно значење, онда је правни основ стварно закон који пар. 340 спомиње као правни основ поред одлуке државног органа, али то онда не би била службеност. Наводи се да је у поступку по пар. 341 српског грађанског законика као и на основу члана 115, 116, општег имовинског законика задаћа суда да утврди постојање права на нужни пролаз и да у позитивном случају већ по закону постојећем праву (легална службеност), основаном на суседском односу, да конкретну форму. Доследно томе судска одлука нема конститутивни већ декларативни карактер.²⁵ Тако А. Гамс утврђује да се у случају из пар. 341 српског грађанског законика ради о ограничењу права својине.²⁶ О нужном пролазу као ограничењу права својине говори и Р. Леградић,²⁷ Д.

²¹ G. Marty-P Raynoud: *Droit civil*, II/2, *Les biens*, Paris 1965, стр. 164.

²² Meier-Hayoz: *Sachenrecht* I/1, Bern 1959, стр. 89, 90.

²³ А. Групче, ор. с., стр. 246.

²⁴ Р. Лоренц: Начело публицитета и правни ефекат законске службености, *Правни живот* 1957, бр. 10, стр. 13; О. Станковић: *Законске стварне службености...* стр. 792, 793, *Службености...* т. 40), М. Тороман: *Суседско право*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд 1978, Т. III, стр. 224, 226, Види и Л. Марковић, ор. с., стр. 424.

²⁵ Г. Кавалиери: *Право нужног пролаза*, сепарат, стр. 38, 39 (Из *Споменице Мауровићу II*, књига, Београд, 1934).

²⁶ А. Гамс: *Основи стварног права*, Београд 1968, т. 685.

²⁷ Р. Леградић, ор. с., стр. 116, 117.

Стојановић,²⁸ В. Спаић.²⁹ Напоменути треба да се нужни пролаз по пар. 917, 918 БГБ опредељује као ограничење права својине.³⁰

III.

Предлог за доношење Закона о основним својинско-правним односима у члану 47, садржао је одредбу да се стварна службеност стиче на основу закона, правног посла, одлуке државног органа и одржаја.³¹ Но у примедбама на тај текст поднетим из Хрватске и Словеније покренуто је било питање стицања службености на основу закона. Члан 51 Закона о основним својинско-правним односима сада гласи: „Стварна службеност заснива се правним послом, одлуком државног органа и одржајем“.

Основни правни основ за стицање стварне службености је правни посао, тј. уговор или изјава последње воље. У том случају је за стицање стварне службености потребан и одређени начин, упис у јавну књигу или други одговарајући законом одређени начин стицања.

Стварна службеност може се стећи и одржајем. О стицању стварне службености одржајем напосе говори члан 54. закона. Закон је прихватио нов начин стицања стварне службености одржајем, односно прописао нове услове за стицање стварне службености одржајем. За одржај стварне службености потребно је да је власник повласног добра фактички и несметано вршио овлашћења која даје стварна службеност кроз време од 20 година. У закону се изричито истиче услов да се власник послужног добра вршењу службености није противио. Осим тога је услов за стицање стварне службености одржајем да службеност није била вршена као пренариј, да службеност није била уступљена до опозива. Но за стицање стварне службености одржајем потребан је још један услов, наиме да службеност није вршена *vi, clam* или *raecario*, тј. злоупотребом поверења власника послужног добра, дакле ако власник послужног добра оно што му је било дозвољено до опозива није самовласно почео вршити као право, затим да службеност није вршена силом или преваром.

Стварна службеност може се стећи и на основу одлуке суда о деоби ствари или одлуком другог државног органа када власник послужног добра у целини или делимично не може користити то добро због одговарајућег коришћења послужног добра. Први случај: одлука суда о деоби ствари спомиње се као начин оснивања стварне службености већ у правним правилима општег грађанског

²⁸ Д. Стојановић, *Стварно право*...., стр. 74, 75, Позитивно-правна ограничења приватне својине, Институт за упоредно право, Београд, 1963, стр. 72. *Стварно право*, 2. издање, Београд, 1966, стр. 121.

²⁹ В. Спаић, *оп. с.*, стр. 384.

³⁰ Wolff-Raiser: *Sachenrecht*, Tübingen par. 56 (L. Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*; Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1975, уз пар. 917.

³¹ Види Предлог за доношење закона о основним својинско-правним односима, Београд, новембар 1978.

законика и на основу прописа српског грађанског законика. Одлуком другог државног органа може се основати службеност у комасацијском поступку.³²

Стварна службеност може се основати одлуком суда и у другим случајевима одређеним законом. Овамо спадају у првом реду случајеви оснивања стварне службености као облик деломичне експропријације оснивања службености по прописима и експропријацији.

Посебан вид стварне службености основане судском одлуком може бити и нужни пролаз. И после ступања на снагу Закона о основним својинско-правним односима могу се у СР Словенији примењивати правила из већ споменутог закона о дозвољавању нужних пролаза од 7. јула 1869 а у СР Хрватској правна правила из такођер већ споменутог закона о нужним пролазима од 6. априла 1906, односно може се републичким законом регулисати нужни пролаз као стварна службеност основана судском одлуком. По споменутим прописима о нужним пролазима наиме, као што је већ било утврђено, нужни пролаз не настаје по самом закону већ је за то потребан посебан оснивачки акт судска одлука.

Са територијског аспекта треба дати овој концепцији чак предност пред другом концепцијом по којој се нужни пролаз сматра као ограничење права својине.³³

У теорији је било, као што је већ било споменуто, скренута пажња на то да треба чинити разлику између ограничења права својине које се заснивају непосредно на закону и онима које се заснивају на закону тек посредно. Доследно томе треба узети да закон даје овлашћенику само право тражити од власника земљишта да конституише право на одговарајући начин пролаз али право на нужни пролаз настаје тек одлуком суда. Непосредно на закону заснива се реална облигација земљишног власника да дозволи нужни пролаз, право које испуњењем ове обавезе настаје па је стварна службеност, службеност пута. Она се заснива непосредно на вољи странака или судској одлуци а на закону само посредно.³⁴

Споменуто је још да су разлику међу ограничењима права својине које се заснивају непосредно на закону и које су права ограничења права својине и онима које се заснивају само посредно на закону којима се оснива само захтев на одређену позитивну радњу власника земљишта која доводи до службености напосе утврдили талијански теоретичари. Резултат њиховог истра-

³² Службености, терети и ограничења у погледу својине који после расподеле комасацијске масе више нису потребни, бришу се, а могу се одедити нове службености, терети и ограничења својине ако је то потребно с обзиром на нову расподелу земљишта из комасационе масе. Види ипр. члан 62 закона САП Војводине о комасацији и арондацији пречишћени текст, Сл. л. САПВ, бр. 16-447/78:

³³ У немачкој литератури истиче се одређена предност аустријског решења насупрот прописима немачког BGB (Wolff-Raiser, op. c., стр. 203, пр. 20).

³⁴ Упореди Р. Liver: Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und Dienstbarkeiten in der Gesetzgebung und Lehre Frankreichs, Deutschlands, der Schweiz und Italien-Festgabe zum 70. Geburtstag von M. Gutzwiller, Базел, 1950, стр. 752, 753.

живања је такођер тај да је нужни пролаз у талијанском *codice civile* посебна врст службености, принудна службеност, *servitu coattiva* (чланови 1051—1055).

Овако становиште појавило се за нужни пролаз и у новијој швајцарској литератури.³⁵

Но републички или покрајински закони могу питање нужност пролаза решити и друкчије. Законом може се дати судској одлуци којом се решава о нужном пролазу и декларативно значење и тиме нужном пролазу карактер ограничења права својине. Дон републички и покрајински закони не донесу одговарајуће прописе могу се примењивати и стара правна правила која регулишу нужни пролаз као ограничење права својине.³⁶

Закон о основним-својинско-правним односима је исправно оставио питање о нужном пролазу отвореним јер то није основни својинско-правни однос. Но закон одбацује могућност заснивања права службености на основу закона, израз „законске службености” не може значити ништа друго него законско ограничење права својине.

Службеност која се заснива на одлуци суда или одлуци другог државног органа стиче се даном правоснажности одлуке, ако законом није друкчије одређено. Закон може одредити да је за стицање овакве службености потребан одређени *modus acquirendi*, упис у јавне књиге или да се она стиче на други законом одређен одговарајући начин. Тако је нпр. за службеност која се заснива поводом деобе некретнине као заједничке ствари досада било потребно да се она упише у земљишну књигу.³⁷

Из става 3. члана 53. произлази, да се службеност која се заснива на судској одлуци или одлуци државног органа дозвољава само уз одговарајућу накнаду. То становиште је у сагласности са уставним прописима по којима се може право својине на непокретности конкретним актом државног органа ограничити само уз накнаду (види нпр. члан 82. устава СФРЈ). Но из прописа да се накнада утврђује само на захтев власника послужног добра може се закључити да странке могу питање обештећења власника послужног добра решити и на други начин.

Проф. др А. ФИНЖГАР

³⁵ Види К. Caroni-Rudolf: *Der Notweg*, Берн стр. 19, 20, Р. Liver, *оп. с.*, стр. 764. По ЗБГ нужни пролаз настаје тек уписивањем у земљишну књигу које се врши на основу судске одлуке или уговора о дозволи нужног пролаза види Н. Lehmann, *Sachenrecht*, I, стр. 337, исто А. Meier-Hayoz, *оп. с.* стр. 89.

³⁶ Нацрт закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима, радна верзија, Београд, фебруар 1978, године о нужном пролазу говори у глави III „Право службености” али у посебним прописима под насловом „Суседско право” (види члан 152).

³⁷ Види О. Станковић: *Законске стварне службености...* стр. 793, пр. 10. *Службености...* т. 40.

LES SERVITUDES REELLES LEGALES EXISTENT-ELLES?

(Résumé)

L'auteur examine la naissance des servitudes réelles en droit comparé, surtout de celles qui naissent *ex lege*, et présente les théories yougoslaves et étrangères concernant cette matière. Passant au droit national, il étudie les prescriptions légales et la théorie sur les servitudes réelles, pour en venir au texte de la nouvelle Loi sur les fondements des rapports de propriété. Retrçant la genèse des formules adoptées par la loi, il considère que le droit yougoslave ne connaît pas les servitudes réelles légales, du moins pas directement, puisque les servitudes réelles peuvent être établies par contrat, prescription acquisitive et décision judiciaire. La création directe de servitudes légales *ex lege* n'est dès lors pas possible. Traitant des effets de l'établissement de servitudes réelles en vertu des décisions judiciaires, il indique la voie à suivre pour interpréter au plan théorique le contenu des pouvoirs du propriétaire du fonds dominant qui jouit d'une servitude réelle par rapport à un fonds assujéti.

СТИЦАЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ НА НЕПОКРЕТНОСТИ НА ОСНОВУ УГОВОРА

1. У Закону о основним својинско-правним односима¹ постављено је ово правило о стицању права својине на непокретности: „На основу правног посла, право својине на непокретност стиче се уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом”.²

Правило је разумљиво и у нашим приликама оправдано. Њиме је предвиђено најпре, на општији начин, да се право својине стиче уписом у јавне књиге (то ће најчешће бити земљишне књиге), али је томе додато да се право својине може прибавити и на други начин одређен законом (што значи републичким или покрајинским законом).

Овакво правило важило је и до сада у нашем праву. Тако је у аустријском Грађанском законнику било речено у § 431 ово:

„За пренос својине непокретних ствари може се пренашање својине уписати у за то одређене јавне књиге. Овај упис зове се укњижавање (интабулација)”.

По угледу на аустријски Грађански законик и српски Грађански законик је садржао слично правило у § 292:

„Као што је опредељено да се непокретне ствари у књиге баштинске код судова окружних уводе, тако ће се при свакој промени господара морати на новог баштиника исто непокретно добро пренети и уписати”.

И тада и данас право својине на непокретности у начелу се прибавља уписом у земљишне књиге на основу уговора о продаји или неког другог правног посла подобног за пренос праве својине.

* Реферат поднет на саветовању о Закону о основним својинско-правним односима, одржаном у Крагујевцу 10—12. априла 1980. године.

¹ Закон је објављен у „Службеном листу”, бр. 6/1980. од 8. фебруара 1980. године.

² Закон о основним својинско-правним односима члан 33.

Само, поред овог основног правила у Закону о основним својинско-правним односима предвиђа се и једно додатно правило по коме се право својине може прибавити и на други начин одређен републичким и покрајинским законом. Кад је реч о савезном законодавству није се ни могло поступити другачије. Земљишне књиге нису уведене на целој територији наше земље и јединствено правило по коме се право својине стиче уписом у земљишне књиге не би могло да се примењује у свим случајевима. Због тога је и било потребно да се предвиди и ово друго правило које се може примењивати и када нема земљишних књига.

2. Уз опште правило о прибављању права својине на непокретности, у аустријском законику постојало је и посебно правило о сукобу основа при стицању права својине у § 440:

„Ако је власник једну исту непокретну ствар двојици различитих лица уступио, онда она припада ономе, који је пре тражио укњижавање у јавну књигу”.

Слично правило било је формулисано у § 298 српског Грађанског законика:

„Који пре на једну ствар непокретну у књиге јавне уведен буде, онога је ствар”.

У Закону о основним својинско-правним односима оваквог правила нема (бар кад је реч о непокретним стварима)³ Отуда се може поставити питање како треба решавати сукоб права узастопних купаца који своја права изводе од истог продавца, сопственика исте непокретности?

За прибављање права својине деривативним путем у нашем праву потребно је постојање правног основа (*iustus titulus*) и начин стицања (*modus acquirendi*). Уговор о продаји и други уговори сами по себи не могу пренети право својине са преносиоца на прибавиоца; за то је поред уговора потребан и начин стицања. Отуда произилази да је у појединим случајевима, за решење спора између два или више купаца једне исте непокретности, довољно применити правило о деривативном стицању права својине. У сукобу права купаца непокретности који своја респективна права изводе од истог сопственика побеђује не онај купац који је раније закључио уговор о куповини, нити онај купац коме је непокретност била раније предата, већ онај који је први поднео захтев за упис у земљишне књиге.

3. Да ли на основу тога треба закључити да у сукобу права више узастопних купаца, треба у сваком поједином случају дати предност оном купцу који је своје право уписао у земљишне књиге? Према једном схватању које се састоји у доследној примени начела уписа, постојање уговора о продаји и упис у земљишне

³ Закон о основним својинско-правним односима у члану 35. садржи правило којим се решава сукоб основа при стицању права својине на покретним стварима. Правило гласи овако „Када је више лица закључило посебне правне послове ради стицања права својине на исту покретну ствар која је индивидуално одређена, то право стиче лице коме је ствар прво предата.”

књиге довољни су услови за стицање права својине (у колико је прибавилац савестан у погледу чињенице уписаних у земљишне књиге).⁴ Није потребно да је земљишнокњижни прибавилац савестан у погледу чињеница које нису уписане у земљишне књиге. Таква несавесност не спречава стицање својине.⁵ Отуда, ако је прибавилац знао или је могао знати да је пре него што је он закључио уговор о купопродаји непокретности, него друго лице закључио уговор о куповини исте непокретности са истим сопствеником од кога и земљишнокњижни прибавилац изводи своје право, па чак и ако је знао да је ранијем купцу непокретност била фактички предата, то сазнање неће спречити прибављање права својине уписом у земљишне књиге.⁶

Међутим, судске одлуке у којима је начело уписа у земљишне књиге дошло до изражаја биле су малобројне, па и те малобројне одлуке укинуо је Савезни суд. Насупрот томе у десетинама одлука врховних судова становиште о примени начела уписа било је одбачено.

Отуда се може рећи да је у нашој судској пракси извршено раздвајање правила о деривативном стицању права својине на непокретности од истог сопственика. Спор између више купаца исте непокретности не решава се искључиво у зависности од правила о стицању права својине. Правило је да се право својине на непокретности не може стећи без уписа у земљишне књиге. Али, ако је купац, који је своје право уписа у земљишне књиге, знао за постојање ранијег уговора о продаји исте непокретности,

⁴ Упоредити: „Према правним правилима материјалног грађанског права, за стицање права својине на непокретностима није довољан сам правни основ, већ је уз то потребан и упис тога права у земљишне књиге. Пошто у овој ствари постоји сукоб правних основа за стицање својине, власник спорне парцеле постао је онај савјесни купац који је то своје право први уписао у земљишне књиге. Тужени је спорну парцелу купио од земљишнокњижних власника и како је то своје право уписао у земљишну књигу он је тиме као савјестан купац, постао власник спорне парцеле.“ Пресуда Врховног суда Црне Горе Гж. бр. 304/72 од 18. маја 1972. године (из архиве Суда: Укинута Решењем Врховног суда Југославије Рев. 315/73 од 26. децембра 1973. године, Збирка судских одлука књ. I св. 1 бр. 26); Такође Пресуда Врховног суда Војводине Гж 1457/64 од 29. јануара 1964. године, укинута решењем Врховног суда Југославије Рев. 1159/65; Слично одлука Врховног привредног суда у области стицања права патената: „Правилно је првостепени суд нашао да уговор о преносу права на патент односно уступање коришћења патента које није регистровано у патентном регистру Управе за патенте, може да произведе правно дејство само између уговорних странака, док према трећим лицима овакав пренос може да произведе дејство само онда ако је пренос права на патенте, односно објављивањем тога преноса произлази из чл. 72. и 73. предњег Закона. Уосталом начело јавности патентних књига је опште усвојено правило патентног права како код нас тако и у иностранству“. Пресуда Врховног привредног суда бр. Сл. 983/59—3 од 18. јануара 1960. године, објављена у часопису „Правни живот“ бр. 5—6/1960. стр. 74—75;

У још једном случају из области сукоба права узастопних купаца једног истог стана, Врховни привредни суд — није испитивао савесност доцнијег купца. Пресуда Врховног привредног суда Сл. 2000/68 од 4. новембра 1968. године, часопис „Привредно правни приручник“ бр. 4/1969. стр. 36—38.

⁵ Недељковић: Начело публицитета, стр. 17 и фуснота 31.

⁶ Упоредити: Муха М.: Значење § 440 О.Г.З., Мјесечник бр. 11—12/1937, стр. 544—545.

и за предају ствари у државину ранијем купцу, онда у спору између узастопних купаца исте непокретности, који своје право изводе од истог сопственика побеђује ранији купац.

Несавесност доцнијег купца, која се огледа у сазнању за ранији уговор о куповини (и извршену предају непокретности), омогућава ранијем купцу да са успехом супротстави своје право доцнијем купцу, иако би по правилима о деривативном стицању, само овај доцнији купац могао стећи право својине.

I — Несавесност доцнијег купца у случају када је непокретност била предата ранијем купцу

4. Када се посматра судска пракса о сукобу права сукцесивних купаца исте ствари, могу се запазити две групе судских одлука. Прву групу сачињавају судске одлуке у којима се у сукобу сукцесивних купаца, предност даје ранијем купцу, ако је доцнији купац (који је први затражио упис у земљишне књиге) знао или је могао знати да је сопственик од кога и он изводи своје право, продао непокретну ствар и предао је у државину ранијем купцу. Несавесност треба да постоји и у погледу чињенице да је раније закључен уговор о продаји и у погледу чињенице да је непокретност већ предата ранијем купцу.

У другој групи судских одлука изражено је схватање да је за несавесност доцнијег купца довољно сазнање о томе да постоји уговор са ранијим купцем. Према овом схватању у сукобу између сукцесивних купаца који своја респективна права изводе од истог сопственика, побеђује купац који је раније закључио уговор иако своје право није уписао у земљишне књиге нити му је непокретност била предата у државину, уколико је доцнији купац, који је своје право укњижио, (или му је била пренета тапија, или му је ствар била предата у државину) знао за постојање ранијег уговора о продаји.

5. У првој групи судских одлука, изложено је схватање да ранији купац може супротставити своје право доцнијем купцу (иако је овај уписао своје право у земљишне књиге). ако је доцнији купац знао за постојање ранијег уговора о продаји⁷ и ако је знао да је непокретност већ била предата у државину ранијем купцу.⁸

⁷ Исто ће бити ако је реч о неком другом уговору о којим сопственик може правно располагати непокретном стварју: уговор о размени, уговор о поклону, уговор о доживотном издржавању и други уговори. Видети за уговор о доживотном издржавању Пресуда Врховног суда Југославије Гж 56/68 од 5. децембра 1968. године. Правни живот 1/1969. стр. 88. Према једном мишљењу, давалац издржавања могао би супротставити своје право, доцнијем, земљишно-књижном прибавиоцу непокретности само ако је забележио уговор о доживотном издржавању у земљишне књиге. Видети: Ђосиф: Два спорна питања из земљишно-књижне праксе, Правни живот, бр. 11—12/1959. стр. 23.

⁸ Ово схватање преовлађује и у аустријској правној теорији. Упоредити Gschnitzer: Sachenrecht, стр. 96; Klang: Kommentar, I Band II Halbband, стр. 207, коментар уз § 431 (Сазнање о правном послу, само за себе не штоди...); Такође за предатно Војвођанско право; Пишкулић-Ђерђ: Основи приватног права у Војводини, стр. 69;

Ево како је ово схватање изложио Савезни суд (у тренутку суђења још увек Врховни суд Југославије) у једној одлуци:

„Савестан купац непокретности је лице које поред поуздања у земљишне књиге, утврди и стање поседа купљене непокретности. Само поуздањем у земљишне књиге и уписом права својине купљене непокретности у земљишне књиге, купац није јачи у праву насупрот ранијем стицању коме је непокретност на основу правоваљаног правног посла предата у посед, а право својине није укњижено у земљишне књиге”.⁹

Наведено схватање потврђује досадашњу устаљену праксу врховних судова република и врховног суда Војводине као и праксу Врховног суда Југославије.

Ево једне од ранијих одлука Врховног суда Србије:

„Међутим, у пракси судова мора се водити рачуна и о начелу поштења у промету добара јер поштовање овог начела такође учвршћује сигурност промета. Онај коме је на основу уговора о купопродаји законитим начином предата својина постаје власник без обзира на друге уговоре о купопродаји који се тичу исте ствари. Као власник он би, по правилу могао према сваком па и према ранијем купцу да остварује сва власничка права. Међутим, он та права према ранијем купцу не би могао да остварује уколико је код стицања својине био несавестан и то несавестан било у погледу неког земљишно-књижног права било у погледу факта, да је друго лице већ законито стекло посед ствари. Према томе, начело поштења делује као ограничење стеченика ствари у односу на другога и на његова већ стечена стварна права”.¹⁰

6. Слично становиште изложено је и у неким одлукама Врховног суда Словеније:

„Ако постоји конкуренција међу двама купцима исте непокретности, мора познији, уписани сопственик узмаћи пред фактичким, неукњиженим сопствеником, ако је знао или је морао знати да претходник има непокретност у државнини на подлози правног посла који је погодан за прибављање својине”.¹¹

„Купац који купи и прибави право својине на стану за који зна да је већ раније био продан другом дужан је да призна неважност уговора и да изда исправу за пренос непокретности на првога дотле неукњиженог купца”.¹²

⁹ Решење Врховног суда Југославије, Рев. 315/73 од 26. децембра 1973, Збирка судских одлука, књига I (нова серија) свеска 1 број 26 — у Збирци је погрешно одштампано да је реч о пресуди.

¹⁰ Решење Врховног суда Србије Гзз 143/56 од 18. јуна 1956. године, Збирка судских одлука, књига I, свеска 2, број 344.

¹¹ Одлука Врховног суда Словеније Гс рев. 215/58 од 13. фебруара 1959. године, *Porodilo o sodni praksi Vrhovnega sodišča Slovenije* бр. I/1959. 12, I;

¹² Одлука Врх. суда Словеније Пж 334/63 од 18. маја 1963. године.

„Први купац, који је непокретност узео у државину може захтевати непосредно од другог купца који није у доброј вери али је укњижен, да призна неважност купопродаје између првобитног сопственика и другог купца и да исправу подобну (*ukreпно listino*) за упис права својине”.¹³

Ово становиште потврђено је и у неким одлукама Врховног суда Југославије:

„Правилно је становиште другостепеног суда да је од двају купаца непокретног добра пречи у праву купац који пре изврши пренос права својине, тј. који пре уђе у земљишну књигу као власник. Правилно је такође и становиште, да, ако је такав купац поступио несавесно у односу на посед другог купца, тај несавесни земљишно-књижни власник својим првим уписом не стиче право својине. Међутим, неправилно је другостепени суд закључио да друготужена није поступала несавесно у односу на посед тужиоца. Тужена би поступала у доброј вери приликом укњижбе кад она не би знала да је тужилац са одобрењем бивше власнице и на основу уговора о купопродаји примио посед и манифестовао вољу правног сопственика усељењем и уређењем куће коју је купио већ од дана 29. августа 1953. године.”¹⁴

7. У пракси Врховног суда Војводине, учињен је још један корак у правцу заштите купца, коме је непокретност била предата у државину. У низу одлука, Суд је изразио схватање да је земљишно-књижни прибавилац дужан да се упозна не само са земљишно-књижним стањем непокретности, већ и да провери фактичко стање,¹⁵ да би утврдио да ли лице са којим закључује уговор о продаји има ствар у државини. Ако земљишно-књижни прибавилац пропусти да то учини, сматра се да је несавестан.

„Стицалац некретнине сматраће се савесним ако се приликом стицања некретнине осведочио да се преносилац фактички налази у поседу отуђених некретнина. Није довољно за питање ко се налази у поседу учинити једино увид у земљишне књиге и катастарски поседовни лист”.¹⁶

¹³ Одлука Врховног суда Словеније Рев. 330/64 од 15. јануара 1965. године.

¹⁴ Пресуда Врховног суда Југославије Гз 121/56 од 25. јануара 1957. Збирка судских одлука, књига II, свеска 1, број 85; Овом пресудом преиначена је пресуда Врховног суда Словеније Гж 239/56 од 28. јуна 1956. године, објављена у Збирци судских одлука, књига I, свеска 2, број 352. То додуше није напоменуто, али се анализом обе пресуде може утврдити на недвосмислен начин.

¹⁵ То схватање било је примењивано и у предратном Војвођанском праву. Упоредити: „Суд полази са тога становишта да онај ко хоће да стече својину непокретнине, мора да гледа не само у грунтовницу, него и саму дотичну некретнину и ако нађе на њој од грунтовног власника различиту особу треба да испита на основу каквог права се та особа на некретнини налази.“ Пишкулић-Ђерђ: Основи приватног права у Војводини, стр. 68—69; Упоредити: Szledits: A. Maguar Maganjog Vazlata, I Resz. стр. 271; Almasi: Ungarisches Privatrecht, II Band, стр. 44;

¹⁶ Одлука Врховног суда АП Војводине (ВСС Одељење у Новом Саду) Рев. 525/65, Билтен ВСС бр. 6 стр. 27, бр. 37; Упоредити такође: „Лице које

Исто становиште дошло је до изражаја и у неким одлукама Врховног суда Југославије. У образложењима ових одлука може се запазити утицај схватања Врховног суда Војводине.

„Међутим, правилно је утврђено (нема сумње у истинитост чињеница) да су тужиоци у време закључења уговора знали да је један део ове непокретности већ раније продат умешачима Јовановићевима. Ако би им се и поверовало да нису имали непосредног сазнања, они су као купци били дужни да се интересују по ком основу Јовановићеви станују у одвојено сазиданој кући, затим по ком основу обрађују башту итд. Ово су били дужни тим пре што су и пре закљученог уговора од 6. маја 1965. године били непосредни суседи умешача Јовановићевих. Код куповања непокретности није довољно да се купац ослони само на земљишнокњижно стање, већ је дужан да би био савестан, да се интересује и утврди ко и по ком основу држи непокретност која је предмет купопродаје“.¹⁷

8. Још енергичније је наглашен захтев да прибавилац стварног права (у овом случају реч је о хипотеци) проверава и фактично стање, а не само земљишнокњижно стање у једној одлуци Врховног суда Југославије из 1965. године:

„Савесност као правна чињеница, постоји када је носилац земљишнокњижног zaloжног права прибављеног уписом у земљишне књиге, према утврђеним околностима оправдано био уверен да ванземљишнокњижно стање није у супротности са стањем евидентираним у земљишној књизи и земљишнокњижним исправама. Несавестан је, напротив, такав стечник ако зна или према околностима мора знати да је ванземљишнокњижно стање супротно оном евидентираним у земљишним књигама.

То је правило које одговара сигурности у правном саобраћају и које се зато примењује у пракси судова СФР Југославије.

Сигурност правног саобраћаја претпоставља став да релативно разликовање постоји у случају кад је у земљишним књигама као власник уписано једно лице, а према ванземљишнокњижном стању ствар се налази у поседу другог лица, које је посед стекло пуноважним правним основом којим се у правном саобраћају стичу својина и чином законите предаје у посед од лица које се води као земљишнокњижни власник. О савесности односно несавесности носиоца тражбине, која се обезбеђује земљишнокњижним уписом zaloжног права, суди се према стању његове свести односно могућности ње-

има правни наслов стицања и посед некретнине јаче је у праву од имаоца земљишно-књижног права својине“. Из образложења одлуке ВСАПВ Гж 1057/62 од 12. јануара 1963. године.

¹⁷ Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 266/68 од 19. фебруара 1969. године, којом је потврђена пресуда Врховног суда Војводине Гж 491/68 од 6. јуна 1968. године.

гове свести у погледу таквог земљишнокњижног стања различитог према стању уписа".¹⁸

Као што се може видети наведене судске одлуке садрже истоветно становиште. Право својине (или друго стварно право) на непокретности стиче се уписом у земљишне књиге али само ако је прибавилац био савестан. А за савесност се тражи да је купац проверио не само земљишнокњижно стање него и фактичко стање непокретности. Отуда, ако је један исти продавац продао и предао непокретност у државину једном купцу, а потом продао непокретност другом купцу који је своје право уписао у земљишне књиге, у спору који се буде повео победиће први купац (иако није уписан у земљишне књиге) јер земљишнокњижни прибавилац није био савестан. А није био савестан зато што није испитао фактичко стање непокретности (јер да је испитао, нашао би у државини не продавца него купца који је раније од њега закључио уговор о продаји).

II — Несавесност доцнијег купца у случају над непокретност није била предата ранијем купцу

9. Према другој групи судских одлука за несавесност доцнијег купца довољно је сазнање о уговору који су закључили сопственик непокретности и ранији купац. Становиште изражено у овим одлукама показује да први купац може са успехом супротставити своје право другом купцу још пре него што му је предата непокретност (или покретна ствар) под условом да докаже да је други купац знао за постојање тог ранијег уговора. Отуда произлази да се не може прихватити објашњење које је у једном делу наше правне теорије било дато за сукоб права сукцесивних купаца непокретности. Наиме, поједини правни писци су полазећи од становишта израженог у правној групи судских одлука, и ослањајући се на схватања изложена у аустријском и мађарском праву, заступали схватање да ранији купац може супротставити своје право доцнијем купцу ако му је непокретност била продата и предата у државину и ако је доцнији купац знао не само за уговор већ и за предају.¹⁹ Неки од њих нису се устезали да говоре о томе да је први купац стекао ванкњижну (фактичку) својину на супрот земљишнокњижној (формалној) својини доцнијег купца.²⁰

¹⁸ Решење Врховног суда Југославије, Рев. 2155/64 од 29. септембра 1965. године, Збирка судских одлука, Књига X, свеска 3, број 319, стр. 56. (У Збирци је погрешно назначено да је број решења Рев. 2155/65).

¹⁹ Упоредити: Рајачић: Стварно право, стр. 146; Ћосић: Прибављање права власништва на непокретностима уписом у земљишне књиге, Правни живот бр. 11—12/1960. стр. 42—43; Јерковић: Претпоставке за тужбе против извршења, Правни живот бр. 1/1969. стр. 69; Видети за предатно право у Војводини. Пишчулић-Ђерђ: Основи приватнога права у Војводини, стр. 69;

²⁰ Упоредити: Ћосић: Прибављање права власништва, Правни живот бр. 11—12/1960. стр. 42; Јерковић: Претпоставке за тужбе против извршења, Правни живот бр. 1/1969. стр. 69; Geller: Die Miethe, Grunhuts Zeitschrift 1878, стр. 353;

и да због тога предност треба дати првом купцу (као фактичком власнику).

Међутим, наше право се захваљујући овој другој групи судских одлука, одвојило од преовлађујућег гледишта у аустријском праву, по коме сазнање о уговору (*iustus titulus*) не смета земљишнокњижном прибавиоцу да победи у спору са ранијим купцем²¹ (већ само сазнање да је ствар продата и предата ранијем купцу), и приближно схватање у француској правној теорији да је сазнање за ранији уговор довољно²² да ранији купац победи у спору са доцнијим купцем (иако би иначе само овај други могао да стекне право својине у односу на трећа лица).

10. Ево како је изложио ово схватање Савезни суд у једној од најновијих одлука:

„Од два купца исте ствари јачи је у праву онај коме је ствар продата, под условом да није знао или према околностима случаја није могао знати да је продавац спорну ствар пре тога продао другом купцу.

При оцени да ли је од два купца исте ствари потоњи, коме је ствар продата, према околностима случаја могао знати да је продавац спорну ствар пре тога продао другом купцу, треба узети у обзир понашање разумног купца у конкретним и општим околностима купопродаје, нарочито кад је у питању изразито дефицитарно добро“.²³

Ово схватање дошло је до изражаја и у неким ранијим одлукама Врховног суда Србије. Ево једне такве одлуке:

„Ранији купац непокретности јачи је у праву од доцнијег купца који се укњижио на основу доцнијег уговора о купопродаји, ако је доцнији купац био несавестан, тј. знао да постоји ранији уговор о купопродаји.“²⁴

Нешто касније, Врховни суд Србије расправљао је не више о сукобу права узастопних купца, него о сукобу права ранијег поклонопримца и доцнијег купца. И у овом спору Суд је заузео слично становиште као и у претходним примерима:

„Међутим, ако је туженик Ж. на основу предметног уговора о купопродаји одмах примио и у државину спорну имовину, и уколико је он приликом закључења уговора о купопро-

²¹ Упоредити: »Wissen um das Titel eschaft allein schadet nicht« Gschnitzer: Sachenrecht, стр. 96; слично Klang: Kommentar, I Band, II Halbband, стр. 207, коментар уз § 431;

²² Упоредити: Mazeaud J.: Белешка, Dalloz 1968, 412; Savatier: Белешка, Dalloz 1926, 1, 185.

²³ Пресуда Савезног суда Гзс 60/76 од 17. септембра 1976, Збирка судских одлука (нова серија) књига II, свеска 4, број 445;

²⁴ Одлука Врховног суда Србије Гж 1806/57 од 27. марта 1958. године (из архиве ВСС): Упоредити: „Уколико се утврди да су тужиоци као доцнији прибавиоци били несавесни, чињеница што се они налазе у поседу спорне имовине не може имати утицаја на право тужиоца на тој имовини по основу раније куповине од истог лица“. Решење Врховног суда Србије Гж 4244/63, Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 1, стр. 29, бр. 15;

даји и пријема спорне имовине у државину био савестан, тј. ако он није знао да је тужени М. пре закључења уговора о купопродаји уговором о поклону поклатио тужиљи једну половину спорне имовине, онда би туженик Ж. био јачи у праву од тужиље зато што поред уговора има и државину спорног имања, па би тужени захтев у таквом случају био неоснован.²⁵

За несавесност купца који своје право на ствар изводи од истог сопственика, довољно је да је знао или могао знати за постојање ранијег уговора којим је сопственик располагао својом стварју. Нема никакве разлике у томе да ли је ранији уговор био о поклону, о купопродаји, размени или неки други уговор који може да буде основ за пренос права својине.

11. Исто схватање изложио је, у једној одлуци, Врховни суд Босне и Херцеговине:

„Према усвојеном правном правилу имовинског права приликом двоструког отуђења некретнина, ове припадају оном купцу који је први затражио упис (укњижу) права власништва. Међутим, ако је овај поступио у злој вјери знајући да је продавац раније исте некретнине продао другоме, не може бити јачи у праву од ранијег купца, па ни онда ако је купљене некретнине и у посјед добио“.²⁶

Слично се изразио и Врховни суд Хрватске:

„Ако је каснији купац знао да је продавалац већ продао некретнину другоме, онда је каснији купац био у злој вјери, па ранији купац има и против њега захтјев за накнаду штете“.²⁷

И Врховни суд Југославије је у низу ранијих одлука заузео ово становиште:

„... Наиме, уколико је накнадни купац по пуноважном уговору о купопродаји први ушао у посед пре претходног купца и није знао о постојању претходног уговора не може се једноставно судити о томе да је јачи у праву онај купац који је први уговор закључио. Напротив, мора се испитивати савесност потоњег купца, иако се уласком у посед увек претпоставља да је он у доброј вери то и учинио, али уколико се утврди да је тај закон потоњи купац без обзира на то што је први

²⁵ Решење Врховног суда Србије Рев. 2270/61 од 19. маја 1962. године, Збирка судских одлука књига VII, свеска 2, број 176.

²⁶ Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине, Гж 1372/65 од 7. априла 1966; Билтен ВС БиХ бр. 12, стр. 18.

²⁷ Решење Врховног суда Хрватске, Гж 645/67 од 27. априла 1967. Преглед судске праксе ВСХ у грађанским предметима у години 1966/67 Загреб, 1967. стр. 25, бр. 110; Упоредити: „Суд је тужитеља одбио с тужбеним захтјевом, јер је доказано да су они купујући спорне некретнине, знали, да су оне два дана прије већ биле продане другоме; према томе да су били у злој вјери, па нису могли стећи власништво ни исходити ваљан упис“. Одлука Врховног суда Хрватске, Гж 968/47 од 16. децембра 1947 године, наведена у књизи: Вуковић: Стварно право, стр. 111;

ушао у посед, то учинио несвесно не може се судити о његовом пречем праву својине на купљеном имању".²⁸

У једној од новијих одлука, питање се поставило под нешто другачијим околностима. Сопственик је најпре закључио уговор о доживотном издржавању и обавезао се да право својине на земљишту пренесе на даваоце издржавања, а потом је са земљорадничком задругом закључио уговор о продаји истог тог земљишта. У спору који су даваоци издржавања повели против сопственика и земљорадничке задруге, Врховни суд Југославије је изразио гледиште да је за несавесност купца довољно то што је знао за постојање раније закљученог уговора о доживотном издржавању.

„Ако би стајала околност да су представници задруге пре закључења уговора са Здравком знали да је он спорне непокретности отуђио уговором о доживотном издржавању, онда би се морало сматрати да је задруга поступила несавесно, купујући ствари у погледу којих је продавац био у обавези према трећим лицима. Као несавесна, задруга у остваривању свога права из купопродајног уговора не би могла уживати судску заштиту на штету давалаца издржавања без обзира што они своје право из уговора о доживотном издржавању нису уписали у јавној књизи".²⁹

12. Могли бисмо навести још низ одлука врховних судова у којима је било изложено исто становиште.³⁰ За несавесност доцнијег

²⁸ Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1865/64 од 13. октобра 1964. Упоредити: „... Судови су узели да је пуноважан уговор купца који непокретност има у државини јер је утврдио да је био савестан, тј. да није знао да је исту непокретност продавац продао пре њега другом купцу“. Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 3919/63 од 24. марта 1964. године којом је потврђена пресуда Врховног суда Србије Гж 2714/63 од 20. јула 1963. године.

²⁹ Пресуда Врховног суда Југославије, Гж 56/68 од 5. децембра 1968. године, Правни живот бр. 1/1969. стр. 88; Овом пресудом укинута је пресуда Врховног суда Србије Гж 4248/67 од 20. фебруара 1968. године, којом је био одбијен тужбени захтев давалаца издржавања.

³⁰ Кажемо: могли бисмо, јер се из штурих формулација (а потпуни текст одлука нисмо могли да добијемо) не може са сигурношћу закључити из шта судови мисле, мада је вероватно да имају у виду само знање о постојању уговора.

„Купац је злонамеран ако је при закључивању уговора о купопродаји знао да је спорно земљиште раније већ било продато другом лицу“. Пресуда Врховног суда АПВ Гж 1037/57 од 25. фебруара 1958. године.

„Други купац не може заснивати своју добронамерност на чињеници коју је свентуално сазнао од другог да је наведено ранији купопродајни уговор проглашен неважећим од стране суда још пре него што је одлука другостепеног суда у основној парници постала обавеза за суд који ју је донео“. Пресуда Врховног суда АП Војводине Гж 682/61 од 8. децембра 1961. године.

Ево још једне одлуке Врховног суда Војводине у којој се говори о сукобу права узастопних купаца. Дедуше у овом случају реч је о покретној ствари, али је одлука заснована на истом принципу.

„Правило је да први купац може тражити предају предмета и од другог купца ако је овај (други купац) предмет већ преузео, под условом да је други купац приликом закључења уговора знао о ранијој продаји или је са више брижљивости о тој продаји могао сазнати.“ Одлука Врховног суда АПВ Гж 116/52, Гласник адвокатске коморе за АПВ бр. 8/1953. страна 20—21.

купца (без обзира да ли је купац своје право уписао у земљишне књиге или је непокретност добио у државину) довољно је да је у тренутку када је закључио уговор са сопствеником, знао или је према околностима могао знати да се сопственик уговором (о продаји, поклону, размени, доживотном издржавању) већ обавезао да пренесе право својине на неког ранијег уговорника, иако том другом уговорнику није пренео право својине, нити му је предао непокретност у државину. Довољно је да је дакле прибавилац знао, или је могао знати за постојање ранијег уговора.

III. Закључак

13. На први поглед рекло би се да међу овим одлукама наших врховних судова, па и међу одлукама Врховног суда Југославије има извесних противуречности или бар несагласности? Ако је тако, може ли се уопште говорити о устаљеној судској пракси у нас и могу ли се у њој тражити општа правна правила грађанског права која важе у овој области?

Према другој групи судских одлука у сукобу између два купца, непокретне ствари, који своје право изводе од истог сопственика, побеђује ранији купац, ако је доцнијем купцу било познато или је могао знати да је непокретност већ била продата и предата ранијем купцу. За несавесност доцнијег купца захтева се сазнање о двема околностима у уговору о продаји и о предаји непокретности ранијем купцу.

Према другој групи судских одлука, ранији купац побеђује у спору ако је доцнији купац знао за закључење ранијег уговора о продаји. У овом случају није потребно да је доцнији купац знао за продају, нити је потребно да је непокретност уопште предата. За несавесност доцнијег купца довољно је сазнање о уговору.

Очевидно је да се становишта која су у овим одлукама изражена, разликују. Међутим, чини нам се да она нису противречна нити да међу њима постоји несагласност.

14. Становишта изражена у судској пракси не разликују се у томе што би купац из раније закљученог уговора могао да супротстави своје право доцнијем купцу, тек после предаје, а не би могао да то учини ако му ствар није била предата. Друга група судских одлука које смо навели показује да под извесним условима купац може да супротстави своје право другом купцу још пре извршене предаје. Уопште узев, могућност супротстављања права купца из ранијег уговора, купцу из доцније закљученог уговора постоји у оба случаја и у томе разлике између наведених група судских одлука нема.

Ипак разлика постоји и она се огледа у ефикасности супротстављања и у распореду терета доказивања. Купац који је први закључио уговор са продавцем од кога изводи своје право и други купац коме је ствар предата (или који је своје право уписао у земљишне књиге), може супротставити своје право другом купцу, под условом да је други купац знао за постојање раније закљученог уговора о продаји.

Услов за могућност супротстављања права ранијег купца доцнијем купцу, јесте несавесност доцнијег купца, који је знајући за ранији уговор о продаји закључио нови уговор са истим продавцем — дужником из ранијег уговора и тако заједно са њим повредио право потраживања првог купца.

Али ако је продавац предао непокретност у државину доцнијем купцу, савесност другог купца се претпоставља³¹ и терет доказивања евентуалне несавесности лежи на првом купцу.

Отуда, у сукобу права узастопних купаца непокретности први купац који је раније закључио уговор побеђује у спору са доцнијим купцем коме је продавац предао ствар у државину само ако докаже да је други купац знао или према приликама могао знати за постојање ранијег уговора о продаји. Истовремено, то значи да се положај купца коме је непокретност предата у државину појачава не само у односу на продавца (према коме има *exceptio rei venditae et traditae*) него и у односу на трећа лица. У односу на ранијег купца који има само уговор, доцнији купац је заштићен претпоставком савесности државине. У односу на доцнијег купца који је своје право уписао у земљишне књиге, купац коме је непокретност предата у државину такође је заштићен, јер доцнији купац који се уписао у земљишне књиге мора, да би био савестан, да испитује не само земљишнокњижно него и фактичко стање непокретности.

15. Редактори Закона о основним својинско-правним односима добро су учинили што у Закон нису уврстили правило попут онога које је било садржано у § 440 аустријског Грађанског законика. Да је тако учињено судска пракса би после краћег застоја (коју изазива доношење закона) поново кренула својим устаљеним током мимо закона, поред закона или (као што се догодило са аустријским Грађанским закоником) против закона.

Др Миодраг ОРЛИЋ

³¹ Потврду за то налазимо и у правилу из члана 72. став 3 Закона о основним својинско-правним односима: „Савесност државине се претпоставља“.

ACQUISITION OF THE RIGHT TO OWNERSHIP OF REAL ESTATE ON THE BASIS OF CONTRACT

— Summary —

In the law on basic property-legal relations, the rule on acquisition of the right to ownership of real estate was expressed in this way: "On the basis of legal matter, the right to ownership of real estate is acquired by registration in public book or by other adequate way provided for by law."

This rule is understandable and in our circumstances justified. The rule provides for, primarily and in the most general way, that the right to ownership is acquired by registration in public books (most often, those are deed books), but there is a provision saying that right to ownership can be acquired in other ways provided for by law (which means republic and provincial law).

It can be said therefore, that our courts' practice divided this rule into two parts: derivative acquisition of the right to ownership of real estate on the part of the owner, and the rule on confrontation of legal bases of the acquirers who exercise their right. The dispute between several customers of the same real estate is not decided exclusively in dependence of the rules on acquisition of the right to ownership. The rule is that the right to ownership of real estate cannot be acquired without registration in deed books. But, if the customer, who knew of the existence of former contract on sale of the same real estate, and of real estate's submitting to possession to the former customer, then in a dispute between consecutive customers of the same real estate (the customers derive their right from the same owner), the previous customer wins.

О НЕКИМ ПИТАЊИМА СТИЦАЊА И ЗАШТИТЕ СВОЈИНЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОСНОВНИМ СВОЈИНСКОПРАВНИМ ОДНОСИМА*

Општа напомена

1. Критички осврт на Закон о основним својинскоправним односима може се кретати у два правца: с једне стране може се указати на недостатке појединих решења а с друге на празнине у Закону, подразумевајући притом под празнинама одсуство одредаба о питањима која је, **према мерилима усвојеним у самом Закону**, требало регулисати а не и одсуство одредбе о питању које по концепцији законодавца није основни својинскоправни однос (па према томе представља предмет републичке односно покрајинске регулативе).

О такозваном стицању „по самом закону“

2. У члану 20. Закон говори о стицању „по самом закону“ и неке случајеве стицања својине изричито квалификује као такве. „Право својине стиче се по самом закону, на основу правног посла и наслеђивањем. — Право својине стиче се и одлуком државног органа, на начин и под условима одређеним законом. — По самом закону право својине се стиче стварањем нове ствари, спајањем, мешањем, грађењем на туђем земљишту, одвајањем плодова, одржајем, стицањем својине од невласника, окупацијом и у другим случајевима одређеним законом“.

3. Очигледно је да је ова квалификација у вези са поделом начина стицања својине на деривативне и оригиналне и израз концепције (заступане у теорији) да је оригинално стицање „непосредно стицање“, које се „оснива на самом закону“. То мишљење је у нас заступао проф. М. Бартош и он га овако образлаже: „У

* Реферат поднет на Саветовању о Закону о основним својинскоправним односима, одржаном у Крагујевцу од 10—12 априла 1980. године.

случају кад се прибављање **оснива на самом закону** без обзира да ли је објект дотле био у својини и у чијој, говоримо да је то оригинално или непосредно прибављање. У случају кад нови субјект изводи своју својину од досадашњег сопственика или против њега, и кад своју својину доводи у зависност од квалитета ранијег сопственика кажемо да је деривативно или изведено односно посредно прибављање“ (Милан Бартош, Табаци стварног права, стр. 206). И даље: „Под оригинарним прибављањем подразумевамо оно код кога прибавилац стиче својину самостално, тј. независно од тога да ли је ствар дотле била у нечијој својини или не и то **непосредно, тј. на основу законског прописа** (подвукао О. С.) који извесном догађају или правном стању приписује снагу да се на основу њих стиче својина“ (стр. 206—207).

4. Са оваквим резонувањем и са законском квалификацијом о стицању „по самом закону“ (која се односи само на неке случајеве стицања) не бисмо се могли сложити. Са те тачке гледишта сви су начини стицања (и деривативни и оригинарни) равноправни и „пред законом једнаки“ увек се стицање догађа на основу неке правне чињенице (скупа чињеница) која је правна баш зато што јој тај квалитет даје закон; са гледишта закона нема поделе на посредне и непосредне начине стицања, већ су сви начини стицања и непосредни и посредни, и то у истом смислу: непосредни у односу са правну чињеницу (скуп чињеница), посредни у односу на закон, који тој чињеници даје квалитет правне чињенице. Теоријски, било је много боље да је Закон једноставно побројао случајеве стицања које признаје и избегао квалификацију стицања „по самом закону“.

Прерада

5. О овоме Закон говори у чл. 22. став 3: „Ако је неко од туђег материјала својим радом израдио нову ствар, она припада њему ако је савестан и ако је вредност рада већа од вредности материјала, а ако су вредности једнаке — настаје сусвојина“.

6. Мерено мерилима примењеним у чл. 23. којим је уређено сједињење (спајање и смеша), и којима је према томе дата мера законодавне компетенције Федерације у овом питању, прерада је крајње мањкаво и непотпуно уређена. Нема ни речи о хипотези кад је прерађивач несавестан, ни речи о утицају савесности односно несавесности власника материјала (код смеше и спајања узима се у обзир савесност односно несавесност и једне и друге стране) ништа о томе кад је прерађивач савестан а вредност материјала већа од вредности рада... У изналажењу потпуног смисла чл. 22. став 3. (а то значи и у даљој републичкој регулативи овог питања) смислимо да се мора поћи од принципа на којима почива законско уређење смеше и спајања (чл. 23. Закона) и о томе да ти принципи у основи треба да важе и за прераду јер су основни елементи проблема у оба случаја исти. С друге стране, у извесној мери би се морало водити рачуна о томе да је код

прераде (за разлику од смеше и спајања) употребна вредност ближа прерађивачу а не власнику материјала, јер се од истог материјала често могу правити разне ствари (са разним употребним вредностима) а прерађивач је направио тачно одерђену ствар и то пема својим потребама, својој мери и укусу; у начелу, дакле, нова ствар ће својом употребном вредношћу више одговарати потребама прерађивача него власника материјала, па у склопу других чињеница треба водити рачуна и о тој околности, јер је и у друштвеном интересу да ствари припадају онима којима су најкорисније. Најзад, нема никаквог разлога не дозволити повраћај у пређашње стање (кад год је то фактички могуће, а независно од савесности странака и вредности рада и материјала) и у Закон о томе није унета одредба вероватно са идејом да се речено подразумева.

7. Водећи рачуна о свему реченом, мислима да би се потпуни смисао законског уређења прераде могао изразити следећим речима: „Кад неко од туђег материјала својим радом изради нову ствар, власник употребљеног материјала има право да захтева повраћај у пређашње стање, аке се тиме не причињава знатнија штета односно не проузрокују знатнији трошкови (чл. 1). — Кад је једна страна савесна а друга несавесна савесна страна има право да бира — да нову ствар задржи у искључиву својину а другој страни накнади вредност њеног рада односно материјала, или да нову ствар препусти несавесној страни, с тим да јој ова накнади вредност њеног рада односно материјала (чл. 2). — Ако су обе стране савесне, нова ствар припада прерађивачу ако је вредност рада већа од вредности материјала, а власнику материјала ако је већа вредност материјала; ако су вредности приближно једнаке, на ствари се заснива сусвојина. — Али ако власник прерађеног (употребљеног) материјала нема интереса да му ствар припадне као искључивом власнику односно као сувласнику, он може захтевати да ствар у сваком случају припадне у искључиву својину прерађивачу (чл. 3). — Ако је вредност материјала незнатна у односу на рад, нова ствар припада у искључиву својину прерађивачу, без обзира на његову савесност“ (чл. 4).

Грађење на туђем земљишту

8. Члановима 24—26, који регулишу грађење на туђем земљишту у много чему на нов начин у односу на стара правна правила (па у извесном смислу и на послератну судску праксу у овој области), нема се шта приговорити са садржинске стране. Примедба се односи на одсуство правила за случај (који ће, додуше, у пракси бити реткост) кад су несавесне обе стране, и градитељ и власник земљишта. И у нашим предратним правним правилима у овом погледу постоји празнина, па су у теорији давана различита тумачења.

9. Постоји искушење да се овај случај приближи случају кад су обе стране савесне и да се по аналогiji примени правило пред-

виђено за ту хипотезу (чл. 26. Закона о основним својинскоправним односима). Нама, међутим, не изгледа умесном примена ових правила по аналогiji. Прво, то не би било друштвено целисходно, јер би широм отворило врата бесправној градњи (пошто остварење циља коме тежи несавесни градилац, тј. стицање својине на згради и земљишту, зависи искључиво од њега: довољно је да подигне зграду која вреди више од земљишта). Друго, са чисто етичког становишта несавесност градиоца се мора оценити као тежи морални и друштвени прекршај. Градилац је тај који је све започео и који је свесно посегао на туђе правно добро ради задовољења свог интереса. Његова несавесност је створила ситуацију у којој се друга страна понашала несавесно; да није било градиочеве несавесности изостала би и несавесност власника земљишта, изостала би и сама конфликтна ситуација. Несавесност власника земљишта нема ни приближно исте последице и исту тежину у смислу моралног и друштвеног деликта. Не терба заборавити да ово није иста ситуација као кад је градилац савестан у ком случају опомена од стране власника земљишта мења градиочеву представу о правном стању ствари између њих па зато може имати за последицу благовремену обуставу градње. Опомена зацело не може имати такво дејство у односу на онога ко је од почетка знао да зида на туђем земљишту. Власник земљишта је свега тога свестан па је зато његова несавесност неупоредиво невинија.

10. Због свега реченог мислимо да случај у коме су обе стране несавесне (у ком погледу у закону постоји празнина) не треба изједначити са случајем у коме су обе стране савесне (чл. 26. Закона о основним својинскоправним односима) већ са случајем у коме је градилац несавестан а власник земљишта савестан (чл. 25. Закона). Ово утолико пре што Закон у ставу 2. члану 25. допушта могућност врло благог третмана несавесног градиоца, што је новина у односу на досадашња правна правила: „Изузетно од одредбе става 1. овог члана, суд може одлучити да се изграђени грађевински објект не поруши ако рушење грађевинског објекта, с обзиром на околности случаја а посебно на вредност објекта, имовинске прилике власника земљишта и градитеља, као и њихово понашање у току изградње не би било друштвено оправдано.“

Прирачунавање времена одржаја

11. „У време потребно за одржај урачунава се и време за које су претходници садашњег држаоца држали ствар као савесни и законити држаоци, односно као савесни држаоци“ (чл. 30. став 2. Закона о основним својинскоправним односима). То је тзв. акцесија (прирачунавање) временна потребног за одржај, која у ствари значи да промена у личности узугапијента не изазива прекид рока. Закон је јасан и никаква питања не искрсавају ако су обе државине (и претходникова и следбеникова) једнаке по квалитету: време претходника се урачунава и то у једноструком износу (номиналном) тако да је рок исти као да промене узугапијента није ни

било. Тако, ако је претходник имао државину подобну за редован одржај (савесну и закониту) и држао је покретну ствар две године, следбеник који такође има савесну и закониту државину постаће власник по протеку једне године. Ако је претходник имао државину подобну за апсолутни одржај (дакле само савесну) и, држао је покретну ствар пет година, следбеник који такође има државину подобну за апсолутни одржај (дакле и он само савесну) постаће власник по протеку пет година; ако је претходник држао девет година, државински следбеник постаће власник по протеку године дана (по члл. 28. ст. 1. и 3. Закона о основним својинскоправним односима рок за редовни одржај на покретним стварима је три године а за апсолутни одржај на покретним стварима десет година).

12. Закон није јасан нити садржи посебну одредбу о томе да ли се прирачунавање врши и кад се следују државине различите по квалитету, тако да је једна подобна за редован а друга за апсолутни одржај. Ни у другим познатијим законцима питање није изричито решено већ је препуштено пракси и теорији. У француској теорији о овоме су прихваћени следећи ставови: 1° Преаходникова државина која је подобна за редовни одржај урачунава се, и то у једноструком износу, следбенику који стиче на основу државине подобне за апсолутни одржај. 2° Обрнуто: ако је претходникова државина подобна тек за апсолутни одржај а следбеникова је квалификованија и испуњава услове за редовни одржај, нема прирачунавања; али како урачунавање не наступа по сили закона већ је то превоз за узупапијента, следбеник може (кад је то повољније за њега) своју савесну и закониту државину третирати као мање квалификовану, подобну тек за апсолутни одржај, и у том случају користити се временом свога претходника (L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Paris, 1932, I, n. 1970; G. Ripert — J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, tome II, Paris, 1957, n. 2720—2722; J. Carbonnier, *Droit civil*, II, Paris, 1964, str. 210; J. Radouant, *Prescription civile*, n. 117, *Encyclopédie juridique*, Répertoire de droit civil, tome IV, Paris, 1954). Примери: 1° Претходник има државину подобну за апсолутни одржај (дакле мање квалификовану) и држао је непокретност осам година (по француском праву рок за редовни одржај непокретности је десет а за апсолутни одржај тридесет година); следбеник који има државину подобну за редовни одржај неће постати власник након истека две године, већ ће морати да држи ствар десет година као савесни и законити држалац. 2° Али ако се узме да је председник држао ствар двадесет пет година, његов следбеник који има савесну и закониту државину не мора чекати десет година да постане власник на основу савесне и законите државине, већ му је довољно пет година сопствене државине. 3° Ако се промени хипотеза и узме да је претходникова државина савесна и законита а следбеникова мање квалификована и подобна тек за апсолутни одржај, следбеник ће постати власник по правилима о апсолутном одржају а време претходника урачунаће се и то у једноструком износу; ако је, према томе, претходник држао девет година, следбенику ће бити потребна још двадесет једна година лич-

не државине. — У нашој литератури питање скоро да није расправљано. Од писаца уџбеника изузетак је Ч. Рајачић, који заступа исто мишљење као и наведени француски писци: „Ако посјед предников има квалитете за редовну досјелост, а посјед слиједбеников само квалитете за ванредну досјелост, нема запреке да наступи урачунавање времена, јер је потоња квалитета садржана у првој. У обрнутом случају слиједбеник ће моћи наставити само као ванредну досјелост, макар да његов посјед има квалитета за редовну досјелост“ (Чедо Рајачић, Стварно право, штампано као рукопис, Загреб, 1956, стр. 173).

