

ГЛАСНИК

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ

ШКОЛСКА ГОДИНА 1984/1985.

КРАГУЈЕВАЦ, 1985.

Издавач:

Правни факултет у Крагујевцу, ул. Слободе 6б

Редакциони одбор:

Проф. др Владимир Водинелић, проф. др Милан Петровић,
проф. др Тодор Подгорац, Милена Петровић, асистент-
приправник, Дубравка Вељић, студент

Главни и одговорни уредник:

Проф. др Живомир Ђорђевић

Секретар Редакционог одбора:

Проф. др Тодор Подгорац

Превод резимеа са српскохрватског
на енглески и француски:

Миливоје Исаиловић

Учесници у финансирању штампања овог броја:

Републичка заједница науке Србије и
Основна заједница науке региона Шумадије и Поморавља

Тираж:

350 примерака

Штампа:

ГРО „Просвета“, Београд, Ђуре Ђаковића 21



Печат Лицеума Књажества Србије
у Крагујевцу
(1839)

С А Д Р Ж А Ј

МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО

- Др Смиља Аврамов, ред. професор
 УЈЕДИЊЕНЕ НАЦИЈЕ 1945—1985
 THE UNITED NATIONS 1945—1985 — — — 5
- Др хаб. Lech Antonowicz, ред. професор Правног факултета у Лублину
 ПОЈАМ СУВЕРЕНОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ (теоретска скица)
 LA NOTION DE LA SOUVERAINETÉ DANS LE DROIT INTERNATIONAL (esquisse théorique) — 17
- Др Миленко Крећа, доцент Правног факултета у Београду
 О ОРГАНИМА НАДЛЕЖНИМ ДА ПРЕДСТАВЉАЈУ ДРЖАВУ У МЕЂУНАРОДНИМ ОДНОСИМА
 ON THE ORGANS COMPETENT TO REPRESENT THE STATE IN INTERNATIONAL RELATIONS 24

КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО

- Др Владимир Водинелић, ред. професор
 ТАКТИЧКИ НАЧИНИ И КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО
 TACTICAL MODES AND CRIMINAL PROCESS LAW — — — — — 34
- Др Живојин Л. Алексић, ред. професор Правног факултета у Београду
 ПОЖАРИ И ЕКСПЛОЗИЈЕ (Узроци и одговорност)
 CONFLAGRATIONS AND EXPLOSIONS (Causes and responsibility) — — — — — 44

Мр Снежана Соковић, асистент

ГРАНИЦЕ ДОКАЗИВАЊА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

THE LIMITS IN ADDUCING EVIDENCE IN THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE — — —

56

СТВАРНО ПРАВО

Др Драгољуб Стојановић, ред. професор

МЕЊА ЛИ ПРИВАТНА СВОЈИНА СВОЈУ ФУНКЦИЈУ?

LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE CHANGE-T-ELLE SA FONCTION? — — — — —

66

ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО

Мр Душица Палачковић, асистент

О НЕКИМ РАЗЛИКАМА (СЛИЧНОСТИМА) ТУЖБЕ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА И ПРЕДЛОГА ЗА ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА ПРЕД СУДОМ УДРУЖЕНОГ РАДА

SUR CERTAINES DIFFÉRENCES (ANALOGIES) DE L'ACTION DE LA PROCÉDURE DE PROCÈS ET LA PROPOSITION D'INTENTER LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR DU TRAVAIL ASSOCIÉ — — — — —

79

ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ

Др Драгомир Церовић, ред. професор (у пензији)

ОПАЖАЊА И НАПОМЕНЕ ЗА ОКРУГЛИ СТО О ПРОБЛЕМИМА ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ И ТРАНСФЕРА ТЕХНОЛОГИЈЕ У ХЕМИЈСКОЈ ИНДУСТРИЈИ ЈУГОСЛАВИЈЕ

OBSERVATIONS AND REMARKS FOR THE ROUND TABLE ABOUT SOME PROBLEMS OF INDUSTRIAL PROPERTY AND TRANSFER OF TECHNOLOGY IN YUGOSLAV CHEMICAL —

91

ПОРОДИЧНО ПРАВО

Др Љиљана Ђуровић, доцент

БРАЧНИ ИМОВИНСКИ РЕЖИМИ У ПРАВИМА НЕКИХ КАПИТАЛИСТИЧКИХ ЗЕМАЉА
LES RÉGIMES MATRIMONIAUX DES BIENS DANS LE DROIT DE CERTAINS PAYS CAPITALISTES — — — — —

98

Др Зоран Поњавић, доцент

СПОРАЗУМНИ РАЗВОД БРАКА СА ЗАЈЕДНИЧКОМ ДЕЦОМ У ЗАКОНОДАВСТВУ СР СРБИЈЕ
LE DIVORCE CONVENTIONNEL AVEC LES ENFANTS COMMUNS DANS LA RÉGISTRATION DE LA RS DE SERBIE — — — — —

108

ПРИВРЕДНО ПРАВО

Др Ивица Јанковец, ред. професор
ЈЕДАН ПРИЛОГ РАЗМИШЉАЊИМА О НОВ-
ЧАНОЈ НАКНАДИ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ
ЗБОГ ПОВРЕДЕ УГОВОРА

UNE CONTRIBUTION AUX RÉFLEXIONS SUR
L'INDEMNITÉ PÉCUNIAIRE POUR LE DOMMA-
GE IMMATÉRIEL CAUSÉ PAR LA VIOLATION
DU CONTRAT — — — — —

117

Мр Миодраг Мићовић, асистент
О ПОВРЕДАМА ПОСТУПКА ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ
УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ ПУТЕМ ЈАВНОГ НАД-
МЕТАЊА

LES VIOLATIONS DE LA PROCÉDURE POUR
LA CONCLUSION DU CONTRAT DE CON-
STRUCTION PAR L'ADJUDICATION PUBLIQUE

135

МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Мр Милена Петровић, асистент
МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ФОРМУ ТЕСТАМЕНТА
СА СТРАНИМ ЕЛЕМЕНТОМ ПРЕМА ХАШКОЈ
КОНВЕНЦИЈИ О СУКОВУ ЗАКОНА У МАТЕ-
РИЈИ ФОРМЕ ТЕСТАМЕНТАРНИХ РАСПОЛА-
ГАЊА

LE DROIT COMPÉTENT POUR LA FORME DU
TESTAMENT AVEC UN ÉLÉMENT ÉTRANGER
SELON LA CONVENTION DE LA HAYE SUR LE
CONFLIT DES LOIS DANS LA MATIÈRE DE LA
FORME DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

147

ПРАВНА ИСТОРИЈА

Др Аристид Теодоридес, професор Слободног Универ-
зитета у Бриселу, доктор *honoris causa* Универзитета
„Светозар Марковић“ у Крагујевцу

УПУТСТВА ФАРАОНА ВЕЛИКОМ ВЕЗИРУ (ЏА-
ТИЈУ) КАКО ДА ДЕЛИ ПРАВДУ

LES INSTRUCTIONS DU PHARAON AU GRAND
VIZIR (DJATI) INDIQUANT À CELUI-CI COM-
MENT RENDRE LA JUSTICE — — — — —

157

Мр Емилија Станковић, асистент
О АЗИЈСКОМ НАЧИНУ ПРОИЗВОДЊЕ
SUR LE MODE DE PRODUCTION ASIATIQUE

162

Др Тодор И. Подгорац, ванр. професор
ВЕЛИКИ ЈУБИЛЕЈ (150-годишњица доношења
Сретењског устава)

THE GREAT JUBILEE (150th Anniversary of the
Passing of the Constitution of Sretenje) — — — — —

167

Марко Павловић, асистент-приправник

ОДЈЕЦИ ЛИБЕРАЛНИХ ИДЕЈА НА ПЕТРОВ-
СКОЈ СКУПШТИНИ 1848

ECHOES OF LIBERAL IDEAS IN ST PETER'S
DAY ASSEMBLY 1848 — — — — —

186

ТЕОРИЈА ПРАВА

Др Andrzej Kojder, доцент Правног факултета у Вар-
шави

ПРАВО КАО ПРЕДМЕТ АКСИОЛОШКИХ АНА-
ЛИЗА

LAW AS THE OBJECT OF AXIOLOGICAL ANA-
LYSES — — — — —

196

СОЦИОЛОГИЈА

Др Миленко Јовановић, ред. професор (у пензији)
РЕЛИГИЈА И СОЦИЈАЛИСТИЧКО ДРУШТВО
RELIGION AND SOCIALIST SOCIETY — —

203

Др Војин Радомировић, ванр. професор
ПОРОДИЧНО, ПОЛИТИЧКО И ЕКОНОМСКО У
НАШОЈ ПОЉОПРИВРЕДИ

FAMILIAR, POLITICAL AND ECONOMIC TRA-
ITS IN OUR AGRICULTURE — — — — —

214

ПРИКАЗИ

Мирослав Милекић, асистент-приправник

Миодраг Јовичић: ВЕЛИКИ УСТАВНИ СИСТЕ-
МИ, „Светозар Марковић“, Београд 1984 — —

223

Мр Миодраг Мићовић, асистент

Henri Baudraz: LE DROIT APPLICABLE AU
CONTRAT D'AGENCE (en droit suisse, allemand,
français et anglais) ÉTUDE DE DROIT INTERNA-
TIONAL PRIVÉ ET DE DROIT COMPARÉ, Lau-
sanne, 1979 — — — — —

225

PERSONALIA

Т. Подгорац

Поводом пензионисања професора:

СМИЉА АВРАМОВ — — — — —

228

ВЛАДИМИР ВОДИНЕЛИЋ — — — — —

232

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

О. С.

АРИСТИД ТЕОДОРИДЕС (ARISTIDE THÉODO-
RIDÈS) — ПОЧАСНИ ДОКТОР НАШЕГ УНИ-
ВЕРЗИТЕТА — — — — —

237

БЕСЕДА АРИСТИДА ТЕОДОРИДЕСА ПРИЛИКОМ ЊЕГОВОГ ПРОГЛАШЕЊА ЗА ПОЧАСНОГ ДОК- ТОРА НАУКА — — — — — — — — — —	238
Т. П. СПОРАЗУМ О САРАДЊИ СА ПРАВНИМ ФА- КУЛТЕТОМ У ЛУБЛИНУ (потписан 24. маја 1985)	241
Т. П. ПОНУЂЕНА САРАДЊА — — — — — — — —	243
Т. П. АСИСТЕНТИ НА УСАВРШАВАЊУ У ИНО- СТРАНСТВУ — — — — — — — — — —	244
С. М. (Слободан Марковић, асистент-приправник) МАКС ПЛАНК ИНСТИТУТ ЗА ИНОСТРАНО И МЕЂУНАРОДНО ПАТЕНТНО ПРАВО, АУТОР- СКО ПРАВО И ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ (Ос- новни подаци) — — — — — — — — — —	247
С. М. МЛАДИ НАУЧНИ РАДНИК У ИНОСТРАНОЈ НАУЧНО-ИСТРАЖИВАЧКОЈ УСТАНОВИ — —	250
Т. П. ВАЖНИЈИ СКУПОВИ — — — — — — — —	252
ДОКТОРСКА И МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ ОДБРАЊЕНЕ НА ПРАВНОМ ФАКУЛТЕТУ У КРАГУЈЕВЦУ — —	254

МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО

УЈЕДИЊЕНЕ НАЦИЈЕ 1945 — 1985

I За четрдесет година свог постојања Уједињене нације прошле су кроз опора и тешка искушења. Сви се слажу да нису испунила очекивања својих оснивача, па се отуда данас, оштрије него раније, поставља питање да ли треба ревидирати Повељу и прилагодити је измењеним условима живота, или пак, створити нову светску организацију на потпуно новим темељима, са савршенијим механизмом. Критике на рачун УН поткрепљују се стравичним призорима из ратова, који се непрекидно воде минулих деценија, иако их Повеља забрањује, тешком економском кризом која потреса свет, и коначно све убрзанијим ходом човечанства ка амбису.

Критика није увек најподеснији начин да се објасни сва сложеност савременог света, нарочито не када се води празним фразама и једностраним мерилима. Не може се оспорити чињеница да је данас светска ситуација много гора, него што је била у време настанка УН, али је неприхватљив став да се негативан политички биланс за протекле четири деценије механички пренесе у простор Повеље.

Уједињене нације су производ историјске нужности, у питању је један грандиозни подухват, у чијим је темељима уграђен један нов филозофски поглед на свет, који је у процесу правно-нормативног уобличавања претрпео извесна ограничења, диктирана политичким односима њених оснивача. Отуда је историјски контекст најприкладнији пут за оцену и сагледавање слабости, али и позитивних страна УН, за прихватање и одбацивање поука и порука прошлости, од којих су пошли њени оснивачи.

Сагледавање пређеног пута од посебног је значаја за Југославију, која улази у ред веома малог броја држава оснивача и Друштва народа и Уједињених нација и многобројних специјализованих организација са универзалистичким циљевима. Но треба додати да чланство у међународним организацијама сеже дубље у историју. Стара Србија, излазећи на међународну сцену, после једне тешке драме изазване Османлијским освајањем и поробљавањем, пришла је одмах, тек основаној Телеграфској Унији 1865, првој међународној организацији модерног типа и низу међуна-

родних организација створених у другој половини XIX века. Била је запажени учесник Хашких мировних конференција 1899 и 1907. Водила је ратове за национално ослобођење окренута ка европском простору. У суровој политици балканског региона, кроз чланство у међународним организацијама иказивала је себе, не само територијално, него и политички као саставни део европског простора. Унутрашње кризе, династичке и страначке борбе, па коначно револуционарне промене које су се одиграле у току и после другог светског рата представљају, истина, етапе јасно одвојене, квалитативно различите са становишта унутрашње политике, али постојање континуитета у чланству међународних организација од фундаменталног је значаја за разумевање дугорочних стремљења народа и његовог поимања света. На овом историјском ангажовању изграђивала се национална свест народа, његова отвореност према свету, спремност да вредности не мери само националним мерилима, што ће доћи до изражаја у свеопштој подршци реализацији циљева Уједињених нација као и у политици несврстаности.

Уједињенена ације произашле су из истоимене ратне коалиције, формиране 1. јануара 1942. године. САД, најмоћнија капиталистичка сила, СССР, прва земља социјализма и Велика Британија најмоћнија колонијална сила, заједно са осталим чланицама Антихитлеровске коалиције сагласиле су се да „уједине своје снаге ради очувања међународног мира и безбедности“, да буду „трпељиви и да заједно живе у миру“. Усвојили су и унели у Повељу УН која представља уставни акт нове светске организације, кључне етичке категорије као што су: јединство света, добробит човечанства, поштовање права човека и основних слобода за све, без обзира на расу, пол, језик или веру. Могућност заједништва у миру држава за различитим, антагонистичким идеологијама, усвајање једног заједничког фонда вредности, саглашавање о реформама које треба извршити у светским размерама на економском, социјалном и културном плану, представља највећи заокрет у новијој историји, посебно историји великих идеолошких система. Ова оријентација значила је напуштање идеолошког радикализма, напуштање партикуларних интереса као врхунских. Савезници нису гајили илузије да сукоба интереса неће бити, јер у свету који се креће ка новим просторствима то је неминовно и логично. Али те сукобе, по једнодушном оцени оснивача УН, биће лакше решавати унутар једне светске организације засноване на правним правилима. Отуда су Уједињене нације конструисане и замишљене као средиште за усклађивање акција и решавање евентуалних спорова кроз један сложени правно-технички инструментариј кога садржи Повеља УН. У извештају Британском парламенту о резултатима конференције у Сан Франциску, министар иностраних послова Велике Британије је изјавио: „Ниједна земља заступљена на конференцији није остварила све што је желела... Такви компромиси су неизоставни у сачињавању једног великог међународног инструмента као што је Повеља“. Овде само треба додати да Повеља не представља компромис уских, локалних интереса, него један нов систем међународних односа, који у себи носи елементе

глобалне политике. У својој бити Повеља значи слом апсолутног хтења, оптималних индивидуалних решења, било да су засновани на територијалним или идеолошким претензијама. То је поука коју су оснивачи ове организације извукли из оних трагичних збивања у Европи у предвечерје другог светског рата.

II Идејни творци Уједињених нација видели су смисао и основни циљ нове светске организације у стварању једног универзалног система безбедности, унутар заједнице суверених држава. У високом степену међузависности на економском и културном плану, коначно и на политичком кроз искуство II светског рата, налазили су материјалну базу за овај подухват. Конструисан на теоријском плану, систем безбедности садржавао је три основна елемента:

1. Одривање од употребе силе као средства за решавање међународних спорова,

2. Недељивост светског мира и ангажовање свих чланица међународне заједнице на спречавању аката агресије или васпостављању светског мира,

3. Повиновање одлукама међународног ауторитета, који би био снабдевен надлежношћу да утврди повреду мира и мере које треба предузети.

Имајући у виду неуспех Друштва народа, у чијем је систему безбедности била пренаглашена улога права, оснивачи Уједињеним речима, безбедност мора имати свој ослонац у организованој нацији усвојили су један реалистичнији приступ. Сила пред-сила, а у поступку контроле и примене силе од прворазредног су значаја правила међународног права.

Овај концепт безбедности уграђен је у први нацрт Повеље УН, који је разматран на конференцији у Дамбартон Оуксу. Кроз разрађен правно-технички инструментариј добио је назив колективна безбедност и постављен је у сам епицентар правнополитичког система Уједињених нација. Безбедност је у својој бити темељни садржај Повеље, *ratio legis* овог правног акта. Сам појам колективне безбедности није нов; новина је 1945. године била у дубокој вери да се он може остварити унутар држава са различитим друштвено-економским системима и антагонистичким идеологијама.

Специјална одговорност за одржање мира и безбедности у свету поверена је Великим силама: САД-у, СССР-у, Великој Британији, Кини и Француској, кроз сталност њиховог чланства у Савету безбедности и посебним овлашћењима. Пошло се од чињенице да су Велике силе поднеле главни терет рата, отуда логично контрола силе треба да остане у њиховим рукама. Али, пошло се и од претпоставке да ће акционо јединство Великих из доба рата бити очувано и у миру.

Савет безбедности признат је, без посебних тешкоћа, као врховни ауторитет на плану безбедности и кроз гл. VII Повеље снабдевен великом дискреционом моћи. Дато му је право, сходно чл. 39. да утврди да ли постоји повреда мира или акт агресије, а затим да донесе одлуку о колективним мерама које треба предузети у циљу очувања или васпостављања мира. Право на предузимање колективних мера, које се крећу у распону од заједничке

акције на дипломатском и економском плану, па до колективне војне акције, представља најосетљивију тачку система, јер се сукобљава са традиционалним схватањем суверенитета држава. Да би могао ефикасно деловати и располагати системом принуде у свако време, Повеља обавезује све своје чланице да му ставе на расположење оружане снаге, помоћ и олакшице, на његов позив а у складу са посебним споразумима; затим, чланице Уједињених нација преузеле су обавезу да ће се уздржати од помоћи држави против које су предузете колективне мере. Веровало се да тим путем Организација неће бити ненаоружана у случају евентуалног насиља или агресије.

Значај ових начелних одредаба је умањен кроз процесно-правне одредбе, о којима је постигнут компромис на Јалти, а које су дефинитивно уовојене на конференцији у Сан Франциску 1945.

У Дамбартон Оуксу експерти су се сагласили да Савет безбедности мора бити признат као врховни ауторитет на плану мира и безбедности. Али су се разишли по питању система гласања у поступку одлучивања о предузимању колективних мера. Док су се САД и Велика Британија залагале за систем 2/3 већине по суштинским питањима, а просте већине по процесним питањима, СССР је захтевао једногласност сталних чланица Савета безбедности по свим мериторним питањима, чак и у случају када је један стални члан странка у спору, што је у супротности са основним правилом признатим у унутрашњим поретцима свих држава света, укључујући и СССР: *Nemo iudex in re sua*. Стаљин је на Јалти наглашавао да за њега то питање није ствар правно-техничка, него политичка, да техника гласања има снажну политичку функцију. Било би смешно, истакао је он 4. II 1945: „да једна Албанија може да има исти глас као и три Велике силе које су извојевале рат... СССР је спреман да у заједници са САД-ом и Великом Британијом заштити права малих земаља, али се никад не би сложио да било која акција, ма које од Великих сила, буде подвргнута оцени малих сила.” Указивање Идна, министра иностраних послова Велике Британије да тако пројектована Организација неће моћи контролисати или опречити агресију коју би евентуално починиле саме Велике силе, да мале земље неће бити мотивисане да приступе једној таквој организацији, остала су без икаквог дејства. Стаљинов став, познат као „Јалтска формула” усвојен је, и нашао своје место у чл. 27. Повеље УН. Једини уступак учињен је у погледу доношења одлука у поступку мирног решавања спорова; ту се странка у спору мора уздржати од гласања, али не и у поступку доношења одлуке о принудним мерама.

Дилеме са којима су се суочили оснивачи УН рељефно је изразио Фелдмаршал Смотс, у писму упућеном председнику британске владе Черчилу: „Ако би се основала нека светска организација која не би укључила Русију, она би постала центар теже за једну другу групу. Тако бисмо кренули ка трећем светском рату. Ако УН не створе једну такву организацију компромитоваће се пред историјом.”

Кроз „јалтску формулу” дата је предност политици над правом. Сенатор Артур Ванденберг, говорећи пред америчким Сена-

том 29. јуна 1945. о резултатима конференције у Сан Франциску указао је да не треба имати никаквих илузија у погледу мана и недостатака Повеље. Подржавајући ратификацију он је изразио своје уверење да је „алтернатива физички и морални хаос света... Стоји чињеница да смо се ми суочили са околностима, а не са теоријом.”

Један апстрактно пројектован систем безбедности сукобио се са једним сасвим одређеним страхом Стаљина да се не би поновио случај Друштва народа, када је СССР, децембра 1939. искључен из ове Организације због напада на Финску. Његова основна преокупација била је како обезбедити кооперативну акцију са Великом Британијом и САД-ом у послератном свету, а не систем колективне безбедности. Та идеја проткива се кроз целу послератну политику СССР-а.

Систем колективне безбедности усвојен у Повељи стављен је у надлежност Савета безбедности, али се тај ауторитет лишава снаге уколико се не постигне јединство Великих сила; без тога свет остаје тамо где је и био пре формирања УН. Повеља у том погледу представља *lex imperfecta*. Забрана употребе силе улази у категорију *jus cogens*-а, агресија је проглашена за међународно кривично дело, а да истовремено тај систем није примењив на пет Великих сила. За њихов сукоб у Повељи нема места, она за то није грађена. Ово није пропуст техничко-правних стручњака, него резултат компромиса.

Државни секретар за иностране послове Стетинијус истакао је у Конгресу да нова светска организација није замишљена, нити ће у ма ком случају моћи да дејствује у кризама или оружаним сукобима који би могли избити између Великих сила. Ту треба тражити, по његовом мишљењу суштину вета. На питање шта ће се догодити ако би једна од сталних чланица Савета била умешана у агресију, Стетинијус је одговорио: „Отуда би произашао прави рат”. Исти став изнео је и државни секретар за иностране послове Велике Британије у Парламенту, поводом ратификације Повеље: „никаква принудна акција од стране Организације не може бити предузета против Великих сила... Уколико би дошло до такве ситуације УН би промашиле свој циљ и сви чланови би могли да предузму мере које им у датим околностима изгледају најподесније.” Посматран кроз ту призму систем колективне безбедности у Повељи има елемената класичног савеза. У прилогу ове тезе говори цео послератни развој. У мери у којој су се заоштравали односи између Супер сила слабио је систем колективне безбедности, да би у периоду хладног рата, када долази до распада савеза био комплетно паралисан и систем колективне безбедности.

Тумачењем Повеље граматичким и историјским методом намеће се закључак да УН никад нису биле ни замишљене као апсолутна гаранција мира. Чл. 39. гл. VII не садржи прецизна правна ограничења, него све препушта слободној оцени Савета безбедности. Тај став данас брани велик број теоретичара и на Западу и на Истоку. Међутим, применом правничке логике намеће се други закључак; природа сваког правног акта укључује у себи и

намеће потребу, до одређеног степена, апстрактног резоновања. Од општих ограничења које намеће Повеља, посебно ограничења из чл. 2 т. 4 о забрани претње и употребе силе против територијалног интегритета и политичке независности ма које земље, не могу бити изузете ни Велике силе. Од посебног је значаја, у том погледу, увод Повеље, кроз који је мотивација оснивача УН попримила формалноправни карактер: „Ми народи УН решени да спасемо будућа поколења од ужаса рата...” Функционална аутономија која је призната Савету безбедности не може се поставити ван свих правних оквира. Савет безбедности је само део система. Коначно, безбедност као политичка категорија почива на солидарности, а не конфронтацији, која је доминирала у односима Великих сила у протеклом периоду. Међутим, и сувише дуг период парализе система безбедности УН, осећање свемоћи Супер сила и стално предочавање о дејству њиховог нуклеарног арсенала, створили су неку врсту митологије силе, која је паралисала и саму правну науку.

Треба, међутим, додати да компромисно решење прихваћено на Јалти и у Сан Франциску, никад нико није посматрао као идеално и на самој конференцији изазвао је оштру реакцију од стране малих и средњих земаља. Ипак, прихваћена је „Јалтска формула” као једина алтернатива политици силе; у једногласности Великих сила, или како се то касније популарно назвало правом вета пронађен је чак и један рационални елеменат, наиме, да се тим путем спречава доминација од стране само једне Велике силе, али још увек верујући да систем безбедности УН неће почивати на диктату Великих, да тај систем представља, не само ограничење и контролу силе, него и гаранцију моралних вредности садржаних у Повељи. Коначно, текст Повеље прихваћен је као прва фаза у стварању услова безбедности у једном новом свету. Чл. 43. Повеље предвиђа као другу фазу закључење споразума у погледу војних снага које би биле стављене на расположење Савету безбедности, а као трећу постизање споразума о комплетном разоружању. Међутим, од предвиђене три фазе остварена је само прва.

Сасвим природно да се у овако окрњеном оквиру систем колективне безбедности није могао афирмисати; могло би се чак рећи да није уопште заживео. Да ли почетак неспоразума између Великих сила треба тражити у забрани Стаљина да дозволи Савезничким ваздухопловним снагама слетање на територију коју су окупирале совјетске трупе, о чему је постигнут споразум на Јалти, или пак у Декларацији трију сила САД-а, Велике Британије и Канаде од 15. новембра 1945. којом се и формално одбија да повере свом ратном савезнику формулу о производњи атомске бомбе и пруже информације у погледу практичне индустријске и војне примене атомске енергије, или пак у трећим околностима, није данас од посебног значаја. Стоји чињеница да су УН живеље четири деценије у свету потпуно различитом од онога кога су имали у виду њени оснивачи. Зоне затегнутости и сукоба су се из дана у дан проширивале, а и узајамне оптужбе. Фебруара 1946. Стаљин оптужује Запад због непријатељства према СССР-у, а нешто касније Труман у посланици Конгресу указује на ширење

Совјетске моћи и успостављању тоталитарних режима у земљама које је окупирао: Бугарској, Мађарској и Румунији.

Од идеје колективне безбедности прешло се врло брзо на идеју „безбедност кроз пактове“; 4. априла 1949. закључен је Североатлански пакт, а истовремено СССР улази у серију билатералних војних савеза, да би 14. маја 1955. оформио кроз Варшавски уговор војно-политичку организацију. У наредним годинама САД ће ући у разне облике савеза са више од 40 земаља света, а СССР са 10. Одвојени системи безбедности двају Супер сила се шире са тенденцијом да обухвате све континенте. Затегнутост и конфронтација између двају војно-политичких организација није била ограничена на географске границе; обе су водиле глобалне светске политике. На тај начин дошло је коначно до дезинтеграције светског система безбедности.

Два пута у нашем веку историјски поражена „политика силе“, и њена пратећа догма „сила чини право“, убрзо васкрсава после осуде, тј. после I и после II светског рата. Узајамне оптужбе, бројне оружане интервенције, директне и индиректне, које су у протеклом периоду предузимале Велике силе, постепено су рушиле, не само универзални систем безбедности, него и темеље на којима почивају УН. Опијени вртоглавим технолошким успоном, две Супер силе оствариле су своју „слободу“ од свих правних ограничења, кроз нуклеарни арсенал, али се та њихова „слобода“ прометнула у свеопшту несрећу и казну, па и њихову сопствену. Универзални систем безбедности је разбијен, не у име новог, бољег или савршенијег система, него у име једне анахроне политике, која не одговара нуклеарне епохе.

Изненађујуће је свакако, при свему томе, да је систем УН уопште преживео, али, како је то добро запазио недавно преминули канадски теоретичар, Блумфилд (Bloomfield), захваљујући „не одредбама Повеље, него прагматичким решењима, у атмосфери страшне прошлости и мрачне будућности атомског рата“. Савет безбедности, чија је улога снажно опала, деловао је на сасвим једном суженом простору, тамо где интереси двеју Супер сила нису били директно укључени. Чињени су многобројни покушаји да се систем побољша, да се пронађе алтернатива за неуспех Савета безбедности. Резолуцијом „Уједињени за мир“, од 3. новембра 1950, усвојеној од стране Генералне скупштине, оформљен је допунски систем колективне безбедности, али је он заснован на добровољном карактеру и има сасвим ограничене могућности. Исте године формиран је Комитет за колективне мере са задатком да разради путеве и начине да се побољша систем колективне безбедности. Сачињени су многобројни извештаји, усвојене су безбројне резолуције на тему: јачање улоге УН у вези мира и безбедности. Није протекло ни једно заседање уназад три и по деценије, а да се на дневном реду Генералне скупштине није нашло и ово питање.

Југославија је још на самој оснивачкој конференцији у Сан Франциску, а затим и касније, пружила пуну подршку изворном концепту колективне безбедности, свесна да тиме жртвује део свог суверенитета, али у корист универзалног система безбедности.

Отуда се одлучно супроставила сваком покушају да се колективна легитимација дата Савету безбедности као целини, замени неком врстом конзорцијума Великих сила, који би деловао на бази компромиса независно од норми и принципа које предвиђа Повеља. Отуда је и предлог СССР-а да пет Великих сила закључе Пакт као алтернативни систем безбедности, наишао на одлучну критику и отпор од стране Југославије. У тежњи да допринесе оживо-творењу система колективне безбедности, југословенска делегација на V редовном заседању Генералне скупштине, 26. септембра 1950, предложила је нацрт Декларације о дужностима држава у случају избијања непријатељства, којим се употребљава механизам за откривање агресора. Декларација је усвојена са огромном већином (51:5 и 2 уздржана гласа), али у пракси до њене примене није дошло. Бројне иницијативе потекле су од несврстаних земаља, од Генералног секретара УН, групе скандинавских земаља, па и самих Великих сила. На XXV заседању Генералне скупштине усвојена је „Декларација о јачању међународне безбедности“, на XXXVI „Декларација о недозвољености интервенције и немешања у унутрашње послове држава“, на XXXIX Генерална скупштина је препоручила Савету безбедности да да приоритет разматрању о потреби јачања система колективне безбедности, његовом механизму и методама деловања. И поред сталног погоршања међународне ситуације, отварања нових кризних жаришта и отворених оружаних сукоба две Супер силе нису могле да идентификују свој заједнички интерес, нити да дођу до сагласности о путевима обезбеђења светског мира. Репродуковале су увек нове резолуције иза којих није следила конкретна акција.

Било би савршено погрешно потценити те огромне напоре и поред досадашњих неуспеха; али се ипак не може испустити из вида чињеница да неуспех система колективне безбедности није проистекао из недостатака самог механизма, којих несумњиво има, него из сукоба двају водећих сила САД-а и СССР-а, чије су политике данас једна особена комбинација силе и идеологије. Анализом најжешћих криза које су потресале свет: Берлинске, Корејске, Блиско-источне, Кубанске, рата у Вијетнаму, Авганистану, Кампучији итд. очито говоре да је идеологија и једне и друге стране била само једна додатна димензија уз све остале државно-оперативне факторе, као што су „витални интереси“, „заштитни појасеви“, „економска корист“ итд. Идеологија је у свим овим сукобима имала две опречне функције: са једне стране, она је имала улогу распиривача ватре, а са друге стране, служила је као оправдање прибегавања сили на унутрашњем плану. На међународном, пак, плану имала је за циљ да ублажи радикалну критику коју је свет упућивао двома Супер силама у вези тешких повреда Повеље. Прихватити данас оправдање за употребу силе на бази идеологије, значи дати исту такву шансу другој страни, а то објективно води закону јачег, дакле анархији. Прихватање идеолошког плурализма у савременом свету детерминисано је људском егзистенцијом, опстанком човечанства као целине. Поред општих објективних разлога, ризика и апокалиптичких последица, на одбацивање рата као решења светске кризе, упућује и уну-

трашња природа социјализма као филозофског правца, чију централну тачку чини добробит човека, а у савременој политици силе нема места за човека. У њој доминира технички разум рачунице о нуклеарном паритету. Савремени стратегии на Истоку и Западу унели су чак и нову терминологију, напр. „мега смрт“, која означава јединицу за милион убијених људи. Историјски посматрано, човечанство је дошло до раскршћа где се одређење своди на уништење или опстанак људске врсте.

Криза у коју су упале Уједињене нације у својој бити, је криза једне политике и за њено решење потребна је једна нова теоријска синтеза, која би била одраз природе и духа времена у коме живимо. Без тога сила којом данас располажу две Супер силе може да представља опасан елеменат искушења. То је кључни задатак који стоји пред Уједињеним нацијама у години њеног јубилеја.

Системи безбедности нуклеарних сила, посматрани из једне шире светске перспективе, и поред разлика које их деле, испољавају се у јединственој пројекцији. Ван нуклеарног клуба, све земље света постале су објекат званичног терора Супер сила. Тај терор се манифестује, у првом реду у општој несигурности пред могућим нуклеарним ратом, а затим у чињеници да тај „идеолошки“ двобој не пружа никакве шансе за решавање једног од битних елемената појма безбедности, који је лоциран, не на линији Исток — Запад, него Север — Југ, тј. односа развијених, економски снажних земаља, и земаља у развоју.

Замисао оснивача УН била је да се безбедност јединственог света постави ван идеолошких оквира. Та идеја има и данас пуно историјско оправдање. Безбедност у нуклеарној ери представља основ на коме уопште могу егзистирати различите идеологије. Отуда пресудно питање: како наставити пут из 1945, и повезати прекинуте нити једног историјског процеса, пред непосредном претњом самоуништења. Редуцирање улоге Великих сила, у овом тренутку, је нереално. Безбедност данас, много оштрије него 1945, претпоставља јединство света, али то није правна категорија, нити се може решити путем правне технике. У овој опасној фази људске историје од фундаменталног је значаја, не толико правне формуле и облици, јер ема како био савршен механизам, без промене суштине, нема решења; мисаони фактор је одлучујући. Поимање безбедности из предатомског доба је, добрим делом превазиђено. Решење садањег „гордијевог чвора“ можда би било могуће, уз задржавање правног механизма Повеле, али редефинисања појма безбедности, имајући у виду карактеристике силе у нуклеарној епохи. Али, и при томе остаје отворено питање да ли су две Супер силе вољне да модификују своје политике и преузму цивилизаторску улогу која им је додељена 1945. Дезинтеграција система безбедности, до кога је дошло уназад 40 година, у контрадикцији је са премисама цивилизоване егзистенције.

III За разлику од подручја безбедности, где су Уједињене нације изневериле наде својих оснивача, на неколико других сектора, изузетно значајних, оствариле су запажене резултате. Ту пре свега треба поменути прогресивни развој међународног права, а затим процес деколонизације. На пољу кодификације и даљег

развоја међународног права, Уједињене нације оствариле су већи напредак него у читавој досадашњој историји ове дисциплине; довољно је указати на уговорно право, дипломатско конзуларно, право мора, основна људска права да би се схватила величина овог подухвата.

Од 159 држава чланица УН, више од половине су државе које су изашле из колонијалног статуса после завршетка II светског рата. Треба додати да процес деколонизације није отпочео са УН, нити су све ове територије изашле из колонијалног статуса посредством ове организације. Деколонизације је резултат једне идејне борбе која се, са мање или више успеха, води већ пуна два века. Отпочела је борбом 13 британских колонија у Северној Америци и проглашењем независности Сједињених Држава Америке 1776, да би преко Друштва народа само делимично била обухваћена међународноправним системом и, коначно, у II светском рату и Повељи УН интернационализована, а колонијализам осуђен и квалификован као протуправан. Међутим, Повеља је несумњиво убрзала овај процес, нарочито након што је Генерална скупштина усвојила, 14. децембра 1960. „Декларацију о давању независности свим колонијалним народима“. Од тог доба процес деколонизације текао је све убрзаније, али не увек мирно. Понегде је био праћен тешким оружаним сукобима са метрополлом, као напр. у Анголи или Мозамбику, понегде грађанским ратом, напр. у Конгу или Бијафри. У једној општој антиколонијалној клими многе колоније су стекле независност мирним путем, понегде је чак организован плебисцит, као напр. у Тоголанду или Камеруну. Процес деколонизације изменио је из земаља политичку карту света, физиономију УН, али, сасвим логично, отворио низ нових проблема.

Деколонизација је имала за последицу стварање једног значајног броја „мини“ држава: Сејшели са 66.000 становника, Антигуа и Барбуда са 77.000, Доминика са 84.000, Сан Томе и Принципе са 86.000 итд., итд. Њихов пријем у УН значио је „de jure“ потврду њихове независности, признање њиховог међународноправног субјективитета, али су се УН суочиле са једним изузетно деликатним проблемом. Поставило се питање да ли те јединке располажу политичком и фактичком снагом да извршавају обавезе које намеће Повеља, да ли им се може дозволити право одлучивања о судбини света, напореда са Силама које сnose главни терет и главну одговорност у савременом свету. У Генералној скупштини указано је од стране низа земаља на потребу реформе гласачке процедуре, како би се УН довеле у склад са реалним политичким односима у свету. Случај територије Науру, са свега 5.000 становника, за коју се тражила независност, послужила је многим као илустрација једног апсурдног стања које се не би смело даље толерисати. У дискусији употребљени су термини „балканизација света“, васпостављање „модерног феудализма“ итд. Критичари постојећег система гласања: једна држава — један глас, указивали су у прилог свог става на бројне резолуције усвојене у Генералној скупштини 2/3 већином, које су одмах након усвајања пренете у празан простор и остајале без икаквог дејства, а изазивале огромне финансијске издатке. Будући да гласачка

моћ не значи и стварну моћ, дошао је до изражаја снажан захтев да се хитно приступи кореним променама у механизму УН. Посебну тежину имао је податак да земље које чине 2/3 већину у Генералној скупштини, њих око 100, доприносе буџету Организације свега 10,26%, Бројни предлози, веома студиозно сачињени, о увођењу категорије придружених чланова, о селективном систему гласања, о усклађивању система са финансијским доприносом Организацији, наишли су на јак отпор и читава акција је доживела неуспех.

Проблем „мини“ држава и систем гласања у Генералној скупштини је, ван сумње, политички деликатан јер доводи у питање темељни принцип међународног права о сувереној једнакости држава. Но са друге стране, сагледавање чињеничног стања је предуслов за решење проблема који објективно постоји у УН и пред којим се не могу затворити очи. Негативан биланс Генералне скупштине, гомилање на стотине резолуција (у просеку годишње 200) су чињенице које опомињу. Проблем „мини“ држава, сем тога, мора бити размотрен и са политичке тачке. У условима блоковске поделе света, борбе око утицајних сфера, ове земље су често изложене снажним притисцима и кроз наметнуте им уговоре о војним базама или другим уступцима, остају спутане у својој политици или „монета за поткусуривање“.

Проблем гласања баца светлост на структуру Уједињених нација која је грађена на темељима једног другог света, који је нестао; баца светлост и на померање међународне заједнице ка једном глобалном друштву, за које ће бити потребна доградња садашњег система. У низу својих одредаба Повеља је превазиђена. Напр. чл. 106. и 107, који се односе на бивше непријатељске земље су изгубили важност, Старатељски савет је фактички одумро. Проблеми наталитета у свету, загађивање човекове околине, разоружање, захтевали би нов прилаз и ефикаснији механизам. Економска проблематика морала би заузети значајније место у контексту Повеље. Међутим, елементарни предуслов ревитализације УН своди се на потребу реформе понашања свих, у првом реду Великих сила, на одбацавање идејних струјања обликованих у сенци огромног ратног потенцијала кога поседују две Супер силе. Ако се искрено жели враћање Уједињених нација, у смислу изласка из данашње светске кризе, постојећи механизам, уз све своје слабости, пружа могућност за прве кораке, али уз богатији мисаони опус од онога из 1945. Не могу се при томе затворити очи ни пред чињеницом и објективним тешкоћама са којима су суочене УН. Организација обухвата 159 суверених држава, са готово 5 милијарди становника, на различитом степену политичког, културног, економског и социјалног развоја. Оснивачи УН, 51 држава, представљали су хомогену целину у односу на мрачне Осовинске силе. Данас, међутим, животна ситуација је много сложенија, а визија света из 1945, у великој мери, превазиђена. Једна темељна реконструкција УН могућа је само постепено, уз много добре воље, разумевања и кроз етапна прелазна решења. Треба напустити илузију о спасоносним и готовим решењима и формулама.

Са становишта новијег историјског развоја међународне заједнице, Уједињене нације представљају само једну етапу у организовању суверених држава — етапу несавршену и недовршену. Протекло је свега 120 година од формирања прве међународне организације модерног типа. Од тог времена историја бележи нагли пораст међународних организација. У другој половини XIX века формиране су 23, од којих данас постоје 13. Али је од 1900 формирано више стотина међудржавних организација и данас се њихов број приближава цифри од 250. Према томе, међународне организације, и саме УН, су израз много дубљих и сложенијих токова, него што су односи између Великих сила. У савременим условима оне сежу у саму екзистенцију држава, и у том смислу су незаобилазан чинилац и услов екзистенције држава.

Смиља АВРАМОВ

THE UNITED NATIONS 1945 — 1985

— Summary —

The present system of the UN differs in essence from the system conceived in 1945. The Charter requires amendments, both in its machinery and in the adoption of new legal rules. In the history of international relations there have always been epochs which required original solutions: Peace of Westphalia, Congress of Vienna, the Treaty of Versailles etc. The years 1945. and 1985. are different time entities. The outlet from the crises calls for a new theoretical synthesis as a reflection of the nature and spirit of the times in which we live. The founders of the UN constituted a homogeneous whole in relation to the Axis powers. Today, however, the vital situation is much more complex, while the vision of the world of 1945 has in a large measure been surpassed. A thorough reconstruction of the UN is feasible only through stage-by-stage transitional solutions. Any illusion of salutary and ready-made solutions and formulas must be dropped.

ПОЈАМ СУВЕРЕНОСТИ У МЕЃУНАРОДНОМ ПРАВУ (теоретска скица)

I

У савременом свету термин „сувереност“ иступа веома често. Овај термин се појављује стално како у средствима масовног информисања, тако и у исказима ограниченог опсега деловања. Мериторно, он се пре свега тиче међународних односа, али у извесној мери такође и односа унутар појединих држава.

Сувереност као политичко-правна категорија је одавна једно од најважнијих питања опште теорије државе и права.¹ Истовремено њоме се занимају поједине правне дисциплине, нарочито наука уставног права и наука међународног права. У овој последњој области ипак се примећује недостатак новијих расправа синтетичког карактера, мада је мноштво радова који проблем суверености тумаче фрагментарно. Такво стање постоји такође и у полској науци.

Као резултат постоји ситуација у којој је термин „сувереност“ коришћен свуда, али то не значи да је подједнако схватан. И при том се показује да сувереност није непроменљива категорија, чија садржина једном сазнана и одређена не би захтевала понављање истраживања у том предмету. Задатак ове скице је скроман — она представља покушај теоретског схватања суверености с гледишта међународног права.

II

У уводу треба нагласити да у области међународног права сувереност не иступа самостално, већ у вези с неким другим појмом, који треба да карактерише. Јер, сувереност се јавља увек као особина у погледу стања својственог неким субјектима.

¹ G. L. Seidler, H. Groszyk, J. Malarczyk: Wstęp do teorii państwa i prawa, Lublin 1982, стр. 54—57; A. Pieniążek: Suwerenność. Problemy teorii i praktyki, Warszawa 1979.

У кругу тих субјеката могуће је разликовати три групе: државе, нације и народе.

Најчешће се појам суверености везује с појмом државе. У науци међународног права нема ипак једногласности у питању релација које постоје између ових појмова. Могуће је у њему разликовати три гледишта, а наиме:

1) сувереност је нужно својство сваке државе у смислу међународног права,

2) сувереност је типично својство државе, али могу постојати такође и несuverене државе,

3) појам суверености као својство државе не одговара и треба га заменити другим појмом или појмовима.

Према појму, који се може узети као класичан, сувереност је неодвојиво и карактеристично својство државе. Развој различитих форми зависности у међународним односима својствених епоси капитализма деформисао је тај појам у две, више логички него хронолошки наступајуће по себи фазе. Најпре, још држећи да је сувереност неодвојиво својство државе, допуштена је могућност њених ограничења која веома далеко иду и одговарају појму „полусуверене државе“. Затим пак, одустајући од суверености као неодвојивог својства државе, формулисан је појам „несуверене државе“.