13. По нашем мишљењу ови ставови се не могу прихватити јер њихови заступници губе из вида саму суштину акцесије. А суштина акцесије је у узукапионој природи државина које се слеђују а не у истом степену њихове квалификованости; није према томе пододна за прирачунавање само државина која уопште није пододна за одржај (ни редовни ни апсолутни) али су државине различитих квалитета али обе пододне за одржај (једна за редовни а друга за апсолутни) пододне за акцесију, управо због тога што су и једна и друга по самој хипотези кузукапионе. Једнак или различит степен квалификованости од значаја је тек за технику обрачунавања времена. Ако су државине једнаке по степену квалификованости (обе пододне за редовни или обе пододне за апсолутни одржај), врши се просто сабирање времена претходника следбеника (у једноструком износу), пошто је у питању иста врста одржаја и иста дужина законског рока. Тај је поступак неприменљив ако су државине различите по степену квалификованости, јер су законски рокови за редовни и апсолутни одржај различите дужине. **Уместо простог сабирања, овде се урачунавање мора вршити сразмерно дужини законских рокова за апсолутни односно редовни одржај;** мора се прибећи другим речима, прерачунавању ефективног времена претходникове узукапионе државине у проценат законског рока, и обрнуто (за следбеника), водећи увек рачуна о законском року за одговарајућу врсту одржаја. Тим поступком се, конкретније говорећи, ефективно време претходника (тачно одређена дужина) изрази **процентом законског рока за ту врсту одржаја, чиме се истовремено добије преостали проценат рока,** који треба да истекне код следбеника; тај преостали проценат се затим претвори у временске јединице водећи рачуна о законском року за ону другу врсту одржаја (према квалификованости следбеникове државине). **Поступак је применљив независно од тога која је од две државине пододна за редовни а која за апсолутни одржај.** Пример: претходникова државина на конкретној ствари пододна је за редован одржај (савесна и законита) и трајала је годину и по дана; пошто је законски рок за редовни одржај на покретностима у нашем праву три године, то значи да је истекла половина (50%) законског рока и да преостаје још половина (још 50%); следбеникова државина је пододна тек за апсолутни одржај, па како је у закону за њега одређен рок од десет година, то преостала половина законског рока за ту врсту одржаја прерачуната у временске јединице износи у конкретном примеру пет годи-

на. Укупно време у наведеном примеру износи, дакле, шест и по година, од чега годину и по дана савесне и законите државине претходника (половина законског за редовни одржај) и пет година савесно државине следбеника (што је половина законског рока за апсолутни одржај). — Исти је поступак у хипотези у којој је претходникова државина подобра за апсолутни а следбеникова за редовни одржај.

14. У ствари, овај поступак примењен код државина једнаких квалитета даје исте резултате са онима до којих се долази простим сабирањем (у једноструком износу) времена претходника и времена наследбеника. Узмимо да су две државине које се следе обе подобне за редовни одржај (свака је и савесна и законита) и да је претходник покретну ствар држао годину и по дана, што износи једну половину (50%) законског рока; преостала је још једна половина (још 50%) времена, што претворено у календарске јединице такође износи годину и по дана, будући да и за следбеника важи иста дужина законског рока. Овај податак само је доказ више за нашу полазну тачку: да феномен прирачунавања објашњава узонапиони карактер државина које се следе (не степен њихове квалификованости) и да за прирачунавање није подобра само државина која уопште нема узонапиони карактер (ни са гледишта редовног ни са гледишта апсолутног одржаја).

Судбина права трећих

15. Кад су на прибављеној ствари постојала права трећих (нпр. плодонуживање), поставља се питање каква је њихова судбина; да ли се, другим речима, са преносом својине на прибавиоца односно стицањем својине та права гасе и под којим условима, или остају и делују и према новом власнику. Закон о основним својинскоправним односима о томе ништа не говори (као ни наша предратна правна правила). Какво би тумачење односно решење требало усвојити за наше право?

16. Према једном схватању које заступа знатан број писаца, овде треба правити разлику у зависности од тога да ли је стицање деривативно или оригинарно. Код оригинарног стицања „између права претходног и новог власника прекинут је правни континуитет“ (АС. Гамс, Основи стварног права, VII издање, Београд, 1974, н. 557) а код деривативног, пак, „претходни власник преноси својину какву има, са свим евентуалним теретима и ограничењима“ (исто дело, н. 559). Ту нови власник „своју својину доводи у зависност од квалитета ранијег сопственика (Бартош, Табаци стварног права, стр. 206), право својине прелази на стицаоца „са свим својим конкретним правним статусом (са ограничењима, теретима, увјетима, bona fides итд.“ (С. Рајачић, наведено дело, стр. 130). Код деривативног стицања важи принцип да нико не може пренети на другог више права него што сам има (М. Ведриш, Основне имовинског права, Загреб, 1971; Е. Статовици, Власничкоправни односи на некретнинама у Социјалистичкој Аутономној Покрајини Косово,

Приштина, 1977, стр. 205, н. 334). Писци, три томе, стицање на основу правног посла са претходником квалификују као деривативно, а стицање од невласника и одржај као оригинарно стицање (ближе о овоме: Обрен Станковић: О подели начина стицања својине на деривативне и оригинарне, Правни живот, бр. 1, за 1979. годину, стр. 1. и сл.).

17. Да ли ће на новог власника прећи права која на ствари постоје у корист трећих лица, то је питање чије решење по нашем мишљењу не може зависити од квалификације једног начина стицања као оригинарног или деривативног. Не виде се оправдани разлози за различито поступање. Зашто би у том погледу онај који својину стиче на основу правног посла са власником *à priori* био у неповољнијем положају од оног ко стиче од невласника или одржајем? И ту, као и у другим случајевима стицањем својине, реч је о сукобу интереса одређених субјеката (овог власника, с једне стране, и лица у чију корист постоји право на туђој ствари, с друге стране) и прихватљиво решење тог питања мора се учинити зависним од одређених етичких, економских и друштвених чинилаца (да ли је стицалац савестан или не, да ли је за ствар платио или није; да ли нпр. сврха стицања искључује опстанак права трећих, као код експропријације). Ако је прихваћено да се право својине може стећи од невласника или одржајем, што разуме се повлачи губитак права својине претходног власника, онда се по оном познатом правилу да је у већем садржано и мање, мора прихватити, да се под одређеним условима може изгубити и неко мање право (службеност), **без обзира којим се начином стиче само право својине.**

18. Мислимо да овде пре свега треба правити разлику у зависности од тога да ли је стицање добродино или теретно. Ако је у питању добродино стицање, требало би усвојити правило да права трећих остају без обзира на савесност стицаоца (новог власника), тј. без обзира да ли је нови власник за њим знао или није. Мора се поћи до тога да је овде, објективно узев у питању сукоб економских интереса трећег (који има право на туђој ствари) и прибавиоца, а да, с друге, стране, прибавилац по самој хипотези не даје ништа за ствар. Предложеним тумачењем односно решењем (да права трећих остају кад је стицање својине без накнаде) мање ће бити погођен прибавилац (поклонопримац), баш зато што не даје никакву накнаду за ствар, него што би супротним решењем (да се права трећих гасе) био погођен трећи који има право на ствар до ког права је иначе редовно дошао плаћајући накнаду. — Ако је у питању теретан посао, односно прибављање својине са накнадом, требало би правити разлику у зависности од савесности: ако је пребивалац знао односно морао знати за права трећих, та права се не гасе, остају ако је у погледу њих био савестан, тј. није за њих знао нити морао знати, та права се гасе. — Поље примене предложених правила би било опште, независно од квалификације начина стицања својине као деривативног или оригинарног; решење мора у оба случаја бити исто, јер су и релевантне околности од којих оно зависи у оба случаја исте.

О публицијанској тужби

19. По чл. 41. Закона о основним својинскоправним односима „Лице које је прибавило индивидуално одређену ствар по правном основу и на законит начин, а није знало и није могло знати да није постало власник (претпостављени власник) има право да захтева њен повраћај и од савесног држаоца код кога се та ствар налази без правног основа или по слабијем правном основу. — Кад се два лица сматрају претпостављеним власницима исте ствари, јачи правни основ има лице које је ствар стекло теретно у односу на лице које је ствар стекло бестеретно. Ако су правни односи ових лица исте јачине, првенствено има лице код кога се ствар налази“. — Како се види, тужба је неефикасна и тужилац не може издејствовати повраћај ствари ако тужени има државину која је по квалификованости и квалитету боља од тужиоцеве или барем једнака с њом. Према томе, ако је од две државине једна подобна за редован одржај (савесна, законита и права), а друга није, спор добија она страна (тужилац или тужени) чија је државина подобна за редован одржај. Ако су обе подобне за редован одржај у оквиру законитости државине води се даље рачуна о томе да ли се државина заснива на теретном или доброчином послу, и узима се да је јача она која је прибављена теретним послом. Тужилац ће, дакле, добити спор ако је његова државина подобна за редован одржај (савесна, законита и права) и заснива се на теретном правном послу, а туженикова такође подобна за редован одржај али се заснива на доброчином послу, и обрнуто. Ако су обе државине подобне за редован одржај (савесне, законите и праве) и обе се заснивају на теретном послу, или се обе заснивају на доброчином послу, спор добија тужени, пошто се ствар налази код њега: *in pari causa melior est conditio possidentis*, тј. у случају равног права првенство припада држаоцу. — Закон о основним својинскоправним односима не прави разлику у зависности од тога да ли су тужилац и тужени стекли ствар од истог или од разних претходника (за наше предратно право питање је било спорно).

20. Закон ништа не говори о случајевима у којима ни тужиочева ни туженикова државина нису подобне за редован одржај. Мислимо да цитирамо правило постављено у чл. 41. даје поуздан ослонац за тумачење које би се могло овако формулисати: Ако је једна државина подобна за апсолутни одржај а друга није (ни за редовни ни за апсолутни), победиће стране (тужилац или тужени) чија је државина подобна за апсолутни одржај. — Ако су и једна и друга државина подобне за апсолутни одржај, спор ће добити она страна чија се државина заснива на теретном послу, а ако су и у овом погледу једнаке (обе су прибављене са накнадом или обе без накнаде), ствар ће се досудити туженоме (пошто и овде важи правило *in pari causa melior est conditio possidentis*). — Најзад, ако су и тужиочева и туженикова државина не савесне (према томе уопште неподобне за одржај, ни редовни ни апсолутни), али је једна прибављена са накнадом а друга без накнаде, спор ће добити она страна чија је државина прибављена са накнадом (то може бити

тужилац а може бити и тужени); ако су пак и једна и друга несавесне и обе су прибављене са накнадом или обе без накнаде, данле у свему једнаке, ствар ће се досудити туженоме применом правила *in pari causa melior est conditio possidentis*. — (Чл. 936. Швајцарског грађанског законика има слично правило: несавесни прибавилац покретне ствари може бити у свако време присиљен да ствар врати претходном држаоцу. Ако је претходни држалац и сам несавестан, он не може повратити ствар против ниједног каснијег држаоца. — Разлика је, како се види, у томе што швајцарско право не води рачуна о томе да ли је несавесни држалац као државине ствари дошао са накнадом или без накнаде, тако да претпоследњи несавесни држалац који је до државине дошао уз накнаду не може да поврати ствар од следећег односно последњег држаоца који је такође несавестан али је до државине дошао не плативши ништа, — што је мање правично и мање савршено решење).

21. Штета што је у Закону за публицијанског тужиоца употребљен назив претпостављени власник. Тачно је да ће се публицијанском тужбом често користити власник, кад год му је лакше да докаже своју узупапиону државину него своје право својине. Али ће се у стварности њоме исто тако често користити стварни узупапиони држаоци (случајеви у којима још није истекло време за одржај), који по хипотези нису власници. А постоји, како смо видели, потреба да се публицијанска тужба прошири и на случајеве у којима странке уопште нису узупапиони држаоци и где никаквим протеком времена не би могле стећи право својине па се по дефиницији не може говорити ни о власнику ни о претпостављеном власнику.

Д-р Обрен Станковић

DE QUELQUES QUESTIONS CONCERNANT L'ACQUISITION ET LA PROTECTION DE LA PROPRIETE SELON LA LOI SUR LES FONDEMENTS DES RAPPORTS DE PROPRIETE

(Résumé)

L'auteur étudie les questions de principe relatives à l'acquisition de la propriété *ex lege* et examine les points suivantes: acquisition par transformation des choses, acquisition par construction sur un terrain appartenant à autrui, computation des délais, droits des tiers sur la chose acquise. Il consacre une attention particulière à Actio Publiciana et présente les conceptions à propos du texte de la nouvelle. Loi sur les fondements des rapports de propriété.

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ЗБОГ НЕИСПУЊЕЊА ОБАВЕЗЕ ИЗ УГОВОРА У ПРИВРЕДИ

1. Предмет разматрања

Ако дужник на време не испуни своју уговорну обавезу, уговор се раскида по самом закону (кад је испуњење о року битни састојак уговора) или поверилац може изјавити да раскида уговор (кад испуњење о року није битни састојак уговора). Дужник који није испунио своју уговорну обавезу, па је услед тога уговор раскинут, дугује повериоцу накнаду штете.¹ Поверилац има право на накнаду обичне штете и измакле користи.² Дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да своју обавезу није могао испунити због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи.³

Ова правила важе за све врсте уговора, па и за уговоре у привреди.⁴ Она представљају општи оквир у којем ће се кретати на ша даља разматрања.

Међутим, уз ова општа правила, за одговорност дужника у односима из појединих врста уговора у привреди важи и низ посебних правила. Та се посебна правила односе нарочито на основ и обим одговорности дужника за штету због неиспуњења обавезе из појединих врста уговора у привреди. Примера само ради може се навести да је одговорност складиштара (дакле дужника из једног уговора у привреди) који није предао ускладиштену робу озлашћеном лицу регулисана у великој мери друкчије него одговорност оставопримца. Сврха је таквих посебних правила да допуне или чак и измене општа правила о одговорности дужника, у складу са потребама одређених врста привредних односа.

¹ Члан 262. став 2. Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“ број 29/78).

² Члан 189. став 1. Закона о облигационим односима.

³ Члан 263. Закона о облигационим односима.

⁴ Појам уговора у привреди одређен је у члану 25. став 2. Закона о облигационим односима и у узанси број 1 Општих узанса за промет робом („Сл. лист ФНРЈ“, број 15/54).

Практични значај ових посебних правила о одговорности дужника за штету у односима из појединих врста уговора у привреди је врло велики, па зато она заслужују и теоријску анализу. При томе посебно треба истаћи да се правила о одговорности за штету због неиспуњења обавезе из уговора у привреди могу сходно применити и на случајеве одговорности за штету због неиспуњења материјалних (имовинско-правних) обавеза из самоуправних споразума које међусобно закључују организације удруженог рада.⁵

Предмет наших разматрања биће случајеви у којима дужник уопште није испунио своју обавезу из уговора у привреди. Нећемо се упуштати у анализу случајева у којима је дужник испунио своју обавезу са задоцњењем, или у којима постоје неки материјални или правни недостаци испуњења обавеза дужника. На тај начин ограничићемо наша разматрања само на питање одговорности дужника за штету због раскида уговора у привреди услед неиспуњења дужникове обавезе. У вези са тим треба имати у виду да у односима из многих уговора дужник може одговарати ако у целости или делимично пропадне ствар о којој је уговор. Међутим, у таквим случајевима не наступа раскид уговора. Због тога ће нас такви случајеви занимати само уколико се правила о одговорности дужника за губитак ствари (о одговорности превозиоца, на пример) могу аналогично применити и на случајеве одговорности дужника за штету због неиспуњења уговорне обавезе.

Прво ћемо размотрити основ одговорности дужника за штету. У том погледу посебну пажњу заслужују правила којима се одговорност дужника пооштрава или ублажава у односу на општи режим одговорности. Затим ћемо размотрити обим одговорности дужника за штету. Ово питање заслужује пажњу због правила о ограничењу одговорности дужника за штету. При томе ћемо се бавити само правилима о одговорности како су утврђена одговарајућим прописима, а интерпретирана у правној теорији и судској пракси. Одговорност дужника за штету се у одређеним оквирима може регулисати и уговором, у том смислу што се уговором може у корист дужника или у корист повериоца одступити од законских правила о одговорности. Међутим, овај ћемо сплет питања оставити ван оквира нашег интересовања, јер би иначе овај чланак морао да буде сувише обиман.

2. Општа правила о основу одговорности дужника

У нашем праву дуго је важило правило да је дужник одговоран за штету само ако је крив за неиспуњење уговорне обавезе.⁶ Ово је правило прихваћено и у многим страним правима.⁷ То значи да ће дужник одговарати за штету само ако намерно или из непажње

⁵ О овој одговорности реч је у члану 604. став 1 Закона о удруженом раду („Сл. лист СФРЈ“, број 53/76).

⁶ Члан 541. Општег имовинског законика за Црну Гору; § 920. Општег грађанског законика.

⁷ Члан 97. став 1. швајцарског Законика о облигацијама; члан 219. став 1. и члан 222. Грађанског законика РСФСР.

није извршио своју уговорну обавезу. Кривица дужника који није поступио у складу са уговором се претпоставља, а то ће рећи да је на дужнику који не жели да плати накнаду штете терет доказивања да није крив за неиспуњење уговорне обавезе.

При томе треба имати у виду да су сви уговори у привреди уговори са накнадом. Зато је за привредно право без значаја питање да ли одговорност дужника за штету због скривљеног неиспуњења уговорне обавезе може постојати само кад је у питању однос из теретног уговора, или и кад је у питању однос из доброчиног уговора.⁸

Сада у нашем праву важи правило да се дужник ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи.⁹ Дакле, и сада се у нашем праву претпоставља да је дужник који није испунио уговорну обавезу одговоран за штету која је услед тога настала. Али, да би дужник био ослобођен одговорности за штету, не тражи се да он докаже да није крив за неиспуњење уговорне обавезе. Потребно је да он докаже да није могао испунити своју обавезу због одређених околности (чињеница, догађаја, узрока) на које није могао утицати. Може због овог правила изгледати да је у нашем позитивном праву напуштена кривица као основ уговорне одговорности.¹⁰

У правној теорији овакво се правило објашњава на следећи начин. Понашање дужника у односу према повериоцу регулисано је уговором. Чим се дужник не понаша у складу са уговором, настаје његова одговорност. Сама чињеница да дужник није испунио обавезу коју је преузео закључењем уговора доказује да је он крив. У томе се огледа једна од значајних разлика између уговорне и деликатне одговорности. Јер, деликатна одговорност може наступити ако се једно лице није понашало на начин који је у врло широким оквирима одређен законом и обичајима. Због тога је у сваком конкретном случају потребно утврдити да ли је штетник крив за своје понашање.¹¹

Међутим, разлика између ова два правила о основу уговорне одговорности није толико велика како то може изгледати на први поглед. С једне стране, ако је дужник могао спречити, отклонити или избећи догађај који је испуњење његове уговорне обавезе учи-

⁸ Итлијански Грађански законик, у члану 1453. став 1, ограничава право једног уговарача на раскид уговора и на накнаду штете само на случајеве кад је у питању уговор са чинидбама уз накнаду.

⁹ Члан 263. Закона о облигационим односима. У члану 79. став 1. Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе од 1980. године ово је правило формулисано на следећи начин: „Кад једна страна не изврши неку од својих обавеза она неће одговарати због неизвршења ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била ван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир, да избегне или савлада такву сметњу и њене последице.

¹⁰ Митровић, др Д., „Ослобођење дужника од одговорности“, „Коментар о облигационим односима“, том I, Београд, 1980, стр. 646.

¹¹ У вези са одговорношћу превозиоца овакво схватање заступа Ripert, G., »Droit maritime«, tome second, Paris, 1952, стр. 564—567.

нио немогућим, онда је он крив за неиспуњење уговора. Према томе, и у нашем позитивном праву дужник који је крив за неиспуњење уговорне обавезе одговара за штету која је услед тога настала. Тешкоће се појављују само кад треба установити да ли ће и дужник који није крив одговарати за штету услед неиспуњења уговора. С друге стране, у нашем позитивном праву не тражи се да узрок неиспуњења уговорне обавезе буде неки спољни догађај, да би дужник био ослобођен одговорности за штету. То значи да се дужник ослобађа одговорности за штету не само кад је узрок неиспуњења његове уговорне обавезе виша сила (у смислу спољњег догађаја који дужник није могао предвидети нити савладати), него и у неким другим случајевима. Могуће је, дакле, да постоје и такве ситуације у којима се неиспуњење уговорне обавезе не може приписати вишој сили, а дужник ипак неће одговарати за штету јер није крив за њено наступање.

У вези с тим треба истаћи да у правној теорији постоји и треће схватање, према којем се власник ослобађа одговорности за штету само ако своју уговорну обавезу није могао извршити услед више силе.¹² Или, нешто друкчије речено, постоји и схватање према којем дужник који није испунио уговор увек одговара за штету, осим ако докаже да обавезу није могао извршити услед непредвидљивих и несвладивих спољних узрока.

Ово су врло интересантна питања која захтевају детаљну анализу, али би таква анализа излазила ван оквира предмета наших разматрања. Јер, одговорност дужника за штету због неиспуњења обавезе из уговора у привреди често се регулише посебним правилима. У многим таквим посебним правилима изричито је одређено да дужник одговара за штету само ако је крив за неиспуњење обавезе коју је преузео закључењем уговора.

На пример, ако је трговински заступник престао са испуњавањем своје уговорне обавезе и без отказног рона неосновано отказао уговор, налогодавац има право на накнаду штете.¹³ Или, отпремник је дужан у свакој прилици поступити са пажњом доброг привредника. То значи да ће отпремник одговарати за штету ако не поступи са пажњом доброг привредника и не закључи уговор о превозу и друге уговоре потребне за извршење превоза ствари.¹⁴

У случајевима кад се одговорност дужника за штету због неиспуњења обавезе из уговора у привреди заснива на кривици, од дужника се приликом испуњавања уговорних обавеза захтева специфичан критеријум (стандард) пажње. Сматраће се да је дужник крив за неиспуњење обавезе из уговора у привреди ако се није понашао са пажњом доброг привредника. А ако је дужник био дужан да изврши неку обавезу у вези са својом професионалном делатношћу, он ће бити крив за неиспуњење обавезе ако није

¹² Tunc, A., »Force majeure et absence de faute en matiere contractuelle«, Revue trimestrielle de Droit civil, 1945, стр. 235; Константинов, др М., „Облигације и уговори, скица за законик о облигацијама и уговорима“, Београд, 1969, члан 208.

¹³ Члан 811. став 3. Закона о облигационим односима.

¹⁴ Члан 832. став 1. Закона о облигационим односима.

¹⁵ Члан 18. став 1. и 2. Закона о облигационим односима.

поступао са повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака).¹⁵

Ова правила треба повезати са правилима о делатности организације удруженог рада. Свака основна организација удруженог рада, на пример, обавља једну основну делатност, а уз њу може обављати и једну или више споредних делатности које непосредно служе обављању њених основних делатности.¹⁶ У обављању свих тих делатности организација удруженог рада је дужна да се понаша са пажњом доброг привредника. Али, кад обавља неки посао који улази у оквир њене основне делатности, организација удруженог рада еј још дужна да се понаша и према правилима струке.

Пажња добро привредника и пажња добро стручњака процењује се према објективном критеријуму.¹⁷ Он значења је да ли се одређена организација о чијој је (не)пажњи реч понашала онако како би се понашао просечан привредник, односно стручњак у истим околностима. У привредним односима, да би се утврдило да ли је дужник био непажљив, не води се рачуна о његовим конкретним својствима (не тражи се од дужника да покаже „*diligentia quam in suis*”).¹⁸

Стандард пажње доброг стручњака је у посебним правилима за поједине врсте уговора у привреди донекле прецизиран. Постоје и интересантне судске пресуде о овом питању. Илустрираћемо то примером поморског бродара.

Бродар поморског брода је дужан да на време, до почетка путовања, пажњом уредног бродара оспособи брод за пловидбу, да га примерно опреми, попуни посадом, снабде потребним залихама и припреми тако да се терет може да укрца, сложи, чува, превезе и укрца у стању како га је примио на превоз.¹⁹ Бродар не одговара за штету услед неизвршења превоза ако је и поред тога што је брод био оспособљен за пловидбу касније наступио квар на броду услед којег је извршење уговора о превозу ствари онемогућено за дуже време, па је наручилац одустао од уговора.²⁰

Да би се могло сматрати да је бродар поступио са пажњом уредног бродар у погледу оспособљавања брода за пловидбу, брод мора имати три врсте способности. Прво, брод мора имати општу способност за пловидбу. То значи да његов труп, стројеви и уређаји морају бити у исправном стању. Друго, брод мора имати специјалну способност с обзиром на путовање које треба да обави.

¹⁶ Члан 410. став 1. и члан 411. став 1. Закона о удруженом раду.

¹⁷ Голдштајн, др А., „Привредно уговорно право“, Загреб, стр. 196. Али, у вези са уговорима у превозу постоји схватање према којем је наручилац, приликом закључења уговора, рачунао или морао рачунати са личним својствима превозиоца. Зато и вишу силу, као разлог за искључење одговорности превозиоца, треба процењивати према субјективном критеријуму — Јакаша, др Б., „Копнено и зрачно саобраћајно право“, Загреб, 1969, стр. 369.

¹⁸ У ванпривредним уговорним односима може бити и друкчије. Тако је код оставе без накнаде оставопримац дужан чувати ствар као своју сопствену (члан 714. став 1. Закона о облигационим односима).

¹⁹ Члан 458. став 1. Закона о поморској и унутрашњој пловидби („Сл. лист СФРЈ“, број 22/77).

²⁰ У том погледу в. члан 450. Закона о поморској и унутрашњој пловидби.

Разумљиво је, на пример, да брод који је намењен за обалну пловидбу није подобан за преоцеанску пловидбу. Треће, брод мора имати и специфичну способност с обзиром на врсту терета коју треба превести до одредишне луке. Рецимо, само брод-хладњача је подобан за превоз меса или поврћа.²¹

У одређеним околностима чињеница да брод није био опремљен радаром може значити да није био способан за пловидбу, односно да се бродар при опремању брода за пловидбу није понашао са пажњом уредног бродара.²² Или, чињеница да брод пре укрцавања стокe није био дезинфициран, услед чега се стока разболела, може значити да је брод био неспособан за превоз те врсте терета.²³

3. Неколико примера из судске праксе о околностима које искључују одговорност дужника за штету

Виша сила услед које дужник није могао испунити своју уговорну обавезу је једна од околности које искључују његову одговорност за штету, и то без обзира на то за које се од изнетих решења определили у погледу основа одговорности дужника. Ово из разлога што за штету услед више силе дужник није могао спречити, отклонити или избећи. При томе се, у појединим врстама привредних односа, услови који морају да буду испуњени да би постојала виша сила доста строго тумаче. Тако се у поморском превозу ствари бура јачине на махове осам бофора (17 м/сек) и јаче валовито море не сматрају вишом силом.²⁴ Или, у друмском превозу ствари, киша праћена јаким ветром не представља сметњу због које превозилац не би могао извршити поверени му превоз, јер то не представља вишу силу коју превозилац није могао предвидети.²⁵

С друге стране, околност да извођач грађевинских радова није могао да доврши изградњу стана до уговореног рока, због недостајања грађевинског материјала и стручне радне снаге, начелно говорећи не ослобађа га одговорности за штету која је проузрокована неиспуњењем уговорне обавезе, јер је извођач грађевинских радова био дужан да унапред, приликом закључења уговора, предвиди могућност наступања таквих околности.²⁶

²¹ Трајковић, др М., „Поморско право“, Београд, 1977, стр. 68.

²² Gilmore, G. and Black, Ch. L., „The Law of Admiralty“, Mincola. New York, 1975, стр. 512.

²³ Ivamy, E. R. H., „Payne's Carriage of Goods by Sea“, London, 1963, стр. 50.

²⁴ Пресуда Вишег привредног суда Хрватске, Сл. 1513/77 од 30. маја 1978. године, Привреда и право, број 10/78, стр. 69 и 70.

²⁵ Решење Врховног привредног суда, Сл. 1792/70 од 12. маја 1971. године, Збирка судских одлука, књига шеснаеста, свеска трећа, 1971. одлука под бројем 416.

²⁶ Решење Врховног суда Хрватске, Гж 1024/76 од 2. јуна 1976. године, Збирка судских одлука, књига друга, свеска трећа, Београд, 1977, одлука под бројем 311.

Исто тако, околност да је продавац при закључењу уговора о продаји дрва био у уверењу да ће добити дозволу надлежног државног органа за сечу дрва, а ваљаност уговора није била условљена добијањем дозволе и дозвола не буде дата, не представља изванредан догађај који се није могао предвидети.²⁷ Слична је и пресуда према којој продавац мора да зна каква ограничења постоје у погледу увоза одређене робе и не може се позивати на то да уговор не може испунити због изванредних догађаја зато што постоји ограничење увоза.²⁸

Посебну пажњу заслужују они случајеви у којима дужник није могао да испуни своју уговорну обавезу због радње трећег лица. Често се у нашој судској пракси сматра да у случајевима кад је треће лице онемогућило дужника у испуњењу његових уговорних обавеза, дужник није ослобођен одговорности за штету у односу према повериоцу. Оваквим се схватањем повећава пажња у уговорним односима, а не доводе у питање интереси дужника јер ће он најчешће моћи да истакне одређене захтеве за накнаду штете према трећем лицу. Тако, на пример, у једном случају је пресуђено да специјализирано предузеће за спољни и унутрашњи промет и производњу не може се позвати на то да уговор о продаји није испунило због више силе кад једино предузеће у земљи није произвело ту робу због недостатка репроматеријала јер то није догађај који се није могао предвидети ни отклонити.²⁹

Нарочито је јасно да дужник не може бити ослобођен одговорности ако је он сам ангажирао треће лице за обављање одређених послова у вези са испуњењем уговорне обавезе. У таквом случају дужник одговара за радње трећег лица као за своје радње.³⁰

Доследна примена овог правила би, на пример, значила да у случају CIF продаје продавац одговара купцу за штету услед неиспоруке робе, ако испоруку није могао извршити због тога што му бродар са којим је закључио уговор о превозу робе није ставио брод на располагање.

Међутим, у погледу овог питања треба да будемо врло опрезни. Не може се за све случајеве одредити да ће дужник одговарати ако своју обавезу није извршио, а узрок је неизвршења радња трећег лица, нити обрнуто, да дужник неће одговарати ако своју обавезу није испунио због радње трећег лица. Наиме, у зависности од конкретних околности треба оценити да ли радња

²⁷ Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 212/55, цитирамо према књизи Кашанин, др Р. и Велимировић, Т., „Опште узансе за промет робом са објашњењима и судском праксом“, Београд, 1976, стр. 130.

²⁸ Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 2811/70 од 6. септембра 1971. године, цитирано према наведеној књизи Кашанина и Велимировића, стр. 132.

²⁹ Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 1293/71 од 22. септембра 1971. године, цитирано према наведеној књизи Кашанина и Велимировића, стр. 133.

³⁰ У том смислу је у члану 834. став 2. Закона о облигационим односима одређено да отпремник који извршење налога повери другом отпремнику уместо да га сам изврши, одговара за његов рад.

трећег лица представља такав догађај који дужник није могао спречити, отклонити или избећи. Ако је одговор потврдан, дужник не треба да одговара за штету коју је повериоцу проузроковао неиспуњењем уговорне обавезе. У том погледу новија француска судска пракса стоји на становишту да радња трећег лица ослобађа превозиоца од одговорности само ако има карактер више силе.³¹ Такав би, на пример, случај постојао ако би треће лице уз употребу оружја онемогућило превозиоцу да изврши уговорени превоз.

Једино ако је због радње трећег лица испуњење обавезе постало немогуће, дужник се без обзира на конкретне околности ослобађа одговорности. Дужник није дужан да накнади штету услед неиспуњења обавезе, а мора повериоцу уступити право које би имао према трећем лицу због настале немогућности.³²

Једна уговорна страна се ослобађа одговорности за штету и у случајевима кад своју уговорну обавезу није могла извршити услед радње друге стране.³³ Не треба да буде од значаја да ли је друга уговорна страна крива или није крива за немогућност испуњења обавезе.³⁴ Тако, на пример, ако је било уговорено да ће купац доставити продавцу амбалажу за паковање робе, па то купац није учинио ни у накнадном примереном року који му је продавац оставио, продавац има право да одустане од уговора. У таквом случају купац нема право на накнаду штете због неиспоруке робе, него обрнуто, право на накнаду штете може имати продавац.³⁵

4. Посебна правила којима се поштрава одговорност дужника

Посебна правила за поједине врсте уговора у привреди поштравају одговорност дужника, у том смислу што он може одговорати за штету услед неиспуњења уговорне обавезе чак и ако обавезу није извршио због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, избећи или отклонити (кад би према општим правилима био ослобођен одговорности).

Једно од таквих правила постоји у вези са уговором о отпремању (шпедицијом). Отпремник које је одступио од упутстава која је добио од налогодавца одговара и за штету насталу услед

³¹ Escarra, J., »Cours de Droit commercial«, Paris, 1952, стр. 736.

³² Члан 356. Закона о облигационим односима.

³³ У том погледу је у члану 80. наведене Конвенције УН одређено: „Једна страна се не може позивати на неизвршење друге стране ако је то неизвршење изазвано њеном радњом или пропуштањем“.

³⁴ У члану 138. Закона о облигационим односима прихваћено је друкчије решење. Према овој одредби, обавеза дужника се гаси само ако је за немогућност испуњења одговорна друга страна. Сматрамо да овакво решење није добро, јер не води рачуна о томе да је радња повериоца увек околност на коју дужник није могао утицати. Зато дужник мора бити ослобођен одговорности увек кад обавезу није могао испунити због радње повериоца, без обзира на то да ли је поверилац одговоран (крив) за немогућност испуњења обавезе дужника.

³⁵ Узанса број 229 Општих узанса за промет робом.

више силе, изузев ако докаже да би се штета догодила и да се држао датих упутстава.³⁶

Исто тако, требало би закључити да и превозилац који је без оправданог разлога одступио од уговореног превозног пута одговара за штету услед неизвршења превоза чак и ако је узрок немогућности извршења превоза виша сила. Превозилац не би требало да одговара за штету услед неизвршења превоза само ако докаже да он превоз не би могао извршити и да се држао уговореног превозног пута.

Бродар је дужан да терет превезе бродом који је изричито уговорен или који има уговорена својства.³⁷ Ако је бродар за извршење превоза употребио други брод, а не онај који је уговорен, он би требало да одговара за штету ако превоз не може извршити, чак и ако докаже да превоз не може извршити услед околности које не може спречити, избећи или отклонити. Али, и из домена примене овог правила требало би изузети случајеве у којима бродар докаже да превоз не би могао извршити и да је употребио уговорени брод.

Пооштравање одговорности дужника у овим случајевима може се објаснити следећим разлозима. Дужник у погледу неких својих обавеза није поступао у складу са уговором. Он није поступио по налозима друге уговорне стране, односно није извршио превоз уговореним превозним путем или уговореним превозним средством. Дужник треба да сноси штетне последице које услед тога настану, чак и кад није крив за неизвршење уговорне обавезе. Таквом дужнику не треба дозволити да се позива на вишу силу, или на случај, као околности које искључују одговорност дужника за штету услед неиспуњења уговорне обавезе.

У вези с тим треба се сетити општег правила о немогућности испуњења уговорне обавезе након што је дужник пао у доцњу, које важи за све уговорне односе, па и за односе из уговора у привреди. Наиме, дужник који није на време испунио своју уговорну обавезу (који, дакле, није поступио у складу са уговором), одговара и за делимичну или потпуну немогућност испуњења и ако ту немогућност није скривио, ако је немогућност наступила после његовог доласка у доцњу за коју одговара.³⁸ Повреда уговора значи пооштрену одговорност.

Ово правило захтева ипак једну напомену. Не би требало говорити о скривљеној немогућности испуњења уговорне обавезе након што је дужник пао у доцњу, јер у нашем позитивном праву кривица дужника није од значаја за постојање одговорности за штету услед неиспуњења уговорне обавезе. Само у правним системима у којима је основ уговорне одговорности дужника кривица, може се рећи да дужник који је запао у доцњу одговара и за немогућност испуњења уговорне обавезе која је наступила без његове кривице. Због тога би било више у духу наших позитивних правила о уговорној одговорности ако би се рекло да дуж-

³⁶ Члан 833. став 5. Закона о облигационим односима; § 386. старог хрватског Трговачког закона.

³⁷ Члан 457. став 1. Закона о поморској и унутрашњој пловидби.

³⁸ Члан 262. став 4. Закона о облигационим односима.

ник одговара и за делимичну или потпуну немогућност испуњења која је наступила после његовог доласка у доцњу, не би одговарао за штету услед неиспуњења. На тај начин би постало јасније да дужник који је запао у доцњу одговара и за каснију немогућност испуњења обавезе, чак и ако је немогућност резултат околности које није могао спречити, отклонити или избећи.

Посебно је питање да ли се ова правила о пооштравању одговорности дужника који је пао у доцњу примењују и у случајевима кад је превозилац задоцнио са извршењем превоза, па је за време тог задоцњења испуњење његове обавезе да изврши превоз постало немогуће. На пример, да ли ће превозилац који није завршио превоз ствари на време, а држава — увозница је након што је превозилац пао у доцњу забранила увоз, одговарати за штету услед неиспуњења уговора? Ово питање треба размотрити због тога што оно није регулисано у посебним прописима који важе за односе из уговора о превозу ствари.

У правној теорији постоји схватање према којем поморски бродар који је закаснио са извршењем превоза не сноси последице промене цене превезене ствари. Њега се не тичу трговачки односи наручиоца превоза.³⁹ Могло би се рећи да и забрана увоза улази у оквир трговачких ризика који прете наручиоцу превоза. Ако би заузели овакво становиште, закључан би био да превозилац мора накнадити редовне штете које су последице његовог закашњења у обављању превоза (као што је изгубљена камата), али да није дужан да накнади штету која је наступила због забране увоза, чак и ако је забрана увоза уведена након што је превозилац пао у доцњу.

Међутим, овакво схватање не треба прихватити. Превозилац мора одговарати за штету због немогућности испуњења уговорне обавезе која је наступила након што је пао у доцњу, и то мора одговарати према општим правилима о дужничкој доцњи, дакле пооштрено. Јер, у времену које му је било остављено за испуњење обавезе, то је испуњење било могуће. Да је превозилац своју обавезу извршио на време, не би настала штета. Али, при томе треба имати у виду и правила о ограничењу одговорности дужника за штету услед неиспуњења уговорне обавезе. Због тих правила ће превозилац у доцњи који није могао извршити обавезу превоза одговарати за штету, али само ограничено. На ово питање ћемо се вратити када будемо разматрали обим одговорности дужника за штету услед неиспуњења уговорне обавезе.

5. Посебна правила којима се ублажава одговорност дужника

С друге стране, постоје за поједине врсте уговора у привреди и посебна правила којима се ублажава одговорност дужника, у односу на општа правила о одговорности дужника за штету због неиспуњења уговорне обавезе.

³⁹ Риперт, нав. дело, стр. 578. У енглеској судској пракси постоје прецуде у истом смислу — Colinvaux, R., »Carver's Carriage by Sea«, volume 2, London, 1971, стр. 1225.

У том погледу треба на првом месту истаћи да бродар поморског брода не одговара за оштећење, мањак или губитак терета, као ни за закашњење у предаји терета, који су проузроковани радњама или пропуштањем заповедника брода, других чланова посаде брода и осталих лица која раде за бродара, у пловидби и руковању бродом.⁴⁰ Бродар, дакле, не одговара за тзв. наутичко-пловидбене грешке заповедника или чланова посаде брода.⁴¹

Према правилима о аналогiji треба закључити да бродар неће одговарати за штету ни у случајевима кад је услед наутичке грешке заповедника или чланова посаде брода онемогућен и извршењу своје обавезе да обави превоз ствари до одрђене луке.⁴²

Исто тако, бродар поморског брода неће одговарати за штету због неизвршења обавезе да превезе терет, ако је немогућност превоза наступила услед скривене мане брода или његове неспособности за пловидбу, који су се појавили мада је он пре почетка путовања пажњом уредног бродара оспособио брод за пловидбу.⁴³ На пример, ако је за превоз ствари морам употребљен уговорени брод, и тај је брод био уредно оспособљен за путовање, али су се у току пловидбе машине поквариле, бродар неће одговарати за штету услед неизвршења превоза.

Ако је бродар примио на превоз опасан терет, знајући за опасност коју терет представља, може да га искрца или учини безопасним ако буде угрожена безбедност брода, лица или другог терета на броду као и околине. Ни у таквом случају бродар не дугује накнаду штете због неиспуњења обавезе превоза ствари.⁴⁴

Ни неиспуњење обавезе организатора путовања из уговора о организовању путовања не мора увек имати за последицу одговорност за штету. Организатор путовања може одустати од уговора без обзира на накнаду штете не само ако су наступиле изванредне околности које се нису могле предвидети, ни избећи или отклонити, него и кад се није скупио минималан број путника предвиђен у потврди о путовању, под условом да о тој околности путник буде обавештен у примереном року који не може бити краћи од пет дана пре дана када је путовање требало да отпочне.⁴⁵

У односима из уговора о грађењу наручилац има право да мења техничку документацију на основу које се изводе радови. Али, ако се изменом техничке документације битно мењају услови за извршење уговора, извођач има право да одустане од уговора.⁴⁶ Извођач који је одустао од уговора не дугује наручиоцу накнаду штете.

⁴⁰ Члан 554. став 2. Закона о поморској и унутрашњој пловидби.

⁴¹ Трајковић, нав. дело, стр. 125.

⁴² За штету проузроковану наутичком грешком посаде не одговара бродар, али може одговарати посада — Јакаша, нав. дело, стр. 362.

⁴³ Члан 556. став 1. тачка 1. Закона о поморској и унутрашњој пловидби.

⁴⁴ Члан 559. Закона о поморској и унутрашњој пловидби.

⁴⁵ Члан 878. став 1. и 2. Закона о облигационим односима.

⁴⁶ Узанса број 15. Посебних узанса о грађењу („Сл. лист СФРЈ“, број 18/77).

Посебно треба обратити пажњу на то да према правилима која важе за поједине врсте уговора у привреди дужник треба да предузима одређене радње, али не одговара за штету ако те његове радње не произведу жељени резултат. Тако, по основу уговора о трговинском заступању заступник се обавезује да се стално стара да трећа лица закључују уговоре са његовим налогодавцем.⁴⁷ На сличан начин се и уговором о посредовању обавезује посредник да настоји наћи и довести у везу са налогодавцем лице које би с њим преговарало о закључењу одређеног уговора.⁴⁸ Посредник не одговара ако и поред потребне брижљивости не успе у свом настојању.⁴⁹ Слично правило требало би да важи и у погледу обавеза комисионара и отпремника (шпедитера), мада закон у том погледу није изричит. Јер, не може комисионар, на пример, бити одговоран за штету због неиспуњења уговорне обавезе ако је поступајући по налозима комитента, понашајући се са пажњом доброг привредника, покушао да закључи уговор са трећим лицем у своје име а за рачун комитента, али треће лице није прихватило његову понуду.

У оваквим уговорним односима једна уговорна страна је дужна да са пажњом доброг привредника, односно доброг стручњака, настоји да њене радње покажу одређени резултат, али не одговара другој страни за штету ако ти напори остану безуспешни. Друга страна једино неће бити дужна да првој страни (чији су напори остали неуспешни) плати уговорену или на други начин одређену накнаду (провизију). У правној теорији се за такве правне односе каже да представљају тзв. облигације средстава. Дужник се обавезује да изврши одређену радњу, без обзира да ли се њеним предузимањем остварује циљ облигације.⁵⁰

Ако упоредимо положај дужника који се обавезао да својим радњама постигне одређени резултат са положајем дужника који је обавезао само да ће са дужном пажњом настојати да се тај резултат постигне, очигледно је да је положај овог другог дужника знатно повољнији. Због тога и ову групу правила можемо сматрати правилима којима се ублажава одговорност дужника (истина не у стриктно-правном смислу те речи, јер дужник није ни преузео обавезу да ће постићи циљ ради којег је закључен уговор).

6. Обим одговорности дужника

Дужник који није испунио своју уговорну обавезу, а који је одговоран за штету, дугује повериоцу накнаду обичне штете и накнаду измакле користи.⁵¹ Ово је правило настало у трговачком

⁴⁷ Члан 790. став 1. Закона о облигационим односима.

⁴⁸ Члан 813. Закона о облигационим односима.

⁴⁹ Члан 818. став 3. Закона о облигационим односима.

⁵⁰ Перовић, др С., „Облигационо право“, Београд, 1976, стр. 41. С друге стране, постоје и облигације резултата, код којих је дужник извршио своју обавезу тек кад је његова радња постигла одређени резултат, кад је остварен циљ ради којег је облигација настала.

⁵¹ Члан 189. став 1. Закона о облигационим односима.

праву,⁵² али је постепено његова примена проширена на све уговорне односе, како у привреди тако и ван привреде.⁵³

Дужник који је одговоран за штету због неиспуњења уговорне обавезе дужан је да накнади повериоцу ону штету за коју поверилац докаже да је наступила, и то услед неиспуњења уговора.⁵⁴ То је тзв. конкретна штета. Посебно још у случају раскида уговора о продаји позната су (пored обрачуна накнаде конкретне штете) још два начина обрачуна накнаде. Прво, ако ствар има текућу цену, страна која је услед неиспуњења обавезе друге стране претрпела штету може уместо накнаде конкретне штете захтевати разлику између цене одређене уговором и текуће цене на дан раскида уговора на тржишту места у коме је посао обављен (тзв. накнада апстрактне штете).⁵⁵ Друго, кад је уговор о продаји раскинут због тога што једна страна није извршила своју обавезу на време, па друга страна изврши продају робе трећем лицу, односно купи робу од трећег лица, и при томе претрпи штету због разлике у цени, она може захтевати накнаду штете у висини те разлике у цени (тзв. продаја, односно куповина ради покрића).⁵⁶

Али, за привредне односе од посебног је значаја правило да поверилац има право на накнаду само оне обичне штете и измакле користи коју је дужник у време закључења уговора могао предвидети као могуће последице повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.⁵⁷ Према томе, одговорност дужника за штету због неиспуњења уговорне обавезе није неограничена. Ово је једно ново правило, које је у наше право уведено тек Законом о облигационим односима. Оно је уведено у наше право под утицајем хашког Једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари.⁵⁸ Поверилац има право захтевати накнаду целокупне штете само у случају преваре или намерног неиспуњења уговорне обавезе од стране дужника, као и неиспуњења због крајње непажње.⁵⁹

Ово је правило настало у међународним привредним односима. Оно је одраз жеље да се савесни привредници заштите од економског уништења, које би могло наступити као последица

⁵² На пример, § 272. старог хрватског Трговачког закона.

⁵³ Треба се у вези с тим подсетити да је у § 819. старог српског Грађанског законика било садржано следеће правило: „Ко штету какву друге нанесе са злом намером или из крајњег небрежења, онај ће не само штету учиниену накнадити, него ће и добитак због тога изгубљени наплатити морати“. У случају неиспуњења уговора услед обичне непажње, дужник је био дужан да повериоцу накнади само обичну штету.

⁵⁴ Чехословачки Законик међународне трговине познаје и накнаду претпостављене измакле користи. Према § 254. став 1. овог Законика, уместо стварно измакле користи поверилац може захтевати накнаду, користи која се обично постиже у поштенom трговинском промету у земљи у којој је требало испунити обавезу.

⁵⁵ Члан 524. Закона о облигационим односима.

⁵⁶ Члан 525. Закона о облигационим односима.

⁵⁷ Члан 266. став 1. Закона о облигационим односима.

⁵⁸ Члан 87. овог Закона. Превод овог Закона објављен је у књизи Голдштајн, др А., „Међународно трговачко право“, Загреб, 1970. Исто правило садржи и члан 74. наведене Конвенције УН, која је објављена у преводу у публикацији Института за упоредно право, Београд, 1980. године.

⁵⁹ Члан 266. став 2. Закона о облигационим односима.

еиспуњења уговорних обавеза ако би њихова одговорност за штету била неограничена.⁶⁰ Међутим, мали је број земаља које су ово правило унеле у своје националне прописе.⁶¹ Посебно треба истаћи да не постоје оправдани разлози за увођење овог правила и у ванпривредне уговорне односе. У уговорним односима између лица која не обављају неку привредну делатност не може се говорити о штети коју је дужник могао предвидети као могућу последицу неиспуњења уговорне обавезе. Поред тога, физичко лице — дужник у ванпривредним уговорним односима које није испунило своју уговорну обавезу, па одговара за штету, заштићено је од економског уништења и прописима о принудном извршењу.⁶²

Може се поставити питање да ли се ово правило о ограничењу одговорности дужника може применити и у погледу ограничења одговорности превозиоца за штету услед неизвршења уговора о превозу. Ово се питање може поставити због тога што у погледу односа из уговора о превозу ствари железницом, друмским превозним средством, бродом и ваздухопловом постоје посебни прописи, који регулишу и ограничење одговорности превозиоца за штету.

Међутим, ови посебни прописи регулишу ограничење одговорности превозиоца за штету услед губитка или оштећења терета, односно услед закашњења у извршењу превоза. На пример, у друмском превозу износ накнаде штете за коју превозилац одговара због губитка или оштећења ствари не може бити већи од 200 динара по килограму бруто тежине ствари. Износ накнаде штете због закашњења са предајом ствари не може бити већи од двоструког износа превознине.⁶³ Али, у тим посебним прописима се не говори о ограничењу одговорности превозиоца у случајевима кад он није извршио обавезу ствари (а ствар није изгубљена), па услед тога уговор буде раскинут.

Због тога сматрамо да у случајевима кад превозилац није извршио уговорени превоз ствари, па је уговор о превозу раскинут, питање ограничења одговорности превозиоца за штету треба решавати према општим правилима.⁶⁴ Одговорност превозиоца треба да буде ограничена, и то на накнаду оне штете коју је превозилац у време закључења уговора могао предвидети као могућу последицу повреде уговора.

Илустрације ради поново ћемо се послужити правилима о друмском превозу ствари. Кад превозилац касни са започињањем превоза толико дуго да друга страна више нема интереса за уговорени превоз, друга страна може одустати од уговора и захте-

⁶⁰ Истом овом циљу служи и одредба § 83. став 3. Општих услова за испоруку робе између организација земаља — чланица СЕВ-а, према којој укупан износ казне за закашњење не може прећи 8% од вредности робе у погледу које је наступило закашњење.

⁶¹ Оно је унето у § 254. став 2. чехословачког Законика међународне трговине, али се његове одредбе примењују само у међународним трговинским односима.

⁶² Члан 71. Закона о извршном поступку („Сл. лист СФРЈ“, бр. 20/78).

⁶³ Члан 100. Закона о уговорима о превозу у друмском саобраћају („Сл. лист СФРЈ“ број 2/74).

⁶⁴ Јакаша, нав. дело, стр. 374.

вати накнаду штете.⁶⁵ Та накнада штете обухвата штету коју је корисник превоза претрпео услед неизвршења превоза, али не преко оног износа који је превозилац у време закључења уговора могао предвидети као штету која ће наступити ако не изврши своју уговорну обавезу.

Али, с друге стране, за неке случајеве је посебним правилима регулисано парво превозиоца на накнаду штете. Тако, у случајевима кад је бродар одустао од уговора због тога што терет није укрцан на време, бродар има право на пуну возарину, на накнаду за настале прекостојнице и на накнаду за трошкове искрцавања који нису урачунати у возарину, и на друга потраживања која му припадају према уговору.⁶⁶ Оваквим правилима се одређује шта представља штета коју је дужна да накнади једна уговорна страна ако друга одустане од уговора.

Кад је штета која је проузрокована неиспуњењем уговора повећана кривицом повериоца или лица за које он одговара, накнада се смањује сразмерно.⁶⁷ Наиме, опште је правило у свим земљама да је дужност оштећеног лица да предузме све разумне мере да смањи штету.⁶⁸

7. Закључак

У Закону о облигационим односима прихваћена је концепција јединства правила о уговорним односима у привреди и ван привреде. У начелу, истим правилима су регулисана уговорна права и обавезе како привредних субјеката, тако и лица која не обављају никакву привредну делатност. Међутим, питање одговорности за штету због неиспуњења обавезе из уговора у привреди је једно од оних питања у погледу којих постоје бројна и значајна одступања од овог начела. Одговорност за штету због неиспуњења обавезе из појединих врста уговора у привреди регулисана је низом посебних правила.

Због тога би први закључак који произлази из наших разматрања требало да буде да увек кад се постави питање одговорности за штету због неиспуњења обавезе из уговора у привреди, нарочито треба обратити пажњу на то да ли је и како је ово питање регулисано посебним правилима. У погледу овог питања врло често морамо применити познато начело тумачења правних прописа: „*les specialis derogat generali*”.

Кроз ова посебна правила о односима из појединих врста уговора у привреди долазе до изражаја специфичности појединих привредних послова. Нарочито су детаљни такви посебни прописи о односима из разних врста уговора о превозу.

Основ одговорности дужника за неиспуњење уговорне обавезе регулисан је у вези са појединим врстама уговора у привреди

⁶⁵ Члан 51. Закона о уговорима о превозу у друмском саобраћају.

⁶⁶ Члан 491. став 3. Закона о поморској и унутрашњој пловидби.

⁶⁷ Члан 267. Закона о облигационим односима.

⁶⁸ Schmitthoff, C. M. and Sarre, D. A. G., »Charlesworth's Mercantile Law«, London, 1977, стр. 142.

на посебан начин. У погледу многих уговора у привреди не важи опште правило да дужник увек одговара за штету због неиспуњења уговорне обавезе, осим ако успе да докаже да своју обавезу није могао испунити због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи. У многим привредним односима важи правило да дужник одговара за штету која је наступила због тога што није испунио своју уговорну обавезу само ако је крив. При томе се у оцени да ли је дужник крив за неиспуњење уговорне обавезе полази од стандарда доброг привредника, односно доброг стручњака. С друге стране, постоје и ситуације у којима дужници из одређених врста уговора у привреди могу одговарати чак и ако своју уговорну обавезу нису могли извршити због више силе.

Због тога би други закључак у вези са предметом наших разматрања требало да буде да је у разним врстама уговора у привреди различити основ одговорности дужника за штету због неиспуњења уговорне обавезе. У том погледу односи из уговора у привреди показују много већу шароликост него односи из уговора које не сматрамо уговорима у привреди.

Што се тиче обима одговорности дужника за штету која је проузрокована неиспуњењем уговорне обавезе, пажњу заслужују нарочито два правила. Прво, накнада штете обухвата како обичну штету („*damnum emergens*”), тако и измаклу корист („*lucrum cessans*”). Ово правило важи и за привредне и за ванпривредне уговорне односе, али је за односе из уговора у привреди од посебног значаја. Јер, у пракси, у ванпривредним уговорним односима поверилац у случају раскида уговора због неиспуњења обично није претрпео никакву штету у виду измакле користи, па се питање накнаде такве штете неће ни поставити. Друго, одговорност дужника ограничена је на ону штету коју је дужник у време закључења уговора могао предвидети као могућу последицу повреде уговора. И ово правило важи за привредне и ванпривредне уговорне односе, али се у погледу примене овог правила у ванпривредним уговорним односима могу ставити озбиљне примедбе.

Ограничење одговорности једне уговорне стране за губитак или оштећење ствари, за закашњење у извршавању обавезе, или за штету због неиспуњења обавезе може бити оправдано само у односима из уговора у привреди. Примена правила о ограничењу одговорности за штету због неиспуњења обавезе и у ванпривредним уговорним односима значи сувише велику заштиту дужника, који је (над је физичко лице у питању) и без тога заштићен правилима о томе на којим се стварима не може спровести принудно извршење. Због тога би примена одредбе члана 266. став 1. Закона о облигационим односима, у којем је одређено да дужник који није извршио своју уговорну обавезу одговара само за ону штету коју је у време закључења уговора могао предвидети као могућу последицу повреде уговора, требало ограничити само на односе из уговора у привреди. То је трећи закључак у вези са предметом наших разматрања.

Четврти закључак гласио би да се у нашем праву у погледу уговорне одговорности јасно могу запазити две тенденције, које се крећу у различитим правцима али се међусобно допуњују. С једне стране, у области уговорне одговорности у начелу смо (ако није друкчије одређено посебним правилима за поједине врсте уговора у привреди) напустили систем одговорности по основу кривице. Дужник који није извршио уговорну обавезу увек одговара за штету, осим ако обавезу није могао извршити због околности које није могао спречити, отклонити или избећи. С друге стране, обим одговорности дужника се ограничава. Дужник који није испунио уговорну обавезу више не одговара за штету неограничено, него само до износа који је у време закључења уговора могао предвидети као могућу последицу повреде уговора.

Проф. др Ивица ЈАНКОВЕЦ

RESPONSIBILITY FOR DAMAGE BECAUSE OF NON-FULFILLMENT OF OBLIGATION FROM THE CONTRACT IN ECONOMY

— Summary —

Up to passing into effect the Law on Obligational Relations (in 1978), there was a rule in Yugoslav law according to which the debtor was responsible for the damage caused by non-fulfillment of the contractual obligation only if he was guilty for non-fulfillment. According to the Article 263 of this law, the debtor is exempted of the responsibility for damage if he proves that he could not fulfill the obligation because of the circumstances which occurred after signing the contract and which he could not prevent, eliminate or avoid. Since for the exclusion of debtor's responsibility it is not requested that reason for non-fulfillment of obligation be an outer occurrence, it should be concluded that debtor can be exempted from responsibility because of circumstances which are not a higher force.

However, in the relations from many kinds of contracts in economy this rule cannot be applied. Particular rules established for many contracts in economy it is provided that the debtor will be held responsible for damage only if he is guilty for non-fulfillment of contractual obligation. On the other hand, there are the cases when the debtor will be responsible for unfulfilment of contractual obligation even if he could not perform according to contract because of the higher force (for instance, if he withdrew from the order of the other contractual party, or if he did not act according to contract).

As far as the scope of debtor's responsibility is concerned, there is a rule in Yugoslav law according to which the debtor who did not fulfill his contractual obligation is obliged to compensate creditor's ordinary damage and missed profit which are consequences of non-fulfillment of obligation.

But the creditor has the right to compensation only of ordinary damage and missed profit which could have been foreseen by the debtor in the time of signing the contract as a possible consequence of contract's violation. This rule is of general character and it is valid for the relations in economic contracts and for non-economic contractual relations. However, the author is of opinion that this rule can be justified only in the relations between economic organisations. In that way conscientious businessmen are protected from economic destroying, which could happen as a consequence of non-fulfillment of contractual relation if their responsibility for damage were unlimited. For the relations between physical persons who do not perform economic activity, this rule is not suitable. Physical persons are protected from economic destroying by rules on what goods cannot be the subjects of forced realization.

УГОВОР О ЛИЗИНГУ (LEASING-у)

1⁰ Појам и значај уговора о лизингу

а) Настанак и развој лизинга

Израз „лизинг“ потиче од енглеског глаголског облика »to lease«, што у буквалном смислу значи закупити, дати у закуп. И у француској пословној пракси фигурира израз »credit-bail« (кредитирање закупа), који по значењу одговара енглеској речи »leasing«. Међутим, термин „лизинг“ је, ипак, општеприхваћен у пословној и банкарској пракси.

Иначе, према гледишту, лизинг је настао у Египту 3000. године пре н.е., за време Thinites-а а нарочито за време владавине Menès-а.¹ Други аутори, појаву лизинга, као облика финансирања, везују за пословну праксу САД крајем прошлог века, када је 1877. године велика америчка фирма »Bell Telephone« изводила неке пословне операције сличне данашњем лизингу, а то су доцније радиле и друге америчке фирме: »United Shoe Machinery«, »IBM« и др.² Али то није био лизинг у данашњем смислу, већ закуп, иако су се као даваоци лизинга јављале фирме у својству субјеката трговачког права, а не физичка лица. Коначно, према трећем гледишту, лизинг се појавио педесетих година у САД. Настанак лизинга на тлу САД објашњава се у првом реду околностима да су тада поједине гране индустрије показивале висок ритам њиховог развоја, па је то стварало повећане потребе за кредитирањем, а како је знатан број америчких фирми показивао склоност према самофинансирању, те су потребе задовољаване путем средњорочних и дугорочних кредита који су давани по систему лизинга. Поред тога, на појаву лизинга у САД утицала су разна фискална преимућства и олакшице које су имали учес-

¹ M. El. Mohtar Bey, u »La symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobiliers«, наведено према Lauré, M.: L'apport du credit-bail aux techniques financières, изд. Société Générale, Paris, стр. 3.

² Lauré, M., о. с., стр. 4.

ници у лизинг пословима, као и чињеница што је 1960. године у САД дозвољено комерцијалним банкама да врше финансирање по систему лизинга. Овоме треба додати и познату еластичност англо-саксонског права које дозвољава употребу нових облика уговарања ако такво уговарање није у изричитој супротности са принудним прописима.

Послови лизинга су из САД почели да се шездесетих година преносе у Канаду, Енглеску, СР Немачку, Швајцарску, а 1963. године у Јапан, Белгију, Финску Шпанију и Италију. Тада је лизинг почео да се преноси и у Југославију (закуп електронских рачунара). Преношење лизинга није било само ограничено на Европу и Јапан; оно је настављено да се преноси и у многе земље са свих континената. Из области лизинга, основане су и велике организације које послују такође по целом свету, као што су: »Lease Club«, »Credit Union«, »Multi Lease« и друге.

Дакле, настанак и развој у поменутим земљама Европе није без тешкоћа. Тешкоће су долазиле отуда што европска правна традиција није наклоњена уговорима који нису регулисани законом. Тежња да се по сваку цену нови уговор сврста у неки од постојећих „именованих“ уговора имала је свој утицај и на уговор о лизингу. Тако: на пример, у недостатку законских решења, француска судска пракса је изједначавала уговор о лизингу са уговором о кредиту, али пошто се код уговора о кредиту не признаје право власништва кредитора на стварима које су дате на кредит, блокирана је могућност да се послови лизинга смелије развијају. Ситуација није била боља ни у другим европским земљама. Одсуство законодавне интервенције објашњава скроман развој лизинга у Шпанији и Италији.

Кад већ говоримо о настанку и развоју лизинга, а посебно о тешкоћама са којима је себи крчио пут у неким европским земљама, занимљиво је истаћи да је Француска била прва земља која је законом дала најцеловитију дефиницију лизинга. По овој дефиницији лизинг је одређен (дефинисан) као: „Послови давања под закуп на професионалну употребу опреме, справа-алатки, или непокретних добара купљених ради изнајмљивања од стране организација које остају њихови власници, док ови послови, било како их назвали, дају закупцу право да их прибави део или целокупна добра по одговарајућој цени узимајући у обзир бар међу странака, уплате извршене на име закупнине“.³

Из цитираног се види да француски законодавац са „декартовском“ јасноћом одређује појам лизинга са свим његовим елементима. После доношења поменутог закона, француски фискални прописи били су наклоњени неким врстама лизинга (закуп вагона, рибарских бродова, авиона, некретнина и сл.). Француским примером кренуле су и неке друге европске земље.

Прве послове по систему лизинга закључиле су наше организације удруженог рада о закупу електронских уређаја (рачунара) још пре 25 година. Пракса узимања у закуп и других техничких уређаја и направа настављена је и даље. Многе наше органи-

³ Lauré, M., о. с., стр. 8.

зације удруженог рада успеле су да посредством лизинга набаве савремену опрему и технологију, што је у великој мери допринело не само повећању продуктивности рада, него и оспособљавању кадрова да рукују том опремом и технологијом. На садашњем степену развоја, бројне југословенске организације удруженог рада су технички опремљене и кадровски оспособљене да могу бити извознице лизинг услуга, пре свега, у несврстане земље и земље у развоју.

Према досадашњим излагањима може се закључити да је лизинг сложена пословна операција састављена од финансијских, техничких, технолошких и организационих радњи и поступака усмерених на то да се кориснику лизинга омогући путем закупа коришћење савремених техничких уређаја и опреме, при чему корисник лизинга за набавку опреме и уређаја не ангажује сопствена или позајмљена новчана средства. Захваљујући томе лизинг је добио значајно место у пословима међународне трговине.

б) Основни појмови о уговору о лизингу

Под уговором о лизингу подразумева се такав уговор којим се давалац лизинга обавезује да ће кориснику лизинга дати на привремену употребу (закуп) неку ствар или скуп ствари и обавити одређене радње у вези са том употребом, док се корисник лизинга обавезује да ће по истеку уговореног рока вратити те ствари, продужити њихово коришћење или их откупити и платити утврђену накнаду (закупнину) у ратама. Овако широка дефиниција уговора о лизингу указује на велику сличност овог правног посла са уговором о закупу. Међутим, треба имати у виду да су у уговору о лизингу садржани и елементи уговора о кредиту, уговора о куповини и продаји и уговора о новчаном кредиту. Зато ћемо се на томе задржати.

Ако се пореди уговор о лизингу са уговором о закупу може се констатовати да између ова два уговора постоје велике сличности, али и неке разлике. Тако закуподавац не прибавља неку ствар или скуп ствари да би их као професионалац давао у закуп, већ напротив, он их прибавља да би помоћу тих ствари задовољио неку потребу или интерес. Супротно томе, давалац лизинга увек прибавља ствари да би их у вршењу своје професионалне делатности давао у закуп. Штавише, он и не намерава да задржи својину ствари кад се једног дана заврши период закупа. То значи да је давање ствари (опреме) у закуп код уговора о лизингу мотивисано другим разлозима у односу на разлоге који мотивишу закуподавца да даје ствари у закуп. Пошто власник закупљене ствари код уговора о лизингу не намерава да задржи својину ствари по истеку закупа, то је и разлог да се у овом уговору редовно налази клаузула по којој је давалац лизинга дужан да (по истеку закупа) ствар прода кориснику, као и право корисника да једнострано одлучи хоће ли се тим правом користити. За разлику од уговора о закупу, код уговора о лизингу обично се

предвиђа обавеза даваоца лизинга да одржава уступљену опрему и врши одговарајуће сервисе, да замењује оштећене и истрошене делове, да обезбеди резервне делове, да врши обуку кадра у руковању опремом и уређајима и сл. Исто тако, обавезе даваоца лизинга су сложеније и комплексније, него што је то случај са обавезама из уговора о закупу.

И поред поменутих разлика, између уговора о лизингу и уговора о закупу постоје, као што је речено, и велике сличности, јер је уговор о закупу, фигуративно речено, „родоначелник“ уговора о лизингу; он је из њега настао, развио се и добио своја посебна обележја и карактеристике.

Поређењем уговора о лизингу са уговором о куповини и продаји уочавају се велике разлике. Пре свега уговором о куповини и продаји преноси се право својине, односно право располагања, док се уговором о лизингу преноси право употребе ствари која се за ту сврху даје у закуп. Из ове основне разлике произилазе и друге разлике, на чему се нећемо задржавати. Проблем је, међутим, нешто сложенији кад је у уговору о куповини и продаји садржана клаузула о задржавању права својине, односно располагања (*actum reservati dominii*). Као што је познато, сврха клаузуле *actum reservati dominii* јесте да се савестан продавац заштити од несавесног купца у вези са његовом обавезом да исплати куповну цену и у том погледу ова клаузула има заштитну функцију. Напротив, клаузула о праву корисника лизинга да по истеку закупа купи закупљену ствар нема заштитну функцију, тј. овом клаузулом је корисник лизинга само овлашћен да откупи ствар, да настави са закупом или да је врати њеном власнику, даваоцу лизинга. Ствар је, међутим, корисника лизинга да ли ће се користити овим правом.

Разлике између уговора о лизингу и уговора о делу су изразитије. Уговором о делу се посленик обавезује да изврши један или више одређених послова за рачун наручиоца дела, а овај се обавезује да плати одређену накнаду. И уговором о лизингу се давалац лизинга обавезује да ће одржавати и сервисирати опрему која чини предмет овог уговора, али то је допунска обавеза даваоца лизинга која не мора да буде предвиђена у сваком уговору о лизингу. Због тога ова обавеза није типична за уговор о лизингу.

Приликом разграничења уговора о лизингу од уговора о новчаном кредиту може се запазити да уговор о лизингу представља један шири облик кредитирања, односно финансирања, јер се опрема даје у закуп, а потом се отплаћује њено коришћење. Истина, ова је сличност привидна. Наиме, уговором о кредиту банка се обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава, на одређено или неодређено време, за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено уговором. То, другим речима, значи да предмет уговора о кредиту чини новац као потрошна и замењива ствар, па је, сагласно томе, корисник кредита у обавези да исти број ствари (новчаних јединица) које је узео на

кредит као и да плати одређену накнаду у виду камате. Напротив, код уговора о лизингу корисник лизинга је дужан да врати исту ствар коју је узео у закуп и која је у међувремену изгубила у својој вредности услед употребе. Дакле, у првом случају се враћа иста вредност ствари, а у другом њена смањена вредност. Затим, давалац кредита је заинтересован да будући корисник буде способан да врати кредит за припадајућом каматом и трошковима и то у време његове доспелости за враћање. Супротно томе, овакав ризик не постоји кад је у питању уговор о лизингу због тога што давалац лизинга остаје носилац права располагања, односно права својине, за све време трајања закупа, независно од тога што је дата могућност кориснику лизинга да по истеку закупа откупи закупљену ствар. Коначно, за процену бонитета будућег корисника кредита узима се у обзир његово билансно стање или, тачније, финансијска структура билансног стања, а тиме и његова кредитна способност. За разлику од уговора о кредиту, код уговора о лизингу примарни значај има рентабилност корисника лизинга, односно његов биланс успеха који мора да буде такав да се из њега, поред материјалних и осталих трошкова, могу измрити обавезе из уговора о лизингу.

2^о Финансирање по систему лизинга

У досадашњој пословној и банкарској пракси појављују се два основна облика финансирања по систему лизинга: финансирање по систему правог лизинга и финансирање по систему неправог лизинга (квази лизинга).

а) Финансирање по систему правог лизинга

За финансирање по систему правог лизинга карактеристично је то да у њему учествују три лица: произвођач опреме, лизинг организација и корисник лизинга, при чему се закључују два уговора. Први се уговор закључује између произвођача опреме и лизинг организације, а други између лизинг организације и корисника лизинга. Према уговору који се закључује између произвођача опреме и лизинг организације произвођач опреме предаје опрему лизинг организацији, а ова за ту опрему истовремено исплаћује куповну цену. На основу тако закљученог уговора, лизинг организација закључује уговор са корисником лизинга и то тако што лизинг организација даје кориснику лизинга опрему на употребу коју је, као што смо видели, прибавила од њеног произвођача. Корисник лизинга је према овом уговору дужан да лизинг организацији плаћа накнаду, месечно, тромесечно, шестомесечно, зависно како је ова обавеза регулисана уговором о лизингу.

Дакле, код овог облика финансирања лизинг организација купује и финансира набавку одређене опреме за потребе корисника лизинга коју би он морао да купује кад би за то имао распо-

лаживих финансијских средстава. Према томе, лизинг организација купује опрему, исплаћује куповну цену и ту исту опрему предаје на употребу кориснику лизинга, с тим што корисник лизинга плаћа лизинг организацији накнаду (закупнину) у ратама. У центру приказане пословне операције налази се лизинг организација која се јавља у улози кредитора (финансијера).⁴

б) Финансирање по систему неправог или квази лизинга

Кад је у питању финансирање по систему неправог или квази лизинга, не појављује се лизинг организација као посредник у финансирању пословне операције, већ произвођач опреме који је истовремено и давалац лизинга, па се стога и поставља питање да ли је то уопште лизинг или грађанскоправни закуп.

У тражењу одговора на овако постављено питање, немачка правна теорија предлаже да се у текст који се закључује између произвођача опреме и купца унесе банка која сопственим средствима финансира целокупну пословну операцију. Пошто банка финансира наведену пословну операцију, произвођач своје потраживање закупнине преноси на банку и тако долази до готовинских средстава помоћу којих финансира израду опреме. Овакав се облик финансирања све више напушта, а велико је питање да ли оваква финансијска конструкција представља лизинг, или је то нека врста модификованог облика уговора о закупу.

3^о Основне карактеристике уговора о закупу

Сва досадашња излагања и анализе упућују на закључак да је уговор о лизингу мешовит или сложен уговор, јер су у њему садржани елементи неких других именованих уговора грађанског и привредног права. Као што је раније истицано, у уговору о лизингу највише су заступљени елементи уговора о закупу. Исто тако, у уговору о лизингу могу бити заступљени и елементи уговора у куповини и продаји, ако се лизинг организација обавезала да ће по истеку закупа продати опрему кориснику лизинга. У уговору о лизингу могу (а не морају) бити садржани елементи уговора о делу, уколико се лизинг организација обавезала да ће сервисирати опрему, обучавати кадрове у руковању опремом, давати стручне инструкције итд. Поред тога, у уговору о лизингу има и неких елемената уговора о кредиту, јер се помоћу лизинга финансирају одређене пословне трансакције.

Кад се већ говори о основним карактеристикама уговора о лизингу, било би непотпуно ако се не би указало да је овај уговор типски уговор кога једнострано редигује лизинг организација (банка) и доставља кориснику лизинга на усвајање. Он је истовремено и формалан уговор. Писмена форма је одређена из фискалних разлога као и због заштите јавних интереса. Тако је и у нашем праву.

⁴ Росенберг, Љ., о. с., стр. 342.

На крају, уговор о лизингу је, по природи ствари, уговор са трајним извршењем чинидбе (престације); он се најчешће закључује за дужи период који се у пословној и банкарској пракси најчешће креће између три и десет година. У оквиру тога рока предвиђа се и могућност његовог отказа. До отказа долази ако се на опреми покаже квар који није последица нестручног руковања, а лизинг организација одбије да га отклони или замени неисправни део. Овај се уговор може отказати ако се покажу скривене мане за које се није знало у часу кад је уговор о лизингу закључен.

4^о Дејство уговора о лизингу

Уговор, о лизингу је двоструко обавезан уговор којим се стварају обавезе, како на страни лизинг организације, тако и на страни корисника лизинга. Основна обавеза лизинг организације јесте да кориснику лизинга уступи на употребу ствари или скуп ствари (опрему), а корисника лизинга да за то плати лизинг организацији одређену накнаду (цену закупа). Ова два битна елемента мора до постоје у сваком уговору о лизингу, без обзира на могуће модалитете. Поред поменутих битних елемената, уговор о лизингу може да има и небитне елементе, зависно од воље уговорних страна и природе посла.

Иначе, ствари које чине предмет уговора о лизингу мора да имају уговорена или уобичајена својства и да у свему одговарају сврси за коју су намењена. Те се ствари најчешће у пракси израђују за индивидуалне потребе корисника лизинга. По правилу ради се о веома скупој опреми коју корисник лизинга не би био у стању да купи за готово, нити да обезбеди повољан кредит за куповину. Лизинг организација може преузети и обавезу да сервисира опрему, замењује похабане делове који су услед редовне употребе или грешке у конструкцији или изради у неупотребљивом стању. У уговорима о лизингу често се срећу клаузуле по којима је лизинг организација дужна да врши обуку кадра који ће руковати са стварима датим у закуп. Исто тако, не искључује се могућност да лизинг организација пренесе на корисника лизинга знање и искуство (KNOW-HOW) из области технике и технологије која се односи на предмет закупа уз гаранцију да техничко знање и искуство имају одређена својства предвиђена уговором и техничком документацијом.

Са друге стране обавеза је корисника лизинга да лизинг организацији плаћа одређену накнаду (закупнину). Накнада (закупнина) се обично састоји од следећих елемената: отписане амортизације, камате на ангажована средства намењена за набавку ствари које се дају у закуп, планираних трошкова одржавања и замене делова као и трошкова у вези са припремом и закључењем уговора о лизингу, укључујући ту и планирану добит лизинг организације. Уколико се, пак, путем лизинга преноси и техничко знање и искуство (KNOW-HOW) у том случају је корисник лизинга дужан да за то плаћа посебно накнаду, чија висина зависи од степена техничке иновације, оригиналности, тајности техничког знања и искуства и привредног ефекта који се очекује.

Закупнина (накнада) се, по правилу, плаћа: месечно, тромесечно, шестомесечно или годишње унапред. У неким случајевима се поједине рате посебно обрачунавају за редовно коришћење ствари датих у закуп (на пример до 182 часа у календарском месецу), а посебно за тзв. „додатно коришћење“ које прелази време предвиђено за редовно коришћење ствари (на пример преко 182 часа месечно). Занимљиво је овде напоменути да се у неким случајевима врши убрзано обрачунавање амортизације у том смислу да се ствар амортизује пре него што је истекао рок важења закупа, иако би требало да се ова два рока међусобно поклапају. Захваљујући свом монополском положају, лизинг организација најчешће инсистира на томе да се висина закупнине ревалоризује после истека одређеног времена у зависности од кретања цена на тржишту те се тако штити од обезвређивања ствари које су дате у закуп.

У већини уговора које смо имали прилике да прегледамо предвиђа се обавеза корисника лизинга да сноси трошкове транспорта, допремања и отпремања ствари по истеку уговора о лизингу. Поред тога, корисник лизинга сноси и трошкове осигурања, порезе, таксе и разне друге дажбине, као и трошкова припремања терена постављање опреме, трошкове радне снаге која је ангажована за монтажу опреме и уређаја. Корисник лизинга је дужан да по истеку закупа врати ствар лизинг организацији, ако није друкчије уговорено. Он је, исто тако, дужан да ствар која чини предмет уговора о лизингу користи у складу са њеном наменом и да лизинг организацији омогући одговарајуће вршење контроле.

5^о Врсте уговора о лизингу

У пословној и банкарској пракси постоје различите врсте уговора о лизингу, зависно од предмета лизинга, дужине трајања закупа, овлашћења корисника лизинга итд. Тако, на пример, једни аутори уговоре о лизингу деле на: лизинг потрошних добара, инвестициони лизинг, лизинг покретних и непокретних ствари, концерн-лизинг, произвођачки лизинг, производно-финансијски лизинг и сл. Други аутори, уговоре о лизингу деле на лизинг произвођача и лизинг специјализованих организација, лизинг са опцијом продуженог закупа и лизинг са опцијом куповине по истеку закупа. Овим се свакако не исцрпљује листа могућих облика уговора о лизингу. Правно посматрано, најважнија је класификација уговора о лизингу на уговоре о лизингу некретнина и уговоре о лизингу покретних ствари, због тога што је правни режим некретнина друкчији од правног режима покретних ствари (начин стицања, судска надлежност, форма уговора, примена колизионих норми, принудна продаја и сл.). Такође је значајна подела лизинга на прави лизинг и неправи или квази лизинг.

6^о Правно регулисање уговора о лизингу

Уговор о лизингу је настао у послератној пословној пракси развијених земаља Запада из потребе да се нађе одговарајуће правно

средство за регулисање допунског финансирања пословних трансакција из области међународног промета робе и услуга. Као што смо раније видели, овај уговор није правно регулисан у великој већини законодавстава, па ни у нашем законодавству, па се стога и поставља питање који ће се прописи применити на њега, ако се странке о томе нису изјасниле у самом уговору. У сваком случају тада би дошла у обзир примена правила аутономног привредног права као и прописи грађанског и привредног права, с тим што би предност имали општи услови пословања лизинг организација и њихових професионалних организација и удружења из разлога што су они боље прилагођени потребама и захтевима савременог међународног промета, мада је увек присутна опасност да лизинг организација једнострано наметне онакве услове уговарања какви њој највише одговарају, о чему се мора посебно водити рачуна приликом закључења уговора о лизингу.

Већ је било речи о томе да је у појединим законодавствима регулисана фрагментарно материја која се односи на нека питања уговора о лизингу. Тако је и у нашем праву. У члановима 26. до 28. и члановима 30, 31. и 35. Закона о промету роба и услуга са иностранством предвиђена је могућност да се могу увозити основна средства (машине, апарати, уређаји, превозна средства и др.) по основу закупа ради њиховог коришћења у процесу производње и пружања услуга.⁵ Међутим, треба препустити времену да се овај уговор уобличи у пословној пракси, па га евентуално тада правно регулисати. Уосталом, такав је случај био и са другим уговорима који не вуку своје порекло из римског права.

Проф. др Божидар ПАВИЋЕВИЋ

CONTRACT ON LEASING

— Summary —

The author of this article puts forward various stands on the emergence of contract on leasing and concludes that crediting on leasing system is very developed in contemporary conditions of international commerce. In fact leasing represents complex business operation consisting of financial, technical, technological and organizational actions and proceedings directed to providing users of leasing by means of lease the use of most up-to-date technical devices and equipment, when, for the acquisition of devices and equipment the user of leasing does not use his own or borrowed means. While the contract on leasing means the kind of contract by which the giver of leasing is obliged to give the user of leasing on temporary use (lease) some good or group of goods and to carry out certain actions in connection with the lease, the user of leasing on the other hand is obliged

on the expiration of contractual term to return the goods, extend the right of use or buy them and pay the fixed leasing on installments.

In former business and banking practice there emerge two kinds of financing based on the system of leasing: financing on the system of real leasing and financing on the system of quasi-leasing. In the first case, i.e. when the financing on the bases of real leasing is concerned, two contracts must be signed. The first one is between the producers of equipment and the leasing organization, while the other is between the leasing organization and the user of leasing. According to contract between the producer of equipment and the leasing organization, the producer of equipment submits the equipment to the leasing organization, and this one simultaneously pays the buying price for the equipment. On the basis of this contract, the leasing organization signs a contract with the user of leasing in the following way: the leasing organization gives the equipment purchased from the producer to the user of leasing. According to this contract the user of leasing is obliged to pay compensation to the leasing organization monthly, quarterly or every six months, depending on the way this obligation was regulated by the contract on leasing.

Obviously, in this kind of financing the leasing organization purchases and finances the acquisition of specific equipment and devices for the benefit of the user of leasing, otherwise, these goods would have to be bought by the user of leasing had he available financial means.

The other kind of financing based on the system of leasing is characterised by the fact that the leasing organization does not act as a mediator of financing a particular business operation, but the producer of equipment is at the same time the giver of leasing, that's why the question arises whether this is leasing at all or civil-legal contract on lease. The overwhelming majority is of the opinion that this is contract on leasing after all, provided it contained the clause on the basis of which bank or any other financial organization took over the obligation to finance the said business operation.

ПОТРЕБА РАЗВИЈАЊА ПРАВНИХ ДИСЦИПЛИНА КОЈЕ ПРАТЕ РЕВОЛУЦИЈУ У НАУЦИ И ТЕХНИЦИ У ПРОГРАМУ НАСТАВЕ НА ВИСОКИМ ШКОЛАМА*

Уважене колегинице и колеге,

Живимо у доба прогресивног развоја науке и технике, када достигнути степен развоја већ даје до недавно неслућене резултате и када су, упркос томе, готово непредвидљива, даља изванредна достигнућа. Такав научно-технички прогрес, поред преображаја производних односа, како у технолошком тако и у економском смислу, доноси собом дубоке и свестране друштвене проблеме. Оне се не испољавају само у процесу рада, већ и у целокупном животу радног човека и друштва у целини.

Отуда произилази императивна потреба да се прати тај бурни развој науке и технике и то не само због револуционарних промена у технологији већ и због све приметније интелектуализације живог рада, услед продора техничких средстава у све видове рада и живота.

У таквој ситуацији неизбежан је паралелан процес одговарајућег модификовања система и програма едукације и то на целој лествици, по вертикали, при чему посебну пажњу треба усмерити на високо школство, нарочито у домену програма наставе.

Данас је све уочљивија чињеница да у процесу привредног развоја па према томе и у стварању шире материјалне основе за развој друштву у целини, уместо човека и његовог живог рада, наступају остварења његовог духовног стваралаштва. За разлику од класичног индустријског модела раста производних снага, у коме човек као радна снага, има само „употребну“ вредност, у текућој научно-техничкој револуцији, основни фактор је како се испољава волумен науке као производна снага. Статични класични модел економског раста, заснован на комбинацији три фактора — природа, рад и капитал — губи терен на коме је изграђиван и суверено

* Реферт, поднесен на XXV сесији Међународног семинара „Универзитет данас“, 22—27. септембар 1980. године у Дубровнику.

владао у протеклом периоду. Новије теорије економског раста¹ истичу да напредак науке и технологије има значај пресудног фактора убрзавања економског раста. То се испољава и у констатацији да „разлике у нивоу и прогресу науке, знања и технологије у великој мери објашњавају различитост стопе економског раста и међу високо развијеним земљама.“² Abramowitz такође каже: „Готово је извесно да се само открића, примена и размена нових знања могу мерити са улагањем капитала као директан узрок економског развоја“,³ али кад се ради о развијеним земљама, онда повећање нивоа технологије више утиче на пораст националног дохотка него и само улагање капитала јер се ради о директном повећању продуктивности. Међутим, амерички аутор W. Heller, трансфер технологије и нових техничких достигнућа назива „главним кључем привредног развоја“ и у случају кад се ради о земљама у развоју.⁴

Но, независно од свега напред наведеног, може се закључити да ако у неким областима људског стваралаштва можда још постоје дилеме о значају инвенције и иновације као непосредног фактора развоја, сигурно је да су у технологији оне синоним прогресивних кретања. С друге стране, нема сумње да прогресивни развој технологије битно утиче на мењање продукционих односа и да постоји тесна корелација између укупног друштвеног развоја и унапређења производне технике. Но, као што каже Маркс, пошто свака новина носи и обележје средине у којој је настала,⁵ а пошто се многа открића, проналасци и поступци могу позајмљивати и трансферисати, за успех таквих активности неопходан услов је да она буду адаптирана и транспонована на специфичне услове а према могућностима и потребама новог места примене.

Говорећи о „економији путем проналазака“, Маркс указује да „... ваља правити разлику између општег рада и заједничког рада. И један и други имају своју улогу у процесу производње. Оба прелазе један у други али се разликују. Општи рад је сваки научни рад, свако откриће, сваки проналазак; он је условљен делом кооперацијом са живим људима, делом искоришћавањем радова минулих генерација“.⁶ И даље, развијајући мисао о економским преимућствима кооперације, Маркс директно указује да је кооперација, као продукциони однос, погодна „ради коришћења нових проналазака без поскупљења робе“.

Дефинишући кооперацију као заједнички рад више субјеката у истом процесу производње или у различитим али повезаним процесима производње по јединственом плану, супротстављајући се анонимности рада на проналасцима и техничким иновацијама,

¹ Тако и J. Fourastié, у делу „Civilisation“, у уводу и даље, Париз, 1961. год.

² Упореди: M. Abramowitz, есеј „Economics of Growth“, R. D. Irwin Inc., Homewood, 1952, св. II.

³ Ibid., стр. 146.

⁴ W. Heller, „Fiscal Policies for Underdeveloped Countries“, у едицији Agricultural Taxation and Economic Development, Harvard University Law School, Cambridge, Mass., 1954, стр. 62.

⁵ В.: К. Маркс, „Теорија о вишку вредности“, Београд, 1953, стр. 348.

⁶ К. Маркс, „Капитал“, књ. III, Култура, Београд, 1948.

Маркс се прецизно изјашњава и по питању валоризације проналазача и техничких достигнућа, утврђујући да се њихова вредност (као делатности *sui generis*) не мери количином рада, него вредношћу повећане робне производње.⁷

У прилог третмана техничких новина и проналазача као фактора развоја, треба указати и на Лењиново становиште о друштвеном карактеру проналазачког рада с обзиром на „укључивање проналазача у правно организовани капитал“.⁸ Међутим, имајући у виду кретања и трендове развоја савремене привреде у свету, може се констатовати неоспорна чињеница да, без обзира на друштвени поредак који постоји у појединим деловима данашњег света, достигнућа науке и технике као резултат истраживачко-развојне делатности, нису постала само централно питање економске политике и савремене теорије развоја, већ све значајнији део укупног производног потенцијала и националног богатства.

Још пре 110 година Маркс је врло консеквентно разрадио следеће становиште: „Упоредо са развојем крупне индустрије, стварање правог богатства постаје, међутим, у мањој мери зависно од радног времена и количине уложеног рада а више од ефикасности опреме, која се током радног времена буде стављала у погон. Та опрема опет — њена снажна делотворност — није ни у каквој сразмери са радним временом, непосредно уложеним у њену производњу, већ више зависи од општег нивоа науке и развоја технологије, односно од примене те науке у производњу. Развијање те науке, особито природних наука, а са њима и осталих, стоји опет у зависности од развоја материјалне производње“.⁹

Проучавајући процес стицања и одржавања нивоа знања у савременим условима привређивања и у текућој револуцији науке и технике а разматрајући тај процес као фактор друштвеног развоја, савремени аутори¹⁰ га сагледавају са следећих карактеристичних аспеката:

а) пораст стручног знања, односно обим усвајања достигнућа науке и технике као додатна акумулација, представљајући производни потенцијал и део укупних развојних фондова друштва, сачињава део укупног „друштвеног капитала“ или укупног националног потенцијала; отуда његово претварање у додатну акумулацију битније је од сваког материјалног увећања акумулације;

б) проблем усклађивања едукације са потребама у стручним знањима карактеришу бар две ствари:

⁷ У том смислу упореди: К. Маркс, *Op. cit.*, гл. VI, стр. 156, гл. XI, стр. 273 и гл. XIII, стр. 330, као и о карактеру нематеријалне производње у складу са друштвеним облицима у „Теорији о вишку вредности“, Београд, 1953, I, стр. 348.

⁸ В. И. Лењин, „Империјализам“, затим „Сочиненија“, изд. IV, Том 26, Госиздат, 1949, стр. 4, *Ibid.*, Том 30, стр. 54. Слично и код Маркса, „Критика политичке економије“, Београд, 1949, стр. 20 — о аспектима друштвеног карактера индустријске својине у социјалистичком друштвеном поретку.

⁹ К. Маркс, „Grundrisse der Kritik der Politischen Oekonomie“ (Rohentwurf) 1857—1858, Dietz-Verlag, Berlin, 1953, стр. 592.

¹⁰ Нпр.: Р. Стојановић, у делу „Управљање развојем у савременом друштву“, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 251 и даље.

1. Проблем сталног застаревања знања услед убрзаног развоја науке и технике, који поставља питање времена школовања и садржине програма наставе и 2. проблем усклађености општег нивоа стручног, посебно универзитетског образовања са достигнутим степеном привредног и друштвеног развоја, тражи решење како се извући из „универзитетске кризе“ и претераног броја универзитетски образованих кадрова, што је данас у доброј мери светски проблем.

в) проблем реституције уложених средстава у стицање знања, односно рока „амортизације знања“, који се своди на однос: **трошкови учења — ефикасност** (друштвена корисност) **знања — стварни ефекат стечених знања**, при чему наведени елементи овог односа не морају бити ни у каквој сразмери, чини га веома сложеним јер је пракса показала да је са друштвеног гледишта далеко лакше управљати формирањем, употребом и ефикасношћу инвестиција у материјалне производне фондове него у (стицање, коришћење и ефикасност) знања.¹¹

Овај кратак осврт на правце истраживања савремених аутора указује на свој начин да тематика овогодишњег скупа у Дубровнику треба да буде обогачена и оваквим аспектима, нарочито када у текућој „кризи универзитета“ треба раније реформе универзитета и програма високошколске едукације осветлити са свих потребних аспеката. Ако је то и иначе, данас у свету, изузетно дискутована проблематика али и са много контраверзи, треба поменути бар неколико најчешће истицаних проблема. На пример, да ли се знања која се стичу на универзитетима приближавају или удаљавају од праксе у условима текуће револуције науке и технике (и то не од садашње већ и од будуће праксе) или је неопходно перманентно образовање током целог радног века — што сачињава и есенцијално питање реформе универзитета? Како контролисати да ли се то у универзитетској настави примењује као принцип и како — путем повезаности са праксом и какве повезаности? Треба ли обезбедити рад студената у предузећима паралелно са наставом или то остваривати дислокацијом универзитетских центара по развијенијим регионима или слањем професора на студијски боравак у развијене центре у земљи и иностранству? Како остварити сарадњу професора са привредом — непосредно или путем њиховог рада на већим истраживачким пројектима? Оптимална комбинација наведених метода вероватно би донела жељене резултате. Међутим, проблем адекватног прилагођавања високошколске едукације савременим потребама друштва не исцрпљује се само у напред наведеном, већ би се увек морао имати у виду рок рефундирања средстава уложених у школовање појединца, који би морао бити што краћи, односно стечена знања би морала омогућити рефундирање друштву знатно пре истека радног века појединца; при томе би есконтна стопа за средства, уложена у његово школовање, мо-

¹¹ Упореди: J. M. M. Ritzen, „Education, Economic Growth and Income Distribution“, Amsterdam, 1977 или O. J. McDiarmid, „Unskilled Labour for Development: Its Economic Cost“, Washington, The World Bank, 1977.

рала бити што већа — у смислу онога што појединац даје друштву својим стеченим знањем.

Циљ претходних излагања био је да, у најкраћим цртама, укажемо на изузетну комплексност питања реформе школовања, посебно реформе универзитета у условима текуће фазе револуције науке и технике, што истовремено указује и на опасност од свих облика симплификације овога проблема или давања решења, донесених „на брзу руку“. Но, наш основни циљ није да овим прилогом покушамо да захватимо целину проблема образовања у датим савременим условима, за што се не осећамо ни довољно компетентним. Ми смо овде себи поставили задатак да на једном ужем сегменту — на питању стицања неопходних правних знања стручних кадрова, дамо неке конкретне предлоге.

Може се без резерве рећи да се сви аутори, и старијих раздобља и савремени, без обзира на њихова идеолошка опредељења, слажу у читавом низу питања, која чине основу овога прилога, како следи.

Пошто достигнућа научно-техничке револуције и примена резултата техничког стваралаштва све више постају извор богатства савременог друштва, примена и сви облици трансмисија тих резултата стваралаштва у производњи захтевају одговарајући, савременији систем образовања, усмереног на развијање специфичних знања и креативних способности кадрова. Таквој оријентацији у програмирању образовања иманентни су програми, конциповани на што широј општетехничкој култури, на интердисциплинарном приступу и на инсистирању на оним, обично запостављеним научним дисциплинама, чији садржај обезбеђују регулисану и неометану циркулацију достигнућа науке и технике, односно њихову трансмисију без дискриминације.

Пошто је образовање, на свим степенима а нарочито високошколско, једна од основних полуга у процесу научно-техничке револуције, потребно је прилагодити реформу образовног система са становишта ове револуције. Ово стога што се садржаји наставних програма споро употпуњавају новим достигнућима у науци и техници, настава природих наука није довољно политехнички усмерена, у школама су недовољно заступљене техничке активности, у друштвеним наукама недовољно се посвећује пажња планирању научно-техничког развоја а у правним наукама изучавању правних норми и регулативе у области заштите, примене и размене резултата техничког стваралаштва.¹²

Нема богатства или како Лењин каже — друштвено организованог капитала — без права и регулативе која штити његов интегритет и омогућава му регуларну репродукцију. А пошто велики део тога богатства чине достигнућа науке и технике — инвенција и иновације, њихова примена и размена односно трансмисија — несумњиво је друштвена потреба развоја ових правних дисциплина

¹² Упореди базни материјал са Саветовања о стваралаштву у науци, техници и производњи, у Београду 1970, посебна публикација „Југословенског проналазаштва“, стр. 9—39.

које проучавају правне норме које чине правни режим заштите, примене и размене резултата стваралаштва у техници и привреди.¹³

Конкретно, кад је реч о научно-техничкој револуцији и њеној корелацији са савременим развојем система едукације, нарочито на високошколском нивоу, онда се у области правних наука, ради о следећим правним дисциплинама: о Ауторском праву, које се бави нормама које се односе на стваралаштво у науци и на Право индустријске својине, које обухвата комплексе патентног права, жиговог права, права заштите узорака и модела и друге пратеће правне норме, које се односе на заштиту, примену и размену стваралаштва у техници и привреди.

Упркос историјских чињеница:

— да је већ у XV веку у Венецији, био разрађен систем правних правила, којима тадање друштво, путем пружања правне заштите проналазака и утврђивања права на њихово искоришћавање, жели да подстакне стваралачки рад надахнутих аутора и компензира им труд на креирању од кога има користи друштво у целини;

— да је таква регулатива нашла места у законодавству Енглеске XVII и Француске XVIII века;

— да у доба такозваних великих кодификација, почетком XIX века ниједан цивилни кодекс није остао без норми о техничком стваралаштву, и

— да је још 1883. створен међународни систем норми правне заштите, примене и размене стваралаштва у техници и привреди путем познате Париске конвенције о заштити индустријске својине, која је путем ревизија и прилагођавања захтевима времена, на снази и данас;

готово је несхватљива околност да се и данас, на данашњем степену развоја науке и технике, још увек не налазе на програмима наставе ни свих правних факултета а камоли техничких и сродних факултета, такве научне дисциплине, као што су Право индустријске својине и Ауторско право.

Уствари, веома је мали број правних факултета, и у Југославији и у Европи, на чијим наставним програмима Право индустријске својине и Ауторско право фигуришу као посебни предмети, па уколико је тако, веома је различит третман на појединим факултетима јер су то негде само опциони а врло ретко обавезни предмети; у већем броју случајева обе дисциплине су спојене у један наставни предмет (нпр. на Правном факултету у Београду) а само изузетно (нпр. на Правном факултету у Крагујевцу) те две дисциплине су два посебна и обавезна предмета у наставном програму на трећој години студија; у највећем броју случајева студенти права „сазнају“ о правима индустријске својине и ауторским правима „узгред“, у оквиру наставних предмета као што су Привредно право, Међународно приватно право, Међународно привредно право, Облигационо право итд. У таквим случајевима, наравно, није тешко претпоставити шта и колико може остати у сећању о овим

¹³ Упореди идеје С. Претнара у рефератима на Саветовању, поменутом у фусноти 12 и на Другом југословенског саветовању у унапређењу проналазаштва и техничких иновација у индустрији и рударству, Опатија, 1973.

правним дисциплинама и нормама, младом правнику који је по завршетку студија стекао диплому, а које су иманентне све већој и прогресивној растућој примени и међународној размени техничких новина (индустријске својине, патената и сл.) технолошких знања (know-how) и научних достигнућа у данашњем свету, бременитом свим могућим разликама, противречностима и неусклађеностима и друштвеним и економским и техничким.

Врло слична ситуација је и на готово свим европским правним факултетима, при чему се могу издвојити два изузетка: то је Правни у München-у где се изучавању ових правних дисциплина посвећује нарочита пажња; заслуга за ово припада и Max-Planck институту за индустријску својину и ауторско право, највећем ове врсте на свету, као и околности да је München седиште Немачког Patent-Amt-а такође највећег на свету патентног уреда, као и седиште Европатента — патентне управе Европске економске заједнице; то је Међународни факултет за упоредно право у Strassburg-у, који организује посебне курсеве, чији је програм наставе у потпуности посвећен изучавању ових правних дисциплина.

Ако је тако у развијеном делу света, у Европи, може се предпоставити како тек ствари стоје у настави на правним факултетима земаља у развоју, иако су земље у развоју упућене на интензивно апсорбовање достигнућа науке, технике и технологије у циљу што бржег превазилажења заосталости у развоју. Недостатак стручних знања из области Права индустријске својине и Ауторског права несумњиво крију у себи опасност даљег продужења неравноправног положаја неразвијених у односу на развијене, стварајући терен за ширење технолошког колонијализма. Ово отуда што неадекватан правни режим у коме би се остваривао трансфер технологије из развијених у неразвијене делове света само би више одлагао премोшћивање постојећих разлика и неједнакости.

Треба рећи неколико речи и о јединственом примеру Правног факултета Универзитета „Светозар Марковић“ у Крагујевцу. Настао у једном изразито индустријском региону наше земље, то је несумњиво једини Правни факултет на свету, који је већ приликом свога оснивања, уградио као постулат свога научно-наставног рада и програма наставе, изричиту намеру да нарочито развија дисциплине Права индустријске својине и Ауторског права. Услед тога, од првог дана свога постојања, у наставном програму нашле су места обе дисциплине, као два посебна наставна предмета.

На основу такве оријентације, на Правном факултету у Крагујевцу организоване су посебне последипломске студије за област Права индустријске својине и Ауторског права, уз одговарајуће сродне правне дисциплине.

Најзад, на Факултету је, као посебна научна радна јединица, својевремено основан, као први у земљи и први у Јужној Европи, Институт за право индустријске својине и Ауторско право, чији је двоструки основни задатак: да трајно обезбеди научни и наставни развој ових дисциплина на Факултету и шире од тога и друго, да обезбеди привреди како стручног консултанта тако и извор формирања стручних кадрова специфичног профила.

Треба рећи још и то да је међу програмским циљевима Института отварање, у догледној будућности, међународних курсева за Право индустријске својине и Ауторско право, где ће широко бити отворена врата студентима пре свега земаља у развоју.

Ако би на крају излагања у овом прилогу требало нешто рећи као закључак, онда верујемо да није претерано тврдити да међу средствима, која се у друштву морају развијати да би се постигли максимални ефекти у коришћењу достигнућа текуће револуције науке, технике и технологије, посебно место припада настави у области Права индустријске својине и Ауторског права. То, као да је, безмало, *conditio sine qua non*.

Др Драгомир В. ЦЕРОВИЋ

THE NECESSITY FOR DEVELOPING LAW DISCIPLINES ACCOMPANYING THE REVOLUTION IN SCIENCES AND TECHNICS IN THE UNIVERISTY TRAINING PROGRAMME

— Summary —

As the achievement of the scientific and technical revolution and the application of technical creativity are becoming more and more the source of wealth of modern society, the application and all forms of transmission of results of creativity in production seek for appropriate, modern system of education directed towards developing of scientific knowledge and creative capabilities of experts. Mentioning some ideas of Marx and Lenin and of some modern futurologists as Fourastie, Abramowitz, Heller, Ritzen, R. Stojanović etc., the author points out that there is no wealth — or as Lenin soys „socially organized capital” — without rights and regulations which protect its integrity and enable its regular reproduction. And as a large share of the wealth is made up of scientific and technical achievement — inventions and inovations, their aplication and exchange or transmission — it is doubtlessly a social need to develop such law disciplines which treat norms for protection, application and exchange of results in technics and economy. The lack of expert knowledge in the field of Industrial Property Rights and Copyright treatens to prolong the unequal position of the underdeveloped countries, creating in this way conditions for spreading of technological colonialism. The Faculty of Law of the University in Kragujevac, founded in a distinctly industrial region of Yugoslavia is doubtlessly the only law school in the world which has in the very moment of its foundation, adopted as the basis of its scientific work and teaching programme the explicit intention to develop disciplines of Industrial Property Rights and Copyright. There are also organised such posgraduated studies and the Institute as well.

НЕКЕ ПРОМЕНЕ ПАТЕНТНОГ СИСТЕМА У ЗЕМЉАМА У РАЗВОЈУ, С ОСВРТОМ НА ПАРИСКУ КОНВЕНЦИЈУ

I. УВОД

Патентно право у објективном смислу налази се данас у процесу дубоких преображаја, како у појединим националним правним системима, тако и на међународном плану. Разноликост и бројност ових промена, које прожимају у исто тако значајној мери и право о жигу, условило је да буду изнете само неке од њих. Тако ће, у погледу националних правних система, бити изложене промене патентног права у појединим земљама у развоју, а у погледу међународне регулативе, углавном, настојања у правцу ревизије Париске конвенције. Овај прилаз мотивисан је чињеницом да су промене патентног права у земљама у развоју део шире, целовитије и сложеније борбе за остваривање нових међународних економских односа, као и чињеницом да је Париска конвенција најзначајнији инструмент међународне заштите права индустријске својине. Ширина и далекосежност наведених промена су таквог карактера да се, често, особито у литератури западних земаља које се развијају на класичним схватањима патентног права, сматра да је реч о „ерозији“, о распаду и нестајању овог права. С друге стране, у земљама у којима се ове промене одигравају, истиче се да су оне последица тежњи да се патентно право што више прилагоди специфичностима и потребама ових земаља. Даље се истиче да неопходност за несметаним приступом савременој технологији, као позитивном чиниоцу привредног развоја, захтева и радикалне промене самог патентног права као инструмента искључиве правне заштите одређених облика технолошког знања. Отуда се као заједнички именуатељ свих ових промена може сматрати тежња поједених земаља у развоју да се ограничи или искључи штетно деловање злоупотреба субјективних права на патент, те да се приватни интереси имаоца патента каналишу, сузе и подреде интересима развоја ових земаља.

У појединостима изложени разлози оваквих промена у земљама у развоју су углавном следеће: а) патенти се стичу са

намером да се из њих извуче одређена привредна корист, па зато они умањују по себи могућу ширу примену проналаска; б) за разлику од индустријских земаља у којима се број патената који се налазе у рукама странаца само незнатно мења, тај број се у земљама у развоју знатно повећао, као на пример у Чилеу од 65,5% из године 1937. на 94,5% у 1967. годину; ц) када се говори о патентима у земљама у развоју, углавном се мисли на патенте које имају странци или стране фирме; д) већина патената налази се у рукама малог броја мултинационалних компанија, које патенте користе за остваривање својих глобалних пословних циљева; као последица овакве концентрације патената произилази да се патенти користе за остваривање контроле над тим тржиштима; е) само се незнатно мали број патената у земљама у развоју користи у производњи (тако је у Перуу овај негде око 1,1% свих патената); патенти у овим земљама служе да иностраним предузећима осигурају извозна тржишта и да искључе конкуренцију других домаћих и страних фирми чиме се и повећава цена производа који су израђени на основу заштићених проналазака; ф) пошто се тако мали број патената искоришћава у производњи разумљиво је да онда патенти ограничавају продор технологије у ове земље.¹

II. ПРОМЕНЕ ПАТЕНТНОГ ПРАВА У ПОЈЕДИНИМ ЗЕМЉАМА У РАЗВОЈУ

1. Скраћивање рокова трајања заштите патента

У појединим земљама у развоју приметна је тенденција скраћивања трајања заштитних рокова за патенте. Тако је у Индији, у новом закону од 1970. године, скраћено трајање рока патентне заштите са 16 на 14 година, док се поступци за израду животних намирница и фармацеутских производа штите само у трајању од 5 година, рачунајући од издавања патента, односно седам година од пријаве патента, с тим што је одлучујући рок који пре истекне. У земљама Латинске Америке уочавају се сличне тенденције. Тако је Бразил у закону од 1967. године предвидео заштиту у трајању од 20 година, али је затим законима од 1969. и 1971. године, скратио на 15 година. Трајање патентне заштите у Колумбији је највише 12 година. Патенти су, по основу првог захтева, одобравају само на 8 година, рачунајући од додељивања патента. Ималац патента може захтевати продужење заштитног рока за још 4 године, уколико докаже да се проналазак примењује у Колумбији или да је био примењиван у последњој години (чл. 553.

¹ United Nations Conference on Trade and Development, Third Session, Santiago de Chile, 13. IV. 1972. Item 19 of the provisional agenda, Transfer of Technology (наведено по: Bartling Dieter: Die Rolle der Patente bei der Übertragung von Technologie auf Entwicklungsländer aus der Sicht der pharmazeutischen Industrie, GRUR INT 11/1972, стр. 397 и сл.

Видети и ZORRGUIN, Der gewerbliche Rechtsschutz in Lateinamerika-Beginn einer neuen Entwicklung, GRUR INT 2/1976, стр. 53.

Закона од 1. 1. 1972). У Паруу патентна заштита траје 10 година, а рачуна се од додељивања патента, док је по ранијим прописима за рачуњање почетка заштитног рока био меродаван тренутак подношења патентне пријаве. Могућност продужавања трајања заштите за даљи 5 година, која је била предвиђена у чл. 71. ранијег закона, сада више не постоји. Новије тенденције у Латинској Америци усмерене су на даље скраћивање заштитних рокова. Тако је у чл. 29. Одлуке Комисије Картагенског споразума о примени норми о индустријској својини од 5. 6. 1974. године, предвиђено трајање заштите од 5 година, уз могућност једнократног продужавања трајања заштите за даљих 5 година, ако се докаже да је проналазак на одговарајући начин био примењиван.

Западни аутори, у коментарима ових промена, истичу да им се правно не може ништа приговорити, јер Париска конвенција за разлику од Бернске конвенције неодређује никакав минимални рок трајања заштите, већ његово одређивање препушта националним законодавствима. Међутим, наглашавају да се државе Латинске Америке суштински удаљавају од међународног просека трајања патентне заштите, који је данас 17—18 година, а који има тенденцију да буде продужен на 20 година. Поред тога сматрају да земље у развоју треба такође да узму у обзир да примена проналаска у њима причињава веће тешкоће и захтева дуже рокове уходавања производње него у индустријским земљама. Сходно томе, један одвише кратак рок трајања заштите проналазака може јаче да спречи спремност на инвестирање ималаца патената, него што бих то био случај у индустријски развијеним земљама.² С друге стране, у земљама у развоју се истиче да се скраћивањем заштитних рокова трајања патента постиже да патентирана технологија што брже припадне заједници на слободно коришћење. У Латинској Америци скраћивање дужине трајања заштитних рокова је још један доказ нових идеја у материји правне заштите индустријске својине. Пре свега, бледи идеја о заштити приватне својине, и то у корист снажнијег испољавања социјалне компоненте. То значи да се, са нарастајућом улогом патентног права као инструмента политике развоја, индивидуални интереси имаоца патента потчињавају јавним интересима земље која патентну заштиту одобрава. Ова промена истакнута је у извештају Интерамеричког правног комитета из 1971. године о садашњем стању, значају и могућности ревизије Интерамеричког уговора о индустријској својини. У овом извештају је истакнуто: „постоје други интереси који су повезани са правним системом индустријске својине и који су за америчке државе сада исто тако важни или важнији, него заштита приватних интереса која је досада искључива сврха Интерамеричког уговора”.³

² Beier — Kunz, Die Bedeutung des Patentrechts für den Transfer von Technologie in Entwicklungsländer, GRUR INT 11/1972, стр. 391.

³ Comité Juridico Interamericano, Informe relativo a la revision, actualizacion, y evaluacion de las convenciones interamericanas sobre la propiedad industrial, O.A.S. Dok. OEA/Ser. P. AG/Doc. 136 8.4.1971. стр. 11 (цитирано по: Kunz-Hallstein, Patentschutz, Technologietransfer und Entwicklungsländer eine Bestandsaufnahme, GRUR INT 8(9)1975. стр. 264.

2. Ограничавање могућности патентне заштите проналазака

Ограничења могућности патентне заштите проналазака могу бити општа и посебна. Општа ограничења су општи услови и претпоставке које проналазач мора испуњавати да би уживао патентну заштиту. Поред већ постојећих (новост, инвентивни карактер проналаска, применљивост проналаска), закони неких земаља у развоју прописују и неке друге претпоставке за стицање патентне заштите. Тако, перуански Закон од 1971. године предвиђа заштиту појединачних категорија индустријске својине под претпоставком да оне постојано и стално доприносе индустријском развоју, да су од друштвеног интереса и да нису противни добрим обичајима (чл. 46). Исто тако и чл. 26. Одлуке бр. 24 Картагенског споразума, која је ступила на снагу 30. 6. 1971. године, допушта Комисији Андске заједнице да искључи из патентне заштите одређене поступке и производе, чије је патентирање из развојно политичких разлога непожељно. Ова тенденција је још изразитија у најновијем пропису, у Одлуци 85 Комисије Картагенског споразума о примени норми о индустријској својини од 5. 6. 1974. године. У чл. 5. овог прописа искључује се патентна заштита за проналаске који штете развоју држава чланица, као и за поступке, производе или групе производа, чију патентну способност искључују владе држава чланица. Овај пропис иде даље него чл. 26. Одлуке бр. 24. По том старијем пропису патентна подобност проналазака који су развојно политички значајни је могла бити искључена само на основу посебне одлуке Комисије Картагенског споразума.

Посебна ограничења претстављају искључење одређене врсте проналазака из домена патентне заштите или постављање додатних услова који важе за стицање патентне заштите само за одређену врсту проналазака. Тако је у Колумбији, у чл. 538. Закона о индустријској својини, предвиђено да се не могу патентирати фармацеутска једињења, лекови, животне намирнице и пића. У вези са фармацеутским производима одређено је да су ови, само као такви, искључени из патентне заштите, али не и поступци за њихову производњу. Међутим, заштита и самих поступака за производњу фармацеутских производа је отежана тиме што је одређено да ће се они штитити само ако пријавилац докаже да је у ситуацији да ове поступке користи у Колумбији и да производе, који су на тај начин израђени, понуди у довољној количини и квалитету, као и по разумним ценама. Перуански Закон од 1971. године, за разлику од ранијег, не искључује изричито могућност патентирања проналазака који се односе на саме фармацеутске производе. Ипак, према службеном тумачењу, такви патенти не могу бити додељени. Према томе, и у Перуу постоји забрана патентирања проналазака који се односе на саме фармацеутске производе, али не и проналазака који се односе на поступке за производњу фармацеутских производа. Бразилски Закон од 21. 10. 1969. године, у чл. 8, предвиђа забрану патентирања поступка за добијање супстанци, сировина или мешавина за жи-

вотне намирнице, хемијско фармацеутске производе и лекове. За проналаске који имају за свој предмет хирушке и терапеутске технике такође се предвиђа забрана патентирања. И нови бразилски Закон о индустријској својини од 21. 12. 1971. године заузима исто становиште у чл. 9. Према томе, у Бразилу су искључени из домена патентне заштите не само проналасци који се односе на фармацеутске производе, него и проналасци који се односе на поступке за добијање фармацеутских производа.

Анализа наведених законских одредби, у погледу посебних ограничења патентне подобности проналазака, упућује на закључак да се, углавном, ради о искључењу проналазака који се односе на фармацеутске производе из домена патентне заштите, а евентуално и проналазака који се односе на поступке за производњу фармацеутских производа. Међутим, ускраћивањем правне заштите овим облицима техничког стваралаштва отклања се само правна препрека у виду патента слободној производњи ових материја, док суштинске сметње остају нетакнуте, јер оне излазе изван домена самог патентног права. Наиме, низак технички ниво ових земаља, чињеница да је реч о сложеним технолошким поступцима, недостатак тајног, пратећег, а суштински важног know-how, онемогућава или знатно отежавају предузећима ових земаља да реализују правне могућности које су им дате, тј. да сама израђују ове материје.

Упркос, како је истакнуто, релативно ограниченог повољног учинка ових прописа, они наилазе на жестоку критику у западној литератури. У њој се, истина, признаје да је ствар националних закона да утврде претпоставке патентне подобности проналаска и да Париска конвенција у том смислу не садржи никаква ограничења законодавне слободе. Према томе, земље у развоју су правно слободне да при формирању и обликовању ових претпоставки узму у обзир и своје привредне процесе и размишљања. Али, истиче се, патентне забране требало би да буду јасне и ослобођене неодређених правних појмова. Отуда законске нејасноће, као у наведеном чл. 46. перуанског Закона о индустријској својини, воде на неподношљивој правној несигурности.⁴ Даље се истиче да је недоследно и неоправдано схватити патентну заштиту као средство за убрзавање индустријског развоја путем иностране технологије, а од ње, с друге стране, искључити управо социјално и развојно-политички посебно важне проналаске.⁵ Истиче се, осим тога, да су за истраживање и развој лекова неопходна висока улагања, а да су присутни ризици сложени и разноврсни. На пример, време истраживања и развоја лекова траје око 10 година, у 11. и 12. година, рачунајући од почетних улагања, производи се без добити; добит се постиже тек после истека 12. година. Наведене чињенице изискују да се предузећима, која обављају све ове делатности, пружи одговарајућа правна заштита у виду

⁴ Beier-Kunz, Die Bedeutung des Patentrechts für den Transfer von Technologie in Entwicklungsländer, GRUR INT 11/1972, стр. 391.

⁵ Beier-Kunz, Die Bedeutung des Patentrechts für den Transfer von Technologie in Entwicklungsländer, GRUR INT 11/1972, стр. 391.

искључивог права на искоришћавање њиховог достигнућа. Тржишни положај ових предузећа био би озбиљно угрожен ако неко трећи може да производи исти производ без њиховог овлашћења, а да сам није био оптерећен никаквим трошковима истраживања и усавршавања тог производа.⁶

Наше је мишљење да последњи приговор има теоретско оправдање и логику, али само у случају да су из патентне заштите искључени не само проналасци који се односе на фармацеутске производе, већ и проналасци који се односе на поступке за добијање фармацеутских производа. Ако би се у потпуности прихватила аргументација западних аутора, онда би патентну заштиту требало дати и за проналаске који се односе на саме фармацеутске производе, што би за земље у развоју, у садашњем тренутку, било тешко прихватљиво. Мишљења смо, даље, да, у циљу поткрепљивања става земаља у развоју да проналаске који се односе на фармацеутске производе треба искључити из домена патентне заштите, могу бити искоришћени и неки аргументи изнети у западној литератури који се односе на предпоставке нормалног функционисања патентног система. Тако, немачки аутор Bussmann истиче да патентна заштита има своје оправдање у условима слободно развијене конкуренције и да, истовремено, представља један од важних фактора општег појачавања конкуренције. У овом појачавању конкуренције истичу се два дејства субјективног права на патент: а) оно спречава подржавање заштићених проналазака и принуђује учеснике на тржишту на сопственом истраживању и развоју, б) претеће искључење од учествовања на тржишту, путем патената, приморава учеснике да траже привредно и технички што је могуће више једнако вредне алтернативе патентираном проналаску. Тиме, на место простог подражавања производа само са конкуренцијом у ценама, ступа широки спектар алтернативних техничких решења, „конкуренција идеја“. Према томе, искључујућа функција патента проширује конкуренцију са тржишта роба у подручје истраживања и развоја.⁷ Та функција патента као стимулација и средства опште привредног развоја не остварује се у условима битне, суштинске економске неједнакости учесника на тржишту. Субјекти мале економске снаге нису у могућности да улажу толико у истраживање проналазака који су алтернативни већ заштићеном проналаску, а дејством искључивог права на патент они не могу ни подражавати, тј. производити производе израђене на основу заштићеног проналаска. У таквој ситуацији на тржишту, патент постаје средство за учвршћивање доминације и владајућег положаја економски јачих субјеката, извор злоупотреба и најразноврснијих притисака. Пошто су на тржиштима земаља у развоју присутне, у највећем броју, велике мултинационалне компаније, давање патентне заштите појединим категоријама проналазака, а особито оним који су од виталног значаја за земље

⁶ Bartling Dieter: Die Rolle der Patente bei der Übertragung von Technologie auf Entwicklungsländer aus der Sicht der pharmazeutischen Industrie, GRUR INT 11/1972. стр. 397 и сл.

⁷ Bussmann, Patentrecht und Marktwirtschaft, GRUR 3/1977, стр. 130.

у развоју, значи, дакле, проширење и учвршћење утицаја ових компанија. Проналасци који се односе на фармацеутске производе су од посебног значаја за сваку земљу, поготову за земље у развоју и то због непостојања или недовољне развијености сопствених истраживачких капацитета и индустрије, као и ограничене могућности проналажења адекватних проналазака који могу заменити, у дејству и ефикасности, већ заштићене проналаске. Стога би давање патентне заштите овој категорији проналазака било штетно основним интересима земаља у развоју и доводило би у питање одржавање најелементарнијих добара. Са тог становишта посматрано, исправан је став низа закона земаља у развоју да проналаске који се односе на саме фармацеутске производе треба искључити из домена патентне заштите.