Разне концепције „полусуверених држава“, или такође и „несуверених“ рашириле су се додуше у науци међународног права, али су се увек сретале с критиком од стране многих аутора.² У пољској науци међународног права такође је доста јако укорењен поглед да је сувереност неодвојиво својство државе.³

Неконсеквентно или бар нејасно је гледиште оних аутора, који у дефиницији државе подвлаче елемент суверености, а истовремено признају постојање несuverених држава.⁴ Негативно гледиште према концепцији суверености државе пак карактерише само део савремене западне доктрине међународног права. Тако по мишљењу Ch. Rousseau-a битно својство државе с тачке гледишта међународног права није сувереност, већ независност.⁵ Alf Ross је пак писао да концепције суверености државе треба заменити концепцијама „самосталности“, „способности за делање“ и „слободе понашања“.⁶

² Вид. C. Bilfinger: *Les bases fondamentales de la communauté des Etats*, Recueil des Cours, 63, 1938, стр. 175; В. П. Даневски: *Пособие к изучению истории и системы международного права*, т. I, Харков 1892, стр. 136; K. Marek: *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Geneve 1954, стр. 183.

³ J. Makowski: *Zagadnienie państwowości* W. M. Gdańska, Warszawa 1934, стр. 3—4; Z. Cybichowski: *Prawo międzynarodowe publiczne i prywatne*, Warszawa 1932, стр. 9.

⁴ J. de Lauter: *Le droit international public positif*, Oxford 1920, стр. 161 i 170.

⁵ L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international, Recueil des Cours 73, 1948, стр. 171—180.

⁶ A Textbook of International Law, London—New York—Toronto 1947, стр. 44.

Треба подвући да су према Повељи Уједињених Нација, која додуше не користи придев „суверена“ при термину „држава“, државе управо суверене геополитичке јединице. Ту тезу непосредно потврђују следеће одредбе Повеље:

1) захтев уређивања односа међу чланицама ОУН на принципу суверене једнакости (чл. 2. т. 1);

2) забрана претње или примене силе против територијалног интегритета и политичке независности било које државе (чл. 2. т. 4);

3) забрана мешања у ствари које спадају у унутрашњу компетенцију било које државе (чл. 2. т. 7).

За одражавање појма суверености у међународном праву говори такође међународна пракса држава. Реч је додуше не само о поштовању суверености других држава, него и о одбрани од стране државе њихове сопствене суверености, али на крају је то чинилац великог политичког и правотворачког значаја. Показује се да је појам „сувереност“ богатији и потпунији него „независност“, „самосталност“ или „међународна способност“. Ове појмове не треба уосталом супротстављати суверености, јер су они њени саставни делови. Синоним суверености у пољском језику био је раније термин „uzdzielność“, али сада је он изишао из употребе.

III

Залажући се за одржавање појма суверености државâ у међународном праву, треба тај појам одредити, што није нимало лак задатак. Израз „принцип суверености“ је на одређен начин мисаона скраћеница која обухвата неколико различитих елемената. Треба пре свега разликовати сувереност као извесно фактичко стање, субјективно право за постизање или очување таквог стања и норму или скуп правних норми у том предмету. Разликовање тих елемената је апсолутно нужно за добијање оријентације у том питању, поред очигледних веза које међу њима постоје.

Поставља се принципијелно питање, која друштвена стварност одговара појму суверености у међународном праву. Очигледно је да међународно право не може одредити тај појам на било који начин, јер он није нешто самостално, већ производ државâ, о чијем предмету је реч. Међународноправна дефиниција суверености је, дакле, самоодређивање државâ. Међународно право је могло и уједно морало настати зато што се друштвени развој човечанства одвијао у оквирима његове поделе на посебне и самосталне геополитичке јединице.

Првобитно, сувереност је могла да означава слободу само у фактичком смислу, а њене границе су биле детерминанта силе државе. Касније, не мењајући своју суштину, сувереност је постала функција развоја међународног права. Савремено међународно право је у том односу јасније него раније, али ни у ком случају није сасвим јасно.

IV

У ствари суверености државâ правилно се показује такво гледиште које се супротставља апсолутизовању, а у консеквенцији и негацији тог појма. Поимање суверености државе као њене неограничене слободе било би у супротности са самом идејом међународног права. Сувереност је слобода, али није самовоља у поступању. Творећи међународну заједницу државе по природи ствари имају ограничену слободу поступања. Појам суверености државе треба повезати с њеном међународном одговорношћу, посебно пак с одговорношћу за међународне уговорне обавезе. Појам супротан суверености је потчињеност, односно зависност, коју није могуће поистоветити с било којим међународним обавезама. Неке међународне обавезе има очигледно свака држава. Али држава, узимајући на себе међународне обавезе, зна њихову садржину, изван којих праница је она слободна. Зато геополитичка јединица, зависна од друге државе или државâ, не само да мора добити сагласност на то што хоће предузети, већ такође може бити оптерећена обавезом таквог понашања које себи не жели. Схватајући ствар с негативне стране, сувереност државâ означава недостатак њиховог потчињавања другим државама.

Показује се да суштина суверености постаје њихова самосталност. Као веома општа категорија, она захтева употпуњавање елементима, кроз које се испољава на међународном форуму и помоћу којих је могуће утврдити њено постојање. Ти елементи су уговорна способност, право легације (посланства) и могућност удруживања у међународне организације. То су додуше само обележја суверености, али нужна обележја, без којих геополитичка јединица није суверена и, дакле, није држава.

V

Ако сувереност државе није апсолутни појам, онда се поставља питање, која су њена нужна или допуштена ограничења. Требало би при том разликовати ограничења суверености од њених нарушавања. Овим првим термином могуће је одредити случајеве дејстава сагласних, а овим другим — дејстава супротних међународном праву. Критеријум који разграничава ове две сфере јесте поштовање, односно недостатак поштовања воље државе. Разумљиво је да су ова нарушавања суверености државе забрањена и изазивају међународну одговорност држава кривих за таква нарушавања. Уједно таква бесправна дејства могу да ограниче или ликвидирају сувереност државâ само у фактичком смислу, а не међународноправном, јер чак у случају потпуног лишавања државе власти на њеној територији, она је штићена принципом очувања кроз њу идентитета и континуитета у међународном праву.

Друкчије се поставља питање ограничења суверености државе у складу с међународним правом. Област нужних ограничења те врсте одређује опште међународно право. Она су једнака за

ове државе. Сувереност свих држава је такође ограничена на путу међународних уговорних обавеза, област којих је по природи ствари различита, јер зависи од воље сваке од њих.

Поставља се питање, колико даљеко могу ићи ограничења те врсте? Могуће је на то одговорити, да су у условима стварног поштовања воље државе допуштена сва ограничења, све до самоликвидације државе на путу њеног уједињења с другом државом или државама. Сувереност сваке државе није дакле вредност апсолутно штићена кроз међународно право, мада се врши на основи и структури читаве међународне заједнице.

Допустивост максималних ограничења суверености државâ никако не значи да оне у сваком случају задржавају свој међународноправни статус. Држава, да би остала држава у смислу међународног права, мора задржати сувереност и своја обележја у форми уговорне способности, права легације и могућности удруживања у међународне организације. У недостатку тих овлашћења она би постала саставни део неке државе или такође — што савремено међународно право не дозвољава — била би сведена на статус територије зависне од друге државе или држава. Могуће је ипак сматрати да држава, чије иностране послове у извесној области врши друга држава, задржава суверени карактер, ако она поседује право самосталног одлучивања у својој иностраној политици и у међународним односима иступа као посебан субјект. Може се чак изузетно десити да саставни део сложене државе има компетенције у иностраним пословима, које припадају само државама и тим самим она је субјект међународног права у односу на треће државе.

VI

Ограничења суверености државâ, као последица међународних уговора које су оне закључиле, дају се релативно лако проверити. Знатно је теже утврдити ограничења политичке природе вануговорног карактера. Понекад се тврди да је нека држава формално суверена, а фактички зависна. То је управо сфера која измиче оцени међународног права, ваљда је реч о ситуацији изразито супротној њему. У вези с том појавом у науку међународног права је чак продро термин „марионетска држава“. Исправност његове примене захтева посебно истраживање сваког случаја.

С друге стране, дешавају се ситуације кад фактички суверена геополитичка јединица настаје на начин супротан међународном праву. Додуше таквом ситуацијом се искључује традиционална теза, да је свака ефективна држава легална држава, али ту тезу није могуће одржати у светлости савременог међународног права, које утврђује критеријуме међународне легалности настајања државе. У консеквенцији фактичко стање суверености није увек могуће поистоветити с постојањем државе у смислу међународног права. Сувереност је, дакле, нужно, али није довољно обележје државе.

VII

Допустивост ограничења суверености државâ може навести на закључак о могућности и потреби њеног градирања. Сугеришу се такође не једном коришћени термини, као „потпуна сувереност” или „ограничена сувереност”. Показује се, да иако је класификација држава ослонена на степеновање њихове суверености уопште могућа, то меродаван у том односу сигурно није број међународних уговора који је дата држава закључила. Не узимајући у обзир факт, да је само закључивање међународних уговора обележје суверености државе, њихова примена може је јачати, а не слабити. Сувереност државе такође не треба поистоветити с интензитетом деловања на међународне односе, што по природи ствари зависи од њеног општег потенцијала. Вреди подсетити, да декларација принципâ међународног права који се тичу пријатељских односа и узајамне сарадње државâ Повеље Уједињених Нација од 24. октобра 1970. године тврди да се свака држава користи правима везаним с потпуном сувереношћу.⁷ Претпоставка, дакле, говори о суверености државе, а њена ограничења могу произилазити — изван општег међународног права — само из добровољно закључених међународних уговора.

VIII

Говорећи о поштовању воље државе као критеријуму допустивости ограничавања њене суверености не може се изоставити питање, ко је изражавалац те воље. Очигледна је ствар да по правилу у том својству иступају органи државе, нарочито њени највиши органи, које је могуће одредити заједничким називом власти. Од овог правила треба ипак предвидети извесне изузетке. Показује се да међународноправна делотворност најважнијих одлука држава, које су од пресудног значаја за њихово постојање, зависи не само од власти, већ и од становништва. То захтева поштовање самоопредељења нације, које је Повеља Уједињених Нација увела у савремено међународно право. Тај принцип се такође понекад назива принцип суверености нације.

IX

Принцип суверености државâ и принцип суверености нације управо исцрпљују проблематику суверености у савременом међународном праву. Понекад коришћен термин „сувереност народа” могуће је поистоветити с термином „сувереност нације”, иако се он има тичати становништва не формираног још у нацију у традиционално европском смислу, што је често случај на колонијалним територијама. Јер иако тај термин треба да означава влада-

⁷ Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego, под. ред. К. Kocota i К. Wolfke, Wrocław—Warszawa 1972, стр. 531—532.

вину народа у смислу одређеног политичког система, то он не припада области међународног права. Неки акти тог права који се тичу основних права и слобода човека оперишу додуше појмом „демократског друштва“, али тај појам обухвата различите органске типове и форме — у складу са принципом мирне коегзистенције државâ различитих друштвених система.

Lech ANTONOWICZ

(Превео с пољског: Тодор И. Подгорац)

LA NOTION DE LA SOUVERAINETÉ DANS LE DROIT INTERNATIONAL

(esquisse théorique)

— Résumé —

Ce travail représente un essai de l'auteur de donner la conception théorique de la souveraineté du point de vue du droit international.

L'auteur considère que la manière de voir de ces auteurs qui dans la définition de l'Etat soulignent l'élément de la souveraineté tout en reconnaissant en même temps l'existence des Etats non souverains est inconséquente ou du moins peu claire. A son opinion, la notion de la »souveraineté« est plus riche et plus complète que celles de »indépendance«, de »l'autonomie« ou de la »capacité internationale«. Ces notions ne doivent pas être opposées à la souveraineté, car elles sont ses parties intégrantes. Le synonyme de souveraineté dans la langue polonaise était autrefois »udzielność«, mais à présent il est hors d'usage.

L'auteur met en relief que la capacité de contracter, le droit de légation et la possibilité de s'associer en organisations internationales sont les caractéristiques nécessaires de la souveraineté, sans lesquelles l'unité géopolitique n'est pas souveraine et, par conséquent, n'est pas un Etat.

Dans le travail on touche également aux questions de la souveraineté nationale et de la souveraineté du peuple.

О ОРГАНИМА НАДЛЕЖНИМ ДА ПРЕДСТАВЉАЈУ ДРЖАВУ У МЕЂУНАРОДНИМ ОДНОСИМА

С обзиром да је држава појмовна апстракција поставља се питање: која су физичка лица овлашћена да у својству државног органа изразе вољу државе на међународном плану?

У доба апсолутистичких монархија када је владар персонификовао државу и сматран субјектом међународног права, а државна територија предмет његове својине, уговори су, по правилу, представљали личне споразуме монарха.¹ Као поседници *jus representationis omnimodae* владари нису, по правилу, лично деловали, већ су формалним актом, тзв. пуномоћјем (*full powers*) овлашћивали одређена лица да у њихово име закључују међународне уговоре.² Изворна сврха пуномоћја састојала се, према томе, у опремању личног владаревог пуномоћника овлашћењем да обавезе свог владара, да изрази вољу владара у границама утврђеним пуномоћјем. Формално, пуномоћник је склапао *sponsio* или *sponsiones* али практично владар је био обавезан да ратификује *sponsio*, изузев у случају да пуномоћник прекорачи овлашћења. Стога су и пуномоћја из тога доба садржавала одредбу о обавези владара да ратификује уговор.³

¹ Зато су дуго времена међународни уговори били нека врста личне монархија, парламентарни представници се упознају са свим или само тајне владара који су их закључили. Тек стварањем парламентарних са неким уговорима. О неким, важнијим уговорима дискутовало се на тајним седницама парламента и посланици су били обавезни да садржину уговора чувају као службену тајну (В. Бартош М., Међународно јавно право, 1958, III, стр. 276—277).

² Отуда и тзв. мандатна теорија коју је формулисао Grotius и по којој је пуномоћник, тј. мандатар закључивао посао у име свог владара (манданта), па се, према томе, уговор сматрао коначним и добијао правну снагу подписивањем од стране пуномоћника. Сматрало се да пуномоћник може обавезати свог манданта противно његовој стварној жељи, под условом да није прелазио границе датих пуномоћја (Ibidem, стр. 212).

³ Види примере код Jones-a (Jones M., *Full powers and ratification—A study in the development of Treaty-making procedure—1949*, pp. 4—15). Тек крајем XVIII века, победом парламентаризма, из пуномоћја се губи клаузула обавези ратификације и уступа место клаузули *«sous réserve de ratification»* (Ibidem, pp. 12—17).

Победа парламентаризма се у домену правила уговорног права изражава кроз конституисање ратификације као необавезне, дискреционе установе, с обзиром да представнички органи, као највиши органи власти, стичу право на коначну и дефинитивну одлуку о обавезивању државе на међународном плану. У том оквиру мења се и смисао пуномоћја-оно како каже McNair, „опрема пуномоћника овлашћењем да преговара и потпише уговор а не овлашћењем да обавезе свог принципала, изузев у случајевима када је само потписивање довољно у ту сврху.”⁴ Та се промена изражава и у садржини пуномоћја тако што се у пуномоћје уноси обећање да ће уговор бити испуњен и извршен под резервом ратификације (*under reservations of letters of ratification, sous la réserve des lettres de ratifications*). Домашај поменутог изузетка по коме представник државе дефинитивно обавезује државу постепено се ширио праксом склапања неформалних уговора или уговора у упрошћеној форми. Овај моменат је нашао свој израз у дефиницији пуномоћја утврђеној Конвенцијом о уговорном праву (1969). У члану 2(с) Конвенција „пуномоћје” је дефинисано као „документ издат од стране надлежног државног органа којим се означава једна личност или више личности да представљају државу у преговарању, усвајању или аутентификацији текста уговора, изражавању пристанка државе да буде везана уговором, или ради предузимања било ког акта у вези са уговором.”

Чланом 7. Конвенције о уговорном праву утврђено је опште правило по коме се једна личност сматра представником државе у сврху усвајања или аутентификације текста уговора или у сврху изражања пристанка на обавезивање уколико:

- а) покаже одговарајуће пуномоћје; или
- б) ако из праксе заинтересованих држава или из других околности произилази њихова намера да то лице сматрају представником државе за такве сврхе и без пуномоћја.

а) Показивање пуномоћја Комисија за међународно право Уједињених нација сматра суштинским обезбеђењем представника заинтересованих држава о узајамним квалификацијама да представљају државе њихове у вези предузимања аката који се односе на уговор.⁵ Издавање пуномоћја врши се по прописима унутрашњег права.⁶ Зависно од обима пуномоћја може бити појединачно, ако је дато за одређени случај, и опште или генерално, ако се односи на неодређени број случајева закључења уговора. У пракси неких држава установљене су и специфичне поделе.⁷

⁴ McNair, *Law of Treaties* 1961, pp. 120—121.

⁵ *Yearbook of International Law Commission* 1966, II, p. 192.

⁶ Рецимо, по нашем праву пуномоћја издаје „старешина савезног органа управе надлежног за иностране послове” (члан 11. Закона о закључивању и извршавању међународних уговора СФРЈ од 1978.). За пример пуномоћја, В. Крећа М. — Ристић М., *Извори међународног јавног права*, 1979, стр. 294.

⁷ McNair наводи да у В. Британији постоје две врсте пуномоћја: Специјално пуномоћје (*Special Full Power*) које издаје краљица и потврђује великим печатом (*Great Seal*) и владино пуномоћје (*Governmental Full Powers*) које издаје министар иностраних послова (McNair, *op. cit.*, p. 122).

Изворно, пуномоћје је поседовало двоструку функцију: а) да дефинише домаћај и предмет уговора; и, б) да установи обим и карактер овлашћења пуномоћника.⁸ У модерној пракси прва функција пуномоћја се потпуно изгубила јер се предмет уговора дефинише у претходној фази размене информација и сондирања која, *stricto sensu*, не спада у процес закључења уговора.

Уобичајено је да се пре почетка преговора врши реципрочно испитивање пуномоћја. У доба када је пуномоћник представљао просту, механичку трансмисију владаочеве воље испитивање пуномоћја је било обавезно и скрупулозно је вршено с обзиром да се на тај начин утврђивало да ли је пуномоћник друге стране уопште овлашћен да обавезе свог манданта. Данас је мотив провере пуномоћја практичне природе и изражава жуљу да се избегне „фијаско и губитак времена у преговорима са представником који није опремљен нужним овлашћењем да преговара.“⁹

Техника испитивања пуномоћја зависи од тога да ли се преговори воде на билатералној или мултилатералној основи.

У случају билатералних преговора или мултилатералних преговора са ограниченим бројем преговарача, предузима се узајамна провера пуномоћја. Код мултилатералних преговора са већим бројем преговарача та техника је неизводљива. Зато се у таквим случајевима на међународним конференцијама сазваним у циљу закључења уговора формира посебно тело — Верификациони комитет (*Credentials Committee*) који на основу правила процедуре врши проверу пуномоћја и подноси о томе извештај конференцији. Конференција гласањем прихвата извештај Верификационог комитета. Примера ради, у оквиру Комитета за питања процедуре установљеног при Генералној скупштини Уједињених нација делује и Верификациони комитет са задатком да испитује и потврђује пуномоћја представника држава при Генералној скупштини Уједињених нација.

Пуномоћје, схваћено у смислу формалног акта, не мора у сваком случају бити предочено пре почетка преговора. У пракси мултилатералних преговора дешава се да се статус овлашћеног представника државе преговарача стиче и телеграмом или дипломатском нотом која потврђује да је одређено лице овлашћено да предузима акте у вези са уговором. У том случају телеграм или дипломатска нота има бити издата од стране органа на који је иначе овлашћен за издавање пуномоћја. На самој Бечкој конференцији о уговорном праву телеграмом су дата овлашћења представницима Маурицијуса, Сијера Леонеа и Доминиканске Републике, а име представника Јемена на Конференцији достављено је писмом сталне мисије Јемена при Организацији Уједињених нација.¹⁰

Могућност давања пуномоћја путем телеграма или дипломатске ноте била је предвиђена чланом 4/2, с) првог *Waldock*-овог нацрта правила уговорног права,¹¹ али је у коначном нацрту

⁸ Jones M., *op. cit.*, p. 5.

⁹ McNair, *op. cit.*, pp. 121—122.

¹⁰ UNCLT, First and second session, Official records, Documents of the Conference, pp. 3—5.

¹¹ Yearbook of International Law Commission 1962, II, p. 38.

и тексту Конвенције о уговорном праву таква одредба изостављена.

С обзиром на значај провере пуномоћја са становишта пуноважног предузимања аката у вези са уговором понекад се констатација о провери пуномоћја уноси у преамбулу уговора. То је посебно случај са билатералним уговорима.

б) Некада строга пракса провере пуномоћја приликом закључења уговора постепено се губила, тако да у коментару Комисије за међународно право стоји да, иако провера пуномоћја представља суштинско обезбеђење представника држава о узајамним квалификацијама, сам чин провере представља дискреционо право преговарача.¹² Код знатног броја уговора закључених у упрошћеној форми провера пуномоћја се изоставља. Формулација по којој се представником државе у сврху усвајања или аутентификације текста уговора или у сврху изражавања пристанка на обавезивање сматра и лице за кога из праксе заинтересованих држава или из других околности произилази њихова намера да то лице сматрају представником државе за такве сврхе и без пуномоћја (члан 7, 1, б Конвенције о уговорном праву), има првенствено за циљ да покрије овакве случајеве. Очигледно је да у оваквом случају постоји извешан ризик, али је *ratio* одредбе у томе да сами преговарачи носе терет процене о узајамној квалификованости да обавежу државе које представљају.

Код закључивања уговора у упрошћеној форми треба разликовати два случаја:

а) када уговор закључује шеф државе или министар спољних послова; и,

б) када уговор закључују друга лица.

У првом случају, чињеница да се ради о закључивању уговора у упрошћеној форми није разлог због кога државе не издају пуномоћја, већ је то чињеница да шеф државе и министар спољних послова и иначе не требају пуномоћја за предузимање било које радње у вези са уговором. Како у великом броју држава пуномоћја за закључивање уговора издају управо шеф државе или министар иностраних послова, излазило би да они сами себи издају пуномоћја.

Особена пракса закључивања уговора без посебног пуномоћја везује се за други случај, када уговоре у упрошћеној форми закључују лица која не улазе у круг највиших органа спољашњег заступања за које се посебно пуномоћје не тражи. Наиме, у неким правним системима устаљена је пракса закључивања тзв. међувладиних споразума (*intergovernmental agreements*) и међуресорских споразума (*interdepartmental agreements*) ван уобичајених дипломатских канала. Одредба става 1(б) члана 7., по којој се представником државе у сврху усвајања или аутентификације текста уговора или у сврху изражавања пристанка на обавезивање сматра и лице за које из праксе заинтересованих држава или из других околности произилази њихова намера да то лице сматрају представником државе за такве сврхе и без пуномоћја, има за циљ да покрије ове случајеве.

¹² Yearbook of International Law Commission 1966, II, pp. 192—193.

Ставом 2. члана 7. предвиђено је, дан а основу својих функција и без обавезе подношења пуномоћја, сматрају се представницима државе:

а) шефови држава, шефови влада и министри послова, за сва акта која се односе на закључење уговора;

и) Из доба када су владари поседовали *jus representationis omnimodaе* потиче изрека Луја XIV да се „нације сусрећу само на врху“. Света алијанса (1815) је закључена између владара Аустрије, Русије и Пруске, а мировни уговор у Вилафранки (1859) су лично склопили императори Аустрије и Француске.

У модерном праву шефови држава су врховни орган и спољашњег заступања.¹³ Стога је општеприхваћено да шефови држава не требају пуномоћје ради предузимања радњи у вези са закључењем уговора. Тако је Версајски мировни уговор потписан од председника САД Вилсона „у његово сопствено име и на основу сопственог овлашћења.“¹⁴

У стварности шефови држава ретко склапају међународне уговоре. Изузетак су уговори о важним политичким питањима или другим питањима од великог значаја. Међународно право не повлачи разлику у положају шефова држава на основу стварних прерогатива којима они располажу. Зависно од уставних решења фактичко учешће шефа државе у међународним односима може бити различито и кретати се од председничког модела у коме је учешће шефа државе изражено у таквој мери да можемо рећи да је он суштински и формално највиши орган заступања, до кабинетске владе (*cabinet government*) у којој шеф државе само отелотворује јединство државе у међународним односима, а у материјалном смислу вођење међународних односа је у надлежности владе, одн. министра иностраних послова.

ii) Управо са ослоном на особености уставне регулативе појединих земаља каже се да и влада одлучује о питањима спољне политике.¹⁵ Изгледа нам претераним схватање да у системима у којима је шеф владе на челу извршне власти долази до неке врсте правне инверзије тако да акти шефа владе уживају исти третман који традиционално међународно право признаје актима шефа државе.¹⁶

Тачно је да расте значај владе за вођење спољних послова, што се формалноправно изражава. Рецимо, пословник Савета безбедности предвиђа да председнику владе није потребно пуно-

¹³ Andrassy дефинише врховни орган спољашњег заступања као „онај орган који у складу са прописима међународног права и са уставним прописима своје земље има власт и дужност да заступа државу у њеним вањским односима и да, у име државе, даје очитовања и опуномоћује друге органе на заступање према вани“ (Andrassy J., Међународно право, 1976, стр. 264). Устав СФРЈ од 1974. утврђује у члану 313. да „Председништво СФРЈ представља Социјалистичку Федеративну Републику Југославију у земљи и иностранству...“.

¹⁴ Parry C., *Law of Treaties*, in Sorensen's *Manual of International public Law* 1968, p. 187.

¹⁵ Бартош М., Међународно јавно право, 1956, II, стр. 333.

¹⁶ Wildhaber L., *Treaty-making power and constitution — An international and comparative study*, 1971, p. 17.

моћје да би заступао своју државу у Савету безбедности. У оквиру Организације Афричког јединства скуп шефова држава или влада је један од главних органа Организације. Из те праксе се, међутим, не би могао извући закључак о инверзији већ, како примећује Andrassy, само „презумпција о постојању те власти (тј. права заступања — М.К.), али се она може оборити.”¹⁷

iii) У ресорној подели надлежности министру иностраних послова поверено је непосредно вођење спољних послова. Зато се министар иностраних послова сматра „овлашћеним представником владе да изјављује вољу државе у питањима спољних односа.”¹⁸

Акти министра иностраних послова, одн. изјаве дате у име државе конституишу пуноважне обавезе у међународном праву. У том смислу индикативна је пресуда Сталног суда међународне правде у спору око Источног Гренланда (1933) у којој је Суд, *inter alia*, истакао да је ван сваког спора да одговор дат од стране министра иностраних послова у име његове владе поводом питања „дипломатског представника стране силе, у погледу питања која спадају у његову надлежност, обавезује државу којој министар припада.”¹⁹ Дипломатска пракса није јединствена у ставу да ли право непосредног иступања припада само министру иностраних послова или и његовим заступницима.²⁰

Право министра иностраних послова да непосредно иступа у међународним односима поприма и институционалне потврде. У Потодаму је 1945. године створен Стални савет министра иностраних послова пет великих сила, са задатком да пуноважно решава спорове између тих држава. Према пословнику Савета безбедности министру иностраних послова није потребно пуномоћје да би заступао своју земљу на седницама Савета.

Шефови држава, шефови влада и министри иностраних послова поседују комплетно овлашћење, тј. како овлашћење да преговарају, учествују у усвајању или аутентификацији текста уговора тако и овлашћење да изражавају пристанак на обавезивање или предузимају било који акт у вези са уговором.

Члан 7. Конвенције о уговорном праву предвиђа, такође, да се представницима њихових држава и без обавезе подношења пуномоћја сматрају и:

а) шефови дипломатских мисија; и,

б) представници држава акредитовани на међународној конференцији или при органу међународне организације (став 2, б, с).

Ово овлашћење шефова дипломатских мисија и представника држава на међународним конференцијама, одн. при органима међународних организација произилази из представничког карактера њихових функција. Бечка конвенција о дипломатским односима (1961) предвиђа у члану 3 (1,с) да се функције дипломатских представника састоји и у „... преговарању са владом државе пријема.” Но, овлашћење шефова дипломатских мисија и представ-

¹⁷ Andrassy J., *op. cit.*, стр. 267.

¹⁸ Бартош М., *op. cit.*, стр. 333.

¹⁹ P. C. I. J. Publications, Ser. A/B, No. 53, p. 71.

²⁰ За разлику између британске и континенталне праксе у том погледу, види Бартош М., *op. cit.*, стр. 333—334.

ника држава при органима међународних организација или на међународним конференцијама је, у поређењу са овлашћењима шефова држава, шефова влада или министра иностраних послова, ограничено у двоструком смислу: прво, ограничено је *ratione materiae*, тј. односи се само на уговоре који се закључују између државе именовања и државе пријема, одн. уговоре који се закључују под окриљем међународне организације или на дипломатској конференцији на којој је представник акредитован, и, друго, ограничено је *ratione valorem*, тј. ограничено је на сврхе усвајања текста уговора. Дакле, дипломатски представник, одн. представник државе на међународној конференцији или при органу међународне организације не би могао да изрази пристанак државе на обавезивање уговором или да предузме неки други акт у вези са уговором без посебног, формалног пуномоћја.

*
* *

Начелно посматрано, могућа су два случаја неовлашћеног предузимања аката у вези са закључењем уговора. Први случај би могли назвати генералном ненадлежношћу и постојао би онда када би лице које уопште није овлашћено предузело акт у циљу изражавања пристанка на обавезивање уговором, а други случај (делимична ненадлежност) би се састајао у предузимању таквог акта од стране овлашћеног лица које, међутим, није поштовало посебна ограничења којима је овлашћење било подвргнуто.

Конвенција о уговорном праву је ова два случаја раздвојила тако што је први случај укључила у део II — Закључење уговора на снагу — а други сврстала у део V — Ништавост, престанак и суспензија дејства уговора.

а) Случајеви неовлашћеног закључивања уговора нису чести али се дешавају у пракси. Hackworth²¹ наводи пример америчког посланика у Либерии који је 1939. године потписао уговор о миру а да пре тога није добио пуномоћје. State Department је инструктирао посланика да, по пријему пуномоћја, потпише нову конвенцију, с обзиром да је конвенција као имперфектна (*imperfect treaty*). У случају уговора закљученог између САД и Персије 1914. године околност да је амерички посланик потписао уговор без пуномоћја није искоришћена као основ за дезавуисање посланика, већ је секретар за иностране послове Bryan послао пуномоћје у циљу да се оно предочи персијском министру иностраних послова. Комисија за међународно право навела је у свом коментару члана 7. и случај уговора из Ерзерума (1847). Персија је, у дискусијама вођеним у Друштву народа, покушала да оспори ваљаност овог уговора са образложењем да је персијски представник прекорачио пуномоћја тиме што је прихватио извесну интерпретативну ноту приликом размене инструмената о ретификацији.²²

²¹ Hackworth G., *Digest of International Law* 1943, V, p. 42.

²² *Yearbook of International Law Commission* 1966, II, p. 194.

Члан 8. Конвенције о уговорном праву утврђује да „Акт који у вези са закључењем уговора изврши лице које се, на основу члана 7. не може сматрати овлашћеним да представља државу у том циљу, без правног је дејства, осим ако га та држава доцније не потврди.”

Конвенција је, како стоји у коментару,²³ издвојила случај неовлашћеног предузимања радње у вези са закључењем уговора, с обзиром да се такав акт не може приписати држави и да се, према томе, не поставља питање било каквог пристанка који би на тај начин био изражен. Основно правило је, дакле, да је акт донет *ultra vires* лишен правне снаге с тим што се такав акт може накнадно оснажити, било изричито било прећутно.

Решење утврђено чланом 8. је непрецизно и заснива се на неким недореченостима појмовне природе.

Нејасно је каква је правна природа акта извршеног *ultra vires*? Из коментара члана 7. Нацрта (члан 8. Конвенције) очигледно је да је Конвенција одбила концепт ништавости акта извршеног без овлашћења, што је резултирало и променом места правила из члана 8. у односу на Нагрт правила.²⁴ Тиме се прећутно изјаснила за концепт непостојећег акта који је, иначе, експлицитно одбачен у дискусијама о нормама *jus cogensa* као сувишан и неприлагођен потребама међународног јавног права. С друге стране, могућност да неовлашћени акт буде оснажен од стране државе, било изричито било прећутно, говори у прилог концепта релативне ништавости. Изражена намера да се неовлашћеном акту предузетом у циљу закључења уговора не призна статус није спроведен ни на плану терминологије. Израз „без правног дејства” (*without legal effects*) фигурира и у члановима који утврђују основе ништавости уговора. У целини посматрано, ови моменти дају решењу члана 8. изглед једног недограђеног и појмовно контроверзног решења.

б) Није редак случај да овлашћење представника државе буде подвргнуто посебним ограничењима различите природе (нпр. у погледу домаћаја одредби будућег уговора, начина изражавања пристанка на обавезивање, обима обавеза које се предузимају итд.). С обзиром на обли? ? ? ограничења могу бити јавна и тајна. Јавног карактера су обично у случају када треба да утичу на став друге стране, тј. користе се као средство политичког притиска.

Конвенција о уговорном праву регулише случајеве непоштовања посебних ограничења овлашћења на изражавање пристанка на обавезивање чланом 47:

„Ако је овлашћење једног представника да изрази пристанак државе да буде обавезана уговором било предмет посебног ограничења, чињеница да представник није водио рачуна о том ограничењу може се наводити као случај манљивости, осим ако

²³ Ibidem, p. 193.

²⁴ У Нацрту из 1963. године одредба о накнадној потврди акта извршеног без овлашћења била је укључена у пар. 1 члана 32 који се бавио ништавошћу уговора услед недостатка овлашћења за обавезивање (Yearbook of International Law Commission 1966, II, p. 193).

ограничење није саопштено, пре изражавања овог пристанка, осталим државама које су учествовале у преговорима."

Непоштовање ограничења у овлашћењу за изражавање пристанка на обавезивање представља у систему Конвенције самосталан основ ништавости.

Регулатива члана 46. се одликује специфичним предметом повреде. Предмет повреде предвиђен чланом 46. садржана су, по правилу, у административним актима. *Differentia specifica* између одредбе члана 46. и одредбе члана 8. лежи у чињеници да представник државе у случају повреде ограничења у вези изражавања пристанка на обавезивање делује *ultra vires* само у поводу конкретног акта срачунатог на то да изрази пристанак на обавезивање, иако је иначе овлашћен да представља државу у преговорима и закључењу уговора, док се у случају предвиђеном чланом 8. ради о потпуној, комплетној правној неспособности извесног лица да обавезе државу. Најлапидарније то би могли исказати тако што се, у првом случају, ради о неовлашћеном акту овлашћеног лица, а у другом о неовлашћеном акту неовлашћеног лица.

Да би се непоштовање посебних ограничења конституисало као основ ништавости потребно је да се стекне неколико услова:

i) неовлашћени акт представника државе мора бити срачунат на изражавање пристанка на обавезивање. Према томе, уколико уговор подлеже ратификацији, прихватају или одобравају, чињеница да је представник државе прекорачио овлашћења од секундарне је важности за међународно право, с обзиром да орган који врши ратификацију, прихватање или одобравање уговора суверено одлучује о томе да ли ће уговор прихватити или не. У случају да прихвати уговор тада је у акту прихватања конзумиран и акт потврђивања неовлашћеног поступања представника државе. Но, било да прихвати или одбије уговор, остаје отворено питање одговорности представника због непоштовања датих му налога по унутрашњем праву.

ii) ограничење мора бити саопштено другим странама које учествују у преговорима и то пре него што је пристанак на обавезивање изражен. Овај услов који произилази из начела добре вере намеће се сам по себи. Не може се, наиме, очекивати од једног преговарача да зна какве су тајне инструкције дате представнику другог преговарача, као што је неприхватљиво да повреда таквих инструкција даје право да се обеснажи пристанак на обавезивање. Конвенција не утврђује начине којима посебно ограничење може бити саопштено другим преговарачима. Из легислативне историје члана, међутим, јасно произилази да такво саопштење не мора бити дато у формалном облику. Наиме, у Нацрту Конвенције стајало је да такво ограничење мора бити „нотификовано“ другим преговарачима, али је на Бечкој конференцији израз „нотификовати“ замењен изразом „саопштити“, чиме је очигледно подржано схватање да то може бити учињено и неформалним путем.²⁵

²⁵ UNCLT, First and second Session, Official records, Documents of the Conference, p. 238.

Полазећи од предпоставке да ће се државе ретко одлучити да дезавуишу свог представника због непоштовања ограничења садржаног у инструкцијама, Конвенција право државе да оспори ваљаност тако закљученог уговора дефинише на негативан начин, у форми изузетка. Повреда посебних ограничења у вези изражавања пристанка на обавезивање представља основ релативне ништавости.²⁶

Миленко КРЕЋА

ON THE ORGANS COMPETENT TO REPRESENT THE STATE IN INTERNATIONAL RELATIONS

— Summary —

After having given the fundamental characteristics of the institute of full powers in the classical international law, i. e. in the period when the agent represented but the simple transmission of the ruler's will, the author considers the full powers in the modern law. In doing so he takes as a support the solutions contained in the article 7 of the Convention on the contractual law. He analyzes specially the provisions of the art. 7 both from the point of view of preliminary works and from the point of view of customary practice. In this connection he considers also two possible cases of unauthorized undertaking of the act in relation with the signing of the treaty: a) the case when a person who is not at all authorized undertakes the act in relation with the expression of agreement to the obligation, and b) the case when such an act is undertaken by the authorized person who, however, does not observe special limitations to which the authorization is subject. The author finds that the solution of the first case, established by the art. 8 of the Convention, suffers from being incomplete. From the place that this article takes in the system of the Convention there results that the determination for the concept of non-existent act which, otherwise, has been rejected as superfluous and unadjusted to the needs of the international public law in the discussions regarding some other provisions of the Convention. He subjects to the critical analysis also the regulations of the art. 47 of the Convention (disrespect of special limitations of the authorization to express the agreement to the obligation).

²⁶ Члан 69. Конвенције предвиђа да: „1... Одредбе ништавог уговора немају правну снагу. 2. Ако су ипак на основу таквог уговора извршени акти: а свака страна може затражити од сваке друге странке да успостави, ако је могуће, у њиховим међусобним односима ситуацију која би постојала да ови акти нису извршени! б) акти извршени у доброј вери пре позивања на ништавост нису постали противправни самим тим што је уговор ништав”.

КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО

ТАКТИЧКИ НАЧИНИ И КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО

Ми ћемо под тактичким правом разумевати најрационалнији и најефикаснији начин предузимања оперативно-тактичке, истражне или расправне радње који је, по мишљењу оног који га бира из арсенала криминалистичке тактике, највише у складу са конкретном тактичком или тактичко-процесном ситуацијом.

Закон о кривичном поступку укључио је у своје чланове низ тактичких препорука (нпр. забрану сугестивних питања — чл. 219. ЗКП, потписивање сваке странице саслушног записника, — чл. 82. ст. 2, комбиновање облика приповедања са дословним уношењем критичних питања — чл. 80. ст. 2, прикључивање скица, фотографија, филмских снимака записника — чл. 80. ст. 3, дозвола саслушанику да сам диктира записник — чл. 79. ст. 4. ЗКП итд.). Многи ставови, техничка средства и тактички начини које је израдила и развила криминалистика, укључени су у садржај норми ЗКП-а, што се нарочито односи на криминалистичко-тактичке препоруке. Ово није чудо ако имамо пред очима органску повезаност ЗКП-а. Криминалистика је развила научне основе многих тактичких начина а као резултат тога створене су нове истражне радње: предочавање ради препознавања — чл. 221, 223. ЗКП, реконструкција догађаја — чл. 240 ЗКП, истражни експеримент (Законодавац није за сада прихватио наш предлог да нормира ову радњу, што су учинили неки закони о кривичном поступку). Посебно је за нашу тему поучан историјат истражне одн. расправне радње предочавања ради препознавања и истражне одн. расправне радње реконструкције догађаја. Ови тактички институти су до појаве чл. 221, 223 и 240. ЗКП били створени и детаљно развијени у криминалистици да онда постану и кривично-процесни институти. Као што видимо, укључивање развијених начина криминалистичке тактике у ЗКП врши се или усавршавањем већ постојећих норми, које регулирају поједине истражне одн. расправне радње или статуирањем нових, самосталних радњи, које су дотада биле само криминалистичке (дпр. истражне радње изласка на лице места коју наша пракса врши, а ЗКП је ие позна и засада не прихвата наш предлог да је узакони).

Предкривични и кривични поступак су, у овој оптици, пре свега, промишљени, планирани ред обављања радњи предвиђених ЗКП-ом (када је реч о истражним радњама пре покретања истраге или истрази) ради прикупљања доказа. Да би обезбедио брз, динамичан и ефикасан поступак, орган кривичног поступка мора квалитетно организовати свој рад. Ту спадају и планирање рада и одабирање најадекватнијих тактичких начина спровођења појединих оперативно-тактичких и истражних радњи, које је створила пракса и уопштила криминалистика.

Југословенска криминалистика, разрађујући криминалистичку тактику, полази од аксиома да се тактички начини морају заснивати на закону.

Садржај и смер тактичких начина није одређен само циљем брзог откривања него исто толико и другим трајним циљем: Учвршћења законитости. Правни основи криминалистичке тактике предвиђени су и законима, па и у ЗКП. Али, сваки закон може да садржи само најопштија правила, стандарде који регулишу поредак обављања истражних и расправних радњи на крупном, основном плану. Да би се успешно обавила процесна радња ради утврђивања истине потребно је ову форму попунити богатим садржајем криминалистичких препорука. Да ли је потребно наглашавати да ниједна од ових препорука не може и не сме противречити уставу, ЗКП-у и Закону о унутрашњим пословима? Конкретан избор ове или оне тактичке препоруке (која при њеном стварању и првој употреби мора одговарати начелу законитости) условљен је њеном сврсисходношћу (принципом опортунитета који међутим, мора бити у дијалектичком складу са начелом легалитета). Оно што је потпуно опортуно (прикладно) у једном тренутку може се показати потпуно неприкладним у другом истородном случају и тренутку. Ако проучавамо чл. 218, 219, 220 и 222 ЗКП, лако ћемо уочити да ове норме дају само општи поредак испита окривљеног и истражном судији не пружају одговор на круцијално питање: која питања, у коме редоследу и Формулацији, који начин постављања доводе у конкретном случају до истинитог исказа окривљеног. Ово исто важи за поредак саслушања сведока, обављање увиђаја, вршења претреса, вештачења, итд.

Тактички начини, чија целокупност сачињава тактику ове или оне истражне одн. расправне радње могу се, као што следи из досадашњег излагања, поделити у две групе. У првој се налазе они тактички начини који нису фиксирани у нормама ЗКП-а а у другој — то је мањи део — су сврстани они тактички начини, који су садржани у нормама ЗКП-а.

Од чега зависи да ли ће неки тактички начин бити уведен у законску норму или остати изван ње? Прво, ЗКП не може претендовати да регулише читав пребогат комплекс тактичких начина спровођења поједине процесне радње. У суштини је правне норме да иде на типично, опште, стандардно, а тактички се начин преваходно руководи индивидуалношћу оперативне одн. кривичне ствари, која претпоставља такође индивидуализацију широког спектра тактичких начина. Правне норме имају задатак да, пре свега,

регулишу процесно-правни однос међу учесницима кривичног поступка, што условљава њихов садржај и конструкцију. Овај процесуални поредак најчешће не укључује него само претпоставља постојање могућег избора у арсеналу тактичких начина остварења радњи. Ови начини не могу да излазе изван ЗКП-ом установљених кривичнопроцесних односа, али често беже од процесног регулисања због њихове индивидуалности и варијетета. Тактички начини имају двоструку природу. Једна је правна, а друга природнонаучна одн. друштвенонаучна. Правну природу тактичког начина одређује императив да се он остварује у границама кривично-процесног односа, а природнонаучни и друштвенонаучни (у смислу и других друштвених наука а не само правне) природу дају тактичком начину природе, техничке и социјално-психолошке закономерности, које се налазе у његовој основи. Тактички начини могу бити прости и сложени (састављени од низа тактичких начина). У норму ЗКП-а се могу, по природи ствари, увести само они тактички начини, чија се могућност примене даде унапред утврдити, који имају опште важење и не морају се стваралачки модификовати према особитостима дела и његовог истраживања, променљивост криминалистичке ситуације и сл. Такав је пример са нормама о изборном предочавању, која се мора увек вршити, без обзира на индивидуалности кривичне ствари.

Пошто кривичнопроцесне норме не означавају само о којој се истражној одн. расправној радњи ради него садрже и нека правила њиховог спровођења, а тактички начини значе управо спровођење радње, поставља се питање разграничења тактичког начина и процесног поретка истражне радње. Ако приступимо анализи кривичнопроцесне норме са овог стајалишта, сагледаћемо да постоје правила, чији је задатак да обезбеде објективну поузданост резултата истражне радње и правила тактичког карактера (ради обезбеђења најефикаснијег резултата радње). Анализирајмо са тог гледишта норме о претресу и привременом одузимању ствари. Одредбе чл. 208 ст. 3 ЗКП о присуствовању претреса два пунолетна грађанина и упозорењу да пазе како се врши претрес, што ће рећи да морају пажљиво разгледати нађене објекте јесте норма која обезбеђује процесни поредак радње и објективну поузданост њеног резултата. Правило тактичког карактера јесте забрана лицима код којих се врши претрес да међусобно разговарају. Овај тактички начин није ЗКП-ом прописан. Међутим, један други тактички начин је у нас нормиран: држалац стана мора присуствовати вршењу претреса, (чл. 208 ст. 1. ЗКП) и на тај начин даје могућност да се пронађе скровиште тактичко-психолошким начином, који је развила криминалистика (посматрањем и тумачењем мимике и пантомимике). Учесће стручног лица (ми смо предлагали психолога, законодавац је одредио: „уз помоћ педагога или другог стручног лица“) чл. 231 ст. 4 ЗКП) при саслушању малолетног лица био је прво тактички начин па је тек недавно у нас постао правно правило.