3. Принудна лиценца

У погледу регулисања принудне лиценце постоји значајна разлика између законодавстава појединих земаља у развоју и саме Париске конвенције. Управо на примеру принудне лиценце историја развоја Париске конвенције показује стално јачање позиција имаоца права на патент. Као што је познато, првобитни текст конвенције не предвиђа принудну лиценцу, већ упућује на национална законодавства земаља чланица. Отуда је санкција за неискоришћавање проналаска, у највећем броју случајева, била одузимање патента. Ревизиона конференција у Бриселу ограничила је национална законодавства тиме што је прописан рок од најмање 3 године, почев од депоновања захтева за патентирање у земљи чланици Уније, после чијег протекла титулар патента може бити погођен мером одузимања патента. На конференцији у Хагу, у ревидираном чл. 5, први пут је споменута принудна лиценца као мера која предходи одузимању патента. Лондонски текст одређује да се принуда лиценце не може тражити пре истека 3 године од дана издавања патента, а да се за одузимање патента не може поднети никаква тужба пре истека две године од издавања прве принудне лиценце. На конференцији у Лисабону, у чл. 5А, одређено је да се принудна лиценца због неискоришћавања или недовољног искоришћавања не може тражити пре истека рока од 4 године, рачунајући од подношења патентне пријаве, односно пре истека рока од 3 године, рачунајући од издавања патента, с тим што се има применити рок који касније истекне.⁸

Изложени развој одредби о принудној лиценци у Париској конвенцији указује на сужавање слободе националних закона у овој области, као и на тежњу да се питање принудне лиценце регулише непосредно самим конвенцијским нормама.

Супротно изложеним начелима Париске конвенције о принудној лиценци, законодавства неких земаља у развоју знатно скраћују рок после кога се принудна лиценца може издати. Тако је

⁸ Јањић др Миодраг, Принудна лиценца у материји патената у уопштем и међународном праву, Београд, 1962, стр. 68.

у Колумбији одређен рок од 2 године, рачунајући од додељивања патента, у коме се мора отпочети са искоришћавањем проналаска. Проналасци који се односе на фармацеутске производе, а који су пријављени ради стицања заштите, морају се, пак, искоришћавати већ у оквиру рока од 1 године, рачунајући од датума пријаве, јер ће се у супротном случају патентна пријава сматрати као повучена. У Перуу, у чл. 60. Закона о индустријској својини од 25. 1. 1971. године, захтева се од подносиоца патентне пријаве да уз њу да и изјаву којом се обавезује да почне са искоришћавањем проналаска у оквиру рока од 2 године, рачунајући од додељивања патента. Овај рок може се једанпут продужити. Подносилац патентне пријаве је исто тако дужан да саопшти датум почетка искоришћавања патента у Перуу и истовремено да изврши упис овог датума у национални регистар патената који се налазе у употреби. Интересантна је и новина, коју предвиђа овај закон, којом се допушта могућност издавања и искључивих принудних лиценци. Стицалац такве лиценце није овлашћен на давање под-лиценци. Искључива принудна лиценца се може преносити само са предузећем стицаоца или са оним делом предузећа у коме се искоришћава патентирани проналазак. Стицалац искључиве принудне лиценце је дужан у року од 6 месеци по њеном добијању да почне са искоришћавањем проналаска, а искоришћавање на може прекинути дуже од 6 месеци, јер се у противном лиценца одузима.⁹ У Бразилу рок за почетак искоришћавања проналаска је 2 године од добијања патента.

Још оштрија ограничења предвиђена су Одлуком бр. 85 Комисије Картагенског споразума. По овој одлуци, после истека рока од 5 година од додељивања патента, могу се подносити захтеви за издавање принудне лиценце и онда кад имаалац патента или лице са којим је већ закључио уговор о лиценци, задовољавају потражњу за дотичним производима и у погледу количине, квалитета и цена. Ова одредба је снажно сужавање ширине субјективног права на патент и гашење неких овлашћења, која су у њему садржана, протеком наведеног времена. Тако, овлашћење на искључиву привредну употребу проналаска, које чини срж субјективног права на патент више не постоји. По томе се ова принудна лиценца и разликује од принудне лиценце у класичном смислу. Принудна лиценца у класичном смислу не гаси у потпуности наведено овлашћење имаоца патента, већ га само сужава, јер се она издаје само под тачно утврђеним условима (на пример у случају неискоришћавања или недовољног искоришћавања патентираног проналаска, у случају постојања зависних патената и сл.). Уколико ови услови нису испуњени, принудна лиценца у класичном смислу неће бити додељена заинтересованим лицима. Ипак, и у случају принудне лиценце која је предвиђена Одлуком бр. 85, имаоцу патента остаје право на накнаду за искоришћавање његовог проналаска од стране стицаоца ове лиценце.

⁹ Zorruguin, Cegenwärtiger Zustand und Entwicklungstendenzen des Patenprechts in Lateinamerika, GRUR INT 5/1972, стр. 142

4. Државна контрола уговора о трансферу технологије у земљама у развоју

При закључивању уговора о трансферу технологије предузећа из земаља у развоју налазе се, као што је већ речено, у знатној слабијој преговарачкој позицији. За то има више узрока. Као основни, појављује се њихова недовољна привредна развијеност, разноразне девизне тешкоће и несигурна продаја робе коју она производе. Поред тога и сам појам трансфера технологије нема исту садржину, исти обим и значај у развијеним земљама и земљама у развоју. У развијеним земљама трансфер технологије се схвата као чиста комерцијална активност и принципи по којима се он штити полазе од заштите слободног тржишта и конкуренције. Тако, немачки аутори Бауер и Кунц истичу да онај ко преговара са предузећима која послују са трговачких позиција, не може очекивати да она запостављају своје привредне интересе да би ублажила социјалне и привредне невоље тзв. „трећег света“.¹⁰ У земљама у развоју, пак, трансфер технологије има шири смисао те се схвата као значајан друштвено-економски феномен са сложенијим и бројнијим импликацијама од оних које долазе до изражаја у пословном односу уговарача. Кључни моменат трансфера, по овом схватању, је управо развој земље примаоца технологије. Чињенице о којима је раније било речи, а наиме битна неједнакост преговарачких позиција у корист предузећа из развијених земаља и различито схватање трансфера технологије које се испољава у сукобљавању приватног интереса даваоца технологије да оствари што већи профит и јавног интереса земље примаоца технологије да у привреди оствари што повољније ефекте од трансфера технологије, условљавају и посебан став законодавстава земаља у развоју према уговорима о трансферу технологије. У принципу тај став полази од чињенице да је неприхватљиво становиште развијених земаља да се читаво подручје трансфера технологије подреди уговорној слободи странака, јер је она у условима суштинске економске неједнакости само привидна. Зато се у самим законима земаља у развоју одређује да у ове уговоре морају бити унете одређене одредбе и обрнуто, да у уговор не смеју бити унете одређене одредбе. Тиме се непосредно дира у саме уговорне обавезе странака и оне уједначавају у таквој мери да то представља гаранцију успешног трансфера технологије. У законима се такође прописује поступак одобравања и регистрације уговора, који има за циљ да пружи пуни увид надлежним органима у ове уговоре, као и могућност њиховог процењивања са становишта користи за привредни развој земље примаоца технологије. За илустрацију да су изложене тенденције дошле до израза у законима неких земаља у развоју може послужити Одлука бр. 24 земаља Картагенског споразума. Тако, чл. 18. ове одлуке одређује да ће се сваки уговор о увозу технологије, као и о патентима и жиговима, поднети надлежним властима на испитивање и одобравање. Власти треба да узму у

¹⁰ Beier-Kunz, Die Bedeutung des Patentrechts für den Transfer von Technologie in Entwicklungsländer, GRUR INT 11/1972. стр. 388.

обзир стварни допринос увезене технологије, а он се утврђује на основу предвиђених могућности примене технологије, на основу цене, коју ће имати роба која се буде произвела коришћењем уступљене технологије, као и помоћу других посебних форми квантификације учинка увезене технологије. Члан 19. исте одлуке прописује посебне клаузуле које се морају налазити у уговору. То су углавном клаузуле о року трајања права и обавеза из уговора, тачном одређивању предвиђених облика преноса технологије, уговору вредност сваког појединачног елемента који стоји у вези са пренесеном технологијом и сл. Да би се отклонила свака сумња о значају савремене технологије за привредни развој ових земаља, чл. 22. одређује да би националне власти требало да стално и системски истражују технологије које су присутне на светском тржишту за разне индустријске гране. При томе власти треба да следе циљ да пронађу најкориснија решења, наиме решења која највише одговарају привредним особеностима те државе. Осим тога, чл. 54. налаже државама чланицама да образују биро за индустријску својину, који би, поред осталог, требало да изради моделе лиценцих уговора за искоришћавање патента.¹¹

У западној литератури истичу се приговори против увођења државне контроле уговора о трансферу технологије.

Ови приговори се састоје углавном у томе да бирократска и нееластична пракса одобравања ових уговора може лако довести до опадања спремности страних предузећа за инвестирањем и до одлагања интересантних развојних пројеката.¹² Међутим, ови приговори превиђају да и извесне земље са високим степеном индустријског развоја предвиђају контролу уговора о трансферу технологије који су закључени са иностраним партнерима. Овакви прописи су, на пример, донети у Француској 1967. године.

5. Значење рестриктивних клаузула у уговорима о трансферу технологије и њихово сузбијање

Посебан и врло значајан проблем за земље у развоју је разноврсност и бројност такозваних рестриктивних клаузула у уговорима које њихова предузећа закључују са страним даваоцем технологије. Ове клаузуле можемо дефинисати као клаузуле којима давалац технологије, злоупотребљавајући свој доминантни положај, намеће примаоцу технологије додатна ограничења и услове у вези са пренетим знањем, а у циљу стварања трајног зависног положаја примаоца технологије.

Ове клаузуле се налазе и у уговорима које међусобно закључују и партнери из развијених земаља, али је њихов број посебно велики у уговорима у којима је један од уговарача предузеће из земаља у развоју. Та појава може се, пре свега, објаснити сла-

¹¹ Наведено по: Zorruguin, *Gegenwärtiger Zustand und Entwicklungstendenzen des Patentrechts in Lateinamerika*, GRUR INT 5/1972, стр. 144.

¹² Beier-Kunz, *Die Bedeutung des Patentrechts für den Transfer von Technologie in Entwicklungsländer*, GRUR INT 11/1972, стр. 390.

бијом преговарачком позицијом предузећа из земаља у развоју. Као субјекти мање економске развијености и снаге она не могу битније утицати на саму садржину уговора о трансферу технологије, већ, углавном, морају прихватити захтеве страног партнера. Само на тај начин предузећа из земаља у развоју могу доћи до савремене технологије, која представља један од главних услова њиховог привредног развоја. Овим ограничењима у многоструку се спречава прилагођавање пренете технологије посебним социјалним, техничким и културним условима и потребама земље примаоца технологије. Уместо урастања овакве технологије у њено привредно и друштвено ткиво, рестриктивним клаузулама ствара се однос продубљене, продужене и шире зависности привреде земље примаоца технологије од иностраног преносиоца. Рестриктивне клаузуле су, дакле, правни израз односа који се не заснивају на сарадњи у истраживању, обогаћивању и доградњи устаљене технологије, већ односа усмерених на очување монополских позиција даваоца технологије, на специфичне облике привредне експлоатације, и на одређивање привредне судбине примаоца технологије у смислу одржавања његове зависности од даваоца технологије.

Најзначајније од ових клаузула јесу оне којима се ограничава извоз производа који су изграђени по основу уступљене технологије, затим, клаузуле о везаним куповинама, клаузуле о ограничавању обима производње по уступљеној технологији, као и низ других.

Вишеструко изразито негативно дејство рестриктивних клаузула на привреду земље примаоца технологије узроковало је законодавну активност усмерену на њихово сузбијање и елиминисање. Закони низа земаља у развоју садрже одредбе које одређују да уговори, који садрже рестриктивне клаузуле које закон набраја, не могу бити одобрени, па тиме не могу ни производити ма каква дејства у овим земљама, без обзира што су се сами уговорачи о томе споразумели. Тако, Одлука 24. Картагенског споразума садржи, у чл. 20, клаузуле чије присуство у уговору омета његову регистрацију. Сличне клаузуле садржи и наш Закон о дугорочној производној кооперацији, пословно техничкој сарадњи и прибављању и уступању материјалног права на технологију између организација удруженог рада и страних лица из 1978. године у чл. 37, као и мексички закон из 1972. године, у чл. 7.

6. Значај информативне функције патентног система

Брзи развој научних достигнућа и неопходност њихове ефикасне примене у производном процесу постављају патентном праву нове задатке, или актуелизирају и дају нове димензије већ утврђеним задацима. Један од тих задатака добија све више у значају, а повезан је са растућим, готово непрегледним низом информација које су садржане у патентним пријавама. То је задатак упознавања заинтересоване домаће и шире јавности са овим информацијама. Отуда се у свим патентним системима сва већа па-

жња поклања објављивању описа проналаска као најзначајнијег дела патентне пријаве.

Објављивање проналаска има два аспекта: правни и информативни у ужем смислу, који су логична последица самог карактера субјективног права на патент, које се даје не само у корист проналазача, већ и у корист заједнице. При томе је правни аспект објављивања проналаска последица искључивог дејства права на патент које онемогућава трећа лица да употребљавају исти проналазак, без дозволе имаоца патента, а за време трајања патентне заштите. Зато је у интересу заштите самог имаоца патента, као и опште првне сигурности да „јавност упозна добро чија је повреда забрањена“.¹³ Информативни аспект у ужем смислу проистиче из чињенице да субјективно правно на патент налази свој смисао и оправдање у стимулисању техничког прогреса. Овај аспект остварује се помоћу три посебне функције: а) да се објављивањем проналаска пружи заједници потпуни преглед најновијег стања технике; б) да се објављивањем проналаска да подстрек за предузимање нових истраживања на темељу патентираног проналаска; и в) да се објављивањем проналаска укаже лицима, која су заинтересована за примену проналаска, пут на имаоцу патента који располаже потребним додатним знањима и искуствима за индустријску примену проналаска.¹⁴

Француска је прва земља која је већ у свом Закону о патентима од 1791. године истакла важност информативне функције (у ужем смислу) патентног система, тј. неопходност да опис проналаска који је садржан у патентној пријави, као важан извор техничког знања, буде сваком доступан. Објављивањем овог описа омогућава се да после истека заштитног рока трајања патента проналазак буде слободно употребљаван од заједнице, али се истовремено и даје стимуланс да се и за време трајања заштитног рока проналазак искоришћава у сврхе теоретских истраживања сличних проблема. Овим законом је предвиђен и каталог нових патентираних проналазака, који се појавио први пут 15. јуна 1803. године, а обухватио је патенте додељене почев од 1. јула 1791. године. Године 1811. први пут су сакупљени и објављени описи патената чији је рок заштите истекао, чиме је омогућено проширење информација о проналасцима који су сада доступни за употребу сваком.

Ове тенденције имају свој израз и у законима других развијених земаља. Тако је изменама Закона о патентима СР Немачке, које су извршене 1. октобра 1976. године, овлашћен министар правосуђа да одреди да управа патената даје информације о стању технике свим заинтересованим лицима, без обавезе гарантовања за потпуност информација.¹⁵

¹³ Kohler, Deutsches Patentrecht, Mannheim und Strassburg 1878, стр. 378. (наведено по Baier-Schtraus, Das Patentwesen und seine Informationsfunktion-gestern und heute, GRUR 6/77, стр. 286).

¹⁴ Baier-Schtraus, Das Patentwesen und seine Information funktion gestern und heute, GRUR INT 6/77, стр. 289.

¹⁵ Baier-Schtraus, Das Patentwesen und seine Information funktion — gestern und heute, GRUR INT 6/77, стр. 288.

I Светска организација за индустријску својину улаже знатне напоре да информације садржане у описима проналаска буду што приступачније заинтересованим лицима. Тако је, 1972. године, у Бечу основан Интернационални патентно документациони центар, који је успоставио уговорне везе са патентним администрацијама низа земаља, међу којима 1976. године и са информационом центром истраживачке заједнице Словеније.

У тесној вези са значајем информативне функције патентног система стоји и једно од основних начела Париске конвенције — начело независности одобрених патената у појединим земљама чланицама уније. Познато је да неједнак ниво техничке опремљености патентних администрација појединих земаља, као и различит ниво стручног образовања запослених у њима, често може проузроковати да патенти, који су поништени у једној земљи, остају у важности у другим земљама, особито у земљама у развоју. При томе принцип зависности патената, издатих за исти проналазак у више земаља, није могао бити прихваћен првенствено због различитости појединих националних патентних законодавастава. Уместо тога, у досадашњим преговорима о ревизији Париске конвенције, постигнута је сагласност о новом члану који обавезује патентне администрације земаља чланица Париске конвенције да се међусобно обавештавају о судбини патентних пријава, које су им поднете за исти проналазак, као и о судбини патената који су издати у више земаља чланица за исти проналазак. Тиме је пружена могућност слабије опремљеним патентним администрацијама да добију информације које могу бити од значаја у поступку издавања патената или у случају спора о важности патената.¹⁶

У нашој теорији истиче се да информативна функција патентног система има сасвим ограничен значај за земље у развоју и то из више разлога. Прво, што су проналасци технички јако сложени, па се и не могу репродуковати само на основу података који су дати у патентној пријави. Затим, што је технички ниво земаља у развоју такав да не дозвољава да се самостално репродукује пријављени проналазак. И, најзад, што је у малом броју земаља у развоју информационо-документациона служба тако формирана или развијена да је у стању да омогући коришћење предности које пружа објављивање описа проналаска.¹⁷

Наше је мишљење да ови аргументи, и ако су критички усмерени, управо указују на значај информативне функције (у ужем смислу) патентног система и на нужност њеног усавршавања и дограђивања. Зато би требало тежити, применом разноврсних мера, да проналазак, у пријави за стицање патентне заштите у земљама у развоју, буде што детаљније описан. Такође се не би смела предвидети чињеница да потпунији описи проналаска имају значај код издавања принудних лиценци, јер олакшавају њихово практично

¹⁶ Информација о припремним радовима за дипломатску конференцију о ревизији Париске конвенције за заштиту индустријске својине, Београд, 1979. године.

¹⁷ Бесаровић др Весна, Правни аспект преноса технолошког знања у земље у развоју, Београд, 1978. год., стр. 189.

остваривање. Осим тога, по престанку важења патента, ови детаљнији и садржајнији описи проналазака омогућавају њихово слободно искоришћавање од стране заинтересованих субјеката, наравно, под условом да се проналазак још увек може корисно применити у привреди.

III. НАПОРИ У ПРАВЦУ РЕВИЗИЈЕ ПАРИСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Активности у правцу ревизије Париске конвенције одвијају се паралелно у оквиру више међународних организација, особито у оквиру Светске организације интелектуалне својине (WIPO) и UNCTAD-a.

Активност UNCTAD-a одвија се од 1970. године, у оквиру Intergovernmental Group on the Transfer of Technology. У оквиру делатности UNCTAD-a израђене су бројне студије и извршена најразноврснија испитивања о разним могућностима трансфера технологије, као и о ограничењима конкуренције у вези са уговорима о трансферу технологије. Најзначајнија активност UNCTAD-a почиње на Трећој светској конференцији о трговини која је одржана у Сантјаго де Чиле 1972. године. На њој су представници земаља у развоју изложили жестокој критици постојећи неједнаки однос између примаоца и даваоца технологије, који омогућава индустријским земљама монополску добит, као и могућност постављања и знатних ограничења коришћењу пренете технологије. Постављени су и захтеви да се овакво стање измени преображајем националних патентних закона и интернационалне патентне регулативе. Ови захтеви су узети у обзир у Резолуцији 39 у којој се генерални секретар UNCTAD-a позива: „1. да испита могућност новог међународног регулисања трансфера патентираних и непатентираних технологија; 2. да прилагоди извештај Генералног секретара УН о улози патената при преносу технолошког знања у земље у развоју из 1964. године новом стању односа, а да при томе посвети посебну пажњу улози међународног патентног система у вези са његовом будућом ревизијом“.¹⁸

Резултат овога је UNCTAD-ова студија „The Role of Patent System in the Transfer of Technology to Developing Countries“.¹⁹ Ова студија је објављена 23. априла 1974. године, а њена суштина је у констатацији да је међународни патентни систем једнострано оријентисан и то у корист индустријских земаља. Овај извештај наишао је на критику у развијеним земљама, у којима је оцењено да он прихвата становиште земаља у развоју на опасно једностран начин и без довољног испитивања.

Поред наведене, UNCTAD је објавио још две студије, обе 1975. године, у којима је настављено са детаљном анализом зна-

¹⁸ Conference des Nations Unies sur le commerce et le developpement, troisiemes session, Santiago (Chili) 1972. (наведено по Kunz-Hallstein, Patentschutz, Technologiestransfer und Entwicklungslander — eine Betandsaufnahme, GRUR INT 8(9)1975. год., стр. 268).

¹⁹ Улога патената при трансферу технологије у земљи у развоју.

чаја и места права индустријске својине у земљама у развоју, а понуђена су и могућа решења за превазилажење садашњих односа. Неке од ових предлога изнећемо касније у одговарајућем излагању о промени Париске конвенције.

У оквиру WIPO почеле су припреме за ревизију Париске конвенције јуна 1974. године, узимајући у обзир посебне проблеме и положај земаља у развоју. Септембра исте године овлашћен је директор ове организације да сазове *ad-hoc* групу владиних експерата земаља чланица Париске уније и чланица WIPO, која би испитала све аспекте питања ревизије Париске конвенције, рачунајући и питање прихватања додатних одредби од особите користи за земље у развоју. Ова група стручњака састала се у Женеви у времену од 11—17. фебруара 1975. године. За индустријске земље овај састанак је имао за сврху да се упознају са захтевима земаља у развоју. Усвојена је листа од 14 питања која треба да буду предмет даљих разматрања.²⁰ Основна пажња у већини питања усмерена је на принцип националног третмана који је предвиђен у чл. 2. Париске конвенције. Земље у развоју истичу да овај принцип може имати своја оправдања и функционисати само у односу партнера сличне развијености, док се у односима неједнаких он претвара у средство притиска и експлоатације слабијег. Његовом крименом остварен је такозвани „обрнути преференционални систем“ у корист индустријских развијених земаља, јер земље у развоју због, углавном, ниског техничког развитка нису у могућности да захтевају међународну заштиту свога техничког стваралаштва. Зато земље у развоју траже да се принцип националног третмана у односима развијених и неразвијених земаља не примењује, већ да буде замењен принципом преференцијалног третмана у корист земаља у развоју. Принцип преференцијалног третмана је примењен у неким областима међународних односа, а његово увођење на свим подручјима међународне сарадње захтева и резолуција УН 3201 од 1. маја 1974. године о стварању новог међународног економског поретка. У том смислу и UNCTAD-ове студије дају неколико карактеристичних предлога којима се отклања примена начела националног третмана. Ови предлози се састоје у следећем: а) земље у развоју треба да буду овлашћене да у циљу помагања и убрзавања домаће проналазачке делатности уводе посебне облике заштите техничког стваралаштва (посебне врсте патената, модела), постављајући при томе и блаже захтеве самом предмету проналазачке делатности за стицање правне заштите, ако он потиче од домаћих лица; б) за заштиту иностраних проналазака требало би захтевати апсолутну новост, а за заштиту домаћих проналазака само релативну новост; в) да се овлашћења имаоца патента ограниче или прошире, већ према значају самог проналаска и држављанству имаоца патента; сходно томе заштитни рок трајања патента за странце и домаће држављане требало би обликовати различито, као и рок у коме се мора почети са искоришћавањем па-

²⁰ Kunz-Hallstein, Patentschutz, Technologietransfer und Entwicklungsländer — eine Bestandsaufnahme, GRUR INT 8(9)1975. стр. 270.

тентираног проналаска. Поред наведеног, за отклањање принципа националног третмана у националним правима земаља у развоју, предлаже се да се у Париску конвенцију уврсти и право припадника земаља у развоју да у развијеним земљама, у одређеним подручјима стваралаштва, захтевају преференцијални третман. Као пример за то наводи се продужење приоритетног рока за пријаве проналаска из земаља у развоју.²¹

У досадашњим преговорима о ревизији Париске конвенције у погледу измена принципа националног третмана није постигнут изразитији резултат. Разматрања су се свела не на напред споменуте важније предлоге, већ на периферније области, као што су плаћање такса у области права индустријске својине и право првенства. Тако се предлаже да припадници земаља у развоју, када остварују неко право из области индустријске својине у другој земљи чланици Париске конвенције, плаћају половину такса које плаћају у тој земљи њени припадници. Поред овога, предлаже се да се за припаднике земаља у развоју продужи трајање рока права првенства за подношење пријаве у некој другој земљи чланици Уније. То продужено трајање износило би још половину садашњих рокова, који износе 12 месеци за патенте и 6 месеци за узорке и моделе. Све то указује да ће борба за остваривање преференцијалног третмана у области индустријске својине у корист земаља у развоју бити дуготрајна и сложена, а од њеног успешног остварења зависиће и увођење начела и духа новог међународног економског поретка у Париску конвенцију.

ЗАКЉУЧАК

1) Промене које се предлажу нису у супротности са одредбама Париске конвенције за заштиту индустријске својине. Национална законодавства имају пуну слободу у уређивању питања о којима је реч у овом раду. Једино су најкраћи рокови после којих се може издати принудна лиценца одређени Париском конвенцијом. Одређивање краћих рокова у националним законодавствима после којих се може издати принудна лиценца у односу на оне које одређује Париска конвенција, значи да ти краћи рокови важе само за домаће имаоце патента, а не и за странце. Но, то истовремено значи поништавање основног смисла и идеје ових краћих рокова којима се желео извршити притисак првенствено на стране имаоце патента. Сукоб смисла ових прописа и начела минималних права из Париске конвенције може, у перспективи, довести у питање само чланство појединих земаља у развоју у Париској унији.

2) Променама које се предлажу, ако се оне посматрају у својој укупности, настоји се да се образује нов концепт патента који

²¹ Kunz-Hallstein, Revision der Pariser Verbandustabereinkunft zugunsten der Entwicklungsländer — neuere Entwicklungen und Vorschläge, GRUR INT 2/76. стр. 67.

би био прилагођен потребама индустријског развоја земаља у развоју, уз истовремено очување оправданих интереса имаоца патента. Основна идеја овог концепта је сужавање ширине искључивог дејства патента, како би се заштићена технологија што успешније употребила у привредама ових земаља.

Божин ВЛАШКОВИЋ,

SOME CHANGES OF PATENT SYSTEM IN DEVELOPING COUNTRIES WITH A REVIEW OF PARIS CONVENTION

— Summary —

In this work the author considers some of the significant changes concerning patent system in developing countries. Considerations are mostly limited to changes in patent-law systems of the countries in Latin America. In these countries the mentioned changes, being numerous and most radical, represent an attempt of adaption of patent system to the necessity of economic development of the countries. The author also gives the arguments of western theoreticians who try to deny the justifiableness of these changes and point out their negative effect on legal safety of foreign patent-owners.

Concerning the international aspect of the problem, the general view of the attempts of developing countries in course of new revision of Paris Convention is given, whereby the principle of national treatment plays an important role.

In the conclusion of his work the author emphasizes that the elaborated changes of patent-laws in developing countries are not contrary to the Paris Convention, except the prescribed shorter terms after which a compulsory licence can be granted. The purpose and essence of shortening these terms are also explained.

ПРАВО СЛЕЂЕЊА У АУТОРСКОМ ПРАВУ

Као предмет теоријских разматрања, право слеђења је постало актуално почетком овог века, а као законодавно решење појавило се први пут 1920. године у Француској. Занимљиво је да је, независно од резултата теоријских истраживања, правна пракса у неким земљама демантовала оправданост овог института који се, напротив, у другим земљама добро показао. У Југославији је актуалност ове теме знатно порасла од како је Законом о ауторском праву СФРЈ из 1978.¹ у члану 40. право слеђења уведено и у наш правни систем.

Шири правни оквир права слеђења јесу област ауторског и облигационог права. Стога, разумевање права слеђења условљено је познавањем неких чињеница које се тичу друштвеног економског основа ових правних целина. Историјски посматрано, законско обезбеђење ауторске заштите било је последњи корак ка афирмацији нове професије у друштвеној подели рада: професије ствараоца уметничких (и научних) дела. Објективни друштвени услови (пораст нивоа развијености производних снага, специјализација рада, доминација робно-новчаних односа у привреди) диктирали су потребу појачане заштите духовног стваралаштва, јер је оно једна од битних претпоставки друштвене самопродукције. Истовремено, будући да је ауторско право тековина друштва робних произвођача, укључивање ауторског рада у тржишни механизам размене подразумевало је процес претварања ауторских остварења у робу. Тачније, резултати ауторског рада су у неким аспектима нужно попримили атрибуте робе. Тако, облици у којима се опредмећен ауторски рад у виду робе презентира и промеће на тржишту јесу оригинал ауторског дела и права на искоришћавање ауторског дела (имовинска ауторска права).

ПОЈАМ ПРАВА СЛЕЂЕЊА

Пре покушаја дефинисања појма права слеђења мора се указати на неке могуће изворе неспоразума с обзиром на термино-

¹ Службени лист СФРЈ, 19/1978.

логију која се користи у домаћим и иностраним законским и научним текстовима о овом питању. Југословенски Закон, уместо у овдашњој теорији већ одомаћеног термина „право слеђења“, уводи термин „право следства“. У иностранству, у најширој употреби је француски термин »droit de suite«. Он се користи у законским текстовима Француске, Белгије и Туниса, и то са приближно једнаким значењем. Закони других земаља, међутим, или дају свој превод, одн. израз за право слеђења, или се користе описивањем самог појма чији обим и садржај нису свуда исти. С друге стране, у теорији је, уз малобројне изузетке, прихваћен термин »droit de suite«, али се под њим, на жалост, такође не подразумева појам исте садржине и истог обима. Основно неслагање, чак непомирљивост,² у погледу дефинисања појма права слеђења постоји између франко-германске правне мисли и решења која нуде закони и теорија у Португалу, Уругвају и Бразилу.

У овом спису биће изложене обе варијанте, и то као: право слеђења у ужем смислу и право слеђења у ширем смислу. Под правом слеђења у ужем смислу подразумева се право на основу којег су аутор, одн. његови правни следбеници, овлашћени да захтевају одређени процентуални износ од прихода који оствари власник оригинала ауторовог дела препродајом истог.³ Право слеђења у ширем смислу јесте право на основу којег су аутор, одн. његови правни следбеници, овлашћени да захтевају одређени процентуални износ од прихода: који власник оригинала ауторовог дела оствари путем препродаје тог оригинала (а), или који носилац имовинских ауторских права на ауторово дело оствари путем даљег преноса тих права на друга лица (б).⁴

Код права слеђења у ужем смислу се, дакле, као кључни моменат јавља разликовање ауторског дела од оригиналне материјалне подлоге дела (*corpus mechanicum*, *das materielle Supstrat*, *material support*), јер се поменуто право односи само на материјалну подлогу ауторског дела. Код права слеђења у ширем смислу, напротив, горње разликовање, са становишта могућности заштите аутора путем овог института, није пресудно. При том, није сувишно нагласити да у појединим земљама у којима постоји право слеђења у ужем смислу, закони о ауторском праву посебно предвиђају могућност партиципације аутора у приходу који оствари носилац имовинских ауторских права даљим теретним преносом тих права, одн. искоришћавањем истих. Законодавци у овим земљама, међутим, за остварење горњег циља предвиђају ревизију ауторског уговора.⁵

² Види Paul Katzenberger: *Das Folgerecht im deutschen und auslaendischen Urheberrecht*, Muenchen, 1970, стр. 6.

³ У том смислу Војислав Спаић: *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ*, Сарајево, 1969, стр. 151; Миодраг Јанић: *Индустријска својина и ауторско право*, Београд, 1973, стр. 328; Eugen Ulmer: *Urheber und Verlagsrecht*, Berlin, 1960, стр. 211; Heinrich Hubmann: *Urheber und Verlagsrecht*, Muenchen, 1959, стр. 141; Paul Katzenberger: *Op. cit.*, стр. 4.

⁴ У том смислу Armando S Quadri: *The „droit de suite“ in Latin America*, RIDA 1979/102 стр. 92.

⁵ Француски Закон о заштити књижевне и уметничке својине из 1957. чл. 35, 36 и 37; Закон о ауторском праву СР Немачке из 1965. чл. 36; Закон о ауторском праву СФРЈ из 1978. чл. 58.

Историјски, првобитно и основно, право слеђења у ужем смислу је конзумирано у праву слеђења у ширем смислу. Међутим, та чињеница не угрожава хипотезу на којој овај спис методолошки и систематски почива, а то је да обе варијанте права слеђења извиру из садржајно истог комплекса друштвених претпоставки, што је узето за основ њиховог равноправног третирања.

Право слеђења се регулише законима о ауторском праву или посебним законима, одн. подзаконским актима у склопу ове материје. Опште одредбе у погледу аутора, ауторског дела, оригинала ауторског дела, трајања ауторског права, извршења на ауторском праву и залагања ауторског права односе се и на право слеђења, што чини излишним да се ова питања посебно обрађују. Изузетно, код преноса права слеђења *inter vivos* и *mortis causa* постоје одступања у односу на редован режим, на шта ће касније бити указано.

У даљем тексту ће се, поред термина „право слеђења у ужем смислу“ и „право слеђења у ширем смислу“, чија су значења већ изнета, појављивати и термин „право слеђења“, који ће означавати генусни појам.

РАЗЛОЗИ ЗА УВОЂЕЊЕ ПРАВА СЛЕЂЕЊЕ У НАЦИОНАЛНЕ ПРАВНЕ СИСТЕМЕ

Основна друштвена претпоставка права слеђења јесте појава изразитих осцилација цене појединих оригинала ауторских (уметничких) дела и права на њихово искоришћавање (имовинских ауторских права). Одакле овај феномен? Настанком професије уметника у друштвеној подели рада, на ауторско дело као резултат рада који је утрошен у функцији друштвене репродукције као вредновани део целокупног друштвено расположивог рада, постављају се два захтева: оно се мора друштвено афирмисати као естетска вредност, али и као економска вредност. Привремено апстрахујући количину рада опредељену у једном ауторском делу, извесно је да је феномен понуде и тражње изразито и непосредно важан у формирању цене таквог дела. Истовремено, емпиријски је лако утврдити да однос тражње према понуди, па тиме и цена ауторског дела, варира с обзиром на промене друштвене, одн. културне средине у којој дело траје. Непосредна манифестација ових законитости, а и непосредан повод захтеву за увођење права слеђења у правни систем, били су случајеви драстичних и релативно честих судбина економског пропадања аутора који су, да би обезбедили себи и својој породици средства за живот, продавали оригинале својих дела и отуђивали имовинска ауторска права на своја дела по ниским ценама, да би ти исти оригинали свом препродавцу, одн. имовинска ауторска права свом титулару, нешто касније донели изванредне зараде.⁶ При том је важно нагласити

⁶ На пример француски књижевник Alfred de M... је ауторска имовинска права на једно своје дело пренео на издавача за 15 франака. То исто дело је свом издавачу донело приход од преко 40 000 франака (Armando S Quadri: Op. cit., стр. 76).

да код описане појаве није било карактеристично неекономско располагање аутора својим делом. Другим речима, аутор није нужно био жртва зеленашења, одн. прекомерног оштећења, већ је размењивао свој рад по јединој могућој цени (дакле, правој цени), јер нико други није по вишој цени хтео да прибави оригинал у питању или имовинска ауторска права на његово дело. У супротном, горња појава би се могла сузбити редовним грађанско-правним средствима.

Када је у питању промет оригинала ауторских дела, постоји још једна специфична околност коју заступници права слеђења у ужем смислу узимају као друштвени разлог овог права. Реч је о ауторима дела ликовне уметности, који су, по природи ствари, упућени на продају оригинала свог дела као на једину озбиљну могућност остварења неког прихода од свог рада. Ово зато, јер су други облици искоришћавања дела ликовне уметности, на пример репродуковање, адаптирање, извођење, преводјење и сл., немогући или ретки у пракси. С обзиром на то, постоји схватање да је потребно признати право слеђења само ауторима дела ликовне уметности, и то као компензацију за немогућност потпуне реализације њихових имовинских ауторских права.⁷

ОТПОРИ УВОЂЕЊУ ПРАВА СЛЕЂЕЊА У НАЦИОНАЛНЕ ПРАВНЕ СИСТЕМЕ

Законско регулисање права слеђења је наишло на разумљив отпор у круговима власника уметничких драгоцености, колекционара, галериста, организација чија се делатност заснива на искоришћавању ауторских дела и разних шпекуланата у промету овом робом. Отпор је био изазван посебно чињеницом да се правом слеђења даље задире у ауторским правом ионако већ сужена, својинскоправна овлашћења на оригиналима ауторских дела.⁸ Поред тога, проблем је настао и због увођења јавноправних елемената у промет овом робом. У вези са тим, законодавцима је указано на сложеност и неекономичност спровођења овог права у живот. Наиме, да би институт права слеђења могао да функционише, потребно је да се установи читав низ пропратних мера и прописа. Њима би требало регулисати прецизно и свеобухватно вођење евиденције о промету оригинала ауторских дела и оства-

Једна Реноарева слика коју је он продао за 1000 франака била је још за његова живота препродата по цени од 100 000 франака. Слика Блан је продао једну своју мапу са 160 акварела за 12 франака, а убрзо затим извршио самоубиство. После неколико година је сваки акварел из те мапе продаван по цени од 1 500 до 2 000 франака. (J L Duchemin: *Le droit de suite des artistes*, Paris, 1948, стр. 17 — наведено према Eugen Ulmer: *Op. cit.*, стр. 212).

⁷ Eugen Ulmer: *Op. cit.*, стр. 212. Ово је била основна логика којом су се руководили француски и белгијски законодавци. Сходно томе, они су предмет права слеђења ограничили само на дела ликовне уметности (графичка и пластична дела).

⁸ Схваћено као напад на уставни принцип постојаности и неповредивости својине, право слеђења, предвиђено Нацртом закона о ауторском праву СР Немачке из 1959. и 1962, изазвало је оштре уставне полемике (наведено према Paul Katzenberger: *Op. cit.*, стр. 78).

реним ценама. Као посебан проблем се појављује усклађивање обавезе на давање података о горњем промету са уобичајеном праксом чувања анонимности странака у истом. При том би и изигравање закона узело маха. Истовремено, истакнута је и опасност од пресељења трговине оригиналима ауторских дела у земље у којима право слеђења не постоји, што би довело до одлива ових драгоцених предмета у иностранство, а што, са становишта културне политике, свакако, није пожељно. Занимљиво је да је чак и у круговима уметника било опонената идеји права слеђења. Тако се 1931. године у Немачкој окупила једна група ликовних уметника (међу њима Кирхнер, Кле, Нолде и Пехштајн) који су сматрали да је право слеђења двосекли мач за ауторе дела ликовне уметности, јер дестимулише трговину уметничким предметима и ставља у неповољан положај уметнике савременике за чија дела траје рок ауторскоправне заштите.

УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД ПРАВА СЛЕЂЕЊА

До 1980. године право слеђења је признато у 17 држава света:

Алжир	(1973)	Филипини	(1972)
Белгија	(1921)	Португал	(1966)
Чиле	(1973)	Сенегал	(1973)
СР Немачка	(1965)	Чехословачка	(1926)
Француска	(1920)	Турска	(1951)
Италија	(1941)	Тунис	(1966)
Луксембург	(1972)	Уругвај	(1937)
Мароко	(1970)	Бразил	(1973)
		Југославија	(1978) ⁹

Доктринарни и прантични разлози су модификовали идеју права слеђења у велики број различитих конкретних законских решења. На основу увида у законска решења Француске, Белгије, Туниса, Италије, Чехословачке, Турске, Чилеа, Бразила, Уругваја, СР Немачке, Калифорније¹⁰ и Југославије,¹¹ могуће је, мада не

⁹ Дијаграм је преузет из Paul Katzenberger: Das Folgerecht im internationalen Urheberrecht, UFITA 1980/85, стр. 46. и допуњен (Југославија) Бројеви у заградама означавају године када је у појединим земљама право слеђења први пут регулисано. Осим Алжира, који је члан само Универзалне конвенције о ауторском праву, све остале државе су чланице Бернске Уније.

¹⁰ Калифорнија је увела право слеђења 1976. Међутим, као федерална држава САД, она није поменута у дијаграму. Уз то, право слеђења ове државе није у складу са уставом САД, који овлашћује једино федерацију да уређује ауторскоправне односе. (Тако Robert Ric: Kalifornien und sein Folgerecht, UFITA 1978/83 стр. 1). Иза такве ситуације, међутим, вероватно не стоји узурпација надлежности или превид калифорнијског законодавца, већ схватање да право слеђења у субјективном смислу није овлашћење из ауторског права. Ово схватање има упоришта и у теорији, што ће се касније видети.

¹¹ Информације о законском регулисању права слеђења у Француској, Белгији, Тунису, Италији, Чехословачкој, Турској и Португалу узете су из Paul Katzenberger: Das Folgerecht im deutschen und auslaendischen Urheberrecht, Muenchen, 1970, стр. 39 и даље; о праву слеђења у СР Немачкој из Wilhelm Nordemann: Ten Years of „droit de suite“ in Federal

без тешкоћа, извршити класификацију карактеристичних законских концепција права слеђења, и то:

- а) с обзиром на предмет¹² (посредно, с обзиром на субјекте заштите)
- б) с обзиром на систем за одређивање финансијске основице права слеђења
- ц) с обзиром на домаћај права слеђења (у ужем смислу)
- д) с обзиром на могућност одрицања, отуђивања и наслеђивања права слеђења

Карактеристична законска решења с обзиром на предмет (посредно, с обзиром на субјекте заштите)

Основна подела права слеђења према предмету јесте на право слеђења у ужем смислу и на право слеђења у ширем смислу. Међутим, иако је право слеђења у ужем смислу првобитно замишљено као додатни инструмент заштите аутора дела ликовне уметности, један број земаља проширује заштиту и на ауторе дела примењене уметности (Италија), па и на ауторе књижевних и музичких дела (Чехословачка, Турска, Југославија). Када је реч о праву слеђења у ширем смислу, у Бразилу и Португалу се заштита протеже и на ауторе књижевних и музичких дела, а у Уругвају чак на све ауторе.

Карактеристична законска решења с обзиром на систем за одређивање финансијске основице права слеђења

У упоредном праву заступљен је систем учешћа аутора у цени коју оствари препродавац оригинала, одн. преносилац (титулар) имовинских ауторских права без обзира да његову евентуалну добит или губитак (тзв. систем цене — СР Немачка (5%), Белгија (2%—6%), Француска (3%), Тунис (5%), Калифорнија (5%), Југославија (?), као и систем учешћа аутора у добити горњих лица (тзв. систем добити — Чехословачка (?), Турска (до 10%, Чиле (5%), Португал (10%—20%), Бразил (20%), Уругвај (20%). У Италији постоји један комбиновани систем цене и добити у зависности од тога да ли је реч о првој или о даљим препродајама оригинала ауторског дела.

Законодавци су се опредељивали за прво, друго или треће решење у зависности од тога да ли је реч о праву слеђења у ужем или у ширем смислу, као и од тога којем су друштвеном основу овог института дали превагу. У земљама где постоји право

Germany, RIDA 1977/94, стр. 77; о праву слеђења у Чилеу, Бразилу и Уругвају из Armando S Quadri: *Op. cit.*, стр. 108 и 110; о праву слеђења у Калифорнији из Robert Rie: *Op. cit.*, стр. 1.

¹² Из чињенице да је ствар означена као предмет права, дало би се закључити да је реч о апсолутном праву. Како, међутим, право слеђења није апсолутно право (што ће касније бити објашњено), термин „предмет“ се има схватити неконвенционално, као краћа ознака за елеменат хипотезе права слеђења.

слеђења у ужем смислу, и где је процењена као примарна чињеница да редовна ауторскоправна заштита није довољно ефикасна у области ликовне уметности, усвојен је систем цене. Овај систем се наслања на теорију о тзв. уметничком ужитку (*Kunstgenuss*). Реч је о фикцији да приликом сваке промене власника оригинала ауторског дела долази до промене субјекта уметничког ужитка, те да аутору као креатору тог ужитка припада одређена награда. Напротив, тамо где је законодавац био руковођен икаквим економским резонам, тј. где је, посматрајући право слеђења у контексту вредновања рада уопште, настојао да уклони овај институт у систем друштвене расподеле, усвојен је систем добити. Италијанско решење јесте компромис између две горње концепције. Све земље у којима постоји право слеђења у ширем смислу усвојиле су систем добити.

При свему томе није за занемаривање и чињеница да је систем цене далеко лакше изводљив у пракси, јер чини излишним информисање о претходној набавној цени оригинала ауторског дела. Извесно је да је и овај разлог утицао на коначно опредељење законодавца у појединим земљама.

Карактеристична законска решења с обзиром на домаћај права слеђења (у ужем смислу)

Када је реч о промету оригинала ауторских дела, постоје законодавства која, у погледу домаћаја права слеђења у ужем смислу, разликују случај када је предмет препродат у јавном промету од случаја када је то учињено у нејавном промету. С обзиром на интерес субјекта у чију корист постоји право слеђења, и с обзиром на претпостављену друштвену интенцију овог института, чини се, не би требало правити разлику између јавног и нејавног промета. Законодавства која су прихватила то решење (Чехословачка, Италија, Португал, Бразил, Уругвај, Југославија, Калифорнија) суочена су, међутим, са немогућношћу његовог потпуног спровођења у пракси, јер не постоји довољно ефикасан систем праћења и контроле нејавног промета уметничких предмета. У другим земљама су разлози практичне спроводљивости овог института били пресудни, те се законодавац ограничио само на случајеве јавног промета (Француска, Белгија, Тунис, СР Немачка). У вези са овим, постављено је у СР Немачкој питање уставности тог решења који дискриминише институционализовану трговину сликама и другим уметничким предметима у односу на приватне препродавце.¹³

Карактеристична законска решења с обзиром на могућност одрицања, отуђивања и наслеђивања права слеђења

Јединствен став свих националних законодавстава о немогућности одрицања од права слеђења и отуђивања истог *inter*

¹³ Види Paul Katzenberger: *Op. cit.*, стр. 77.

vovos, последица је јединственог схватања законодаваца о овом праву као праву које је везано за личност аутора. У већини земаља право слеђења подлеже режиму који важи за имовинска ауторска права. Међутим, у неким земљама где је схватање личног карактера права слеђења строго изражено, ово право није наследиво (Чиле, Калифорнија). Истовремено, у Француској је, у односу на режим наслеђивања имовинских ауторских права, утврђен специјалан режим наслеђивања права слеђења.

РЕЗУЛТАТИ ПРИМЕНЕ ПРАВА СЛЕЂЕЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Претпоставке за ефикасну примену права слеђења јесу формалне и суштинске природе. Формална претпоставка јесте постојање комплетног правног инструментаријума за његово спровођење, а материјалне претпоставке јесу: истинско постојање интереса за остваривање овог права од стране овлашћених лица, као и релативна равнотежа оних друштвених снага чији се интереси поводом овог права супротстављају. Конкретно, то значи да у једној земљи мора постојати интензивна циркулација оригинала ауторских дела и имовинских ауторских права, да се њихов промет одвија организовано, тј. преко овлашћених институција, да је проценат ауторовог учешћа у приходу од препродаје, одн. даљег преноса имовинских ауторских права стимулативан да би се аутор уопште интересовао за право слеђења, и да се ово право, бар у већини случајева, реализује редовним путем, а не посредством суда, што је најчешћи случај. Одсуство неке од горњих претпоставки чини право слеђења неефикасним. Тако, у Турској, Луксембургу и Југославији не постоје ближе одредбе о спровођењу права слеђења, те се оно не може примењивати. У Италији је, због превелике компликованости система обрачуна ауторовог дела, као и због недовољног интереса аутора да оствари своје право слеђења претрпело неуспех. У Уругвају, за 43 године постојања права слеђења, није забележен ни један једини случај реализовања овог права. У СР Немачкој, од 1966. када је право слеђења уведено, до 1975. када је извршена његова ревизија, такође ни један аутор, одн. његов правни следбеник није остварио ово своје право. Изузетак у погледу функционисања права слеђења представљају Француска и Белгија. За ове две земље постоје подаци о релативно добром финансијском ефекту права слеђења.¹⁴ Разлог за такав успех свакако ваља тражити у чињеници да ове две земље имају изванредно дугу и развијену културну традицију, засновану на политици стимулисања ауторског рада и систематског привлачења иностраних аутора на своје тло. Носиоци ованке политике су институционализована трговина уметничким предметима, која, наравно, има своју противтежу у организацијама аутора.

¹⁴ Paul Katzenberger: *Op. cit.*, стр. 38 и 47.

I МЕЂУНАРОДНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

а) Бернска конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела

Право слеђења је у Бернску конвенцију унето бриселском ревизијом из 1948. године у члану 14bis. Затим се у истој текстуалној верзији, у члану 14ter, појављује и у стокхолмској ревизији из 1967., као и у париској ревизији из 1971. Члан 14ter ревидиране Бернске конвенције гласи:

1) Аутор или после његове смрти лица или установе овлашћени националним законодавством уживају, у погледу оригиналних уметничких дела или оригиналних рукописа писаца и композитора, неотуђиво право да буду заинтересовани у било којој продаји дела после првог уступања учињеног од стране аутора.

2) Заштита која је прописана у претходном ставу може се тражити у некој земљи Уније само ако законодавство земље којој аутор припада ту заштиту допушта и у обиму који је одобрен законодавством земље у којој се ова заштита тражи.

3) Начин и стопу наплате утврдиће свако национално законодавство.

Из става 1. овог члана види се да је Бернска конвенција усвојила концепт права слеђења у ужем смислу. Тумачењем чл. 14ter Бернске конвенције долази се до закључка да право слеђења у ужем смислу, како је регулисано Конвенцијом, не улази у оквир начела тзв. минимума заштите, које је начело прокламовано члановима 19 и 20 Конвенције. То значи да право слеђења не делује *iure conventionis* у државама чланицама Уније. Истовремено, Бернска конвенција не садржи ни обавезу ни препоруку за државе чланице Уније да уведу у свој правни систем ово право. Из чл. 14ter став 2 и 3 произлази и то да је Конвенција оставила слободу државама чланицама Уније да, приликом евентуалног увођења права слеђења у свој правни систем, саме одреде конкретну физиономију овог института. Најбитније је, међутим, да се чланом 14ter став 2 пробија основни принцип Бернске конвенције — принцип националног третмана, који је прокламован у члану 5 Конвенције. Наиме, за разлику од формалног реципроцитета који је имплициран у принципу националног третмана, чл. 14ter став 2 предвиђа обавезну примену материјалног реципроцитета. Извесне дилеме изазива управо тај моменат, тј. Бернском конвенцијом допуштена могућност ограничења обима права слеђења иностраном аутору, који обим одређује законодавство земље у којој се ова заштита тражи. У литератури СР Немачке води се дискусија о границама до којих досеже слобода законодавца да уради ово питање. Мишљења која се залажу за максималну слободу законодавца чак до крајности да може и да одбије заштиту иностраног

аутора,¹⁵ ваља одбацити. јер, уз претпоставку постојања материјалног реципроцитета, инострани аутор је *iure conventionis* заштићен.¹⁶ У супротном, поставило би се питање сврхе једне конвенцијске норме која ни на шта не обавезује нити ишта препоручује. Могућност смањења обима уживања права слеђења иностраном аутору упркос испуњености услова материјалног реципроцитета, има се схватити као овлашћење дато Конвенцијом националним законодавствима да захтевају ефективни реципроцитет.¹⁷

Логично се намеће питање због чега је учињен овакав изузетак од општег принципа Бернске конвенције — принципа националног третмана. Могуће објашњење лежи у следећем. Године 1948., кад је признато Бернском конвенцијом, право слеђења је већ било уведено у 5 земаља чланица Уније. Истовремено, огромна већина земаља није показивала интересовање за увођење права слеђења у свој правни систем. Тако, у условима када је само незнатан број земаља чланица Уније признао ово право, принцип националног третмана би нарушио узајамност између држава у погледу њихових међусобних обавеза због права слеђења, и то преко мере која се може толерисати у једној Унији чији је циљ унификација правног положаја страних аутора. Решење је било у изузетном увођењу строжијег реципроцитета. Штавише, како су још тада у 5 држава била усвојена 3 битно различита решења права слеђења, која би решења чак и у оквиру принципа материјалног реципроцитета могла да доведу у питање потребну равнотежу у обавезама из права слеђења између ових држава, излаз је био у обезбеђењу могућности примене ефективног реципроцитета. Другим речима, одступање од принципа националног третмана било је цена за увођење права слеђења у Конвенцију.

На стварној примени ефективног реципроцитета инсистирао је у СР Немачкој Улмер, залажући се за упоређивање обима и квалитета права слеђења у појединим земљама приликом примене чл. 14ter Бернске конвенције. Међутим, због правне несигурности и тешкоћа у практичном спровођењу овог схватања, преовладао је решење да би се, ипак, требало задржати на примени, у суштини, материјалног реципроцитета. При томе је од важности схватање да материјални реципроцитет не постоји у односу на она национална законодавства која, додуше, признају право слеђења, али у којима овај институт није опремљен пропратним правним инструментима да би се могао реализовати. Не би требало испустити из вида околност да Бернска конвенција у чл. 14ter формулише право слеђења у његовом ужем виду. Шира схватања права слеђења (право слеђења у ширем смислу) која су нашла место у

¹⁵ Baum: GRUR 1949/37; Bappert-Wagner: Internationales Urheberrecht, 1956; Alois Troller: GRUR 1950/281 (наведено према Wilhelm Nordemann: Das Verhaeltniss der Regelung des Art. 14ter RBUE ueber das Folgrecht zum deutschen Recht, UFITA 1977/80, стр. 21).

¹⁶ Walter: Zeitschrift fuer Rechtsvergleichung 1973, стр. 155; Eugen Ulmer: Hommage à Henri Debois, 1974, стр. 95 (наведено према Wilhelm Nordemann: Op. cit., стр. 26 и Paul Katzenberger: Das Folgrecht im internationalen Urheberrecht, UFITA 1980/85, стр. 51).

¹⁷ Eugen Ulmer: GRUR 1974/600 (наведено према Paul Katzenberger: Op. cit., стр. 55).

законодавствима појединих држава чланица Бернске уније остају, према томе, ван домаћаја конвенцијског права, и то у оном њиховом „проширујућем“ делу. Како је право слеђења у ужем смислу садржано у праву слеђења у ширем смислу, то значи, да би, на пример, држава Уругвај *iure coventionis* признала француском аутору право слеђења у ужем смислу, док би истом аутору могло бити признато и право слеђења у ширем смислу ако уругвајски прописи међународног приватног права то дозвољавају.

Врло занимљив проблем представља однос између једне државе у којој постоји право слеђења и друге државе у којој такво право не постоји, а које су везане римском ревизијом Бернске конвенције из 1928. године.¹⁸ Имајући у виду да римска ревизија Бернске конвенције не предвиђа право слеђења, поставља се питање да ли се општи принцип Конвенције — принцип националног третмана — простире и на ово право. Потврдан одговор би на први поглед био логичан.¹⁹ Међутим, већи број теоретичара даје негативан одговор.²⁰ Позивајући се на правила која су 1969. нашла место и у Бечкој конвенцији о праву међународних уговора, они указују на нужност историјског тумачења одредаба римске ревизије Бернске конвенције. Резултати таквог тумачења недвосмислено указују да у оно време, према ставу већине земаља чланица Уније, право слеђења није сматрано овлашћењем из субјективног ауторског права, те му, тако, није ни било место у Конвенцији која се бави питањима ауторског права. Прилазећи проблему са изложене стране, оправдано се може извући закључак да римска ревизија Бернске конвенције не обавезује на основу принципа националног третмана земље чланице Уније које су признале право слеђења, јер то није могла бити интенција Конвенције. У противном, постојала би апсурдна ситуација да су инострани аутори у погледу права слеђења јаче заштићени ревизијом у којој се право слеђења и не помиње, него ревизијом чија је једна од идеја јачање интернационалне улоге и положаја права слеђења.

б) Универзална (Светска) конвенција о ауторском праву

Ни у првобитном, женевском, тексту Светске конвенције 1952, ни у тексту њене париске ревизије 1971. право слеђења се не помиње. Када се има у виду принцип националног третмана који је у овој Конвенцији садржан у чл. II, поставља се питање домаћаја овог принципа и у погледу права слеђења. Као што је био случај и са римском ревизијом Бернске конвенције, Каценбергер и Улмер²¹ су мишљења да нема места примени принципа националног третмана. У прилог томе говори и чињеница да се 12 држава

¹⁸ Чехословачка је везана за Бернску Унију римском ревизијом Конвенције.

¹⁹ J. L. Duchemin: *Op. cit.*, стр. 267 (наведено према Paul Katzenberger: *Op. cit.*, стр. 70).

²⁰ Тако Paul Katzenberger: *Op. cit.*, стр. 70; Wilhelm Nordemann: *Op. cit.*, стр. 28.

²¹ Види Paul Katzenberger: *Op. cit.*, стр. 72.

потписница изјаснило против помињања права слеђења у тексту Конвенције, макар и у виду необавезне препоруке да национална законодавства раде на увођењу овог права у своје правне системе.²² Нордеман, међутим, стоји на другом становишту.²³ Он полази од тога да 1952. више није било дилеме у вези са ауторскоправном природом права слеђења, као што је то био случај 1928. у Риму. Осим тога, Светска конвенција, с обзиром да окупља како државе најразвијеније културе, тако и оне у којима уопште не постоји ауторско право (Лаос, Андора), подразумева материјалну неједнакост у обавезама између ових држава. Приступање развијених земаља Светској конвенцији било је још 1952. године „нека врста културне помоћи у корист држава са слабијим ауторским правом“.²⁴ Из тих разлога, по Нордеману, право слеђења, као и свако друго ауторско право, мора бити признато иностраном аутору под условима из чл. II Светске конвенције, а без обзира на материјални реципроцитет. Међутим, на плану истраживања праве воље уговорних страна у Светској конвенцији, Каценбергер и Улмер су, чини се, ближе истини. У прилог томе говори и чињеница да је право слеђења игнорисано и 1971. у Паризу.

II НАЦИОНАЛНИ ПРОПИСИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА

У случајевима када нема места примени међународних двостраних или вишестраних уговора, правни положај иностраних аутора у једној земљи зависи од њених прописа међународног приватног права. Посматрајући ове прописе у упоредном праву са аспекта права слеђења, запажа се да постоје законодавства која су предвидела посебне међународноприватноправне прописе о праву слеђења (Белгија, СР Немачка, Чиле), затим законодавства која регулишу право слеђења са елементом иностраности путем међународно-приватно-правних прописа о ауторском праву (Југославија), као и законодавства која упућују на опште прописе међународног приватног права, садржане у грађанском законик у (Португал).

У највећем броју случајева, иностраном аутору се признаје право слеђења под условом материјалног реципроцитета у односу на земљу држављанство аутора или у односу на земљу у којој је дело први пут објављено. Као следећи могући услов појављује се чињеница да је дело први пут објављено у земљи у којој се тражи заштита. Такође, одлучујућа чињеница за признавање права слеђења иностраном аутору може бити и његов домицил у земљи у којој се заштита тражи. Иностраним ауторима се ауторска права, укључујући и право слеђења, безусловно признају у Уругвају. Исто решење постојало је и у Португалу између 1927. и 1966. У Југославији иностраном аутору признаће се право слеђења под условом фактичног реципроцитета у односу на земљу држављанства аутора, или под условом да је дело први пут објављено у Југославији.

²² UNESCO Copyright Bulletin, свеска IV, No. 4, стр. 96 (наведено према Paul Katzenberger: *Op. cit.*, стр. 72).

²³ Wilhelm Nordemann: *Op. cit.*, стр. 30.

²⁴ Wilhelm Nordemann: *Op. cit.*, стр. 30.

Иако право, као ентитет, има своју релативно самосталну егзистенцију која се заснива на релативно трајним и општим везама његових елемената, извесно је да се оно не може објаснити правним разлозима. Штавише, и суштинско објашњење појединих појава материјалног права лежи ван самог права. Ово, наравно, само под условом да се под објашњењем суштине једне појаве подразумева, у првом реду, њена каузална експликација. Тако, без обзира колика се пажња традиционално придаје разматрању правне природе неког правног феномена, допринос таквог разматрања сазнању тог феномена је, ипак, ограничен, и то у мери у којој су ограничени догматски и нормативни методи истраживања права. Међутим, не само са становишта посматрања појединих института *de lege ferenda*, већ и са становишта примене истих *de lege lata*, као релевантније се поставља разматрање друштвене и економске природе односа који је у основи једног правног института.

Традиционалне теорије о правној природи права слеђења представљају, заправо, логичке конструкције засноване на аналогијама између права слеђења и других правних института.²⁵ Уз помоћ старих аргумената се, како је познато, лакше утврди шта једна нова појава **није**, него шта она **јесте**. У том смислу, није тешко доћи до закључка да је право слеђења појава *sui generis*. Давање позитивне садржине овом одређењу, међутим, мора бити засновано на целовитом погледу на проблем. Разноликост традиционалних теорија о правној природи права слеђења почива на неуједначености нивоа анализе и на различитости аспеката посматрања предмета. Методолошки, ове теорије се могу сврстати у две групе: оне које су резултат узрочне и функционалне анализе права слеђења, и оне које су резултат структуралне (правне) анализе овог права. У настојању да се постављени проблем на овом месту свеобухватније осветли, право слеђења ће прво бити предмет истраживања са становишта његовог друштвеног основа, а затим, са становишта његових правних особина. Таквим поступком требало би, између осталог, да дође до изражаја и датост, али и задатост правне природе права слеђења.

I

а) Полазећи од тога да имовинско право, па и ауторско право као његов део, јесу рефлекс друштвених односа промета употребних вредности, научно мишљење се, приликом објашњавања једног правног односа, не може задовољити чињеницом да тај однос има свој формални извор у правном акту. Напротив, свако право и свака обавеза би морали, макар и посредно, бити усмерени на функционисање и извршавање неке дубље друштвене законитости

²⁵ Искрпан преглед теорије о правној природи права слеђења даје Paul Katzenberger: *Das Folgerecht im deutschen und ausländischen Urheberrecht*, Muenchen, 1970, стр. 65—71.

која је скривена у материјалном извору права. У складу са марксистичком економском доктрином, основна правилност која је у основи робног промета јесте закон вредности, тј. његова непосредна (више логичка него емпиријска) манифестација — еквивалентност радних вредности у размени. Аутоматски, еквивалентност у размени је, заједно са принципом једнакости и диспозиције странака у промету, основни принцип имовинског права. Имајући у виду то, као и чињеницу да се правом слеђења афирмише веза између рада и присвајања, која је, као принцип расподеле, иманентна радној теорији вредности, чини се оправданим схватање права слеђења као правног инструмента за заштиту еквивалентности у промету ауторских дела, и то с обзиром на њихове специфичности у односу на остале робе. На тај начин, право слеђења би, с обзиром на своју друштвену функцију, било сродно са осталим институти-ма који штите еквивалентност у промету (*clausula rebus sic stantibus*, прекомерно оштећење и сл.).

Међутим, горњи закључци не почивају на провереним претпоставкама. Пошто економска проблематика не представља прева-сходни предмет овог рада, није оправдано да су на овом месту те претпоставке проверавају. Тако, остају за размишљање два питања. Прво, на који начин се уникатност оригинала ауторског дела, те самим тим и монополни положај аутора тог дела (посебно у случају када име аутора представља дистинктивни знак за дело) уклапа у Марксове претпоставке за размену робе по вредности? Друго, да ли закон вредности на исти начин и у истој мери делују у сфери материјалне производње и размене, и у сфери духовног стваралаштва и размени резултата тог стваралаштва? Другим речима, поставља се питање да ли резултати ауторског стваралаштва имају карактер робе, односно у којој мери и на који начин попримају тај карактер.

Чини се да је аналогија по функцији између права слеђења и института за заштиту еквивалентности у промету ипак привидна, јер се ови последњи наслањају на објективну економску законитост, док се право слеђења наслања, додуше, на принцип да је рад основ присвајања, али, не у функцији објективне друштвене законитости, већ у смислу максиме неког идеалног поретка — дистрибутивне правде.

б) Како, међутим, једно законодавно решење није израз директног сагледавања општих друштвених законитости, већ је посредовано односом снага друштвених субјеката у питању и њиховим интересима, то би вредело покушати оценити право слеђења и са становишта политике.

Извесно је да је ово право уведено у оним земљама у којима су аутори, путем својих организација, довољно консолидовани, те представљају довољно озбиљну друштвену снагу која је могла да изврши притисак на законодавца у одређеном смислу. Међутим, чињеницом да право слеђења штити ауторе, није решен проблем његовог друштвеног оправдања. Прихватљивим решењем овог проблема се чини схватање које је већ антиципирано, а које је и најраширеније међу теоретичарима који су се бавили тим питањем.

Реч је о схватању да аргумент правде и правичности лежи у основи права слеђења. Овим аргументом се, заправо, покушавају да ублаже неке, по моралним критеријумима једнакости, негативне последице друштвених токова који су израз људске неслободе. У питању је један парцијалан покушај хуманизације објективног друштвеног процеса који се у бити, наравно, не може изменити у да- том оквиру начина привређивања.

II

Циљ овог поглавља јесте да се пружи позитивно одређење права слеђења као права *sui generis*. Лакше разумевање текста, као и терминолошка прецизност и доследност наложили су потребу одвојеног третирања правне природе права слеђења у ужем смислу од права слеђења у ширем смислу.

а) Право слеђења у ужем смислу

Упознавши се претходно са садржином права слеђења у ужем смислу, може се са извесношћу рећи да је то право имовинског карактера, јер материјална тражбина на коју је аутор (односно његови правни следбеници) овлашћен, директно и искључиво задовољава имовински интерес титулара, истовремено, право слеђења у ужем смислу је и личног карактера, али не у смислу да се њиме задовољава неки ауторов морални (лични) интерес, већ у смислу да је оно везано за ауторову личност. Аутор га се не може одрећи, нити га може преносити правним пословима *inter vivos*. Компромис између имовинског и личног карактера овог права изражен је у чињеници да се оно наслеђује (осим у Чилеу и Калифорнији). Стварни проблем настаје у покушају да се право слеђења у ужем смислу обухвати традиционалном поделом права на апсолутна и релативна. У вези с тим појављује се и питање да ли се право слеђења може сматрати овлашћењем из ауторског права у субјективном смислу, или не.

У литератури је постојало схватање да је право слеђења апсолутно право.²⁶ Ово схватање је и данас примамљиво, јер своју уверљивост заснива на претпоставци која је на први поглед логична и вероватна. Претпоставља се, наиме, да је право слеђења у субјективном смислу једно од ауторскоправних овлашћења, те, пошто је ауторско право апсолутно право, то и право слеђења мора имати тај карактер. У функционалном смислу, субјективно право слеђења јесте ауторскоправно овлашћење јер делује у функцији правне заштите аутора, тј. усмерено је у правцу истог глобалног друштвеног циља у којем је усмерена и целина ауторског права. Међутим, у правнотеоријском смислу, постоје врло јаки аргументи против

²⁶ Otto Opet: *Annalen des deutschen Reiches* 1913, стр. 379 (наведено према Paul Katzenberger: *Op. cit.*, стр. 67).

схватања да је субјективно право слеђења ауторскоправно овлашћење, те и да је апсолутног карактера.

Обележје које без изузетка карактерише апсолутна права, је-сте њихово дејство *erga omnes*. Другим речима апсолутно право у субјективном смислу ствара истовремен, паралелан правни однос између титулара и неодређеног броја обавезних лица. Ово обележје нужно повлачи и искључиви карактер апсолутних права, тј. негативну обавезу на страни свих осталих лица (обавезних лица), која се састоји у уздржавању од ометања титулара у вршењу његовог права. У супротном, постојала би апсурдна ситуација да неодређени број обавезних лица (условно, „сва лица“) истовремено има обавезу према титулару апсолутног права на неко давање или чињење. Право слеђења састоји се у конкретном овлашћењу на новчану тражбину, које овлашћује, на страни обавезног лица, подразумева обавезу на новчано давање. Ова комплементарност овлашћења и обавезе с једне стране, и чињеница да је реч о позитивно одређеној обавези с друге стране, искључују могућност да је у питању право које делује *erga omnes*. Штавише, право слеђења има све карактеристике релативног, облигационог права. Поред већ поменуте комплементарности овлашћења и обавезе која је конкретно и позитивно одређена, правом слеђења се успоставља правни однос између титулара и једног одређеног обавезног лица. Поред тога, ово право и застарева у одређеном року. Међутим, специфичност права слеђења која уноси забуну у одређивање његове правне природе, састоји се у околности да право слеђења у ужем смислу „следи“ ствар (оригинал ауторског дела), тј. на један посебан начин прати правну судбину ствари од њеног настанка и пуштања у промет до њене физичке пропасти. Наиме, постојање оригинала ауторског дела којег је аутор пустио у промет је-сте нужан, али не и довољан услов настанка права слеђења. Потребно је да се стекне и чињеница препродаје тог истог оригинала да би право слеђења настало. При том право слеђења у субјективном смислу настаје као одвојен правни однос онолико пута, колико пута тај исти оригинал буде препродат. Дакле, једна иста ствар (оригинал ауторског дела) може довести титулара права слеђења у правну везу са више обавезних лица, али само у одвојеним, сукцесивним односима. У том смислу, наступање застарелости потраживања из права слеђења, или извршења обавезе из овог права тичу се само једног односа.

Околност да настанком оригинала ауторског дела и његовим пуштањем у промет за аутора настаје могућност успостављања поверилачко-дужничког односа са неким (било којим) лицем, а поводом те ствари, није довољна да би се сматрало да аутор има субјективно право слеђења, а још мање да је то апсолутно право. У супротном, то право би било без овлашћења, тј. *nudum ius*, све док се не испуне неке законске претпоставке у вези са ствари (препродаја), тј. све док не настане конкретан правни однос између титулара и обавезног лица. Истовремено, крајње противречно би било да једно апсолутно право постоји без овлашћења, а у моменту настанка овлашћења, да се трансформише у релативно право.

Поменута околност потенцијалног настанка овлашћења из права слеђења, која настаје за аутора настанком оригинала његовог дела и пуштањем истог у промет од стране аутора, и траје све док тај оригинал физички постоји, јамачно није право, већ правна ситуација или стање.²⁷ Другим речима, то је постојање извесних правно релевантних околности које, када им се прикључи још једна правна чињеница, могу да се претворе у субјективно право. Елементи тог правног стања су: аутор, постојање оригинала ауторског дела и пуштање у промет тог оригинала ауторског дела од стране аутора. Додатна правна чињеница коју закон предвиђа као потребну за настанак субјективног права слеђења, јесте препродаја тог оригинала од стране његовог власника (евентуално и остварена добит приликом препродаје). Физичка пропаст ствари, коју је скривио власник оригинала ауторског дела, дакле потенцијални ауторов дужник по основу права слеђења, не повлачи обавезу за накнаду штете, што је доказ да субјективно право слеђења не постоји све до наступања додатне нужне правне чињенице (препродаје оригинала). Истовремено, то је још један доказ да право слеђења није апсолутно право, јер да јесте, онда би скривљена пропаст ствари представљала акт управљен на онемогућење титулара да врши своје право, дакле противправни акт, што би свакако имало за последицу неку санкцију.

Разматрање правне природе права слеђења у ужем смислу могло би се закључити тврдњом да је оно релативно право које има свој формални извор директно у закону (тзв. законска облигација), а за које је карактеристично да прати ствар у њеном правном промету, стварајући одвојене и сукцесивне правне везе између титулара и сваког лица код кога се ствар (оригинал) нађе као предмет својине, под условом да то лице исту ствар препродаје.²⁸ Тако, право слеђења се у правнотеоријском смислу не може сматрати ауторскоправним овлашћењем. То је разлог због којег право слеђења до 1948. није нашло своје место у Бернској конвенцији која има за предмет регулисање ауторских права. Приликом бриселске ревизије Бернске конвенције 1948. право слеђења је ипак унето у Конвенцију, јер се став према класификацији овог права променио. Срж могућег неспоразума, заправо, лежи у следећем: или ће се као критеријум класификације узети друштвена функција једног права, или ће то бити његова правна обележја. Не превиђајући чињеницу да су функција и структура у корелацији, одређена одступања су, ипак, могућа, као што је случај код права слеђења. Закључак би био да, уколико се за примену неког права постави као релевантно питање његове класификације, онда би функционална класификација морала бити првенствена, а правна класификација помоћна. Другим речима, формално-правна класификација се не сме појавити као препрека за остварење друштвене функ-

²⁷ Види Андрија Гамс: Увод у грађанско право (општи део), Београд, 1978, стр. 89.

²⁸ До истог резултата дошао је и Каценбергер, с тим што он право слеђења сврстава у једну категорију права, која у нашој теорији није позната. То је категорија предметних права (*gegenstaendliche Rechte*).

ције једног права, као што је то био случај у Бернској конвенцији до бриселске ревизије.

б) Право слеђења у ширем смислу

Пошто право слеђења у ширем смислу у целини обухвата право слеђења у ужем смислу о којем је било речи, посебно објашњење захтева само још тзв. проширујућа компонента права слеђења у ширем смислу. Овлашћење из те компоненте има особину да је личне и имовинске природе. Истовремено, оно је и релативног карактера, при чему следи имовинско ауторско право које се налази у промету. Ситуација је, дакле, аналогна оној код права слеђења у ужем смислу, само што битан елемент правног стања не чини ствар, већ право, тачније, овлашћење из субјективног имовинског ауторског права. *Mutatis mutandis*, разлог престанка правног стања које може да се претвори у субјективно право слеђења у ширем смислу јесте, поред пропасти ствари или њеног повлачења из промета, и повлачење имовинског ауторског правног овлашћења из промета престанком ауторског уговора.

ЗАКЉУЧАК

Право слеђења је изванредно плодна тема за теоријску расправу, посебно уколико се посматра у контексту друштвеног вредновања ауторског рада уопште. Међутим, с обзиром на његову улогу у целом систему правних инструмената ауторске заштите, а посебно с обзиром на његов практични ефекат, значај права слеђења је мали. Ово право не постоји као јединствен теоријски и законодавни концепт. Упоредноправни поглед на законска решења права слеђења показује да је у питању једно *ad hoc* право, без дубље теоријске заснованости и кохеренције. Будући да представља прилично радикалан захват у традиционалне односе правног промета, право слеђења је, у извесном смислу, екстремно право из домена правне заштите аутора. При том остаје велико питање колико је тај радикализам друштвено оправдан.

Слободан М. МАРКОВИЋ

THE LAW ON SEQUENCE IN COPYRIGHT

— Summary —

This is a monographical type of study on subject: DROIT DE SUITE IN COPYRIGHT LAW. After having defined the subject, the author gives an explanation of social conditions affecting the commencement of droit de

suite with a special emphasis on economic aspect of the problem. Comparative view of national regulations of droit de suite shows a great variety of legislative modes of this institute, between which is any reliable regularity hardly to see. Concerning international regulation of droit de suite the author elaborates the existence and an interesting history of this institute within the Bern Convention on Protection of Literary and Artistic Property. A lot of attention is paid to the question of social and juridical nature of droit de suite. Firstly, the author attempts to find out a causal explanation of this institute by directing the examination towards those social relations which are supposed to be the material source of droit de suite. Then follows an analysis of droit de suite from the dogmatic and normativistic point of view. The study concludes with a thesis, in spite of provocative nature of droit de suite in theoretical sense, the practical effect of it is inconsiderable in comparison to a complex process of introducing it into life.

СТВАРНИ ДОКАЗ У КРИВИЧНО-ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ И КРИМИНАЛИСТИЦИ

Рад обрађује слиједеће тематске подцјелине:

- I. ЗКП о стварним доказима;
- II. Наша кривичнопроцесна наука о стварном доказу;
- III. Инострана кривично-процесна наука о стварном доказу;
- IV. Што је ствар;
- V. Што је стварни доказ;
- VI. Подјела стварних доказа;
- VII. Стварни доказ — непосредни или посредни доказ? или обоје?

I. ЗКП о стварним доказима

Наш Закон о кривичном поступку не даје дефиницију стварног доказа, за разлику од Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије, који је у § 104. одређивао да су то: „... Предмети на којима је или помоћу којих је учињено кривично дело и које је окривљеник оставио за собом на месту учињеног дела, као и предмети који ће се имати окривљенику или сведоку показати да их познају или који би на који други начин могли послужити за доказ“, као и неких савремених Законика о кривичном поступку.¹ Било би потпуно погрешно извести из тога закључак да наш Законодавац не познаје и не признаје стварне доказе.

Иако у ЗКП СФРЈ постоје само индиректна указивања на стварне доказе, ипак не може бити сумње да су сва ова идентична са категоријом „стварни доказ“ („стварно доказно средство“).

Тако, у ст. 3. чл. 148. наш ЗКП одређује: „... навешће доказе који су им познати и предузеће мере да би се сачували трагови кривичног дела, предмети на којима или помоћу којих је учињено

¹ Усп. нпр. чл. 83 УПК РСФСР и § 49. СтПО ДДР.

кривично дело и други докази". Ст. 1. чл. 151. ЗКП-а садржи одредбу да су органи унутрашњих послова обавезни подузети мере: „... да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ...". У ст. 1. чл. 206. каже се да претресање стана и особа ваља извршити онда ако је вероватно да ће се претресањем „... пронаћи трагови кривичног дела или предмети важни за кривични поступак". Да Законодавац недвојбе-но сматра предмете стварним доказом произлази и из формулације ст. 4. чл. 210. ЗКП-а: „... или ако постоји сумња да ће одбацити, сакрити или уништити предмете које треба од њега одузети као доказ у кривичном поступку". У ст. 1. чл. 211. такођер стоји: „Предмети који се по кривичном закону имају одузети или који могу послужити као доказ у кривичном поступку...". У чл. 221. наш Законодавац чак врши профињену дистинкцију између „предмета који стоје у вези са кривичним делом" и оних „који служе као доказ". У ст. 2. чл. 332. ЗКП говори о „предметима који служе разјашњењу ствари", што, по нашем мишљењу, обухвата стварне доказе, документе и пробне узорке. (Сва потцртавања извршио В. В.).

Са свим наведеним ознакама се свакако мисли на стварни доказ, — повезан како са кривичним дјелом тако и са његовим починитељем, — који игра истакнуту улогу у откривању кривичног дела и разоткривању његовог учиниоца. Поред тога, и ст. 1. чл. 69. КЗ СФРЈ има велико процесно и доказно значење за нашу тему, јер позна категорије стварних доказа као што су: „Предмети који су употребљени или који су били намењени за извршење кривичног дела или који су настали извршењем кривичног дела..." (Потцртао В. В.).

II. Наша кривичнопроцесна наука о стварном доказу

П. Ј. Савић² позна особне и стварне доказе. Стварни докази „се изводе из положаја или изгледа какве ствари, као што су нпр. обијена врата, стопе по мекој земљи или по снегу, крвав нож итд".

Никола Огорелица³ разликује лична и стварна доказна средства, истичући квалитет ствари: „Но може се то увјерење оснивати на **каквоћи предмета**, која је у вријеме доказивања видљива".

Метод Доленц⁴ „Ту се ради о проблему кривичног процесног остварења **реалних доказа**, чија се вредност у модерном кривичном поступку у упоређењу са прошлим дигла високо изнад вредности сведочења".

Миодраг Аћимовић⁵ сматра да су „стварна доказна средства ствари или предмети који служе за доказ какве важне чињенице".

М. П. Чубински⁶ такођер признаје стварне доказе.

² Теорија судских доказа у кривичним делима, Београд, 1886, стр. 39.

³ Казнено процесуално право, Загреб, 1899, стр. 337.

⁴ Теорија судског кривичног поступка за краљевину Југославију, Београд, 1933, стр. 149—150.

⁵ Кривичносудски поступак, Београд, 1946, стр. 110.

⁶ Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку, Београд, 1933, стр. 149.

Б. Марновић⁷ мисли да су то: „... предмети који у поступку могу послужити као доказ“.

Витомир Петровић⁸ даје слиједећу дефиницију материјалног доказа: „Материјалним доказом зове се свака ствар која може бити доказ по предмету, тј. може да буде извор података о чињеници коју треба доказати“.

Панта Марина и Никола Матовски⁹ сматрају да је материјални доказ: „... сваки предмет који је од важности за утврђивање чињеница у кривичном поступку“.

Михаило Илић¹⁰ даје дефиницију стварног доказа како слиједи: „Материјални докази су не само предмети који су употребљени или били намијењени за извршење кривичног дјела или који су настали извршењем кривичног дјела — чл. 62. КЗ (сада 69, примједба В. В.), иако су најчешће ти предмети материјални докази, већ материјални доказ може бити свака ствар која служи као извор података за утврђивање чињеница важних за кривични поступак“.

Д. Димитријевић¹¹ истиче да се: „Материјалним доказима називају ствари које под условима кривичног поступка доприносе расветљавању спорних чињеница и околности о кривичном делу и његовом учиниоцу“. Писац позна:

а) ствари — објекте кривичног дјела; б) ствари — оруђа и средства извршења кривичног дјела; в) ствари — стечене кривичним дјелом; г) ствари — носиоце трагова кривичног дјела и његовог починитеља.

Аугуст Мунда¹² позна такођер стварне доказе.

V. Bayer¹³ заступа оригинално стајалиште да стварни доказ не постоји. „И када се предмети употребљавају за сазнавање чињеница у кривичном поступку, извор сазнања о тим чињеницама за органа који чињенице утврђује, јест или властито опажање тога органа или неки доказ“.

III. Инострана кривично-процесна наука о стварном доказу

J. Glaser¹⁴ дијели доказна средства на особна и стварна (*sachliche Beweismittel* — документи и ствари).

Ernest Beling¹⁵ резонира на сличан начин.

Erich Döhring¹⁶ такођер дијели доказна средства на персоналне и реалне доказе. Увиђај спада „међу доказна средства, која до-

⁷ Уџб. судс. кривич. пост., Београд, 1930, стр. 316; 1937. г., стр. 276

⁸ Кривично-судски поступак, II свеска Београд, 1947, стр. 126.

⁹ Кривична постапка, Белград, 1972, стр. 232.

¹⁰ Предавања из кривичног процесног права, Сарајево, 1973, стр. 205—206.

¹¹ Кривично-процесно право, Београд, 1976, стр. 239—246.

¹² Уџбеник казенског постапка Федеративне Људске Републике Југославије, II, Љубљана, 1957, стр. 284, 317 итд.

¹³ Југославенско кривично процесно право, II, Загреб, 1978, стр. 17—18.

¹⁴ Handbuch des Strafprozesses, Bd I, Leipzig, 1883, p. 366—369.

¹⁵ Deutsches Strafprozessrecht, Berlin, 1928, p. 290.

¹⁶ Die Erforschung des Sachverhaltes im Prozess, Berlin, 1964, p. 120; 312—313.

бијају значење за налажење истине само својим квалитетом ствари". „Као што код доказа путем свједока ... доказно средство представља исказ саслушника, тако овдје мора бити третирано као истинско доказно средство објект на који је усмјерен увиђај, док подузимање увиђаја, слично као саслушавање свједока ... означава поступање путем којег се доказно средство чини корисним за изналагање истине".

*Niggemeyer*¹⁷ подразумејева под стварним доказом све што се опажа чулима.

*Eduard Kern*¹⁸ пише да се као објекти увиђаја појављују стварна доказна средства и исправе.

*Kern-Roxin*¹⁹ сматрају да се као стварни докази појављују објекти увиђаја и исправе.

*H. Henkel*²⁰ наглашава да: „Напредак криминалистичке технике, судске кемеје и медицине истиче све импресивније могућности примјене и доказну вриједност стварних доказних средстава (објекта увиђаја) ... „Увиђај над стварима (стварни доказ)".

*Karl Zbinden*²¹ дијели доказна средства на особна (окривљени, свиједок, вјештак) и стварна доказна средства (објекти увиђаја као што су трагови на лицу мјеста, исправе).

*Roland Grassberger*²² такођер усваја такву подјелу.

*H. Huelke*²³ сматра да су „најважнија основа за налажење истине у савременом кривичном поступку свједоци и стварни докази".

*Hans Heiner Kühne*²⁴ говори о увиђају као стварном доказном средству.

*Ulrich Stock*²⁵ истиче да у кривичном поступку могу фигурирати као важна доказна средства и ствари (покретне и непокретне), као и трагови на њима, „нпр. кривотворена мјеница, боца с отровом, оружје, писаћа машина на којој је написано анонимно писмо, кривотворене или затроване живежне намирнице, отисци прстију ...". „Ми их називамо (а potiori) **објектима увиђаја** тј. стварима на којима се чулним опажањем даду утврдити релевантне чињенице".

*Krause-Nehring*²⁶ разјашњују доказна средства као особна и стварна (објекти увиђаја и исправе).

*Robert Hauser*²⁷ пише: „Код **стварног доказа** ствара се судско увјерење ... чулним опажањем на објектима. Овдје спадају увиђај и доказ исправом". „Као чињенице треба вредновати конкрет-

¹⁷ Die Bedeutung der Tatortuntersuchung für das Strafverfahren, Taschenbuch für Kriminalisten, 1959, p. 16; Das kriminalpolizeiliche Ermittlungsverfahren, BKA, Wiesbaden, 1956, p. 16—17.

¹⁸ Strafverfahrensrecht, München, 1967, p. 119—120.

¹⁹ Strafverfahrensrecht, München, 1976, p. 141.

²⁰ Strafverfahrensrecht, Stuttgart, Berlin, 1968, p. 198, 223.

²¹ Kriminalistik, München, 1954, p. 48—49.

²² Kriminologie, R.C.T.P. p. 5; Psychologie des Strafverfahrens, Wien 1968, p. 262—263, 274—282.

²³ Spurenkunde, Hamburg, 1977, p. 1.

²⁴ Strafprozesslenre, Kehl am Rhein, 1978, p. 288.

²⁵ Strafprozessrecht, Tübingen, 1952, p. 101—102.

²⁶ Strafverfahrensrecht in der Polizeipraxis, Köln—Berlin, 1978, p. 60—61

²⁷ Der Zeugenbeweis im Strafprozess, Zürich, 1974, p. 21.

не околности одређене у простору и времену, протекле или садашње". „Овдје спадају догађаји или односи, предмети или стања, која су постојала у прошлости или постоје у садашњости".

*Karl Peters*²⁸ наглашава велику важност стварног доказа, при чему препоручује, са правом, стратегију кориштења **комбинираних доказа** (јединства објективних и субјективних доказа). Аутор, један од најзначајнијих свјетских процесуалиста, убраја међу „предметна доказна средства исправе, остале предмете и трагове". „Међутим, стварни доказ може бити фиксиран властитим судачким опажањем. **Само је по себи разумљиво да судач тиме не постаје доказно средство**". „Уколико се стварни доказ изводи чулним посматрањем ради се о доказу увиђајем".²⁹

*Theodor Kleinknecht*³⁰ сматра да: „Такозвана особна доказна средства ступају у функцију казивањем; такозвана стварна доказна средства, то значи, предмети који су као доказна средства од значаја за истраживање (§ 94 I) ...".³¹

Olivier Robert,³² слично као *Robert von Hippel*³³ и *August von Kries*,³⁴ размишља на слиједећи начин: „Нод такозованих особних доказних средстава у средишту је исказ, судач испитује окривљеног, сведока, вјештака и од њих очекује објашњење. Насупрот, такозвана стварна доказна средства не говоре; њих треба прочитати или некако другачије протумачити. Обично се дијеле на исправе и објекте увиђаја".

*Eberhard Schmidt*³⁵ говори о доказу подузимањем увиђаја: суд чулно опажа предметне објекте, датости ствари и њихове временско-просторне односе.

R. Schindler и *A. Uhlig*³⁶ дијеле сва доказна средства на особна и стварна.

*Fritz Kobbelt*³⁷ прихвата исту подјелу. Стварни доказ је свака ствар и предмет, који допушта закључак о кривичном дјелу и учиниоцу, дакле све ствари и предмети који су а) послужили као средство извршења; б) били нападни објекти и в) све остале материје, предмети и писмена која су повезана са кривичним догађајем и могу допринијети његовом разјашњењу.

(Слично резонирају *Schindler* и *Uhlig*).³⁸

²⁸ Fehlerquellen im Strafprozess, Karlsruhe, 1972, 2 Band, p. 186—193—194.

²⁹ Peters, op. cit., 3 Band, 1974, p. 72, 75.

³⁰ Strafprozessordnung, München, 1979, p. 10.

³¹ § 94 I СтПО гласи: „Предмете који би могли да буду од значаја за истраживање као доказна средства, ваља одузети или на други начин осигурати".

³² Der Augenschein im Strafprozess, Zürich, 1974, p. 23.

³³ Der Deutsche Strafprozess, Marburg, 1941, p. 378, 426.

³⁴ Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Freiburg i Br. 1892, p. 408.

³⁵ Deutsche Strafprozessrecht, Göttingen, 1967, p. 95.

³⁶ Die Bedeutung und die Besonderheiten der Beweismittel im strafprozessrecht, Neue Justiz, 3, 1955, p. 298, p. 302.

³⁷ Zur Stellung der sachlichen Beweismittel im Strafverfahren, Kriminalistische Beiträge, Berlin, 1960, p. 76—78.

³⁸ Видети фусноту под 36.

*Grahn*³⁹ усваја исту подјелу, (као што и поново чине *Schindler*,⁴⁰ *R. Hermann*⁴¹ и *Horst Luther*).⁴²

*H. Hartisch*⁴³ заузима исти став. По овим писцима, доказни предмети су ствари које својственошћу или местом њиховог налажења информирају о околностима кривичне ствари.

М. А. Нургалиева,⁴⁴ А. Н. Јурга,⁴⁵ Н. А. Селиванов,⁴⁶ В. Д. Арсењев,⁴⁷ Р. Д. Рахунов,⁴⁸ С. С. Степичев,⁴⁹ М. М. Видрја,⁵⁰ Р. С. Белнин,⁵¹ А. Ј. Трусков,⁵² Л. Д. Нокорев,⁵³ Г. Ф. Горский,⁵⁴ Ф. Н. Фаткуллин,⁵⁵ М. М. Гродзинский,⁵⁶ Ц. М. Каз,⁵⁷ А. Р. Ратинов,⁵⁸ В. Ја. Дорохов,⁵⁹ В. Басков,⁶⁰ и други совјетски процесуалисти и криминалисти полазе од подјеле доказа на особне и стварне као нечег што је само по себи разумљиво и неспорно. М. С. Строгович⁶¹ је додуше 1955. године негирао сваку научну вриједност ове диобе.

IV. Што је ствар

Ствар⁶² је такав дио материје који се одликује релативном стабилношћу у простору и времену. **Предмет** је тродимензионално ограничен и материјом садржан дио неког простора са чврсто одређеном формом, који може стога бити врло лијепо чулима запажљив.

³⁹ Leitfaden des Strafprozessrechts der DDR, Berlin, 1959, p. 115.

⁴⁰ Види фусноту под 39.

⁴¹ Das Beweisrecht im Ermittlungsverfahren, Berlin, 1967, p. 77.

⁴² Strafprozessrecht der DDR, p. 115.

⁴³ Дело под 42, п. 127.

⁴⁴ Поњатие вещественных доказательств в советском уголовном процессе, Правоведение 1972/3, п. 113—117.

⁴⁵ К определению понятија вещественного доказательства, Вопросы криминалистики, 1961, 1—2, п. 95—102.

⁴⁶ Вещественные доказательства, М, 1971, п. 3—15.

⁴⁷ Вещественные доказательства в советском уголовном процессе, М, 1957, п. 1—4.

⁴⁸ Вещественные и письменные доказательства в советском уголовном процессе, Учение записки Вијун, Вип. 10, 1959, п. 210—211.

⁴⁹ Теорија доказательств в советском уголовном процессе, М, 1973, п. 634—673.

⁵⁰ Вещественные доказательства в сов. уг. процессе, М, 1955, п. 34.

⁵¹ Собирање, исследование и оценка доказательств, М, 1966, п. 15—16.

⁵² Судебное доказывание в свете идеи кибернетики, Вопросы кибернетики и права, М., 1967, п. 26—27.

⁵³ Проблемы доказательств в советском уг. процессе, Воронеж, 1978, п. 179—190.

⁵⁴ Фуснота под 53, п. 118—16.

⁵⁵ Общие проблемы процессуального доказывания, Казан, 1973, п. 124.

⁵⁶ Улики в сов. уг. процессе, М., 1945, п. 90—94.

⁵⁷ Доказательства в сов. уг. проц., Саратов, 1960, п. 18.

⁵⁸ Судобнаја психологија дља следоватеља, М., 1967, п. 254.

⁵⁹ Природа вещественных доказательств, Советское государство и право, 1971/10, п. 111—112, п. 182—183.

⁶⁰ Исследование, оценка и определение судьбы вещественных доказательств, Советская јустисија, 1973/11, п. 18.

⁶¹ Материјалнаја истина и судебние доказаельства в советском уголовном процессе, М., 1955, п. 310—311.

⁶² Проблем разматрамо у свијетлу конкретне психологије: — G. Politzer, La crise de la pshychologie contemporaine, Paris, 1947; L. Sève Marxisme et theorie de la personaliè, Paris, 1969; A. Gramsci, Oeuvres choisies, Paris, 1959.

Микрочестица је свакако ствар, али није предмет. Микро-објекти су невидљиви (микроскопски) остаци твари механичке, физичке, биолошке и медицинске природе било ког агрегатног стања. Поред микро-објеката познајемо микро и субмикро-остатке неке твари, а све заједно их називамо доказним тварима. Насупрот доказним предметима, доказне твари немају одређену, чврсту форму (то су остаци течности и плинова који су слободни, блата, прљаве супстанце, сперме, пљувачке, прашине итд., итд.).

Разграничење између доказних предмета и доказних твари је са научног стајалишта потпуно оправдано, јер је прва категорија стварних доказа „ухватљива“, чулима непосредно приступачна и често кривичноправно релевантна већ својим постојањем и изгледом док доказне твари увијек предпостављају вјештачење.

Још је Аристотел у „Метафизици“ написао да људи једанпут говоре о предмету, посматрајући га изолирано, а други пут у односу са другим предметима. Ствар је, дакле, материјално тијело које заузима одређени простор и траје одређено вријеме, **своје вријеме**. Због своје релативне стабилности ствар се не претвара у другу. Она је одвојена од других ствари својом стабилношћу, квалитетом, простором и временом. Ствар је систем својстава, квалитета која уједно значи њену границу, јер ишчезавањем тих квалитета ствар се преображава у другу. Та својства (квалитет) постоје независно од свијести спознајућег субјекта. Ово учење дијалектичког материјализма налази свој нагласак у сазнању да је информациона суштина ствари у њеним промјенама. Материјални свијет је бесконачан број ствари као дијелова једне цјелине. Точна је спознаја да је ствар суоднос елемената од којих се састоји њено стабилно јединство као супстрата ствари, али нас марксизам уједно учи да је она истовремено и цјелокупност функције суодноса са другим стварима и живим бићима, појавама и процесима. Ствар се не може спознати ако се не открију њена својства, специфичности њеног функционирања. При истраживању ствари треба примјенити функционални, структурни и генетички метод. **В. И. Лењин**⁶³ је написао: „Природа је и конкретна и апстрактна, појава и суштина и момент и однос“. Супстрат ствари је свакако материјал од којег је она сачињена у јединству и стабилности, па она „живи“ тим својим „материјално-супстратним“ битисањем, које је квалитативно разликује од осталих ствари. Тај супстрат је у њеним елементима, својствима. Али, истовремено, ствари не постоје у виду некаквог „чистог“ супстрата него само у односу са другим стварима. Тако је **К. Маркс**⁶⁴ открио двоструку природу робе: она је уистину материјални предмет, али се њена својства робе испољавају само у односу са другим стварима. Само у цјелокупности односа конкретне ствари са другим стварима, појавама, процесима, субјектима ствар открива и испољава своју природу. Исто тако односи не постоје изван ствари, нема „голих“ односа.

Узајамно дјеловање које карактеризира унутарњу и вањску страну ствари изражава универзалну везу својствену читавој материји. Природа узајамног дјеловања одређена је увијек природом

⁶³ Филозофске свеске, Београд, 1955, стр. 180.

⁶⁴ Капитал, I, Београд, 1947, стр. 1—14.

делујућих ствари. Спознаја својстава ствари значи спознају ње саме. „Предметно биће дјелује предметно, а оно не би дјеловало предметно као предметност не би лежала у његову суштинском одређењу“.⁶⁵ Пракса је онај облик друштвене дјелатности којим се постиже више од у мислима планиране промјене, а то је **стварно настала промјена**.⁶⁶ Идеје се у дјелатности материјализирају, а ствари добивају психолошки садржај. Производ људске дјелатности је „постварени разум“. Субјект и објект се налазе у нераскидивом јединству, а **сваки субјект је само оно што је испољио у чину**.⁶⁷ „Познаћеш га по дјелима његовим“, пише још у Светом писму. У радном процесу се остварује постварење, опредмећивање и објективизирање људских сила, што се дешава такођер и у процесу зарања (криминалитет је деструкција). У том контексту предмети нису ништа друго до стварни отисци људских сила. У складу са Марковим схватањем спознаје као процеса и резултата предметно-чулне дјелатности, не догађа се овдје претварање мисли у предмет и предмета у мисао, него се збива **радња предметног бића** (субјекта кривичног дјела) над предметном материјом природе путем оруђа (специјалног предмета) ради остварења криминалних потреба. Овдје се **ствари јављају као средства комуницирања међу људима** (и извршење кривичног дјела је комуникација), а то ће рећи као **освојена практична објективна функција предмета или оруђа, у којој је садржана и изражена и природна супстанцијалност тог предмета а не само његово друштвено значење**. Без првог не би било могуће друго, а друштвена функција ствари чији је од „ствари за себе“ ствари за нас. Ствар (нпр. оруђе извршења кривичног дјела) јесте, прво, објект са свим његовим **природним** својствима. (Управо због тих и таквих природних својстава она и може да послужи за извршење кривичног дјела. У вези с тим настао је појам апсолутно неподобног средства (нпр. папирнати ноћ). Али, ствар није просто напросто само то. Прво, нпр. чекић и пиштољ не налазе се непосредно у природи, за разлику од камена као средства за извршење убиства. Предмети природе постају разумно организовани предмети. „Ови људски проналасци припадају духу, и такво оруђе ваља више ценити него природни предмет...“⁶⁷ То су вјештачки створене ствари произведене руком, која је слушала разум. Ствар је овдје носилац корисних или разорних, штетних својстава која им је човјек свјесно дао, одређујући њену друштвену функцију. Човјек „искориштава механичка, физичка и хемијска својства ствари да би, **сходно сврси** који је себи поставио, њима као силама дјеловао на друге ствари“.⁶⁸ Ствар се, дакле, јавља као **субјективизирани објект**, који свакако тиме не постаје субјект, али се прожима с њим. *Hermann Zafita*⁶⁹ и *Erich Wulffen*⁷⁰ су потпуно

⁶⁵ Маркс—Енгелс, Рани радови, 1976, стр. 323.

⁶⁶ Ф. Енгелс, Дијалектика природе, Београд, 1951, стр. 237.

⁶⁷ Види фусноту под 62.

⁶⁸ Лењин, Филозофске свеске, стр. 223.

⁶⁹ К. Маркс, Капитал, I, Београд, 1947, стр. 135—136.

⁷⁰ Zur kriminalpsychologischen Bedeutung des Verbrecherwerkzeugs, Grossov Archiv, Bd 52, p. 249 и ост.

⁷¹ Verbrechen und Verbrecher, Berlin, 1925, p. 208—213.

у праву када говоре о психологији оруђа кривичног дјела. Овим су правцем кренули и савремени судски психолози, криминалисти и процесуалисти. На основу избора врсте оруђа извршења, његових својствености и начина руковања њиме могу се створити верзије и индиције о психичким процесима, карактеру, темпераменту, мотивима и циљевима непознатог починитеља. У том се смислу и мјесто извршења може дефинирати као постварена психологија учиниоца.

Предмет као „дио“ учиниоца разликује се, наравно, од њега, јер се, што није могуће органском дијелу субјекта, увијек може одвојити од човјека. Када убица рукама гуши жртву оне имају исту функцију као и уже које употребљава за давлeње, али ипак постоје одређене разлике. На предмет се преносе у процесу постварења човјека његове индивидуалности. Он доживљава промјене употребом као оруђа извршења кривичног дјела, јер се појављује као материјални посредник односа међу људима, њиховог комуницирања у социјалнопатолошкој интеракцији. Предмет извршења дјела трпи и материјалне промјене, јер је криминална дјелатност дубоко продрла у корпус ствари, које су у криминалном контакту, остављајући контактне трагове.

Важно је схватити да се као ствар у кривичном поступку јавља онај материјални супстрат путем кога се у друштву остварују односи (криминални однос као врста друштвеног односа, кривично-процесни и кривичноправни однос). Ово са разлога који је истакао **К. Маркс**:⁷¹ „Да је човјек тјелесно, природно, живо, збиљско, осјетилно, предметно биће, значи да за предмет свога бића, свог животног испољавања има **збиљске осјетилне предмете**, или да свој живот може **испољавати** само на збиљским, осјетилним предметима“. Својства и друштвене функције ствари нису дате њима саме по себи него су израз и одраз друштвених, па у том оквиру, и криминалних односа. Ствар која се не уклапа у социјални комплекс губи своју функцију, а тиме и сваки смисао. На јадранским отоцима, у вријеме када се куће уопће нису закључавале, отпирач као лоповско оруђе не може имати никаквог смисла, осим за душевног болесника. Циљни однос обухвата циљ, средства и резултат радње извршења кривичног дјела.

V. Што је стварни доказ

У нашој и страној кривичнопроцесној и криминалистичкој литератури набрајају се, са мањом или већом исцрпношћу, све подврсте стварних доказа којих се писци могу сјетити, па се тај попис (који је неминовно непотпун) завршава спасоносном формулом „и сви други предмети који могу допринијети расвјетљавању кривичне ствари“ или неком другом сличном формулацијом. Овакав поступак је резултат немања правилног методолошког прилаза који би се састојао у изналажењу битних основних црта којима се стварни доказ разликује од особног и, друго, од предмета који у

⁷¹ Рани радови, стр. 324.

кривичном поступку не фигурирају као доказ, а ипак се користе (нпр. исправе код којих је важан садржај а не трагови кривотворења и пробни узорци). У нас чини изузетак проф. V. Bayet који, дослиједан својој оригиналној концепцији, негира постојање стварних доказа.⁷²

У раду „Што је то доказ у кривичном поступку“⁷³ изложили смо да је, по нашем мишљењу, доказ установљена релевантна веза међу појавама, процесима, људима и стварима. Гледано гносеолошки, докази су све **промјене** у средини припремања, извршења, прикривања и уживања плодова кривичног дјела, које су у релевантној вези са наведеном средином. Тако, није сваки отисак прста на ловачкој пушци доказ. Да би такав отисак постао доказом, он мора бити **повезан** с извршењем убиства из те пушке, а не са њеном употребом за лов на дивље патке. Доказ се јавља као специфична страна промјене. **Гдје нема промјене нема ни доказа.** Доказ је увек секундаран према кривичном дјелу и учиниоцу као примарним елементима система. Доказ је увијек чињеница, а чињеницом сматрамо само онај фрагмент стварности који се одразио у људској свијести. Доказ је, дакле, увијек промјена релевантно повезана са кривичним дјелом, која је фиксирана на начин и у облику који су процесно формиран. **Доказ је, затим, кривично-правно релевантна информација садржана у особама и стварима, која је добијена на процесно прописани начин и употребом процесно предвиђених средстава (радњи).** Доказни извор се јавља као јединство материјалног носиоца информације и самог саопћења, које је доказ по свом садржају (информација о промјени у човека или ствари). И као што не можемо круто одвојити информацију од сигнала (њеног материјалног носиоца) тако не можемо нити одвојити чињеницу као исјечак стварности од њене интерпретације. Ово, међутим, не значи да их смијемо идентифицирати. Извори информације могу бити различити по својој физичкој природи, садржају и механизму постанка. Код персоналног доказа имамо посла са психичким одразом у човјечној свијести, а у другом случају — код стварног доказа посредни су материјалне, физичке, хемијске, механичке промјене ствари, њихових локација, стања, својстава, односа. Точно је да обје врсте сигнала (психички и материјални) дају о кривичном догађају и учиниоцу одређене информације, али се не може прећи преко тога да су битно различити увјети настанка тих доказних информација, њиховог фиксирања и асервирања, обраде и читавог процесуалног режима. Уколико доказна чињеница — доказна информација има облик вербалног или писменог исказа, она се провјерава испитивањем садржаја и облика излагања, његовом логичком и судско-психолошком анализом.

Када сигнал има материјални облик, у одређеном броју случајева, треба његову доказну информацију дешифрирати и преносити како би смисао обавјештења добио облик, који је погодан з

⁷² Југославенско кривично процесно право, књига друга, Загреб, 197 стр. 17—18.

⁷³ Што је то доказ у кривичном поступку, Зборник Правног факултета у Мостару, 1980.

субјективно разумијевање предметних облика информације-материјалних доказа (ситуације на лицу мјеста, трагова и предмета кривичног дјела), али у немалом броју случајева судија може то да постигне чулним опажањем, уз просјечну криминалистичку образованост. То значи да ти сигнали неће увијек бити подвргнути вјештачењу.

Код писменог доказа (исправа)⁷⁴ важан је садржај (интелектуална порука), а код писменог документа као стварног доказа, важни су материјални трагови кривотворења.

Наши критерији разграничења су врло јасни. Док особни доказ има психички садржај, **промјена стања предмета** (лица мјеста ствари и материје), која се утврђује методом поређења (компарације) са стањем које је постојало прије извршења кривичног дјела — јесте својеврсна **физичка (материјална) абецеда говора** „није-мог свједока“ *sui generis*. Управо у тим измјењеним стањима материјалних објеката **кодирани су** (зашифрирани) **информације о кривичном дјелу и починитељу на материјалан начин**, баш као што су у измјењеним стањима психе свједока, окривљених и вјештана кодирани информације о истим питањима на психички начин. И баш као што постоји разлика између човјека и ствари мора да постоји разлика између особног и стварног доказа, па о томе морају водити рачуна не само криминалистика него и кривичнопроцесна наука. Марксистичка гносеологија преовлађује диобу субјекта и објекта на протурјечности које се не дају сјединити, али и растварање објекта у сфери свијести, хипертрофирање активне, творачке улоге субјекта у спознаји.⁷⁵ Однос субјект-објект (починитељ-стварни доказ) јесте дијалектички протурјечан однос, у коме свака страна протурјечја одређује другу. Учиниоца кривичног дјела објективизира у предмету кривичног дјела (*corpus delicti*) самог себе (своју личност, мотиве и циљеве), **постварује у њему своју суштину**. Француски психолог Ј. Piaget сликовито каже: „Спознати предмет... значи дјеловати на њега ради тога да би га преобразили и ухватили у том преображају механизам његовог произвођења“.⁷⁶ Практично преображавање стварности које се врши у кривичном поступку могуће је само у складу са закономјерностима саме стварности. Овдје влада **принцип јединства психичног (свијести) и дјелатности**,⁷⁷ који се даде формулирати тако да се свијест учиниоца, његови мотиви и циљеви изражавају (објективизирају, материјализирају) путем и преко **стварне дјелатности** над стварима (*corpora delicti*). Између мотива, циљева, карактера, интелектуалне, волунтаристичке и емоционалне сфере починитеља и објективизирања његовог понашања постоји одређена корелација, узајамна веза и узајамна овисност. Не само лице мјеста него и сви други стварни докази су у основи постварена психологија кривичног дјела и учиниоца. Иако је, према томе, тачно да стварни докази

⁷⁴ Усп. Bayer, *op. cit.*, стр. 215, 220.

⁷⁵ Као што, по нашем схватању, произилази из Бајерове теорије о стварном доказу (*op. cit.*, стр. 17—18).

⁷⁶ *Psychologie der Intelligenz*, Zürich, 1966, p. 10.

⁷⁷ A. Gramsci, *Oeuvres choisies*, Paris, 1959, p. 50—55.

прије свега обиљежавају објект и објективну страну кривичног дјела, они нису ништа мање значајни за разоткривање субјекта и субјективне стране кривичног дјела.

Ствар узета по себи, сама за себе, одвојена од појава њеног окружења, без уважавања мјеста и улоге те ствари у датој просторној и временској повезаности не доказује ништа и није стварни доказ. У том смислу ми разликујемо увиђај над „предметима“ од увиђаја на „стварним доказима“. Стварни докази су само оне промјене, стања предмета која су настала у објективној релевантној вези са кривичним дјелом.⁷⁸ Они постоје и данас, а настали су управо у вези са извршењем **протеклог** кривичног дјела, које да-нако више не постоји. По својој природи они су замисливи само као информације добијене из материјалних сигнала (извора), које је могуће непосредно спажати или испитивати. Код стварног доказа, на што указује и сам назив, носиоци информација нису, наравно, људи него материјални објекти који као „ниједи свиједоци“ говоре о чињеницама од значаја за кривичну ствар. Не само да би било немогуће него и депласирано покушавати са стварањем не-каквог исцрпног, таксативног пописа стварних доказа, али би било исто толико неправилно категорије стварних доказа тако распли-нути да се **утврсте сви предмети од значаја за кривичну ствар**. Наиме, стварни докази нису сви предмети који се користе у кривич-ном поступку него само они трагови и предмети који добијају зна-чење доказа управо снагом своје објективне релевантне везе са кривичним дјелом и учиниоцем. По нашем мишљењу, компаративни (пробни) узроци, који се узимају ради утврђења групне припадно-сти или идентитета (нпр. отисци прстију узети од свих грађана, који су долазили на мјесто извршења кривичног дјела, ради ели-минирања) не могу никако бити стварни докази, јер нису добили то својство извршењем кривичног дјела, за разлику од отиска прста који је провалник оставио у унутрашњости обијене касе баш на мјесту које је учинилац морао додиривати. Истражни судија или вјештак не могу никада „створити“ стварни доказ, јер њега „ства-ра“ само и искључиво извршилац кривичног дјела (нпр. чауру и смр-тоносно зрно као стварне доказе „производи“ једино извршење убиства) док пробне узорке узима истражни судија или вјештак процесуалном радњом нпр. добија их балистоскопски вјештак испа-љењем пробних метака. Док су пробни узорци по правилу замен-љиви, стварни докази то нису управо зато што су настали изврше-њем кривичног дјела. Узорци нису докази, јер не одражавају тра-гове кривичног дјела у најширем смислу те нису везани са кривич-ним дјелом него само са кривичним поступком. Чим нису докази они су по правилу замјенљиви. Дакле, нама није важан материјални објект сам по себи, као физикално-хемијски супстрат него баш **промјеном свог стања** (почев од промјењеног мјеста налаза пред-мета кривичних дјела — индиција присутности на лицу мјеста, ин-диција учествовања у дјелу, индиција посједа средства изврше-ња (стварни или фингирани нered на лицу мјеста, промјена ди-

⁷⁸ Усп. В. Водинелић, Криминалистика, Београд, IV издање, 1978, стр. 436—442.

мензија ствари, облика, структуре, супстанце, изгледа, боје, тежине итд., итд.). Да објаснимо ово схватање на једном примјеру. На мјесту извршења провалне крађе увиђајем је пронађен дио сломљеног дугмета са сакоа непознате особе. Тај је предмет **просторно и временски повезан** са кривичним догађајем, јер је пронађен истовремено када и друге карактеристике провалне крађе. Због тога га ваља хронолошки и узрочно-последично повезати са кривичним дјелом стварањем верзије да је то дугме сломљено на сакоу провалника баш приликом извршења крађе, да је тада тај дио пао на под, док су преостали дијелови цјелине остали на сакоу провалника и да се налажењем тог сакоа може утврдити објективна веза између дјела и учиниоца. Каква је то врста објективне везе? Према класификацији коју смо изложили у раду „Што је то доказ у кривичном поступку“⁷⁹ имамо посла са четвртим типом објективне везе, која није настала ни као узрок ни као последица извршења кривичног дјела, али је његова попутна појава. Овај дио дугмета јавља се као стварни доказ присутности на лицу мјеста или чак, према конкретној ситуацији, као индиција учествовања у дјелу, а то је увјет без кога нема извршења кривичног дјела. Да није извршио то дјело, дугме се не би сломило, макар и да се он неким другим послом нашао на лицу мјеста.

Код тог дијела дугмета и дугмета као некадашње цјелине релевантно је материјално својство које се зове **линија раздвајања**. Зашто је релевантно само то и баш то својство дугмета? Зато, јер је оно настало извршењем кривичног дјела провалне крађе. То је пресудна промјена која намеће закључак да су сви ти дијелови конкретног дугмета као ствари били ранија цјелина. Овдје се облик (форма) дугмета као суштина тог стварног доказа не може одвојити од ствари, иако смо сва остала њена својства апстрахирали, јер су потпуно ирелевантна. Тако се као стварни доказ јавља **читаво дугме**, иако доказно значење имају једино чињеница његовог раздвајања и линија самог тог раздвајања. Линија раздвајања јесте она доказна информација, коју садржи **ствар** (дугме), јер је немогуће одвојити ствар од њених природних и друштвених средстава.

Када бисмо строго инсистирали, сама ствар дакако није доказ него неко њено одређено својство или стање (доказна информација), али су ови атрибути уистину нераздвојиви од физичке ствари која је сигнал, материјални носилац информације. Они чине јединство и не могу се растављати.

Провалник је на лицу мјеста, тражећи плијен, оставио **неред, пореметио дотадашњи рад ствари, промјенио распоред и положај ствари**. Ту се стање на лицу мјеста јавља као стварни доказ.

На мјесту извршења паљевине нађени су трагови изгорјелих свијећа, што указује на умишљајну паљевину. Ту се траг јавља као стварни доказ.

Проваљена је каса помоћу „прасеће ноге“. Пошто не постоје два једнака, макар и истоврсна оруђа, механоскопским је вјештачењем доказано да је та провала извршена управо „прасећом

⁷⁹ Зборник Правног факултета у Мостару, 1980. год.

ногом", која је пронађена сакривена у мадрацу кревета професионалног провалника Петра Петровића. Овдје се оруђе извршења појављује као стварни доказ.

Стварни докази су постварени, материјализирани извори доказних информација о спорним чињеницама, заједно с информацијама, које ти материјални сигнали пружају шифрирано или нешифрирано (приступачно чулима суца и одмах разумљиво или подложно вјештачењу).

Кривични догађај (намјерно непрецизан појам, који наговјештава могућност постојања кривичног дјела и одговара фази првог захвата) као реално збивање у његовим појединим фактичким околностима мора бити, по природи ствари, повезан са материјалним објектима, који чине окружје како дјела тако и учиниоца, јер материјални објекти имају то, за кривични поступак драгоцјено, својство да на себи и у себи одразе околности извршења дјела. Ова законитост не само да одређује него и специфира могуће начине откривања и спознавања кривичног дјела (које је извршено у прошлости и више не постоји), у **садашњости** путем опажања или испитивања стварних доказа, које за то и зову „нијемим свједоцима“.

Истакли смо суштинску разлику између особног и стварног доказа преко које не би ваљало прећи, баш као што се не може превидјети разлика између човјека и ствари. Сад је тренутак да нагласимо **изоморфизам** као заједничку карактеристику обје врсте доказа. Марксистичка дефиниција узајамног дјеловања и јесте да је то такав однос између предмета, својстава или процеса стварности да промјену једног предмета, својства, процеса прати „адекватна (одговарајућа, кореспондирајућа) **промјена** другог предмета, својства или процеса стварности. А то у нашој области значи да откривањем стварних доказа као **секундарних материјалних промјена** створених у вези са кривичним дјелом, можемо открити и **примарна стања** оних материјалних објеката који су, у оквиру вршења кривичних дјела, изазвали те секундарне промјене. Тако, постоји однос изоморфизма⁸⁰ између трага ципеле провалника на лицу мјеста и његове одговарајуће ципеле.

Објекти који се са предметом доказивања не налазе у односу изоморфизма нису докази у кривичном поступку.

Изоморфизам не мора увијек да изражава узрочну везу са кривичним догађајем, али он мора без изузетка да обухвата чињенице, чије разјашњење има битно значење за утврђивање истине у конкретној ствари. У овај круг не спада само кривични догађај него и претходни и доцнији догађаји у збивања (нпр. трагови припремања кривичног дјела, доласка и одласка са лица мјеста, прикривања дјела, уживања плодова кривичног дјела итд.). Стварни докази нису само постојећи трагови и предмети кривичног дјела него и њихово непостојање односно постојање супротно уобичајеном ходу ствари или одређеној верзији.⁸¹

⁸⁰ О изоморфизму смо писали у низу радова, тако нпр. „Наша законитост“, 1977/4, 1978/11—12, 1979/9 итд.

⁸¹ Усп. наше радове „Негативне чињенице као сигнали у кривичном поступку“, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1974/2; „Проблеми негативних чињеница“, Дијалектика, 1974/3.

Истражни судица и расправно вијеће имају посла са догађајем из прошлости, који је јединствен и непоновљив доказ, има историјску природу. Орган кривичног поступка реконструира слику кривичног догађаја на основу материјалних и идеалних трагова (изоморфизма). Ти трагови су информације. И као што неизбјежно разликујемо материјалну и идеалну информацију, тако морамо разликовати стварни и особни доказ.

Информативност није само својство материје него и један од многобројних облика веза које постоје у материјалном свијету: информација повезује предмет са свјешћу кривичара и сазнања једног човјека са сазнањима других људи (повезује кривичара са информаторима, свједоцима, осумњиченицима, окривљенима и вјештацима).