Поставља се врло занимљиво питање: да ли тактички начин када је преточен у норму ЗКП-а и даље чува своју криминалистичку природу или је он, постајући кривично-процесни институт,

губи? Ово је једно од најспорнијих питања у кривично-процесној и криминалистичкој литератури, а његова је суштина у проблематици односа између кривичнопроцесне форме и њеног криминалистичког садржаја.

По овоме питању постоје два супротстављена мишљења.¹ И.А.Н. Васиљев, С.П. Митричев, В.Е. Коновалов, А. Сиров, М.Л. Јакуб, Н.А. Селиванов, Н.Ј. Јакубович, А.Ј. Винберг сматрају да норме ЗКП не садрже и не могу да садрже никакве криминалистичке начине и препоруке. Криминалистичко-тактички начини и препоруке у тренутку када су процесно фиксирани, самим тим губе свој криминалистички карактер, претварајући се у обавезну норму.

И. М.П. Шаламов, Р.С. Белкин, П.С. Ељкинд, Г.Г. Зуиков, А.Н. Колесниченко, Д.Ја. Баев мисле да криминалистичко-тактички начин преточен у норму кривично-процесног закона тиме не губи свој криминалистички садржај и својство.

ИИ. В.Ј. Гончаренко тврди да овај спор нема принципијелни карактер.

Ад I. А.Н. Васиљев² пише: „Познато је да у свакој истражној радњи постоје и тактичка страна. Процесној страни припада оно што чини опште услове вршења иследне радње и гаранцију законитости. Свака процесна норма је закон и којегод је правило садржано у тој норми — њено је извршење обавезно... Тактички начин није обавезан да се изврши, то је препорука... Отуда ваља извести једино правилан закључак да је свако правило које је садржано у процесној норми закон и у процесним нормама нема никаквих тактичких правила“. Тактичке препоруке су алтернативне а не обавезне. Писац је лепо сортирао у својој свести све категорије у одвојене претинце: на једној страни су закони и законитост, а на другој страни оштро одвојена, криминалистичка тактика. Он се, не пита куда воде такве теорије. По њему, сврхисходност, корисност и ефикасност нису својства ЗКП него су придржана криминалистици и управо представљају својства и обележја, која је диференцирају од кривичног процесног права. Дакле, у ЗКП-у нема елемената криминалистике, а у криминалистичкој тактици не може бити ставова који су предвиђени ЗКП-ом. Писац се не пита да ли може постојати таква криминалистика која би се налазила изван сфере закона и гаранција законитости? У правоној држави сигурно да не може. Сви ставови, начини и препоруке криминалистике морају бити прожети начелом и духом законитости. Писци који тврде да у процесним нормама нема никаквих тактичких правила искључују самим тим ставове ЗКП-а из предмета криминалистичке тактике. Међутим, аутора негира стварност: у свим истражним одн., расправним доказним радњама садржани су и тактички начини, који су прописани у одговарајућим нормама ЗКП-а. Ако пак, неко тврди да ти ставови садржани у ЗКП-у нису предмет криминалистике онда нема великог дела криминалистичке тактике (репресивне тактике). На-

¹ Пошто су у овом проблему писали само совјетски процесуалисти и криминалисти, други извори се не наводе, њих нема.

² Основы следственной тактики, М., 1960, стр. 29.

ука кривично процесног права и наука криминалистике су сродне дисциплине, које изучавају једну јединствену делатност органа кривичног поступка, у којој није могуће одвојити кривично процесну од криминалистичке делатности, као што се не може одвојити форма од садржаја. Наравно, обе науке имају властите аспекте изучавања те делатности, као и своје методе. Покушај да се (репресивна) криминалистика артифицијелно одвоји од кривично процесног права не само да је неправилан него и опасан. Укључивање у ЗКП ставова и начина криминалистичке тактике значи не само проширење правне основе криминалистике него и зближавање науке кривично процесног права и криминалистике, које служе истом циљу.

С.П. Митричев³ налази да „Тактичке препоруке нису законске норме, њих користи иследник према свом нахођењу.“ Начин радње који је фиксиран законом губи криминалистички карактер. Тактичке препоруке — то нису законске норме, њих врши иследник по свом нахођењу“. Митричев и истомишљеници сматрају да тактички начини нису, али и да не могу бити обавезни. Они мисле да криминалистичко-тактички начин после увођења у кривично процесну норму добија ново својство, које га квалитетно преображава, а то је сада његова обавезност. Заслепљени тим новим својством они претпостављају да је то ново својство дало криминалистичкотактичком начину нови садржај, што није случај. Анализа кривично процесне норме, коју смо извршили, показује да све норме ЗКП-а нису категоричке (*ius cogens*) него да постоје и дисјунктивне (алтернативне), које пружају учесницима кривичног поступка прилику да бирају између два или више могућих понашања.⁴ Писци праве велику логичку грешку када свакој кривично процесној норми приписују обавезност, а сваком криминалистичко-тактичком начину алтернативност, слободно оперисање њиме. Већ смо навели пример са обавезношћу изборног предочавања. Ако се ово тактичко правило не поштује доћи ће у питање допуштеност истражне радње и примениће се одредба о издвајању записника (чл. 233 у вези са чл. 83 ЗКП-а). Тактички начин да се не предочава мање од три и не више од 6 особа, међутим нема снагу обавезности, јер није ни нормиран ЗКП-ом. У чл. 80. ст. 3 ЗКП стоји: „...а ако су направљене скице, цртежи, планови, фотографije, снимци и сл. то ће се навести у записнику“ (о увиђају, претресању стана или лица, или препознавање лица или предмета) и „прикључити записнику“. Истражни судија има овлашћење да примени наведене тактичке начине у складу са околностима кривичне ствари, а према овом нахођењу. А то значи: ако их примени, оне постају доказним средством, дакле, њихова употреба повлачи одређене правне последице.

Са друге стране, научни карактер криминалистичких начина није могуће помирити са тезом о „слободном оперирању“. Чл. 240 ЗКП прописује „по потреби, предузимање и проналажење, обезбеђивање или описивање трагова, вршење потребних мерења

³ Теоретические основы советской криминалистики, М., стр. 38.

⁴ В. Водинелић, Анализа кривично процесне норме, Наша законитост, 1980/11—12, стр. 43.

и снимања, сачињавање скица". Дакле, истражни судија има овлашћење да снима трагове. Како се снимају трагови истражује учење о криминалистичкој фотографији. Ако се фотографисање лица места не изврши по правилима криминалистике (што баш није реткост), овај криминалистички пропуст чини те снимке неподобним за поступак као доказ. Један процесно алтернативан пропис о криминалистичком начину може, са стајалишта извођења по правилима криминалистике, да буде *lege artis* обавезан.

Како треба гледати на однос кривичнопроцесне форме криминалистичког садржаја оног криминалистичко-тактичког начина који је уведен у ЗКП? То је појавни облик дијалектичког односа форма-садржај и слобода-неужност. Тактички начин, који је у ЗКП-у императивно фиксиран могао је то бити само онда и само зато што кривичнопроцесни субјект, обавезан да га изврши, зна шта и како има да ради. Такав криминалистичко-тактички начин је једнозначно одређен. Законодавац га је императивно прописао, јер важи за све случајеве те врсте као несумњиво најефикаснији или једино могући или једино допуштен. У врло великом броју случајева, међутим, ЗКП ће, ако прописује криминалистичко-тактички начин водити рачуна о његовој алтернативности, што тражи маневрисање у складу са индивидуалношћу ситуације. Такво нормирање има дакако у извесној мери неодређен карактер, услед чега ће орган кривичног поступка, делујући у оквиру једне исте процесне норме, применити у зависности од криминалистичко-тактичке ситуације, разне криминалистичко-тактичке радње (начине). У већини случајева ЗКП претпоставља код истражног или расправног судије самосталност у избору и начину спровођења криминалистичког садржаја процесне радње.

В.Е. Коновалова⁵ изричито каже: „Третирање појединих тактичких препорука од стране ЗКП као најефикаснијих у поступку, преобразило их је у обавезне норме”.

М.Л. Јакуб⁶ формулише: „Ако је законодавац уздигао ову или ону тактичку препоруку у законску норму, она добија ново својство-квалитет процесне норме и губи својства тактичке препоруке”.

Н.Ј. Јакубович истиче да после прописивања у ЗКП-у тактички начини добивају правну природу и ео *ipso* губе своју до-тадашњу криминалистичку (инструктажну, препоручну) природу. Они се преображавају у законске норме, које не само да регулирају поредак њиховог коришћења него и рађају одређена права и обавезе учесника кривичног поступка, а при њиховој реализацији настају правни односи, које изучава наука кривичнопроцесног права а не криминалистика”.⁷ Према овом аутору, постоји

⁵ Теоретические проблемы следственной тактики, Харьков, 1966, стр. 16.

⁶ Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве В кн.: Сибирские юридические записки, Иркутск—Омск, 1973, вып. 3, стр. 167.

⁷ Общие проблемы криминалистической тактики, В кн.: Советская криминалистика. Теоретические проблемы, М, 1978, стр. 160, 161, 162.

безброј начина за сваку људску делатност. Сви су они начини радњи, али са различитом природом. Тактички начин који је нормиран у ЗКП-у, не престаје бити начин радње — али се на томе остаје и своди оно заједничко што остаје између „бившег тактичког начина и радњи нормираних ЗКП. Настаје квалитативни скок, који мења природу тактичког начина. Из криминалистичког начина радње тактички начин се преображава у кривичнопроцесни начин радње са свим из тога проистеклим правним последицама.” „Начелна разлика тактичких препорука криминалистике и процесних правила спровођења иследних и судских радњи састоји се у неједнаким правним последицама које настају код повреде законских норми и неправилне примене овог или оног тактичког начина. Повреда законских норми повлачи примену процесних санкција, а неправилна примена тактичког начина не. Као критериј разграничења процесних правила и тактичких начина иступа, на тај начин, природа начина радње, која сачињава садржај процесног правила или тактичког начина. У првом случају природа радње је правна и, доследно, овај начин је обавезан у свим случајевима. Његова примена је обезбеђена процесном принудом. У другом случају природа радње је криминалистичка, алтернативна. Њена примена се заснива на увиђању и зависи од сврсисходности. Она представља по себи научну препоруку. Према томе, не сме се стављати у једну исту раван тактичке начине (криминалистичке препоруке) и процесна правила (заповести закона). Начин радње прописан законом губи криминалистички карактер.”

Н.А. Селиванов^{7а} пише: „По питању о томе да ли такви начини губе значење тактичких начина води се одавно спор, који се одражава у литератури. Једни писци су склони да их искључе из броја тактичких начина, док их других признају као такве. По нашем мишљењу су први у праву. Оно што је законодавац прописао као обавезно не оставља лицима, која примењују закон простора за слободно нахођење и не може се разматрати као тактички начин. То је правна норма, макар и посебне врсте, која има тактички садржај, норма, којој је својствена стална и тактичка сврсисходност”.

Ад. II. Ми смо горе већ дали основну критику ове концепције, коју карактерише антидијалектичко супротстављање процесне норме и тактичког начина, постављање кинеског зида између њих, неуверљиво и необјашњено, па и необјашњиво ишчезавање криминалистичко-тактичког начина, његово претварање у ваздух. Не схваћају ти писци да се овде ради о дијалектичкој противречности, у којој је новонастала форма сачувала своју криминалистичку садржину. Каква је то доказна радња без криминалисти-

^{7а} Советская криминалистика: система понятий, М., 1982, стр. 84—85. Није тешко у цитираном тексту открити логичке недоследности и противречности. Прво се тврди да озакоњени начин губи својство тактичког начина, а затим се, у истом духу, тврди да та правна норма има тактички садржај, дакле, да је тактички начин. Ни овај писац не позна алтернативне (дисјунктивне) норме. В. И. Комиссаров, Научные, правовые и нравственные основы следственной тактики, М., 1977, стр. 36—38. и А. Н. Гусаков, Следственные действия и тактические приемы, М., 1972, стр. 106, износе сличне тврдње.

чког садржаја? Да ли је увођење криминалистичко-тактичког начина у кривичнопроцесну норму дало овом неки нови садржај и смисао па да он изгуби своја криминалистичка обележја, добијајући и кривичнопроцесно обележје? Одговор на ово питање показује ову слабост наведених концепција. Да ли је одређени — било који — криминалистичко-тактички начин регулисан ЗКП-ом изгубио својства појма криминалистичко-тактичког и добио значење неког другог, „процесуалног“ појма? Р. С. Белкин, са правом, пита шта је у суштини појма криминалистичко-тактичког начина и одговара да се сви аутори слажу да је то најефикаснији, најсврсисходнији, најрационалнији начин деловања при спровођењу одређене истражне радње.⁸ Тиме што је постао процесно обавезан он није престао да буде тактички начин. Обавезност или необавезност тактичког начина, што смо доказали, није битна карактеристика тактичког начина. Слажући се по овом питању са Белкином, истичемо да највећи број тактичких начина није процесно обавезан. „Тактика уопште не значи слободу бирања. Тактика — то је, правилан избор“, пише Белкин. Тај избор ће учинити творац ЗКП када је неки тактички начин толико сврсисходан и општи да се мора стално примењивати (или бар у алтернатици).

А.Ј. Винберг⁹ такође мисли да тактички начин уведен у процесну норму не престаје то да буде и не губи свој криминалистички садржај. „Обавезност јесте израз оцене тактичког начина од стране законодавца као најефикаснијег средства ислеђења за дати случај“. „Процесна норма као специфичан одраз — форма — система елемената који образују његов садржај, сами по себи не мењају природу тих елемената — у разматраном случају криминалистичку природу него је, насупрот, одражавају“. (Али, 1965. г. Винберг тврди да тактички начини не могу постојати у нормама ЗКП-а (о научним основим криминалистическој тактики, Правоведение, 1965/3, п. 79).

П.С. Ељкинд¹⁰ сматра да научне информације прилагођене задацима кривичног поступка и уведене у норме ЗКП-а, не губе своја криминалистичка својства. Један, мањи део начина и средстава криминалистике примењује се у виду општеобавезних правила понашања, док се други део, чувајући свој карактер препоруке, употребљава према нахођењу органа који води поступак.

Слично мисли и А.Н. Колесниченко.¹¹

М.П. Шаламов,¹² који се исцрпно бавио овим проблемом, дели све тактичке начине, са стајалишта њихове правне регули-

⁸ Р. С. Белкин, Курс советской криминалистики, Том I, М., 1977, стр. 226.

⁹ Р. С. Белкин, А. И. Винберг, Криминалистика — Общетеоретические проблемы, М., 1973, стр. 94.

¹⁰ П. С. Эљкинд, Сушность советского уголовно-процессуального права, Л., 1963, стр. 99.

¹¹ А. Н. Колесниченко, Новый уголовно-процессуальный кодекс УССР и вопросы советской криминалистики, в кн. Учен. зап. Харьков. юрид. ин-та, 1962, вып. 16, стр. 100.

¹² М. П. Шаламов, Некоторые проблемы советской криминалистики, М., 1965, стр. 27—28.

саности, у три групе. У прву групу убраја све оне тактичке начине које је ЗКП увео као обавезне за све одговарајуће случајеве.

У другу групу спадају начини који су такођер предвиђени ЗКП, али њихова примена зависи од нохођења иследника. Те смо нормe назвали дисјунктивним (алтернативним).

У трећу групу је писац уврстио све тактичке начине које ЗКП не нормира. Тактички начини треће групе морају такође бити у складу са начелом законитости. Шта више, и они су, по свом садржају и циљевима усмерени на јачање и учвршћивање законитости. Ова је група најмногобројнија.

Разлике између ове три групе не нарушавају њихово јединство као одређеног система криминалистичке тактике.

Г.Г. Зуиков¹³ је категоричан: „Постојање у нормама ЗКП појединих тактичких правила не значи да она не припадају предмету криминалистике а да спадају само у предмет кривичнопроцесне науке”.

О.Ј. Баев¹⁴ прихвата стајалиште да криминалистичко-тактички начини који су уведени у ЗКП не губе своја криминалистичка својства.

Ад. III. В.Ј. Гончаренко¹⁵ сматра да овај спор нема начелно значење, јер се суштина питања ниуколико не мења од тога у коју категорију уврстити прописе криминалистичког карактера, који су уведени у нормe ЗКП. Писац наглашава да „само узете у целини кривично-процесне нормe и криминалистичке препоруке обезбеђују најефективније откривање истине по ствари”. Узајамно прожимање обе науке само им користи. Унутарње јединство криминалистике и кривично процесног права „испољава се у томе што се сва правила и начини криминалистике усаглашавају са општим ставовима кривичнопроцесне науке, а опште ставове ове последње не само одвајати од расположивих средстава и могућности криминалистике”.

Многи тактички начини су из науке ушли у праксу, практичари их користе а да не знају њихов *ratio*, а друге начине је створила прво пракса, па их онда изучила и усавршила наука криминалистика. Навешћемо пример са тактичким правилом да се претрес врши у правцу кретања *сказалке* на сату. Ово је правило настало коришћењем медицинске и психолошке науке, која је истражила закономерност кретања ока у процесу посматрања. Људи када читају и гледају слике увек то чине са лева на десно. Научни ставови криминалистике допуњују и обогаћују кривично-процесне нормe.

Владимир ВОДИНЕЛИЋ

¹³ Г. Г. Зуиков, Криминалистика, Т. 2., М., 1970, стр. 12.

¹⁴ О. Я. Баев, Содержание и формы криминалистической тактики, Воронеж, 1975, стр. 27.

¹⁵ В. И. Гончаренко, Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве, Киев, 1980, стр. 38.

TACTICAL MODES AND CRIMINAL PROCESS LAW

— Summary —

Analyzing the relation between the tactical modes as a criminologic institute and the criminal process norms, the author starts from the cognition that the Code of Criminal Procedure included into its articles a series of tactical recommendations.

From this point of view, he divided the tactical modes into two groups. In the first (majority) group are to be found these which are not fixed in the norms of the Code of Criminal Procedure and in the second one those which are fixed. The essences of the juridical norm is that it goes to typical, general, standard, whereas the tactical mode is pre-eminently guided by the individuality of the operative resp. criminal affair.

There arises the problem whether the tactical mode, when poured into the norms of the Code of Criminal Procedure, keeps its criminologic nature or loses it becoming an institute of criminal procedure? There exist two opposed opinions as regards this question.

The author tries to prove that the tactical mode, having become obligatory, did not cease to be tactical mode. The scientific principles of the criminology complete and enrich the norms of criminal procedure.

ПОЖАРИ И ЕКСПЛОЗИЈЕ

(Узроци и одговорност)

Паљевине у криминалистичкој теорији и пракси заузимају посебно место с обзиром на специфичност коју имају природа и узроци пожара уопште. Очигледно је да ватра није увек савезник човека, већ му често наноси велике штете због његове немарности, игром случаја или намерним изазивањем, те се отуда при истраживању узрока пожара мора посебно водити рачуна о томе да ли је до пожара дошло услед неког деловања човека или услед природних сила.

У теорији и пракси појам пожара и паљевина није прецизно одређен. Поједини аутори дефинишу пожар као неконтролисано сагоревање материја до којег је намерно или нехатно проузроковао човек. Други аутори под појмом паљевине подразумевају само намерно изазивање ватре.

У кривичном закону СР Србије не постоји изазивање пожара или паљевина као посебно кривично дело већ се умишљајно или нехатно изазивање пожара везује за следећа кривична дела:

- Подривање војне и одбрамбене моћи (чл. 121. КЗ СФРЈ),
- Насиље из непријатељских побуда према СФРЈ (чл. 123. КЗ СФРЈ),
- Тероризам (чл. 125. КЗ СФРЈ),
- Уништење важних објеката привреде (чл. 126. КЗ СФРЈ),
- Саботажа (чл. 127. КЗ СФРЈ),
- Непрописан и непажљив однос према повереном оружју (чл. 221. КЗ СФРЈ),
- Непрописна предаја саобраћају експлозивног или запаљивог материјала (чл. 248. КЗ СФРЈ и чл. 200. КЗ СРС),
- Тешка крађа за време пожара (чл. 166. КЗ СРС),
- Оштећење туђе ствари (чл. 176. КЗ СРС),
- Изазивање опште опасности (чл. 187. КЗ СРС),
- Неотклањање опасности (чл. 193. КЗ СРС),
- Оштећење заштитних уређаја на раду (чл. 189. КЗ СРС),
- Непрописно и неправилно извођење грађевинских радова (чл. 190. КЗ СРС), и

— Учествовање у скупини која изврши насиље (чл. 230. КЗ СРС).

У пракси се изазивање пожара и паљевина најчешће подводи под радњу извршења кривичног дела из чл. 176, односно чл. 187. КЗ СРС. Оба кривична дела се могу извршити изазивањем пожара и као последицу имају уништење имовине, па се може поставити проблем утврђивања да ли је неко од тих дела извршено или не.

Оштећење туђе ствари (чл. 176. КЗ СРС)

Ово кривично дело чине она лица која оштете, униште или учине неупотребљивом туђу ствар. Код овог кривичног дела разликује се основни и квалификовани облик, зависно од тога да ли износ штете прелази 30.000 динара. Објекат кривичног дела може бити како покретна, тако и непокретна ствар, али је важно да је ствар туђа или да се тужилац налази у сувласничком односу. Када се ради о покретној ствари, она треба да се налази у моменту извршења дела у притежању извршиоца кривичног дела. Радња се састоји у оштећењу, уништењу или чињењу исте неупотребљивом; а кривично дело је свршено са извршеним оштећењем ствари. У погледу виности за ово кривично дело потребан је умишљај. Услов за постојање овог кривичног дела је и да се дело не појављује као кривично дело по неком другом пропису тако да је стицај немогућ. Када се ради о оштећењу ствари у приватној имовини гоњење се предузима по предлогу, ако штета не прелази износ 30.000 нових динара. Уколико је кривично дело извршено према брачном другу, сроднику по крви у правој линији, брату или сестри, усвојоцу или усвојенику, гоњење се предузима по приватној тужби.

Изазивање опште опасности (чл. 187. КЗ СРС)

Ово кривично дело чини оно лице које је пожаром, поплавом, експлозијом, отровом или отровним гасом, јонизујућим зрачењем, моторном силом, електричном или другом енергијом изазвало опасност по живот људи или имовине већег обима. Карактер овог кривичног дела огледа се у заштити опште сигурности људи и имовине. Ово дело обухвата у себи неколико кривичних дела, или ако се узме као јединствено може се расчланити у више облика који су самостални. У ст. 2. овога кривичног дела наглашено је да се може казнити свако ко каквом општеопасном радњом или општеопасним средством изазове опасност за живот људи или за имовину већег обима.

Један од облика који се може издвојити је и изазивање опасности за живот људи или имовине већег обима пожаром, који је у пракси још познат под именом паљевине. Ово кривично дело се састоји у изазивању пожара, а дело постоји без обзира да ли се изазива пожар на својој или на туђој имовини. С обзиром да у кривичном закону није назначен предмет пожара, може се

сматрати да се као предмет може појавити свака ствар која може горети. За појам овог кривичног дела без значаја је вредност ствари која се сапаљује тако да то могу бити и напуштене ствари. Такође, пристанак сопственика ствари не искључује противправност дела, међутим, сваки пожар није паљевина у смислу овог кривичног дела, јер се суштина не састоји толико у паљењу ствари нити у самом уништењу запаљене ствари већ је то само изазивање пожара, који се може ширити тако да може обухватити већи број ствари, односно предмета поред онога који је запаљен. Када је испуњен овакав услов, предмет пожара у смислу овог кривичног дела може бити и свака безначајна ствар и тада је без значаја и начин и средство којим је запаљен предмет. Када се говори о паљевини, није неопходно да постоји пламен већ се под паљевином подразумева и ватра која само тиња, а има снагу ширења. Пракса сматра да је кривично дело свршено чим је предмет запаљен и ватра обузела предмет на такав начин да се може даље ширити. Покушај се сматра све до оног момента док се ватра ограничава на једном предмету односно делу предмета. Непосредан објекат овог кривичног дела је живот људи и или имовина већег обима. Последица се састоји у опасности за живот људи и имовину већег обима. Опасност се код овог кривичног дела схвата у смислу конкретне опасности, јер је она обележје кривичног дела и мора се утврдити. Ова опасност се утврђује с обзиром на околности извршења дела. У погледу виности извршилац може бити умишљајни или нехатни.

Наше је мишљење, иако је у пракси устаљено схватање да је паљевина умишљено изазивање пожара, да би под паљевином требало подразумевати сва кривична дела из тач. 176. и 187. КЗ без обзира на облик виности. На овај начин подвукла би се посебно друштвена опасност нехатних пожара и показала потреба предузимања одговарајућих мера и према учиниоцима оваквих пропуста јер је чињеница да нехатни пожари наносе данас већу штету нашој привреди од умишљених паљевина. Поред тога, требало би увести у КЗ СРС нехатно и намерно изазивање пожара као два посебна кривична дела, као што је то случај нпр. у чл. 180. КЗ СР Словеније.

Однос пожара и паљевина

Однос између укупног броја пожара у СФРЈ и броја пожара намерно изазваних по годинама види се из следећих података:

Година	Укупан број пожара	Број намерно изазваних пожара
1971	11.450	980
1972	9.208	574
1973	9.688	473
1974	8.732	453
1975	10.125	520
1976	10.430	765
1977	10.110	270

Међутим, иако су наведени подаци у статистичком смислу тачни, они ипак не дају сасвим објективну слику о учешћу броја паљевина у укупном броју евидентираних пожара. Ово из разлога што наведеним подацима нису обухваћени пожари код којих узрок није утврђен, а овакако да међу њима мора бити и знатан број намерно изазваних пожара. Осим тога, и пожари код којих је непосредни узрок утврђен (електрична енергија, опушак цигарете и сл.) не мора да значи да нису намерно изазвани.

Укључена грејалица или решо, неугашени опушак или запаљена шибица могу бити из нехата и не намерно остављени или бачени, али то може бити и намерно учињено. Због тога на паљевине не смемо сумњати само када смо нашли остатке класичних средстава којима се паљевине врше, него морамо бити свесни да је њихов број већи него што то статистика приказује, а самим тим и проблем паљевина постаје озбиљнији.

Поред тога, без обзира на висину настале штете и друге последице, намерно изазвани пожари су друштвено веома опасни, јер сваки од њих најчешће представља тешко умишљајно кривично дело против опште сигурности људи и имовине извршено из разних разлога и са разним мотивима, од дела (проневера, пљачка, убиство, итд.), до најтежих облика нарушавања економске основе нашег самоуправног социјалистичког друштва, односно до најтежих облика саботаже и диверзија.

Повећана друштвена опасност код намерно изазваних пожара је и у томе што није увек лако утврдити да је пожар намерно изазван, па и кад је утврђен непосредни узрок пожара. Тако долазимо до ситуације да се у извесном броју случајева паљевине сматрају пожарима проистеклим из других узрока, па одређени број учинилаца ових кривичних дела остаје неоткривен, некажњен и увек у могућности да понови кривично дело, а што је посебно опасно код паљевина из непријатељских побуда.

Због тога је поступак за утврђивање да ли је у конкретном случају пожар намерно изазван, или је у питању неки други узрок, веома тежак. Он обухвата, и мора да обухвати, читав комплекс радњи, од криминалистичко-техничке обраде места пожара, проналажења центра пожара, прикупљања и обраде трагова, до оперативног рада на утврђивању кретања одређених особа, њихових евентуалних мотива за изазивање пожара, понашања пре, за време и после пожара, могућности и способности да изазову пожар, склоности ка одређеним радњама и поступцима итд. Ту не сме бити унапред „јасних“ случајева; поступак се мора изводити упорно и темељито, кроз тимски рад са јединственим руковођење, док се узрок пожара са сигурношћу не утврди.

Паљевине имају своје одређене специфичности у начину настајања и развијања пожара, као и у траговима средстава којима је пожар изазван, односно траговима који настају након пожара, а што свакако зависи од употребљеног средства и начина његове употребе. С обзиром на то и истраживање узрока паљевине има одређене специфичности које се у поступку примењују. Због тога овај рад и има за циљ да укаже на нека средства и начине са којима и на које се паљевине најчешће врше, на начине настаја-

ња и развијања пожара, карактеристичне трагове употребљених средстава и друге трагове који остају након пожара, њихово проналажење и обраду, као и на одређене начине поступања у истраживању узрока пожара и доказивању паљевина са намером да подстакне размену искустава на том плану и допринесе унапређењу поступања.

Начин на који настаје и развија се пожар може нам недвосмислено указати да се у конкретном случају вероватно ради о пожару који је намерно изазван, односно о паљевини. Због тога је веома значајно утврдити на ком је месту започео пожар, да ли је започео на једном или на више места истовремено, односно у временском континуитету, како се пожар развијао — нагло или постепено, да ли је пожару претходила или га пратила експлозија итд. За постизање овог циља неопходна је синхронизација оперативног рада са очевицима пожара и криминалистичко-техничке обраде лица места на проналажењу центра пожара, а што је значајно за даље усмеравање поступка на утврђивању узрока пожара, односно расветљавање да ли је пожар намерно изазван или не. Најчешћи случајеви у пракси који указују да је пожар намерно изазван су следећи:

— Када пожар након избијања почне великом брзином да се шири, а материјал који гори нема особину да на тај начин сагорева, вероватно је да се ради о паљевини и да је учинилац употребио лакозапаљиве материје како би се са сигурношћу изазвао пожар и поспешио ширење ватре. Зато је значајно детаљно утврдити особине материјала који се налазио у изгорелом објекту. Међутим, ако је пожар настао у објекту односно на месту на коме се налазио лакозапаљиви материјал и тада постоји вероватноћа да се ради о намерно изазваном пожару ако у близини није било извора топлоте, односно ако се не може објаснити на који други начин је извор топлоте могао доћи у додир са материјалом. У том случају на месту пожара треба тражити остатке неког временског темпираног упаљача, односно неког другог средства за касније паљење, јер је учинилац вероватно такво средство употребио због сопствене сигурности или обезбеђења алибија.

— Када се на згаришту нађе више центара пожара а исти нису у међусобној повезаности то је знак да се ради о паљевини, под условом да нису утврђени други разлози за започињање пожара на више места, као на пример варничења на ширем простору приликом заваривања и сл. Праћењем и анализом трагова сагоревања, степена нагорелости материјала, промене боје и оштећености металних делова, промене боје на зидовима итд., са сигурношћу се може утврдити сваки центар посебно. Ако између тих центара пожара постоји несагорели материјал, или сагорео у мањем обиму, може се са сигурношћу закључити да је пожар започео на више места одједном, или у одређеним временским размацама, а то указује на чињеницу да је пожар вероватно намерно изазван. При томе треба рећи да, ако је учинилац употребио лакозапаљиве течности (нафтне деривате; петролеј и сл.), биће теже утврдити постојање више центара пожара јер су границе између њих слабије изражене.

— Ако је испитивањем трагова утврђен један центар пожара, а на том месту није постојао ниједан извор топлоте који је могао запалити материјал који је почео да гори, увек треба посумњати да се ради о паљевини.

Да би се утврдио узрок настајања пожара, односно да ли је пожар у конкретном случају намерно изазван или не, најбитније је да се на месту пожара: у центру пожара, у објекту у коме је дошло до пожара и у ближој околини пронађу остаци и трагови средстава којим је пожар изазван, као и материјала евентуално коришћеног за његово поспешивање.

Криминалистичка подела узрока пожара *Природни узроци пожара*

Деловањем природних сила и појава може се створити топлота која изазива пожар. Овакви пожари настају независно од воље човека и без икаквог његовог утицаја у њиховом настајању.

Гром. Када постоји сумња да је до пожара дошло услед грома треба испитати трагове на згаришту, који би потврдили његово деловање, а такође проверити да ли је у време избијања пожара заиста било невреме праћено атмосферским пражњењима електрицитета, јер се може десити да је, евентуални извршилац искористио невреме да би подметнуо пожар. У оваквим случајевима је од пресудног значаја испитивање центра пожара. Поред већ напред наведених трагова који остају на згаришту код оваквих пожара, карактеристично је постојање више центара пожара, из којих се ватра ширила на остале делове објекта, а што је исто случај и код паљевина. Наиме, извршилац веома често подмеће пожар на више места, да би био сигуран да ће се пожар проширити на цео објекат.

Међутим, код грома ови центри пожара нису намерно међусобно повезани, већ случајно и то на путу како је пролазила муња, што се може утврдити, док код паљевина ти центри пожара су или повезани преко неког поспешујућег материјала или немају уопште никакве међусобне везе што се тиче материјалних трагова. У случају паљевине, обавезно се примећује разлика у степену изгорелог материјала, као и саставу материјала у центру пожара (састав пепела) и на непотпуно сагорелим деловима. Из пепела се може лабораторијском анализом утврдити која врста материјала је употребљена за изазивање односно поспешивање пожара. У сваком случају потребно је детаљно испитати све трагове на згаришту и на основу тога донети закључак.

Потреси. Велики и катастрофални земљотреси су увек праћени и великим пожарима. До пожара долази углавном због разарања огњишта, пећи, димоводних канала, инсталација (електричних и гасних) и др.

Уз појаву потреса могу се појавити и лица која из разноразних разлога изазивају пожаре (крађа и остало), јер им околности иду на руку за прикривање других кривичних дела. У оваквим ситуацијама је веома тешко, поготово немогуће извршити анализу згаришта, јер је све оштећено и срушено.

Исте околности настају и код одрона, клизања терена на већим површинама и за њих вреди исто као и код потреса.

Сунце. Топлотна енергија сунца ствара врло погодне услове за настајање пожара шума, али може да буде и директни узрок пожара. У таквим случајевима ради се о акумулацији топлотне енергије и подстицања процеса паљења, одвијању егзотермних хемијских реакција при сунчевој светлости или преламању сунчевих зрака кроз конвексне површине (лупе, сочива и др.) и паљење материја у месту где се секу (жижи). Ово се може искористити за подметање пожара.

Случајни или нехатни узроци пожара

Овакви пожари настају када човек сноси кривицу за његово избијање, због несавесног рада, непажње, незнања или непредузимања одговарајућих мера за његово спречавање. Треба истаћи да због овог узрока најчешће долази до пожара (више од половине насталих пожара). Дешавају се у разним технолошким процесима, при раду за машином, руковању са лакозапаљивим и експлозивним материјалом и при руковању с разним уређајима и апаратима.

Пракса показује да је веома тешко разграничити у већини случајева да ли је до пожара дошло услед нехата или намерно пропуштене или извршене радње.

Овде ћемо истаћи неколико карактеристичних случајева који се често дешавају.

Дечја игра. Деца често за игру употребљавају шибице и друге запаљиве материје, па тако изазивају пожаре. У свим оваквим случајевима се најчешће ради о запаљењу штала, камара сламе или сена, жита а неретко и пожарима шума од неугашене ватре и сл.

Пушачи. Велики је број пожара које је изазвао непажљиво бачени опушак или неугашена шибица. Дешавају се у шумама за време великих суша, у погонима, радионицама и канцеларијама нарочито ако је опушак бачен при крају радног времена, или у хемијској и сличној индустрији где се пуши упркос забранама. Било је доста случајева у којима су изгорела лица јер су пушила пре спавања, заспала а испали опушак је запалио постељину. Опушак, као средство за изазивање пожара (било из нехата или намере) у већини случајева не може се доказати ни једном лабораторијском анализом, јер су изградња у центру пожара потпуна, а продукти који настају његовим сагоревањем су исти као и код већине материјала који се налазе на згаришту (хартија, материјали који садрже азот и др.). Ту се случај може решити само уз тесну сарадњу између криминалистичко-техничког стручњака и стручњака криминалисте. Криминалиста треба да утврди која су се лица кретала у објекту, која пуше и која могу да дођу у обзир да су изазвали пожар. При том треба водити рачуна да је запаљиви материјал заиста могао да се запали ужареним материјалом (опушком).

Грађевински недостаци

Често долази до пожара услед непрописно изведених електричних и гасних инсталација, лоше урађених огњишта и димоводних канала или уградње материјала лошијег квалитета због штедње или других разлога. У свим оваквим случајевима ради се о већим или мањим одступањима од прописаних противпожарних мера. Код непрописно изведене или оштећене електричне инсталације није пожарно опасан потпуни, него непотпуни кратки спој, услед кога настају електричне варнице или електрични лук. Најчешће до пожара услед електричне струке долази због непажљиве употребе разних електричних прикључака (пегле, грејалице, решоа и сл.). Не треба заборавити да се у појединим случајевима паљевина жели прикрити пожаром изазваним електричном струјом, због чега је у свим пожарима где се сумња на овај узрок потребно присуство електро стручњака.

Самозапаљење

О процесу самозагревања и самозапаљења и механизмима реакција које проузрокују тај процес било је раније говора. Овде се улога човека своди на пропуштање одређених противпожарних мера. Ово пропуштање одређених радњи не мора увек имати кривично правни карактер и не мора собом повлачити одговорност. Међутим, извршилац може познавати особине материја склоне самозапаљењу, па то искористити за подметање пожара.

У случају да постоји сумња на подметање пожара, материјама склониим самозапаљењу, тада треба утврдити како је дошло до тога да се на месту избијања пожара и под тим условима нашао тај материјал. Такође се може десити да су поједини материјали накнадно влажени да би се изазвао процес самозапаљења (биљни материјали, угаљ, и сл.) или намочен уљем (текстилни отпаци и друго).

Непажљиво руковање лакозапаљивим средствима

Руковање лакозапаљивим материјалима у близини извора топлоте, као што су пећи, електричне грејалице и др., или када се њима врши чишћење од мрља, и др., често доводи до пожара или експлозије. Веома често долази до експлозија у просторијама у којима се рукује са запаљивим гасовима, најчешће са смешом бутан-пропан, а сада и при претакању бензина и лож-уља у другим.

Паљевине

Намерни или криминални пожари или паљевине су они, који су изазвани свесном или промишљеном људском активношћу, из различитих побуда, према разним објектима и на разне начине подобне да изазову пожар и уништење имовине.

Основно питање са којим се среће криминалиста код сваког пожара је дилема да ли је природни узрок пожара паљевина или

случајни пожар. Одговор на то питање одлучује у оцени ради ли се о кривичном делу или не. У свим оваквим случајевима потребно је извршити потпуно и стручно испитивање, да се прикупе потребни елементи на основу којих се може донети одлука, да ли има или нема места вођењу кривичног поступка.

Утврђивање побуда којима се потпаљивач руководио при подметању пожара често може бити одлучујуће за његово откривање. Због тога, поред познавања узрока пожара, треба познавати утврђени круг типичних побуда из којих се врше паљевине. Мотиви паљевина могу се сврстати у следеће групе:

Освета. Освета се често базира на безначајним разлозима и побудама. То могу бити: свађа, туча, љубомора и завист.

Из статистичких података се види да се највећи број паљевина из освете десио у селу, а ређе у индустрији и градовима, пошто је присутан увек већи број људи па подметач пожара може лакше да буде откривен.

У свим овим случајевима потребно је приликом утврђивања узрока пожара утврдити и технику подметања пожара уз мотиве.

Пијанство. Појединци у алкохолисаном стању могу упалити своју или туђу имовину. У тим случајевима дело се чини у стању смањене душевне урачунљивости. Веома често пијани подметач ватре и сам страда у запаљеном објекту, о чему ће бити речи касније.

Користољубље. Овај мотив је врло чест узрок паљевине. Углавном се жели добити осигурање.

У тим случајевима важно је проверити да ли је изгорели објекат био осигуран и од када, као да ли је у последње време повећана висина осигурања. Ова паљевина се најчешће изводи врло често и смишљено, испланирано до танчина, тако да се веома тешко може доказати. Треба нарочито обратити пажњу на пожаре у индустријским предузећима, јер се и ту могу десити пожари, намерно изазвани. Да би се предузеће ослободило старих магацина и великих залиха робе, оно их осигурава затим подмеће, а од добијеног осигурања подиже модерне магацине и погоне. У оваквим нешто ређим случајевима често се користе сва знања из електротехнике, познавања особина материјала и сл. тако да ми откријемо узрок пожара са криминалистичко техничког становишта (нпр. директан контакт ужареног материјала и запаљиве материје и сл.) али не откријемо и друге околности које су до тога довеле. Овај други, мукотрпни део је посао криминалисте.

Сујета. Ово је често повод за подметање пожара. Веома често то људи чине да би суделовали у гашењу пожара и да би се у томе истакли. У неким случајевима је откривено да су то радили чак и професионални ватрогасци, да би се после истакли у акцији гашења и добили похвале и признања.

Дистанционе паљевине

Уређаји за дистанционо паљење су у нашој пракси веома ретки. Међутим, то не значи да им не треба обратити одређену пажњу. Овакве направе користе се углавном за то да би се сумња отклонила и створио потребан алиби бар за критичан временски

период између подметања пожара и избијања пожара. Извршилац овакве паљевине верује да тиме може добити алиби и да ће већ на самом почетку испитивања отклонити од себе сваку сумњу јер је за време избијања пожара био на сасвим другом месту. Мислимо да је ово осећање сигурности код учиниоца главни разлог и мотив опредељења за вршење паљевине на овај начин.

По правилу, када је реч о оваквим паљевинама, у остацима на месту пожара налазе се и делови уређаја за дистанционо паљење. Отуда је и из овога разлога неопходно да се пажљиво прегледају пожарни остаци и када се евентуално пронађу овакви уређаји треба приступити брижљивој реконструкцији нађених делова да би се утврдило који уређај и на који начин је коришћен за дистанционо паљење.

О овом проблему у литератури се може наћи врло мало података јер се објашњење и описи уређаја за дистанционо паљење не публикују због тога што би упознавање шире јавности са оваквим уређајима могло да помогне лицима која су се већ одлучила или ће се одлучити на извршење ове врсте деликта.

Једно је сигурно, употребљавање уређаја за дистанционо паљење углавном врше она лица која располажу одговарајућим техничким знањем, било да су у тој области професионалци, или аматери. Мишљења смо да ширу јавност баш треба упознати са чињеницом да истражни органи имају начине и могућности да открију кад је једна паљевина извршена уређајима за дистанционо паљење, па се и на тај начин може постићи одговарајућа генерална превенција, тиме што се шири јавност уверава да на месту пожара долази специјално обучена екипа која је у стању да пронађе и најмање трагове, да их проучи и да открије кривца.

Употреба уређаја за дистанционо паљење при изазивању паљевина има и одређене мане, јер је опасност откривања извршиоца далеко већа него код других узрока паљевина, било због тога што остаци оваквог уређаја могу указати на извршиоца, било што се може појавити грешка у функционисању овог уређаја, а тада је могућност откривања кривца још већа, јер се из начина конструкције може доста закључити о личности кривца, а остала планирања са алибијем, постају најбоље доказно средство против њега самог. Ово је посебно случај када је у питању подметање пожара на сопственој имовини ради добијања накнаде из осигурања.

Ако би се желео пружити један систематски преглед разних система за дистанционо паљење, мора се поћи од средства које је примењено да би се пламен пренео и проширио на одређени објекат. У суштини, овде се примењују иста средства која се и иначе сматрају као узрочници пожара. Тако, један од примитивних уређаја за дистанционо паљење је метод директног кретања пламена на објекат, обично помоћу свеће постављене на гомилу сена или неког другог лако запаљивог материјала. У оваквим случајевима свећа полако догорева и после одређеног времена пали потпаљивач. Друга, нешто савременија средства представљају електрични уређаји где се паљење врши варницама које се преносе обично на неку експлозивну материју или смесу ваздуха са

гасовима или ларама. Постоје и уређаји за дистанционо паљење који се активирају механичком енергијом или преношењем топлоте из подметнутог извора топлоте.

*
* *
*

Из свега изложеног произлази да је место догађаја изузетно значајно за утврђивање узрока и одговорности, па отуда показује се и прворазредни значај увиђаја.

Место извршења кривичног дела је, како оно место где је учинилац кривичног дела извршио радњу кривичног дела, тако и место где су наступиле последице. Међутим, у криминалистици се под лицем места подразумева како место извршења кривичног дела, тако и свако друго место где се могу открити трагови и предмети кривичног дела. Управо том простору, код највећег броја кривичних дела, придаје се посебан значај, поготову ако је учинилац кривичног дела непознат. На том простору, услед деловања учиниоца настају разне материјалне промене те се могу наћи трагови и предмети кривичног дела, а на основу њих утврђивати чињенично стање и изводити претпоставке у вези са извршиоцем кривичног дела. Због тога се лице места систематски испитује. Према томе, преглед и испитивање лица места омогућава да се одговори на сва или поједина главна питања у расветљавању кривичног дела: шта се догодило, где, када, како се догађај збио, чиме је извршено кривично дело, ко га је извршио, те да ли је извршено од стране више лица, евентуално ко је оштећени и какве су последице наступиле.

Живојин Л. АЛЕКСИЋ

CONFLAGRATIONS AND EXPLOSIONS

(Causes and responsibility)

— Summary —

Fire is not always man's ally, it can sometimes free itself from his hands and cause great damages. By establishing the causes of the conflagration is created the basis for better preventive measures. Hence it is necessary to pay a special attention to the organization of the investigation conducted on the location of the fire.

It seems that the criminal legislation does not follow, either, in a satisfactory way the movement of criminal acts in connection with the conflagrations. There exists only in the criminal law of the SR of Slovenia a special act in relation with conflagrations. In most of other republics the conflagrations are usually classified into the

group of damages caused to the material objects or of endangering the security. In addition to these questions a special attention is paid to the question of investigating the traces. There has been also treated the question of concealing other criminal acts by committing arsons. Within the frame of this act is specially elaborated the question of discovering murders, frauds and deceits in connection with the insurance, when the above acts are concealed by the fires. The investigations have shown that the ratio between the fires and arsons is 5:1, but it has been also pointed out that it is necessary to pay a special attention to those conflagrations in which has been established a gross negligence.