VI. Подјела стварних доказа

„Стварни доказ“ је заједнички појам за више врста материјалних доказа. Ако анализирамо бројне дефиниције, наћи ћемо да су све оне доведене, изрично или прећутно у везу с појмом кривичноправне релевантности. Њихову другу заједничку карактеристику наћи ћемо у констатацији да су трагови односно стварни докази **промјене** (која су дакако кривичноправно релевантне).⁸²

1) Најчешће дефиниције: „свана промјена“, „све што се даде запазити чулима“ налазимо код *E. Anuschat*, *C. Leibiga*, *A. Mergena*, *E. Goddefroy-a R. Mally-a*, *F. E. Louwage-a*, *G. Niggemeyera*, *Bauera*, *Gross-Geerdsa*, **Б. Ј. Шевченка**, **Г. А. Самсонова**, **И. И. Пророкова**, *V. Bayer-a*, **Ј. Кобовца**, **С. Н. Трегубова**, **А. Ј. Андоновића**, **Љ. Симоновића**, *E. Seeliga*, **Х. Белазића**, *G. Wiggera*, *F.*

⁸² *E. Anuschat*, *Kriminalistische Superkunde*, Berlin, 1933, p. 10; *C. Leibig*, *Kriminaltechnik*, München, 1935, p. 86; *A. Mergen*, *Das kriminologische Gutachten*, Mainz, 1959, p. 28; *E. Goddefroy*, *Manuel Elementaire de Police Technique*, Bruxelles — Paris, 1922, p. 23; *R. Mally*, *Kriminalistische Spurenkunde*, I, Wiesbaden, 1958, p. 17; *F. Meixner*, *Kriminalistik*, I, Hamburg, 1965, p. 28; *Auskunftbuch für Kriminalbeamte*, Hamburg, 1960 g.; *F. E. Louwage*, *Technique et Tactique de Police criminelle*, Ninove, 1948, p. 1; *G. Niggemeyer*, *Das Kriminalpolizeiliche Ermittlungsverfahren*, Wiesbaden, 1957, p. 7—8; *G. Bauer*, *Moderne Verbrechenbekämpfung*, II, Lübeck, 1972, p. 75—76; *Gross-Geerds*, *Handbuch der Kriminalistik*, I, 1977, Berlin, p. 96. **Б. Ј. Шевченко**, *Криминалистика*, уред. **А. Н. Васиљева**, М. 1963, п. 119; *Криминалистика*, М. 1971, п. 108; **Г. А. Самсонов**, *Криминалистика*, у ред. **С. Г. Митричева** М., 1966, п. 113; **С. А. Голунског**, М. 1959, п. 75; **И. И. Пророков**, *Криминалистика*, у ред. **С. П. Митричева**, М. 1966, п. 113; **В. Бајер**, *Основи опће теорије о доказима у кривичном поступку*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1963/1, стр. 16; **В. П. Герасимов**, *Криминалистика*, М. 1980, п. 108, **И. Ф. Крилов**, *Криминалистика*, Лењинград, 1976, п. 136, 137; **Ј. Ф. Крилов**, *Следи на мјесте преступленија*, Л. 1961, п. 7; **Р. С. Белкин**, *Курс советској криминалистики*, II, М. 1978, п. 37. **Ј. Кобовац**, *Криминалистичка техника*, Загреб, 1950, стр. 162, 163 и 166. *Криминалистика*, Загреб, 190, стр. 217. и 219. **Трегубов Андоновић**, *Криминална техника*, Београд, 1935, стр. 195; *Seelig—Bellavic*, *Lehrbuch der Kriminologie*, Darmstadt, 1963, p. 251; *E. Wigger*, *Kriminaltechnischer Leitfaden*, Wiesbaden, 1965, p. 8 i 9; *F. Meinert*, *Die Brandstriftung und Ihre kriminalistische Erforschung*, Lübeck, 1950, p. 189.

Meinert, P. С. Белкина, В. П. Герасимова, И. Ф. Кримова, С. А. Голунског, Кримова.

Иако би овако широко постављене дефиниције евентуално могле побудити на тумачење да цитирани писци при томе мисле и на оне психичке трагове који се даду запазити чулима (нпр. блиједило, црвењење, знојење, дрхтање прстију итд. итд.) као и други елементи такозване симптоматске слике емоционалних збивања) укупан текст дјела већине цитираних писаца не допушта такав закључак.

2) V. Bayer, Трегубов — Андоновић, E. Anuschat, Carl Leibig, Armand Mergen, Hans Schneickert⁸³ R. Mally, Б. ж. Шевченко, J. J. Пророков, A. I. Vinberg и Б. М. Шавер⁸⁴ спомињу у својим дефиницијама и предмете кривичног дјела.

3) E. Anuschat, A. Munda,⁸⁵ F. Meixner и K. Zbinden⁸⁶ укључују у појам трага и психичке промјене, што, по нашем мишљењу, није научно оправдано. Свему ономе што о томе говори читав овај рад додајемо још и аргумент да материјалне и психичке промјене нису јединствен процес, немају не само једнаку суштину него ни исту технику, тактику и методику трагања, проналажења, фиксирања и тумачења, исти процесни режим и форму, дакле, немају битних заједничких особина, које би допуштале и тражиле стварање једног јединственог појма, као и извођење једнаких закономјерности и правила поступања.

4) Приближавају се правилној одредби писци који под трагом разумију све материјалне промјене у вањском свијету изазване у вези с кривичним дјелом. То су, између осталих, V. Bayer, J. Кобовац, Трегубов-Андоновић, Т. Марковић,⁸⁷ Љ. Симоновић, A. Niceforo,⁸⁸ F. E. Louwage E. Goddefroy, Seelig-Беллавић, E. Wigger, F. Meinert, H. Huelke,⁸⁹ F. Meixner, F. Kleinschmidt,⁹⁰ K. Zbinden, J. Gayet,⁹¹ Б. J. Шевченко, Г. А. Самсонов, И. И. Пророков и Кангер.⁹²

5) Свакако је преуско и преживјело схватање да је траг само отисак одн. утисак као што то мисле Frecon-Niceforo, Reiss,⁹³ — Huelke i Louwage. Развој криминалистике и других наука омогућио је да се као трагови узимају и користе не само

⁸³ Hndw. der Kriminologie, I, Berlin, 1936, p. 443.

⁸⁴ Криминалистика, М. 1950, п. 29; Криминалистика, Београд, 1947, стр. 32.

⁸⁵ Увод у криминалистику, Љубљана, 1951, стр. 114.

⁸⁶ Kriminalistik, München, 1954, p. 62.

⁸⁷ Савремена техника истраживања кривичних дјела, Загреб, 1961, стр. 99; 1972, стр. 162—163.

⁸⁸ Die Kriminalpolizei und ihre Hilfswissenschaften, Grosslichterfelde — Ost, s. a., p. 98.

⁸⁹ Spurekunde, Hamburg, 1977, p. 3.

⁹⁰ Lehrbuch für den praktischen Kriminaldienst, Lübeck, 1953, p. 269.

⁹¹ Manuel de police scientifique, Paris, 1961, p. 12.

⁹² Der Begriff Spur und seine Definition, Schr. d. DPV, 1957, p. 8, p. 63.

⁹³ Manuel de police scientifique, I. Lozana—Pariz, 1911, p. 180.

класични, традиционални утисци него и микро-трагови⁹⁴ и микронске количине одређене твари, љуспице лака и сл. Ове нове могућности намећу **подјелу трагова у ужем и ширем смислу ријечи.**

6) Из наведених разлога се слажемо са *K. Rotheom*⁹⁵ када даје **двје дефиниције** криминалистичког трага. „Криминалистички трагови у опћем (ширем) смислу су све материјалне промјене, које стоје у вези с неким кривичним дјелом и могу дати објашњење о догађају или учиниоцу“. „Трагови у специјалном (ужем) смислу су такве промјене, које допуштају да се послје одговарајућег кориштења разазна проузроковач трагова, јер носе одн. одражавају карактеристична или индивидуална обиљежја проузроковача трагова“.⁹⁶

VII. По нашем мишљењу, које смо исцрпно изложили у овом раду,⁹⁷ најправилнију дефиницију дају аутори који сматрају да је траг одраз. То су, између осталих *С. М. Потапов*,⁹⁸ *Vinberg* и *Шавер*, *G. Feix*,⁹⁹ *CH. Koristka*,¹⁰⁰ *G. Petranek* и *H. Schicht*,¹⁰¹ *S. Siebert*,¹⁰² *K. Rothe* и *F. R. Schurich*.¹⁰³

F. Schurich сматра да су „трагови материјалне криминалистичке реалне појаве, које су настале као резултат одражавања (или сепарације) и које путем својства уздигнутих до обиљежја омогућују идентификацију проузроковача и (или) раније цјелине“. Примјена појма „одраз“ омогућује обавјештења и закључке о механизму постанка трагова, конкретном идентитету проузроковача трага и кривично-правно релевантној вези са кривичним дјелом, што није случај са појмом „промјена“, који није више у складу с постигнутим стањем и могућностима савремене науке.

*Niggemeyer*¹⁰⁴ разликује као врсте стварних доказа **доказне предмете и трагове.**

*А. Кангер*¹⁰⁵ дијели материјални доказ на три велике групе: **појаве које служе сврси (zweckdienlich), трагове и доказне предмете.** Обијена каса и разбијен прозор су појаве из којих кривичар закључује да је провалник ушао и изашао кроз прозор, па оне спадају у прву категорију стварних доказа. Отвор на проваљеној каси је траг, а претресом стана пронађена „прасећа нога“ доказни предмет.

⁹⁴ В. Водинелић, Криминалистика, Београд, IV изд., 1978, стр. 435—449.

⁹⁵ Zur Begriffbestimmung der Spur, DPV, 3, 1956, p. 21.

⁹⁶ Види фусноту 95.

⁹⁷ Усп. и наш рад „Прилог дефинирању појма „криминалистички траг“ у кривичном поступку и криминалистици, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 1957, XII, стр. 97—109.

⁹⁸ Кратки јуридикескиј словарь, М., 1945.

⁹⁹ Kleines Lexicon für Kriminalisten, Berlin, 1965, p. 358.

¹⁰⁰ Zur informationstheoretischen Stellung und zum Informationsgehalt von Spuren, F. D. Krim., 1966/10, p. 51.

¹⁰¹ Zur Bedeutung der krim. Spurenbegriffes, For. Krim., Sonderheft, 1970.

¹⁰² Zur Definition des Begriffes „Spur“, Kriminalistik und forensische Wissenschaften, Berlin, 1974, p. 14, p. 22.

¹⁰³ Усп. фуснота 82.

¹⁰⁴ Усп. фусноту 82.

¹⁰⁵ Die „Kriminaltechnik“, 1943, Mitteilungsblatt des Reichskriminalpolizeiantes, Nr. 9. Види и фусноту 91.

*Fritz Kobbelt*¹⁰⁶ разликује трагове, доказне предмете, доказне твари и исправе. „Доказни предмети су све твари које имају чврсту форму а налазе се према дјелу и учиниоцу у некој вези која је од значаја за разјашњење истраживане кривичне ствари“. „Доказне твари немају одређену форму нпр. остаци течности, масти, уља, избљувак, измет, сперма, пљувачка, прашина, блато, плинови итд.“.

*R. Schindler*¹⁰⁷ и *A. Uhlig* сматрају да се стварни докази дијеле на доказне предмете, исправе и објекте увиђаја.

*Siebert*¹⁰⁸ и *Siegfred* разликују појаве које служе сврси (чађ, лешне промјене, срушене столице и нагужвани тепих, мириси, отворен прозор), реликте кривичног дјела (сперма, крв, косе, блата, прашина, одјевни предмети, оруђа) и трагове (у правом, усном смислу ријечи).

Стварни докази се могу појавити из биолошко-физиолошких разлога, кемијских узрока а могу настати и физикалним одн. механичким путем. Они могу попримити три основна облика: први је када ствар добија доказно значење због њене супстанце или структуре, (нпр. арсен у траговима маслаца испод ноктију троваатељице, која је храњењем убила своје дијете — индиција учествовања у дјелу; у носи кривотворитеља металног новца трагови металне прашине; у ушној масти фалсификатора честице боје итд.). У таквом случају доказну чињеницу, у зависности од конкретне ситуације, чине једно или више својстава ствари (изглед, облик, боја, тежина, састав итд.).

Други облик стварног доказа имамо када ствари служе као докази, јер су носиоци туђих структура и супстанци (нпр. коверта са траговима пљувачке; љуспца лака или боје аута на згаженој особи; одјевни предмети, заприљани крвним мрљама или спермом или избљувком итд.). Овдје доказна вриједност стварног доказа не проистиче, као код првог облика, из саме те ствари него од присуства наталожености страних супстанци на њој (нпр. честице ботаничког доказа на доњем вешу учиниоца кривичног дјела силовања у слободној природи).

По нашем мишљењу, трећи облик стварног доказа настаје онда када у конкретном случају имамо комбинацију оба претходна облика нпр. претресом стана нађе се „прасећа нога“, којом је проваљена каса са честицама боје од касе на њој.¹⁰⁹

Стварни докази могу бити од значаја као супстанција, твар, материјал или својим обликом или као „траг ситуације“: просторни,

¹⁰⁶ Zur Stellung der sachlichen Beweismittel im Strafverfahren, Kriminalistische Beiträge, Berlin, 1960, p. 80—81. Über die Rolleder Spuren im Strafprozess, Schr. DVP., 1961/1—2, p. 169.

¹⁰⁷ Die Bedeutung und die Besonderheiten der Beweismittel im Strafprozess, Neue Justiz, 1955, p. 297.

¹⁰⁸ Kriminalistische Spuren — ihre Entstehungsbedingungen, ihr System und ihre Untersuchung, Berlin, 1965, p. 11.

¹⁰⁹ О свим овим доказним могућностима води рачуна одлична Kobbelt-ова дефиниција стварног доказа: „Доказни предмет је стварни доказ који на себи носи или трагове кривичног дјела или својом супстанцом или специјалном структуром пружа информацију о кривичном дјелу и почини-тељу“.

одређени положај разних предмета и трагова на лицу мјеста у укупној појавности или по **заједничкој припадности материјалу** или тиме да је предмет одн. траг **несамосталан дио** проузроковача трага или, обратно, његовим самосталним постојањем.

Траг или предмет кривичног дјела може да измјени своју **форму**, своју **количину**, своје стање (агрегатно, прашина, компактност) и своју **супстанцу** (кемијска одн. серолошка својства).

Упркос пребогатој и непредвидивој разноврсности стварних доказа може се начинити подјела по критерију узрочности на:

1) промјену положаја ствари у простору и времену („траг ситуације”, лице мјеста као стварни доказ);

2) механичко премештање материје, која сачињава ствар; појава нове ствари на лицу мјеста; нестанак ствари са лица мјеста;

3) раздвајање дотада јединствене ствари на поједине саставне дијелове (примјер са дугметом);

4) измјене енергетског стања ствари (загревање, хлађење), фазног стања (убрзање, успорење), структуре материје и ствари;

5) Примјену одређене ствари у конкретним увјетима мјеста и времена на индивидуални начин (MOS).

По функционалном критерију подјелили смо¹¹⁰ предмете кривичног дјела на:

а) предмете који су послужили као средство за извршење кривичног дјела или били намјењени том циљу;

б) предмете који су произашли из кривичног дјела;

ц) предмете који су прибављени кривичним дјелом и предмета који су добијени као награда за извршење кривичног дјела (корист од кривичног дјела као индиција);

д) предмете на којима се могу наћи трагови кривичног дјела и на тај начин створити индиција присутности на лицу мјеста и индиција физичког дјеловања дјела на починитеља;

е) предмете који помажу осветљавању личности извршиоца и мотива дјела;

ф) све друге предмете који могу бити од важности за откривање кривичног дјела и извршиоца, као и утврђивање његове кривичне одговорности.

Научни ниво ове подјеле није завидан због последње категорије *corpora delicti*, која је неодређена по садржају и обиму па има претежно искуствену, а не и научну вриједност.

VII. Стварни доказ-непосредни или посредни доказ? Или обоје?

Многи процесуалисти и криминалисти изједначују стварне доказе са индицијама.¹¹¹ Тако *Meixner* изричито пише: „Умјесто ри-

¹¹⁰ Видјети нашу Криминалистику, стр. 95—96.

¹¹¹ Wilhelm, Einführung in die praktische Kriminalistik, Stuttgart, 1947; Meixner, Der indizienbeweis, Hamburg, 1962, p. 48—49; Zbinden, op. cit., p. 34; Siegfried G. Kasper, Freie Beweiswürdigung und moderne Kriminaltechnik, Hamburg, 1975, p. 55; Albert Hellwig, Moderne Kriminalistik, Leipzig, 1914, p. 89; Heinrich Henkel, Strafverfahrensrecht, Stuttgart, 1968, p. 197, 223 итд., итд.

јечи индицијални доказ многоструко се употребљава ознака **технички доказ** или **стварни доказ**".

Стварни докази нису увијек и искључиво индиције, иако су то врло често, — али они могу бити и непосредни докази, те је неточно и неправилно идентифицирати појмове „стварни доказ“ и „индицијални доказ“. Зар фалсифицирана јавна исправа није непосредни доказ да је извршено кривично дјело фалсификата исправе, а ако је вјештачењем рукописа непобитно утврђен и идентитет кривотворитеља зар немамо и непосредни доказ о извршиоцу? С друге стране, лажан исказ окривљеног који пориче, лажно свједочење, истинито свједочење о чињеницама које се само посредно односе на предмет доказивања, зар све то нису индиције (иако су персонални докази)?

Др Владимир ВОДИНЕЛИЋ

DE L'OEUVRE LA PREUVE REELLE DANS LA PROCEDURE PENALE ET DANS LA SCIENCE CRIMINELLE

— Résumé —

D'abord, l'auteur considère les prescriptions de Code de la procédure penale relatives aux preuves, et il constate que la loi trouve la différence entre les objets comme les preuves et les objets qui servent à l'éclaircissement des choses. Puis, il expose les opinions des auteurs yougoslaves et étrangers quant à la preuve réelle, pour expliquer, ensuite, qu'est-ce que c'est la chose, l'objet, la matière probante. Le lieu d'événement et les objets du délit sont traités de l'auteur comme la psychologie objectivée de l'acteur. Tous les objets utilisables au cours de la procédure penale ne sont pas les preuves réelles, ce ne sont que ceux qui reçoivent le sens de la preuve justement par la puissance de sa liaison significative et objective avec le délit et l'acteur. Ainsi, il y a un rapport d'isomorphisme entre l'empreinte de soulier du cambrioleur au lieu d'événement et le soulier relatif.

Ensuite, on passe à l'interprétation et la critique des classifications et des définitions diverses sur les preuves réelles chez les auteurs nombreux, pendant que Vodinelić présent aussi les conceptions propres.

Enfin, l'auteur prend l'attitude que la preuve directe et aussi la preuve indirect peuvent être la preuve réelle.

ОСВРТ НА НЕКА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА ПОТРЕБОМ ПОСТОЈАЊА КВАЛИФИКОВАНЕ ПОРОТЕ

1) Порота је демократска установа са дугом традицијом. У свом развоју имала је низ криза, укидања и одсуствовања из правних система, али се ипак задржала све до данас у већини законодавстава уз нужно мијењање мјеста и улоге. Облици у којима се порота јављала и егзистирала су се мијењали, а мијењало се и расположење према овој установи.

Сви напредни покрети су пороту стављали у врх својих захтјева, а сваки ненародни режим је укидао или користио за своје класне интересе. Тако су и буржоаске државе, које су стицајем прилика биле принуђене на прихвате пороту, настојале да ову институцију што више ускладе са својим класним интересима и да је потпуно сведу у колотечину својих циљева, јер порота није могла остати изван оквира система државне власти.¹

Полазећи од тога да су узроци који су у појединим моментима у разним државним уређењима доводили до учешћа лаика у вршењу правосуђа били доста различити и сваки пут специфични, као што су и облици, а нарочито резултати који су се путем ове установе постизали били врло различити, поједини теоретичари су истicali да свака појава ове установе мора бити посебно проучавана у свијетлу услова одговарајућег времена и простора.²

Порота је у нашем правном систему, према мишљењу једног броја теоретичара, оправдала повјерење, али и ту постоје одређене резерве.³ Социјалистички самоуправни систем је немогуће замислити без подруштвљавања свих облика друштвене дјелатно-

¹ Фердо Чулиновић: Порота у Југославији, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, 1954, стр. 41.

² Борислав Благојевић: Политички аспекти учешћа лаика у вршењу правосуђа, Анали Правног факултета у Београду, број 2. Београд, 1956, стр. 142.

³ Порота је својој примјени показала толико недостатака да се поставило и питање да ли је она нужни атрибут и истинска потреба социјалистичке демократије, или је то само њена формална, вањска манифестација.

сти, па према томе и судске дјелатности. У том циљу у Југославији се одмах после НОБ-а пришло реализацији лењинског принципа увођења маса у управљање јавним пословима. Начело учешћа грађана у суђењу постало је израз социјалистичке демократије која омогућава учешће грађана у свим облицима друштвеног живота, па и у области правосудја.⁴

2) Порота се, као политичко-правна институција, не може изоловано посматрати у односу на цјелокупно правосудје. Како је она укомпонована у правосудје, и то у његову најважнију компоненту, односно у конкретно одлучивање о правним и чињеничним питањима, то је потребно да се у том склопу и посматра. Правосудје је као дио нашег друштвено-политичког уређења пролазило кроз све фазе социјалистичког развитка, те су се у њему одражавали и сагледавали успјеси и неуспјеси тог развоја.

Наше друштво се од ослобођења до данас брзо развија. Динамична друштвена кретања прате и одговарајући прописи. Колика је динамика кретања види се и по томе, што се често мијењају уставне и законске одредбе. У вези с тим многи недостаци који су критиковани у друштву, отклањани су позитивним прописима на вријеме, што се не би могло назвати и за недостатке у поротном систему.

И поред истицања одређених позитивних ставова у погледу ефикасности дјеловања пороте у послеријатном периоду, порота у нашем, као и у другим друштвеним системима показује и одређене слабости. То је довело до редукције дјелатности пороте у неким земљама до забрињавајуће мјере.⁵ Значај пороте је нарочито почео да опада током XX вијeka и наставља се несмањеним темпом и данас, тако да је порота у стадију нестајања из неких правосудних система.⁶

Но, то што је у посљедње вријеме порота изложена критици и редукцији примјене у капиталистичким земљама, није аргумент којим би се и ми руководили, али је можда сигнал да добро размислимо о искуствима која су стекле земље са дужом примјеном пороте, и да користећи туђа и наша искуства нађемо облик и мјесто пороте у нашем правосудном систему. У којој мјери те измјене треба извести, истичу познаваоци, питање је о коме може још много да се расправља, али да ће евентуалне измјене утицати на побољшање рада пороте, то је сигурно.⁷

⁴ Михајло Илић: Предавања из кривичног процесног права, Сарајево, 1973, стр. 77.

⁵ Анализом еволутивног развоја пороте може се запазити једна тенденција, а то је да се временским удаљавањем од револуционарних промјена којим се уведени грађани у суђење значај, улога и примјена института пороте смањује. У Француској, Њемачкој и Аустрији грађани учествују само у кривичним споровима, у Енглеској је учешће грађана у грађанским споровима јако сужено, а у САД учешће грађана је редуцирано и у грађанским и у кривичним предметима.

⁶ Чалија Бранко: Грађани као поротници, Преглед, Сарајево, 1972, стр. 890.

⁷ Фриерман Андреј: Друштвени значај пороте, Преглед, број 11—12, Сарајево, 1960. године, стр. 412.

3) У посљедње вријеме све се више говори о квалификованој пороти као о најреалнијем рјешењу овог питања.⁸ Но, и овом облику пороте стављају се одређени приговори. Треба истаћи да порота највише противника има међу правницима. Од многих правника изражене су сумње, посебно у функционалност, ефикасност и могућност примјене квалификоване пороте у сваком конкретном случају.

Логично је да се већ само заговарање увођења квалификоване пороте, без обзира на облике у којима би се она евентуално појавила у законским одредбама и пракси, сукобљава са општом идејом класичног поротничког суђења. Поротничко суђење, заведено још у првим робовласничким државама, рачуна код ове институције на лични елеменат. Свако, макар и дјелимично, познавање правне проблематике било је неспојиво са поротничком функцијом. Идеја ове институције у потпуности се сводила на лаички елеменат и уношење у судску процедуру народног духа, искуства и животне непосредности. Инсистирање на томе, да на суд као поротници долазе само грађани без правничке спреме, одржало се све до данас и постоји и у нашем правосудном систему.⁹ Но, прихватили бисмо да поротници треба да буду лаици у правној проблематици, али не бисмо прихватили да то буду и у погледу проблематике која се у конкретном случају расправља пред судом.

Идеје о стварању квалификоване пороте нису новијег датума. У историјском развоју јављали су се и појединци који су сматрали да судска вијећа поред сталних правника треба да имају стручније поротнике. У том смислу Garofalo професор и предсједник апелационог суда у Напуљу у једном свом реферату каже: „Прва је апсурдна страна пороте, која свакоме боде очи, прокламовање да је пресуда изречена од непознатих људи, који и не знају и нису вични, боља од пресуде коју доносе људи изабрани из једног реда људи и који су вјешти праву. Порота је нешто што се највише противи начелу специјалисања рада. Јер, докле се за сваки друштвени посао бирају људи који имају неке спреме за тај посао, дотле се поротници не бирају, него се коцком добијају из свих друштвених класа без икакве гаранције за спремину и интелигенцију”.¹⁰

⁸ Према резултатима анкете коју су провели С. Камхи и Б. Чалија на подручју СР БиХ, три четвртине анкетираних судија су за увођење квалификоване пороте независно од тога како би она изгледала. С. Камхи, Б. Чалија: Систем пороте у нашој земљи и проблеми везани за учешће грађана у вршењу правосуђа, Сарајево, 1974, стр. 115.

Када се употребљава термин квалификована порота, онда се мисли на такав облик пороте код кога су лична и стручна својства и квалитети прилагођени предмету који се суди.

⁹ Када се ради о овом нескладу потребно је цитирати и један закључак настао на бази емпиријског истраживања на подручју Социјалистичке аутономне покрајине Војводине: „Хоће се лаички елеменат у суђењу, али сложеност друштвених односа, и због тога и спорови које треба да ријешити суд, захтијевају што стручније поротнике из свих области живота, подразумева се не само правника“. Т. Васиљевић, Љ. Лазаревић, М. Грубач, В. Кухајда: Учешће грађана у суђењу на територији Социјалистичке аутономне покрајине Војводине, Нови Сад, 1975, стр. 118.

¹⁰ Цитирано према: Марковић Војидар, Расправе из кривичног поступка, Београд, 1914, стр. 107.

Анализа законских одредаба и резултата рада поротника у Србији у 19. и почетком 20. вијека, дала је повода Божидару Марковићу, да се изјасни о квалитету мјешовитих судова: „Истина је, да у интересу свестраног оцјењивања сваког кривичног случаја треба да у извиђању и суђењу учествују и лаици, али је тако истина, да тај интерес постоји само онда, када у суђењу учествују интелигентни и подобни лаици. Ако то није случај онда мјешовити судови не дају никакве користи“.¹¹

И Vladimir Bayer, као заговорник лаичног елемента у суђењу, је апострофирао значај који има интелект и морални ниво поротника. Bayer је истовремено заговарао и почетну диференцијацију поротника, што би се могло третирати као покушај прилагођавања лица предмету који се суди. Тако Bayer истиче: „Нема сумње, да је нашем грађанству у правилу слабо познат начин сељачког живота у његовим различитим облицима. Једнако би се и наши сељаци, као поротници тешко сналазили у пресуђивању злочинстава, која су никла у градској средини, њима доста страном. Из ових околности се намеће потреба да се пресуђивање кривичних дјела, која су се догодила на градском подручју, повјери поротницима узетим са тога подручја, а у суђењу у случајевима кривичних дјела која су се догодила у нашим селима, порота састављена искључиво од сељака.“¹²

На Првом конгресу правника ФНРЈ 1954. године, једно од питања које се разматрало, било је и стање у поротном систему. Учесници Конгреса су истакли потребу, да се пази на стручно знање и спрему поротника приликом избора. Ова констатација иде у прилог заступања мишљења да је порота институција за коју је потребно знање, стручна спрема, општа наобразба и искуство. На тај начин се дошло до закључка да је прошло вријеме када се поротно суђење сводило само на народни дух, народно искуство и логику. Поротник у нашем савременом правосудном систему треба да својим стручним знањем и искуством помогне судији у рјешавању конкретних друштвених питања. Осим тога поротници треба да буду спроводници најнапреднијих, најпозитивнијих, најпрогресивнијих схватања и елемената, који ће уношени стално овим путем у вршење судске функције, омогућити да се она доиста остварује као конкретизација опште друштвене политике на одређеном сектору.¹³

И сви досадашњи и постојећи судски пословници република и покрајина садржали су и садрже одредбу према којој се судије поротници позивају првенствено према природи предмета, као и према способностима и другим особинама које могу бити од значаја за правилно расправљање и суђење у конкретним предметима. Овдје се посебно истичу двије стране, а то су природа предмета и квалитети судије поротника.

¹¹ Op. cit., стр. 134.

¹² Бајер Владимир: Проблем судјеловања неправника у савременом казненом судовању, Загреб, 1940, стр. 164.

¹³ Перовић Мирко: Постоји ли код нас проблем пороте, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1956, стр. 184.

Осим тога, законски прописи о организацији и раду судова опште надлежности предвиђају могућност да се за суђење малољетницима, као и у „другим одређеним стварима“ бирају лица са посебним искуством и стручном спремом. Ова могућност, предвиђена законским одредбама, искориштена је у суђењу малољетницима, док могућност да се то оствари и у „другим одређеним стварима“, није искориштена. Због специфичности поступка према малољетницима, због њихове физичке и психичке незрелости, осјетљивости и потребе познавања њиховог унутрашњег живота, Закон о кривичном поступку садржи од раније одредбу да се за судије поротнике бирају лица која имају искуство у васпитању малољетника (професори, учитељи, васпитачи). Ова одредба је спроведена без тешкоћа, јер кадра који се за конкретне предмете тражи има у свим мјестима гдје постоје судови. Осим код судова опште надлежности (поступак према малољетницима) квалификована порота је практикована и код војних и привредних судова са доста успјеха.

И на крају да изнесемо још једно мишљење у корист квалификоване пороте. Ото Центнер је залажући се за квалификовану пороту истицао да треба предузети и одговарајуће законске и организационе мјере и ићи одлучно на то да се за повремене суце могу бирати само грађани одговарајућег квалитета и нивоа, који ће познавањем одговарајућих друштвених односа стварно, а не формално бити равноправни чланови судског вијећа и тако допринијети квалитетном суђењу.¹⁴

4) Дакле, квалификована порота је заступана од раније, а данас постоји велики број њених поборника. Међутим, прије него што би прешли на аргументовање потребе постојања једне такве стручне пороте, указаћемо на различита мишљења у погледу облика квалификоване пороте и определијелићемо се, по нашем мишљењу, за најцјелисходнији облик. Према мишљењима једних (теоретичара, судија и судија поротника), квалификована порота би требала да обухвати грађане са већим искуством и угледом, како би њихово учешће имало ефекта у суђењу. Други истичу, да би то требало да буду појединци, који располажу са већим знањем, без веће конкретизације у којем би се то знању радило. На крају истичемо да има и оних који траже да се у пороту уведу стручњаци из конкретне области. Ми сматрамо да би било најприхватљивије рјешење када би у састав квалификоване пороте улазили грађани који добро познају одређене области које су предмет расправе на суду.

Већина познавалаца ове проблематике изјашњава се за сличан облик квалификоване пороте и углавном не прихвата пороту у којој би садашње поротнике у сваком случају замијенили стручњаци који располажу знањем које имају вјештаци, јер би по њиховом мишљењу то била негација пороте. Тако нпр. Ото Центнер истиче: „Када постављамо захтјев да се функција повремених судца у будуће повјери само грађанима одговарајуће стручности

¹⁴ Центнер Ото: О реформи пороте у ФНРЈ, Наша законитост, број 1—2, Загреб, 1961, стр. 12.

и нивоа, онда тиме не мислимо на стручно познавање појединих специјалних знања, као што га имају вјештаци, него на стручност за обављање функције суђења у смислу познавања одређених односа и елемената који су неопходно потребни за квалитетно функционисање судовања".¹⁵ Овоме мишљењу близак је и став Милице Стефановић-Златић која сматра да судије поротници треба да буду лаици у смислу да уопште не посједују одређена знања, искуства и смисао за вршење судијске дужности, али да од њих не треба ни захтијевати одређену стручност као код вјештака.¹⁶

У вези с тим ако би за поротнике узели добре познаваоце одређених области они би у извјесном смислу били протутеже вјештацима, јер би били у судском вијећу. Њихово знање би и у случају да је мање од онога са којим располаже вјештак, требало бити толико да могу критички оцијенити налаз и мишљење вјештака, што не може увијек судија, мада му то закон налаже. С обзиром да у сваком конкретном предмету треба ријешити одређена питања за чије је рјешење потребно одређено знање, то би у већем броју случајева судија поротник био изнад професионалног судије.¹⁷

5) Резултати емпиријских истраживања о дјеловању пороте у пракси указују на то да се пороти стављају увјек исти приговори, а да она на супрот томе остаје увијек иста. Основни приговор се односи на нестручност поротника. Како се функције судије и судије поротника с правног становништва не разликују, бар што се тиче одлучивања о предмету расправљања, то је потребно да се уклони нестручност као главни недостатак стварне равноправности судија и судија поротника.⁵

Непостојање стручности, тј. чињеница да се грађанин налази у судском вијећу које одлучује о предмету у коме тај грађанин нема довољно знања или нема никаквог знања, ставља судију поротника у пасиван положај. Нормално је у таквој ситуацији да је поротник незаинтересован, јер не може дубље да уђе у материју која се рјешава, и као резултат имамо негацију уставно и законски прокламованог принципа колективности у рјешавању судских предмета. Иако судија код доношења коначне одлуке треба да се изјасни посљедњи, поротници то због нестручности, пасивности и пребацивања одговорности са себе, препуштају судији, а онда се приклањају његовом мишљењу. Да би се ово избјегло потребно

¹⁵ Центнер Ото: *Op. cit.*, стр. 12.

¹⁶ Стефановић-Златић Милица: Учесће грађана у суђењу, *Анали Правног факултета у Београду*, број 3—4, Београд, 1969, стр. 391.

¹⁷ Јовановић Миленко: *Порота у правосуђу Југославије*, Београд, 1958. стр. 111.

¹⁸ У анкети која је проведена од професора С. Камхија и Б. Чалије налази се и на једну изјаву судије поротника са 10. година поротничког стажа, а која управо апострофира проблем нестручности. Тако судија поротник каже: „Апсолутно сам за квалификовану пороту, јер овакво стање више не одговара нараслим потребама и захтјевима остваривања циљева правосуђа. Код избора поротника о томе се најмање водило рачуна, тј. о стручности и корисности поротника.“ С. Камхи, Б. Чалија: *Op. cit.*, стр. 116.

је бирати за поротнике грађане који ће познавати одређене области и тиме бити заинтересовани за рјешавање њима познатих проблема.

Но, нестручност судија поротника се увијек не показује као једини релевантан проблем. Битан недостатак у раду пороте представља и недовољно опште образовање судија поротника. С обзиром да не мали број поротника нема осмогодишњу, а некада ни основну школску спрему, поставља се питање како могу учествовати у компликованим судским предметима у којима се поред осталог појављују и компликована вјештачења.¹⁹

6) Увођење система самоуправљања је довело до подруштвљавања свих области друштвеног живота, тако да о проблемима из одређене области расправљају и одлучују сви радни људи запослени у тој области. Тако нпр. о привредној проблематици расправљају и одлучују радници запослени у одговарајућој привредној области, о проблемима здравствене заштите одлучују здравствени радници, док се за судство то данас не би могло казати. У судским вијећима у расправљању појединих конкретних питања из појединих области учествују поротници који о том питању немају ни основна знања. Увођењем квалификоване пороте ово питање би било ријешено адекватно.

Истраживања су показала да је могуће да у судском поступку као поротници учествују стручњаци и способнији грађани. Тако се питањем квалификоване пороте у радноправним споровима бавио Миленко Јовановић. Он је истицао потребу да у радно-правном спору у судском вијећу узму учешћа повремене судије из реда оних који се налазе у радном односу (а не пензионери и домаћице) и то из области о којој се ради. У оваквим случајевима отклонио би се недостатак пороте на стручном плану. Примјењујући ово правило дошли би до тога, да би у споровима из области грађевинарства учествовао радник из те области, о споровима из медицинске области медицински радник о споровима из обрачунске дјелатности рачуноводствени радник итд. Пракса до сада није довољно водила рачуна о овом, јер се готово редовно дешавало, чак и у индустријски развијеним срединама, да радне спорове суде земљорадници који не познају ни процес индустријске пројзводње ни радне услове.²⁰

Квалификована порота, као што смо већ рекли, може да се примјени у свим споровима, па тако поједини теоретичари обрађујући одређену врсту спорова, оправдавају примјену квалификоване пороте у њима. Ото Центнер износи мишљење да би позитиван и користан био допринос квалификованих повремених судца у управном судовању и наводи друштвене и јавне раднике, професоре, те стручне познаваоце разних грана управе, који би ушли у састав вијећа за рјешавање управних спорова и учинили таква вијећа квалитетнијим, па би та вијећа представљала фактор који би придонио правилном и законитом рјешавању ових спорова.²¹

¹⁹ Т. Васиљевић, Љ. Лазаревић, М. Грубач, В. Кухајда: *Op. cit.*, стр. 119.

²⁰ Миленко Јовановић: *Op. cit.*, стр. 116.

²¹ Центнер Ото: *Op. cit.*, стр. 11.

Када се ради о криминалним радњама из области привреде биљеже се мишљења да је пожељно да у судском рјешавању предмета привредног криминала, у правилу, као повремени суци учествују они наши радни људи који су укључени и упућени у организацију и проблематику привреде, а у предметима из области саобраћаја лица која су на неки начин и сама непосредно повезана са све сложенијом проблематиком модерног саобраћаја.²²

Код имовинских деликата, аналагно томе, поротници не би били крадљивци имовине или лица која на други начин уништавају или присвајају туђу имовину „као најбољи познаваоци“ те инкриминисане дјелатности, већ би то могли бити појединци који се баве сузбијањем такве дјелатности, што не искључује могућност да се као поротници појаве и појединци са правничком спремом. Сумња да би код неких деликата, као што су крвни деликти, ефикасност учешћа лекара као стручњака у тој области била смањена због лекарске солидарности (мисли се са вјештацима) је дјелимично тачна, али ипак та сумња, по нашем мишљењу, не искључује могућност употребе квалификоване пороте и код ових деликата. Битно је да се онемогуће вјештаци да код ових деликата злоупотребљавају своју надмоћност.²³

Своме би још могли додати да би о споровима у пољопривреди највећи удио дали они који су непосредно везани за пољопривреду, о брачним односима добри познаваоци прописа и односа у браку, а не само људи који се, такође, налазе у браку итд.

Овдје су наведени примјери из неких области и односа у којима несумњиво постоји потреба за увођењем квалификоване пороте. Међутим, кривично право се додирује са низом других области и односа прописујући санкције за недозвољена понашања. Тако кривично право предвиђа санкције за друштвено опасна дјела којима се врши напад на друштвено-економско уређење, на права и слободе човјека, на његов живот и тијело, на част и углед, на брак и породицу, на здравље човјека, на привреду, на друштвену и приватну имовину, на правосуђе, на ред и правни саобраћај итд., па је потребно у свим тим областима користити повремене судије са одговарајућим знањима.

У теорији је изражена сумња о могућности примјене квалификоване пороте у неким предметима. Ту се може радити о два случаја. У првом случају мисли се на мала мјеста за која се наводи да немају довољан број добрих познавалаца одређених области због постојеће структуре становништва. На супрот томе износи се и мишљење које више одговара садашњем тренутку, а према коме је данас много лакше изабрати квалитетне поротнике него што је то било раније.²⁴ Општи образовни и стручни ниво наших људи стално расте, тако да није тешко изабрати потребан број поротника из свих области друштвених активности који ће

²² Исто, стр. 14.

²³ Судска пракса већ биљежи случајеве у којима се као окривљени појављују и сами вјештаци. Мислећи да су одлучујући фактор и да могу, када хоће, да ослободе окривљеног, вјештаци то и обећавају заинтересованој родбини која је спремна да добро плати за такву нелегалну услугу.

²⁴ С. Камхи, Б. Чалија: *Op. cit.*, стр. 119.

ако се правилно буду користиле њихове способности моћи да дају пуни допринос у обављању судске функције. Према томе, раније истицани разлог, да нема довољно добрих познавалаца појединих области, данас се не може више прихватити, јер у свакој области постоји велики број потенцијалних квалификованих поротника (интелектуалаца разних профила и квалификованих радника из свих грана дјелатности).

У другом случају ради се о предметима који нису толико компликовани и који не захтијевају посебна, већа стручна знања. Судије су исправно констатовали да су квалификовани поротници потребни код једног броја предмета, док код другог то нису, јер се ради о предметима који по својој природи не изискују никаква посебна знања. Код прве групе предмета свакако да се бољи резултати могу очекивати уз учешће одабраних, по знању предмету ближих поротника, док се код друге групе предмета као поротник може појавити било које лице са листе.

7) Већина познавалаца ове проблематике је за увођење квалификоване пороте. Да би се таква порота почела примењивати потребно је извршити низ промјена које се односе на бирање, позивање и евидентирање.

У досадашњем раду на избору и позивању поротника водило се рачуна да се добију лица са више слободног времена, тако да се дешавало да једно исто лице учествује у судском вијећу код накнаде штете, код свих врста кривичних дјела, у стварима о издржавању и у радним споровима.²⁵ Предуслов за постојање и рад квалификоване пороте је вођење рачуна приликом избора о селекцији која би омогућила да се изаберу истакнутији, образованији и струци најближи појединци из свих области друштвене дјелатности и живота. Избор је вријеме када се обезбјеђује квалификована порота и тада је потребно добити већи број поротника разног профила који би могли одговарати обавезама сваког конкретног предмета. Као један недостатак код избора истиче се непостојање координације са скупштином друштвено-политичке заједнице која најчешће бира поротнике по својим мјерилима, која у одређеном броју случајева не одговарају потребама суда. Координација код овог питања би дала значајне резултате. Осим тога, било би потребно за сваку област бирати више потенцијалних поротника због отклањања могућности утицаја на судије поротнике у погледу коначне одлуке.

Дакле, судије поротници који личним квалитетима треба да одговарају предмету који се суди, се обезбјеђују приликом избора, али се квалитет поротника не може остварити без одговарајућег поступања приликом позивања на учешће у судском вијећу, а такође и без уредног одазивања на позиве. То изискује и бољу организацију и веће издатке.

Познаваоци разних области су и до сада учествовали у судским вијећима, али распоред њиховог учешћа није био одговарајући. Због тога би о позивању требало строго да води рачуна

²⁵ Т. Васиљевић, Љ. Лазаревић, М. Грубач, В. Кухајда: *Op. cit.*, стр. 121.

предсједник судског вијећа, који би о томе обавјештавао предсједника суда, који би путем административног радника обавјештавао одговарајућег поротника. С обзиром да се већи број лица (поротника) која су посједовала већу стручност у досадашњој судској пракси није одазивао позиву, потребно је размислити о успостављању одговарајуће обавезе и одговорности, али и одговарајуће надокнаде и стимулације.

У циљу ефикаснијег остварења оваквог начина позивања поротника било би потребно радикално промијенити и начин евидентирања који постоји код сваког суда. Тако би било првенствено потребно да се осим занимања или степена школске спреме води рачуна и о врстама стручности или о областима које су поједином поротнику блиске. То би све омогућило да се поротници позивају на суд не по унапријед утврђеном реду, већ по врсти предмета и личним предиспозицијама.

Може се констатовати да у пракси до сада нису остварене намјере изражене у законским прописима и судским пословницима, ни у погледу органа који ће одређивати судије поротнике, ни у погледу принципа по коме ће се судије поротници одређивати. Но, не би се могло рећи да није било неких мањих покушаја у којим случајевима је истакнуто да је корист била велика. С обзиром да поротнике бира скупштина друштвено-политичка заједница, судови су у одређеном броју случајева инсистирали од њих да приликом избора воде рачуна о занимању потенцијалног кандидата за судију поротника у циљу омогућавања формирања специјализованог вијећа са поротницима који имају одређена знања у границама које су довољне за активно учешће у рјешавању конкретnog предмета.

Бојазан судија да би увођењем квалификоване пороте дошли у други план неоправдана је, јер је и интенција закона да судије поротник помаже судији правнику у раду. Судије су дужне да са судијама поротницима сарађују, да их упућују у предмете који се расправљају и да поротницима омогуће да, с обзиром на своје знање, што више допринесу раду суда.²⁶

Улога судија не би била умањена, јер они имају општа знања из свих области живота, а главну ријеч имају у правној проблематици за коју су и оспособљени. Међутим, с обзиром на ширину друштвених односа нико не може бити добар познавалац свих области друштвеног живота, тако да би путем квалификоване пороте било обезбјеђено да се споји добро познавање конкретних спорних области и правне проблематике, спајањем знања судија и судија поротника.

Пошто се кривично право додирује са великим бројем других области, то је и нормално да судија професионалац не може све да их довољно познаје, а исто тако нема ни времена да у сваку област улази студиозно. У неким случајевима судије су у недоумици, јер не могу до краја да проникну у предмет који се пред њима налази. У том случају би добро дошла помоћ квалификованог поротника за кога је конкретни посао у коме се судија

²⁶ Фриерман Андреј: Друштвени значај пороте, *Op. cit.*, стр. 409.

тешко сналази, обично рутинерски. Учешће квалификованих поротника утицало би на брзину и ефикасност обављања рада у судовима, а не би ишло на штету утврђивања материјалне истине, јер би умјесто садашњег пасивног поротника имали квалитетног поротника који би био заинтересован за суђење у случајевима које довољно познаје.

Овако изабрани поротник не би био вјештак, већ добар познавалац спорног предмета, који би могао да оцијени цијели предмет, а и вјештаков налаз и мишљење с обзиром да се налази у судском вијећу. Ово би било посебно значајно због тога што суд не смије допустити да вјештак због своје стручне спреме или посебног знања буде онај фактор који одлучује о истинитости, вјеродостојности или постојању неке чињенице која је важна у кривичном поступку, јер би то значило да вјештак врши оцјену доказа, односно резултата доказивања и да одлучује о питању кривице окривљеног, а то спада у функцију суда.

8) Међу правницима мишљења су подијељена када се третирају питања укидања и задржавања пороте. Приликом сваког мишљења облика пороте истицане су слабости ранијег система, а указивано је на потребу да се новим измјенама уклоне слабости и побољша ранији систем. Пракса је увијек давала податке за предлагање одређених мјера. У овом раду користећи се резултатима праксе и мишљењима непосредних учесника у судству, као и резултатима емпиријских истраживања, заступало се увођење квалификоване пороте за коју сматрамо да би коначно дала добре резултате и удовољила свим захтјевима. Чињеница је да би то било извјесно одступање од класично постављених облика пороте, али треба водити рачуна о томе да су ти класични облици преузети од старих државних система за чије су потребе и стварани.

Социјалистичка држава и социјалистичко право нужно захтијевају нове односе и нове институције које ће одговарати новим социјалистичким односима и условима. Правосуђе не би требало да заостаје за токовима развоја социјалистичког самоуправног система, посебно због тога што се зна шта је то што у правосудном систему не одговара савременим захтјевима. Захтјев за одговарајућим квалитетима судија поротника нужно је повезан и са ауторитетом и активним и самосталним учествовањем у судском вијећу. Уважавање свих ових момената довело би до непосреднијег и ефикаснијег остварења уставних и законских начела о правосуђу.

др Митар КОКОЉ

APERCU DE QUELQUES QUESTIONS CONCERNANT LA NECESSITE D'INSTAURER UN JURY QUALIFIE

(Résumé)

Le jury existe depuis de longues années dans les systèmes juridiques. On peut en suivre l'évolution au travers des différentes formations sociales et des diverses époques. Le système mixte, classique, du jury semble en être arrivé, en Yougoslavie et dans les autres pays, à une phase où il présente plus d'inconvénients que d'avantages pour le fonctionnement des tribunaux. Cela étant, l'auteur s'est attaché — en partant des points de vue antérieurs et actuels sur cette institution et des données relatives au fonctionnement du jury d'aujourd'hui — à fournir une contribution à l'introduction d'un jury qualifié. Ce serait, par sa forme, un jury où siègeraient des citoyens plus qualifiés pour tels domaines et secteurs, et de ce fait même plus aptes et plus intéressés à juger des cas concrets. Comme l'incompétence et le faible niveau d'instruction générale sont les causes essentielles de l'inefficacité du jury, l'introduction du jury qualifié permettrait de remédier à ces défauts. Ce serait certes une dérogation au système classique, mais elle s'avère indispensable en raison du fait que celui-ci répond essentiellement aux exigences des systèmes bourgeois. La société socialiste et le droit socialiste appellent en effet de nouveaux rapports et de nouvelles institutions conformes aux nouvelles relations et conditions socialistes. Le jury qualifié est une de ces institutions.

ПОСЕБНА ПИТАЊА ДЕЈСТВА КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ НА ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК

УВОД

Сложеност односа које право регулише, њихова многостраност, захтева њихово регулисање прописима различитих грана права. У пракси, пред судом, чест је зато случај да један исти животни догађај, исти комплекс чињеница, захтева вођење како кривичног тако и парничног поступка, или и управног поступка.

Ограничавајући се на питање утицаја пресуде на парнични поступак пред нама је случај у коме радња неког лица представља истовремено и кривично дело, инкриминисано и кажњиво по КЗ-у, али и грађанскоправни деликт из кога произилази, по правилу, обавеза учиниоца на одређено понашање, давање или чињење.

Постављени проблем двојаких последица које један догађај изазива у праву, решава се понекад у тзв. адхезионом поступку који је значајан изузетак од правила да кривични суд расправља и одлучује само о постојању кривичног дела и кривичној одговорности учиниоца. У овом случају реч је о делу кривичног поступка који се понекад одређује као „парница у оквиру кривичног поступка”.¹

Но како адхезиони поступак није предмет нашег разматрања, треба рећи само то да је право на остварење имовинскоправног захтева у кривичном поступку постављено као могућност, тј. тужилац може да изабере или адхезиони поступак или парницу за остварење свога права. Ако се определи за кривични поступак, важно је упозорити да кривични суд када расправља о имовинскоправном захтеву насталом извршењем кривичног дела не може дефинитивно одбацити такав тужбени захтев. Правило је да у случају одбацивања захтева упућује тужиоца на парницу при чему се тада води парнични поступак из истог догађаја. Упућивање на парницу долази у обзир и када кривични суд усвоји тужбени захтев делимично, при чему се упућивање врши за остатак.

¹ С. Трива — Грађанско процесно право, уџбеник, Загреб, 1965. год., стр. 60.

С правноснажношћу осуђујуће кривичне пресуде, у којој кривични суд једино и може одлучити о имовинскоправном захтеву, ова пресуда стиче и у делу који се на овакав захтев односи исто дејство као и правноснажна пресуда парничног суда о истој ствари.²

Посебна правила важе и за поступак за накнаду штете лицима неоправдано осуђеним или неосновано лишеним слободе, како у погледу надлежности суда, тако и у осталом. Такође, о трошковима вођења кривичног поступка одлуку увек доноси кривични суд, иако је то регулисано правилима парничног поступка, па упућивање ни овде не долази у обзир.³

Не задржавајући се посебно на овим изузетцима, проблем који је овде постављен раздвојићемо на:

I дејство пресуде парничног суда на кривични поступак, и

II дејство пресуде кривичног суда на грађанску парницу.⁴

Треба посебно обратити пажњу на решење овог питања обзиром на познате могућности за окончање кривичног поступка, тј. код осуђујуће и ослобађајуће кривичне пресуде, као и код пресуде којом се оптужба одбија и решења којим се кривични поступак обуставља.

Занимљиво је посматрати решења овога проблема и у упоредном законодавству, као и упоредном прегледу решења правне науке и ставова судске праксе.

II ДЕЈСТВО ПРЕСУДЕ ЈЕДНОГ СУДА У ПОСТУПКУ ПРЕД ДРУГИМ СУДОМ

A. Утицај пресуде парничног суда на кривични поступак

Тежња да се избегне доношење контрадикторних одлука разних органа о истој ствари довела је у савременом праву до настанка извесних правила о везаности једних органа за правноснажне акте других. Ово је, пре свега, изражено у односима међу државним органима, што је и последица органске и функционалне везаности истих.

У правосудном систему, уз правило о његовој јединствености, то би значило и везаност једног суда правноснажним одлукама другог суда. При томе, претпоставка оваквог дејства увек је правноснажност одлуке.

Али овакво правило, у оквиру наведене теме, тј. дејства пресуде парничног суда на кривични поступак може се применити само у ограниченом виду.

Пре свега, ЗКП у чл. 21. говорећи о решавању прејудицијелних питања за кривични суд пред другим органом, обавезује кри-

² О овоме Б. Марковић — Уџбеник судског кривичног поступка, Београд, 1930, стр. 220.

³ Цит. дело под 1, стр. 229.

⁴ Б. Познић — Грађанско процесно право, уџбеник, Београд, 1976, стр. 87—90.

вични суд на примену оваквог решења правних питања, изузимајући случај оцено постојања или непостојања кривичног дела.

Каква је природа ове обавезе кривичног суда? Хоће ли, нпр. пресуда парничног суда којом се брак разводи везивати без икакве претходне оцено кривични суд који је узима у подлогу своје одлуке. Правна теорија није јединствена у решењу овога питања. Већина писаца сагласна је да „кривични суд није везан грађанском пресудом која даје правноснажан одговор на питање постојања једног односа од прејудицијелног значаја у кривичном поступку“.⁵

Оправдање и основ оваквог схватања налази се у јаче израженој тежњи за утврђивањем објективне истине у кривичном поступку. Гаранција овоме су правила за примену истражних радњи у кривичном поступку и изузетно активна улога суда у том поступку прикупљања и обезбеђења доказа.

Супротно томе, своју одлуку парнични суд заснива по правилу на чињеничном стању за које грађу дају саме странке сходно начелу диспозиције странака. Од покретања парничног поступка, преко могућности располагања тужбеним захтевом, до изношења спорних чињеница и њиховог доказивања, странка је та која својим радњама и својом вољом обележава ток парничног поступка.

Али не треба ни у једном оваквом решењу бити искључив. Напротив, ако се у кривичном поступку постави питање примене пресуде парничног суда којом је решено неко правно питање од прејудицијелне важности за кривични суд, овај ће суд такву пресуду узети у оцено „као доказ о постојању или непостојању грађанскоправног односа који је био предмет грађанске парнице“.⁶

Према томе, кривични суд ће овакву пресуду парничног суда, тј. њену доказну снагу ценити као и уопште код јавних расправа, при чему резултат може бити двојак. На темељу оцено целокупног тока парничног поступка и пресуде као његовог резултата суд може закључити да нема разлога да сумња у истинитост оваквих утврђења, па овакву одлуку узима у подлогу своје пресуде, или у супротном, „кад околности под којима се парнични поступак развијао, не пружају гаранцију да она одговара стварном стању спорног односа“,⁷ одлучити да оваква пресуда парничног суда није за њега обавезна и неће је ни применити.

Најчешће, међутим, резултат овакве оцено кривичног суда је позитивно решење, тј. прихватање решења које пружа парнични суд, обзиром на то да је и у току парничног поступка рада суда и активност странака усмерено на утврђивање истине о спорном догађају. Изнето решење можемо прихватити како за случај када је пресуда парничног суда већ донета, тако и када кривични суд одлучи да сачека исход парнице која тече.

Друга група аутора брани супротно гледиште тумачећи одредбу ЗКП-у тако да је изван оцено парничног суда о постојању кри-

⁵ Б. Познић — Грађанско процесно право, уџбеник, 1978. год., Београд, стр. 76.

⁶ В. Мишић — Утицај кривичног поступка на ток грађанске парнице, и утицај кривичне пресуде на грађанску пресуду и обратно, чланак, Гласник АК САПВ, Нови Сад, 72/7, стр. 6.

⁷ Б. Познић — цит. дело под 5, стр. 76

вичног дела, кривични суд обавезан да прихвати решење правног питања које пружа пресуда парничног суда.⁸ Аргумент у прилог оваквог става је прихватање принципа да један орган мора да поштује правноснажне акте другог органа. У оквиру оваквих схватања јавља се и једно средње решење⁹ по коме ако се правно питање односи на то „да ли брак постоји или не, онда је кривични суд односно овог грађанскоправног питања везан за одлуку надлежног духовног или грађанског суда“, нпр. код бигамије. Везаност по овом, очигледно старијем схватању је само у тзв. објективном смислу, тј. овде само за одлуку суда о томе да ли брак постоји или не, али не и погледу „виности окривљеникове“.

У истом смислу изјашњава се и Р. Петровић,¹⁰ за кога је нпр. питање својине украдених ствари, као битно обележје кривичног дела, у искључивој надлежности грађанског суда, па је потребно сачекати на његову одлуку о томе.

Сва изнета решења не односе се, међутим, на случај када је кривични суд на основу овлашћења из чл. 21. ЗКП-у (ст. 2), одлучио да сам реши једно овакво претходно питање из материје која није његова редовна надлежност. У овом случају, његова одлука о томе имаће дејство само за поступак у коме је донета.

Б. Утицај пресуде кривичног суда на парнични поступак

У уводном делу, поред већ изнетог проблема утицаја пресуде парничног суда на кривични поступак, наведено је и за нас овде најзначајније питање, питање утицаја кривичне пресуде на парнични поступак. Предуслов оваквог утицаја такође је правноснажност одлуке кривичног суда.

За овај случај решење нуди чл. 12, ст. 3. ЗПП-у, у коме се наводи: „У парничном поступку суд је у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца везан за правноснажну пресуду кривичног суда којом се оптужени оглашава кривим“. Оваквим решењем остављено је теорији да тумачењем законског члана реши друге, могуће проблеме оваквог утицаја.

Понуђена решења правне теорије у упоредноправном прегледу су следећа:

— систем потпуне везаности парничног суда правноснажном кривичном пресудом,

— систем невезаности парничног суда оваквом кривичном пресудом, и

— различити и бројни прелазни системи.

За правну ситуацију која је настала у случају када се пред парнични суд изнесе комплекс чињеница које су већ биле предмет оптужбе у кривичном поступку, а у коме је већ донета и пресуда, која је и стекла правноснажност, прави од наведених система нуди

⁸ Овакво схватање заступају аутори из кривичне материје (Васиљевић, Бајер, Водинелић).

⁹ Б. Марковић — цит. дело под 1, стр. 233—236.

¹⁰ Р. Петровић — Да ли је грађански суд везан правноснажном пресудом кривичног суда? — ПЖ. Београд, 1954, бр. 6.

решење кроз потпуну везаност парничног суда оваквом одлуком кривичног суда. Дакле, кривична пресуда у овом случају у целости обавезује парнични суд да усвоји решења у њој дата, и обрнуто.

Оправдање оваквог става налази се у схватању кривичног правосуђа као репресивног, чије одлуке уживају апсолутан ауторитет и одлукама других органа не смеју бити доведене у питање нити оспораване. Допуна оваквог схватања је и разлика кривичног и грађанског правосуђа у погледу начела по којима се утврђује истина у поступку, о чему је већ овде било речи.

Крутост изнетог решења у француском и правима неких источноевропских земаља које су га, особито раније, у потпуности прихватале, изражена је нарочито за утицај осуђујуће кривичне пресуде, док се за утицај ослобађајуће кривичне пресуде нуде различита, често изнетом потпуно супротна решења.

Према томе, наведени систем штити неприкосновеност мериторних одлука репресивног кривичног правосуђа примењујући принципе теорије јавног поретка.

Присталице система невезаности парничног суда правноснажном пресудом кривичног суда тврде супротно, тј. да један суд није везан одлуком другог суда донетом о истом догађају. Један исти догађај, по њима, може имати и по правилу има двојакe последице у праву. Према томе овде смо у присуству „не само два правна пута и две различите области државне активности, него и две врсте процесног односа које немају ни заједнички предмет ни исте странке“.¹¹ Све ово, наравно, у складу са постојећем разликом у непосредном циљу кривичног и грађанског правосуђа. Између одлуке кривичног и грађанског суда није, према изнетом, ни могућа директна противречност, па нема „разлога да исход једне правне ствари утиче на исход друге“.¹²

Оправдање изнетог система нарочито је изражено у немачкој правној теорији, где се, нпр. каже да „начело да одлука донета на једном правном путу везује све органе који решавају на истом или другом правом путу трпи значајна практична ограничења, јер позитивно право одређује по правилу за решавање једне врсте односа само један правни пут“.¹³

Треба, међутим, запазити да изнета решења било да заговарају систем везаности парничног суда кривичном пресудом, или пак систем невезаности, не егзистирају данас у првобитном облику, не решавају више тако круто постављени проблем. Све чешће се истиче да самосталност парничног суда у систему невезаности није потпуна. Тврди се, тако, да овај суд мора узети у обзир резултате доказног поступка пред кривичим судом и његову пресуду, па да ће то чак бити и довољно да заснује уверење и грађанског суда о спорној ствари“.¹⁴

¹¹ Б. Познић — О утицају кривичне пресуде на грађански спор, Арх. Београд, бр. 1, јануар—март, стр. 31.

¹² Б. Познић — Цит. чланак под 11. стр. 32.

¹³ Б. Познић — исто, стр. 32, према R. Cöster, Die Rechtskraft der Staatsakte, Berlin, 1924, стр. 74—75.

¹⁴ Б. Познић — цит. чланак под 11, стр. 32.

У француском праву такође се јављају извесна одступања, нарочито када је реч о утицају ослобађајуће пресуде кривичног суда. Став велике већине писаца овде је да она „не везује ни у ком погледу“ парнични суд ако је донета од поротног суда.¹⁵ Но на ово питање ћемо се још вратити јер тражи нешто шира објашњења.

Изнета одступања од стриктне примене било система везаности, било система невезаности, воде усвајању извесних мешовитих, комбинованих система у решавању изнетог проблема. Оваква решења усвајају, нпр. аустријско и бивше југословенско право. Овде се из обавезног дејства осуђујуће кривичне пресуде за парнични суд изводи, по разлогу супротности, закључак о необавезности ослобађајуће пресуде у наведеном случају. Оправдања су, углавном, већ изнети разлози у погледу оцене кривице по прописима кривичног и грађанског права, као и да ослобађајућа кривична пресуда најчешће само утврђује недостатак доказа за кривицу оптуженог, а не и то да он није крив, да се оваква пресуда може донети и без испитивања кривичне одговорности оптуженог, нпр. код застарелости¹⁶ и сл.

Код нас је такође прихваћено једно средње решење, што значи да правноснажна осуђујућа кривична пресуда везује, како то ЗПП каже, парнични суд у погледу оцене постојања кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца. Решења за утицај ослобађајуће кривичне пресуде и извесне нијансе целокупног прихваћеног решења у законодавству и правној теорији захтевају, међутим, подробније разматрање. Сложеност постављених питања и иначе захтева разлагање на утицај осуђујуће кривичне пресуде на парнични поступак и утицај ослобађајуће кривичне пресуде на парнични поступак.

1. Утицај осуђујуће кривичне пресуде на парнични поступак

Питање утицаја осуђујуће кривичне пресуде на парницу мора се посматрати у два основна случаја, тј. када је ова пресуда донета пре отпочињања парничног поступка о истом догађају о коме ће се тај поступак водити, или када је овом пресудом одлучено о питању које је за парнични суд претходно.

Поред поменуте правноснажности овакве одлуке, нужен предуслов оваквог утицаја је и везаност одлуке кривичног суда за парницу, односно тужбени захтев у парници. Везаност овде значи то да је кривични суд одлучио у својој пресуди о догађају који је предмет поступања парничног суда, и то као о кривичном делу, а из њега је произашло и потраживање по неком другом основу пред парничним судом, или да је кривични суд решио неко питање из своје надлежности које се у парничном поступку поставило као претходно за одлуку о имовинскоправном или ком другом грађанскоправном захтеву.

¹⁵ Б. Познић — исто, стр. 31.

¹⁶ С. Зуглиа — Грађанско процесно право, уџбеник, Загреб, 1957.

Све ово ако је одлука кривичног суда донета пре коначне одлуке парничног суда о тужбеном захтеву, изузев у случају понављања парничног поступка на основу правноснажне осуђујуће кривичне пресуде.

Морамо, такође, водити рачуна о томе да поред пресуда редовних кривичних судова, и војних судова када су кривични, још неке одлуке могу утицати на парницу. Овде посебно мислимо на решења о васпитним мерама према малолетним извршиоцима, мада је по овом питању схватање теорије и судске праксе хетерогено. Тако, нпр. ВС НР Словеније у својој одлуци (ЗСО 1957. г. II/1, одл. бр. 102) прихвата став да се у оваквом решењу малолетник не оглашава кривим и да га кривични суд не може у овом поступку осудити на испуњење имовинскоправног захтева, што доказује да се грађанска одговорност малолетника не везује за кривичну одговорност. Препушта се парничном суду решење свих питања самостално. Супротно томе ВС НР БиХ (ЗСО 1956. н. 142, одл. бр. 363) сматра да овакво решење везује парнични суд као и кривична пресуда.

Обзиром на то да се оваквим решењем, по нашем мишљењу мериторно одлучује о делу и учиниоцу, исправно је обавезати парнични суд на примену решења у њему садржаних. За решење других органа то се већ не би смело прихватити, нпр. за решења судије за прекршаје, и то услед примене горњег критеријума мериторног одлучивања.

1.1. Утицај осуђујуће кривичне пресуде у парници по тужби из истог догађаја

Из једног догађаја могу, како је већ речено, произаћи две врсте правних последица, кривичноправне и грађанскоправне. Међу грађанскоправним последицама то су најчешће право на накнаду штете, поништај правног посла или повраћај ствари.

Ако је о овом догађају кривични суд већ донео пресуду и она стекла правноснажност, за њен утицај на парницу која се о истој ствари води решење је дао ЗПП. У њему се изричито предвиђа везаност парничног суда правноснажном осуђујућом кривичном пресудом и то у погледу одлуке о кривичном делу и одговорности учиниоца. То значи да парнични суд „не сме дозволити извођење доказа којима се постојање дела и одговорност туженика доводе у питање“,¹⁷ ако се о том догађају води пред парничним судом поступак.

Оваква кривична пресуда делује на парнични суд својом материјалном правноснажношћу и искључује могућност вођења новог поступка о истој ствари пред другим судом.

О природи дејства кривичне пресуде на парнични поступак супротно схватање има В. Мишић,¹⁸ који је посматра као јавну исправу чије је дејство изузетак од начела слободне оцене доказа у

¹⁷ Б. Познић — цит. чланак под 11, стр. 35.

¹⁸ В. Мишић — цит. чланак под 6, (бр. 6), стр. 6.

парничном поступку. Доказивање пред парничним судом њене нетачности води негирању ауторитета кривичног правосуђа у оквиру његове искључиве надлежности.

Кад говоримо о обиму дејства ове пресуде, по тзв. апстрактном мерилу оно је ограничено на констатације кривичног суда „битне за постојање кривичног дела“.¹⁹ То значи констатације о томе да је:

- радња која је учињена кривично дело,
- да је ту радњу извршило одређено лице, туженик,
- да је он одговоран за њено извршење.

Тако и судска пракса, нпр. решење ВВС П Г 20/67, од 16 марта 1967, где се констатује да када кривични суд утврди да је пропуштање одређеног лица радња кривичног дела, парнични суд утврђујући одговорност за тиме причињену штету, не може утврдити супротно.

Бројност посебних проблема који се овде јављају намеће потребу њиховог подробнијег проучавања, нарочито када је реч о одлуци кривичног суда о штети, узрочној вези радње и штете, одговорности и нарочито кривици оштећеног и трећих лица.

а) Одлука о штети

У анализи утицаја одлуке кривичног суда о штети насталој као последица извршеног кривичног дела морамо поћи од поделе кривичних дела на:

- она код којих је штета биран, конститутивни елеменат самог дела, и
- она код којих то није случај.

Владајуће становиште у нашој правној теорији је да би одлука кривичног суда о штети код прве групе наведених кривичних дела везивала парнични суд, што је последица чињенице да је штета елеменат самог дела, тј. да дела без ње и нема.

У другог наведеној групи парнични суд би морао бити слободан у утврђивању постојања штете.

Но треба запазити да само постојање осуђујуће кривичне пресуде код кривичних дела прве групе не ослобађа потпуно парнични суд обавезе самосталног утврђивања других свих чињеница битних за доношење своје одлуке, а нарочито утврђивања елемената грађанскоправне одговорности учиниоца. Слично судска пракса, нпр. решење Рев. 234/67 из 1968. године.

Што се висине штете тиче, такође је код прве групе случајева парнични суд везан за већ утврђени износ штете, и то опет у случају када је висина штете битан елеменат кривичног дела. Висина штете преко оваквог, утврђеног износа, ствар је утврђења парничног суда.²⁰ Тако и С. Трива,²¹ истичући да о постојању и обиму штете у оваквом случају парнични суд мора одлучивати самостално, укључујући и „идентификацију особе која је претрпела штету“.

¹⁹ Б. Познић — цит. дело под 11, стр. 77.

²⁰ Б. Познић — цит. дело под 5, стр. 77.

²¹ С. Трива — цит. дело под 1, стр. 59.

б) Узрочна веза кривичног дела и проузроковане штете

Као битан елеменат у утврђивању одговорности једног лица за штету насталу његовом радњом или пропуштањем, јавља се узрочна веза те радње или пропуштања и последице, штете. Водећи овде рачуна о већ изнетој подели кривичних дела обзиром на елеменат штете њиме проузроковане, у погледу одлуке о узрочној вези имали би смо следећа решења:

— код кривичних дела код којих штета улази у биће тога дела, парнични суд је везан одлуком кривичног суда о постојању ове везе,

— код друге групе случајева, решење је супротно томе неvezаност парничног суда.

Тако, нпр. код кривичног дела проневере тужени не би могао доказати у парници да штете нема ако је за то дело осуђен јер је штета битан елеменат овог дела.

Све ово је последица чињенице да кривични суд код прве групе кривичних дела да би утврдио постојање таквог дела мора да утврди да је штета настала као последица радње или пропуштања одређеног лица, туженог, а то значи да утврђује постојање узрочне везе. Без овога нема ни кривичног дела па ни одговорности учиниоца. Ако, пак, штета не улази у појам, биће, кривичног дела, она за кривични суд није од посебног значаја па се њоме не мора бавити. Зато је и закључак о необавезности овакве одлуке кривичног суда за парнични, логичан.

в) Грађанска и кривична одговорност и кривица у једном и другом праву

Као посебно питање појављује се и то како одлука кривичног суда утиче на парнични суд и његову одлуку о кривици по правилима грађанског материјалног права.

Како се умишљај кривичног и намера (*dolus*) грађанског права не разликује, то се тужени у парници не би могао „ако је осуђен за намерно оштећење туђе ствари, нпр., успешно бранити да је ствар оштетио са престанком оштећеног“²². Према томе, кривична одговорност за дела предвиђена КЗ-ом повлачи нужно и грађанско-правну одговорност за штету њиме проузроковану, при чему су правни писци сагласни да овде треба убројати како случај умишљајног тако и нехатног извршења.²³

Међутим, треба знати да се по ранијим прописима у грађанском праву вршило степеновање нехата на груби (*culpa lata*) и лаки или обични (*culpa levis*), док ову могућност кривично право не познаје. У грађанском праву овакво степеновање имало је практични значај јер се код грубог нехата, као и код намере, надокнађивала и стварна штета и изгубљена добит, док се код обичног

²² Б. Познић — цит. чланак под 11, стр. 37.

²³ О овоме Б. Познић — цит. чланак под 11, стр. 37, као и А. Лазаревић — О разликама грађанске и кривичне одговорности и њен значај у теорији и пракси — Арх. бр. 5—6, 1969.

нехата надокнађивала само стварна штета. Садашњи ЗОО, међутим, када говори о накнади материјалне штете (чл. 189. ст. 1) каже да „оштећеник има право како на накнаду обичне штете, тако и на накнаду измакле користи“.

Речено је да кривична одговорност повлачи и одговорност за накнаду тим делом проузроковане штете. То, наравно, не значи да ће парнични суд увек бити обавезан да досуди накнаду. Приговор да је штета надокнађена, да је извршено поравнање међу странама или да је опроштен дуг, могу у парници бити успешни.

При свему томе парнични суд не сме улазити у оцену истинитости утврђења кривичног суда о делу и учиниоцу.

г) Кривица оштећеног и трећих лица за настанак штете

И ово питање занимљиво је с тога што кривична пресуда не решава о оштећеном и његовој кривици за насталу штету, али узима у обзир његову личност и његов однос према делу како би што правилније оценио одговорност учиниоца и одмерио казну. Из изнетог зато следи да кривична пресуда у погледу оштећеног не може да везује парнични суд и у случају одговарајућег приговора туженог у парници, овај би суд морао да цени доказе о томе, како нове, тако и да понавља већ изнете.

То је и становиште судске праксе код нас. Тако СВС у одлуци бр. Рев. 441/58, од 25. октобра 1957. године, упозорава да „... није ебз интереса понашање оштећеног које претходи кривичном делу. Ако је оштећени вршио противправни напад, тиме је довео штетника у стање раздражености или напасти, па је учинио да ... прекорачи границе нужне одбране ..., ... и ако је зато душевно стање штетника изазвало прекорачење нужне одбране и штету, онда се ово може приписати у кривицу оштећеног за насталу штету и на тој основи судити о подељеној одговорности“.

Ово је још једна потврда да парнични суд самим постојањем кривичне пресуде није ослобођен самосталног рада на утврђивању других битних чињеница за грађанскоправну одговорност учесника штетног догађаја.

Исто важи и за доказивање постојања кривице трећих лица за наступање штете, било да нису учествовала у поступку или да им кривица није доказана. При томе, ако је треће лице ослобођено кривичне одговорности, као тужени у парници управо ће се овим и бранити. Али како смо рекли, одговорност кривичног и грађанског права нису идентични појмови по садржини, па би оваква њихова одбрана у парници била безуспешна. Њихову грађанску одговорност, одговорност за насталу штету, парнични суд ће ценити самостално. Најчешћи пример за ово је солидарна одговорност дужника и из ње произашли регресни захтеви. Такође треба знати и да уколико кривични суд осуди више лица за неко кривично дело и одмери им казне сходно степену њихове кривице, ово одмеравање за парнични суд није од значаја, већ се износ накнаде коју свако од њих дугује цени самостално у поступку пред њим.

1.2. Дејство осуђујуће пресуде кривичног суда о кривичном делу које је за парнични суд претходно питање

Поменути чл. 12. ЗПП-а, за случај одлуке о претходном питању за парнични поступак, оставља две могућности:

— да га парнични суд сам реши, са важношћу само за ту парницу,

— да сачека одлуку другог органа, овде кривичног суда, у чијој надлежности и јесте решавање тог питања.²⁴

Такође, и у чл. 213., ст. 1. говори се управо о могућности прекида парничног поступка док се не донесе одлука о претходном питању од стране надлежног суда, а у следећем ставу одређује се могућност прекида парничног поступка ако одлука парничног суда зависи од тога да ли је учињено кривично дело за које се гони по службеној дужности или привредни преступ, ко је учинилац и да ли је он одговоран, као и у случају употребљене лажне исправе или лажног сведочења или вештачења.

Дон се у француском праву, нпр., о правној прејудицијелности говори само када се кривични поступак заврши, о истом догађају, пре почетка парничног поступка, дотле се код нас може десити да парнични суд одлучује о грађанскоправним последицама једне радње и пре одлуке кривичног суда о тој радњи као кривичном делу.²⁵

Да бисмо ово објаснили морамо поћи од квалитета дејства кривичне пресуде на парници и то:

— када је за настанак, промену или престанак једног грађанског права или грађанскоправног односа потребна правноснажна осуђујућа кривична пресуда,

— када је, у истом случају, довољно постојање кривичног дела у правотехничком смислу, а не и осуда за то дело,

— када је за исте грађанскоправне последице довољна само радња или пропуштање одређеног лица, а неважно је да је то и кривично дело.

За случај да парнични суд одлучи да сачека одлуку кривичног суда, имали бисмо следећа решења:

У првој групи случајева очигледно се мора сачекати на одлуку кривичног суда, и таква осуђујућа пресуда обавезује парнични суд. У противном описане промене у грађанскоправним односима не би ни било.

За другу групу случајева битно је постојање кривичног дела као таквог, па према томе констатација кривичног суда да дело постоји и без осуде учиниоца, тј. и не улазећи у могуће разлоге његовог ослобођења од одговорности за извршено дело, обавезује парнични суд. Ово с тога што је питање постојања или непостојања кривичног дела у надлежности кривичног суда.

У трећем наведеном случају, нпр. код преваре или принуде при закључењу правног посла или састављању тестаментa, битна

²⁴ О овоме стари Закон о судском поступку у грађанским парницама, стр. 255 и 346.

²⁵ О овоме С. Зуглиа — цит. дело под 16, стр. 14.

је за парнични суд сама радња или пропуштање одређеног лица, а не и да је то и кривично дело, и да је учинилац за њега и осуђен. Према томе за парнични суд је и довољна констатација кривичног да овакве радње или пропуштања постоје, а даља одлука кривичног суда о делу и учиниоцу није битна за парнични суд. Или, нпр. код оштећења туђе ствари,²⁶ за одлуку парничног суда о накнади овим проузроковане штете битна је констатација да је једно лице оштетило туђу ствар свесно, тј. и да постоји узрочна веза штетникове радње и штете, а не и да је то кривично дело и да је учинилац за његово извршење одговоран, односно да му је изречена санкција.

Оваква везаност је схватљива јер, „ако кривични суд утврди осуђујућом пресудом једну чињеницу, која је једно од обележја кривичног дела, онда је незгодно да парнични суд другачије утврди ту исту чињеницу која представља њему основ за примену прописа грађанског права“.²⁷ Према томе, у погледу које не представљају обележја кривичног дела парнични суд је и овде самосталан.²⁸

а) Утицај доцније донете кривичне пресуде на пресуђену ствар

Када и парнични и кривични суд расправљају и одлучују о истом догађају најчешће у њиховим одлукама нема колизије. Понекад се, међутим, дешава и супротно, тј. да парнични суд који први расправља о једној ствари другачије утврди чињенично стање у односу на кривични суд (у доцније донетој пресуди), при чему је пресуда парничног суда постала и правноснажна. Да ли ће, и како, доцније донета пресуда деловати на парницу?

При навођењу разлога за понављање парничног поступка (чл. 421. ЗПП-а) закон каже „ако странка сазна за нове чињенице или стекне могућност да употреби нове доказе на основу којих је за странку могла бити донета повољнија одлука, да су те чињенице или докази били употребљени у ранијем поступку“. Примењено на наш случај ово значи да се доцнија пресуда кривичног суда може употребити као нови доказ и да њена употреба доводи до понављања парничног поступка под наведеним условима.

Такође, у т. 8. наведеног члана ЗПП одређује као разлог за понављање парничног поступка и ако се пресуда парничног суда „заснива на другој одлуци суда или одлуци неког другог органа, а та одлука буде правноснажно преиначена, укинута или поништена“.

Следи да у оба изнета случаја доцније донета пресуда кривичног суда везује парнични суд ако за странку омогућава по-

²⁶ М. Грубиша — Решавање прејудицијелних питања из кривичног права у грађанском парничном поступку, НЗ, стр. 219.

²⁷ М. Грубиша — цит. чланак под 26, стр. 219.

²⁸ О овоме А. Лазаревић — цит. чланак под 23, тумачењем и одредбе КЗ-а Србије из пар. 12. у коме се каже да оно што је кривичном пресудом признато као постојеће не мора бити поново доказивано у парници.

вољније решење. Разлог је, дакле, заштита интереса странке у поступку.

Даље, у т. 4, 5 и 6 наведеног члана такође се набрајају разлози понављања парничног поступка, али је овде пресуда кривичног суда на којој се темељи такво понављање донета о догађају који се десио током парнице,²⁹ а не о догађају који је био предмет расправљања у парници.

Овде и проф. Zuglia разликује случај када се поступак понавља због извршеног кривичног дела судије, странака и других лица, при чему одлуку о самом делу може донети само кривични суд. Ако је кривични поступак „обустављен из других разлога, нпр. због застаре, недостатака предлога за гоњење, неурачунљивости...“, онда по схватању овог аутора и грађански судија може утврђивати постојање таквог дела и одлучити о допуштености обнове поступка.³⁰

Решење је логична последица става да би немогућношћу употребе доцније донете пресуде странка била оштећена.

2. Утицај ослобађајуће кривичне пресуде на парнични поступак

2.1. Дејство ослобађајуће кривичне пресуде на парницу по тужби из истог догађаја

Традиционално схватање наше правне науке је да оваква пресуда не везује парнични суд јер се њоме најчешће не утврђује да оптужени није крив, већ само да нема довољно доказа за утврђење његове кривице. До истог решења долазимо и тумачењем чл. 12., ст. 3. ЗПП-а применом *Argumentum a contrario*. У француском праву исто се прихвата када је реч о одлуци поротног кривичног суда, а с тога што порота не одговара на питање зашто једно лице ослобађа. Може се само претпоставити да је то зато што његово понашање није кривично дело.

Али непостојање кривичне одговорности, како је већ поменуто не значи да се аутоматски искључује и постојање грађанскоправне одговорности, то у француском праву оцену њеног постојања врши овде парнични суд самостално. Очигледно је да овај аргумент стоји и код претходног схватања наше старије правне теорије.

Такође, ако кривични суд утврди да једно лице није одговорно за учињено дело, а не одговори на питање постојања самог дела, француска правна теорија, такође претпоставља да радња није кривично дело, па је парнични суд опет самосталан при утврђивању одговорности учиниоца за настану штету.

У случају да кривични суд у Француској утврди да кривично дело није ни нехатно учињено, с обзиром на строжа правила за утврђивање грађанске одговорности, парнични суд је такође самосталан. На сличан начин решава се и питање ослобођења оптуженог услед амнестије или застарелости кривичног гоњења и дејство такве одлуке на парнични поступак.

²⁹ В. Мишић — цит. чланак под 6, стр. 5.

³⁰ С. Зуглиа — цит. дело под 16, стр. 14.

У немачком праву начела самосталности парничног суда такође би овде морало бити примењено.³¹

За наше право познати су разлози ослобођења оптуженог у кривичном поступку, тј. да учињена радња није кривично дело, да постоје околности које искључују кривичну одговорност учиниоца или да није доказано да је оптужени учинио дело за које се оптужује (чл. 350 ЗКП-а).

У првом случају кривични суд је утврдио да нема једног од битних обележја кривичног дела, и парнични суд „се не би смео упуштати у извођење доказа о томе да та обележја ипак постоје.“³² Ако је, нпр. дело учињено у нужној одбрани онда би доказивање о супротном, или о томе да постоји прекорачење нужне одбране, значило проверавање тачности кривичне пресуде.³³

Супротно мишљење има овде цитирани аутор Мишић,³⁴ за кога оваква пресуда не може везивати парнични суд „својим чињеничним утврђивањем“, јер парнични суд није везан за „оне чињенице које представљају кривично дело и из којих не произилази кривична одговорност“ код осуђујуће пресуде, па „за те чињенице не може бити везан ни код ослобађајуће“.

Мишљења смо да треба прихватити прво изнето мишљење јер и када нема кривичног дела, тј. једног његовог битног обележја, то још увек не значи да нема и грађанскоправног деликта ни грађанске одговорности учиниоца цењене према, у грађанском праву, строжим критеријима.

У случају када је кривични суд утврдио да оптужени није одговоран за извршено дело, то још не значи и да нема грађанскоправне одговорности за штету која је настала извршењем тога дела, јер како смо већ више пута напоменули, општи субјективни услови кривичне одговорности се, по правилу не поклапају по обиму и садржини са субјективним условима грађанске одговорности. Тако, нпр., у поменутом случају нехатног извршења кривичног дела када нехат није законом предвиђен, ослобађање од одговорности пред кривичним судом не значи и аутоматско ослобађање пред парничним судом.

Очигледно је, према томе, да ослобађајућа кривична пресуда у оваквом случају није обавезујућа за парнични суд.

Али, има случајева када се основ искључења одговорности у кривичном и грађанском праву поклапају,³⁵ нпр. код неурачунљивости, када учинилац не може бити одговоран за штету проузроковану својом радњом, али исто тако није одговоран ни са аспекта кривичног законодавства.

Треба, међутим, одмах рећи да се ни у оваквим случајевима појам кривице, узрочне везе, наступеле штете и сл., не поклапа у потпуности у грађанском и кривичном праву, па парнични суд мора да утврђује „да ли је испуњен субјективни услов грађанске

³¹ Пар. 14. Уводног закона за Немачки грађански процесни законик.

³² Б. Познић — цит. чланак под 11, стр. 38.

³³ Б. Познић — исто, стр. 38.

³⁴ В. Мишић — цит. чланак под 6, стр. 2 (бр. 7).

³⁵ Б. Познић — цит. чланак под 11, стр. 38.,

одговорности који се не поклапа са одговарајућим условом кривичне одговорности, при чему он „не врши проверавање тачности кривичне пресуде, него утврђује постојање једног другог квалитета, који у кривичном спору није утврђиван“.³⁶

Тако, нпр., може се десити да неурачунљиво лице, па према томе лице неодговорно за своје поступке, надокнађује штету причињену својом радњом, по основу правичности, тј. ако има „довољно имовине из које се штета може надокнадити“, а његов старалац је „слабог имовног стања“,³⁷ уз, наравно, општи изузетак да за поступке малолетника одговара његов родитељ или старатељ.

Трећи случај је доношење ослобађајуће пресуде када није доказано да је једно лице, тужено, извршило одређено дело за које је тужено, нпр. када кривични суд утврди да крађу ствари није учинио оптужени. Доказивање и одлучивање супротно томе у парници по тужби из истог догађаја, тј. да овако насталу штету треба ипак да надокнади оптужени није допуштено. Јер кривични суд увек своју одлуку заснива на уверењу за које је „довољна и најмања мера доказа“.³⁸ Зато ово уверење, „као истина“ вреди подједнако и у случају када је, опет, донета ослобађајућа пресуда.

Према томе, и ослобађајућа пресуда кривичног суда везује парнични суд како је то овде наведено, тј. у погледу негативног утврђења одређених чињеница и то чињеница битних за кривичну пресуду. У осталом је парнични суд самосталан. И судска пракса се развија у том правцу (нпр. одл. СВС у ЗСО 1958. год., бр. 63, где се каже да када је кривични суд донео ослобађајућу пресуду, у свом имовинскоправном захтеву против учиниоца тужилац се не може позивати на рок застарелости који се односи на потраживање настало из кривичног дела).

2.2. Дејство ослобађајуће пресуде кривичног суда о кривичном делу које је за парнични поступак претходно питање

Као и у случају оваквог питања код осуђујуће кривичне пресуде, и у овом случају имамо три могућности утицаја кривичне пресуде на настанак, промену или престанак једног грађанског права или грађанскоправног односа. Ако је ова промена у правном положају неког лица условљена постојањем осуђујуће пресуде кривичног суда, решење код ослобађајуће пресуде се намеће по себи, тј. њом ће парнични суд бити везан утолико што ће одбити захтев тужиоца и ослободити туженог обавезе.³⁹

Ако је за одлуку парничног суда потребно постојање кривичног дела без осуде за то дело, сама констатација кривичног суда да је исто учињено или да није учињено обавезује суд у парничном поступку, а с већ наведеног разлога очувања ауторитета кри-

³⁶ Б. Познић — исто, стр. 38.,

³⁷ Ј. Радишић — Облигационо право, скрипта, Ниш 1975. г., стр. 357—358.

³⁸ Б. Познић — цит. чланак под 11, стр. 39.,

³⁹ М. Грубиша — цит. чланак под 26, стр. 221.,

вичне пресуде и кривичног правосуђа. Аргумент да код ослобађајуће пресуде кривични суд не одлучује о битним елементима дела, овде очигледно не стоји јер се управо ради о утврђењу постојања дела, што је претпоставка за одлуку парничног суда о његовим грађанскоправним последицама.

Пресуда кривичног суда у трећем поменутом случају „и не може се сматрати као прејудицијелна у правом смислу“.⁴⁰ Зато се и може допустити њено дејство у парници само у погледу чињеничног стања у кривичном поступку утврђеног, које без обзира да ли је за кривични суд кривично дело, за парнични суд може бити цивилни деликт.

Чињеница да учињена радња није кривично дело, или да постоје разлози за искључење одговорности учиниоца не значи, по себи, да та радња није и цивилни деликт, па ће парнични суд ово самостално утврђивати, ценећи одговорност учиниоца по правилима грађанског права. Али, за парнични суд су свакако важне све чињенице утврђене у кривичном поступку, и то пре свега доказане чињенице о којима мора водити рачуна, што га, опет, не ослобађа потребе самосталног рада на том случају.

ОвOME супротно мишљење има проф. Zuglia,⁴¹ за кога ослобађајућа кривична пресуда нема прејудицијелну важност у грађанском судском поступку, а оправдање су опет строжа правила за грађанску одговорност, тј. њено утврђење.

3. Пресуда којом се оптужба одбија и решење којим се обуставља кривични поступак

Пресуда којом се оптужба одбија доноси се из процесних разлога тј. због постојања сметњи за даљи ток кривичног поступка, та се дакле, у овом случају не одлучује о делу и учиниоцу. Разлози доношења овакве пресуде су набројани у чл. 349. ЗКП-а, као што су: стварна надлежност суда, одустанак тужиоца од оптужбе, недостатак захтева овлашћеног тужиоца за гоњење и сл. Када се одлука парничног суда о последицама цивилног деликта доноси само на основу већ донете осуђујуће кривичне пресуде о истом делу, за пресуду којом се оптужба за исти случај одбија парнични суд ће бити везан утолико што ће на основу ње тужбу у парници одбити.

Ова пресуда не решава питање постојања дела и одговорности учиниоца у случају када је за парнични суд да кривично дело, или бар радња, односно пропуштање, постоје, парнични суд пресудом којом се одбија оптужба не може бити везан, већ ће самостално утврђивати постојање или непостојање овакве радње.

Што се решења којим се кривични поступак обуставља тиче, његово доношење је регулисано чл. 270. ЗКП-а. Анализом наведених случајева видимо да суд у случајевима из става 1., 2. и 3. тј. када утврди да дело које је предмет оптужбе није кривично

⁴⁰ М. Грубиша — цит. чланак под 26, стр. 221.,

⁴¹ С. Зуглиа — цит. дело под 16, стр. 222.,

дело, да има околности које искључују кривичну одговорност учиниоца, а примена мера безбедности не долази у обзир и да нема захтева овлашћеног тужиоца, или одобрења надлежног органа, што је по закону потребно, или да постоје околности које по закону искључују гоњење, доноси мериторну одлуку о делу и учиниоцу, тј. његовој одговорности, па оваква одлука мора везивати парнични суд.⁴²

Што се става 3. овог члана тиче, ту кривични суд није у прилици да донесе мериторну одлуку о делу и учиниоцу, па парнични суд и није везан оваквом одлуком, већ само, евентуално, узима у обзир чињенично стање у кривичном поступку утврђено, а то овде значи доказано.⁴³

Душица ПАЛАЧКОВИЋ

⁴² Р. Петровић — цит. чланак под 10, стр. 30 (бр. 6),

⁴³ М. Грубиша — цит. чланак под 26, стр. 223.,

SPECIAL QUESTIONS OF INFLUENCE OF CRIMINAL SENTENCE ON LITIGATION PROCEEDINGS

— Summary —

The paper pointed to possible and accepted solutions of the problem of influence of criminal sentence to litigation, with a short review of solutions accepted in other legal systems and a broader one of solutions accepted in Yugoslavia, in the Law on Litigation Proceedings, in legal science and in courts' practice in some cases.

In Yugoslavia a transitional system is accepted, the one which is compound of the system of binding and unbinding of the litigation court by criminal sentence. This stems from the solutions offered by Law on Litigation proceedings. This Law obliges litigation court to accept and apply criminal sentences as far as decisions on the act and perpetrator are concerned. The mixed system stems from the accepted solutions for acquittance, for which as well, the majority of lawyers accept binding of litigation court and this kind of sentence in the said cases and in the said way.

It is obvious that unity of our administration of justice requires binding of the litigation court for the criminal sentence in the said limits. The limits here represent facts essential for passing criminal sentence and those that are not. In the first case, if they are essential for passing criminal sentence, and further more they are important for the decision in the litigation proceedings, the litigation court is bound by these decisions of criminal court, while in the other case, if the facts which are concerned are not essential for passing criminal sentence but they are important for litigation court's decision, this court will establish them independently, but the court cannot be denied the right to take into account the results of criminal proceedings, i.e. criminal documents.

The paper points out as well that if new proofs arise, which cause justified suspicion in the truth of criminal court's decisions which are before litigation court while the litigation is in proces, then the litigation court will *instruct* the party to re-institute the criminal proceedings, but if there are no conditions for this, the court will *instruct* the party to approach the organ authorized to claim the protection of lawfulness. Finally, if the application of this is not possible either, *the litigation court will be allowed to derive the proofs* (italios by D.F.) and establish the facts for criminal sentence.

Common interests in the community like ours and in the scope of this the interests of administration of justice as well are realized through the principles of judicial system and rules for the work of courts and proceedings before them, while in the united judicial system, like ours, all this points to the application of the rule on mixed system in the solution of the set problem.

ПОЗИТИВНО-ПРАВНИ ПОЈАМ УПРАВЕ У СФРЈ

Израз „управа“ спада у ону групу термина који, како у свакодневном говору, тако и у стручној литератури, имају различито значење. Не упуштајући се у утврђивање свих значења овога израза, чини нам се оправданим да се нешто детаљније позабавимо одређивањем тзв. позитивно-правног значења термина „управа“ у нашем праву. Ово, не само из разлога што појам „права“ представља основни појам на коме се базира целокупно управно право и наука управног права, него и због тога што од прецизирања његовог значења зависи и одређивање низа других изведених појмова који имају значај и за друге гране права и правне дисциплине.

У материји управног права јавља се низ проблема чија су решења тесно везана за утврђивање значења термина „управа“. Тако, одређивање појма и садржине управног права непосредно зависи од одговора на питање шта је управа. Са друге стране, у многим прописима (уставним, законским и другим) често се употребљавају, како реч „управа“ (сама или у вези са још неким додатним изразима — „органи управе“, „државна управа“ и сл.) тако и термини више или мање изведени из назива „управа“ („управни акт“, „управне радње“, „управна ствар“ и сл.). Чињеница је међутим да позитивно-правни текстови не пружају увек довољно елемената за прецизирање тачног значења оваквих термина, као и да се, поједини-иначе познати изрази, компликују чим на неки начин дођу у додир са речи „управа“. Несумњиво, ово је непосредна последица нејасног значења овог основног израза.

Услед наведених недостатака позитивно-правних прописа, одређивање значења свих ових појмова препуштено је судској пракси и правној теорији. Но, наша судска пракса није до сада показала неко веће интересовање за решавање овога проблема па је скоро целокупан задатак преузела доктрина. Тежећи адекватним решењима, ни наша правна теорија није могла избећи традиционалне дилеме везане за тзв. „организациони“ и тзв.

„функционални“ појам управе. Код „организационог“ појма управе код нас, нарочито у новије време, тешкоће се појављују онда кад треба одредити карактер „самоуправних организација и заједница којима је поверено вршење јавних овлашћења“ (могу ли ове организације и заједнице бити придружене „органима управе“). Ако се при томе има у виду и чињеница да се неретко поставља и питање да ли „извршна већа“ треба убројати у органе управе или не, лако се може сагледати сложеност постојеће ситуације. У вези са „функционалним“ појмом управе, дуго времена водиле су се и код нас дискусије у класичним оквирима (одређивање специфичне садржине оне делатности државе која је названа „управном функцијом“ на основу „формалних“ односно „материјалних“ елемената). Чини се, да је код већине наших писаца преовлађивала склоност ка прихватању формалног приступа па се као „управна функција“ сматрао скуп активности органа управе, уколико оне не спадају у састав неке друге делатности тих органа. Показало се међутим, да је већина аутора ипак схватила да се као „управна функција“ не могу сматрати све активности органа управе, па је стога, често долазило до мање или веће неодређености по питању шта спада, а шта не спада у ту функцију.

У новије доба, постојећи проблем постао је још компликованији јер извесни позитивно-правни текстови почињу да употребљавају термине који су раније били коришћени искључиво у теорији. Ово је посебно случај са изразима „функције управе“ и „функција управе“ из Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе из 1979. год. и одговарајућих републичких закона о управи. Употреба ових појмова створила је тешкоће око одређивања њиховог тачног значења. На основу елемената које су пружали ови прописи могло се закључити да је овај термин не само шири од појма управне функције у „материјалном“ смислу (како је то у теорији схваћено) већ и од појма управне функције у „формалном“ смислу; није ли то значило да се ради о „новом“ позитивно-правном појму „функције управе“ или „функција управе“ односно „управне функције“? Тако се поставило питање да ли је „функција управе“ исто што и „управна функција“ или је реч о неком посебном појму? Већина наших аутора изгледа да је прихватила ове термине као синонине.

Сложеност ситуације још више се отежава истицањем „јединствености“ функције управе у нас, тј. тврђењем да је „функција управе јединствена“, а без објашњења у чему се она изражава. То је послужило, претежном делу наших аутора, као основ за ставове које су заузели у прилог схватања да је нашим позитивно-правним текстовима решено питање садржине управе као функције која се своди на укупност активности којима органи управе код нас остварују задатке и послове који су им поверени.

Сумње које остају након детаљне анализе преовлађујућег дела наше стручне литературе, у којој се излаже и објашњава наш тзв. „позитивно-правни појам“ управе као „материјални“ појам управне функције, намећу потребу поновног разматрања пози-

тивно-правних текстова да би се проверило какав је стварно наш „позитивно-правни“ појам управе? Требало би утврдити да ли наши позитивно-правни прописи одређују елементе „функције управе“ као једне јединствене целине, дакле „управне функције“, или из тих текстова произилазе елементи низа различитих делатности који се некада означавају као „функције управе“, а некада збирно као „функција управе“. Већина наших писаца оперише са позитивно-правним изразом „функција управе“, а он није идентичан са појмом „управна функција“. Тек јасно разграничење и одвајање ових појмова омогућава откривање нашег позитивно-правног појма управне функције у „материјалном“ смислу, који по нашем мишљењу нема ону садржину коју означавају позитивно-правни термини „функције управе“ или пак „функција управе“.

Обично се сматра да се до позитивно-правног појма управе долази анализом позитивно-правних текстова у којима је „прецизирана“ садржина тог појма. То би даље значило, да се проучавањем одговарајућих прописа (пре свега уставних и законских текстова) открива позитивно-правни појам управе у СФРЈ. Утврђивање позитивно-правног појма управе у СФРЈ, на такав начин и како га је преовлађујући део наше стручне литературе одређивао, имало је свој развојни пут.

Већина наших писаца почиње да се бави утврђивањем овога појма ослоном на текстове по доношењу Закона о државној управи и Закона о савезним органима управе, оба из 1956. године. Чињеница да је Закон о државној управи представљао први покушај прецизнијег одређивања могућих послова и задатака органа управе, омогућила је не малом броју наших теоретичара да позитивно-правни појам управе одреди ослањајући се готово искључиво на чл. 2. наведеног закона у коме су ти послови и задаци били набројани. Тиме је наговештен тзв. „позитивно-правни појам управе у СФРЈ“, који не само да је сведен на оно што могу радити органи управе код нас већ је био и означен као „материјални“ појам управне функције. Сходно томе, садржину управне функције у „материјалном“ смислу чинило је: 1. непосредно извршавање закона, друштвених планова и других прописа и аката на основу закона; 2. старање о њиховом извршењу; 3. организовање управне и друге стручне службе; 4. вршење стручних послова за представничка тела и њихове извршне органе и 5. уређивање одређених односа у предвиђеним случајевима.¹ Овако одређен „позитивно-правни појам управе“ (управна функција у материјалном смислу), по схватању већине наших писаца, решавао је сва спорна питања која се у теорији јављају у вези са одређивањем садржине управне функције у „материјалном“ смислу, а који трају још од времена Монтескијеа.

Једном већ трасирани пут за утврђивање позитивно-правног појма управе у нашем праву остао је неизмењен и после доношења Устава СФРЈ из 1963. год., као и републичких и покрајинских устава. Владајуће схватање о „материјалном“ појму управне

¹ Видети Закон о државној управи, коментар М. Вучковић, Београд, 1956. год. стр. 40—41.

функције проширено је и употпуњено у оној мери у којој је то било нужно, у оном обиму у коме је круг послова и задатака органа управе у новим уставним текстовима био измењен и прецизније одређен. Основ за утврђивање „позитивно-правног појма управе“ постали су чл. 80. Устава СФРЈ из 1963. године и одговарајући текстови републичких и покрајинских устава чл. 54., чл. 128., чл. 221. Устава СР Србије; чл. 93. Статута АП Војводине. . .). Тако се управна функција у „материјалном“ смислу свела на „извршавање закона, друштвених планова и других аката скупштине, спровођење утврђен политике, праћење стања у одређеној области, организовање и вршење одређене службе, решавање у управним стварима, вршење управног надзора и других управних делатности, припремање аката и вршење других стручних послова за потребе скупштина и њихових политичко-извршних органа“ Већина наших аутора који су дотicali ово питање, чинило се да овако добијени позитивно-правни појам управе отклања потребу било каквих даљих или друкчијих анализа. Наша теорија није обратила пажњу на то да уставни текстови уствари не одређују управну функцију у „материјалном“ смислу, већ дефинишу улогу органа управе у нас. Мешање ових момената довешће доцније до погрешних формулација и у законским прописима, и до разлика према концепцији прихваћеној у Уставу СФРЈ од 1974. год.²

Доношење Устава СФРЈ из 1974. год., као и републичких и покрајинских устава, није довело до битних промена у начину одређивања позитивно-правног појма управе у нашој стручној литератури. Следећи ранију праксу, већина наших писаца и даље је одређивала позитивно-правни појам управе полазећи од уставних и законских текстова који су прецизирали послове и задатке органа управе на данашњем ступњу развитка наше социјалистичке самоуправне заједнице. Измене опште улоге органа управе (послови и задаци органа управе) које су биле изражене у чл. 149. новог савезног устава (извесни послови као нпр. праћење и спровођење извршавања друштвених планова престали су бити изричити послови органа управе а наместо њих појављују се неки нови послови као нпр. одговорност за стање у областима за које су образовани) захтевале су и одговарајуће прилагођавање „дефиниција“ управне функције али се тим прилагођавањем ништа битно није изменило. Између круга послова и задатака органа управе (општа улога органа управе) одређеног не само у уставним текстовима (чл. 149. Устава СФРЈ из 1974. год., чл. 169. Устава СР Србије из 1974. год., чл. 221. Устава СР Хрватске из 1974. год., чл. 154. Устава СР Босне и Херцеговине из 1974. год. . .) већ и новијим законским текстовима (чл. 26. Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе, чл. 17. Закона о управи СР Хрватске из 1978. год., чл. 26. Закона о државној управи СР Србије из 1980. год.) и садржине позитивно-правног појма управе у СФРЈ, поновно је стављен знак једнакости. Највећем броју наших аутора за одређивање са-

² Упоредити чл. 149. Устава СФРЈ из 1974. год. са чл. 10., чл. 26. и чл. 173. Закона о основама система државне управе од 1978. год.

држине управне функције у „материјалном“ смислу (позитивно-правни појам управе у СФРЈ) било је довољно позвати се на „изричит“ уставни или законски текст који би одређивао задатке и послове органа управе, и све њих „без изузетка“ укључити у управну функцију! Тиме је по ко зна који пут тзв. „позитивно-правни појам управе у СФРЈ“ био сведен на оно што раде органи управе, то јест на „спровођење утврђене политике и извршавање закона, прописа и других општих аката скупштина и извршних већа, спровођење смерница скупштине, одговорност за стање у областима за које су основани, праћење стања у одређеним областима, давање иницијативе за решавање питања у тим областима, решавање у управним стварима, спровођење управног надзора и обављање других стручних послова за скупштину друштвено-политичке заједнице и извршно веће“.³

Међутим, мада се између „листе“ послова и задатака органа управе утврђене у чл. 26. Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе и круга послова и задатака органа управе прецизираног у чл. 149. Устава СФРЈ не може уочити разлика, нужно је подвући извесне карактеристичне несагласности које између ових текстова ипак постоје. Наиме, док Устав СФРЈ из 1974. год., не спомиње „функцију управе“ или „функције управе“, дотле се у тексту наведеног савезног закона ови термини обилато користе. Тако се, у чл. 1. Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе каже: „Ради остваривања функција државне управе...“, а у чл. 2. истог закона: „Функције државне управе врше...“. Да је законодавац ипак све послове и задатке органа управе схватио као „функције“ органа управе а не као „управну функцију“ (чини се да ово није уочавала већина наших теоретичара) сведочи и наслов члана 26. наведеног савезног закона који гласи „Функције органа управе“.

На основу свега што је до сада речено, произилази да је наша доктрина извела „неспоран“ закључак да је у датим позитивно-правним прописима углавном одређена садржина појма „функција управе“. Под „функцијом управе“, а у складу са „изричним“ текстовима нашег позитивног права, могла се разумети само укупност свих задатака и послова органа управе, и субјеката који су са њима изједначени. Но, чини се да анализа закључака о томе шта стварно произилази из уставних и законских текстова који одређују садржину „функције управе“ указује на постојање прилично дуге „листе отворених питања“.

У том смислу најпре се да приметити да важећи позитивно-правни текстови нису прецизирали неке задатке органа управе, због чега без одговора остају бројна класична питања из ове материје. Ово се првенствено односи на активност доношења општих правних аката. Наиме, као „отворено питање“ јавља се проблем да ли доношење прописа за извршење закона спада у „функцију управе“ или не? Ослањајући се на текст чл. 26. Закона о основама

³ Видети чл. 149. Устава СФРЈ из 1974. год. и одговарајуће чланове републичких и покрајинских устава из 1974. год.

система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе, у коме се „извршавање закона и политике“ означава као задатак органа управе, могао би се извести потврдан одговор. У најмању руку је необично да се законодавац не изјашњава изречно о једном овако крупном задатку органа управе кад је већ сматрао да треба да изречно наведе друге мање значајне послове тих органа. Овако остаје да се доношење прописа уврсти под „разно“, тј. да се сматра да је обухваћено у завршном ставу односних прописа који спомињу „и друге послове“ који буду поверени овим органима!?

Непрецизност истакнутих уставних и законских текстова ствара дилеме и онда када треба дати одговор на питање да ли закључивање правних послова (аката пословања) може бити укључено у састав „функције управе“? Надаље, обухвата ли „функција управе“ и „материјалне радње“ непосредног вршења услуга грађанима или не? Ако се има у виду да органи управе доиста закључују уговоре, доносе опште правне акте и врше наведене „материјалне радње“, и да се у складу са позитивно-правним прописима термин „функција управе“ једино може схватити као укупност свих задатака и послова органа управе, може се закључити да ове активности спадају у „функцију управе“. То међутим никако не значи да оне могу бити укључене и у садржину „управне функције у материјалном смислу о чему ће доцније бити нешто више речено.

Али, овим проблемима „листа отворених питања“ није закључена. Чини се да сада важећи позитивно-правни текстови нису окончали „набрајање“ свих послова и задатака органа управе, па би се могло рећи да је круг укупних послова и задатака органа управе остао недовршен. Ово нарочито ако се погледа чл. 149. Устава СФРЈ из 1974. године или чл. 26. Закона о државној управи СР Србије од 1980. године, који у задатке органа управе убрајају и „друге управне послове“, као и „друге стручне послове за скупштине и извршне органе“. Са друге стране, наведени текстови не само да не пружају довољно „елемената“ који би послужили као критеријум за попуњавање „листе“ послова и задатака органа управе већ се на основу њих не могу прецизно ни утврдити неки видљиви позитивно-правни „елементи“ јединства свих ових задатака и послова, услед чега се они у својој укупности час означавају као „функције управе“, час као „функција управе“?!

Но, изгледа да доминантан део наше теорије није уложио довољно напора у правцу утврђивања и објашњавања тачног смисла термина које законодавац употребљава. Другачије речено, основано се можемо питати да ли већина наших аутора уопште разликује израз „функција управе“, од које полази законодавац, од појма „управне функције“ са којом се оперише у теорији? Анализа схватања која су се до сада о овом питању код нас искристалисала показују да, мада поједини писци оклевају да у „управну функцију“ укључе извесне послове органа управе, они ипак нису покушали да изведу на чисто да ли је „функција управе“ исто што и „управна функција“. Чини се да је далеко лакше било прихватити ове термине као синониме и доследно томе закључити да

„позитивно-правни појам управе у СФРЈ“, као „материјални појам управне функције“, обухвата све послове и задатке органа управе и других са њима изједначених субјеката, који су важећим прописима означени као „елементи“ садржине појма „функција управе“.

Овакве ставове, преовлађујућег дела наше данашње доктрине, о овом питању изражавају како гледишта проф. Јована Ђорђевића, професора Николе Стјепановића и проф. Славољуба Поповића, тако и уверења састављача „стручног објашњења“ уз Устав СФРЈ из 1974. године и коментатора Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе из 1979. године.⁴

У целини узета тзв. „уставна концепција управе“ коју износи проф. Јован Ђорђевић представља једну варијанту онога схватања које је прихваћено и проширено у нашој правној теорији. Не упуштајући се у детаљно излагање ставова овога писца, и ограничавајући се само на приказ (у кратким цртама) владајућег гледишта о овом питању у нашој стручној литератури, морамо се запитати зашто је проф. Ђорђевић, истичући претходно „да управа није она делатност државе коју врше органи управе“, ту и тако првобитно одређену управу одредио као „више или мање усклађени спој између службе и администрирања стварима са једне стране и овлашћења власти, односно могућности утицаја па чак и вршења принуде у односу на слободе и права човека, њихове интересе и потребе са друге стране“.⁵ Чини се, да овај аутор не придаје значај питању да ли је оно што он означава као „функција управе“ или „управна функција“ нека целина, и у чему се изражава јединство елемената који ту целину сачињавају? Чиме се остварује „усклађени спој између службе и администрирања стварима са једне стране и овлашћења власти, односно могућности утицаја па чак и вршења принуде у односу на слободе и права човека, њихове интересе и потребе са друге стране“, професор Ђорђевић не објашњава. Како у нашем правном систему треба да постоји неки елеменат (нпр. јединствен правни режим) који би обезбеђивао „спој“ службе и власти о коме проф. Ђорђевић говори, и како овај аутор не наводи који би то елеменат могао бити, остаје да се закључи да је то чињеница што се истакнути „спој“ службе и власти изражава у вршиоцима — код органа управе као једне одређене врсте државних органа. Тако се да утврдити да иако је пошао од тога да „управна функција“ није све оно што раде органи управе, професор Ђорђевић је завршио своје излагање о „управној функцији“, свдећи садржину те функције на оно што ти органи раде.

Ваљало би приметити да је за разлику од наведеног схватања професора Ђорђевића које је доста неодређено (често се поставља питање да ли овај писац говори о „органима управе“ или њиховој функцији“, као и да ли има у виду једну или више различитих

⁴ Старија схватања о теоријском појму управе видети др Иво Борковић, „Појам управе у теорији и законодавству“, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. XII, 1975. год., стр. 53—71.

⁵ Видети др Јован Ђорђевић, Уставно право, Београд, 1976. год., стр. 598—609.

„функција“ ових органа) раније гледиште овога аутора далеко јасније, а оно је у основи исто као и данас. Наиме, објашњавајући суштину члана 2. Закона о државној управи из 1956. године професор Ђорђевић је истицао да је у њему „прецизирана материјална садржина управне функције“.⁶ Из овога става јасно произилази да и овај писац „управну функцију у материјалном смислу“ своди на „оно што раде органи управе“, а што је наведени позитивно-правни пропис и одређивао.

Састављачи „стручног објашњења“ уз Устав СФРЈ из 1974. године објављеног у редакцији др М. Зечевића — 1975. године тумачећи чл. 149. Устава СФРЈ одређују „управну функцију“ као „једну димензију политичке власти“ која се „искључиво или претежно изражава као извршавање закона, одлука и других аката и политике скупштина друштвено-политичких заједница“. Не улазећи у разматрање нужности употребе једног недефинисаног, али веома често коришћеног термина као што је израз „димензија“, остаје нејасно зашто су састављачи „стручног коментара“, заузевши став да је „управна функција“ једна „димензија политичке власти“, укључили у ту функцију све што је наведено у чл. 149. Устава СФРЈ из 1974. године кад није тешко утврдити да се велики број послова и задатака органа управе набројаних у наведеном члану не остварује инструментима власти? Но, без обзира на ту очигледну противречност и нужност претходне анализе која би издвојила оно што се остварује „путем власти“ од оног што се постиже без тога, поново долазимо до истих резултата; „управна функција“ свела се на, у уставу и другим одговарајућим прописима утврђену, улогу органа управе. Чак ни чињеница да су коментатори уз цитирани члан савезног устава из 1974. године навели да је њиме „указано на улогу органа управе у нашем социјалистичком систему и да та одредба ... пружа основу за регулисање ових и других делатности управе“, није била довољна за извођење закључка о нужној разлици која постоји између „функције управе“ и „управне функције“. Тиме се, још једном прешло преко могућности утврђивања правог значења једног појма изведеног из позитивно-правних прописа који се на њега односе.⁷

Полазећи од чл. 149. Устава СФРЈ из 1974. године, неки наши писци формулишу „позитивно-правни појам управне функције“ уносећи у њега све што је било наведено у поменутој уставној одредби. Тако, проф. Никола Стјепановић у најновијем издању свог уџбеника одређујући „елементе“ позитивно-правног појма управе, констатује да се он своди на: „непосредно извршавање и примену закона и других прописа, спровођење утврђене политике и извршавање закона, других прописа и општих аката, одговорност за стање у одређеним областима, праћење стања и покретање иницијативе и припремање прописа и других општих аката и вршење других стручних послова за скупштине и њихове извршне органе“.

⁶ Видети од истог аутора предговор уз текст Закона о државној управи, Београд, „Савремена администрација, 1956. год., стр. 12.

⁷ Видети Устав СФРЈ од 1974. год., Стручно објашњење, Београд. Привредни преглед.

Упоређивањем ових „елемената“ позитивно-правног појма управе у СФРЈ, како га је одредио овај аутор, са истакнутим позитивно-правним текстовима, показује који су пут наши писци користили за одређивање „материјалног“ појма управне функције.⁸

Мада је доста тешко прецизно одредити стварно схватање проф. Поповића, јер он спада у оне ретке ауторе који истовремено оперишу са неколико различитих појмова управе (јавна управа, државна управа, друштвена управа), чини се правданим његово сврставање у ону групу наших писаца који појам „управне функције“ одређују ослањајући се на формалне елементе, без обзира на то што он себе убраја у присталице „материјалног“ појма управне функције. Да је овакво сврставање гледишта проф. Поповића исправно, потврђује детаљна анализа његовог појма „државна управа“. Ово не значи да се до истог закључка није могло доћи исцрпним проучавањем осталих појмова којим овај аутор оперише (јавна управа, друштвена управа), али се то у овом случају показује сувишним, нарочито ако се има у виду да је појам „државна управа“ централни појам у његовом „Управном праву“. Независно од чињенице што се он за разлику од већине наших аутора, изрично не позива на уставне и законске текстове у којима се утврђују послови и задатци органа управе, листа послова коју он одређује као садржину „државне управе“ у функционалном смислу незнатно се разликује од листе послова који чине садржину „управне функције“ у материјалном смислу по схватањима већине писаца који се изрично позивају на наведене позитивно-правне текстове. Стога се и схватање проф. Поповића може убројати у оне концепције наших аутора о појму управе које имају формални карактер.⁹

Можда је најприродније и најцелисходније овај сумарни преглед схватања о садржини „управне функције“, која владају у нашој стручној литератури, окончати нешто детаљнијим приказом гледишта коментатора Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе из 1979. године.

Већ је раније било истакнуто да се, за разлику од текста новог савезног устава, у Закону о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе из 1979. године често користе термини „функција управе“ и „функције управе“. Тако се у члану 1. цитираног закона каже: „Ради остваривања функција државне управе ...“ а у чл. 2. истог закона: „Функције државне управе врше, у оквиру права и дужности друштвено-политичке заједнице, колегијални извршни органи скупштине друштвено-политичке заједнице и органи управе друштвено-политичке заједнице”.¹⁰ Коментатори овог закона, објашњавајући

⁸ Видети др Никола Стјепановић, Управно право, Бг., 1976. стр. 35—41.

⁹ Видети др Славољуб Поповић, Управно право, Бг., 1979. год., стр. 18—51.

¹⁰ Већина наших писаца, који су се бавили питањем појма управе, полази од оних уставних и законских текстова који набрајају активности (или „функције“) органа управе, тј. од чл. 149. Устава СФРЈ и чл. 26. Закона о основама система државне управе ... Из тога произилази да се главни ослонац код извођења закључака да те активности у својој укупности чине оно што треба означити као „функцију управе“, ваља видети у

текст чл. 26. у коме су набројани послови и задаци органа управе, истичу да не би требало правити разлике у значају између тзв. „управних послова“ као послова карактеристичних за органе управе и осталих послова као „функција“ органа управе у другом плану. Надаље, они констатују да се све ове „функције“ (групе послова) органа управе представљају „елементе јединствене функције“ ових органа.¹¹ Чини се да редактори овога текста занемарују чињеницу да се никада све активности органа управе нису могле третирати као нека „јединствена функција управе“. Наиме, ако се укупност активности органа управе и других са њима изједначених субјеката којима они остварују поверене им задатке и

чињеници да их обављају вршиоци који се називају „органи управе“. Тиме је изрично или прећутно прихваћено да се појам „функције управе“ (или „функције управе“) одређује према формалном елементу, тј. према обележјима вршилаца.

Међутим, чињеница је да је Закон о основама система државне управе ... омогућено и „шире“ одређивање „позитивно-правног појма“ појаве која се у нашим прописима означава као „функција управе“. Тако у чл. 2. цитираног закона стоји да „функције државне управе“ врше „извршни органи скупштина друштвено-политичких заједница и органи управе друштвено-политичких заједница“, а да одређене послове државне управе „врше и други државни органи“. На овај начин листа активности које би улазиле у састав „функција државне управе“ проширена је активностима (свим или само неким) којима извршни органи скупштина друштвено-политичких заједница остварују „своје одговорности“ а које су наведене у чл. 19—23 цит. закона. Овим је представа о појму „функције управе“ постала још неодређенија и нејаснија. Ако својство вршиоца није више основни критеријум за одређивање појма управе, пошто се код нас као „основни вршиоци „функција државне управе“ сада појављују не само органи управе него и извршни органи, онда би то био знак да је напуштено одређивање овог појма према формалном елементу који се иначе у свим, више мање, правним системима узима као одлучујући. Ако би законско набрајање активности које у својој укупности треба да чине целину која се означава као „функција управе“, онда би та листа морала бити лимитативног карактера, односно морала би наговештавати неке елементе јединства или сродности међу обухваћеним активностима на основу чега би се могло оцењивати које би још делатности могле да буду укључене у састав такозване „јединствене“ функције управе. Ово не само да није учињено него је одсуство било каквог правно-релевантног јединства међу обухваћеним активностима само још јаче подвучено. Поготово је искључена свака могућност тражења јединства правног режима коме би било подвргнуто вршење онога што би требало да чини „функцију управе“ у нашем политичком систему. Оно што се може само нагађати била је вероватно тежња да се тзв. „функција управе“, односно укупност „функција државне управе“ одреди према моделу тзв. „егzekутиве“ и то обједињавањем њених основних делова који су се већ одавно у политичкој пракси издвојили и осамосталили. Ту имамо у виду поделу „егzekутиве“ на „функцију владе“ и „административну функцију“, а чему је код нас одговарало разликовање тзв. „политичко-извршне“ функције од „управне функције“. Међутим, начин како је то учињено није решио ни једно од спорних питања која су се у вези са овим проблемом постављали како у теорији, тако и у пракси функционисања система власти у многим земљама. Чини се да законска енумерација активности које се проглашавају „функцијама државне управе“, а која се не ослања и на одговарајуће правне и друге елементе њиховог унутрашњег јединства, није пут који може да реши питање о коме је овде реч.

¹¹ Видети Закон о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе, Коментар закона др Рафаел Цијан и Владимир Лембергер, Београд, „Службени лист СФРЈ“, стр. 29—30.

послове означи као „јединствена функција управе“, онда се неминуовно јавља питање о чему се огледа јединство унутар тих активности? Несигурни у погледу јединствености, с обзиром да текст наведеног савезног закона не презентира видљиве позитивно-правне елементе јединства свих задатака и послова органа управе, коментатори закона користе час једнину, час множину кад употребљавају термин „функција“.