ГРАНИЦЕ ДОКАЗИВАЊА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Рад са доказима у кривичном поступку представља сложену делатност, која обухвата откривање доказа, њихово процесно обезбеђење, проверу, било проналажењем нових доказних чињеница и њиховим упоређивањем са постојећим доказима или анализом суштине самог доказа, и оцену доказа.

Услов за успешно и ефикасно одвијање доказивања, незаобилазна логичка и практична предпоставка за то, јесте одређивање правца делатности доказивања, њеног предмета и обима. Потребно је одредити шта се доказује, утврдити да ли постоје и у чему се састоје границе доказивања. У практичној делатности познавање и решавање ових проблема знатно утиче на правилно усмеравање пажње и напора органа кривичног поступка, на њихово ефикасно поступање у откривању, разјашњењу и доказивању кривичних дела, без непотребног и нецелисходног утrophка времена, радне енергије и материјалних средстава. Са друге стране, овакав прилаз представља и један од услова свестраног и објективног рада свих субјеката кривичног поступка.

На путу од првих информација о кривичном догађају до истине и коначне судске одлуке, кривични поступак захтева утврђивање свих чињеница важних за расветљење кривичне ствари и правилно пресуђивање. Процес доказивања не обухвата ирелевантне чињенице, оне које не могу да допринесу расветљењу кривичног догађаја и које су неважне за кривични поступак. У најопштијим цртама овакав захтев истовремено представља и одређење простора у коме се креће доказивање у кривичном поступку.

Нешто ближе те просторе доказивања осветљавају норме кривичног и кривичног процесног права, генералним указивањем како се врши одређивање чињеница важних за кривични поступак, од оних које то нису. Међутим, то још увек не даје потпун одговор на питање оквира у коме се креће доказивање у кривичном поступку, не открива да ли постоје границе доказивања, и у чему се оне састоје.

Питање граница доказивања посредно регулишу и начело објективне истине и начело оптужности у узајамној условљености и прожимању.

Начело објективне истине поставља проналажење истине о спорном догађају као основни циљ кривичног поступка, па простор у коме тече доказивање омеђава искључиво тим циљем. Доћи до истине у кривичном поступку значи расветлити чињенично стање створено извршеним кривичним делом у мери која омогућује да се слика стварног догађаја, која се у свести судског већа формира на основу проведеног кривичног поступка, у свим битним цртама своје структуре поклапа са стварним догађајем.

Истина је један од основних циљева кривичног поступка, и захтев да се судска одлука може донети само на темељу истинито утврђених чињеница је сасвим логичан и целисходан. Поред чињеница утврђених са овим квалитетом, за закониту судску одлуку потребно је на тако утврђене чињенице правилно применити одговарајуће правне норме. Међутим, само фиксирање чињеница о спорном догађају је важније, јер представља подлогу на којој се врши примена права, па је зато грешке које се јављају у овом делу активности кривичног поступка теже отклонити, а некад протеком времена то постаје и немогуће. Све то указује на велики значај који начело објективне истине има за кривични поступак.

Посматрано кроз истину која се предпоставља свему другом у кривичном поступку, ово начело са своје стране утиче и на границе доказивања у кривичној процедури. Захтев за неизоставним проналажењем истине упућује на кретање доказивања у свим правцима, кроз све просторе до тог крајњег резултата, јер границе доказивања у кривичном поступку управо и одређује тим крајњим циљем поступка.

У суштини из начела објективне истине посматраног изоловано, произилази негирање било каквих ограничења процеса доказивања на путу до истине, јер је тај процес коначно одређен својом сврхом-откривањем истине. Тако узет, принцип објективне истине значи негацију свих ограда у кретању ка основном циљу, негацију свих препрека које би могле да спрече сазнање истине.

Без обзира на то колико је принцип објективне истине јак у савременом поступку, а он то јесте, не може се посматрати изоловано, као врхунски и искључив задатак кривичног поступка. Савремени кривични поступак поред истине признаје и друге циљеве и задатке кривичне процедуре и указује на њихов значај. Схваћено само за себе начело објективне истине у крајњој линији значило би и негацију кривичног поступка уопште. Управо је кривична процедура та која намеће одређене форме поступања, захтева поштовање и неких других вредности, док се начело објективне истине, изоловано узето, противи било ком ограничењу које угрожава откривање истине, без обзира на разлоге постојања таквих ограничења. Поред истине, кривични поступак треба да осигура и поштовање свих окривљеникових права, да оствари могућност његове одбране, обезбеди правну сигурност грађана и ефикасност кривичне процедуре. То указује на нужност разматрања принципа објективне истине у односу на поступак као целину и у вези са другим кривично процесним принципима, што представља и разлог да се, само начелом објективне истине, не могу одредити границе доказивања у кривичном поступку.

Принципи кривичног поступка остварују се и делују у међусобном односу са другим принципима, у тесној вези са појмовима, институтима и задацима кривичног поступку.¹ Место и значај једног принципа одређује повезаност и условљеност другим принципима. Однос кривично процесних принципа у својој суштини је дијалектички однос јединства и противуречности. Ниједан принцип се не може правилно схватити посматран изоловано већ увек само уз уважавање истовременог постојања и деловања других принципа.

У разматрању граница доказивања у кривичном поступку, принцип оптужности показује супротно дејство од онога које испољава начело објективне истине. Начело акузаторности (оптужности) испољава се у захтеву да кривични поступак може да се покрене и води само уколико постоји захтев овлашћеног тужиоца. Међутим, његово дејство се не испољава само у томе што је суд везан предлогом тужиоца у погледу узимања у поступак поједине кривичне ствари, већ и у погледу идентитета и обима расправљања ствари коју тужилац износи пред суд.² За конкретан кривични поступак то значи да суд мора поштовати идентитет оптужнице и пресуде, односно да доказивање мора да тече у границама оптужбе. Доказна процедура се одвија према чињеничном опису наведеном у оптужници и против лица које је као окривљени означено у оптужници.

Док начело објективне истине носи собом захтев да се границе доказивања у кривичном поступку што шире поставе, принцип оптужности их поставља сасвим одређено. „Оптужба индивидуализира кривичну ствар коју износи пред суд у два правца: чињенично и правно. Чињеничном основицом оптужбе одређује се личност којој треба да се суди и догађај о коме треба да се суди. Правном основицом оптужбе тужилац износи мишљење како правно треба квалификовати дело оптуженог”.³ Проблематика граница доказивања посматрана у светлу ова два начела одражава у себи суштину њиховог у основи дијалектичког односа јединства и борбе противуречности, и истовремено указује на то да се границе доказивања истовремено одређују и начелом објективне истине и начелом оптужности. Међутим, ова начела имају супротна дејства јер принцип објективне истине тежи да ове границе што више прошири, а принцип оптужности их својим захтевима сужава.

Како се расветљење кривичне ствари одвија у законом строго регулисаном поступку и неизоставно мора да поседује нормативно предвиђену форму, то са своје стране отвара питање постојања нешто одређенијих граница доказивања од оних које одређује конкретан случај својом природом. Такође и ограничења у доказивању која имају процесни карактер улазе у границе доказивања.

¹ Види Д. Димитријевић: Кривично процесно право, Београд, 1981, стр. 39, 40.

² Види Т. Васиљевић: Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд, 1981, стр. 65.

³ Ibidem.

Теорија ретко говори о границама доказивања, готово да детаљније, на посебном месту, и не разматра овај проблем.

У совјетској доказној теорији о појму граница доказивања, Мињковски пише следеће: „Предмет доказивања је у тесној вези са једним другим појмом, који представља инструмент за обезбеђење и оцену свестраности, потпуности и објективности утврђених околности кривичног дела. Реч је о таквим границама које обезбеђују потпуно и поуздано установљивање свих околности које могу бити од значаја за конкретно дело. Граница доказивања — то је неопходна и довољна свеукупност доказа, која обезбеђује правилно разрешење дела путем установљивања” непознатог траженог комплекса” околности које подлежу доказивању... Предмет доказивања обухвата околности које подлежу установљивању у ствари, као фактичке основе за разрешење питања одговорности, казне и других, а границе доказивања обухватају доказни материјал који се односи на околности које подлежу утврђивању по делу и које допуштају правилан закључак о њима”.⁴

Наша теорија границе доказивања посматра углавном као захтев за кретањем доказивања у оквиру одређених процесних института, и о њима се говори посредно при излагању тих института, без ближег одређивања самог појма границе доказивања.

Мислимо да није спорно питање шта се налази унутар граница доказивања, иако домаћа процесна теорија о томе не говори. Као одговор на то питање може се прихватити онај који даје совјетска теорија⁵ одређивањем појма границе доказивања, мада је у целини излагање совјетске теорије о границама доказивања непотпуно, јер ближе не одређује суштину самих граница, већ полази само од тога да оне постоје и посматра шта се налази унутар њих.

Кривични поступак има за циљ да открије како се спорни догађај одиграо у стварности, да у прописаној форми и прописаном поступку утврди истину и на основу ње оформи судску одлуку. Видели смо да само захтев за откривањем истине у кривичном поступку врло неодређено поставља границе доказивања, одређује их само крајњим циљем укупне активности — откривањем истине. Природа конкретног кривичног дела усмерава доказивање ка нешто одређеним просторима, јер, сасвим је извесно, у конкретном случају различито ће тећи конкретни поступак доказивања за кривично дело телесне повреде, а различито ако се ради о кривичном делу фалсификовања исправе.

Даље, предмет доказивања са своје стране ограничава доказивање у конкретном случају захтевом да се у кривичном поступку не утврђују све чињенице, већ само оне које су релевантне за догађај који се расправља. Селекција важних чињеница од неважних, и доказивање само важних, док оне чињенице које нису од важности за конкретан случај остају изван граница у којима треба

⁴ Теория доказательств в советском уголовном процессе, редакционная коллегия: Жогин Н. В., Танасевич В. Г., Мињковский Г. М., Ратинов А. Р., Эйсман А. А. Москва, 1973, стр. 186, 187.

⁵ Види: Уголовный процесс, Ответственные редакторы: Н. С. Алексеев, В. З. Лукашевич, П. С. Элькинд, Москва, 1972, стр. 158, 159.

да се креће доказивање у кривичном поступку, представља границу доказивања која се установљава предметом доказивања. Ближе одређивање предмета доказивања још уже усмерава доказивање у одређене оквири, конкретно управља активност доказивања према конкретним чињеницама, а то су оне важне чињенице које носе у себи општа и специфична обележја кривичног дела, околности које су од значаја за утврђивање санкције, за установљавање субјективне стране извршења кривичног дела, као и чињеница које су од процесне важности за тај случај.

Сви ови елементи са своје стране, у погледу садржине одређују границе доказивања, али поред тих садржинских граница доказивања, постоје и друге које проситичу из захтева за поштовањем одређене процедуре и форме поступка доказивања. Ова друга процесна ограничења садржана су у неким кривично процесним институтима и начелима, који својим постојањем одређују кретања доказивања у кривичном поступку.

Најизразитије ограничење садржано је у захтеву за одвијањем процеса доказивања у оквирима оптужбе, што значи да се у кривичном поступку доказује само кривично дело наведено у оптужници, а као учинилац само лице које оптужница означава као такво. Ово се образлаже тиме што оптужени има могућност одбране само за дело за које је оптужен, ако би га суд оптужио за дело за које није био оптужен не би било омогућено остваривање окривљениковог уставног права на одбрану. У овом смислу оптужба одређује границе доказивања, и то на основу важења принципа идентитета оптужнице и пресуде, који произилази из оптужног начела.

Забрана *reformatio in peius* ограничава суд у одлучивању поводом жалбе. Ако је против пресуде изјављена жалба само у корист оптуженика (на оптуженикову штету нико се није жалио), другостепени суд не сме изменити пресуду на штету оптуженика, не сме га осудити по строжем кривичном закону, нити на строжију казну него што је био осуђен првостепеном пресудом.⁶ У случајевима када је везан забраном *reformatio in peius* суд не може доказати чињенично стање на основу кога би изрекао пресуду која би за оптуженика била неповољнија од првостепене, и то важи и када се ради о преиначењу првостепене пресуде од стране вишег суда, и када виши суд укида пресуду и враћа је првостепеном суду на поновно суђење. Увек када суд сматра да има места утврђивању чињеничног стања које би условило, по оптуженог, неповољнију пресуду, а жалба је изјављена само у корист оптуженика, суд се не упушта у утврђивање таквог кривичног стања, већ је обавезан, због важења забране преиначења на горе, само да потврди првостепену пресуду.

Заправо, пред судом у овом случају не стоји никаква нормативна забрана утврђивања таквих чињеница, па их суд, према томе и може утврђивати, али због важења забране *reformatio in peius* не може их користити за доношење пресуде, па их зато фактички и неутврђује.

⁶ Види: V. Bayer: Југославенско кривично процесно право, књига прва, Загреб, 1980, стр. 176, 142.

Разлози који су определили законодавца за неприхватање могућности преиначења на горе (*reformatio in peius*) и усвајање забране преиначења на горе (забрана *reformatio in peius*), тичу се правичности и процесне потребе да се, у ситуацији када оптужени одлучује хоће ли се жалити, руководи једино својим ставом о исправности донете судске одлуке, затим потребе да буде ослобођен страха да ће изјављујући жалбу узроковати доношење пресуде која би за њега била неповољнија. Уколико би суд у таквом случају могао да донесе пресуду којом би се погоршао положај оптуженог, оптужени би увек био спутан страхом при улагању жалбе, обзиром да у том моменту никако не би могао да зна да ли ће се и тужилац жалити или неће на његову штету, и да ли ће његова жалба довести до доношења нове неповољније пресуде за њега само зато што се жалио. Забрана *reformatio in peius* дакле, ограничава доказивање и налаже суду да поступи на начин који може осујетити утврђивање истине у кривичном поступку, али разлоге свог постојања налази у очувању пуне слободе оптуженика при улагању правних лекова.

При утврђивању правно релевантних чињеница у кривичном поступку, суд се може наћи у ситуацији да неке чињенице не може са извесношћу да утврди већ остаје у сумњи у погледу њиховог постојања или непостојања. За случајеве, када суд не успева са извесношћу да докаже чињенице, за чије постојање право надовезује штетну последицу по окривљеног, судско веће је обавезно да сматра да такве чињенице не постоје, односно да је у корист оптуженика у погледу њих утврђено да не постоје, руководећи се принципом *in dubio pro reo* — у случају сумње у корист окривљеног. Ако постоји сумња у погледу постојања неких чињеница неповољних за окривљеног, суд ће ту ситуацију решити у корист окривљеног, сматраће да такве чињенице не постоје, у крајњој линији донеће ослобађајућу пресуду по чл. 350 стр. 3. Оваква ситуација по логици би наметала и другачије решење. Наиме, у случају да суд располаже таквим чињеничним стањем, не би се решавало питање окривљеникове кривичне одговорности, већ би се доносила пресуда којом се окривљени сматра сумњивим да је кривично одговоран за кривично дело ради кога се води кривични поступак. Дакле, у случају сумње о постојању или непостојању неких чињеница, логички се намећу две могућности, да чињенице постоје или да чињенице не постоје. Било коју од ових могућности суд да узме у решавању конкретне ситуације излаже се ризику да донесе погрешну пресуду, јер обе могућности равноправно постоје у сваком моменту, па не постоје логички ни фактички разлози, који опредељују једну од две могуће ситуације.

Историја кривичног поступка у раздобљу инквизиторског кривичног поступка познаје решење у облику пресуде, „*opsolutio ab instantia*“ (оптужен од суђења под сумњом) која је окривљеног у таквој ситуацији остављала под сумњом. Савремени кривични поступак не прихвата ово решење, и опредељује се за поступање по принципу *in dubio pro reo*, јер прихвата и уважава претпоставку окривљеникове невиности која одговара духу модерне демократ-

ске државе. С друге стране, искуство инквизиторског поступка указује да доношењем пресуде „*absolutio ab instantia*” окривљени који остаје сумњив, протеклом времена има све мање могућности да докаже своју невиност, и да га такав статус не штити од новог самовољног кривичног прогона, чиме се знатно угрожава његова правна сигурност, вредност коју савремена демократска држава настоји да сачува и максимално заштити.

У условима примене принципа *in dubio pro reo*, ако га посматрамо као један од елемената границе доказивања у кривичном поступку, ради се о томе да је процес доказивања дошао до одређеног нивоа који је недовољан за доношење правилне судске одлуке, јер га не карактерише извесност о (не) постојању битних чињеница, као неопходна основа законите судске одлуке. Даље доказивање је пожељно, и суд није везан нормативном забраном даљег доказивања, али фактичке околности условљавају немогућности настављања процеса доказивања. У том смислу принцип *in dubio pro reo* има значај доказног правила, којим упућује суд како да разреши једну практичну, доказну ситуацију, до које може да дође и често долази у кривичном поступку.

Границе доказивања у погледу садржине доказивања у кривичном поступку, како се види, условљава потреба утврђивања предмета доказивања као и саме околности конкретног случаја. Формална, процесна ограничења имају друге разлоге свог постојања. Поред основног циља да расветли кривично дело и кривично одговорног учиниоца приведе кривичној санкцији, савремени кривични поступак настоји да окривљеном обезбеди пуно право одбране, не само формално, него и отклањањем свих препрека које би спречавале остваривање тако прокламованог права на одбрану, као и да обезбеди што ефикаснију кривичну процедуру и заштити грађане од неоснованог кривичног прогона. Институт кривичног процесног права у којима се огледају процесна ограничења доказивања, управо су условљени таквим циљевима и захтевима кривичног поступка.

Границе доказивања, према томе схватамо као ограничавање простора и правца процеса доказивања у кривичном поступку, одређено самом садржином конкретног предмета доказивања, са једне стране, и одређеним кривично процесним нормама, са друге стране, које усмерава ток доказивања на одређене чињенице и искључује друге чињенице из доказивања.

Ради што потпунијег и свестранијег разматрања овог проблема, мислимо да је поред указивања на оквире у којима се креће доказивање у кривичном поступку, потребно вишедимензионално сагледавање граница доказивања, разматрање ширине и дубине доказивања. Интересантно је погледати шта се догађа, како доказивање тече, унутра тих граница, колико је свеобухватно, колико задире у дубину, у суштину односа које је потребно расветлити.

Доказивање, познато је, по својој суштини представља логички процес који се одвија по законима дијалектичке и формалне логике, али истовремено и процес спознаје судске истине, који карактерише правно нормиран круг субјеката, прописана

форма и таксативно набројене процесне радње у којима се одвија. За успешан исход кривичног поступка важно је обухватити све расположиве доказе, сваки доказ брижљиво прикупити и фиксирати и настојати да се тако прикупљеним доказима осветле све битне црте структуре кривичног догађаја. Уз захтев да се располаже са што више доказа у кривичном поступку, потребно је обратити пуну пажњу и на њихову садржину и међусобан однос.

Доказивање тече дијалектички, уз квантитет ништа мање није битан и квалитет доказа. Да откривање истине, основног и крајњег циља кривичног поступка, долази се свестраним сагледавањем међусобних односа и целине свих доказа. Сваки доказ, судско веће је дужно да оцени појединачно и у вези са осталим доказима. На то важно дијалектичко упозорава и законодавац у чл. 347. ст. 2. Квалитет доказа у кривичном поступку огледа се у стварању система доказа, у оформљењу складне и стабилне доказне зграде. Један доказ, изолован сам за себе, никако не може да пружи слику целог догађаја, јер собом носи само виђење догађаја са једне стране, само делић истине. Доказна зграда је целина, а дијалектика указује да је целина увек више него збир појединачних делова. Циљ поступка није да добава одређени број, једну суму доказа, него да изгради систем доказа. Докази прикупљени у кривичном поступку треба да представљају једну комбинацију, целину са оформљеном структуром, а не само прости збир, јер је то услов поузданог познавања спорног догађаја, а тиме и доношења законите одлуке.⁷

Из тих разлога, код разматрања граница доказивања, поред елемената који одређују њено површинско деловање, неопходно је сагледати и саму суштину која се одвија унутар тих граница и огледа се у процесу стварања хармоничне доказне зграде, као система доказа. Битна особина активности доказивања које тече унутар одређених граница је дубина, повезаност, међусобна условљеност система доказа. Тај захтев осликава границе доказивања са друге стране, крећући се даље од површинског деловања садржинских и формалних ограничења и осветљавајући потребу схватања питања граница доказивања као вишедимензионалног дијалектичког одређивања тока процеса доказивања у кривичном поступку. Према томе, на основу изложеног, сматрамо да границе доказивања можемо да одредимо као ограничење правца и простора тока доказивања у кривичном поступку, одређено садржином конкретног предлога доказивања и одређеним кривично процесним нормама унутар којих су чињенице и околности који обезбеђују утврђивање правнорелевантних чињеница одређеног предметом доказивања, а које се испољава у стварању хармоничне доказне зграде као система доказа.

Чини нам се да у разматрању ове проблематике треба обратити пажњу и на то да наш ЗКП садржи један број норми које

⁷ Види В. Водинелић: Доказивање једини начин утврђивања спорних чињеница у кривичном поступку, *Наша законитост*, 11—12/78, Основни сумње и основана сумња у науци кривичног процесног права, *Наша законитост*, 9/1977, Вероватноћа и извесност у кривичном поступку, *Архив*, 3/1975.

се односе на метод доказивања. Оне поседују правно-политичко значење и одређују границе доказивања са становишта етике и морала. Тако у чл. 218. ст. 7. законодавац захтева да се испитивање окривљеног обавља тако да се у пуној мери поштују његова личност, у ст. 8 истог члана забрањује примену силе, прет- може испитати у одсуству браниоца (чл. 218. ст. 9.) показују теж- ње и других сличних средстава према окривљеном у току испи- тивања. Таксативно набројани случајеви у којима се окривљени њу законодавца да окривљеном увек обезбеди пуну могућност одбране, и да случајеве када окривљени није у прилици да се користи стручном одбраном браниоца сведе на најмању меру. Чл. 259 ст. 3. забраном употребе средстава којима би се утицало на вољу окривљеног или сведока при давању исказа (наркоанали- за, хипноза), и забраном примене медицинских интервенција у истом циљу, обезбеђује да само свестан и ваљан исказ окривље- ног или сведока има значење за кривични поступак. Закон даље сматра да извесна лица из хуманих разлога имају право да не сведоче. Чл. 226, 227, 229 изражавају респект законодавца према извесним осећањима сведока као што су дужност чувања тајне, породични односи, осећање части и достојанства, због којих се ослобађају дужности сведочења.

У случају да неке од ових норми не буду поштоване и да се поступи супротно њима, ЗКП одређује да се на таквим доказима не може темељити судска одлука и да се записници у којима су садржани овакви правно неваљани докази морају издвојити из осталих списа, ставити у посебан омот, ради чувања одвојено од осталих списа и спречавања његове употребе у поступку (чл. 83. ЗКП).

Ове норме показују настојање закона да током целог поступ- ка обезбеди поштовање одређених демократских начела кривич- не процедуре. Ограничења у доказивању која произилазе из њих имају изразито демократски карактер и указују на још једну ди- мензију граница доказивања која не произилази из фактичких околности и суштине саме кривичне процедуре, већ је наметнута уважавањем извесних моралних и етичких опредељења целог друштва. Ради формирања што потпуније слике питања граница доказивања у кривичном поступку из тих разлога потребно је имати у виду и ограничења ове природе.

Снежана СОКОВИЋ

THE LIMITS IN ADDUCING EVIDENCE IN THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

— Summary —

In the present paper Summary the author considers the problem of limits in adducing evidence. In addition to the restrictions relating to the contents in adducing proofs which are determined by the criminal event itself, the object of demonstration and the fundamental principles of criminal procedure, there exist the process restrictions in adducing proofs, which are contained in some process institutes such as the prohibition of *reformatio in peius*, the principle *in dubio pro reo*.

The author advocates the multidimensional viewing of the limits in adducing evidence in the criminal procedure and the analysis of the depth and width of evidencing as dialectic way of creating a well-proportioned and harmonious evidential building.

By the limits in adducing evidence in the criminal procedure the author understands the restriction of the direction and space of the course of adducing evidence in the criminal procedure, determined by the norms of criminal procedure within which are the facts and circumstances that secure the establishing of juridically relevant facts, determined by the object of demonstration and the latter manifests itself in creating a harmonious evidential building as a system of proofs. In addition, in considering the limits, the author points out also the norms of the Code of Criminal Procedure which have a juridico-political significance and determine the limit adducing evidence from the point of view of ethics and morals.

СТВАРНО ПРАВО

МЕЊА ЛИ ПРИВАТНА СВОЈИНА СВОЈУ ФУНКЦИЈУ?

О приватној својини је врло лако и истовремено доста тешко писати. Иако се ради о једној врло старој и добро разрађеној категорији, коју је познавало римско право и коју је победоносна буржоазија ставила на чело свих својих грађанских законика и минуциозно га обрађивала како у законима тако и у теорији, она је данас врло контраверзна категорија, због свих промена које су се одиграле у буржоаском друштву XIX и XX века. Те промене нису оставиле по страни ни питање својине, па се она креће у распону од врло либералних теорија о њеној „апсолутности“, „светости“ и „неповредивости“, до новијих схватања по којима „својина обавезује“. Да би добили увид у овај развој и да би нам право својине како је постављено у нас у Закону о основним својинско правним односима било јасније, покушаћемо да ову генезу институције својине прикажемо у основним цртама.

Нејасноће око термина својине потичу још из римског права, јер су Римљани за означавање права својине користили два термина: *dominium* и *proprietas*. За Римљане је *dominium* у почетку означавао власт *pater familias*-а на припадницима своје породице, а тек се крајем XV и XVI века овај појам сужава и прецизира у природном праву које се појавило у Шпанији. Иако су још истраживачи *Corpus iuris civilis*-а од XII века у приватном праву користили тачан појам својине, она је тек почетком новог века добила своје правно јединствено значење.

Дуго се времена у теорији тражио јединствени појам својине. Главну заслугу за то има право разума настало у периоду просвећености. Један од аутора из тог периода Christian Wolff (1679—1754) користи своје учење о својини да би омогућио употребу ствари у природном стању. Ту сви људи имају иста права и обавезе. И данас важи став природног права да нема ни једне ствари која би једном човеку била више дата него другом. У почетку је само постојала детенција ствари. По природном праву државина ствари свагдашњем њеном чувару није могла бити одузета. Својина настаје тек извршеним радом: „Људи треба да се труде да оних ствари којих нема довољно, а нужне су, корисне

и угодне, а могу се произвести вредноћом и вештином, изабери онај посао помоћу кога могу да се створе; по природи су сви обвезни да ово стање уједињеним снагама усавршавају". Ако је неко својом вредноћом и вештином произвео такве ствари оне му не могу од другог бити одузете. Док је употреба ствари у почетку свима била слободна, ово првобитно стање је радом укинуто. Оно што је свима раније било заједничко, сада се налази у својини појединца.

Описујући шта власник са својом ствари може да чини, Wolff се не ограничава на данас распрострањену формулу, да власник према ствари може да се понаша према свом нахођењу, па чак и да је уништи, већ прави трочлану поделу: „Пошто је власнику допуштено да са својом ствари ради шта му се допадне, то се не дешава са самом ствари или са њеном супстанцом, већ са употребом и плодовима, тако да својина у себи садржи три права 1) на саму ствар, 2) на њену употребу и на 3) плодове са којима може поступати по свом нахођењу.

Прво овлашћење се назива својина (*proprietas*), друго право да ствар употребљава (*iūs utendi*), а треће право на плодове (*iūs fruendi*). Ако својина ни у једном од ова три права није скраћена назива се пуном својином (*dominium plenum*), али ако је она у једном или другом праву ускраћена онда она није пуна својина (*dominium minus plenum*). Ко има својину је власник ствари (*proprietaryus*), и ствар остаје његова и ако је друго лице користи и ужива плодове од ње, па се стога означава власником ствари (*dominius*).“ Са оваквом дефиницијом развијено је учење о подељеној својини.

Кад је *Corpus iuris* био прихваћен северно од Алпа није било проблема са својином на покретним стварима, па је сасвим задовољавао јединствени појам својине који је кроз захтев римског права за повраћај ствари (*rei vindicatio*) и захтев због ометања својине (*actio negatoria*) био довољно заштићен. Међутим, сасвим су друкчије стајале ствари у односу на непокретност. Ту се римски појам својине сударао са већ успостављеним системом феудалних намета на земљи. Феудалац и сељак су заједнички користили земљу у једном чврсто одређеном поретку обичајног права. Сељак је имао наследно право на коришћење земље својих предака, а феудалац је исто тако имао непроменљиви захтев на одређене намете и право располагања земљом, ако на феуду није било више ни једног сељака.

Правници *Corpus iuris civilis*-а за овакво стање нису имали одговарајућу формулу у римском праву, па су почели да развијају једну теорију коју *Corpus iuris* није садржао: учење о *dominium utile* и *dominium directum* (*proprietas*). Сељацима су признали корисничку својину и они су земљу наслеђивали од својих предака на пуно коришћење. Његово право је означавало „наследним вазалством“ („наследном баштином“) или „емфитевзом“. Они су имали право да земљу користе а не да са њом располажу. Право коришћења је садржина њиховог својинског положаја. Право располагања — *proprietas* припадало је њиховом феудалном господару. Тек је криза у касном средњем веку у овај систем

унела промене, тако да је теорија подељене својине престала да важи крајем XVIII века.

Учење о подељеној својини је било највеће достигнуће средњовековних правника. Криза овог учења настала је тек онда када је сталешка држава за време просвећености била доведена у питање. У Француској је 1789. Декларацијом о правима човека и грађанина дата верзија будућег грађанског друштва. Буржоазија која је била у успону своје социјалне, привредне и политичке моћи, морала је да својину стави у свој програм. То се догодило у патетичној форми чл. 17. Декларације, који је од тада често цитиран: „Пошто је својина неповредиво и свето право, не може никоме бити одузета, изузев када је то законом утврђено и када за то постоји очигледна јавна потреба, уз правично и претходно обештећење”.

Реч о неповредивости и светости својине била је идеолошка серж новог појма својине. Она је ушла у све уставе XIX и XX века. Својина је била главни део грађанске вере у право. Стога је правницима био постављен задатак да ово поверење кроз правне норме спроведу у праксу. Тако је Thibaut (1772—1840) у својим Пандектама у § 558 дефинисао својину „као обично стварно право, на основу чије природе свакоме припада безусловно овлашћење да поједине телесне ствари користи у сопственом циљу према свом нахођењу.”

Хегел је (1770—1831) у својој Филозофији права поставио учење о својини у вези са учењем о грађанским слободама. По њему сваки појединац мора имати неку спољну сферу у којој се манифестују као слободна личност, а то је својина. Хегелова идеја да је својина подлога на којој се развија слободна морална воља њеног власника разрађена је детаљније од његовог ученика Јулиуса Штама који је у својој „Филозофији права” написао: „Својина је материјал за испољавање индивидуалности човека. У зависности од врсте и мере како се својина стиче и користи, испољава се њена унутрашња суштина.” Штам је уз то још додао да је својина материјал за испуњење моралних обавеза човека.

Идеја о изједначавању својине и слободе се тако наметнула и постала преовлађујућа. Против оваквог појма својине који је био у моди подигао је свој глас у својој Филозофији права 1807. године Heinrich Schmalz (1760—1831) тврдећи да је дефиниција својине кроз право располагања са стварима по свом нахођењу ненаучна и погрешна. Из ње се не могу извести права власника. Коначно свако има по природи право да са стварима поступа по свом нахођењу. Суштински право својине се не састоји у праву употребе, већ у праву власника да друга лица искључи од употребе својих ствари. На тај начин је Schmalz желео да афирмише старо познато римско право одбране власника од утицаја трећих лица на његову ствар, али је у томе имао мало успеха.

Конзервативац Adam Müller (1799—1829) у својим Елементима државне вештине из 1809. је протествовао против схватања да се над стварима као мртвим предметима може господарити. Сви „реални односи” се своде на „односе између лица”. Стварни објект својине је „однос ствари према лицу”, а тај однос не може

бити једностран, деспотски, већ узајамни однос: „Тако настаје ако се посматра права природа својине, апсолутно лични однос између земљишног власника и његовог земљишта, између капиталисте и његовог капитала, између власника и његове својине. Свака својина расте и развија се пред нашим очима као живи човек. Она нипошто није подчињена нашој безусловној и неограниченог самовољи, она има сопствену природу, своју слободу и своја права...”

Adam Müller је с разлогом тврдио да либерално учење о својини у себи има нечег деспотског, због чега је овај либерални појам извргао критици сличној оној која ће се касније појавити код социјалиста. Било је потребно да прође један век да правници изједначе својину са слободом. При томе се радило о формулацији и обезбеђењу јединственог појма својине. Требало је у једној прегнантној формулацији за свакодневне потребе рећи шта је својина. У том настојању искрсао је један политички и један економски проблем. Политички се састојао у ослобођењу сељака, укидању свих оних оптерећења и феудалних чинидби које је сељак дуговао земљопоседнику. Требало је земљу ослободити свих феудалних терета и сељака учинити потпуним власником, без икаквих обавеза према земљопоседнику. Научно проблем се састојао у укидању учења о подељеној својини. Тај проблем је решио Justus Friedrich Thibaut у свом чланку *Über dominium directum und utile*. Он је доказао примењујући методу тумачења Corpus iuris civilis-a да за учење о подељеној својини нема ослонца у овом тексту. Интерпретатори су у средњем веку овај текст погрешно протумачили, побркавши право и форму тужбе, dominium и actio, да би дошли до резултата који је одговарао потребама средњовековног уређења. Према Thibaut-у „резултат ове расправе произилази сам по себи”. „Морају се разликовати две врсте стварних права — својина и право на туђим стварима. Прва су поново directum или utile, пошто се (права својина) може штитити са actio directa или utilis”. Својина може бити пуно право својине, а права на туђим стварима се друкчије пресуђују: „Али која права припадају онима који имају помешана права не може се извести ни из једног општег појма. Ако кажемо вазал, емфитеута (наследни закупац) и суперфицијар имају ова или она права, она не могу да се изведу из тзв. dominio utili, већ се морају историјски извести из закона”.

Правна наука је отказала постојећој феудалној аграрној структури своју подршку. Политички одговор је био ослобођење сељака од свих феудалних терета. Оно је у Европи било спроведено на различите начине: са обештећењем земљопоседника или без њега, са државним финансирањем или откупом од стране сељака, револуционарно и еволуционо. Али је чињеница да је земља прешла у пуну својину сељака. Формулација једног јединственог појма својине како за покретне тако и за непокретне ствари била је целисходна и доприносила је мобилизацији пољопривредног земљишта.

Либерална бужоазија у својим грађанским кодексима XIX века утврдила један јединствен појам својине: § 903 Немачког

грађанског законика — Власник једне ствари може, уколико то не противуречи закону и правима трећих лица, да са својим стварима поступа по свом нахођењу и да друге искључи од сваког утицаја на ствар”.

Својина се дефинише као апсолутно стварно право на основу кога власник може са стварима поступати по свом нахођењу. Право на захтевање и спречавање сметњи на ствар и повраћај одузетих ствари је у другом плану. Намерно је остало нерегулисано питање врсте и начина на који се стварна права врше. Према либералном учењу о својини треба укинути и привид да се власник при употреби својих ствари обавезује на одређено коришћење. У слободу власника спада и то да га законодавац не ограничава. Тако посматрано својина је само искључиво право. Законодавац мора да се стара да трећа лица не ометају власника у вршењу своје власти на ствари. Напротив садржину својине — вршење стварне власти на ствари, које допире до права да се сопствена ствар уништи и које према либералном схватању о својини се чак у томе потврђује, законодавац из респекта према слободи грађана није хтео да регулише.

Појмови као што су „правни посао”, „облигациони однос” иако ни својина у стварном праву не представљају највише појмове у теорији грађанског права. Они су подређени „радњи” односно „правном односу”, тако да је у систематизи пирамиде појмова својина као појава субјективно право. Субјекат у праву остварује са апсолутним и релативним субјективним правима своју слободу у правном промету. Тако да су у субјективном праву правно инкорпорисане грађанске слободе. У XIX веку је око појма субјективних права постојао оштар сукоб између присталица Bernarda Windscheid-a (1817—1892) и Rudolf-a Jhering-a (1818—1892).

Jhering је имао осећај за будућност и као оптимиста у духу индустријализације објавио је да треба штитити економске вредности уз помоћ учења о субјективним правима (*Дух римског права*, III део, I одељак, § 60): „Појам права почива на правном обезбеђењу употребе, права су правно заштићени интереси”.

Windscheid је напротив у *Пандектама*, § 57 писао: „Право је од правног поретка заштићено моћ воље и власт воље.” Он је боље од Jheringa — изразио либерално учење свога времена о слободи појединца. Њему је била битна личност и заштита њене воље. Али, Windscheid није стајао строго на гледиштима либерализма, нити је као они третирао слободу као неко урођено човеково право које постоји пре државе, као неко „антидржавно” право. Он је своје учење о субјективним правима заснивао на правном поретку. Субјективна права, пре свега својина, су појмовно слободни од захвата државе. Она омогућују појединцу да слободно дела и да може да се препусти да оно што је корисно за њега сам одређује а не да му то прописује државна бирократија. Да би то могло да му буде гарантовано, требало је јасно одредити границе слободе његовог делања у које се држава не меша. Субјективна права имају квалитет основних (уставних права). Ипак у субјективним правима обухваћена слобода грађана

није безгранична. Около слободног круга послоје гранична права других лица и државе као тангенте. На тој представи се заснивају речи у којима се дефинише својина у § 903 НГЗ да власник у вршењу права не сме противуречити „закону и правима трећег лица“. Сваки власник има своје слободно подручје у које се држава не меша, али свако такво подручје је ограничено јавноправним и приватноправним границама. Њихова мера се одређује у сваком конкретном случају. Круг субјективних права може бити различито омеђан али се она не могу никада потпуно укинути. Један комад слободног простора од мешања државе мора увек остати, али у сваком случају морају бити поштована права државе и трећих лица. У свом простору сваки грађанин може да буде слободан и да чини употребу од свог права својине по свом нахођењу. Међутим, и творци НГЗ у § 903 морали су да свој модел својине прилагоде потребама праксе и да му нешто одузму од његовог сјаја. Ослањајући се на одредбу § 903 долази одредба § 904 која се односи на непокретности, па се јединствени појам својине многобројним прописима јавног и приватног права ослабљује. Ни теоретичари либерализма нису могли да занемаре искуства последица до којих је дошло после укидања феудалних стега за сељаке, разних шпекулација са земљом, задуживања сељака, пропадања ситних поседника. И њима је постало очигледно да третирање власника у односу на земљу мора да буде сасвим другачије од његовог односа према својини на покретним стварима. Доносе се земљишно-књижни прописи о обезбеђењу промета са земљиштем (материјално и формално земљишно-књижно право), опширне норме о заложном праву. Са увођењем земљишно-књижног дуга пружа се могућност власницима земље да своје земљиште у сопственом интересу оптерете заложним правом и да га капитализирано у хипотекарном писму носе у ташни.

Поред либералног схватања својине постоје о њој и друга гледишта. Карл Маркс (1818—1883) и Фридрих Енгелс (1820—1895) протествовали су у Немачкој идеологији против: „Илузије да се приватна својина заснива на приватној вољи и на самовољном располагању са стварима“. Својина по њима није била основ грађанских слобода, већ само функција производних односа и односа власти. После великог труда да се да један затворени појам својине, она се поново разбила с обзиром на њен значај за производњу. Тако се полази од њеног разликовања на својину на потрошним средствима од својине на средствима за производњу. Средства за производњу су била предмет атака прегрејаних револуција. За њих је било предвиђено да из приватне својине пређу у друштвену својину. То је утицало да је у економском и правном смислу требало предвидети различите форме својине: „Права својинска теорија мора имати за свој основ поделу својине према економским циљевима и економским функцијама предмета својине... Својина је најпре правни институт али и економски институт, наиме, правно формални скуп економских овлашћења власника. Али ова овлашћења се обликују према битно различитим економским својствима и економским циљевима својинских објеката“ (Wagner, Polit. Ökonomie I, стр. 449).

Из овога произилазе две поделе својине: 1) својина на потрошним добрима, и 2) својина над средствима за производњу, као и својина на покретним стварима и на непокретностима.

Својина је моћ, поготову када се ради о средствима за производњу, стога мора да буде подвргнута друштвеној контроли.

На оштре критике је наишао појам својине и Немачког грађанског законика код Антона Менгера (1841—1906) који је протестовао у име класе која није ништа поседовала. Менгер је као социјалиста критиковао Маркса, што је своју оштрицу упрену против својине искључиво усмерио на економску страну проблема, мада су социјална питања пре свега проблеми учења о држави и правних наука. По Менгеру „начело неповредивости” и неограничености приватне својине данас је више него фикција која унутар круга поседика може да има још само ограничено важење и свуда је најширим разлозима целисходности прекривено и потиснуто. Принципом апстракције и заштитом поверења у промету неповредивост својинее је потпуно испражњена. То је по Менгеру „победа трговачког духа над својинским поретком, права промета над стварним правом”. У томе се крије обезбеђење тобоже јаког либералног појма приватне својине. Одвајање приватног од јавног права по њему само скрива упрожени положај својине. Менгер с правом поставља питање, с обзиром на многе захвате јавног права у приватну својину, да ли није време да се сви захвати јавног права, о којима се говори у другим уџбеницима, а не у цивилном праву, ова танка демаркациона линије коначно пробије и да се јадан положај данашњег власника означи у самој дефиницији својине у грађанском праву? Тврђење приватноправне теорије о слободи власника више не одговара стварности и оно више по Менгеру ништа не значи. Менгер се у својој критици либералног појма својине из грађанских кодекса XIX века обара на традиционално разликовање између приватне аутономије облигационог права и *pignus clausus*-а стварног права. Док је грађанин на једној ствари овлашћен на основу приватне аутономије да закључује облигационе уговоре по садржини коју жели, при чему није везан за типове уговора из облигационог права, с друге стране му је у стварном праву таксативно прописан императивним нормама каталог типова стварних права. Објашњење ових феномена по Менгеру је врло лако: „Супротност између оних који поседују и класе народа који ништа не поседују у области стварног права је врло оштра, али и врло ограничена... Напротив поседничка класа се налази у позицији да ствара права међусобно и она се може у том правцу руководити најширим разлозима целисходности... Сукоб између имовинскоправних интереса поседничке класе и оних који ништа не поседују одвија се претежно у облику облигационог права... Нормирају се и они уговори кроз које добростојећи слојеви становништва стичу приходе без рада од стране непоседничке класе и њима се ствара поредак прихода којима се они потпуно могу користити...”

Маркс је мање пажљиво формулисао исту идеју: кроз облигационо право и принцип слободе уговарања врши се експлоатација,

док се на основу стварног права и његово утврђеног броја типова стварних права обезбеђује плачка.

Кад је у I светском рату и послератном периоду грађанска својина уз помоћ безвредних ратних облигација и гигантског обезвређења новца била уништена, тврдње о приватној својини која даје овлашћења власнику да се стварима поступа по свом нахођењу у границама закона биле су доведене у питање. Нова кретања у учењу о својини дошла су из уставног права. Повод је дао чл. 153 Вајмарског устава од 1919: „Својина је уставом зајамчена. Њен садржај и њене границе произилазе из закона. Експропријација се може извршити само у општем интересу и на законом утврђене начин. Она се врши уз одговарајућу накнаду уколико није законом Рајха нешто друго одређено. Због висине накнаде у спорним случајевима отворен је правни пут код редовног суда, уколико законом Рајха није нешто друго одређено. Експропријација од стране Рајха према земљама, општинама и општим удружењима може се извршити само уз накнаду.

Својина обавезује. Њена употреба треба да служи општем добру”.

Устав је нашао компромис између конзервативних, либералних и социјалистичких идеја. Пошто су дотадашње речи о „неповредивости” својине замењене „зајамченошћу” својине, либералима се чинило да је својинска формула изгубила свој патос. Они су хтели у новим речима још увек да препознају учење о неповредивости индивидуалне сфере и слободан карактер својине. Социјалисти су се држали става, по коме су не само границе својине већ и њена садржина одређени законом. Слика о слободном простору у коме не интервенише држава избледела је. Држава је могла од сада да законом утврди како ће власник своју слободу да користи.

Martin Wolff (1892—1953) је у свом *Стварном праву* утврдио да је нови Устав снажно променио досадашњи појам својине. По њему „реченица својина обавезује искључује свако приватно имовинско право... и двоструко обавезује овлашћеног — он има обавезу да право врши ако то одговара јавним интересима и да га врши (а не да га не врши) и обавезу да га тако врши како одговара јавним интересима”. Са овим речима он је протресао суштину либералног учења о својини. Одлука да ли ће власник своје право вршити или не, више није ствар власника, што је била суштина либералног појма својине.

Истовремено Wolff је врло јасно оцртао какву заштиту власник ужива према државним захватима у својини. Устав гарантује не само право својине у ужем смислу речи, већ и свако имовинско право. Он штити власника не само од губитка права, већ и од оптерећења и обавеза без накнаде, ако се она не врше на основу закона (када су сви погођени), већ на основу управног акта (када је појединац погођен државним захватом у јавном интересу). Он се протезањем појма експропријације на сва имовинска права (чиме су она добила посебну заштиту), одвојио од класичног појма експропријације код кога се само власнику земљишта и то само код потпуног одузимања својине гарантовала накнада. Тиме

је отворио пут за јачу заштиту приватне имовине од експропријационих захвата државе. Проширењем учења о експропријацији на ова имовинска права настала су два својинска појма. Један и даље важи у приватном праву и дефинисан је као апсолутно стварно право. Други својински појам важи у јавном праву, пре свега у праву експропријације. Ту је обухваћена целокупна имовина, свако привредно добро. Више не постоји један затворени, јединствени појам својине и то више неког не узбуђује.

У даљем току развоја својинског учења између два светска рата дошло је до великог атака на појам субјективног права, кога је коначно Диги заменио појмом „социјалне функције“. Апстрактна формула о својини из грађанских законика XIX и XX века више никог није задовољавала нити је она могла бити актуелно својинско право. Долазећа генерација правних научника је у школи неохегелијализма научила да мисли о „конкретном поретку“ и „конкретним појмовима“. Тако је дошло до растанка са јединственим либералистичким појмом својине средином XIX века и њеним универзалистичким важењем на свим објектима за све субјекте са истом садржином. У зависности од објекта својине почиње да зависи и њена садржина. У сваком конкретном случају се могу утврдити која ће права и обавезе власник имати на одређене ствари. Појављују се нове дефиниције својине, посебно за покретне, а посебно за непокретне ствари. Тако је F. Wieacker предложио нову дефиницију својине за покретне ствари: „Својина је право и обавеза... са једном ствари поступати сходно њеној намени и на опште користан начин и у том циљу друге искључити од утицаја на ствар“ (Wandlungen der Eigentumsverfassung).

Својина није више власт на стварима већ једно фидуцијарно и органско право управљања добрима у корист заједнице.

После револуционарних догађаја 1968. године поново је дошло до обнављања учења о подељеној својини и до напада на појам субјективног права. Позивајући се на промењене услове за производњу и потрошњу актуелизира се старо питање: „Друштво XIX века живи у моделу самосталног рада и јединственог снабдевања добрима, а друштво XX века живи у моделу зависног рада и вишестепеног снабдевања добрима. У грађанском и имовинском праву су стари системски стубови субјективног права и приватне аутономије порушени, али не и уништени. Они отежавају модерни рад. Ако има свако право на развој своје личности, онда је коректно да се ово право развија, и право није власт и није интерес, дакле оно није субјективно право (ни приватно ни јавно) већ људско и грађанско право“ (Wiethölter, Rechtswissenschaft, стр. 199).

Својинска сфера спада у слободно развијање људске личности, али ова слобода обликовања не може да буде злоупотребљена на штету заједнице. Законодавац мора да сваком конкретном случају одреди конкретне социјалне обавезе власника. Не може се дуго теоретски неограничено право својине почињавати појединим обавезама. Својина мора по својој концепцији да обухвати она права и обавезе која нису у противуречности са њеном соци-

јалном везаношћу. Из својине треба да настане обавезно право чији садржај подлеже државној контроли.

Још радикалнији захвати са правом својине извршени су у социјалистичким државама. Својина над најзначајнијим средствима за производњу овде је прешла у руке државе. Она није исчезла, али је остала и даље „свето и неповредиво право“ у корист друштва. Превођење приватне својине на средствима за производњу у својину читавог друштва довело је до напуштања принципа универзалне приватне својине и њене поделе на два облика својине: социјалистичка својина на средствима за производњу и лична својина на потрошним добрима. Њих сада повезује само заједничко име.

Досадашњи развој учења о својини показује да је у већини правних поредака задржан римски и пандектни појам својине по коме је својина неограничена власт човека на стварима.¹ Редукција својинских односа на односе човека и ствари негира друштвени карактер права својине и њене различите социјално економске функције у зависности од тога да ли се ради о личној својини, својини простих робних произвођача или о крупној капиталистичкој својини на средствима за производњу. Са пандектним апстрактним појмом својине — као неограничном правом човека на ствар ове се функције прикривају. У томе лежи идеолошка функција овог својинског појма и могућност да он опстане и да буде и данас актуелан.

Са развојем капиталистичких односа постаје буржоаској теорији јасно да апстрактан римски и пандектни појам својине о „plena in re potestas“ има сасвим различите функције у зависности од тога, да ли објекат својине кога право штити представља предмет личне употребе свога власника или је то производно средство. Но без обзира на све промене и ограничења која својина трпи у последњих сто година на појединим објектима (пре свега на средствима за производњу), не може се говорити о функционалним променама приватне својине, јер она у свим својим облицима и формама, задржава исту социјалну економску функцију, иначе не би било могуће говорити о јединственом појму приватне својине, а та заједничка функција је да она обезбеђује приватан а не организовани друштвени процес присвајања ствари.

Теорије о тобожњој промени функција својине почивају или на прецењивању једне одређене својинске форме и њеном изједначавању са приватном својином уопште, при чему се функција нових облика приватне својине третира као потпуна промена, а не само као модификација константне основне форме или на

¹ Ова тзв. теорија по којој је својина власт на ствари није неоспорна. Њој се супротставља теорија о искључивости права својине, по којој се суштина право својине састоји у томе да се сва друга лица искључе од фактичког и правног захвата на ствар. Правно теоретски се пре свега указује на то да се код сваког права ради о регулисању односа између људи и да не може постојати правни однос између човека и ствари. Са идеолошког становишта се приговара да теорија о неограниченој владавини власника на ствари прикрива чињеницу да својина као однос између лица може на себе преузети и експлоататорску функцију.

прецењивању ограничења и модификација којима подлеже процес присвајања — као функционалне промене својине.

Познато дело Карла Ренера о Правним институтима приватно грпава и њиховим социјалним функцијама представља класичан пример за прву врсту прецењивања о променама приватне својине. Ренер најпре идентификује својину и право својине и по њему својина као економска категорија уопште не егзистира.² Он изједначава приватну својину са оним правом својине које произилази из римског појма својине. Функција овог права својине, по Ренеру, треба да обезбеди начин производње простих робних произвођача, која за њега представља историјску друштвену формацију. Развој капиталистичке својине се врши, по Ренеру, преко конексних института својинског права као што су институти слободе уговарања и слободе индустрије, који омогућују продају радне снаге као робе. И при непромењеним нормама о својини мења се одлучујуће социјална функција својине. Она гарантује од сада не начин производње простих робних произвођача, већ капиталистичку робну производњу.

Са појмовима конексних института права својине је Ренер постао познат у теорији али и они указују на то да својина као власт на ствари остаје неразумљива, ако се не посматрају они друштвени односи тј. правни институти који су повезани са одређеним односима присвајања. Појму својине у смислу тоталне правне власти једног лица на ствари не придаје се, као што Ренер мисли, слобода уговарања и институт уговора о раду као нешто споља и историјски касније настало, већ обрнуто, тек је друштво у коме је радна снага постала роба могло да конципира појам својине и да га нормативно осигура као право пуне власти на ствари. Овај појам својине покрива и личну својину и својину простих робних произвођача, али он може бити владајући само у друштву у коме је робна производња постала општа, дакле у капиталистичком друштву. Својина је као потпуна власт на ствари од самог почетка, а не тек развојем конексних института, омогућила владавину над људима и стварима и створила услове за присвајање неплаћеног вишка вредности непосредног произвођача.

Промене у функцији приватне својине се виде у ограничењу слободе власника од стране државе: кроз ова јавно-правна ограничења и кроз усмеравање употребе својине, поготово на средствима за производњу, у општем интересу заједнице, сматра се да је својина променила своје функције у односу на либералан појам својине са почетком XIX века. Ове теорије о социјалним функцијама својине³ указују на многобројна јавно-правна ограниче-

² Карл Ренер, *Правни институти и њихова социјална функција*: „Својина, *dominium* је тотална правна власт једног лица на телесним стварима... Садржај права својине је право располагања на стварима и ова власт је тотална — свака врста располагања припада власнику као таквом, он може ствар да употребљава, да је потроши, уништи, дерелинквирати итд. Располагање није само збир појединачних оовлашћења употребе, коришћења, уништења, већ бескрајних могућности располагања” (стр. 77).

³ О социјалним функцијама својине је почео да говори Јеринг, да би ова идеја кулминирала код Леона Дигија о својини као социјалној фун-

ња којима се својина као самовољна тотална власт на ствари оповргава парцијално јавним правом. Ова ограничења својине имају несумњиво велики значај, али уколико остаје недодирнуто суштинско подручје слободно располагање приватном својином, уколико остаје да постоји „приватна корист“ као и овлашћења која омогућавају њеном власнику да оствари профит (макар у смањеном обиму), да присваја радне резултате непосредних произвођача, утолико је битна функција приватне својине остала непромењена. Појачавање социјалних функција својине и њене оријентације према општем добру је несумњиво значајан корак за припрему за укидање приватне својине као експлоататорске категорије, али то нипошто не значи да се она може претворити у социјалну институцију која нема експлоататорски карактер. Из тога мора да произађе сасвим јасан закључак да никакве њене трансформације не мењају њену суштину и да социјалне функције може испуњавати само друштвена својина. Приватна својина се дакле може, у зависности од потреба друштва, мање или више ограничавати или укидати, али се не може трансформисати у институцију са сасвим другом „друштвеном“ или „неексплоататорском“ садржином. То несумњиво показује њен историјски развој.

Драгољуб СТОЈАНОВИЋ

LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE CHANGE-T-ELLE SA FONCTION?

— Résumé —

Le sujet principal du présent article est le suivant: la propriété privée a-t-elle changé dans son essence depuis la notion romaine et des pandectes comme droit de »plena in re potestas« en propriété qui a des fonctions socio-économiques et qui est justifiée du point de vue social, car, grâce aux différentes restrictions, apportées par le droit public, particulièrement dans la seconde moitié du 19^e siècle, elle est devenue socialement supportable?

L'auteur expose toute une série d'opinions dans la théorie, lesquelles démontrent que la propriété s'est transformée et qu'elle

кцији. Јеринг је у свом познатом делу *Циљ у праву* написао следеће речи: „Није тачно да својина по својој идеји представља апсолутну власт располагања са ствари. Својину у таквом облику не може друштво да трпи и никад је није трпело — „идеја“ својине не може у себи да садржи нешто што би било у противречности са 'идејом' друштва. Ова представа је последњи остатак оне нездраве природно правне представе, која индивидуу саму по себи изолира. Куда би то морало да одведе ако би власник могао да се затвори у својој својини као у недоступној тврђави не треба доказивати. Противљење појединца би спречило изградњу једног јавног пута, железнице, утврђења, дела од којих зависи благостање хиљаде људи, успех читавих провинција, безбедност државе“ (стр. 523).

remplit à présent dans la société moderne des fonctions sociales d'une grande importance. Cependant, malgré tous les changements que la propriété avait subis au cours de 100 dernières années par rapport à la notion libérale de la propriété, l'auteur considère que, nonobstant la grande importance qu'ont du reste les restrictions du droit public pour la propriété (surtout celles sur les moyens de production), le domaine essentiel de la libre disposition de propriété privée reste tout de même intact, car reste à subsister »l'utilité privée« ainsi que les autorisations qui permettent au propriétaire de réaliser le profit (ne fût-ce qu'en un volume réduit) et autant est restée inchangée la fonction essentielle de la propriété privée.

L'intensification des fonctions sociales de la propriété et de son orientation vers le bien commun est indubitablement un pas important pour la préparation de l'abolition de la propriété privée en tant que catégorie d'exploitation, mais cela ne veut nullement dire qu'elle peut être transformée en une institution sociale qui n'ait pas de caractère exploiteur. De là doit résulter nécessairement une conclusion tout à fait claire qu'aucune transformation de la propriété n'en change l'essence et que seulement la propriété sociale peut remplir des fonctions sociales.

ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО

О НЕКИМ РАЗЛИКАМА (СЛИЧНОСТИМА) ТУЖБЕ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА И ПРЕДЛОГА ЗА ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА ПРЕД СУДОМ УДРУЖЕНОГ РАДА*

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Тужба као институт парничног поступка, и предлог као институт поступка пред судом удруженог рада, али и као институт ванпарничног и извршног поступка, у нашем правном систему предмет су изучавања јединствене гране процесног права, грађанског процесног права. Овакво решење је последица става наше науке процесног права да се поступак заштите субјективних грађанских права, ванпарнични и извршни поступак, као и поступак пред судовима удруженог рада и другим самоуправним судовима сврставају у оквиру грађанског процесног права као јединствене правне дисциплине.

Тужбом се покреће парнични поступак, односно поступак заштите субјективних грађанских права и у овом значењу о њој ће и овде бити говора. Ово ограничење нужно је стога што се тужбом могу покренути и неки други поступци заштите права, нпр., кривични поступак.

Институт предлога за покретање поступка пред судом удруженог рада појмовно је нови институт процесног права. У овом значењу предлог је иницијална радња за покретање поступка заштите самоуправних права и друштвене својине. Но, и институт предлога као иницијалне радње појављује се и у неким другим поступцима, нпр., у ванпарничном и извршном поступку, али у овим значењима није предмет наших разматрања.

За разлику од тужбе као иницијалне радње парничног поступка, институт предлога за покретање поступка пред судом удруженог рада скоро да уопште није до сада обрађиван у тео-

* Овај чланак је настао на основу магистарског рада под називом „Тужба и предлог за покретање поступка пред судом удруженог рада у праву СФРЈ”, који је аутор бранио на Правном факултету у Крагујевцу, априла 1985.

рији процесног права. Осврти појединих аутора на овај институт нису довољни да би се о његовим карактеристикама могло одређеније говорити. Ово нарочито важи за поређења предлога са другим иницијалним радњама поступака заштите права, па отуда и наш интерес за овакав приступ проучавању предлога.

Остављајући по страни многобројна питања процедуре пред парничним судом и самоуправне процедуре пред судом удруженог рада, односно могућа поређења ова два поступка заштите права са свим сличностима и још већим разликама које се ту појављују, задржаћемо се само на разликама појма грађанско-правне и самоуправно-правне ствари и разликама поменутих института тужбе и предлога.

1 РАЗЛИКА ИЗМЕЂУ ПОЈМА ГРАЂАНСКО-ПРАВНЕ СТВАРИ И ПОЈМА САМОУПРАВНО-ПРАВНЕ СТВАРИ

Претпоставка разматрања о разликама тужбе и предлога свакако је утврђивање врсте спорних односа о којима се расправља и одлучује у парничном, односно поступку пред судом удруженог рада, односно утврђивање појма грађанско-правне и самоуправно-правне ствари.

Грађанско-правну ствар чине спорови о субјективним грађанским правима, односно правним односима побројаним одредбом чл. 1. Закона о парничном поступку.¹ То су спорови из личних, породичних; радних односа изван удруженог рада, имовинских и других грађанско-правних односа. Реч је, према томе, о односима регулисаним нормама материјалног брачног, породичног, стварног, облигационог и наследног права, као и дела радног права који се тиче рада средствима у својини грађана.

Насупрот томе, самоуправно-правну ствар чине спорови у области друштвено-економских и других самоуправних односа, као и спорови које самоуправни субјекти повере суду удруженог рада на решавање, а тичу се права којима радни људи слободно располажу или односа које самостално уређују. Истовремено, ово је одређено и чл. 226. ст. 1. Устава СФРЈ.² Реч је о веома широкој области друштвених односа, који се због специфичности субјеката између којих настају (самоуправни субјекти) као и начина регулисања (законом, али и нормама аутономног самоуправног права), разликују од односа који су предмет расправљања и одлучивања у случају спора, у парничном поступку. За суд удруженог рада, самоуправно-правна ствар је одређена идентично претходно реченом за све друге самоуправне судове, али у оквиру односа који су Уставом генерално, а законом појединачно дати у њихову надлежност.

Устав СФРЈ је одредбом поменутог члана 226. ст. 1. утврдио области односа из којих настале спорове решавају судови удруженог рада. Реч је о постојању услова за организовање основних организација удруженог рада и радних заједница и о захтевима

¹ Закон о парничном поступку, Службени лист СФРЈ, бр. 4/77.

² Устав СФРЈ, Службени лист СФРЈ, бр. 9/74.

за заштиту права рада друштвеним средствима и других самоуправних права и друштвене својине, затим о споровима о организовању и издвајању основних организација удруженог рада, о закључивању и спровођењу самоуправних споразума о удруживању и међусобним односима у удруженом раду, као и о другим законом одређеним врстама спорова из друштвено-економских и других самоуправних односа.

Чини се овде неопходним, ипак, у погледу врсте односа о којима расправља и одлучује, у случају спора, суд удруженог рада и остали самоуправни судови, направити извесну разлику. Иако се, и у једном и у другом случају, појављују спорови из самоуправних односа у најширем смислу, ове је односе могуће класификовати према начину регулисања, и посебно санкционисања, на самоуправно-правне и нове, самоуправне односе. Самоуправно-правни односи настају самоуправним повезивањем, процесима сарадње и солидарности чланова самоуправних организација и заједница и њихови су учесници самоуправни субјекти, али су сви ови процеси још увек регулисани императивним нормама које су садржане у законима. При томе, наравно, не треба занемарити ни улогу аутономних самоуправних норми. Истовремено, санкција за повреду правила понашања овде је репресивног карактера, односно најчешће идентична санкцијама у случају повреде или угрожавања субјективног грађанског права (нпр., накнада штете и сл.).

Све ово упућује на закључак да је самоуправно-правни однос, из кога настале спорове решава суд удруженог рада, још увек класични правни однос.

Насупрот самоуправно-правном односу, стоји нови, тзв. самоуправни однос. Овај однос настаје искључиво на темељу сарадње, споразумевања и договарања самоуправних субјеката, без учешћа државе, односно њених органа на било који начин. Он је регулисан искључиво нормама аутономног самоуправног права садржаним у самоуправним општим актима. Творци ових норми су радни људи у најразличитијим облицима самоуправног организовања, а у процесима доношења ових норми све је мања везаност законом или другим императивним прописима.

Поред начина регулисања, специфичност самоуправног односа огледа се и у санкцијама за повреду правила понашања које садржи аутономна самоуправна норма. Реч је о моралној санкцији, или, најчешће, на поштовање оваквих правила понашања принуђује само тзв. економска нужност.

Раздвајање самоуправно-правних од самоуправних односа, као и раздвајање спорова који настају из ове две врсте односа, условљава и потребу за раздвајањем правила процедуре за расправљање и одлучивање о ове две врсте спорова, па и надлежних органа за спровођење ових поступака. За разлику од судова удруженог рада који у поступку још увек примењују одредбе Закона о парничном поступку, мировна већа, као и арбитраже немају ни класичну процедуру, ни класичне врсте санкција у одлукама које доносе.

Када је на овај начин направљена потребна разлика појма самоуправно-правне и самоуправне ствари, указаћемо, коначно, и на разлике које постоје када је реч о поређењу самоуправно-правне и грађанско-правне ствари.

Значајна разлика самоуправно-правних и грађанско-правних односа, поводом којих настале спорове сврставамо у самоуправно-правну, односно у грађанско-правну ствар је у томе што самоуправни односи постоје у оквиру самоуправне организације друштва, између самоуправних субјеката у основним и другим организацијама удруженог рада, самоуправним интересним заједницама и другим самоуправним организацијама и заједницама, а чију основу чини слободно удружени рад средствима у друштвеној својини. Грађанско-правни односи, међутим, постоје у области приватних права (грађанских права), а субјекти ових односа, титулари ових права су физичка или правна лица без обзира на њихов положај у самоуправној организацији друштва, тј. без обзира на њихово учешће у раду самоуправних организација или заједница.

Самоуправно-правна ствар је првенствено везана за област удруженог рада и специфичне друштвено-економске односе који у тој области настају, а у директној су вези са коришћењем и располагањем средствима у друштвеној својини. О споровима из самоуправно-правних односа не можемо ни говорити, а да истовремено није дошло и до повреде овлашћења које самоуправни субјекти имају у вези коришћења и располагања средствима у друштвеној својини.

Насупрот томе, одредба чл. 1. ЗПП-у предвиђа да парнични суд расправља имовинске односе као врсту грађанско-правних односа, а они су, у основи, увек директно везани за област личне својине или својине грађана.

Постоје и неке разлике у погледу учесника парничног поступка пред судом удруженог рада, о којима бисмо могли проговорити у вези претходних разматрања.

Када је реч о споровима пред судом удруженог рада, пре свега, као један од учесника појављује се, по правилу, неки од облика самоуправног организовања. Чак и када је овлашћени предлагач радник-појединац, друга страна у односу је неки од облика самоуправног организовања, односно, у његово име, овлашћено лице или орган. Посебност поступка пред судом удруженог рада је и учешће синдикалне организације и самоуправне радничке контроле, који се не могу појавити као странке у парничном поступку. Учесће друштвеног правобраниоца самоуправљања, али у својству учесника поступка пред судом удруженог рада, још је једна посебност ове процедуре.

Ако је реч о парничном поступку, онда се, по правилу, као странка појављује физичко лице или правно лице које је титулар повређеног или угроженог субјективног грађанског права. Исте категорије лица појављују се и у својству учесника ових поступака. У привредним споровима карактеристичне странке, као и учесници ових поступака су друштвена правна лица.

Ваља напоменути да се, одредбом чл. 1. ЗПП-у, утврђује да се као странке у парничном поступку могу појавити: „друштвено-политичка заједница, организација удруженог рада и друго друштвено-правно лице“, али је карактеристика тих спорова, како је већ напоменуто, да се тичу грађанско-правних односа који су регулисали нормама грађанског материјалног права. Истовремено, и грађанско-правна лица се могу појавити као учесници поступка пред судом удруженог рада, али је претпоставка оваквог њиховог учешћа да су титулари самоуправних права која су повређена, односно да је грађанско-правно лице укључено у самоуправну организацију друштва.

Разлика самоуправно-правне и грађанско-правне ствари је, дакле, у врсти односа о којима се у случају спора расправља и одлучује у поступку пред судом удруженог рада и пред парничним судом.

II РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ ТУЖБЕ И ПРЕДЛОГА ЗА ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА ПРЕД СУДОМ УДРУЖЕНОГ РАДА

а) Разлике материјално-правног појма тужбе и материјално-правног појма предлога за покретање поступка пред судом удруженог рада

Основно питање које се поставља када је о разликовању материјално-правних појмова тужбе и предлога реч је питање постојања, односно непостојања захтева за решење спорног односа у једном и другом поднеску. Нужно је, при томе одмах подсетити на решење садржано у законским текстовима. Тако је управо тужба најкарактеристичнија врста поднеска о коме говори чл. 106. ст. 3. ЗПП-у: „Ако изјава садржи какав захтев, странка треба у поднеску да наведе чињенице на којима заснива захтев, као и доказе, кад је то потребно“.

Наиме, начело диспозиције странака не важи у парничном поступку само за покретање, већ и за даљи ток поступка. Ово, као и одредба чл. 2. ст. 1. ЗПП-у, да у парничном поступку суд одлучује у границама захтева који су стављени у поступку, најречитије говори у прилог тврдњи да тужба, као најзначајнији њен део, мора да садржи тужбени захтев.

Поред тога што тужба мора да садржи захтев за решење спорног односа, тај захтев мора бити и конкретан, прецизиран, како у погледу главног захтева, тако и у погледу свих споредних тражења. Ово правило у вези је одредбе претходно наведеног чл. 2. ст. 1. ЗПП-у.

Међутим, и предлог за покретање поступка пред судом удруженог рада, да би могао да врши улогу иницијалне радње за овај поступак, мора да има извесну садржину, тзв. минимални садржај. Питање шта чини такву минималну садржину отвара и проблем да ли у овакав садржај обавезно улази и захтев за решење спорног односа, или не. Одредба чл. 23. ст. 7. СЗСУР-а,³ утврђује

³ Савезни Закон о судовима удруженог рада, Службени лист СФРЈ, бр. 24/74.

да предлог „може“ да садржи и одређени захтев за решење спорног односа, а што, опет, значи да не мора да га садржи.

По нашем мишљењу, већ самим подношењем предлога уложен је и захтев за решење спорне ствари, без обзира на садржину предлога. Но како суд удруженог рада, у одлучивању, није везан захтевима учесника, питање је само да ли је захтев стављен подношењем предлога конкретизован, да ли је из њега већ на први поглед јасно шта се тражи и од кога, односно каква одлука суда, која права треба признати и сл. Стога и предлогом изнет захтев може бити двојак: конкретан у погледу одлуке која се тражи, децидиран у свим елементима, или такав да је његову конкретизацију овлашћени предлагач оставио суду удруженог рада, да је изврши у току поступка, по службеној дужности.

У првом случају предлог је, по садржини, идентичан тужби, а разлика је само у врсти спорних односа. Други је случај специфичан и битно нови у односу на остале начине покретања поступка заштите права. Односно, ситуација у којој постоје елементи угрожавања самоуправних права само је описана, назначено је у чему је спор, а суду је остављено да у току поступка конкретно утврди о чему је реч и то констатује у својој одлуци.

Захтев садржан у предлогу не треба, међутим, никако схватити као тужбени захтев. То је пре „предлог за решење спорног односа“,⁴ тј. пре се може рећи да овлашћени предлагач може у поступку пред судом удруженог рада предложити решење спорног односа.

Овакав наш став у погледу захтева за решење спорног односа у предлогу произилази из чињенице да, ако је већ самоуправни субјект изнео пред суд да расправља и одлучује о једној спорној ситуацији из самоуправних односа или у вези овлашћења из друштвене својине, тиме је јасно ставио до знања свима да тражи да се расправи и одлучи, тј. да тврди да му неко право припада, или шта друго. Оваква тврдња није ништа друго него захтев, с обзиром на чињеницу да и када је реч о захтеву садржаном у тужби, наша теорија процесног права у тужбеном захтеву види тврдњу о једној правној последици о којој суд треба да донесе одлуку.⁵

У разматрању материјално-правних елемената предлога и тужбе значајно је и раздвајање појмова права на предлог и права на тужбу у односу на материјална права чија се заштита овим актима тражи. Решење следи већ и из одредбе поменутог члана 180. Устава СФРЈ, о „праву на једнаку заштиту права“ у поступку пред надлежним органима. Из ове одредбе следи и став да, прво, постоји независно од материјалног права које се штити, право на обраћање надлежном органу, и, друго, да се такво реше-

⁴ Б. Мириловић, Предлог за покретање поступка пред судом удруженог рада, Ревизија рада, бр. 3, 1979.

⁵ Тако, нпр., Б. Познић, Грађанско процесно право, Београд, 1978, стр. 129, М. Јовановић, Грађанско процесно право, Крагујевац, 1979, стр. 84, С. Трива, Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1983, стр. 310 и др.

ње тиче и односа права на предлог и материјалног самоуправног права.

Нужна је и напомена о „подобности“ самоуправних права да буду предмет заштите пред судом. Ова особина идентична је „туживости“ субјективног грађанског права. Наиме, већина самоуправних права радника у удруженом раду и њихових самоуправних организација и заједница која су стечена по основу удруживања рада и средстава, и која стога спадају у њихова неотуђива права, увек су подобна за заштиту ове врсте. Изузетак је застарело потраживање са посебним роковима застарелости.

Следеће питање је постојање правног интереса за подношење предлога и тужбе. За случај тужбе ово је питање решено ЗПП-у, искључиво за случај тужбе за утврђење,⁶ код које се увек тражи доказивање постојања правног интереса. За остале врсте тужби његово постојање се претпоставља. Претпоставка постојања правног интереса одговара и за све случајеве подношења предлога што је у складу са карактером односа чија се заштита тражи предлогом, али и са начелима на којима се темељи рад самоуправних судова. Бесплатност поступка, која може водити покретању спорова искључиво ради шиканирања друге стране као и злоупотреби права на обраћање суду удруженог рада, губи на значају уколико се има на уму улога суда у оцени спорне ситуације по службеној дужности.

б) Разлике у погледу форме и битних састојака тужбе и предлога за покретање поступка пред судом удруженог рада

Процесно-правно, и тужба и предлог су иницијалне процесне радње којима се покрећу одговарајући поступци заштите права пред надлежним органима. Обе ове радње су једностране изјаве воље одређених лица и оба ова акта процесне иницијативе имају за циљ ангажовање правосудних органа на отклањању спора у односима правних субјеката, ако се исти на други начин не може отклонити. И тужбом и предлогом пред суд се износи тврдња да спор постоји, али је код тужбе то спор о субјективном грађанском праву, а код предлога спор из области самоуправних односа и друштвене својине.

Кад је о форми и начину подношења ових процесних аката реч, постоје извесна неслагања законодавства и праксе судова удруженог рада, па је на та питања потребно посебно упозорити.

Одредбе Главе I до XXV ЗПП-у, које се супсидијерно примењују у поступку пред судом удруженог рада обухватају и правила о форми поднеска.⁷ Следи да се ова правила примењују и на форму предлога, односно да се и предлог подноси писмено или усмено на записник. Но, за разлику од тужбе која се може пуноважно уложити само парничном суду, предлог, према ставу наше праксе, може да се поднесе како надлежном суду удруженог ра-

⁶ Чл. 187. ст. 2. ЗПП-у.

⁷ Чл. 106. ст. 1., ЗПП-у.

да, тако сваком другом суду удруженог рада, али и парничном суду. У томе случају се примењују позната правила о достављању. Разлог оваквог решења је да се могућност остваривања заштите самоуправних права и друштвене својине учини доступнијом, извеснијом за самоуправне субјекте.

Када је о нужним елементима тужбе и предлога реч, решење у случају предлога није једноставно. Тужба, као процесно-правна радња којом се покреће парнични поступак има стриктно одређену садржину.⁸ Из супсидијерне примене ЗПП-у на поступак пред судом удруженог рада произилазило би да исту садржину, у погледу спорног самоуправно-правног односа, треба да има и предлог. То би било име, презиме, занимање, пребивалиште или боравиште подносиоца, друге стране, као и осталих учесника у поступку, њихових законских заступника и пуномоћника ако их имају, предмет спора, садржина изјаве и потпис подносиоца.

У пракси судова удруженог рада, међутим, многи од ових елемената не чине обавезну садржину предлога. Једино се прихвата и поштује став СЗСУР-а да поднесак мора да буде јасан и разумљив, као и да је потписан од стране овлашћеног предлагача.

По нашем мишљењу обавезни, минимални садржај предлога чине само два елемента: назначење спорног самоуправно-правног односа и потпис овлашћеног предлагача.

Назначење спорног самоуправно-правног односа подразумева би две могућности: детаљно изношење чињеничног описа догађаја, ситуације у којој је настао спор, са назначењем учесника, њиховим изјавама и сл., као и могућношћу да овлашћени предлагач који је предлогу дао овакву садржину изнесе и доказе за своје тврдње, или, само површно изношење случаја, без детаљисања и изношења описа у целини, без изношења како тврдњи, тако и доказа. Како предлог за подносиоца најчешће пише адвокат, то он у свему „личи“ на тужбу, изузев, наравно, по предмету спора.

Навођење спорног самоуправно-правног односа, па чак и када је то извршено на најповршнији начин, нужно је већ и с разлога што суд у расправљању спора мора поћи од неких података, без обзира на чињеницу да даља испитивања врши по службеној дужности. При томе је логично да такви почетни подаци буду садржани у иницијалном акту покретања предвиђене процедуре.

Потпис овлашћеног предлагача, по нашем мишљењу, чини, такође, минималну, нужну садржину предлога. Ово већ и стога што се мора знати ко тражи заштиту самоуправних права или друштвене својине, на чију иницијативу се активира суд. Такође, чињеница да је круг овлашћених предлагача одређен законом, односно да не може сваки самоуправни субјект у свакој ситуацији када је са поремећајем извесних самоуправних права упознат да поднесе предлог и захтева да се повреда отклони, указује, на то да предлог мора бити потписан од подносиоца. Тако ће суд

⁸ Чл. 106. ст. 2.1 ст. 3., ЗПП-у.

моћи да утврди када је предлог поднело неовлашћено лице и предузме радње предвиђене законом за овакву ситуацију.⁹

На закључак о минималном садржају предлога наводе и одредбе чл. 23. ст. 6. СЗСУР-а, да сваки предлог „треба да садржи означавање спорног односа о коме суд треба да донесе одлуку, наводе од значаја за доношење одлуке и означавање доказа којима се исти наводи доказују“, која се може протумачити и тако да пошто треба онда и не мора да садржи све ове податке, као и одредба чл. 29. Правила о пословању судова удруженог рада у Србији (Судски пословник) која се тичу поступања са предлогом који је потписан од неовлашћеног лица.

Потпис овлашћеног предлагача мора, даље, да садржи довољно података за идентификацију овлашћеног предлагача. То би било довољно да се, даље, утврди и надлежни суд удруженог рада, али је то и извор информација за суд о томе где је спор настао.

Поставља се и питање шта ако је овлашћени предлагач истакао у предлогу конкретан захтев за решење спора. Да ли тада мора да наведе, према одредби чл. 106. ст. 3. ЗПП-у, и чињенице и доказе на којима такав захтев оснива? Чини се једино исправним закључак да ни у предлогу са одређеним захтевом навођење чињеница и доказа није неопходно. Нема, наиме, потребе додатно обавезивати овлашћеног предлагача. Већ уочавањем проблема у самоуправно-правном односу и подношењем предлога за његово разрешење, овлашћени предлагач је довољно учинио, а на суду удруженог рада је додатни напор да се случај расветли и донесе одлука.

У пракси судова удруженог рада, још увек су, међутим, најчешћи случајеви предлога који у свим детаљима, изузимајући предмет спора, личе на тужбу. Њих обично пишу адвокати или стручна лица у самоуправним организацијама и заједницама. Истовремено, ово има и своје позитивне стране јер омогућава бржу, па стога и бољу заштиту самоуправних права и друштвене својине.

Закључна разматрања

Претходна разматрања имала су за циљ да, не упуштајући се у сличности и разлике поступака пред парничним судом и пред судом удруженог рада, одговоре на нека питања сличности, односно разлика иницијалних радњи ове две врсте процедуре. При томе је, као почетна, послужила разлика појмова грађанско-правне и самоуправно-правне ствари. Грађанско-правну ствар, при том, чине спорови о субјективним грађанским правима, а самоуправно-правну ствар, генерално посматрано, спорови из самоуправно-правних односа и поводом вршења овлашћења из дру-

⁹ Одредбе о томе садржи чл. 29. Правила о пословању судова удруженог рада у Србији (Судски пословник), Службени гласник СРС, бр. 30/78.

штвене својине. Самоуправно-правним односима основ је слободно удружени рад средствима у друштвеној својини, односно лични рад, када је на законом допуштен начин везан за удружени рад, док основу грађанско-правних односа чини лична својина и право својине грађана.

Процесно-правно, тужба је једнострана изјава воље једне од странака у парничном поступку, тужиоца, коју он упућује суду у тачно одређеној форми, и којом иницира активност овог државног органа да, у законитој процедури, расправи и одлучи о спорном субјективном грађанском праву. Предлог је радња, односно изјава воље овлашћеног предлагача, као тачно одређеног лица, која упућује на повреду самоуправног права или овлашћења из друштвене својине, и тиме обавезује суд удруженог рада, ако су се стекли законом предвиђени услови, да расправи и одлучи о овом спору. И предлог и тужба су акти којима се у пракси реализује право на заштиту права које је у нашем правном систему уставна категорија, тј. једно јавно-правно овлашћење.

Материјално-правни захтеви из грађанског субјективног као и из самоуправног права, упућени су на обавезно лице и прате оваква права. Они су њихов иманентни део. Међутим, захтеви да надлежни орган донесе одлуку о субјективном грађанском, односно самоуправном праву, представљају редовне пратиоце који се у случају повреде или угрожавања ових права реализују кроз право на тужбу, односно право на предлог, али нису њихов саставни део, обавезни елеменат њихове садржине.

Када је о материјално-правном појму поменутих института реч, и један и други представљају захтев да се расправи и одлучи о спору који је у односима правних, тј. самоуправно-правних субјеката настао, захтев упућен надлежном органу да се ангажује на отклањању оних спорова који чине појам грађанско-правне и самоуправно-правне ствари, за тај конкретан случај. Тврдња овлашћених субјеката да спор постоји, односно да им спорно право припада, и сл., може бити на различите начине садржана у овим актима. За тужбу је предвиђено изричито да мора садржати одређен захтев у погледу главних и свих споредних тражења. Предлогом овакав захтев не мора бити до детаља конкретизован, али је његово присуство у овој изјави воље очигледно. Предлог, дакле, по нашем мишљењу, увек садржи захтев у смислу генералног предлога да се расправи и одлучи о спорном самоуправно-правном односу или овлашћењима из друштвене својине.

Поред закључака у вези нужности да тужба, односно предлог, садржи захтев за решење спорног односа, значајно је и питање минимума података које једна и друга изјава морају да садрже. За тужбу су то сви подаци као и за остале поднеске, што је одређено Законом о парничном поступку, одредбама о поднесцима, а за предлог је то, само назначење спорног самоуправно-правног односа и потпис овлашћеног предлагача.

Тужбу може поднети сваки титулар субјективног грађанског права када је оно повређено или угрожено радњама других правних субјеката. Предлог може поднети непосредни учесник спорног самоуправно-правног односа, а то може бити физичко или правно лице као и у случају тужбе. Разлика је, прво, у својству „самоуправности“ које се на страни овлашћеног предлагача нужно јавља. Он је увек самоуправни субјект, члан одређене самоуправне организације или заједнице, или је везан за самоуправну организацију или заједницу било својством радника у удруженом раду, или на други законом дозвољен начин, или је то сама ова организација или заједница. Друго, у извесним посебним категоријама субјеката који могу бити само овлашћени предлагачи, али не и тужиоци, такође постоји разлика у подношењу предлога и тужбе. Ту мислимо на овлашћену синдикалну организацију и самоуправну радничку контролу, али и на друштвеног правобраниоца самоуправљања. Ови субјекти нису непосредни учесници спорног односа што је разлика у односу на тужиоце у парници.

Могуће је, такође, говорити и о разликама тужбе и предлога полазећи од појма противправности, односно противправног понашања које изазива нужност ангажовања парничног, односно суда удруженог рада на расветљавању спора. Противправно понашање, у случају покретања парничног поступка, значи понашање противно законској норми, при чему је то, по правилу, диспозитивна норма која се примењује у недостатку уговорних и других одредаба којима субјекти ових односа исте регулишу, а у случају покретања поступка пред судом удруженог рада то је понашање противно законској или норми аутономног самоуправног права.

У погледу начина подношења између тужбе и предлога нема разлике, а такође ни у погледу података које садрже, под условом да је овлашћени предлагач одлучио да наведе конкретан захтев за решење спора. Разлике настају, у погледу садржине ових иницијалних радњи тек када је овлашћени предлагач у предлогу само напоменуо у чему је спор, наводећи било организацију у којој је он настао, било неке од учесника спорног односа или какве друге податке, и такав предлог потписао. Нису, дакле, наведени ни потпуни опис спорне ситуације, ни сви учесници, ни чињенице, ни докази за њих. Ова разлика упућује, међутим, једино на значајнију улогу суда удруженог рада у истраживању посљубеној дужности.

Извесно је, дакле, да постоје одређене разлике између предлога за покретање поступка пред судом удруженог рада и тужбе којом се покреће парнични поступак. Међутим, разлике које смо овде утврдили, а од којих је основна минимум података које предлог треба да садржи и који се разликује од података које мора да садржи тужба, као ни чињеница да је круг овлашћених предлагача, различит од круга лица који могу бити тужиоци у парничном поступку, не може упућивати на закључак о суштинским разликама ове две иницијалне радње и о томе да је предлог нови институт процесног права.

Једина разлика, по нама, која би могла упућивати на закључак да је реч о двама сасвим различитим радњама била би да смо закључили да предлог не садржи уопште захтев за решење спора. Међутим, наши закључци управо су супротно томе, да предлог увек садржи захтев, али да он није увек и конкретан, одређен те стога и по карактеристикама близак тужбеном захтеву. Оваква утврђена разлика није никако довољна за суштинско раздвајање тужбе и предлога за покретање поступка пред судом удруженог рада.

Душица ПАЛАЧКОВИЋ

SUR CERTAINES DIFFÉRENCES (ANALOGIES) DE L'ACTION DE LA PROCÉDURE DE PROCÈS ET LA PROPOSITION D'INTENTER LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR DU TRAVAIL ASSOCIÉ

— Résumé —

Entre l'action par laquelle, en tant qu'acte processif, on intente la procédure de procès et la proposition par laquelle on intente la procédure devant la cour du travail associé, il existe certaines différences. Elles résultent, en premier lieu, de différentes espèces de rapports dont la protection est exigée dans la procédure de procès et dans la procédure devant la cour du travail associé et elles concernent généralement le cercle des personnes autorisées qui peuvent entreprendre ces actions initiales et le minimum des données que l'une et l'autre action renferment.

Ces différences ne suffisent pas pour conclure que l'action de la procédure de procès et la proposition par laquelle on intente la procédure devant la cour du travail associé diffèrent essentiellement l'une de l'autre et que la proposition soit une institution nouvelle du droit de procès. L'unique différence qui pourrait suggérer une telle conclusion est celle que la proposition ne renferme pas du tout la demande de résoudre l'affaire litigieuse. Notre conclusion, au contraire, est que la proposition renferme toujours cette demande, mais que celle-ci ne doit pas être toujours concrète et déterminée, comme cela doit être toujours le cas de la demande à réaliser par l'action.

ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ

ОПАЖАЊА И НАПОМЕНЕ ЗА ОКРУГЛИ СТО О ПРОБЛЕМИМА ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ И ТРАНСФЕРА ТЕХНОЛОГИЈЕ У ХЕМИЈСКОЈ ИНДУСТРИЈИ ЈУГОСЛАВИЈЕ*

Ако прихватамо тезу да способност апсорбовања и уопште примене нове технике одређује стопу раста привреде и динамику подизања продуктивности, онда смо усвојили гледиште да је технички прогрес најдинамичнији фактор привредног развоја. Готово све значајније структурне промене у производњи па и у целокупној националној привреди базирају на примени нове технике, јер од тога зависе и обим и интензитет тих промена, као и степен диверзификације како материјалне производње тако и робне размене.

Проналасци, техничке иновације и уопште нова техника и технологија са одговарајућом опремом уводе се у производњу путем инвестиционих улагања. Овде бих подсетио на гледиште Карла Маркса, изнесено још половином прошлог столећа, у делу „Основи критике политичке екомоније“¹ које гласи: „Упоредо са развојем крупне индустрије, стварање правог богатства постаје 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 зависи од општег нивоа науке и развоја технологије, односно од примене те науке у производњи. Развијање науке, особито природних наука, а са њима и осталих, стоји опет у зависности од развоја материјалне производње“.

Имајући с једне стране у виду ову поратну спрегу између развоја науке и технике и производње, на коју је генијални Маркс указао још пре готово једног и по столећа а с друге стране,

* Скуп је био одржан 27. јуна 1985. г. у Привредној комори Југославије.

¹ Dietz-Verlag, Berlin 1953, стр. 592.

процесе стицања и одржавања нивоа знања и стручности у савременим условима привређивања и у текућој револуцији науке и технике, а разматрајући тај процес као један од прворазредних фактора укупног друштвеног развоја, сложићемо се са многим савременим ауторима да га треба сагледавати са следећих аспеката:²

1) Пораст стручног знања, односно обим усвајања достигнућа науке и технике као додатне акумулације, представљајући производни потенцијал и део укупних развојних фондова друштва, сачињава део укупног „друштвеног капитала“ или укупног националног потенцијала;

2) Проблем усклађивања система образовања са потребама у стручним знањима мора да се ослања на бар две ствари: на појаву сталног застаревања знања услед убрзаног развоја науке и технике, које поставља питање времена школовања и садржине програма наставе, затим на потребу усклађености општег нивоа стручног, посебно универзитетског образовања са достигнућим степеном привредног и друштвеног развоја, као и на неопходност адекватне правне регулативе, као нужног пратиоца заштите или и трансфера техничког стваралаштва;

3) Питање реституције средстава, уложених у стицање знања, односно рока „амортизације знања“, које се своди на однос: трошкови учења — ефикасност (или друштвена корисност) знања — стварни ефекат стечених знања. Пошто елементи овог односа не морају бити у некој сразмери, ово питање може бити веома сложено 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, стеченог школовањем.

Кад се ради о земљама у развоју, које су принуђене да се за бржи развој техничке базе своје привреде ослањају добрим делом на туђу, импортовану технику и технологију, због свега напред наведеног, веома је важно питање под каквим правним и економским условима могу доћи до те стране технике и технологије. И Југославија је земља у развоју, но чији је досадашњи раст привреде и технике већ сврстава међу средње развијене земље. Међутим, познато је да су, поред огромних напора који су учинили и чине на том плану како заједница тако и удружени рад у целини, југословенски привредни субјекти, од 1954. године до данас, закључили прилично велики број³ лиценцих уговора са страним саутоварачима о увозу нове технике и технологије (иако нема поуздане евиденције за период 1954—1984. године, рачуна се да је укупно закључено таквих уговора, укључујући, поред лиценцих, још и уговора о дугорочној кооперацији, пословно-техничкој сарадњи и заједничким улагањима средстава, негде око 3.000). Међутим, почев од 1960. године до данас, зак-

² Тако напр. О. Ј. Mc Diarmid, Ј. М. Ritzén, Радмила Стојановић, Д. В. Церовић и др.

³ Апсолутно је неосновано и произвољно тврђење, које се у последње време чује, о преко 200.000 закључених лиценцих уговора.

чен је на мали број уговора и о извозу југословенске технике и технологије страним купцима (са 300 уговора).

Као илустрација интензитета међународне размене Југославије у области трансфера технологије, нека послужи само податак за 1979. годину када је било закључено 432 уговора о прибављању стране технологије од стране домаће индустрије и рударства, од чега 122 уговора (или са 28%) само од стране организације удруженог рада хемијске (са гумарском) индустрије. Исте године било је закључено 7 уговора (а од тога 5 из хемијске индустрије) о уступању наше технологије страним субјектима.