* * *

Након свега што је до сада речено намеће се питање: какав је наш позитивно-правни појам управе? Дати адекватан одговор значи претходно јасно разграничити и одвојити појмове „функција управе“ и „управна функција“, што већина наших аутора није учинила. Важећи позитивно-правни текстови одређују елементе низа различитих делатности који се једном означавају као „функција управе“, а други пут као „функције управе“. Они не представљају, пре свега, елементе „управне функције“ као једне јединствене делатности. Чињеница је, на другом месту, да доминантан део наше доктрине оперише са оним што се у нашим прописима назива „функција управе“, и да то означава као „управну функцију у материјалном смислу“, иако ови изрази нису идентични. То показује да је у потпуности занемарен проблем реалног јединства унутар активности којима органи управе остварују своје задатке.

Пре но што се објасни право значење појма „функција управе“, и тиме подвуче разлика између овог термина и израза „управна функција“, треба посебно издвојити и рељефније осветлити проблем „јединства“ међу активностима које се убрајају у „функцију управе“.

О овом „јединству“ много се говори у политичким документима. Изгледа да су наши писци тај елеменат прихватили без већег удубљивања, па су на основу тога закључили да се то „јединство“ може признати без проверавања његовог основа. Ту и леже корени изједначавања „функције управе“ са „управном функцијом“. Констатујући да између ових појмова нема разлике, већина наших теоретичара није се бавила ни доказивањем постојања, ни анализом проблема јединства. Међутим, тек анализом овога проблема може се утврдити шта је прави смисао „јединствене функције управе“.

У првом реду, употреба термина „функција“ у једнини подразумева извесно јединство. Наиме, кад једну појаву означимо као „једну функцију“, онда та појава мора представљати неку целину, онда оно што чини ту појаву мора изражавати неко јединство. Та појава не може бити целина добијена обичним, „механичким“ збрајањем саставних елемената; елементи појаве означене као „једна функција“ морају имати нешто заједничко. У складу са тим, кад нешто означимо као „јединствену функцију управе“, онда оно што смо означили као садржину те „функције“ мора изражавати минимум заједничких елемената. Ако се већ, уставним и законским текстовима одређен, круг послова и задатака органа управе третира као „функција управе“, шта је онда основ хомогености

овако добијене целине? Шта је заједничко многобројним пословима и задацима органа управе, шта је то што се појављује код сваког од њих и на основу кога они у својој укупности чине „јединствену функцију управе“?

Јединство различитих елемената, пре свега, може произићи из њихове унутрашње садржине. То значи да би анализом „техничко-технолошке“ садржине свих активности којима органи управе остварују своје задатке и послове требало открити елементе овога јединства. Такве анализе код нас нису вршене, нити су послужиле као основ груписања задатака и послова проглашених за „функцију управе“.

Јединство елемената може бити засновано на неким правним елементима. У том случају, оно се изражава у томе што су сви елементи третирани са правног становишта на исти начин: вршење свих активности регулисано је нормама које чине јединствен правни режим. Анализа правних прописа којима се у нашем праву регулише остваривање свих послова и задатака који су поверени органима управе показује да њихово вршење није подвргнуто једном јединственом правном режиму. Овај елемент јединства очевидно није заступљен унутар активности којима органи управе остварују све своје задатке како су они одређени у позитивно-правним прописима.

Остаје да се закључи да кад се говори о јединству „функције управе“ код нас, онда није у питању, нити садржинско јединство, нити јединство правног режима; ради се о нечем трећем. Доиста, једини начин да се објасни јединство „функције управе“ у нашем правном систему, а да се при томе не дође у директну противречност ни са садржинским, ни са правним елементима, јесте да се том појму да значење „истоветности“ садржине задатака и послова свих органа управе на свим нивоима друштвено-политичких заједница. Истицање „јединства“ целине задатака и послова органа управе треба да подвуче да у нашем систему како савезни, тако и републички, покрајински и општински органи управе обављају у основи „јединствене задатке и послове“, дакле, задатке истог карактера. Према томе, „функција управе“ је „јединствена“ у том смислу што се код свих органа управе, свих друштвено-политичких заједница појављују „јединствени“, то јест, исти задаци и послови. Само се тако може објаснити да упркос свих разлика међу овим задацима и пословима постоји неко „јединство“ али сасвим друге врсте од онога које имају у виду наши правни писци који одређују јединственост „управне функције“ код нас. Овако схваћено јединство „функције управе“, са једне стране очевидно показује да је реч о једној сасвим другачијој појави од оне која се има у виду кад се говори о јединству „управне функције“, док са друге стране оно нема никаквог значаја код решавања класичног проблема појма управе као и других појмова који су из њега изведени.

Како правно релевантни елементи јединствености „функције управе“ нису видљиви и не могу се извести из позитивно-правних текстова, произилази да се под „функцијом управе“ може разумети искључиво скуп свих задатака и послова поверених органима

управе и другима са њима изједначеним субјектима. Тај и тако одређен позитивно-правни — формални — појам нема веће вредности. Посебно се из њега не могу извести ни елементи за објашњење других појмова управе (управни посао, управна ствар итд.). Према томе, проблем се враћа на терен утврђивања садржине „управне функције“.

Већина наших писаца, изгледа да се није бавила оваквим питањима и анализама који би давале одговоре на њих. Као усамљено, у нашој правној теорији јавља се мишљење проф. Павла Димитријевића према коме „функција управе“ и „управна функција“ нису истоветне појаве, и да као одређујући елеменат за појам „управне функције“ треба користити јединствен правни режим коме су подвргнуте све активности које улазе у њен састав.¹² Овакво посматрање проблема управе није се јављало у нашој литератури. Тешкоће на које би се неминовно наишло, ако би се овакве анализе вршиле, оправдале би се резултатима до којих би се дошло, а који би са своје стране знатно допринели отклањању низа проблема и недоследности везаних баш за овај основни појам управног права.

Након овог кратког прегледа различитих схватања о позитивно-правном појму управе, или „управне функције“, могло би се закључити да доминантан део наше теорије није уочио разлику која постоји између „функције управе“ и „управне функције“; супротно томе, између ових термина стављен је знак једнакости. Као последица тога, позитивно-правни појам управе у СФРЈ био је сведен на укупност послова и задатака органа управе и других са њима изједначених субјеката. Овако добијени позитивно-правни појам управе у СФРЈ сматран је за „материјални“ појам управне функције.

Већина наших аутора не улази у то да ли се сви послови органа управе могу третирали као једна целина (једна функција) и на основу чега? Јер, како би се иначе могло догодити да у једну целину означену као „материјални“ појам управне функције буду укључени на пример „вршење управног надзора“ и „одговорност за стање у одређеним областима“. Да би сви задаци и послови органа управе чинили „управну функцију“ као једну непротивречну целину, они морају показивати минимум заједништва. Заједнички „елемент“ мора постојати, али који је то елемент? Шта је то што се појављује као заједничко „решавању у управним стварима“ и „припремању прописа и вршењу осталих стручних послова за потребе скупштине и извршног већа“? Највећи део наше доктрине задовољава се чињеницом да су сви ови послови и задаци „изричитим“ уставним или законским текстом били одређени као послови органа управе, а нису се трудили да осветле у чему је основ њихове хомогености (на основу чега они чине јединствену управну функцију у „материјалном“ смислу), као и да ли је тај „елемент“ неко њихово „правно“ јединство, неко унутрашње „технолошко“ јединство или је то само заједнички „вршилац“, итд. Изгледа

¹² Видети др Павле Димитријевић, Управно право као грана правног система, Архив за правне и друштвене науке, Бг., бр. III—IV, 1974. год.

да су за већину наших писаца, то била питања која нису заслуживала неку посебну пажњу. Сви проблеми били су решени поистовећивањем јединствености „функције управе“ о којој говоре позитивно-правни текстови, са јединством „управне функције“ о којој се расправља у теорији.

Чини се да кад треба наћи „заједнички именитељ“ за све делатности органа управе које се желе уврстити у „управну функцију“ као „једну функцију“, он се може утврдити испитивањем да ли постоји или не постоји неки јединствен правни елемент који се према нашим позитивно-правним текстовима појављује код свих послова и задатака који су поверени органима управе, или се он јавља само код неких од њих. Тај правни елемент јединства био би „јединствени правни режим“ (целина која изражава јединствена основна правна начела) чије се постојање има утврдити анализом свих позитивно-правних прописа нашега права којима се регулише остваривање целине послова и задатака органа управе. Прибегавање „јединственом правном режиму“ коме је подвргнуто остваривање целине свих или само неких задатака органа управе као могућем одређујућем елементу јединства (као скупу правних норми које чине јединствену целину), не искључује могућност коришћења неког другог обележја као „заједничког елемента“, али се по нашем мишљењу употребом „јединственог правног режима“, као основа хомогености, остаје на терену „правног појма“ управне функције, а то и јесте пут за одређивање „позитивно-правног појма управе“. Коришћење, нпр. „технолошког“ елемента (а до њега би се дошло анализом „технолошке“ садржине свих активности које треба уврстити у једну целину и установљивањем да се ради о активностима састављеним од битно истих елемената — радњи, операција (као „заједничког именитеља“ дало би као резултат „технички“ или „кибернетички“, а не „правни појам“ управе, односно „управне функције“. Само, овако добијени појам „управне функције“ не би имао правни значај с обзиром да у нашем правном систему не постоји јединствен правни режим чије би норме регулисале остваривање оних послова и задатака органа управе који би чинили садржину „управне функције“ добијене применом „технолошког“ критеријума.

Анализа правних прописа којима се у нашем праву регулише вршење свих послова и задатака поверених органима управе, показује да њихово остваривање није подвргнуто једном јединственом режиму. Нема у нашем праву правног режима који би на јединствен начин регулисао остваривање свих послова и задатака органа управе без обзира да ли је у питању „листа“ ових послова и задатака утврђена чл. 26. Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе из 1979. године, чл. 2. Закона о државној управи из 1956. године, или чл. 149. Устава СФРЈ из 1974. године. Лако је уочити да поједине од својих послова органи управе остварују у оквиру правног режима вршења власти, што неће бити случај са другим пословима истих органа који се обављају изван односа власти, иако се и једни, и други послови налазе на заједничкој „листи функција“ које су проглашене за управну функцију у „материјалном“ сми-

слу. Такође би ваљало истаћи да постоји разлика и између самих послова органа управе чије је вршење регулисано нормама правних режима који регулишу вршење власти. Наиме, остваривање неких од ових послова органа управе регулисано је нормама правног режима вршења власти у појединачним ситуацијама, док за вршење других важе норме правног режима вршења власти издавањем општих аката. Непостојање јединственог правног режима потврђује разноликост процесно-правних прописа који регулишу вршење ових задатака и послова, као и знатне разлике у режимима судске контроле који обезбеђују да остваривање ових послова и задатака буде законито. Из овога следи закључак да се целокупан рад органа управе у нас не регулише нормама јединственог правног режима, већ обратно, нормама једног правног режима регулише се остваривање само појединих послова и задатака органа управе, док се остваривање осталих делова опште улоге органа управе регулише нормама других правних режима.

Питање постојања јединственог правног режима који би обухватио остваривање свих или само појединих послова и задатака органа управе у нашој земљи, није представљало питање које би посебно заинтересовало већину наших аутора. Чини се да је разлог овоме чињеница да се код одређивања појма „управа“ не може увек поћи од јединства правног режима; оно је сувишно код органског појма, оно је непотребно код формалног одређивања управне функције, оно се не примењује код одређивања појма „функција управе“. Ово јединство се користи тек код одређивања појма „управна функција у материјалном смислу“. Тиме што је „материјални“ појам управне функције у потпуности изједначио са садржином „јединствене функције управе“, већи део наше теорије изгубио је могућност коришћења јединственог правног режима као одређујућег „елемента“ јединства.

Видели смо да оваквог јединства правног режима нема, али се из тога не би никако смео извући закључак да наше позитивно право нема специфичан правни режим који регулише остваривање „управне функције“. Такав јединствен правни режим постоји, али се њиме не регулише остваривање „управне функције“ схваћено онако како је то изражено у претежном делу наше стручне литературе. Утврдити постојање и садржину јединственог правног режима нашега права који регулише остваривање управне функције у „материјалном“ смислу у нашем правном систему, нужно захтева да претходно дубљим проучавањем и једним сасвим друкчијим путем буде утврђена садржина „материјалног“ појма управне функције; али то није био пут којим је пошла већина наших писаца.

* * *

Закључак који се неминовно намеће из овог кратког прегледа различитих схватања о позитивно-правном појму, или управне функције, био би следећи:

а) Према нашим позитивно-правним текстовима не може се говорити о „јединственој функцији управе“ већ само о „функција-

ма" управе, тј. о основним групама задатака и послова поверених једној посебној групи државних органа.

С обзиром да није видљиво „функционално јединство“ унутар сваке „функције управе“ посебно, тј. унутар сваке од тих група послова и задатака, остаје нејасно зашто се ове „групе“ задатака и послова називају „функцијама“. Очеvidно је да термин „функција“ не означава неку правну категорију која се из прописа може идентификовати, и да му је дат претежно организационо-технички а делимично и политички смисао;

б) У нашим прописима који набрајају задатке и послове (тј. „функције“) органа управе није изражена нека „правно јединствена функција управе“ будући да су „делови“ те „функције“ подвргнути под различите правне режиме, правне режиме који не изражавају иста правна начела;

в) „Јединствена функција управе“ је формална категорија, и мора се одвојити од појма управне функције у „материјалном“ смислу. Ово „јединство“ се не односи на било какво унутрашње јединство активности којима се послови и задаци органа управе извршавају. Због тога, такво јединство не указује ни на неку јединственост правних норми којима је остварење тих задатака и послова регулисано. Зато, „јединствена функција управе“ може да значи „истоветност укупности задатака“ који се поверавају органима управе, а то је нешто сасвим различито од садржинског јединства „управне функције у материјалном смислу“;

г) Доследно овоме, „јединствена функција управе“, није ни јединствена (различитост правних режима), ни прецизна (листа се још може допунити) правна категорија. О овој „јединственој функцији управе“ говоре политички документи, она је политичка категорија;

д) На основу наших позитивно-правних прописа не само да се не може утврдити „позитивно-правни материјални појам јединствене функције управе“ већ ни више таквих „позитивно-правних појмова“ појединих ужих „функција“ управе. Имајући у виду чињеницу да „листа“ задатака није закључена, позитивно-правни текстови могу само приближно да укажу на неке најважније групе послова (функције). Но, то би даље захтевало темељно прегруписавање, у уставним и законским текстовима наведених, задатака ради сагледавања елемената њиховог правног јединства. Тек функције (групе задатака) које би биле одређене на основу правних режима којима би свака од њих била подвргнута могле би имати значај правних категорија. Ово би за резултат имало „позитивно-правне појмове“ неких „функција“ органа управе, што је сасвим различито од позитивно-правног појма јединствене функције управе“;

ђ) Тек након овога дошло би се до „управне функције“, класичне функције, једне функције државне власти. Управна функција би била једна од овако добијених „функција“, функција која се и одваја специфичношћу свог правног режима. Можда би ваљало истаћи да се овако добијена целина не мора означити искључиво термином „управна функција“. Но, без обзира на термин

који ће бити употребљен, остаје чињеница да је у питању једна функција (целина чији садржински „елементи“ имају „заједничког именитеља“) којој у нашем правном систему одговара особен правни режим. Одређена у складу са позитивно-правним текстовима, она се састоји од „решавања у управном поступку“, „вршења управног надзора и обављања других управних послова“. Друкчије речено, „управна функција“ би се могла дефинисати као: издавање управних аката (појединачних ауторитативних правних аката којима се одређује примарно правило понашања — диспозиција) и вршење управних радњи (мера принуде и ограничавања) према одређеним појединцима који се не понашају у складу са прописима или добијеним наређењима.

Чини се, да код данашњег стања у нашем позитивном праву правне норме које регулишу вршење наведених активности представљају заиста једну посебну целину, један посебан „правни режим“ који „покрива“ јасно видљиву и специфичну садржину, и да се та садржина може издвојити као „вршење управне функције у материјалном смислу“. Та садржина је увек истоветна без обзира коме је њено остваривање поверено (органима управе, другим државним органима, самоуправним организацијама и заједницама). На њено остваривање примењују се јединствене процесне норме различите од процесних норми које регулишу остваривање других „функција“ управе. Контрола законитости остваривања те садржине је такође регулисана посебним али увек јединственим прописима. Све то доказује да се само „управна функција“ може са правног аспекта третирати као садржински јединствена целина.

Доследно овоме, може се закључити да у састав ове „функције“ не спадају активности доношења прописа, закључивање правних послова, вршење материјалних операција без правног значаја као и оних које немају карактер примењивања принуде ради извршења права у појединачним ситуацијама.

Невенка М. БАЧАНИН

— Summary —

The complexity of meaning of the notion of "administration" and the fact that it simultaneously represents essential notion on the basis of which the entire administrative law is founded, as well as the science of administrative law, ask for establishing the context of this expression. Since we lack positive-legal definition of the word "administration", this goal is left to legal theory. These attempts in Yugoslav theory saw classical dilemmas about the so-called "organizational" and "functional" notion of administration. The existing problem became even more complicated because certain positive-legal texts had started to use expressions "functions of administration" and "function of administration" which formerly used to be used exclusively in theory. The complexity of the situation is even more complicated by pointing to "unity" of administration's function in this country, without explanation where it is expressed. This has served to a considerable number of our authors as a basis that our positive-legal rules solved the question of contents of "positive-legal notion of administration in SFRY", which as "material notion of administrative function" amounts to complexity of activities by which administrative organs in this country realize given duties and tasks.

An in-depth analysis of positive-legal texts and considerable part of our expert bibliography point to the conclusion that according to our positive-legal rules, it cannot be discussed of "united administrative function", but only of "administrative functions". United administrative function can signify only "identity of complexity of tasks and duties" of all administrative organs on all levels of socio-political communities. Only "administrative functions" (groups of tasks) which could be defined on the basis of legal regimes to which every one of them should be subjected, could have significance of legal categories. Administrative functions in material sense should be one of the "functions" which have emerged in this way, which could be defined as: issuing of administrative acts and committing of administrative actions towards particular individuals who do not act in conform with rules or given orders.

СРПСКИ ПРЕДЛИБЕРАЛИЗАМ

Први талас либерализма у Србији (1848—1851)

УВОД

Пред нама је предмет историјског истраживања о коме није много писано. Радови који обухватају ову тематину чине то узгредно односно према потребама свог предмета изучавања. Дело које, од све литературе, највише пажње обраћа идејној струји, о којој је овде реч, је Скерлићева **Омладина и њена књижевност**. Међутим, Скерлићев аспект је књижевно-политиколошки из којег је и произашло тражење идеја либерализма само у редовима ондашњих омладинаца и њихових ђачких дружина. Слично је поступао и Светозар Марковић када је величао „покрет српске омладине ... кад се чинише да је народна свест о слободи и човечанском достојанству била на издисању”,¹ а остало нудио пишући да су сви „били учени јавно и тајно да се несме дирнути установљени — бирократски — поредак. Па и она јадна интелигенција која је учила у страним земљама о народном трошку ...”²

Затим, драгоцене су странице Слободана Јовановића³ посвећене овом питању, те одговарајући делови докторских дисертација Јована Милићевића⁴ и Драгослава Јанковића⁵ исписани са уживљавањем у дух оног времена.

Изузетно значајна је **Беседа Стојана Бошковића одржана на свечаном скупу Српског ученог друштва 11. маја 1866. у спомен Димитрију Матићу**. Од чланака, истиче се целовитошћу и сажетошћу о нашој проблематици, чланак Михаила Поповића „**Дружина Младенци Србске**” и **Димитрије Матић, Ђорђе Ценић и Коста Цукић**.

¹ Светозар Марковић, *Србија на истоку*, Ниш 1972. стр. 146.

² Исто, стр. 142.

³ Слободан Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада*, Бгд. 1933.

⁴ Јован Милићевић, *Јеврем Грујић*, Београд 1964.

⁵ Др Драгослав Јанковић, *О политичким странкама у Србији XIX века*, Београд 1951.

Код нас се, у круговима историчара, дешава да се потцењује значај револуционарне 1848. године за друштвено-политички развој Србије XIX века,⁶ па се заобилази утицај који је она имала на даљи ток политичког живота. Задатак овог рада је да усредсређеније приђе временском размаку од три-четири године (централна је 1848) и идејној струји израслој у приликама тог времена. Стављањем у центар разматрања скупа друштвено-политичких односа око 1848. године, настојало се указати на његов прави изглед. Наиме, обично се прва либерална збивања у Србији траже око 1858. године, међу „Светоандрејцима“. Међутим, почетак либералних струјања у Србији налазимо десетак година раније, у стицању околности револуционарне 1848. и у променама у аутономној Србији око те године.

Затим, задатак овог рада је да укаже на неоснованост оних гледишта која гласе: „Кад човек проучи књижевност онога доба, мора се ужаснути од оне умне сиротиње и оног ропског духа, којима је била напојена и којим је напајала српски народ под именом науке“.⁷ Јер, дела Димитрија Матића и Косте Цукића из „оног доба“ могу се сматрати не само почецима српске научне књижевности, већ и веома напредним инспирацијама на политичком плану.

На крају, настојало се да се временски период око 1848. разграничи, у смислу одређене историјске фазе, од „светоандрејског либерализма“. Наиме, заједничко обема фазама су идеје либерализма. Али, полазећи од тога да појам либерализма чини комплекс идеја (уопштено одређених као захтеви за економским и политичким слободама), да у одређеним периодима не долази до подједнаке афирмације сваке од њих, нити да то бива у истом виду, то се за област појава у којима се манифестују одређене идеје либерализма, у друштвено-политичкој констелацији Србије око 1848, узима термин предлиберализам.

За ознаку нашег предмета разматрања могао се употребити и термин „претече либерализма у Србији“. Међутим, њиме се не би, до краја, обухватио идејни покрет о коме је реч. Наиме, појмом „претече либерализма“ задржавамо се на индивидуалном нивоу, стављамо акценат на појединце са одређеном идејном оријентацијом. Појмом **предлиберализам** указује се на нешто више, односно на то да је одређена идеја из „глава појединаца“ прешла у сферу друштвености, да је међу појединцима настало такво повезано деловање које има епитет друштвено-политичке појаве.

I. Први српски државни питомци на школама у иностранству

Са добијањем аутономије, хатишерифом од 1830., у Србији се осетила јака потреба за кадровима различитих струка, да би се затим овај проблем у својој акутности поставио пред Уставобранитељима. Унутрашње могућности образовања нису могле задовољити

⁶ Др Васа Чубриловић, *Историја политичке мисли у Србији XIX века* Београд, 1958.

⁷ С. Марковић, *Србија на истоку*, стр. 142.

захтеве модернизације државне управе, просветне или друге службе. Стога је крајем 1839. године дванаест државних питомаца упућено у Аустрију; четворица за Шемиц да уче рудокопну академију, а осморица за Беч на политехнику и права.⁸

Ваља напоменути да питомци нису послани на страну ради „чисте науке“, већ у циљу њиховог оспособљавања за највише положаје у јавној служби. Нарочито су на цени били правници због чега се за овај позив опредељују најбољи ђаци.⁹ Шта се очекивало од првих „благодетељанаца на страни“ лепо илуструју речи њиховог пратиоца Миловука: „Отаџбина чека да јој се вратите здрави, научени и са свима добродјетељима украшени“.¹⁰ И она Гарашанинова будност да „француска наука само у разумној глави може правитељству од ползе бити“.

Међу питомцима није било много људи који су постали европски интелектуалци у правом смислу те речи. Али, њихова корисност се огледала у изградњи државног апарата и разних државних установа за владе Уставобранитеља и друге владе кнеза Михајла.¹¹ Ипак двојица су се унеколико истакла у другом светлу. За Димитрија Црнобарца се памти да је рекао како човек постаје човеком тек са платом од хиљаду талира, а опет од савременика му се могла изрећи хвала што је „увек нагињао мерама либерализма“.¹²

Једном, пак, незадовољнику, таштом и очајном човеку такав је био Црнобарац сигурно да идеје опозиције нису биле стране. Зато је сасвим логично његово место почасног члана у „Дружини Младежи Србске“. Његова позиција симпатизера је сасвим извесна. Филип Христић је другачији. Иако је и он био, са Црнобарцем, један од оних због чијег је револуционарства Гарашанин био незадовољан и онај у коме је требало „предупредити сваке фантазије“¹³ ипак је вештина прављена каријере била његова прва одлика. Почасно чланство, које је имао у „Дружини“, је више плод омладинског одушевљења повратком првих „европских интелектуалаца“, него његове склоности либерализму омладине.

До сада је било говора о првим српским државним питомцима, на школама у иностранству, као појави гледаној по формалном критеријуму. То значи да је ова група стипендиста била схваћена као одређен број људи који су упућени у иностране школе одмах после доношења Указа о „шиљању младића...“ 1839.¹⁴ Међутим,

⁸ Др Р. Марковић, Одлазак првих српских питомаца у иностранство, *Српски народ* од 22. маја 1943. Београд.

⁹ Слободан Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада*, стр. 94.

¹⁰ Др. Р. Марковић, *Наведено дело*.

¹¹ Јован Милићевић, Прва група србијанских студената, државних стипендиста школованих у иностранству (1839—1842), *Историјски часопис*, IX—X, Бгд., 1960.

¹² Милан Ђ. Милићевић, *Поменик знаменитих људи*, Бгд., 1888. стр. 798.

¹³ Љубомир Дурковић-Јакшић, Сарадња југословена и Пољака у Паризу 1948—1849. године, *Историјски часопис*, 19, 1972. Београд, стр. 200.

¹⁴ Тако је чинио Др Р. Марковић (у чланку „Одлазак првих српских питомаца“) подразумевајући под појмом првих српских „благодетељанаца“ дванаесторицу одређених по Указу 1839. Јован Милићевић (у чланку „Прва група србијанских студената...“ 1839—1842) је овај појам унеколико

појам првих српских државних питомаца треба одредити по другом критеријуму који би обухватио историјску димензију ове појаве. То се постиже ако се она схвати као група људи школованих у иностранству пре 1848. односно оних који се те године враћају у Србију. Тако долазимо до њиховог одређења по идеолошко-политичком критеријуму. На тај начин ћемо појаву првих „благодејанаца“, преко неколицине људи из те групе, открити у повезаности са идејном струјом коју смо назвали предлиберализмом. Дакле, ово гледиште је донекле супротно гледишту Светозара Марковића, који појаву „интелигенције, која је учила у страним земљама о народном трошку“ не гледа у функцији политичких кретања у Србији половином XIX века, већ без сагледавања прилично политички значајних конкретних случајева елиминише их из напредних друштвених струјања.

У првој половини 1848. године у Паризу затичемо, између осталих, Филипа Христића, Димитрија Црнобарца, Косту Магазиновића, Димитрија Матића, Косту Цукића, Љубомира Ненадовића.¹⁵ Они су у средишту европске политичке ситуације ти бивају не само сведоци, већ, како-ко, и акцептори нових схватања човека, његових односа, која ће пренети у Србију.¹⁶

Поводом Цукићевог и Ненадовићевог повратка у Србију, Матић је, 15. марта, записао у свој дневник: „Ово је врло згодно време да се ради код куће за изборене наше савршене независности и устројење велике Југословенске Државе“. Сам Матић још неко време остаје у Паризу али обузет жељом да у домовини ради на „великом предузећу“ ослобођења и „на соједињењу Свесрпства“.¹⁷

Слична стремљења су постојала, углавном, и код свих осталих „благодејанаца“ у иностранству. „Ми се посве разумемо — пише Матић о Магазиновићу. Његова енергија, његово одушевљење и готовост жртвовати се за народност нашу поставља човека у стање, да га не само љубити, већ и уважавати мора. Такви људи потребни су за садашње време. Само треба да се споро врати у наше крајеве. Он је много радио што је честито. Свр' свега његове демократичне мисли честите су. Прави демократ мора бити честит човек“.¹⁸

II. Друштвено-политична ситуација времена

Први број „Србских новина“ 1849. донеси осврт на минулу годину у ком су сумирани плодови тог врдеменског размака. „Годину 1848. морамо сви добро забележити јер нам је свима очи

проширио разлажући га по политичком критеријуму династичког груписања. Корак даље води клици политичког груписања које превазилази динамички критеријум — либералним идејама.

¹⁵ Из Дневника Д. Матића сазнајемо да се он тада дружи или је у преписци са овим људима. (Д. Матић, *Бачки дневник*, 15. март 1848. г.)

¹⁶ Др. Р. Марковић, Одлазак првих српских питомаца у иностранство, *Српски народ*, од 22. маја 1943. г. Београд.

¹⁷ Д. Матић, *Бачки дневник (1845—1848)*, Бгд. 1974. г., 27. марта 1848. у Паризу,

¹⁸ Д. Матић, *Наведено дело*, 28. март, Париз, 1848. г.,

отворила (...) — — — Безприродне и по неправди сплетене политичке свезе раскидоше се, удручени народи главу подигоше — и силан глас народа потресао је престоле; нове мисли изродише се, нове жеље, нов свет. Што би пре једне године народе удоваљавало, све је то сад мало, све сад на више тежи".¹⁹

Политичка кохезија Европе Свете алијансе била је уздрмана на многим чворним тачкама. Париска фебруарска револуција одјекнула је громовито у Риму, Торину, Милану, Венецији; Берлину, Франкфурту, у Баденској и Саксонској, у Бечу, Прагу, Пешти и Карловцима па и у Београду и Крагујевцу.²⁰ Угњетене народе прожимало је јако одушевљење да је дошао дан скидања окова.

С л о в е н с т в о. Деветнаестог маја 1848. одржава се Словенски конгрес у Прагу, где се окупио велики број најугледнијих представника свих словенских племена. Ова манифестација „славјанства“ представљала је кулминацију идеје којом се од Хердера (1791) преко чешких романтичара проповедало јединство поробљених Словена. По њој је словенски Ум позван да просветли и обнови свет, а свежа снага словенске расе треба да замени у влади над светом заморене Латине и Германе.²¹ Идеја „славјанства“ уствари је значила солидарисање словенских народа у циљу обезбеђења националних особености. Словенски конгрес је словенску идеју прокламовао у духу либерализма тога доба.

У манифесту овог скупа стоји да „слобода, једнакост и братство свију у држави живећи данас је исто тако наш (словенски — М. П.) знак и усклик као што је био пре хиљаду година".²² Указује се да је „падала у теченију векова једна (словенска) грана за другом у зависимост“, а „сада је подигао дуго угњетени Славенин опет главу своју, он тера од себе насиље и угњетење и захтева силним гласом стару своју дедовину: слободу".²³

Код Срба је словенско осећање било, релативно, веома изражено. Јован Скерлић је запазио да су код омладине словенске идеје, око 1848. године, готово асполутно владале.²⁴ „Славјанство“ је код њих јаче од самог „србства".²⁵ Међутим, ове поставке би важиле за Србе у Угарској, а и то се више односи на интелигенцију него на широке народне масе. Код Србијанаца није било маштања о „славјанском царству“. Оно се могло срести код појединих школованих људи, али не и у народу.²⁶ Тако, нпр., у то време Љубомир Ненадовић пише „Славенску вилу“, а као и Матић, бораваћи међу Пољацима, научио је пољски језик.²⁷

¹⁹ Србске новине 1. I. 1849.

²⁰ Свечани скуп Српскога ученог друштва 11. маја 1886. год. у спомен Димитрију Матићу, беседа Стојана Бошковића, Београд 1889. стр. 7.

²¹ Ј. Скерлић, *Омладина и њена књижевност (1848—1871)*, Београд 1935. стр. 139.

²² Србске новине, 2. VII 1848. г., стр. 403.

²³ Исто,

²⁴ В. Чубриловић, *Историја политичке мисли у Србији XIX века*, стр. 242.

²⁵ Јован Скерлић, *Омладина и њена књижевност*, стр. 143.

²⁶ В. Чубриловић, *Наведено дело*, стр. 243.

²⁷ Љубомир Дурковић-Јакшић, Љубомир Ненадовић и Пољаци (1845—1848), *Историјски гласник*, Београд, 1949, стр. 75.

Конкретније везе су постојале са хрватским Илирима. Али, међу Србијанцима ни илиризам није био наишао на велики број присталица.²⁸ Њима су били далеко ближи политички покрети тадање Србије, па су према сврставањима по династичком критеријуму, имали далеко активнији став.²⁹

Код омладине, окупљене у „Дружини Младежи Србске“, идеја словенства заступана је са јасним печатом српства на њој. За ђачки „Невен — слоге“ говорило се да му је циљ био „развијати душевне користи србства у општем духу славенском“.³⁰ Али, амбијент на скупштинама „Дружине“ био је на срцу онеме „кога успаљује спомен на Душаново царство, кога троњава паденије Лазарево и пожртвованије Обилићево до те свести узвишује да презире себе за спасеније Србства“.³¹

Мајска скупштина у Карловцима. У општем друштвеном превирању састала се Народна скупштина прекосавских Срба, 1. маја 1948., с намером да ујемчи права српског народа са народном самоуправом у Срему, Бачкој, Банату, Славонији и Хрватској према Аустроугарској држави, да изабере српског војводу и патријарха и организује отпор против насилне Мађарске превласти.³² Том приликом „Савез државни са Троједном краљевином изречен је. Народ се српски огласио политично слободан и независим под општом круном Угарске“.³³

На Мајску скупштину одлази група лицејаца. Како је изгледала, на овој скупштини, манифестација национално-ослободилачког одушевљења видимо из једног писма Јеврема Грујића, тадашњег лицејца: „На неколико коракљаји напред ишла је банда свирајући „Устај, устај, Србине“, затим ђачки барјак окружен од неколико ђака под сабљама. Затим ишла је остала парада, а за овом силни свет. С прозора просипано је по нама цвеће од Српкиња.“³⁴

„Скупштина 1. маја била је једна од највећих свечаности нове историје српског народа — писао је Димитрије Матић. Слога, љубав, оданост својим светињама народним, примечавала се сваком на челу што год је ту света било“.³⁵ Матића, који је са лицејцима дошао у Скупштину, је народ подизао на руке и тражио да продужи говор што је он „драгом душом и чинио“.³⁶ Као члан Народног одбора он се здушно залагао за аутономију Српске Војводине и ширење југословенске идеје. Био је у делегацији која је ишла у Загреб да, са баном Јелачићем, уговара савез за одбрану против Мађара.³⁷ Колико је био загрејан идејом југословенства закључујемо из његовог записа о боравку у Загребу: „Било је ту много свечаности и трогатељни позорија за сваког југославанина — пише он — а било је и мучни тренућа за Србе кад виде да једно-

²⁸ Јован Милићевић, *Јеврем Грујић*, стр. 26. и 27.

²⁹ Ј. Милићевић, *Прва група...*, стр. 370.

³⁰ *Записи Јеврема Грујића I*, Београд, 1922, стр. 8.

³¹ *Записи Јеврема Грујића I*, стр. 6.

³² *Беседа Стојана Бошковића*, стр. 8 и 32.

³³ Д. Матић, *Дневник*, Карловац, 3-г маја 1848.

³⁴ *Записи Јеврема Грујића I*, стр. 12.

³⁵ Д. Матић, *Ђачки дневник*, у Карловцима 3. маја 1848.

³⁶ *Беседа Стојана Бошковића*, стр. 30.

³⁷ *Исто дело*, стр. 32.

крвна браћа Хрвати неће да увиде, да без државне свезе та два сродна народа нема спасенија и среће ни једном ни другом. Заједно живити и заједно умрети ваља им, и једном и другом".³⁸ Додајући овоме црту реалности, Матић је, на једном другом месту, говорио да је југословенско јединство крајњи циљ, а да „за сада (22. јуна 1848. — М. П.) мора бити једна Војводина Србска, једно Књажевство Србско и једна Бановина".³⁹

У то време патријарх Рајачић се почео окруживати аустријским људима па је и цела ствар устанка дошла у њихове руке.⁴⁰ Матић је враћен у Србију где је добио катедру грађанског и државног права.⁴¹

Идеје уједињења и заједништва биле су прокламоване, зависно од појединаца и друштвених група које су их заступале, као „славјанство", југословенство или свесрпство. Међутим, сваки овај политичко-идејни облик је кресан и бојен према друштвеним условима у којима је израстао и егзистирао. Зато је и немогуће дати општу и чврсту реч о томе која се друштвено-политичка идеја укоренила, у бићима одређених народних скупина, и с којом садржином. Јер, друштвена свест, средином XIX века, од појединаца до друштвених група, носи на себи значајне белеге заноса и друштвене буре.

III. Чиниоци српског предлиберализма

А) Либерални професори Лицеја и омладина. У дужност професора Лицеја школске 1848/49. уведени су Димитрије Матић и Коста Цукић. Нешто касније и Ђорђе Ценић.⁴² Делатност ових професора је чињеница без које се не би могао, до краја, објаснити либерализам омладине. Либерално настројени они су утицали на омладину Лицеја живом речју својих предавања и словом првих уџбеника развијајући и теоријски продубљујући код ње либерална схватања.⁴³ Револуционарна заталасаност напредне омладине је, с друге стране, била итекако пријемчив терен за модерне европске идеје. На жарки патриотизам лицејаца прилегла су казивања либералних професора. Ђаци су били пуни незадовољства што српски великаши и заповедници „шурују с Турцима", што су „пу-

³⁸ Д. Матић, *Бачки дневник*, Јулија 22. у Београду.

³⁹ Д. Матић, *Наведено дело*, Предговор Љ. Дурковић-Јакшића, стр. 2.

⁴⁰ Беседа С. Бошковића, стр. 33.

⁴¹ У писму, од септембра 1848., генералу Стратимировићу изнет је званичан став Србије о питању устанка прекосавских Срба: „Да је Србија оностраним Србима само за толико помагала, што су се они у ову борбу упустили за целокупност аустријског царства, и да узбију мађарске претензије, које се простиру и на суседне провинције отоманског царства, и да узбију мађарске претензије, које се простиру и на суседне провинције отоманског царства, па и на Србију." (*Беседа Стојана Бошковића*, стр. 33).

⁴² Др Владимир Грујић, Први професори „Правословног" факултета на Лицеју у Крагујевцу и Београду, *Анали Правног факултета*, III/4, 1955, Београд, стр. 453.

⁴³ Михаило Поповић, „Дружина младежи србске" и Димитрије Матић, Ђорђе Ценић и Коста Цукић (неки подаци о слободарском таласу 1847—1851. на београдском универзитету), *Универзитетски весник*, 29.X.1950. Београд.

зили пред пашама и конзулима, као и кнез⁴⁴. Ипак су мислили да, кад се искупе борци из свих српских земаља, а „користећи се општом забуном у Јевропи“, влада и кнез српски „морали би тада пристати уз општи покрет“⁴⁵. Али, кад су чули либералне мисли Запада, о државном устројству, из уста ауторитета, својих професора, логично је било њихово обраћање пажње и на унутрашње стање. Ношени родољубљем до тада су имали на уму да српски народ нема спољашње слободе. Тада је нужно уследио додатни закључак: — Нема ни унутрашње слободе. Српски народ „није спољашње слободан зато што Турчину арач плаћа“. Није унутрашње слободан зато што је „голо средство које сад један сад други за цјели своје употребљава“. Он живи у обманама, „трпи јарам, самовоље, пуни апсане, труне на точковима“⁴⁶.

Академска омладина у Београду је била у живој заједници идеја и националних тежњи с најобразованиим људима оног доба. „Њена старија браћа, која се вратише са страних универзитета, бејаху јој саветом, књигама и топлим симпатијама на руци, па се и на састанцима омладинског књижевног друштва често јављаху, а међу њима знатнији и омладини школској најближи били су: Димитрије Матић, Коста Цукић, Јован Илић, Љубомир Ненадовић и још неки“⁴⁷. У овом контексту Матић је рекао: „Ја видим да је ово честита младеж. Њима се може све **слободно говорити** (подвукао М. П.), само им ваља доказати па они свађају, примају“⁴⁸.

Да су предавања либералних професора Лицеја била услов омладинског либерализма на унутарполитичком нивоу, најбоље показују речи Јеврема Грујића, каснијег првака светоандрејског либерализма: „Њихов разговор и начин на који нас водише, пробуди у нама изван мисли о јединству и слободи Срба, још и о политичкој слободи и либералним законима“⁴⁹. Можемо, надаље, са пуно вероватноће закључити да Грујићев знаменити чланак „Обзор државе“, који се може сматрати као прва декларација либерализма у Србији, први корак у живот будуће либералне странке⁵⁰, представља непосредан одраз контакта са слободоумним професорима Лицеја⁵¹.

Б) „Дружина Младежи Србске“ и „Обзор државе“. На Видовдан 15. јуна 1847. године (по старом календару) напредни студенти београдског Лицеја образовали су „Дружину Младежи Србске“⁵². Нарочито је био изабран Видовдан као дан када су јуначки преци „жртвујући“ се за слободу указали потомцима на прави пут.⁵³ „Дружина Младежи Србске“ је временом од

⁴⁴ С. Марковић, Србија на истоку, стр. 144.

⁴⁵ Беседа С. Бошковића, стр. 6.

⁴⁶ Ј. Скерлић, Омладина и њена књижевност, стр. 27.

⁴⁷ Беседа С. Бошковића, стр. 34.

⁴⁸ Д. Матић, Дневник, 27. септембра 1848.

⁴⁹ Ј. Милићевић, Јеврем Грујић, стр. 34.

⁵⁰ Ј. Скерлић, Омладина и њена књижевност, стр. 26.

⁵¹ Исто схватање је и Јована Милићевића, изражено у делу „Јеврем Грујић“, стр. 34.

⁵² Ј. Милићевић, Јеврем Грујић, стр. 27, др Д. Јанковић, О политичким странкама у Србији XIX века, стр. 104.

⁵³ Ј. Скерлић, Наведено дело, стр. 18.

књижевне дружине прерасла у место испољавања национално-ослободилачког заноса а потом и у глас за слободом и једнакошћу појединаца. Омладинци из „Дружине“ су уверени да је њима пало у дужност да изведу дело ослобођења и уједињења српског народа.⁵⁴

Њихове скупштине добијају карактер спермања за тај чин када је талас револуционарне 1848. запљуснуо и обале Србије. Тада оне, „постају патриотски зборови на које су гомилама долазили београдски родољуби и слободњаци“.⁵⁵ Узрујаност духова се примећивала на сваком кораку. У тој мобилизацији полета и наде предњачи омладина. „Лекције се не уче, јер се мисли да се испити предати неће. Младеж жели да Вучић предводи. У гомилама ђаци по снацима одају (...). Паша чисти топове, намешта бедеме, попуњава карауле иште од султана јоште војске, јер вели, предаћу одма град. Совет држи сваки дан заседанија. Показује се жеља за реформе (...) Ето како ти је време дошло. Дошло је такво да Србин, што на Косову изгуби, поврати. Околности срећне су“.⁵⁶

С друге стране, „Турци из неке плашње, из Цариграда нове гарнизоне за Србију шиљу“.⁵⁷

У овако наелектрисаној атмосфери дошло је до неслагања међу уставобранитељским првацима.⁵⁸ Уз ово се могла очекивати и акција Обреновића за повратак на престо. Да би се некако каналисало бурно стање у земљи долази до сазива Петровске скупштине. По решењу Совјета лицејци су послали у Скупштину једног свога представника.⁵⁹

На Петровској скупштини осетио се и утицај лицејаца, а највише у „прошенију“ београдског округа, које је писано руком Јеврема Грујића, једином у коме је истакнут захтев за слободу штампе.⁶⁰

Мотиви зашто се поједини великаши и влада показују слаби према омладини, допуштајући им, за оно време, заиста велику слободу говора и писања,⁶¹ могу се тражити, опет, у датим приликама. „Правитељству“ је било опортунитије да толерише једно напето стање међу енергичном младежи него да разбуктава ватру. Само у тако ванредним друштвено-политичким околностима, могао је поред

⁵⁴ Исто, стр. 21, 22.

⁵⁵ Ј. Скерлић, *Омладина и њена књижевност*, стр. 22.

⁵⁶ *Записи Јеврема Грујића I*, стр. 10, 11; писмо од 13. марта 1848.

⁵⁷ Д. Матић, *Дневник*, Салцбург — 7. априла 1848.

⁵⁸ Др Ружица Гузина, *Општина у Србији (1839—1918)*, Београд, 1976, стр. 93. Ваља рећи, да када говори о српским државним стипендистима, у наведеном делу, и проф. Ружица Гузина даје могућност дистинкције либералних интелектуалаца 1848. од либерала из 1858. За ово је речит њен навод из писма Гарашићина Мариновићу: „Они први бише Швабе, а ови други Французи...“ Јер, Гарашићин под првима подразумева либералне државне питомце школоване у Немачкој и Аустрији (Матић је студирао у Берлину и Хајделбергу, Цукић у Бечу и Хајделбергу) а од других, тзв. „Паризлија“, регрутовано је неколико значајних либералних првака из 1858. на челу са Јевремом Грујићем.

⁵⁹ Ј. Скерлић, *Наведено дело*, стр. 26.

⁶⁰ Ј. Милићевић, *Јеврем Грујић*, стр. 32.

⁶¹ С. Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада*, стр. 98.

цензуре да прође један такав чланак какав је био Грујићев „Обзор државе“.

Друга година постојања „Дружине Младежи Србске“ 1848/49. је била веома плодна и у погледу гостију, којих је на свакој скупштини било доста, и у погледу радова чланова. Књижевних чланака чланова приложено је толико да се могла саставити једна публикација која је 1848. издана под називом „Невен—слоге“.⁶² Ту је објављен и Грујићев „Обзор државе“. Разрађујући мисао о унутрашњој и спољашњој неслободи српског народа, у том чланку, Грујић „хоће да се једном за свагда раскрсти са онима који су задовољни и не траже ништа боље“.⁶³ У размишљању о задобијању унутрашње слободе пита се о начину на који се то може извести: „да ли каква потајна друштва или созаклетија — као Брутово против Цезара...“⁶⁴ Он налази да ће просвета уздићи народ до слободе у држави.⁶⁵ Али, претходно је постављено питање о „созаклетију и име Брутово пало је“.⁶⁶ Нису само Грујићеве речи одисале смелошћу и оштрином. Атмосфера у „Дружини“ била је таква да су лицејци, без много увијања, нападали „великаше“ због њихове неслоге која народ упропашћује, а Турцима иде на руку.⁶⁷ Међутим, са европском реакцијом на револуционарно врење 1848., и враћањем на равнотежу Свете алијансе, и у Србији се влада све мање уздржава од предузимања мера против рада „Дружине Младежи Србске“. После једног говора против владе и позива „на освету Косова“, на годишњој скупштини 1851. издата је наредба да се „Дружина“ затвори.

Јеврем Грујић, „душа и заставник Дружине“, како га је Скерлић назвао, огорчено је прокоментарисао њено укидање, из Париза где се налазио на правним студијама: „Ах, какав тужан глас: Дружина Младежи Србске украћена! Као досад она је и ове године своју главну скупштину на Видовдан држала. Света пуно и препуно било... Но шта сљедова? Правитељство, после остале чланове под примедбу, Ћирића јошт истерало из службе, а зато што је питао и говорио: Треба ли, смемо ли и можемо ли на Косово? А Дружина? Дружина украћена; Ха, нељуди! Тако ли се Србијом управља! Ха, Авраме, бог те убио што од добра Срба потурица поста!“⁶⁸

О значају „Дружине Младежи Србске“ сажету и тачну оцену изрекао је Светозар Марковић: „Ма како да су били слаби ови први звуци у оном општем грабежу за званија, за нас су они врло важни јер се од њих започиње нови покрет идеја у српској омладини и у целом српском народу у Србији“.⁶⁹ Уз ово треба додати друштвено-идејну спрегу која је постојала између слободоумних професора Лицеја, других „слободњака“ и омладине у „Дружини“.

⁶² Записи Јеврема Грујића I, стр. 8.

⁶³ Ј. Скерлић, *Омладина и њена књижевност*, стр. 27.

⁶⁴ С. Јовановић, *Наведено дело*, стр. 98.

⁶⁵ Тако је мислило читаво поколење у духу рационалистичко-идеалистичке филозофије. Матић је у просвети видео „најпречи пут напретка душевног народа српског“. (Д. Матић, *Дневник* дана 5. маја 1847).

⁶⁶ С. Јовановић, *Уставобранитељи*, стр. 98.

⁶⁷ Исто.

⁶⁸ Записи Јеврема Грујића I, стр. 21.

⁶⁹ С. Марковић, *Србија на истоку*, стр. 145.

В) „Шумадинка“. Васпитан у духу грађанско-либералних идеја Запада Љубомир Ненадовић није имао, до краја, пречишћене политичке погледе. Његов либерализам је био, далеко више, плод једног општег става који је одликовао његову личност него резултат одређених политичких промишљања, као што је био случај са Матићем и Џукићем.⁷⁰

Али у околностима када је „један новинар био душа српског не само политичког но и књижевног покрета“.⁷¹ Ненадовићево слободомље је било незаобилазан фактор политичког амбијента па ма оно имало и изглед разбарушености. Покретање, књижевно-забавног листа „Шумадинка“, 1. јануара 1850.⁷² представљало је грану више на либералном стаблу ондашњег времена. Поготову ако се има у виду да је „Шумадинка“ била једини лист који се усуђивао да, покатак, поступа са симпатијама према либералима⁷³ или у његовом духу. Тако, напоменимо, Ненадовић у њој даје белешке, о спољној политици, у којима је увек на страни народа представљајући владоце као његове заклете противнике.⁷⁴ Или се подсмева цензури или прави анегдоте о претплатнику „Сиротици правди“ чију адресу уредништво није могло да пронађе.⁷⁵ У полугодишњем излагању „Шумадинка“ се замерила „правитељственој“ цензури.⁷⁶ Није помогло Ненадовићу сродство са самим кнезом и лист је забрањен.⁷⁷ Све у свему, дух „Шумадинке“ је био на позицијама најнапредније идејне струје овог доба.

Г) Уџбеници. Почетак идеја либерализма налазимо у уџбеницима лицејских професора издатих 1850. Ту је њихово средиште. Мада нису изложене у облику система, несумњиво је да су у првенцима српске научне књижевности дате њихове основне поставке.

У „Јавном праву Књажевства Србије“ Димитрије Матић пише готово под знаком „Дружине Младежи Србске“ која је издајући „Невен—слоге“ насловом заговарала боље дане међу српским старешинама. Он жали што Сретењски устав није одржан а као узрок томе наводи „унутрашњи раздор и неслагање“.⁷⁸

У „Начелима умног државног права“ Матић, иако Хегеловац, иступа врло либерално.⁷⁹ Могуће је Матићев либерализам схватити и као одступање или допуну његовог основног правца мишљења. Он је сам то назначио рекавши у „Дневнику“: „Не треба само одо-

⁷⁰ Др Михаило Бјелица, *Политичка штампа у Србији (1834—1872)*, Београд, 1975. стр. 63; С. Јовановић, *Уставобранитељи*, стр. 105.

⁷¹ Ј. Скерлић, *Омладина и њена књижевност*, стр. 53.

⁷² Др М. Бјелица, *Наведено дело*, стр. 62.

⁷³ Др Д. Јанковић, *Наведено дело*, стр. 108.

⁷⁴ С. Јовановић, *Наведено дело*, стр. 106.

⁷⁵ Исто.

⁷⁶ М. Бјелица мисли да је „Шумадинка“ забрањена због концепције листа за време уредника Милорада Медаковића, који је са књижевно-забавне садржине прешао на политичку. На иступања Љубе Ненадовића се пак гледало кроз прсте. (Др М. Бјелица, *Наведено дело*, стр. 74).

⁷⁷ Ј. Скерлић, *Наведено дело*, стр. 61.

⁷⁸ Димитрије Матић, *Јавно право књажевства Србије*, Београд, 1850. стр. 140.

⁷⁹ С. Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада*, стр. 100.

брити мњеније немачких филозофа да историја сама себе прави, већ да народ своју историју треба да прави".⁸⁰

Држава се пред разумом може правдати, по Матићу, као правно стање једино ако „они људи који су се у држави скупили не могу без права бити”.⁸¹ Зато мора постојати орган за заштиту народних права јер „свуда гди нема законог органа за упражњавање народних права ту држава није савршено устројена”. Стога је потребно да „народна права закони орган добију”, чиме ће она исто онако као што су по својој суштини природне границе државној власти, и моћне препоне бити, да она злоупотребљења чинити не може”.⁸²

О питању који би орган могао то бити, Матић мисли да то треба да буде народна скупштина са жељом да буде бирана од што већег броја грађана.⁸³ Бирачко право не треба да буде сужавано кроз условљавање његово путем цензуса или бирачког пореза, јер „наученост и отечествољубље и поштени карактер који се подмитити не да, не зависи од богатства”.⁸⁴ Уз све то он помиње да „над народ као што је у представничкој држави на законодавству учествује онда се у њему и љубав према обштој ствари умложава, а на том се оснива отечествољубље које је извор свију грађански добродетељи”.⁸⁵

Надаље, он говори о хармонији између народа и владе. Каже да опозицију треба легализовати. „Уставна држава дозвољава да свака потреба и свако право до уважења дође али само законим путем и начином. Опозиција је опасна кад она у мрану ради. Зато јој треба дозволити да може говорити, па ће она сама своје намере и своју силу показати и открити. Кад је опозиција доиста паметна она је влади од асне да ова њену мудрост себи може присвојити. Опозиција је онда страшна и ужасна, кад ћути и мучни ради”.⁸⁶

Види се да Матић идеалистички схвата односе у друштву, чак сентиментално и добродушно. Али он је поставио тезу о опозицији, о народној скупштини, о неограниченим изборима за њу у погледу богатства, те ова теза није могла без последица проћи у држави у којој је слобода била рудиментарна. Иако је све његово размишљање било упућено будућем државном устројству, са алузијама на постојеће стање, он конкретно напомиње, на једном месту, да је домаћи Совјет „пуномоћник народа па као што пуномоћник вољу властодавца испуњава тако и он тај позив има”.⁸⁷ Ово је пак изговорено на политичком тлу са регулама „да је народ пупила а правитељство тотор”. Као резултат свега дошло је пребацивање Матића у администрацију да би се његово слободоумље лишил даљег утицаја на младеж.

⁸⁰ Д. Матић, *Бачки дневник*, 5. април 1948.

⁸¹ Д. Матић, *Начела државног умног права*, Београд, 1850, стр. 85.

⁸² Д. Матић, *Наведено дело*, стр. 140/41.

⁸³ С. Јовановић, *Наведено дело*, стр. 101.

⁸⁴ Д. Матић, *Начела умног права*, стр. 168.

⁸⁵ Исто.

⁸⁶ Димитрије Матић, *Начела државног умног права*, стр. 161.

⁸⁷ Д. Матић, *Јавно право...*, стр. 146.

Матићев колега Коста Цукић, професор народне економије, био је још оштрији и борбенији. Оно што је он написао у свом уџбенику „Финансије“ на неколико релација било је допуна Матићевим списима. Тако је Матић критиковао бирачки порез а Цукић бранио посланичке дневнице. Напокон Цукић тврди да се Совјет не може упоредити са слободним европским народним скупштинама. Он би хтео да састав Совјета мање зависи од Кнеза.⁸⁸

И Цукић је уклоњен са Лицеја. „После недуга професоровања влада нађе да је млади доктор веома бујан па, бојећи се да не пали место да осветљава, тргне га с тог места“.⁸⁹

Политички расплет је дошао законитошћу односа друштвених снага. Средином 1851. либерални професори, Матић, Цукић и Џенић су лишени предавачких места, обустављен је рад „Дружине Младежи Србске“. Нешто раније забрањена је „Шумадинка“. Тако се стишао први талас либерализма у Србији. Он није могао дати неке знатније плодове с обзиром, да услед закаснелог капиталистичког развитка, нису још биле сазреле друштвене снаге које би могле да пођу за модерним европским идејама. У Србији половином XIX века није било либералне буржоазије нити индустријског пролетаријата нити уопште довољно јаким и борбеним снага које би окупиле радне масе града и села и организовале их за борбу.⁹⁰ Међутим, друштвени процес постепеног али сталног нарастања елемената либералне буржоазије и интелигенције није се могао спречити.⁹¹ Резултати тог процеса показали су се на Светоандрејској скупштини 1858. Тада је кнез А. Карађорђевић збачен са престола, враћени су Обреновићи, али је изгласан и први закон о Народној скупштини. Србија је ступила на пут постепеног парламентарног политичког развоја захваљујући, добрим делом, либералима.

З а к љ у ч а к

Предлиберализам је идејна струја која се јавља у Србији око 1848. године, у атмосфери револуционарног врења у целој Европи. Његови носиоци су млада интелигенција са Лицеја и неколицина од првих српских интелектуалаца школованих на страни. Сустицањем деловања ових друштвених чинилаца настао је први талас либерализма у Србији — предлиберализам. Као идејни основ, по коме се вршило политичко груписање, предлиберализам карактерише непостојање формалне политичке групе. Афирмисане идеје либерализма (слобода штампе, парламентаризам, уставност) нашле су своје протагонисте и симпатизере. То су били оснивачки радови за касније формирање прве либералне странке, са Јевремом Грујићем на челу.

⁸⁸ Слободан Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада*, стр. 102 и 104.

⁸⁹ М. Ђ. Милићевић, *Поменик знаменитих људи у српскога народа новијега доба*, стр. 300.

⁹⁰ Др Д. Јанковић, *О политичким странкама у Србији XIX века*, стр. 107.

⁹¹ Др Д. Јанковић, *Наведено дело*, стр. 108.

Предлиберализам је историјски претходећа фаза у развоју либерализма у Србији. Не некаква логички нужна фаза, хегелијански схваћеног развоја, већ **фаза детерминисана историјском ситуацијом времена** из које се, опет, друштвено-економским и политичким развојем много тога преноси у наредну.

Поред временске димензије (1848—1851) предлиберализам карактерише: 1) **Теоријска обрада идеја либерализма** која неће одликовати светоандрејске либерале. Индикативан је случај Јеврема Грујића који ће следћих година сасвим другачије политички деловати. „Обзор државе“ ће остати први и последњи његов натпис теоријског карактера, а у зрелим годинама своје политичке активности показаће да су му страна таква политичка умовања. Либералне професоре Лицеја, пак, одликовало је супротно. Крајњи досег њихове либералне делатности била је обрада неких идеја либерализма у њиховим уџбеницима.

2) **Испреплетеност идеја либерализма са национално-ослободилачким полетом и идејом словенства.** У ствари, реч је о три појаве у симбиози. Јер, „славјанство“ је имало извесну дозу либерализма и у таквом облику је проповедано. Национално-ослободилачки полет је био добра подлога за „салто“ уласка српске романтичарске омладине у идејни свет либерализма. Том идејном скоку „младежи српске“ „кумовали“ су њихови учитељи, школовани на европским универзитетима пред 1848, и многи „родољуби и слободњаци“ који су, својим доласцима на скупштине „Дружине“, омогућили тим састанцима значај и далекосежност.

Марко ПАВЛОВИЋ

SERBIAN PRELIBERALISM

— Summary —

Preliberalism is an ideological stream which appears in Serbia about 1848, in the atmosphere of revolutionary perturbations in whole of Europe. Its representatives were young intellectuals educated at Liceum and a few of the first Serbian intellectuals educated at European universities. By the interaction of these social factors first wave of liberal streams in Serbia of XIX century came into being. In that way the ideas of liberalism (liberty of press, parliamentism, constitutionalism) were affirmed and its protagonists and sympathizers enlisted. Being an ideological basis for political setting apart, preliberalism is characterised by the absence of formal political group. However, this ideological movement was representing first attempt in course of forming political parties at the Assembly of Saint Andrej.