Што се тиче предмета уговора о прибављању стране технологије, могу се навести: производња сумпорне и фосфорне киселине и поливинил хлорида, затим фармацеутских и козметичких производа. Карактеристика свих уговора је да се махом не предвиђа лиценцна пристојба (royalty) као облик плаћања, већ је то садржано у набавној цени основне компоненте одређених лекова или других производа, који се обавезно набављају од иностраног саговорача. Овде се врло често ради о уговорима, којима се прибавља право коришћења заштићених знакова или технологија за финалну производњу, тј. конфекционирање лекова или козметичких препарата, уз обавезно коришћење фармацеутских или козметичких сировина иностраног саговорача — лиценцодаваоца. С друге стране, свих пет уговора о уступању домаће технологије страниој фирми односе се на производњу лекова.

Лиценцни уговори закључивани су са различитим роковима трајања али преовлађују уговори, закључени на 7—10 година. Поједини уговори закључни су и на краће рокове (најкраћи евидентирани рок је 1,5 година) али има и уговора са дугим роковима трајања (20 до 30 година). Известан број закључен је са неодређеним роком трајања (тј. до отказа); то су уговори који се претежно односе на конфекционирање лекова и козметичких производа и обично садрже клаузулу о аутоматском продужавању уговора ако га ниједна уговорна страна не откаже по истеку уговореног рока.

Треба рећи да су организације удруженог рада прибављале, путем лиценцних уговора, по правилу, савремену страну технологију али било је случајева прибављања технологије, која се, у датом тренутку, није могла применити због недовољне припремљености домаће организације удруженог рада да је прихвати, због необезбеђености финансијских средстава и сличног. Изразити је негативан пример једне фабрике, која је купила технологију за производњу металног магнезијума и 12 година је није користила па је после склопила други уговор за куповину исте технологије, коју је у међувремену инострани партнер усавршио.

Међутим, такође треба рећи да су куповане и застареле технологије, које нису дале одговарајуће резултате у погледу квалитета производа и конкурентности на тржишту, па су наравно изостали очекивани економски ефекти. Међу негативне појаве треба навести да у фармацеутској и козметичкој индустрији често се јавља обавеза домаћег партнера да набавке основних субстанци

обавља искључиво код иностраног партнера а не на слободном тржишту. У већини уговора, који се односе на прибављање права коришћења заштићеног знака и технологије за конфекционирање производа, право производње аутоматски престаје истеком уговора. Ово се пре свега односи на производњу лекова и козметичких препарата, као и на производњу неких детерџената. Оваквих уговора закључено је преко 30 само од стране предузећа са територије СР Србије без покрајина.

У фармацеутској и козметичкој индустрији у СР Србији без покрајина, али то важи и за остале из целе СФРЈ, постоји велики број уговора којима је домаћим произвођачима дато право коришћења заштићеног знака уз разна омерозне обавезе. Овакви облици плаћања лицендне накнаде (најчешће у виду обавезне куповине сировина по ценама које одређује лиценцодавац, највише су распрострањени у фармацеутској и козметичкој индустрији, затим у производњи вештачких ђубрива, детерџената и других.

Овакав начин прибављања права коришћења заштитног знака путем плаћања кроз цену активних субстанци које се морају купити од даваоца лиценце, сматра се најнеповољнијим. Изразит пример је случај једне организације из СР Словеније која је, према уговору, била обавезна да набавља активну субстанцу од иностраног сауговарача по цени која је 100 пута већа од цене исте субстанце, коју је купила од другог иностраног произвођача. Због тога је вођен и спор а домаћа организација је још морала да плати оштету од 600.000 швајцарских франака.

Међутим, разлози који нас доводе данас за овај округли сто, не исцрпљују се само на питањима у области трансфера технологије путем уговора о лиценци. Ако до закључивања неповољних уговора са тешким обавезама за домаћег сауговарача долази, поред осталог, због незнања и недовољне стручности, поставља се питање где се школују стручњаци — правници и како се школују за област права индустријске својине и ауторског права; да ли технички кадрови, као носиоци и организатори процеса производње, имају бар основна знања из ове области, да ли су економисти способни да осећају тесну корелацију између правних норми и економских законитости. Често се говори и пише о потреби развијања домаћих креативних потенцијала ради ослањања на сопствене снаге у плановима техно-економског и друштвеног развоја али се при томе недовољно размишља да ли су за то испуњени потребни услови као што су: општа друштвена клима, материјални услови, одговарајућа правна регулатива, као и интерна нормативна основа у организацијама удруженог рада. На том широком пољу рада има много несавладаних препрека и проблема, од којих бих указао само на неколико, не улазећи у детаље, на чијем превазилажењу треба да помогну стручњаци и научни радници.

Један од озбиљних проблема за рад у организацијама удруженог рада јесте велика дисперзија прописа о индустријској својини у више различитих закона, чије су одредбе о истим питањима често противречне или бар неусаглашене. Тако, ову материју

регулише Закон о заштити проналазака техничких унапређења и знакова разликовања, Закон о сузбијању нелојалне утакмице и монополистички споразума, Закон о облигационим односима, Закон о дугорочној кооперацији, пословно-техничкој сарадњи и уступању материјалног права на технологију између организација удруженог рада и страних лица па и Закон о удруженом раду. На то се надовезује и велика шароликост интерних нормативних аката, који садрже одредбе о инвентивном раду у организацији и заштити индустријске својине.

Тако на пример Закон о облигационим односима непотпуно одређује појам уговора о лиценци, што је донекле исправљено одредбама Закона о заштити проналазака, где став 1. чл. 135. говори о садржини овог уговора. Међутим, у овом другом закону уочљива је непотпуност става 1. чл. 130. о делимичном преносу права поводом појединих облика индустријске својине.

Између одредаба чл. 689. и 695. Закона о облигационим односима постоји видљива противуречност по питању искључиве лиценце, односно искључивог преноса права искоришћавања предмета лиценце. Исто тако видљива је и непотпуност одредаба о одговорности за материјалне и правне недостатке предмета лиценце (у чл. 693).

Ни у једном од поменутих законских прописа нема одредбе да је давалац лиценце дужан да одржава у важности права у вези с предметом лиценце, као и да обавештава лиценцопримца о чињеницама од значаја за постојање тога права.

Техничка унапређења су најчешћи вид инвентивне активности радника у удруженом раду али у прописима ово питање само је овлаш додирнуто, упућујући на интерно нормативно регулисање. Међутим, ту има много празнина и у најмању руку врло различитих приступа нормативном регулисању ове материје. Готово нигде, на пример, нема одредаба о поступку вођења спора, који може настати у вези ауторства техничког унапређења.

У законским текстовима налази се рогобатан израз „материјално право“ — на технологију, иако је тај израз — „материјално право“ и семантички и логички и правно неодржив. Ту се ради о терминолошкој збрци, која се „провукла“ и кроз Устав и кроз Закон о удруженом раду. А у ствари ради се о једном типичном субјективном (имовинском) праву и то шта више на „предмету“ нематеријалног карактера или тзв. индустријске својине.

Познато је да проналасци, који се односе на лекове, не могу бити предмет заштите патентом, као уосталом ни проналасци материја. Но, то не значи да у свим правним системима проналасци лекова и проналасци материја уживају исти правни третман. На пример, у великом броју националних правних система у којима су проналасци материје искључени из патентне заштите, може се патентирати употреба материје у одређене сврхе али се ни у једном систему не може патентирати употреба материје у сврхе лечења. Међутим, могуће је патентирати поступке за производњу лекова. Због свег тога значајно је дефинисати појам лека. Међутим и ту постоје извесне неуоклађености домаће регулативе

па изгледа да у југословенском патентном праву треба примењивати дефиницију појма лека како то утврђује југословенска фармакопеја а не она, коју даје Закон о стављању лекова у промет, јер је дата сувише широко, тако да допушта произвољна тумачења. С тим у вези произлази да се медицински уређаји, апарати, протезе, ортопедска помагала и слично, могу патентирати.

На крају, на плану међународног система правне заштите индустријске својине, не залазећи у појединости, предстоји седма по реду ревизија стогодишње Париске конвенције о заштити индустријске својине, коју је СФРЈ ратификовала па отуда, треба рећи да има законску снагу за све правне субјекте па и за организације удруженог рада, утолико пре што су на дневном реду многа значајна питања која постављају земље у развоју, као: начело националног третмана, начело независности патента, неискоришћавање патентираног проналаска и принудна лиценца, преференцијални третман без реципроцитета, проналазачка сведочанства, жигови, индустријски узорци и модели, ознаке порекла, обим заштите патента за поступак, право првенства, правило о једногласности приликом гласања о измени Конвенције и друго.

Овај сумарни инвентар питања и проблема, који може бити од интереса за удружени рад уопште а посебно за хемијску индустрију у области техничког стваралаштва, правне заштите индустријске својине и међународног трансфера технологије, не исцрпљује све оно што би могло бити предмет консултовања и сарадње између стручњака из удруженог рада и науке, али сигурно још једном потврђује оправданост прихватања иницијативе Југословенског удружења за заштиту индустријске својине да се организује овај састанак за округлим столом. Сигурно ће овде бити покренуто много корисних питања али се ни ту не може очекивати да се на само овом састанку покрену сва питања од интереса за удружени рад и да се потраже одговарајућа решења.

Међутим, сви можемо бити задовољни ако овај састанак покаже да и наредни слични или групни или појединачни сусрети привредника и стручњака могу допринети да се поједини проблеми савладају и превазиђу, односно да се избегну евентуалне штете и пропусти у крилу удруженог рада.

Желео бих на крају да упознам присутне да иницијатор овог окупа — Југословенско удружење за заштиту индустријске својине, делује као Савез републичких удружења за заштиту индустријске својине, која за сада постоје у СР Србији, са седиштем у Крагујевцу, и у СР Словенији, са седиштем у Љубљани. У оквиру Савеза постоји и Југословенска национална група, која делује у Међународном удружењу за заштиту индустријске својине (AIPPI). Иницијативу Савеза прихватио је својим активним учешћем и Савезни завод за патенте. Хтео бих такође да подсетим да је пре пет година, на Правном факултету у Крагујевцу, основан и Институт за право индустријске својине и ауторско право, једини институт те врсте у СФРЈ. Пошто се овде, међу нама, налазе представници свих горе поменутих институција, ја им се

и овом приликом захваљујем на израженој спремности да својим великим знањем и дугогодишњим искуством допринесу превазилажењу евентуалних проблема хемијске индустрије Југославије у овој специфичној области пословања.

Драгомир ЦЕРОВИЋ

OBSERVATIONS AND REMARKS FOR THE ROUND TABLE ABOUT SOME PROBLEMS OF INDUSTRIAL PROPERTY AND TRANSFER OF TECHNOLOGY IN YUGOSLAV CHEMICAL INDUSTRY

— Summary —

When seeking faster industrial development in developing countries, unavoidable is the support of imported technics and technology but of exceptional importance is the fact under which legal and economic conditions all of it is available. Recommendations are given how to avoid shortcomings in contracting transfer of technology because of restrictive business practice.

Several remarks and observations are given how to correct the legislation in the matter of industrial property in order to improve home technical creativity and application of imported technology as well. In the same manner the schooling system is discussed. There is an obvious lack of experts in the matter of industrial property.

The end of the paper was dedicated to the next revision of Paris convention and to the need of more frequent meetings between producers and scientists, experts in the matter of industrial property; this time the initiative was given by the Yugoslav association for industrial property in close cooperation with the Serbian association for industrial property and the Institute for industrial property rights and copy-rights both from Kragujevac, kindly accepted by the Yugoslav Economic Chamber and General Association of Chemical Industry.

ПОРОДИЧНО ПРАВО

БРАЧНИ ИМОВИНСКИ РЕЖИМИ У ПРАВИМА НЕКИХ КАПИТАЛИСТИЧКИХ ЗЕМАЉА

I Француско право

1. Законом о реформи имовинског брачног режима од 13. јула 1965. године регулисано је позитивно породично законодавство у Француској. Овај Закон је донет с циљем да се брачни другови што више изједначе, како у личним односима тако и у правима и обавезама која произлазе из управљања и располагања имовином стеченом у току брака, а посебно да се жени обезбеди што већа професионална независност, која јој је по ранијим прописима била знатно ограничена. Реформом, која је извршена овим Законом, измењене су и одредбе Француског грађанског законика о брачном имовинском режиму, тачније речено измењен је пети део треће главе Code civil-а, који носи назив: „Уговор о браку и имовинским брачним режимима”.

Закон о реформи имовинског брачног режима садржи правила која регулишу, пре свега, међусобне имовинске односе брачних другова, али и имовинске односе између њих и трећих лица. Његове одредбе, које гарантују одређен степен равноправности брачних другова у њиховим правима и обавезама, обавезно се примењују самим закључењем брака, без обзира на то какав се имовински режим успоставља између брачних другова (чл. 226). Због тога, многи правни теоретичари овај Закон сматрају као неку врсту почетног, примарног режима (*régime primaire*), односно као основу свих осталих брачних имовинских режима, укључујући ту и режим законске имовинске заједнице.¹

Овај Закон је, поред многих одредаба којима прокламује равноправност брачних другова у њиховим међусобним односима — као што су на пример одредбе о праву слободног избора професије, отварања текућих рачуна без пристанка другог брачног друга и праву слободног располагања својим зарадама — истовре-

¹ Patarin, Jean: у књизи: „Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines”, 2^e édition entièrement renouvelée et dirigée par Jean Patarin et Jmre Zajtay, Paris, 1974, стр. 441.

мено садржавао и неке одредбе које су и даље указивале на подређен положај жене у браку. Међу ове прописе спада и одредба којом сам муж одређује пребивалиште породице,² али и одредба да углавном само он сноси обавезе за потребе брачне заједнице.

Из цитираних одредаба, које су садржане у чл. 214. и 215. наведеног Закона, види се да је муж, и поред тога што је извршеном реформом побољшан положај жене у браку, задржао и даље доминантну улогу у брачним односима, како личним тако и имовинскоправним.

Француско право дозвољава, и после извршене реформе, да супрузи заснивају брачним уговорима имовински режим према свом нахођењу (чл. 1387. СС), при чему они могу да комбинују овај режим из елемената свих режима предвиђених законом, али могу да уносе и нове елементе који нису њима обухваћени. Једино ограничење у слободи уговарања брачног имовинског режима састоји се у томе да ови уговори не смеју бити противни нормама морала, односно добрим обичајима, ни у супротности с императивним прописима о браку, породици и законском наслеђивању. Поред тога, закон предвиђа да ови уговори морају бити закључени пре брака, с тим што њихово правно дејство наступа, разуме се, тек закључењем брака, што је изричито предвиђено чл. 1395. СС. Најзад, за склапање ових уговора закон предвиђа обавезну форму бележничког акта.

Ранијим законским прописима, који су претходили наведеном Закону којим је извршена најновија реформа брачног имовинског режима, брачним друговима је било забрањено да мењају брачне уговоре после закључења брака. Међутим, овај Закон је напустио принцип апсолутне непромењивости брачних имовинских уговора, мада ни он не даје брачним друговима потпуну и безусловну слободу да, по својој слободној вољи, мењају имовински режим у току брака. Наиме, Закон о реформи имовинског брачног режима дозвољава промену овога режима само у два случаја: 1. на основу судске одлуке о раздвојеном животу или одвојености имовина и 2. на основу споразума брачних другова, који мора бити закључен у форми јавнобележничког акта.³

2. Режим заједнице имовина (*régime en communauté*), који је регулисан чл. 1400—1527, може бити двојак: законски и уговорни. До успостављања законске заједнице имовина (*la communauté légale*), тј. законског имовинског режима, долази када брачни другови нису уговором уредили имовински режим или када се изјасне неформалном изјавом воље да брак закључују под режимом заједнице (чл. 1400). По овоме режиму, који је заменио ранији режим „заједнице покретних ствари и тековине“ (*la communauté de meubles et d'acquêts*), сва имовинска маса брачних другова чини једну заједницу која се састоји од активе и пасиве. Пошто ова заједница имовине брачних другова обухвата само имовину стечену за време брака, она је по својој суштини зајед-

² Ова одреба је, Законом бр. 75—617 од 11. јула 1975. г. измењена, тако да пребивалиште породице сада одређују брачни другови споразумно.

³ Patarin, Jean, op. cit., str. 443.

ничка тековина.⁴ Дух заједништва одликује овај режим како у управљању и располагању заједничким добрима тако и у саставу активе и пасиве заједничке масе.

У овоме режиму, активу имовинске заједнице сачињавају сва добра и приходи које брачни другови стекну заједно или одвојено за време трајања брака, што значи да у њу улазе, пре свега, приходи од личног привређивања брачних другова, а затим уштеде од плодова и прихода од њихових сопствених добара. Резервисана добра жене, која она стиче путем добити или зараде од своје самосталне професије и којима она самостално управља, чине, такође, део брачне тековине. Поред тога, и свако добро, покретно или непокретно, има се сматрати тековином брачне заједнице, уколико се не докаже да оно припада једном од брачних другова (чл. 1402, ст. 1). Али, за разлику од ових добара, која улазе у активу имовинске заједнице брачних другова, њихова сопствена добра чине посебну имовину брачних другова, на којима сваки од њих задржава пуну својину. Због своје личне природе, сопственим добрима се сматрају, у смислу чл. 1404. СС, и нека добра која су стечена за време брака. То су ствари за личну употребу једног брачног друга, тужбе за накнаду телесне или моралне штете, непреносива потраживања и пензије, и уопште сва добра која су везана искључиво за личност, као и оруђа за рад потребна за обављање професије једног од брачних другова, уколико нису припадак радње или експлоатације који чине део заједнице. Исто тако, у сопствена добра долазе и она добра која су била у својини или државини брачних другова на дан склапања брака или која они стекну за време брака бестеретним правним пословима.

У пасиву заједнице брачне имовине улазе дугови брачних другова учињени ради издржавања домаћинства и васпитања и подизања деце. Дугови који су постојали у тренутку закључења брака или којима су оптерећени поклони и наследства стечена за време брака, терете само личну имовину брачних другова. Наплата дугова које направи муж по било ком основу за време трајања брачне заједнице, може се увек вршити на заједничким добрима, уколико није постојала превара мужа и несавесност повериоца, изузимајући евентуалну накнаду која се дугује заједници. Ипак, резервисана добра жене не могу бити заплењена од стране мужевљевих повериоца, осим ако обавеза није била створена ради издржавања домаћинства и одгоја деце (чл. 1413). У случају кад жена обавља одвојену професију, она одговара за своје професионалне обавезе својим сопственим и резервисаним добрима.

3. Имовинском заједницом брачних другова управља, по позитивном праву Француске, муж, с тим што он по закону одговара за лоше и нерационално управљање брачном имовином. Према томе, он нема више искључиво право управљања заједничким добрима, јер су, с обзиром на наведену одговорност, његова овлашћења ограничена. Исти је случај и са располагањем заједничком имовином. Основно начело садржано у закону у вези са располагањем заједничким добрима брачних другова јесте да муж не може, чак ни ради одгоја заједничке деце, бесплатно да

⁴ Patarin, Jean, op. cit., str. 457.

располаже међу живима овим добрима без сагласности жене. Такође, муж не може без жениног пристанка да отуђи или оптерети стварним правима непокретности, трговачку радњу и експлоатације заједнице, као ни да располаже неотуђивим социјалним правима и телесним покретним стварима чије отуђење подлеже публицитету (чл. 1424. СС).⁵

Законска имовинска заједница брачних другова може престати на више начина: смрћу једног од брачних другова, одсуством, разводом, раставом од стола и постеље, одвајањем имовина и променом имовинског брачног режима. Поред ових начина, имовинска заједница може престати и судским путем, када један од брачних другова тражи одвајање добара због нерада другог брачног друга или његовог рђавог управљања овим добрима услед којег даље одржавање заједнице може довести у опасност његове интересе. Престанком имовинске заједнице, било којим од ових начина, сваки брачни друг преузима своја сопствена добра уколико постоје у натури, или, ако не постоје у натури, добра која су их заменила. После овога, настаје поступак ликвидације активе и пасиве имовинске заједнице. Ова ликвидација се врши на тај начин што се на име сваког брачног друга установљава конто накнада које му заједница дугује и конто накнада које он дугује заједници. Вишак који остаје, кад су из масе извршена сва узимања, дели се на једнаке делове брачним друговима.

4. Иако је у овом законском режиму имовине брачних другова реч о имовинској заједници, она, ипак, није једна врста тзв. својине заједничке руке, јер су удели брачних другова у њој унапред одређени и износе половину.

Француска теорија има различита схватања о правној природи имовинске заједнице брачних другова. Неки теоретичари је сматрају нарочитом врстом законом регулисаног класичног ортаклука,⁶ други је изједначују са сусвојином или својином заједничке руке, а трећи сматрају да је она једна врста правног лица. Међутим, има и аутора који истичу да је заједница имовине оригинална установа француског права, јер она има своје специфичне карактеристике које је јасно разликују од других сличних института, те не може да се подведе ни под једну од наведених правних установа.⁷

5. Уговорна имовинска заједница (*la communauté conventionnelle*) регулисана је члановима 1497—1527. СС. Овим члановима је признато право брачним друговима да мењају режим законске заједнице имовина свим врстама уговора о имовинском брачном режиму, уз услов да они не смеју бити у супротности с прописима

⁵ Нацртом закона од 14. марта 1977. г. предвиђа се измена чл. 1424. СС у том смислу што се уводе још већа ограничења у располагању заједничким добрима од стране мужа, тј. проширује се круг правних послова који захтевају и пристанак жене. О томе видети у чланку Jacques-a Leroy-a: Perspectives sur le devenir du régime de la séparation de biens, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1983, No 1, str. 55.

⁶ Planiol, Marcel: *Traité élémentaire de droit civil*, Tome III, Paris, 1924, стр. 60. (901. bis).

⁷ Julliot de la Morandière, Léon: *Droit civil*, Tome IV, Paris, Dalloz, 1959, стр. 44—47.

породичног и наследног права, као и добрим обичајима. Одредбом чл. 1497, ст. 1. СС је предвиђено да брачни другови могу да уговоре заједницу покретности и стечених добара, затим заједницу имовине у којој ће одступити од правила управљања предвиђених за законску заједницу, уношењем посебних клаузула у уговору. У том смислу, они могу да уговоре да заједнички управљају имовинском заједницом — клаузула тзв. заједничке руке, или да један од њих буде овлашћен да управља заједничким добрима, подразумевајући ту и резервисана добра — клаузула узајамног заступања, или да муж управља сопственим добрима жене — клаузула јединства управљања (чл. 1503—1510). Поред тога, брачни другови могу да уговоре да један од њих има право да узме унапред извесна добра или да стекне неко прече право, затим да приликом деобе имовине добију неједнаке делове, а могу да уговоре и режим опште заједнице која обухвата сва покретна и непокретна, садашња и будућа добра (чл. 1511—1526. СС).

6. *Режим одвојености добара* (la séparation des biens), који је регулисан члановима 1536—1542. СС, успоставља се у случајевима када брачни другови уговоре његову примену.

У режиму одвојености добара сваки брачни друг самостално управља и слободно располаже својим личним добрима, на којима задржава право својине. У складу с овим, свако од њих сам одговара за дугове које направи пре или за време брака, осим за дугове учињене за потребе домаћинства или одгоја заједничке деце, за које брачни другови одговарају солидарно. Овај режим дозвољава да један од брачних другова може да за време трајања брака повери управљање својим личним добрима другом брачном другу, и тада се примењују правила о заступању.

7. *Режим учествовања у тековини* (le régime de participation aux acquêts), који је предвиђен члановима 1569—1581. СС, јесте још један имовински режим који по француском праву могу успоставити брачни другови за регулисање њихових имовинских односа. Успостављање овога режима настаје изјавом воља брачних другова при склапању брака. Прихватањем овога режима сваки брачни друг задржава право коришћења, управљања и слободног располагања својим личним добрима. Када је реч о овим добрима не прави се разлика, с једне стране, на добра која су они имали на дан склапања брака или до којих су дошли у току брака поклоном или наслеђем и, с друге стране, на добра која су стечена за време трајања брака теретним правним пословима. Према томе, за време трајања брака овај режим делује као да су брачни другови склопили брак под режимом одвојености добара. Престанком овога режима, сваки брачни друг има право да учествује по пола у вредности чисте тековине утврђене у имовини другог брачног друга. Међутим, закон дозвољава брачним друговима да уговоре и клаузулу о неједнакој подели тековине. Чиста тековина се утврђује двоструком проценом: проценом првобитне и проценом крајње имовине.

Право учешћа у тековини је непреносиво све док имовински брачни режим не престане.

Ако је крајња имовина једног брачног друга мања од његове првобитне имовине, тада мањак сноси у потпуности тај брачни друг, али ако је већа, вишак представља чисту тековину и даје места учешћу. Најзад, у случају постојања обостране чисте тековине, оне се прво пребијају. Дели се само вишак, а брачни друг чија је добит била мања постаје поверилац овог брачног друга за половину тог вишка. Потраживање учешћа исплаћује се, по правилу, у новцу, а може и у натури, пристанком оба брачна друга или на основу судске одлуке.⁸

8. Овде треба истаћи да је наведеним Законом о реформи имовинског брачног режима укинут миразни режим. Он се примењује само на бракове закључене пре 1. фебруара 1966. године, у којима су брачни другови изабрали миразни режим.

II Право Савезне Републике Немачке

1. Све до 1957. године законски имовински режим брачних другова био је по Немачком грађанском законнику режим одвојености имовина (§§ 1363—1425. старе редакције Законика). На основу овога режима, женина имовина се делила на два дела, односно два фонда: на тзв. донета добра (eingebrachtes Gut) и задржана добра (Vorbehaltsgut). Првим имовинским фондом управљао је муж, који је на њему имао једну врсту специфично регулисаног плодоуживања. Добра из овога фонда састојала су се од женине имовинске масе коју је она доносила у брак, али и коју би стицала у току брака уколико није било изричито предвиђено да улазе у задржана добра. У други имовински фонд жене улазила су њена задржана добра, добра која је она стицала својим самосталним радом (али, не радом у домаћинству или мужевљевој привредној активности), затим ствари за њену личну употребу и ствари које је она стицала бестеретним правним радњама, као што су поклон, наслеђе и сл.

2. Законом о равноправности полова (Gleichberechtigungsgesetz), који је донет 18. јуна 1957. године, а ступио на снагу 1. јула 1958. године измењене су одредбе свих прописа у немачком праву које су предвиђале већа права за мушкарце на штету жене. Измењене су такође и многе одредбе Немачког грађанског законика које су се односиле на имовински режим брачних другова (§§ 1363—1563). Овим Законом уведен је, уместо режима одвојености имовина, као законски имовински режим — заједница приноса, тј. прихода (Zugewinnsgemeinschaft) или, како га неки аутори код нас називају, заједница „повећања вредности”.⁹ Новелирани НГЗ познаје, поред овога режима, још и режим одвојености имовина и режим заједничке имовине. Увођење режима заједнице прихода као законског имовинског режима имало је за циљ да ублажи недостатке режима одвојености имовина, у ко-

⁸ Режим учествовања у тековини француског права врло је сличан, као што ћемо видети, законском имовинском режиму НГЗ-а, тзв. заједници приноса.

⁹ Бакић, Војислав; Поповић, Милан: Брачни имовински режим, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, том I, стр. 90. и 98.

ме је право управљања и уживања на жениној имовини им муж, и да га замени таквим режимом у којему ће оба супру равноправно учествовати у деоби заједнички стечених добара з време брака.¹⁰ У режиму заједнице приноса сваки брачни дру задржава посебну имовину, у коју улазе и оне имовинске вред ности које сваки од њих стиче у току брака (§ 1363 нове редакциј НГЗ-а). Али, ако он располаже имовином у целини или имовин ским предметом који служи заједничком домаћинству, потребан је пристанак и другог брачног друга. Иначе, у овоме режим важи претпоставка да је ствар у имовинској маси оног брачног друга у чијој се државини налази.

3. Под приносом (приходом) се подразумева разлика у акти ви имовинске масе сваког брачног друга настала од тренутка зак ључења брака до његовог престанка, тј. разлика у вредности почетне и крајње имовине. Међутим, у принос не улази оно што брачни другови стекну бестеретним правним пословима (покло ном, тестаментом и сл.) у току брачне заједнице (§ 1374, ст. 3), али улази вредност бестеретног отуђења и расипања која врши један брачни друг без престанка другог у року од десет година пре престанка брака, као и вредност отуђена у намери да се ускрати или смањи удео другог брачног друга у приносу (§ 1375).

Принос се дели међу брачним друговима по престанку бра ка. Ако је брак престао разводом и ако је принос једног брачног друга већи од приноса другог, тада половина разлике припада другом брачном другу (тзв. изједначење прихода — *Ausgleich des Zugewinns*, § 1378). Али, ако брак престаје смрћу једног брачног друга, а други је његов законски наследник, изједначење ће се вршити тако што ће се наследни део преживелог брачног друга повећати за четвртину (§ 1371-ту у начелу има изузетака). Ме ђутим, ако би изједначавањем приноса по описаним правилима била грубо повређена правичност, нарочито стога што би брачни друг који потражује намерно дуже времена немарно управљао својом имовином (§ 1381), суд може одступити од ових правила, па чак и одбити у целини захтев за изједначавањем.

У СР Немачкој је 1977. године донет закон којим је рефор мисано брачно право, у том смислу што је уведена и подела права на негу, помоћ и пензију у случају престанка брака разводом (тзв. *Versorgungsausgleich*). Према овом закону, у случају развода брака будућа права на старање или пензију једног или оба брачна друга стечена за време брака — независно од имовинског режи ма — такође се деле између њих следећи принципе поделе при носа. На тај начин је традиционално право имовинских режима допуњено, у случају развода, поделом тзв. социјалних права, да би се добила модерна димензија у области права на пензију и, нарочито, социјалног осигурања.¹¹

¹⁰ H. Hanisch: *Le régime matrimonial légal du BGB („la participation ux acquêts“)*, *Mariage et famille en question*, sous direction de H. A. schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Edition du C. N. R. S., 1980, стр. 87.

¹¹ H. Hanisch, *op. cit.*, стр. 90.

4. Принцип уговорне слободе брачних другова у регулисању њихових имовинских односа такође важи и у немачком праву. Законски имовински режим се примењује само ако брачни другови нису закључили имовински уговор.

У немачком праву није дозвољено да брачни имовински уговори садрже правила иностраног права (осим, изузетно, када један брачни друг живи у иностранству) нити већ укинутог немачког права (нпр. укинуте одредбе које су предвиђале неравноправност полова — § 1409 нове редакције). Чак и када жена пренесе брачним уговором право управљања својом имовином на мужа и одрекне се опозива, она може да опозове ово пренето право „из важних разлога“ (§ 1431).

Имовински брачни уговори се закључују у свечаној форми (пред судом или јавним бележником) и уписују у нарочити регистар који воде најнижи судови (Amtsgericht — одговара нашем општинском суду). Разуме се, ови уговори могу да садрже и режим одвојености имовина без изједначавања прираштаја.

5. По немачком праву брачни другови могу да уговоре и режим заједничке имовине, који представља посебну установу у НГЗ која се развила из ранијег германског права. У ранијој редакцији НГЗ-а постојала су три типа заједничке имовине, који су се разликовали по интензитету заједнице. То су: општа заједничка имовина, заједничка имовина на добрима прибављеним у току брака и заједничка имовина која се односила само на покретности стечене у току брака. Нова редакција НГЗ-а не прави ту разлику, те је брачним друговима препуштено да уговором одређују обим заједнице. Ипак, у заједничку имовину не улазе посебна добра (посебна имовина — *Sondergut*, § 1417. нове редакција НГЗ-а и задржана добра (задржана имовина — *Vorbehaltsgut*, § 1418. НГЗ-а). У посебна добра спадају она добра која се не могу преносити правним послом (нпр. лична службеност), а у задржана добра спадају, у овом случају, она добра која по брачном уговору или по закону не улазе у заједничку имовину. У заједничку имовину не улазе, по закону, она добра која брачни другови стичу наслеђем или бестеретним правним пословима међу живима, као и ствари добијене суброгацијом (§ 1418, ст. 1, тач. 2. и 3).

III Швајцарско право

1. Принцип уговорне слободе брачних другова у регулисању њихових имовинских односа важи и у швајцарском праву. Режим имовинске заједнице, који је законски имовински режим, примењује се на брачне другове само ако нису уговором одредили имовински режим или када на основу закона или судске одлуке није извршено одвајање заједничких добара.¹²

Грађански законик Швајцарске предвиђа три имовинска режима од којих брачни другови могу уговором да изаберу један. Уговори о одређивању имовинског режима су и овде строго формални и уводе се у посебан регистар. При закључењу уговора

¹² Grossen, Jacques-Michel: Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines, Paris, 1974, стр. 661—662.

брачни другови могу да изаберу блаже или строже форме од њеног имовинског режима, а могу, донекле, и да комбинирају законом предвиђене режиме.

2. Законски имовински режим у Швајцарској је, као што се напоменули, имовинска заједница (*union des biens — Güterverbundung*, чл. 194—214). У овоме режиму сваки брачни друг задржао своја добра која је имао у време закључења брака, као и добра која су стечена у браку. Имовинска добра која је жена имала у време закључења брака или која је стекла наслеђем или другим бестеретним правним пословима чине њене улоге (*apports*) и остају у њеној својини. Муж је власник својих улога и свих других имовинских добара која нису женини улози (чл. 195. ШГЗ). Он такође, располаже и имовинским добрима заједнице, па и добрима која су намењена за потребе домаћинства. Али, муж не може да располаже, без жениног пристанка, њеним добрима у заједници, осим оним правним пословима који се односе на „редовно управљање“ заједницом. Сва имовинска маса заједнице састоји се из улога, тј. добара унетих у заједницу и добара стечених у току брака теретним правним пословима (*acquêts*). У случају престанка имовинске заједнице, дели се само течевина. Деоба се врши на тај начин што се прво издвоје улози и изврше сви обрачуни, а уколико постоји течевина, она се дели у тој сразмери да једна трећина припада жени или, ако је умрла, њеним потомцима, а две трећине мужу или његовим наследницима.

Из изложеног се види да швајцарски имовински законски режим садржи истовремено карактеристике режима одвојености имовина и режима заједничке имовине. Међутим, његова главна карактеристика је у својинским односима — имовинска добра брачних другова су одвојена. Применом овога режима не успостављају се ни заједничка својина ни сусвојина, а његовом likвидацијом између брачних другова дели се само вишак.¹³

3. Режим заједничке имовине (*communauté des biens — Gütergemeinschaft*), који је регулисан чл. 215—240. Швајцарског грађанског законика, врло је сличан заједничкој имовини у Немачком грађанском законнику. Овај режим може да се односи на целу имовину или само на део имовине брачних другова (*communauté réduite —* чл. 237), на пример, само на покретности или само на непокретности, или само на одређену врсту добара или само на ствари стечене у току брака (*communauté d'acquêts*, чл. 239). Према чл. 238. овог Законика брачни другови могу да уговоре и примену извесних правила која важе за заједницу имовина.

4. Члановима 241—247. Законика регулисан је режим одвојености имовина (*séparation des biens — Gütertrennung*), у коме сваки од брачних другова има пуну слободу вршења права у својој имовини, самостално управља њоме и користи предмете у имовинској маси. У складу с овим, сваки брачни друг доприноси сразмерно својим приходима заједничким потребама домаћинства.

¹³ Grossen, Jacques-Michel, *op. cit.*, стр. 662.

У оквиру овога режима швајцарско право познаје и мираз (чл. 247). Ако брачни другови друкчије не уговоре, на миразна добра се примењује режим имовинске заједнице.

Љиљана БУРОВИЋ

LES RÉGIMES MATRIMONIAUX DES BIENS DANS LE DROIT DE CERTAINS PAYS CAPITALISTES

— Résumé —

Dans l'article a été traité le régime matrimonial des biens de ces pays capitalistes dans lesquels on applique le principe de la liberté de contracter ce régime. Ce sont: France, République Fédérale d'Allemagne et Suisse. Selon le droit des pays susmentionnés, le régime légal des biens est appliqué uniquement si les conjoints n'ont pas choisi le régime contractuel ou s'ils ont choisi justement le régime légal des biens.

Le droit français prévoit comme régime matrimonial des biens, avant tout, la communauté des biens, qui peut être de deux sortes, à savoir: légale et contractuelle. Outre le régime de la communauté des biens, les conjoints peuvent choisir le régime de la séparation des biens ou le régime de la participation à l'acquisition.

Selon le droit de la République Fédérale d'Allemagne le régime matrimonial légal des biens est la soi-disant communauté des revenus. Outre ce régime, le Code civil allemand règle aussi le régime de la communauté des biens et le régime de la séparation des biens comme régimes contractuels des biens.

Le Code civil de Suisse prévoit, également, trois régimes des biens dont les conjoints peuvent choisir un par le contrat. Ce sont: communauté patrimoniale, communauté des biens et séparation des biens.

Dans l'article sont données les caractéristiques principales de tous les régimes matrimoniaux des biens ci-dessus énumérés dans ces pays.

СПОРАЗУМНИ РАЗВОД БРАКА СА ЗАЈЕДНИЧКОМ ДЕЦОМ У ЗАКОНОДАВСТВУ СР СРБИЈЕ*

Доношењем Закона о браку и породичним односима (ЗБПО) у СР Србији је завршена друга фаза кодификацијске реформе после уставних промена.¹ Пре овога важио је Закон о браку из 1974. године, са другим законима из ове области.² ЗБПО СР Србије је на јединствен начин кодификовао породично законодавство, по систему једна грана права, један законски пропис.

Закон о браку је предвиђао десет бракоразводних узрока и у њему је био заступљен мешовити бракоразводни систем (систем кривице и систем развода као правног лека). У ЗБПО је заступљен искључиво овај други систем (развод као правни лек) и он се јавља у два основна вида, као :1) озбиљан и трајан поремећај брачних односа или неостваривање сврхе брака из неког другог разлога, и 2) споразумни развод брака. Споразумни развод брака, онако како је регулисан у овом Закону, има неких својих особености које га издвајају од сличних установа у другим републикама и покрајинама. Овај начин раскида брака пружа могућност брачним друговима да сами одлуче о судбини брака, уз истовремену контролу од стране друштва усмерену на то да се спрече лакомислени разводи и осигурају интереси деце. Ова друштвена контрола се остварује кроз обавезу брачних другова да уз споразум о разводу испуне још неке услове. Они се углавном тичу деце брачних другова, тј. њиховог збрињавања. Наиме, дете није више „трећи човек“ у бракоразводном спору, већ његов интерес постаје примаран и може ићи дотле да онемогући споразумни развод брака.

* Одговарајући део, донекле измењен, из ауторовог докторског рада „Споразумни развод брака“, брањеног 1984, на Правном факултету у Крагујевцу.

¹ Закон је објављен у „Службеном гласнику СР Србије“, бр. 22/80, од 7. VI 1980. године. Ступио је на снагу 15. VI исте године, а примењује се од 1. I 1981. године.

² Мисли се на Закон о односима родитеља и деце, Закон о старатељству и Закон о усвојењу.

Закон о браку и породичним односима СР Србије није, као одговарајући закони СР Хрватке и СР БиХ, строго раздвојио могућност споразумног развода брака са децом и без деце, тј. да у случају постојања заједничке деце предвиђа само могућност споразумног тражења развода брака.³ Закон СР Србије је пошао од једног компромисног решења. Споразумни развод је могућ и кад у браку постоје заједничка деца, само што су тада предвиђени додатни услови, који се не траже код споразумног развода без заједничке деце, што сасвим нормално произилази из саме њихове природе. Имајући све ово у виду можемо правити разлику на споразумни развод са заједничком децом и на споразумни развод без заједничке деце.

Уколико брачни другови немају заједничку децу, према законодавству СР Србије, споразумни развод брака је врло једноставан и сажет. Довољан је споразум брачних другова о разводу, без испуњавања било ког другог услова. Улога суда је само да провери испуњење процесних претпоставки и одмах потом изриче развод. Фактички у овом случају се ради о споразумном разводу без икаквих материјално-правних ограничења. Ипак, није у питању чист консенсуализам пошто брак не престаје вољом брачних другова, већ је у сваком случају потребна одлука суда о томе. Тек наступањем правоснажности судске одлуке брак се сматра разведеним, па можемо рећи да се овде ради о слободном судском споразумном разводу. У сваком случају, ако су испуњене све процесне претпоставке, суд нема овлашћење да одбије овакав начин развода брака, тако да се воља супружника јавља као одлучујући моменат раскида брака, и ако судска одлука има конститутивни значај.

Ако брачни другови имају заједничку децу, законодавство СР Србије предвиђа два ограничења која иду у правцу привременог или дужег онемогућавања развода брака по споразуму. Као прво, брачни другови су дужни, уз предлог за споразумни развод брака, поднети писмени споразум о чувању, васпитању и издржавању заједничке деце, као и о начину одржавања личних односа са њима (А), и друго, суд може одбити да разведе брак на основу споразума брачних другова, ако оцени да то захтевају оправдани интереси њихове заједничке деце (Б).

А. — Споразум о деци мора бити, као што то Закон одређује (ст. 3. чл. 84. ЗБПО) састављен у писменом облику. Он се мора односити на чување, васпитање и издржавање деце, као и на начин одржавања личног односа са њима. Према томе, захтева се потпуни споразум о деци. Овај споразум не мора бити оверен, нити, пак, може представљати извршну исправу (чл. 16. Закона

³ Чл. 56. ЗБРО СР Хрватске: „Брачни другови који имају малољетну заједничку или усвојену дјецу, или дјецу над којом је продужено родитељско право, могу заједнички предложити суду да из узрока наведених у члану 54. овога закона разведе њихов брак”.

чл. 57: „Суд ће развести брак на основу споразума брачних другова ако они немају малољетну заједничку или усвојену дјецу или дјецу над којом је продужено родитељско право”.

Готово истоветан текст је садржан у члановима 57. ст. 1. и 58. ст. 1. ПЗ СР БиХ.

о извршном поступку). Споразум може бити састављен у виду посебног писмена и придодат предлогу за споразумни развод брака, а може представљати и део самог предлога.

У случају да споразум о деци не буде поднет ни на један поменути начин, суд ће поступити као у случају непотпуног поднеска (чл. 109. Закона о парничном поступку), тј. наложиће се брачним друговима да овај споразум поднесу у одређеном року. Уколико брачни другови не поступке на овај начин, ни у овом накнадно остављеном року, суд ће решењем одбацити предлог, као сваки други неуредан поднесак.

Супрузи се морају договорити о свим елементима споразума, који се у закону траже. Уколико то не учине суд ће одбити да разведе брак по споразуму. Тако су се у спору за развод брака пред Окружним судом у Крагујевцу (П 556/81) странке сагласиле о разводу, али остављају суду да одлучи о поверавању детета, јер га желе обоје па се сами не могу договорити. При овој истичу да ће прихватити одлуку суда. Суд је у овом случају одбио да разведе брак по споразуму. Међутим, у неким другим случајевима (П 353/81, П 399/81, П 644/81) супрузи нису споразумном регулисали питање висине доприноса за издржавање детета, а суд није тражио допуну споразума у овом смислу. Ово одређивање доприноса за издржавање је извршено тек касније, на главном рочишту. Чини нам се да овакво поступање суда нема своје упориште у закону, али да је суд овако поступио вероватно руковођен начелом целисходности. Према томе, ако се овакав споразум о висини доприноса за издржавање постигне у току поступка за развод, споразум ће се сматрати ваљаним.

Како је то у ЗБПО речено споразум ће се односити на заједничку децу. Остаје нејасно да ли се он односи само на заједничку малолетну децу, односно децу над којом је продужено родитељско право, или и на пунолетну децу која се налазе на редовном школовању, према којој постоји законска обавеза издржавања (чл. 298. ст. 2. ЗБПО СР Србије).

Ако се пође од става да малолетници уживају посебну друштвену заштиту, одговор би био да се споразум односи само на њих. Међутим, сматрамо да се овај споразум може односити и на пунолетну децу која се налазе на школовању, а најкасније до 26. године. Ова обавеза родитеља оснива се на принципу солидарности, према коме су родитељи дужни сразмерно својим материјалним могућностима учествовати у издржавању деце. Нема основа да та њихова узајамна обавеза после развода престане, без обзира на чињеницу што се касније може поново успоставити на основу захтева пунолетног детета. Родитељ који после развода не живи са дететом дужан је ову своју обавезу издржавања вршити плаћањем доприноса у једнаким месечним износима, о чијој ће се висини супрузи споразумети. Истакнимо још један од аргумената који иде у прилог оваквог става. Сматрамо да би закон изричито поменуо само малолетну децу да се ова обавеза родитеља односи једино на њих, као што је то учинио већ у следећем ставу овог чл. 84. ЗБПО. У случају да брачни другови имају пунолетну заједничку децу на редовном школовању споразум о

њима ће се односити само на обавезу издржавања, пошто је родитељско право према њима наступањем пунолетства престало.

Споразум о деци ће се односити дакле само на заједничку децу брачних другова, као и на децу коју су они заједнички усвојили. Споразум се неће односити на децу једног брачног другог рођеној у заједници са неким другим лицем.

Б. — Заштита интереса деце има централно место у ЗБПО СР Србије и код споразумног развода брака. Ова идеја је спроведена, поред осталог, кроз овлашћење дато суду да може испитивати чињенице и спроводити доказни поступак о делу предлога брачних другова који се односи на чување, васпитање и издржавање заједничке деце. Овакво овлашћење је дато суду само ако дође до уверења да споразум родитеља о овим питањима не пружа довољно гаранције да ће интереси њихове малолетне или неспособне деце бити овим споразумом у довољној мери заштићени (чл. 362. ст. 2.). Према томе, суд овде има овлашћење да испитује само споразум о деци, независно од самог споразума о разводу брака, чиме идеја о споразумном разводу као разводу без утврђивања стања брачних односа остаје нектанута. Споразум о деци би могао, после испитивања чињеница и извођења доказа, бити модификован у том смислу што би суд на другачији начин извршио, нпр. поверавање деце, или би, пак, изменио цео споразум о деци, ако сматра да би на тај начин њихови интереси били боље заштићени. После овога суд ће развести брак на основу споразума брачних другова, ако су за то испуњени остали услови. Овакве измене у споразуму о деци суд ће извршити и против воље брачних другова. Брачном другу који је незадовољан модификованим споразумом о деци не остаје ништа друго до да жалбом на део одлуке о деци покуша ту измену ставити ван снаге. Исти ефекат ће постићи и ако једноставно одустане од споразумног развода. Морамо бити свесни чињенице да ће супрузи често, заслепљени егоизмом, пристати на овакав измењен споразум иако им он не одговара, само да би се што пре развели, у нади да ће касније овако измењен споразум избећи.⁴

У поступку развода брака по споразуму не испитују се чињенице нити изводе докази о стању брачних односа. Дужност суда је да утврди испуњење претпоставки за изрицање развода брака по споразуму, као и постојање и ваљаност додатних споразума, уколико су у закону тражени. Једини докази које ће суд бити дужан да изведе су читање извештаја центра за социјални рад, као и читање извода из књиге венчаних и рођених. Овим се ипак не улази у испитивање узрока за развод брака и мотива због којих се тражи развод. У овом се састоји једна од предности

⁴ У пракси Окружног суда у Крагујевцу, за 1981. годину, нисмо наишли ни на један случај испитивања чињеница и извођења доказа о делу предлога брачних другова који се односи на децу. Суд је у сваком случају прихватио споразум брачних другова, доносећи при том решење о неизвођењу доказа у смислу чл. 362. ст. 2. ЗБРО. Приликом оваквог одлучивања суд се готово увек у образложењу пресуде позивао на извештај центра за социјални рад, који је такво решење предложио. На крају додаје само да је и он мишљења како су интереси деце овим споразумом најбоље заштићени.

споразумног развода брака и један од основа за разликовање ове од њој сличне установе споразумног тражења развода брака.

Друго ограничење, предвиђено у законодавству СР Србије, чини се да нарушава овакву постављену слику споразумног развода брака. Ово прилично нејасно ограничење, садржано је у одредби чл. 84. ст. 4. ЗБПО. Према њему „суд може да одбије да разведе брак на основу споразума брачних другова, ако утврди да то захтевају оправдани интереси њихове малолетне заједничке деце“. Да би се ови оправдани интереси могли утврдити, Закон је у процесној одредби ст. 1. чл. 362. предвидео да у случају „кад је поступак покренут предлогом брачних другова за споразумни развод брака не испитују се чињенице на којима је предлог заснован, али суд може одлучити да се спроведе доказни поступак, као по тужби за развод брака, ако у поступку мирења оцени да оправдани интереси заједничке малолетне деце захтевају да се брак одржи“. Овде је суду дато много шире овлашћење него у претходно описаном случају (ст. 2. чл. 362.), где суд изводи доказе само о делу предлога брачних другова који се односи на заједничку децу. Код овог другог ограничења испитује се и сам споразум брачних другова о разводу.

У суштини све зависи од тога да ли ће суд у току поступка мирења стећи индиције које указују на то да је у интересу деце одржање брака. Онако како је формулисан законски текст проiziлази да се поступак мирења одвија у овом случају (кад постоје деца) пред судом. Међутим, према одредби чл. 353. ст. 1. ЗБПО мирeње се у овом случају обавезно поверава центру за социјални рад. Вероватно се овде мисли на резултате покушаја мирeња код органа старатељства.⁵ У сваком случају најважнија је процена стања ствари од стране суда. Ако, дакле, суд оцени да постоје интереси деце да се брак одржи, не да „може одлучити“ да спроведе доказни поступак, већ је обавезан то да учини.⁶ Да би се могао спровести овај доказни поступак суд мора располагати чињеницама које брачни другови у свом предлогу нису навели, нити су их били дужни навести. Они се управо, поред осталог, и разводе по споразуму да би избегли ово навођење чињеница. Могло би се помислити да се овде ради о чињеницама које не задиру у стање брачних односа у разлоге њиховог поремећаја, што би ову концепцију споразумног развода оставило недирнутом. Међутим, сам закон нас разуберава у свакој дилеми када изричито каже да ће се доказни поступак спровести „као по тужби за развод брака“.

Суд ће од брачних другова тражити да изнесу чињенице и околности на којима је њихов предлог заснован, што су оне управо подношењем истог хтеле избећи. У обзир долазе, углавном, све оне околности које су довеле до озбиљног и трајног поремећаја брачних односа из општег бракоразводног узрока (чл. 83. ЗБПО СР Србије). Овим се улази у интиму брачних другова, копа се по њиховим брачним односима, све зато што имају децу и у корист деце (ради заштите њихових оправданих интереса). Међу-

⁵ У овом смислу: М. Младеновић, Породично право, књига I, Београд, 1981, стр. 436.

⁶ М. Поповић, Породично право, Београд, 1982, стр. 179.

тим, можемо се запитати да ли је добро баш због њих силити брачне другове да нас упознају са својом несносном брачном ситуацијом.⁷ Можемо ли сада, на основу оваквог законског решења, са сигурношћу тврдити да се још увек налазимо на терену споразумног развода брака. На овај начин је, у СР Србији, овако редигованим законским одредбама, *de facto* уведено споразумно тражење развода брака, слично оном које постоји у ЗБПО СР Хрватске и ПЗ СР БиХ. Поредећи решења из ова два закона са овим из србијанског ЗБПО, дајемо предност овим првим. Решење из закона СР Хрватске и СР БиХ је јасније и доследније. У Закону СР Србије учињен је покушај измирења интереса деце и развода брака по споразуму у чему се изгледа није успело. Иначе, сматрамо да ово двоје и нису у супротности само је потребно пронаћи одговарајуће механизме за њихово регулисање. Изгледа да је законодавац, у бризи да што на бољи начин заштити интересе деце, посегнуо за одредбама које се никако не могу уклопити у овакву једну установу, као што је споразумни развод брака, већ једино одговарају споразумном тражењу развода.

Због свега овога, овакво решење из Закона СР Србије је доста нејасно и пружа основе за његово различито тумачење. С једне стране, овај Закон дозвољава споразумни развод брака (формално правно), онда када брачни другови имају заједничку децу, док другом одредбом (процесно правном) оваква могућност се готово негира.

Брачни другови су дужни да на тражење суда наведу одговарајуће чињенице и околности. Шта ће бити ако они то одбију да учине? Сматрамо да у овом случају суд има овлашћење, шта више обавезан је да одбије да разведе њихов брак.

После спроведеног доказног поступка суду стоје на располагању две могућности. Да разведе брак на основу споразума супруга, или да одбије то учинити јер је на основу спроведеног доказног поступка дошао до уверења да то захтевају оправдани интереси њихове малолетне деце. Овим је суду дато једно врло широко дискреционо право. Његова процена заштићености оправданих интереса малолетне деце у овом случају је одлучујућа. Међутим, како истиче професор Стеванов, „строго говорећи развод је увек у супротности са интересима деце, посебно малолетне. Према томе, увек постоји сукоб интереса брачних другова — родитеља и деце кад дође до развода. Ту чак постоји и супротност општег друштвеног интереса и посебног интереса брачних другова. Међутим, мора се наћи мера у решавању тог сукоба. Суд, као представник друштва а и заштитник личних права и интереса, дужан је да помири интересе у сукобу и нађе најбоље решење. Интерес малолетне деце, која се још развијају, јесте складан живот њихових родитеља, који им гарантује емотивну и сваку другу

⁷ То се лепо види из предлога за споразумни развод брака у спору пред Окружним судом у Крагујевцу (П-195/81) где супрузи истичу да су одлучили пред судом не износити разлоге свога неспоразума и неразумерања баш стога што имају малолетног сина Д. пред којим је живот и који треба да са што мање траума преброди ову кризу. Даље истичу, да дете не би требало да запамти оно што је њихове родитеље натерало на овај корак, па с тога предлажу да се њихов брак разведе по споразуму.

сигурност, а не поремећен живот који доводи до супротних ефеката. Зато се може рећи да интерес деце није осигуран кад они живе у поремећеним односима својих родитеља: кад већ родитељи и друштво не могу да им обезбеде безусловно оптималне животне услове у развоју, онда је интерес деце да им обезбеде најмање штетне животне услове".⁸

Законодавац изгледа полази од претпоставке да једино споразумни развод може бити опречан интересима малолетне деце, а не и развод због несагласности нарави. Наиме, није предвиђена могућност да суд одбије развести брак, када то захтевају оправдани интереси малолетне деце, у спору покренутом тужбом за развод брака по чл. 83. ЗБПО. Ипак, ако ова могућност није предвиђена у акону, судови покушавају бар у пракси исправити ту недоследност. Тако је одлуком Окружног суда у Титовом Ужицу. П 46/82, одбијен захтев тужиље за развод брака, на основу чл. 83. ЗБПО СР Србије, управо зато што је суд имао у виду интересе деце. Суд је нашао да у конкретном случају има места аналогној примени одредбе из ст. 4. чл. 84, истог закона, где „суд може да одбије да разведе брак на основу споразума брачних другова, ако утврди да то захтевају оправдани интереси њихове заједничке малолетне деце". У образложењу ове одлуке се каже: „Наиме, уколико је суду дозвољено да одбије да разведе брак на основу споразума брачних другова када то захтевају оправдани интереси деце, то му је, по оцени овог суда, тим пре дозвољено када је бракоразводни спор покренут тужбом једног од брачних другова, а оправдани интереси деце захтевају да се брак не разведе. У конкретном случају такав интерес је евидентан". У питању је била тужба жене за развод брака, мајке једног пунолетног и десеторо малолетне деце. Уз све ово суд наводи и мишљење центра за социјални рад који сматра да брак не треба развести, јер је то у интересу деце, а за одвојен живот не постоје никакви услови.

Чини нам се, ипак, да је суд за овакву одлуку имао основа и у чл. 83. ЗБПО, без позивања на аналогију. Наиме, сматрамо да без обзира што су брачни односи озбиљно и трајно поремећени (као што је то био случај у овом спору) брак и даље остварује своју сврху, а то је васпитање и образовање, у овом случају многобројне, деце. И уопште, када у браку постоје малолетна деца, појмове озбиљне и трајне поремећености брачних односа треба уско процењивати.⁹

Због свега напред изнетог, наведену законску одредбу из чл. 84. ст. 4. ЗБПО би требало преформулисати у том смислу да ће се развод по споразуму одбити ако споразум о вршењу родитељског права не одговара интересима деце, а не зато што оправдани интереси заједничке малолетне деце захтевају да се брак одржи.¹⁰

Могли бисмо на крају рећи да прави споразумни развод брака у ЗБПО СР Србије постоји једино у случају када брачни дру-

⁸ М. Стеванов, Престанак бракова, Нови Сад, 1976. године.

⁹ М. Поповић, *op. cit.*, стр. 174 и 175.

¹⁰ У овом смислу и: О. Цвејић, Развод брака *de lege lata* и *de lege ferenda*, докторска дисертација (необјављено), Београд, 1980, стр. 185. На овај начин друштвени утицај би се свео у реалне оквире.

гови немају заједничку малолетну децу. Једино тада ће бити довољан само њихов споразум да би се развели, док ће улога суда бити ограничена на контролу претпоставки споразумног развода брака. Јасно је, дакле, да ће се доказни поступак као по тужби за развод брака изводити само онда ако брачни другови имају малолетну заједничку децу. Под овај појам би, свакако, требало подвести и заједничку малолетну усвојену децу. Но, да ли овде са малолетном децом треба уподобити и заједничку пунолетну децу над којом је продужено родитељско право? Она се у погледу правне заштите обично изједначавају са малолетном децом. Да ли је оправдано што се овде одступило од тога? Наиме, ако бисмо овај пропис уже тумачили, у његовом језичком значењу, примени наведене одредбе нема места кад је реч о споменутој пунолетној деци. Према томе, о правом споразумном разводу биће реч и у случају да брачни другови имају децу над којом је продужено родитељско право или пунолетну децу коју су дужни издржавати пошто се налазе на школовању.

*

* *

Запитајмо се на крају за практичну вредност решења из ЗБПО СР Србије у погледу споразумног развода брака са заједничком малолетном децом. Супрузи су поднели предлог за споразумни развод брака не желећи да износе разлоге поремећености брачних односа. Међутим, ако то сада од њих захтева суд да би утврдио оправдане интересе њихове заједничке малолетне деце, супрузи ће се лако договорити око фингирања несугласности нарави, наводећи уобичајене формулације. Како Закон одређује, изводиће се сви докази као по тужби за развод брака, па ће суду бити на располагању и сва доказна средства. Супрузи могу предложити сведоке који ће потврдити њихове наводе, не желећи да им се замерају. Овим смо опет на почетку, без позитивних последица које су требале проистећи из овог законског решења.

Споразумни развод брака са заједничком малолетном децом се фактички претвара у споразумно тражење као по праву СР Хрватске само што се то постиже заобилазним путем. Сматрамо да ни једно од ова два решења није добро. Потребно је дозволити споразумни развод брака са заједничком малолетном децом уз решавање спорних односа после развода. Једино овакво ограничење споразумног развода брака не дира у његову правну природу као неспорног начина раскида брака.

Зоран ПОЊАВИЋ

LE DIVORCE CONVENTIONNEL AVEC LES ENFANTS COMMUNS DANS LA LÉGISLATION DE LA RS DE SERBIE

— Résumé —

Dans le présent article est exposé le problème du divorce conventionnel avec les enfants communs selon le droit de la RS de Serbie. Le divorce conventionnel est permis dans ce cas-ci, mais avec certaines restrictions. En premier lieu, il est nécessaire que les époux signent un accord relatif à la sauvegarde, l'éducation et l'instruction des enfants communs et, en second lieu, on prévoit une limitation qui, à l'avis de l'auteur, est contraire à l'essence du divorce conventionnel, comme forme non-litigieuse de la rupture du mariage. C'est que la cour est autorisée de refuser le divorce basé sur la convention entre les époux lorsqu'elle juge que cela exigent les intérêts justifiés de leurs enfants mineurs communs. Pour établir ces intérêts on fait les preuves comme dans une action en divorce. Par là, à l'avis de l'auteur, on a introduit de fait l'institution de la demande conventionnelle du divorce, comme selon les droits des républiques socialistes de Croatie et de Bosnie—Herzégovine.

Le véritable divorce conventionnel a été maintenu dans la RS de Serbie uniquement dans le cas où les conjoints n'ont pas d'enfants mineurs communs. Il faudrait permettre le divorce conventionnel aussi lorsque les conjoints ont des enfants communs, mais avec le règlement des conséquences du divorce qui se rapportent aux enfants et sans restrictions qui sont incompatibles avec la nature juridique du divorce conventionnel comme mode non-litigieux de la rupture du mariage.

ЈЕДАН ПРИЛОГ РАЗМИШЉАЊА О НОВЧАНОЈ НАКНАДИ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ УГОВОРА

Питања која се постављају у вези с предметом разматрања

Нематеријалном (или неимовинском, моралном) штетом назива се повреда оштећеникових личних права или интереса која се не одражава у његовој имовини.

Данас се у читавом низу земаља у области деликтне (вануговорне) одговорности оштећенику даје право на новчану накнаду нематеријалне штете. Облици у којима се испољава оваква штета су, на пример: физички бол, душевни бол, повреда части и угледа, страх. Сматра се да оштећенику треба дати новчану накнаду за овакве штете зато да би он могао прибавити себи неку пријатност, неку радост, неко задовољство у најширем смислу речи, и на тај начин отклонити или ублажити неравнотежу која је у његов психички и осећајни живот унета намошћењем неке физичке или психичке патње. Поред тога, у прилог признавања новчане накнаде за нематеријалну штету истиче се да би иначе, кад се оваква накнада не би признавала, већи значај у праву имала имовина него људска личност.¹ Наиме, опште је прихваћено начело, и у том погледу нема никаквих дилема, да ако једно лице причини другом лицу неку материјалну (имовинску) штету, оно је дужно да ту штету и накнади.

Према правилима о деликтној одговорности, право на новчану накнаду нематеријалне штете може имати, у начелу, само физичко лице. И сама природа појединих видова нематеријалне штете је таква да она не може погодити правна лица (примера ради, такав је случај са физичким болом). Ипак изузетно, на основу посебних прописа, може се као титулар овог права појавити и правно лице. Тако, ако је делом нелојалне утакмице повређен пословни углед једне привредне организације, суд таквој организацији може, на њен захтев, досудити правичну новчану накнаду.

¹ „Облигационо право”, према белешкама са предавања проф. др М. Константиновића, скрипта у издању Савеза студената Правног факултета у Београду, Београд, 1959, стр. 72.

независно од накнаде материјалне штете и од тога постоји ли таква штета. Оваква новчана накнада остварује се по принципима накнаде нематеријалне штете.²

И у случају неиспуњења или неуредног испуњења уговора (тзв. повреде уговора) може наступити нематеријална штета. Познато је да повреда уговора може код повериоца — физичког лица³ изазвати неугодан осећај, може му створити брига, проузроковати психичку напетаност или чак и стрес. Сигурно је, рецимо, да се туриста који је планирао да проведе годишњи одмор у одређеном хотелу, и који је извршио резервацију смештаја у том хотелу, неће равнодушно осећати ако му је уговореног дана на рецепцији хотела саопштено да хотел нема слободних соба. Или, неиспуњењем уговорне обавезе од стране дужника може бити доведен у питање углед повериоца. Такав би случај постојао ако би банка одбила да исплати чек. Ималац чека ће свакако помислити да је трасант издао чек без покрића. Ако је трасант имао покриће код банке, банка је одбијањем да исплати чек без основаног разлога довела у сумњу платежну способност трасанта.

Нематеријална штета због повреде уговора може нарочито наступити у оним случајевима кад је понашање дужника у вези са испуњењем уговорне обавезе било такво да поверилац објективно посматрано (полазећи од тога шта се у животу редовно дешава) трпи осећај туђе безобзирности. Који ће купац намештаја, на пример, остати равнодушан ако продавац и поред низа ургенција за дуже време не предузима ништа да отклони недостатке на испорученом намештају? А не треба ни спомињати купца стана који после истека рока за завршетак објекта месецима чека да се на крају ипак усели у свој стан. У оваквим и сличним случајевима нематеријална штета може постојати чак и ако поверилац због повреде уговора није претрпео никакву материјалну штету.

Па ипак, о томе да ли повериоцу у случају повреде уговора треба признати право на новчану накнаду нематеријалне штете постоје врло различита мишљења и ставови. У неким земљама повериоцу се у случају кад дужник није извршио, или није уредно извршио уговорну обавезу, не признаје право на новчану накнаду нематеријалне штете. Поверилац има право само на накнаду материјалне штете (обичне штете и измакле користи) коју је претрпео услед повреде уговора.

Пажњу, због тога, заслужује питање да ли повериоцу, у случају кад дужник није извршио или није уредно извршио уговорну обавезу, а не постоје околности које искључују одговорност дуж-

² Члан 16. Закона о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума, „Службени лист СФРЈ” број 24/74.

³ У овом раду израз „поверилац” означава повериоца у погледу права на накнаду штете због повреде уговора, тј. страну верну уговору. Најчешће је то поверилац у погледу права на чинидбу која није уредно извршена, али може бити и дужник, ако не може извршити обавезу због неоправданог одбијања повериоца да прими испуњење. Израз „дужник” односиће се на уговорну страну која је прекршила уговор и која због тога дугује накнаду штете.

ника за повреду уговора, треба дати право на новчану накнаду нематеријалне штете?

А ако повериоцу у начелу треба признати право на новчану накнаду нематеријалне штете у случају повреде уговора, поставља се, као следеће, питање у којим случајевима ће он имати то право? Који услови (претпоставке) морају бити испуњени да би поверилац имао то право? Треба се подсетити да се и у области деликтне одговорности не признаје новчана накнада за све случајеве нематеријалних штета. Захтев за плаћање новчане накнаде нематеријалне штете суд ће усвојити тек ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдавају.⁴ Примера ради, судска пракса је утврдила прилично строге услове који морају бити испуњени да би се оштећенику могла признати новчана накнада за претрпљени страх.

Затим, треба размотрити и то која лица имају право на новчану накнаду нематеријалне штете. Да ли у том погледу треба правити разлику између поверилаца — физичких лица и поверилаца — правних лица?

То су оквири у којима ће се кретати даља разматрања.

Упоредно-правни преглед

Старији француски аутори су сматрали да поверилац у случају повреде уговора може захтевати само накнаду имовинске штете, и да његов интерес на извршење облигације мора бити проценљив у новцу.⁵

У новије време француска правна теорија и судска пракса признају повериоцу право на новчану накнаду нематеријалне штете у области уговорне одговорности.⁶ Али, истиче се да је у случају правних лица потребно извршити прилагођавање појма нематеријалне штете. Поједини видови нематеријалне штете су могући код ове категорије лица, нарочито што се тиче повреде угледа; други видови нематеријалне штете, као што су психички болови, не могу се замислити.⁷

Француска судска пракса води рачуна о моралном интересу повериоца и о нематеријалној штети коју је могао претрпети услед повреде уговора. Сматра се да нема разлога зашто би се у погледу овог питања поступало у области уговорне одговорности другачије него у области деликтне одговорности.⁸ Досуђена је, рецимо, новчана накнада путницима који су морали да путују вагоном ниже класе од оне означене на возној карти, или тужиоцу ако је овај услед закашњења воза био спречен да присуствује

⁴ Члан 200. став 1. Закона о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ” број 29/78 (у даљем тексту: ЗОО).

⁵ О овим схватањима в. Станковић, др О., Новчана накнада неимовинске штете, Београд, 1968, стр. 76.

⁶ Marty, G. et Raynaud, P., Droit civil, tome II, Paris, 1962, № 382, стр. 362.

⁷ Marty et Raynaud, нав. дело, № 383, стр. 363.

⁸ Planiol, M. et Ripert, G., Traité élémentaire de droit civil, tome deuxième, Paris, 1926, № 252, стр. 95.

сахрани претка или уопште неког сродника, или због закашњења воза није стигао да присуствује вечери на коју је био позван.⁹

У енглеској судској пракси било је више случајева у којима су судови досудили повериоцу новчану накнаду за нематеријалну штету због тога што дужник није извршио или није уредно извршио уговорну обавезу.

У једном случају суд је стао на становиште да се може захтевати накнада штете за озбиљну физичку непријатност и неудобност због повреде уговора. У овом случају железница је превезла путника до удаљеније станице, тако да је он морао да пешачи до куће више километара ноћу по киши, а није било погодног склоништа или хотела.¹⁰

У другом случају тужилац је уплатио преко туженог (туристичке агенције) 15-дневни зимски одмор у хотелу у Швајцарској. Он се на то определио јер се поуздао у тужиочево брошуру која је описивала одмор у том хотелу као „домаћу забаву“, и обећавала разне врсте провода укључујући скијање, свечану вечеру, бар, послеподневни чај и картање. За време прве недеље тужиоцевог боравка било је у хотелу свега тринаест гостију, а за време друге недеље био је сам. Обећана забава се показала као много слабија по квалитету од оне која је била описана у брошури. Суд је тужиоцу досудио накнаду која је обухватила износ који је он платио за одмор и додатну суму од 60 енглеских фунти као накнаду за разочарење које је доживео.¹¹

У трећем случају суд је досудио тужиоцу накнаду штете за нееудобност и непријатност због тога што је зграда коју је узео у закуп имала недостатке.¹²

У четвртном случају банка је одбила да исплати чек мада је постојало покриће. Пошто је трасант чека био трговац, суд је сматрао да он има право на накнаду штете због повреде пословног угледа.¹³

У петом случају фотограф је тужен јер се није појавио на венчању да би фотографисао сватове, како је било уговорено. Суд је невести досудио накнаду штете за душевни бол и разочарење јер није добила фотографије као успомену са венчања.¹⁴

Енглески правни писци сматрају да за обичну узнемиреност која може наступити због повреде уговора дужник не дугује накнаду штете. Ово из разлога што је узнемиреност скоро увек неизбежни пратилац очекивања која се заснивају на обећањима,

⁹ Станковић, нав. дело, стр. 80.

¹⁰ Случај *Hobbs v. L. and S. W. Ry.* ид 1875. године, наведено према *Anson's Law of Contract*, by A. G. Guest, Oxford, 1975, стр. 544; *Mayne and McGregor, The Law of Damages*, by H. McGregor, London, 1980, № 66, стр. 45.

¹¹ Случај *Jarvis v. Swan Tours Ltd.* из 1973. године, *Anson*, нав. дело, стр. 545.

¹² Случај *Rawlings v. Rentokil Laboratories* из 1972. године, *Mayne and McGregor*, нав. дело, № 871, стр. 601.

¹³ Случај *Gibbons v. Westminster Bank Ltd.* из 1939. године, *Anson*, нав. дело, стр. 545.

¹⁴ Случај *Diesen v. Samson* из 1971. године, *Mayne and McGregor*, нав. дело, № 71, стр. 48.

тако да се мора сматрати да је оштећена страна преузела ризик такве узнемирености.¹⁵

Према немачком и италијанском праву новчана накнада нематеријалне штете признаје се једино у области деликтне одговорности.¹⁶ У случају повреде уговора поверилац се мора задовољити само накнадом материјалне штете, и то накнадом оне материјалне штете коју је успео да докаже. Међутим, пошто се према немачком праву за правну ваљаност обавезе не тражи да поверилац има имовински интерес за испуњење чинидбе, уговорна казна може послужити као средство за накнаду нематеријалне штете.¹⁷

Аргументи у прилог схватања да повериоцу у случају повреде уговора треба признати право на новчану накнаду нематеријалне штете

У старијем праву било је доста широко заступљено схватање да у случају повреде уговора поверилац не може имати право на новчану накнаду нематеријалне штете. Образложење за овакво схватање састојало се углавном у томе да морални интерес не може бити предмет уговора.¹⁸ Ово схватање се и данас задржало у неким земљама. Међутим, посматрано са становишта нашег позитивног права овај аргумент не стоји. Према нашим прописима уговорна обавеза мора бити могућа, допуштена и одређена, односно одредива,¹⁹ али се не тражи да мора имати неку материјалну вредност. Поједини наши аутори изричито наводе да предмет уговора мора задовољавати неки интерес повериоцев, који може бити имовински или неимовински.²⁰ А уз то не треба изгубити из вида да и кад предмет уговора има за повериоца имовински интерес (новчану вредност), дужник му може повредом своје обавезе проузроковати нематеријалну штету.²¹

У начелу, повериоцу треба признати право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора, и то из следећих разлога.

Прво, нематеријални интереси повериоца морају бити заштићени у случају повреде уговора исто као и његови материјални (имовински) интереси. У том погледу не треба правити никакву разлику између уговорне и деликтне одговорности.²² Зашто би, рецимо, углед оштећеника био заштићен правом на накнаду нематеријалне штете у случају деликта а не и у случају повреде

¹⁵ Treitel, G. H., The Law of Contract, London, 1983, стр. 744.

¹⁶ Радишић, др Ј., Облигационо право, Београд, 1982, стр. 253.

¹⁷ Станковић, др О., Накнада штете, одредница у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада, том други, Београд, 1978, № 197, стр. 297.

¹⁸ О овом схватању в. Станковић, Новчана накнада..., стр. 82.

¹⁹ Члан 46. став 2. ЗОО.

²⁰ Константиновић, нав. скрипта, стр. 29; Радишић, нав. дело, стр. 60.

²¹ Станковић, Новчана накнада..., стр. 82.

²² Josserand, L., Cours de droit civil positif français, II, Paris, 1933, № 629, стр. 345.

уговора? Ако су два лица закључила уговор којим се једно обавезало да ће акцептирати меницу коју буде издало друго лице, па такав трасант одбије да акцептира меницу када му буде поднета, углед трасанта може да буде доведен у питање, можда и у већем степену него кад би неко проносио гласове да трасант није у стању да плаћа своје дугове (што би представљало деликт). Пословни углед је од посебног значаја у привредним односима, па зато нарочито у привредним односима има места новчаној накнади нематеријалне штете због повреде пословног угледа као последице неизвршења уговора.

Друго, приликом закључења уговора једна страна (а можда и обе) може имати на уму не само материјалне него и нематеријалне интересе, или чак и само нематеријалне (неимовинске) интересе. Такви се уговори нарочито појављују у области туристичке делатности или превоза путника. Ако је у програму путовања била посета чувеном музеју, па туристичка агенција не организује такву посету, туриста је остао прикрађен за једно задовољство које је за њега можда представљало основни мотив да закључи уговор са туристичком агенцијом о организовању путовања. Не признати у таквој ситуацији туристи право на накнаду нематеријалне штете због ускраћеног задовољства значило би не водити рачуна о вољи уговорних страна.

Треће, признавањем права на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора појачава се уговорна дисциплина. Дешавају се, рецимо, случајеви у којима продавац није извршио испоруку купцу јер је исту ствар продао трећем лицу, рачунајући при том да ће разлика у цени коју је остварио продајом трећем лицу бити више него довољна да плати накнаду материјалне штете коју ће захтевати купац. У таквим случајевима би улога новчане накнаде нематеријалне штете била да послужи као сатисфакција купцу за узнемирење због безобзирног поступка продавца. Сличан је и случај кад хотел откаже госту смештај пре истека уговореног рока, противно одредбама Посебних узанси о угоститељству.²³ Или, власник самосталне занатске столарске радње уговори израду полице — витрине, па након седам месеци изјави да уговорени посао неће извршити јер је то за њега ситан посао.²⁴ У таквим случајевима поверилац се може обратити суду части при привредној комори и предложити да суд изрекне дужнику, ако нађе да је дужник одговоран за повреду добрих пословних обичаја, неку од мера друштвене дисциплине које су предвиђене статутом коморе. Али, сигурно је да би водило побољшању уговорне дисциплине ако би се поверилац могао обратити и редовном суду и захтевати накнаду нематеријалне штете.

И четврто, добро је познато да по редовном току ствари свака повреда уговора ствара за повериоца бројне проблеме. Чак и ако се повреда уговора видљиво не одрази у сфери материјалних интереса повериоца, због повреде уговора поверилац је изгубио

²³ Одлука Суда части при Привредној комори Београда, С. бр. 26/83 од 10. V 1983, из архиве Суда.

²⁴ Одлука Суда части при Привредној комори Београда, С. бр. 79/79 од 18. X 1979, из архиве Суда.

време, морао је уложити неке додатне напоре. Накнада нематеријалне штете може у таквим случајевима послужити као супститут накнаде материјалне штете.

Нужна ограничења у погледу права на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора

Право повериоца на накнаду нематеријалне штете због повреде уговора мора бити везано за испуњење одређених услова (претпоставки). Не може свака повреда уговора давати повериоцу право на накнаду нематеријалне штете. Поједини од тих услова исти су као у области деликтне одговорности, док су други нужни због специфичности повреде уговора у односу на деликт.

У области деликтне одговорности нематеријална штета се накнађује само ако је знатна.²⁵ Тако, суд ће досудити оштећенику накнаду за нематеријалну штету због телесне повреде нарочито ако јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава.²⁶ Исто правило би требало да важи и у области уговорне одговорности. Или, нешто друкчије речено, треба да постоји таква повреда уговора која је имала знатне последице, па ће тек онда поверилац имати право на новчану накнаду нематеријалне штете. За обичну узнемиреност и осећај нелагодности који редовно прате повреду уговора поверилац неће имати право на накнаду. Не може се сматрати да је наступила таква нематеријална штета у вези са којом поверилац може користити судску заштиту. Треба применити познату максиму која важи још од римског права: *De minimis non curat praetor*.

Затим, потребно је да је наступио такав вид нематеријалне штете за који поверилац ужива судску заштиту.

У области деликтне одговорности признају се три основна вида нематеријалне штете: физички болови, душевни болови и страх. У области уговорне одговорности питање накнаде за штету због физичких болова се не поставља. Због повреде уговора поверилац не може трпети физичке болове. Односно, ако је неком лицу (а то може бити само физичко лице) приликом извршења уговора причињена штета у виду физичких болова, за накнаду такве штете важе правила о деликтној а не о уговорној одговорности. То су они гранични случајеви између деликтне и уговорне одговорности, на пример кад је путник повређен за време превоза.

А што се тиче штете због претрпљених душевних болова, у области уговорне одговорности по природи ствари нужна су бројна ограничења. Рецимо, сама природа односа у области уговорне одговорности искључује могућност да се штета појави у виду душевних болова због умањења животне активности, због наружености или због смрти блиског лица. У области уговорне одговорности може се говорити само о душевним боловима због повреде угледа и части, и то само кад је у питању оштећеник — физичко лице. Кад је у питању поверилац — правно лице, може

²⁵ Радишић, нав. дело, стр. 253.

²⁶ Члан 200. став 1. ЗОО.

постојати повреда угледа али не и душевни бол због повреде угледа.

Страх, исто тако, може бити само изузетни вид нематеријалне штете у области уговорне одговорности, и то само кад је у питању оштећеник — физичко лице. Нематеријална штета у облику страха може, на пример, постојати ако је због неиспуњења обавезе од стране дужника поверилац с разлогом постао озбиљно забринут за своју материјалну егзистенцију и за егзистенцију своје породице.

С друге стране, у случају повреде уговора треба признати као нематеријалну штету и неке неповољне последице које погађају повериоца а које нису познате у области деликтне одговорности. Таква је, рецимо, последица осећај непријатности код повериоца због шиканирања од стране дужника. Шиканирање би постојало ако би продавац без разлога дуже оклевао да поступи по оправданим рекламационим захтевима купца у вези материјалних недостатака испоручене ствари. Исто тако, безобзирни однос дужника према повериоцу такође може имати за последицу нематеријалну штету у виду осећаја беса, за коју би повериоцу требало признати право на новчану накнаду. Као пример може послужити случај кад се организација која врши продају моторних возила приликом испоруке не придржава реда уплата.²⁷ Посебно још треба имати у виду да купац возила коме је у оваквом случају возило испоручено са закашњењем није за време тог закашњења могао да користи возило, што може значити да је био лишен могућности да коришћењем возила себи причини неко задовољство. Далеко највећи број људи не купује аутомобил из економских, него из неекономских разлога. И зато поједини наши правни пиоци с правом постављају питање: да ли је друштвено и морално оправдано становиште по коме њихов разлог куповине аутомобила није вредан правне заштите? Ако су они ради боље организације свога живота платили тако високу цену као што је цена аутомобила, у име којих принципа њима треба ускратити право на накнаду штете од оног ко им такву организацију онемогући?²⁸

Личном задовољству и психичком миру треба у области уговорне одговорности пружити одговарајућу правну заштиту. Не мора се за ову заштиту увек захтевати да постоји психички бол на страни повериоца због повреде уговора. Ово нарочито у случајевима ако мотив једне уговорне стране приликом закључења уговора лежи у жељи да се прибаве одређена лична задовољства. Сврха закључења многих уговора није у прибављању имовинских вредности, него у прибављању неких задовољстава. Околност да због повреде уговора повериоцу није причињено то задовољство требало би сматрати нематеријалном штетом за коју је, под одређеним условима, дужник дужан дати новчану накнаду.

²⁷ У таквом случају сматра се да постоји повреда добрих пословних обичаја — одлука Суда части при Привредној комори Београда, С. бр. 9/79 од 24. IV 1979, из архиве Суда.

²⁸ Радишић, др Ј., Имовинска одговорност и њен досег, Београд, 1979, стр. 103.

Значајно ограничење у погледу права на новчану накнаду нематеријалне штете, нарочито у ситуацијама о којима је управо било речи, садржано је у правилу према којем се приликом досуђивања новчане накнаде нематеријалне штете не сме погодити тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.²⁹

Потребно је још, као и у другим случајевима у којима се поставља питање обавезе на накнаду штете, да одговорност штетника за штету није искључена. У том погледу не треба да постоји никаква разлика између обавезе дужника да накнади материјалну штету због повреде уговора и обавезе дужника да накнади нематеријалну штету због повреде уговора. Зато, ако дужник не може извршити уговорену обавезу због више силе, он неће бити дужан да повериоцу накнади ни материјалну ни нематеријалну штету.

Становиште нашег права о овим питањима

После ових начелних и упоредно-правних разматрања, треба извршити анализу како је сада у нашем праву регулисано питање обавезе дужника да накнади повериоцу нематеријалну штету због повреде уговора.

Наша судска пракса прво није признавала повериоцу право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора. Тако је у једној пресуди из 1958. године Врховни суд Босне и Херцеговине одлучио да „ако странка тражи накнаду штете ради неиспуњења уговора, може према правним правилима грађанског права захтевати само накнаду материјалне штете која се одражава у њеној имовини“.³⁰

Међутим, убрзо је Врховни суд Југославије заузео другачије становиште: „Предузеће које у одређеном року није испунило своју обавезу да тужиоцу, уместо порушеног стана, обезбеди други на Карабурми, дужно је да тужиоцу на име накнаде нематеријалне штете (за смањен комодитет) плати накнаду штете“.³¹

Нацрт закона о накнади штете од 1961. године предвиђао је у члану 53. став 2. да поверилац „може захтевати и накнаду моралне штете коју је претрпео због неизвршења“.

Наши сада важећи прописи садрже одредбе о новчаној накнади нематеријалне штете (чл. 200. и 201. ЗОО). Ове се одредбе налазе у одељку закона о проузроковању штете (глава II, одељак 2), којим је регулисана област деликтне одговорности. У вези са обимом накнаде код уговорне одговорности закон говори само о обичној штети и измаклој користи (члан 266. став 1. ЗОО), дакле о видовима материјалне штете, па одређује да се на накнаду ове штете сходно примењују одредбе о накнади вануговорне штете (члан 269. ЗОО).

²⁹ Члан 200. став 2. ЗОО.

³⁰ Пресуда Гж. 35/58 од 17. VI 1958, наведена према Станковић, Новчана накнада..., стр. 81.

³¹ Одлука Рев. 3464/62 од 1. III 1963, наведена према Радишић, Облигационо право, стр. 253.

Да ли то значи да *de lege lata* посматрано наше право не признаје повериоцу право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора?

Овакво би схватање било сувише уско и не би одговарало осећању правичности. Као што је већ истакнуто, нема разлога зашто би се у погледу признавања права повериоцу на новчану накнаду нематеријалне штете правила разлика између деликтне и уговорне одговорности. Зато треба сматрати, аналогном применом одредбе из члана 269. ЗОО, да поверилац има право на новчану накнаду нематеријалне штете у случају повреде уговора,³² али уз она ограничења и под оним условима који су нужни с обзиром на специфичности уговорних односа у поређењу с односима из деликта.

Исто тако, питање у којим случајевима повреде уговора поверилац има право на новчану накнаду нематеријалне штете, и на који начин се врши одмеравање те накнаде, треба расправити, сходно члану 269. ЗОО, према правилима о накнади деликтне нематеријалне штете, мада се оваквом решењу могу ставити озбиљне примедбе, о чему ће нешто касније бити речи.

Ако се пође од оваквог начелног става, у даљим разматрањима треба уочити да су случајеви у којима оштећеник има право на новчану накнаду нематеријалне штете због деликта прецизно набројани у закону. Према члану 200. став 1. ЗОО оштећеник има право на новчану накнаду за претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица, као и у случају страха. У другим случајевима наши судови не признају оштећенику право на новчану накнаду нематеријалне штете. На пример, у нашој судској пракси не признаје се власнику оштећеног моторног возила накнада за нематеријалну штету која би се састојала у некоришћењу возила и трпљењу у удобности док је за превоз користио возила јавног саобраћаја.³³ У том погледу наша је судска пракса ужа од судске праксе у многим другим земљама.

Због тога треба сматрати да ни у области уговорне одговорности поверилац нема право на новчану накнаду нематеријалне штете за нарушење личног задовољства и комфодитета због повреде уговора. У том смислу је у једној пресуди одлучено да нема право на накнаду нематеријалне штете лице које је добило на поклон нов а неисправан транзисторски радио, зато што није могло да прати радио-програм до замене неисправног транзистора од стране произвођача.³⁴

³² Коментар Закона о облигационим односима, редактори проф. др С. Перовић и проф. др Д. Стојановић, књига прва, Горњи Милановац и Крагујевац, 1980, стр. 757.

³³ Одлука Врховног суда Србије, Гж. 1788/72 од 15. V 1972, Врховни суд Србије, Билтен судске праксе, број 1, јануар 1976, стр. 30; пресуда Врховног суда Хрватске, Гж. 4692/73 од 12. XII 1974, Збирка судских одлука, књига прва, свеска трећа, 1976, одлука под бројем 303.

³⁴ Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 5638/65, Врховни суд Србије, Билтен судске праксе, број 8, наведена према Радишић, Имовинска одговорност..., стр. 90.

Накнада за душевне болове због ограниченог умањења животне активности који су проузроковани лаког телесном повредом досуђује се само кад су болови били јаког или средњег интензитета и кад су дуго трајали.³⁵ А правична накнада за претрпљени страх досуђује се само ако околности случаја, а посебно јачина и трајање страха оправдавају досуђење такве правичне накнаде.³⁶ *Mutatis mutandis*, ова би правила требало *de lege lata* примењивати и у области уговорне одговорности. Рецимо, повериоцу — физичком лицу би могла бити досуђена накнада штете због повреде угледа само ако је због повреде угледа трпео душевне болове јаког или средњег интензитета који су дуго трајали.

На овај начин би број случајева у којима се повериоцу признаје, према нашем праву, накнада нематеријалне штете због повреде уговора био врло ограничен.

У погледу начина одмеравања накнаде за нематеријалну штету због повреде уговора такође треба, *de lege lata* посматрано, сходно примењивати правила која важе у области деликтне одговорности. То значи да ће суд водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом (члан 200. став 2. ЗОО).

Има, нарочито у привредним односима, више врста уговора код којих посебно долази до изражаја пословни углед. Такви су, рецимо, уговор о акцепту, уговор о отварању акредитива, уговор о издавању банкарске гаранције. Ако уговорна страна која треба да да акцепт, или да отвори акредитив, или да изда банкарску гаранцију, не изврши такву уговорну обавезу, пословни углед друге стране може озбиљно бити доведен у питање. О овој околности би суд, с обзиром на наведену одредбу ЗОО, морао посебно водити рачуна приликом одмеравања накнаде за нематеријалну штету због повреде уговора.

Неадекватност појединих решења, ако се на изнети начин тумачи наше право

Ако се пође од тезе да наше право, *de lege lata* посматрано, признаје повериоцу право на новчану накнаду нематеријалне штете у случају повреде уговора, лако се може запазити да није у реду ако се пропише да ће се у погледу тог права сходно применити правила која важе за накнаду нематеријалне штете у области деликтне одговорности. Без обзира на то што овакво решење може изгледати једноставно са становишта законодавне технике, не треба га подржати јер по својој суштини није адекватно односима које регулише. Неадекватност овог начина регулисања нарочито се огледа у следећем.

³⁵ Решење Врховног суда Србије, Гзз. 178/83 од 23. IX 1983, Привредно правни приручник, број 1/84, стр. 71.

³⁶ Пресуда Окружног суда у Загребу, Гж. 1196/83 од 24. V 1983, Привредно правни приручник, број 3/84, стр. 64. Раније је наша судска пракса захтевала да су болови оставили код оштећеника трајније последице.

Прво, одредба ЗОО у којој је регулисано у којим случајевима у области деликтне одговорности поверилац има право на новчану накнаду нематеријалне штете не одговара за случајеве уговорне одговорности. Од свих тих случајева које закон набраја (члан 200. став 1. ЗОО), у области уговорне одговорности могу наћи примену само душевни болови због повреде угледа и части, и у изузетним случајевима страх. А то је за област уговорне одговорности сувише уско. Шта је, рецимо, са случајевима у којима се дужник у вези са извршавањем уговорне обавезе понашао на тај начин да то представља шиканирање повериоца. И у таквом случају поверилац — физичко лице може трпети неке неповољне последице у психичкој сфери своје личности. Или, шта је са случајевима у којима је дужник неуредно извршио уговорну обавезу, па затим на безобзиран начин одбија да поступи по оправданој рекламацији повериоца? И таквом повериоцу би требало дати право на новчану накнаду нематеријалне штете, под одређеним условима, чак и кад се не може сматрати да је због повреде уговора претрпео неки душевни бол или страх. Има случајева у којима би и због нарушене удобности или измаклог задовољства повериоцу требало дати право на новчану накнаду нематеријалне штете.

Друго, законска одредба о случајевима у којима оштећеник има право на новчану накнаду нематеријалне штете у области деликтне одговорности даје решење за ситуације у којима је оштећеник физичко лице. Аналогна примена ове одредбе и на случајеве уговорне одговорности значила би да правно лице чак ни у случају повреде угледа (јер не трпи психички бол) не може захтевати накнаду нематеријалне штете због повреде уговора. А да ли би такво решење било оправдано? Изгледа да не би. О томе ће бити речи у наредном одељку.

Треће, сходна примена правила о деликтној одговорности на право повериоца на накнаду нематеријалне штете због повреде уговора значила би да не постоје никаква ограничења у погледу висине накнаде такве штете. Деликтна одговорност је неограничена, ако за поједине ситуације није посебним прописом одређено друкчије. Међутим, уговорна одговорност је законом ограничена на предвидљиву штету (члан 266. став 1. ЗОО). Ово ограничење треба да важи и што се тиче новчане накнаде нематеријалне штете због повреде уговора. Нема разлога зашто би се у погледу ограничења дужникове уговорне одговорности на предвидљиву штету правила разлика између материјалне и нематеријалне штете. Ово питање може бити од великог практичног значаја за право повериоца на новчану накнаду нематеријалне штете, рецимо ако једна уговорна страна у часу закључења уговора није знала нити је морала знати за неке нематеријалне моменте који су за другу уговорну страну од посебног значаја у вези са уредним испуњењем уговора.

Због тога би требало закон допунити посебном одредбом о праву повериоца на накнаду нематеријалне штете у случају повреде уговора. Требало би одредити да страна верна уговору има право на новчану накнаду нематеријалне штете у случају повреде

уговора, уколико је због повреде уговора претрпела знатније тешкоће нематеријалног карактера које с обзиром на околности конкретног случаја оправдавају посебну новчану накнаду независну од накнаде материјалне штете. Посебно би страни која се позива на повреду уговора требало дати право на новчану накнаду нематеријалне штете у оним случајевима кад повреда уговора коју је извршила друга уговорна страна представља шикарирање, безобзирно поступање, или још шире, повреду пословног морала.

Требало би, дакле, унети у ЗОО једну што ширу, што начелнију одредбу о праву повериоца на накнаду нематеријалне штете у случају повреде уговора, која би садржала само најопштије усмерење за рад судова. Судска пракса би затим утврдила конкретније услове који морају бити испуњени да би поверилац имао право на накнаду ове штете. Кроз судску праксу су постепено изграђивана и наша сада важећа правила о новчаној накнади нематеријалне штете у области деликтне одговорности.

Посебно о томе да ли правним лицима треба дати право да захтевају новчану накнаду за нематеријалну штету због повреде уговора

Мишљења о томе да ли и правним лицима треба дати право да захтевају новчану накнаду за нематеријалну штету због повреде уговора нису јединствена. Треба напоменути да су подељена мишљења и о томе да ли у области деликтне одговорности правно лице може претрпети нематеријалну штету за коју може имати право на новчану накнаду.

Према једном схватању, правна лица имају право на накнаду сваке нематеријалне штете осим оне коју по својој природи не могу трпети. Дакле, од накнаде ће бити искључене само оне врсте неимовинске штете које нужно претпостављају физичко лице.³⁷ Француски судови редовно досуђују правним лицима новчане суме на терет туженика за разноврсне повреде њиховог друштвеног угледа.³⁸

Према другом схватању, правно лице, које није посебно биће са својим биолошким интегритетом, својим осећањима и својим психичким животом, није у стању да трпи неимовинску штету у смислу у коме је то случај са физичким лицима.³⁹ Да би се говорило о праву правних лица на накнаду неимовинске штете у смислу у коме се може говорити кад су у питању физичка лица недостају основне материјално-правне претпоставке: могућност да новчана накнада оствари своју функцију у личности жртве и постојање саме штете схваћене као физичке, односно психичке патње.⁴⁰ Због повреде угледа правног лица може наступити материјална штета, али је веома тешко доказивати постојање и вели-

³⁷ Калођера, М., Накнада неимовинске штете, Загреб, 1941, стр. 381.

³⁸ Станковић, Новчана накнада..., стр. 86.

³⁹ Станковић, Новчана накнада..., стр. 87.

⁴⁰ Станковић, Новчана накнада..., стр. 88.

чину такве штете. Судовима је лакше да се закљоне за недовољно прецизни и недовољно одређени појам нематеријалне штете.⁴¹

У нашем праву, као и у низу страних права, постоји један случај у вези са деликтном одговорношћу за који је законом правном лицу изричито признато право на новчану накнаду нематеријалне штете. Наиме, већ је напоменуто да ако је делом нелојалне утакмице повређен пословни углед привредне организације, суд таквој организацији може, на њен захтев, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде имовинске штете и од тога постоји ли таква штета. Оваква новчана накнада остварује се по принципима накнаде неимовинске штете.⁴²

Који би став требало прихватити у одговору на питање да ли правним лицима треба дати право да захтевају новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора?

Чињеница је да има таквих видова нематеријалне штете који не могу погодити правна лица. Душевни бол, узнемиреност, бес због повреде уговора, нарушени комодитет, измакло задовољство, све су то стања у којима се могу наћи физичка лица, али не и правна лица. Уз ову напомену, правним лицима треба у начелу признати право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора.

Нарочито треба правним лицима признати право на новчану накнаду нематеријалне штете у оним случајевима кад је повредом уговора доведен у питање њихов пословни углед, у смислу угледа на тржишту.

Може се ставити примедба да се у оваквим случајевима исти циљ може постићи и новчаном накнадом материјалне штете. То је тачно, само што је материјалну штету због повреде угледа врло тешко проценити. Кроз новчану накнаду нематеријалне штете овакве се тешкоће заобилазе, или бар ублажавају.

Један од аргумената зашто у погледу права на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора не треба, у начелу, правити разлику између физичких и правних лица лежи у начину одмеравања накнаде за ову штету. Не постоје егзактни критеријуми за одмеравање накнаде кад је нематеријална штета у питању. У том погледу је ситуација у области уговорне одговорности чак тежа него у области деликтне одговорности. У области деликтне одговорности питање новчане накнаде нематеријалне штете најчешће се поставља у случају повреде тела или смрти неког лица. А нематеријалне штетне последице повреде тела или смрти у случају деликта могуће је мање-више типизирати, у сврху одмеравања накнаде. Примера ради, наша судска пракса чврсто стоји на становишту да се новчана накнада за претрпљене физичке болове услед телесне повреде одмерава према интензитету болова (да ли су у питању болови јаког, средњег или слабог интензитета) и према дужини трајања болова. У области уговорне одговорности ситуација је много сложенија. Нематеријалне штетне последице повреде уговора било би врло тешко типизирати.

⁴¹ Станковић, Новчана накнада..., стр. 90.

⁴² Члан 16. Закона о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума.

а скоро немогуће квантификирати у циљу одмеравања накнаде. У пракси су могуће врло различите ситуације, које ће суд слободно ценити узимајући у обзир сврху којој треба да служи накнада нематеријалне штете због повреде уговора. А кад је то већ тако, онда приликом оцене да ли у конкретном случају повриоцу припада право на новчану накнаду нематеријалне штете, и приликом одмеравања висине накнаде нематеријалне штете због повреде уговора, треба нарочито узети у обзир понашање дужника који је прекршио уговор. Тежа повреда уговора, у смислу безобзирнијег понашања дужника, треба да има за последицу већу накнаду. Новчана накнада нематеријалне штете због повреде уговора треба да има не само репарациону, него и превентивну улогу. Досуђивање новчане накнаде нематеријалне штете значи одређени губитак у средствима дужника,⁴³ а тај губитак треба да буде утолико већи уколико је понашање дужника у кршењу уговорне дисциплине било безобзирније. У том погледу не треба да буде од значаја да ли се насупрот дужнику, као поверилац у погледу права на накнаду штете, појављује физичко или правно лице.

А ни саму разлику између физичких и правних лица, у погледу могућности да претрпе нематеријалну штету због повреде уговора, не треба преувеличавати.

Наиме, сврха новчане накнаде нематеријалне штете састоји се у томе да се оштећенику пружи могућност да износом накнаде себи прибави неко задовољство. То задовољство треба да помогне да се успостави равнотежа у сфери оштећеникових нематеријалних добара. У том погледу новчана накнада нематеријалне штете има исти задатак као и сатисфакција у облику неновчаног поправљања нематеријалне штете (као што је објављивање пресуде суда). Правном лицу очигледно није могуће причинити неко задовољство новчаном накнадом нематеријалне штете. Правно лице нема осећај задовољства или незадовољства, јер нема свест, нема психички живот. Али, свако правно лице састоји се од мањег или већег броја физичких лица. Физичка лица која обављају одређене послове у оквиру правног лица, или за правно лице, у многим ситуацијама осећају интересе правног лица као своје интересе. Ако друга уговорна страна прекрши обавезу коју је преузела према „њиховом“ правном лицу, таква физичка лица могу због тога осећати нелагодност, узнемиреност, бес, па чак и душевни бол (патњу), исто као да се сама појављују као поверилац. То нарочито могу осећати она физичка лица која су као заступници правног лица учествовала у закључивању уговора који је друга страна прекршила. У средини у којој раде може бити доведена у питање њихова способност да изаберу солидног пословног партнера и да закључе такав уговор који ће бити извршен. Ако друга страна која је прекршила уговор буде морала платити новчану накнаду нематеријалне штете правном лицу, таква физичка лица ће то осетити као сатисфакцију.

⁴³ Милошевић, др Ј., Облигационо право, Београд, 1978, стр. 181.

Није чак немогуће да правно лице примљену новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора исплати оним својим радницима који су услед тога што је дужник прекршио уговор имали неких тешкоћа на послу, или су морали уложити посебне напоре ради заштите интереса правног лица. У таквим околностима губи практични значај приговор да правно лице, због саме своје природе, не може трпети неке видове нематеријалне штете.

Закључне напомене

Из разматрања у овом раду произлазе следећи закључци:

а) законом би требало повериоцу изричито признати право на накнаду нематеријалне штете у случају повреде уговора, како би се избегле могуће дилеме о томе да ли он има то право;

б) законом би требало на најопштији начин одредити у којим случајевима поверилац има право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора, односно који су то видови нематеријалне штете која може настати због повреде уговора за које се признаје новчана накнада, што би представљало путоказ за развој судске праксе;

ц) у погледу новчане накнаде нематеријалне штете због повреде уговора не могу се аналогично примењивати правила која важе у области деликтне одговорности, пошто су видови нематеријалних штета у ове две области одговорности у знатној мери различити;

д) у начелу и правним лицима треба признати право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора.

Ивица ЈАНКОВЕЦ

UNE CONTRIBUTION AUX RÉFLEXIONS SUR L'INDEMNITÉ PÉCUNIAIRE POUR LE DOMMAGE IMMATÉRIEL CAUSÉ PAR LA VIOLATION DU CONTRAT

— Résumé —

L'auteur considère qu'il faut reconnaître au créancier le droit à l'indemnité pécuniaire pour le dommage immatériel dans le cas de la violation du contrat, et cela pour des raisons suivantes. Premièrement, les intérêts immatériels du créancier doivent être, dans le cas de la violation du contrat, protégés de la même manière que ses intérêts matériels. Deuxièmement, lors de la conclusion du contrat la volonté des parties contractantes peut être de faire à une d'elles un plaisir par l'exécution du contrat. Si on ne reconnaissait pas à cette

partielle droit à l'indemnité du dommage immatériel pour la privation de la satisfaction à cause de la violation du contrat, cela voudrait dire qu'on ne tenait pas compte de la volonté des parties contractantes. Troisièmement, par la reconnaissance du droit à l'indemnité pécuniaire du dommage immatériel à cause de la violation du contrat, on renforce la discipline contractuelle. Quatrièmement, par l'indemnité du dommage immatériel peuvent être embrassés aussi les dommages matériels dont il est certain qu'ils ont résulté de la violation du contrat, mais dont le montant le créancier est incapable de démontrer.

Les formes du dommage immatériel, pour lesquelles il faut reconnaître l'indemnité pécuniaire dans le domaine de la responsabilité contractuelle, ne peuvent pas être les mêmes que dans la responsabilité délictuelle. Dans le domaine de la responsabilité contractuelle, le dommage immatériel consiste généralement dans la violation de la satisfaction personnelle, de la commodité, de la tranquillité psychique. Il n'est pas nécessaire que dommage immatériel, causé par la violation du contrat, se manifeste dans la douleur psychique, ce qu'on, selon le droit yougoslave, exige dans le domaine de la responsabilité délictuelle. Les douleurs physiques comme forme de dommage immatériel ne peuvent pas apparaître dans le domaine de la responsabilité contractuelle. Pour cette raison l'auteur considère qu'en ce qui concerne l'indemnité pécuniaire du dommage immatériel causé par la violation du contrat on ne peut pas appliquer, par analogie, les règles qui sont valables dans le domaine de la responsabilité délictuelle. Il faudrait introduire dans la Loi sur les rapports d'obligations une disposition spéciale, à savoir: que la partie qui reste fidèle aux dispositions du contrat a le droit à indemnité pécuniaire du dommage immatériel dans le cas de la violation du contrat si elle a subi, à cause de la violation du contrat, de considérables difficultés de caractère immatériel qui, vu les circonstances du cas concret, justifient une indemnité pécuniaire spéciale, indépendante de l'indemnité des dommages matériels. Surtout à la partie qui invoque la violation du contrat il faudrait reconnaître le droit à l'indemnité pécuniaire du dommage immatériel dans ces cas où la violation du contrat effectuée par l'autre partie contractante représente la chicane, le comportement importun ou, plus largement, la violation de la morale d'affaires.

En principe, aux personnes juridiques il faut reconnaître le droit à l'indemnité pécuniaire du dommage immatériel dans le cas de la violation du contrat. Pourtant, il faut tenir compte du fait qu'il y a également de telles formes de dommage immatériel qui ne peuvent pas porter atteinte à la personne juridique, car les personnes juridiques n'ont pas de vie psychique et de sentiments. Pourtant, dans l'article on exprime l'opinion qu'il ne faut pas exagérer la différence entre les personnes physiques et les personnes juridiques quant à la possibilité d'éprouver un dommage immatériel à cause de la violation du contrat. Toute personne juridique est composée d'un nombre, plus ou moins grand, de personnes physiques.

Les personnes physiques qui accomplissent les travaux déterminés pour le compte de la personne juridique sentent, en nombre de situations, les intérêts de la personne juridique comme leurs propres intérêts. Si l'autre partie contractante qui a enfreint le contrat, sera obligée de payer l'indemnité pécuniaire du dommage immatériel à la personne juridique, une telle personne physique le sentira comme une satisfaction. Donc, le but auquel doit servir l'indemnité pécuniaire du dommage immatériel, sera satisfait.

О ПОВРЕДАМА ПОСТУПКА ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ ПУТЕМ ЈАВНОГ НАДМЕТАЊА

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Уговор о грађењу може да се закључи путем јавног надметања, прикупљањем понуда или непосредном погодбом. О начину закључења уговора слободно одлучује инвеститор, односно према Закону о изградњи објеката („Сл. гласник СР Србије”, бр. 10/84) уступање радова се врши на начин одређен самоуправним општим актом организације удруженог рада (чл. 54. ст. 2.).

Закључењем уговора о грађењу путем јавног надметања врши се заштита јавности од злоупотреба и спречава се фаворизовање једних извођача на рачун других.¹ Овај циљ се постиже објављивањем огласа у службеном листу,² обезбеђивањем равноправног учешћа свих заинтересованих учесника у јавном надметању.³

Инвеститор би требало да уступи извођење радова путем јавног надметања када се ради о радовима веће вредности, сложенијим радовима и радовима који захтевају ангажовање више извођача.⁴

Пошто су радови који се уступају јавним надметањем, по правилу, велике вредности, у пракси срећемо случајеве, чешће него код друга два начина закључења уговора о грађењу, у којима инвеститор или извођач крше правила јавног надметања да би остварили своје интересе. Наша пажња, у овом раду, биће усмерена на правила јавног надметања која се у пракси најчешће повређују и последице које настају уколико се та правила повреде.

Закључење уговора о грађењу јавним надметањем регулисано је републичким и покрајинским прописима. Тако, у СР Србији је донет Закон о изградњи објеката („Сл. гласник СР Србије”, бр.

¹ Вилус, др Ј., Уговор о грађењу, Београд, 1968, стр. 49.

² Чл. 56. Закона о изградњи објеката СР Србије.

³ Чл. 55. ст. 4. Закона о изградњи објеката СР Србије.

⁴ Чл. 54. ст. 1. и чл. 58. ст. 2. Закона о изградњи објеката СР Србије.

10/84), у СР Босни и Херцеговини Закон о просторном уређењу („Сл. лист СР БиХ“, бр. 13/75), у СР Македонији Закон о изградњи инвестиционих објеката („Сл. весник СР Македоније“, бр. 35/73), у СР Словенији Закон о изградњи објеката („Урадни лист СР Словеније“, бр. 42/73, у СР Хрватској Закон о изградњи објеката („Народне новине СР Хрватске“, бр. 20/75), у СР Црној Гори Закон о изградњи инвестиционих објеката („Сл. лист СР Црна Гора“, бр. 35/74), у САП Војводина Закон о пројектовању и грађењу инвестиционих објеката („Сл. лист САП Војводина“, бр. 4/76), у САП Косово Закон о изградњи инвестиционих објеката („Сл. лист САП Косово“, бр. 39/72).

Начин и поступак за уступању изградње инвестиционих објеката регулисан је Правилником о начину и поступку за уступање изградње инвестиционих објеката који је донет у САП Војводина („Сл. лист САП Војводина“, бр. 26/76), САП Косово („Сл. лист САП Косово“, бр. 36/73), СР Македонија („Сл. гласник СР Македонија“, бр. 24/74). У осталим републикама се примењује савезни Правилник о начину и поступку за уступање изградње инвестиционих објеката („Сл. лист СФРЈ“, бр. 28/67) донет на основу чл. 62., Основног закона о изградњи инвестиционих објеката („Сл. лист СФРЈ“, бр. 20/67).

На овај начин се одступило од ранијег схватања по коме уступање изградње инвестиционих објеката треба да се уреди јединственим прописом са важношћу за целу територију земље.⁵ Сматрало се да само јединственим прописом може да се обезбеди начело равноправног учешћа свих заинтересованих организација у поступку јавног надметања, као и остварење начела јединственог југословенског тржишта.⁶

Данас је овај аргумент одбачен. За узврат добили смо републичке прописе чија примена, у пракси, може да доведе до настанка одређених спорова (спор поводом примене прописа када су уговорне стране из различитих република односно аутономних покрајина).⁷ Поред тога, мало је учињено на плану бољег и потпунијег регулисања јавног надметања у односу на раније постојећу регулативу (рецимо, питање критеријума за додељивање радова).

У чланку ми ћемо се позивати на Закон о изградњи објеката СР Србије уз истицање разлика према законским текстовима других република и покрајина.

На почетку наших излагања навешћемо правила према којима се одвија јавно надметање, а затим правила која се најчешће повређују и поводом којих долази до спорова у пракси. На крају ће бити речи о последицама које наступају уколико се повреде правила јавног надметања.

⁵ Шурлан, П., Правилник о начину и поступку за уступање изградње инвестиционих објеката, Београд, 1968, стр. 3.

⁶ Шурлан, П., нав. дело, стр. 3.

⁷ Војиновић, мр Ј., Форма и поступак закључења уговора о грађењу, Привредно правни приручник, бр. 11/81, стр. 25.

2. ПОСТУПАК ЈАВНОГ НАДМЕТАЊА

Јавно надметање се састоји из неколико фаза. То су:

- а) објављивање огласа о јавном надметању,
- б) подношење писмених понуда,
- ц) отварање понуда од стране комисије,
- д) доношење и достављање одлуке од стране инвеститора.

После доношења одлуке инвеститор и извођач радова коме је уступљена изградња објекта, односно извођење радова закључују уговор о грађењу (чл. 63.).

а) Оглас се објављује у службеном листу републике односно аутономне покрајине, зависно од тога где се изводе радови. Оглас мора да садржи податке о: објекту, односно радовима чија се градња, односно извођење уступа са описом радова; условима уступања; месту градње; предрачуна или оријентационој вредности објекта, односно радова; року завршетка градње; условима које мора испунити извођач радова у погледу расположиве механизације, кадрова и других услова за грађење те врсте објекта; року за подношење понуде и року у коме ће учесници бити обавештени о резултатима јавног надметања (чл. 57. ст. 1.). Значајна новина, у односу на законске текстове других република и покрајина, је да оглас мора садржати критеријуме на основу којих ће инвеститор донети одлуку о подобности једне организације да изведе радове (механизација, кадрови и сл.). Међутим, овим није у потпуности отклоњен недостатак ранијих законских прописа, као и постојећих у другим републикама и покрајинама. Да би се овај недостатак у потпуности избегао, а тиме и спорови који се појављују у пракси, потребно је да се таксативно наведу критеријуми на основу којих ће се донети одлука.

Приликом утврђивања услова за уступање градње објекта, односно извођења појединих радова путем јавног надметања инвеститор је дужан да обезбеди равноправно учешће свих заинтересованих учесника у јавном надметању (чл. 55. ст. 4.).

б) Након објављивања огласа заинтересована лица могу поднети понуду. Рок за подношење понуда не може бити краћи од 30 дана од дана објављивања јавног надметања.

Понуђач може поднети само једну понуду за радове који су предмет уступања. Иначе, под једном понудом подразумева се и понуда која садржи два или више варијантних решења, ако је условима за уступање одређено да понуда може садржавати више варијантних решења. Ако условима то није одређено, а понуда ипак садржи више таквих решења у поступку јавног надметања узеће се у обзир само оно решење које је у складу са условима за уступање утврђеним од стране инвеститора.⁸

ц) Поступак јавног надметања спроводи у име инвеститора комисија коју образује инвеститор. Комисија отвара понуде и упознаје са њиховом садржином присутне представнике понуђача.

⁸ Одговор Савезног секретаријата за привреду, акт бр. 4651/1 од 6. 12. 1967, у књизи Шурлан, П., нав. дело, стр. 21.

О јавном надметању комисија води записник у који се уносе нарочито подаци о: месту, дану и сату почетка јавног надметања; имена чланова комисије; имена присутних представника понудилаца; резултат прегледа документације; ред отварања понуда; примедбе представника понудилаца на рад комисије. Записник потписују чланови комисије и представници понудилаца.

По завршеном јавном надметању комисија саставља извештај с мишљењем који је понудилац дао најповољнију понуду.

д) На основу мишљења комисије, о уступању градње објекта и избору организације удруженог рада која ће изводити радове одлучују радници на начин утврђен статутом, у складу са законом (чл. 54. ст. 3.).

Учесници јавног надметања морају бити обавештени о резултату јавног надметања у року који не може бити дужи од 15 дана од истека рока за подношење понуда (чл. 57. ст. 1.).

Инвеститор је дужан да у акту о прихватању понуде наведе разлоге због којих је понуду оценио као најповољнију. У оцени која је понуда у јавном надметању за изградњу инвестиционог објекта најповољнија, не одлучује само цена понуђених радова већ и други елементи из понуде, односно јавног надметања, јер је цена само један од елемената који се морају узети у обзир при одлучивању.⁹

У судској пракси присутан је став да се инвеститор не може приморати да радове уступи према јавно објављеном критеријуму, јер од њега зависи коме ће уступити радове. Он може поверити извођење радова и на основу неких других критеријума који нису садржани у огласу.¹⁰

Поводом овог става може се поставити питање да ли је он у складу са постојећом регулативом. Јер, ако инвеститор наведе у огласу критеријуме, на шта га и законодавац обавезује, па се тих критеријума не придржава, поставља се питање чему онда служе законске одредбе, као и објављивање огласа. Да ли можемо прихватити да објављивање огласа има једино за сврху да се обезбеди јавност додељивања радова, при чему ће се инвеститору препустити сва слобода у одлучивању? Није ли то злоупотреба права? Да ли се можемо задовољити само досуђивањем накнаде штете оштећеним учесницима у јавном надметању? Да ли на тај начин штитимо, у пуној мери, наш правни поредак заснован на друштвеној својини? Сматрамо да је одговор на постављена питања негативан. Зато би требало обавезати инвеститора да се приликом доношења одлуке мора придржавати критеријума наведених у огласу.

Ако учесник у јавном надметању сматра да је повређен поступак или да избор није извршен према условима датим у огласу о јавном надметању има право приговора органу одређеном самоуправним општим актом инвеститора који је дужан да приговор размотри и о томе обавести подносиоца приговора (чл. 55. ст. 6.).

⁹ Одлука Вишег привредног суда у Загребу, Сл. 1343/66, у књизи Босанац, М., Симић, В., Грађевинска регулатива '78, Загреб, 1980, стр. 680.

¹⁰ Одлука Врховног привредног суда, Сл. 1134/66, у књизи Босанац, М., Симић, В., нав. дело, стр. 653.

Други законски текстови, како ранији, тако и постојећи, не предвиђају овакву могућност за учеснике у поступку. На овај начин се даје могућност учесницима јавног надметања да захтевају од инвеститора да још једном преиспита своју одлуку о додељивању радова. Али, ако инвеститор не измени одлуку, учесник јавног надметања који је поднео приговор, према постојећој регулативи, нема право да захтева судским путем измену одлуке. Зато ова одредба нема значај који би могла да има да је та могућност законом предвиђена. На тај начин би се избегла, у великој мери, злоупотребе које може учинити инвеститор при уступању радова путем јавног надметања.

3. ПОВРЕДЕ ПРАВИЛА ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ ЈАВНИМ НАДМЕТАЊЕМ

Све повреде правила о надметању можемо поделити у две велике групе, с обзиром на која се правила те повреде односе.

Прву групу чине повреде правила које се односе на начин закључења уговора. То је:

а) уступање градње објекта или извођења радова супротно чл. 54. ст. 3. Закона о изградњи објеката према коме о уступању градње објекта и избору организације удруженог рада која ће изводити радове одлучују радници на начин утврђен статутом, у складу са законом;

б) уступање радова уговорној организацији, занатској задрузи или лицу које врши самосталну делатност без јавног надметања;

ц) уступање градње објекта, односно извођење радова супротно условима утврђеним самоуправним општим актом.

Другу групу чине повреде правила које се односе на поступак јавног надметања. Све ове повреде можемо разврстати у неколико подгрупа зависно од тога у којој се фази јавног надметања повреда дешавају.

Прву подгрупу чини повреда правила о оглашавању огласа. То је случај када инвеститор:

а) не објави оглас на начин утврђен законом,

б) објави оглас са погрешним подацима.

Другу подгрупу чини повреда правила која се односи на учешће заинтересованих лица у поступку јавног надметања. Такав је случај када инвеститор у поступку јавног надметања не обезбеди равноправно учешће свих заинтересованих учесника. То ће се догодити, рецимо, ако инвеститор једну организацију удруженог рада обавести о садржини понуде других учесника јавног надметања како би та организација удруженог рада доставила најповољнију понуду.

Трећу подгрупу чини повреда правила а доношењу одлуке од стране инвеститора. Такав је случај када инвеститор у акту о прихватању понуде не наведе разлоге због којих је понуду оценио као најповољнију или ако не обавести учеснике у јавном надметању да надметање није успело.

Четврту подгрупу чини повреда правила о закључењу уговора на основу спроведеног јавног надметања. Те повреде се односе на случај када:

а) инвеститор без оправданог разлога одустане од закључења уговора са неким од учесника јавног надметања,

б) инвеститор не закључи уговор са понудиоцем чија је понуда најповољнија,

ц) понудилац одбије да закључи уговор са инвеститором.

4. ПОСЛЕДИЦЕ ПОВРЕДЕ ПРАВИЛА О ЗАКЉУЧЕЊУ УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ ЈАВНИМ НАДМЕТАЊЕМ

Закон о изградњи објеката предвиђа, за читав низ случајева, новчану казну која ће бити изречена инвеститору ако повреди правила јавног надметања. Међутим, Закон о изградњи објеката не говори ништа о томе да ли ће оштећена страна имати право на накнаду штете и по ком основу; да ли повреда правила јавног надметања може да буде од значаја за пуноважност закљученог уговора, па ћемо покушати да дамо одговор на ова питања.

4.1. Ништавост уговора

Закон о изградњи објеката не садржи ни једну одредбу којом би се предвиђала ништавост уговора о грађењу уколико се повреди неко од правила јавног надметања. Судска пракса стоји на становишту да се не може тражити поништај уговора о грађењу због повреде правила о јавном надметању. Тако, учесник јавног надметања чија је понуда била најповољнија не може тужбом захтевати поништај уговора о грађењу који је инвеститор већ закључио с другим учесником јавног надметања, нити се инвеститор може присилити да такав уговор закључи са учесником који тврди да су његови услови били најповољнији.¹¹

Правна теорија стоји на истом становишту. Истиче се да у случају када инвеститор не закључи уговор са најповољнијим понудиоцем, што је његова законска обавеза, уговор није ништав јер пропис обавезује само једну уговорну страну.¹² Ово схватање се заснива на чл. 103. ст. 2. Закона о облигационим односима по коме ако је закључење једног уговора забрањено само једној страни, уговор ће остати на снази ако у закону није што друго предвиђено за одређени случај.

Нама се чини да би могло да се размишља о поништају уговора у случају када инвеститор уступи радове уговорној организацији, занатској задрузи или лицу које врши самосталну делатност без јавног надметања. У прилог оваквог става наводимо следеће аргументе. Прво, у овом случају се повређују законске одредбе према којима инвеститор може да уступи градњу објекта наведеним лицима само јавним надметањем (чл. 62. ст. 3.). Друго, расписивањем јавног надметања и поштовањем правила јавног

¹¹ Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 1212/65, у књизи Босанац, М., Симић, В., нав. дело, стр. 680.

¹² Војиновић, мр Ј., нав. дело, стр. 26.

надметања заштићује се јавност, обезбеђују се најбољи резултати уз најнижу цену, спречава се превара и злоупотреба при закључењу уговора. Треће, правилним спровођењем јавног надметања обезбеђује се заштита друштвених средстава, односно друштвене својине. Наиме, закључење уговора о грађењу не можемо посматрати само као уговорни однос који је од значаја искључиво за уговорне стране. С обзиром да инвестициона улагања захтевају велико ангажовање друштвених средстава, то је питање да ли ће се поштовати правила о јавном надметању и коме ће се поверити извођење радова од општег друштвеног значаја. Само поверавањем радова одговарајућем понудиоцу, који је стручно и технички оспособљен за извођење одређених радова, обезбеђује се рационално коришћење друштвених средстава, а јавно надметање добија свој прави смисао и значај.

Оваквом схватању супротставља се постојећа регулатива. Али, ако су наведени аргументи ваљани онда би законску регулативу требало допунити одредбама које би предвиђале овакву могућност.

4.2. Одговорност за штету

Закон о изградњи објеката СР Србије не садржи одредбе које говоре о накнади штете. За разлику од њега остали републички и покрајински прописи, сем Закона о изградњи објеката СР Словеније, садрже такве одредбе.¹³ Према тим одредбама учесници у јавном надметању који су неправилним поступком оштећени имају право на накнаду штете од инвеститора. Иако Закон о изградњи објеката СР Србије не садржи о томе одредбе сматрамо да оштећена страна има право на накнаду штете.

Поставља се питање по ком основу ће оштећена страна моћи да истакне захтев за накнаду штете. Сматрамо да оштећена страна може истаћи захтев за накнаду штете, у зависности од случаја о коме се рди, по основу „*culpe in contrahendo*” и тзв. случајне преваре.

За учеснике у надметању, надметање представља преговоре за закључење уговора.¹⁴ Иако преговори не обавезују преговараче, они су дужни да их воде савесно и поштено. Нарушавањем принципа савесног и поштењег понашања, приликом вођења преговора, преговарачи ће одговарати за „*culpa in contrahendo*” која се темељи на принципу савесности и поштења.¹⁵

Према Закону о облигационим односима „*culpa in contrahendo*” постоји у два случаја:

а) када једно лице води преговоре без намере да закључи уговор,

¹³ Чл. 55. ст. 2. Закона о изградњи инвестиционих објеката СР Црна Гора; чл. 62. ст. 6. Закона о изградњи инвестиционих објеката СР Македонија; чл. 81. ст. 2. Закона о изградњи објеката СР Хрватска; чл. 56. ст. 4. Закона о пројектовању и грађењу инвестиционих објеката САП Војводина; чл. 56. ст. 6. Закона о изградњи објеката САП Косово.

¹⁴ Јанковец, др И., Привредно право, Београд, 1981, стр. 212.

¹⁵ Радишић, др Ј., Облигационо право, општи део, Београд, 1979, стр. 93.

б) када једно лице води преговоре у намери да закључи уговор, па одустане од те намере без основаног разлога (чл. 30. ст. 2. и 3.). Који ће се разлог сматрати основаним или неоснованим, фактичко је питање које суд цени од случаја до случаја. По извесним схватањима као неоснован сматра се сваки прекид преговора који није изазван економским разлозима.¹⁶

У оба случаја несавесни преговарац биће дужан да надокнади штету насталу вођењем преговора другој страни.

Постоји неколико случајева поводом којих инвеститор, односно извођач могу да одговарају по основу „culpe in contrahendo”.

1. Учесник јавног надметања чија је понуда била најповољнија, а инвеститор му није уступио извођење радова, има право да захтева накнаду штете од инвеститора. У овом случају инвеститор је реализовао своју намеру да закључи уговор, па се чини да нема места примени „culpe in contrahendo”. Међутим, правило је да инвеститор закључује уговор са најповољнијим понудиоцем. Поверавањем радова лицу чија понуда није најповољнија инвеститор јасно показује да није ни имао намеру да закључи уговор са одређеним понудиоцима без обзира на садржину њихове понуде. Одсуство намере да се закључи уговор са неким од понудилаца са којима се воде преговори, противно је начелу савесности и поштења, па такво понашање инвеститора повлачи одговорност за „culpa in contrahendo”.

У правној теорији постоје различита схватања о обиму накнаде штете коју ће моћи да захтева оштећено лице. По једном схватању, најповољнији понудилац, чија понуда није прихваћена, има право на накнаду не само просте штете, већ и изгубљене добити. Према другом схватању, најповољнији понудилац има право на накнаду само просте штете зато што се јавио на конкурс да би преузео изградњу објекта, а све док са инвеститором не закључи уговор не може бити говора ни о каквој добити па ни о губитку исте.¹⁷

Друго схватање заступа и судска пракса. Тако, радна организација која распише јавно надметање па посао не повери учеснику који је успео у јавном надметању него трећој особи, није дужна учеснику који је успео у јавном надметању, а није му уступљен посао, надокнадити изгубљену добит него само трошкове које је имао због учествовања у јавном надметању.¹⁸ Јер, изгубљена добит, као један од облика накнаде штете, може се тражити само ако постоји повреда закључења уговора. Не сматра се, међутим, да су странке дошле у директни уговорни однос већ самим уговарањем у поступку јавног надметања, већ тај однос заснивају тек закључењем уговора о извођењу радова. А пошто уговор није закључен странка не може тражити накнаду изгубљене добити из очекиваног и наданог, али незакљученог посла.¹⁹

¹⁶ Коментар Закона о облигационим односима, I књига, Горњи Милановац, 1980, стр. 196.

¹⁷ На ова два схватања указује Вилус, др Ј., нав. дело, стр. 44.

¹⁸ Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 654/69, у књизи Босанац, М., Симић, В., нав. дело, стр. 654.

¹⁹ Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 654/69, у књизи Босанац, М., Симић, В., нав. дело, стр. 679.

2. Инвеститор је дужан да накнади штету најповољнијем понудиоцу ако без оправданих разлога одустане од закључења уговора. По правилу, инвеститор није дужан да закључи уговор, чак ни са најповољнијим понудиоцем. Ово право инвеститора се заснива на правилу да учесници у јавном надметању чине понуду, коју инвеститор може да прихвати или одбије. Међутим, одустајањем од намере да закључи уговор инвеститор је изневерио поверење учесника јавног надметања па ће бити дужан да најповољнијем понудиоцу накнади штету коју је претрпео због учествовања у јавном надметању.

3. Понудилац чију је понуду инвеститор прихватио биће дужан да инвеститору накнади штету коју је инвеститор претрпео услед тога што није закључио уговор. Сваки учесник јавног надметања је везан својом понудом у року који је одређн огласом о јавном надметању. Зато, ако инвеститор у том року прихвати неку од понуда, а понудилац одбије да закључи уговор такво понашање понудиоца повлачи његову одговорност за штету коју је проузроковао инвеститору.

У пракси се инвеститор обезбеђује од оваквог понашања учесника јавног надметања захтевом да учесници јавног надметања положе кауцију која инвеститору служи као гаранција да ће извођачка организација, чија је понуда оцењена као најповољнија, закључити уговор. После закључења уговора инвеститор је дужан да врати кауцију, осим ако се уговорне стране не договоре да инвеститор задржи кауцију извесно време после закључења уговора.

Уколико би износ штете коју је инвеститор претрпео био већи од износа кауције инвеститору треба признати право да захтева разлику до потпуне накнаде штете. Наиме, нема разлога да положај инвеститора буде неповољнији када је кауција предвиђена у односу на случај када инвеститор није захтевао полагање кауције.

4. Инвеститор је дужан да накнади штету учесника јавног надметања коју је претрпео зато што инвеститор није у поступку јавног надметања обезбедио равноправно учешће свих заинтересованих учесника. Правилним спровођењем поступка јавног надметања спречава се фаворизовање појединих извођачких организација на рачун других и истовремено остварује један од основних принципа јавног надметања — равноправност учесника јавног надметања. Равноправност може бити повређена, на пример, ако инвеститор омогући неком од учесника јавног надметања да сачини најповољнију понуду одавањем садржине понуда других учесника. На овај начин инвеститор је прекршио принцип савесног и поштеног вођења преговора па је дужан да учеснику јавног надметања накнади штету. Инвеститор ће накнадити штету оном учеснику чија би понуда била најповољнија да није дошло до недозвољеног прилагођавања понуде од стране другог учесника јавног надметања.

Поред наведених случајева који могу да се регулишу применом правила „*culpa in contrahendo*”, постоји случај када извођач радова има право на накнаду штете уколико инвеститор објави

оглас о јавном надметању са погрешним подацима. Али, њега треба регулисати применом правила тзв. случајне преваре.

За случајеве које смо подвели под „*culpa in contrahendo*” карактеристично је да неко од преговарача није имао намеру или је одустао без основаног разлога од намере да закључи уговор, или је водио преговоре а већ унапред је искључио све преговараче осим једног са којим ће да закључи уговор (случај неравноправног учешћа заинтересованих организација или закључења уговора са организацијом чија понуда није најповољнија).

За случај који би требало регулисати применом правила тзв. случајне преваре карактеристично је да инвеститор закључује уговор са најповољнијим понудиоцем. То значи да је он реализовао своју намеру за закључење уговора, да је поштовао правило да извођење радова повери најповољнијем понудиоцу, при чему је под једнаким условима разматрао све приспеле понуде. Дакле, инвеститор је водио савесно и поштено преговоре, али, ипак, биће дужан да накнади штету коју претрпи извођач радова због неистинитих података садржаних у огласу. Јер, учесници у јавном надметању достављају понуду инвеститору на основу података и услова садржаних у огласу. Уколико су подаци у погледу количине радова, места где објекат треба да се изгради, начина на који објекат треба да се изгради, погрешни, понудилац може неоправдано, кривицом инвеститора, да претрпи штету (штета се може састојати у томе што је понуђена цена за извођење радова неадекватна правом стању ствари услед чега извођач неоправдано трпи губитак; извођач не може да одржи рок градње па ће морати неоправдано да сноси последице доцње). Да би извођач могао да се позове на овакве податке потребно је да они чине саставни део уговора.²⁰ У супротном правно су ирелевантни.

Пошто истицање неистинитих података у огласу нема за последицу навођење преговарача да закључе уговор ради се о тзв. случајној превари²¹ и она не повлачи ништавост уговора.²² Уговор остаје на снази, али је несавесни уговарач дужан да накнади штету коју због тога трпи његов сауговарач.²³

Како случајна превара има једино за последицу модификовање садржине споразума, односно доводи до поремећаја равнотеже чинидби,²⁴ то се негативно дејство случајне преваре отклања тако што ће извођач истаћи одговарајући захтев према инвеститору како би се отклонили отежавајући услови²⁵ под којима је закључен уговор. Тако, извођач може да захтева да му инвеститор исплати разлику између уговорене цене и цене коју би извођач тражио да је знао за праве околности. Или, да се продужи рок градње с обзиром на количину радова које треба да изведе.

²⁰ Вилус, др Ј., нав. дело, стр. 129.

²¹ Планиол, М., *Traité élémentaire de droit civil*, tome deuxième, Paris, 1926. стр. 383.

²² Коментар Закона о облигационим односима, I књига, Горњи Милановац, 1980, стр. 265.

²³ Коментар Закона о облигационим односима, стр. 265.

²⁴ Josserand, L., „*Cours de droit civil positif français*”, tome deuxième, Paris, 1933, стр. 49.

²⁵ Planiol, M., нав. дело, стр. 383.

ЗАКЉУЧАК

Изградња инвестиционих објеката затхевала велико улагање друштвених средстава. Зато се, готово као императив, намеће потреба потпуног и правилног регулисања питања везаних за инвестициона улагања, а међу њима и питања везаних за јавно надметање.

Оваквом значају инвестиционих улагања, на први поглед посматрано, одговара активност законодавца. Наиме, само у СР Србији је од 1973 године седам пута мењан и допуњаван Закон о изградњи објеката. То нам говори да се настојало и да се настоји да се питања везана за градњу објеката што боље, прецизније регулишу. Међутим, нама се чини да се у овом настојању није у потпуности успело. Јер, ако се упореде текстови о изменама и допунама Закона о изградњи објеката видећемо да између њих нема битније разлике у погледу регулисања јавног надметања. Да ли је то знак да законодавац сматра да су сва питања у вези са јавним надметањем добро регулисана. Ми сматрамо да то није случај из неколико разлога.

Прво, питање критеријума за додељивање радова није најбоље регулисано а то изазива спорове у пракси. Не постоји обавеза за инвеститора да се придржава објављених критеријума за доделу радова. Ову обавезу би требало утврдити у самом Закону о изградњи инвестиционих објеката, као и санкцију за њено непоштовање. Због непоштовања критеријума за додељивање радова у великој мери се обезвређује правило према коме се радови уступају лицу чија је понуда најповољнија и принцип равноправности учесника јавног надметања. Једна озбиљнија анализа могла би показати да, данас, радове у одређеним местима добијају углавном грађевинари из тог места што представља пример неравноправности учесника јавног надметања.

Друго, Закон о изградњи објеката не предвиђа могућност да се у случају повреде правила о јавном надметању поништи закључени уговор. Такву могућност не допушта ни судска пракса ни правна теорија. Сматрамо да би, ипак, у одређеним случајевима, требало дозволити да се закључени уговор поништи с обзиром на постојање и друштвеног интереса (заштита друштвене својине), а не само интереса уговарача, да се уговор закључи на одређени начин.

Треће, Закон о изградњи не садржи одредбе о накнади штете у случају повреде правила јавног надметања. Зато би постојеће ставове судске праксе и правне теорије требало преточити у одговарајуће одредбе, а у циљу потпунијег регулисања питања везаних за уступање градње објеката и извођења појединих радова путем јавног надметања.

Миодраг МИЋОВИЋ

LES VIOLATIONS DE LA PROCÉDURE POUR LA CONCLUSION DU CONTRAT DE CONSTRUCTION PAR L'ADJUDICATION PUBLIQUE

— Résumé —

Dans notre droit il existe trois modes de conclusion du contrat de construction. Ce sont: adjudication publique, appel d'offres et gré à gré. Le mécanisme de l'adjudication publique est assez compliqué. Il suppose certaines règles que les personnes morales doivent respecter quand elles veulent conclure le contrat. D'abord, il faut publier l'annonce dans le journal officiel pour informer les candidats éventuels de l'ouverture de l'adjudication publique. Puis, les candidats font les soumissions. Le jour fixé dans l'annonce le bureau d'adjudication ouvre les soumissions et il fait le procès-verbal d'adjudication. Les travailleurs, à l'aide de l'opinion du bureau, prennent la décision qui va construire l'objet.

La procédure d'adjudication publique peut être violée. On peut grouper toutes les violations de la procédure en deux groupes: violations de la conclusion du contrat et violations de la procédure d'adjudication publique.

On pense que les conséquences de la violation de l'adjudication publique sont: la nullité du contrat et la responsabilité du dommage. Le contrat sera nul quand une organisation conclut le contrat sans l'adjudication publique contre les articles de la loi.

La responsabilité du dommage peut avoir comme son fond *culpa in contrahendo* ou le dol incident. Les cas où une organisation peut être responsable de *culpa in contrahendo* sont, par exemple, le refus de conclure le contrat sans raison valable, le refus de conclure le contrat avec le meilleur soumissionnaire, responsabilité à cause de la violation du principe d'égalité entre concurrents. Le cas où une organisation est responsable du dol incident est la publication de l'annonce mensongère.

МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ФОРМУ ТЕСТАМЕНТА СА СТРАНИМ ЕЛЕМЕНТОМ ПРЕМА ХАШКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О СУКОБУ ЗАКОНА У МАТЕРИЈИ ФОРМЕ ТЕСТАМЕНТАРНИХ РАСПОЛАГАЊА*

Тестамент као акт последње воље једног лица којим оно располаже својом имовином за случај смрти, добија међународно обележје и постаје тестамент са страним елементом, у свим оним случајевима кад је сачињен у једној земљи, а завешталац умро у другој, кад су завешталац и наследници држављани различитих држава или кад се пак, заоставштина, односно њен део, налази у страниој држави.

Тестамент спада у ред строго формалних правних аката. Један од разлога за то, а који је одувек постојао, је потреба да се избегне превара, могуће грешке и многобројне забрањене радње заинтересованих лица које се предузимају у циљу остварења користи у случају смрти завештаоца. Иако се модерна законодавства углавном приклањају тези да израда тестаментa треба да буде заокружена формалностима, па с тога предвиђају веома ригорозне услове за његову ваљаност, она нису нашла исти одговор на питање које формалности треба да буду поштоване при његовом састављању. Решење овог проблема зависи од тога у којој мери социјална средина жели да заштити наследни ред *ab intestat*. Од овог општег опредељења зависи начин на који ће се регулисати услови за израду тестаментa, односно, да ли ће се формалности олакшати или ће се оне учинити тежим и у којој мери ће се дозволити да правила о наследном реду *ab intestat* производе последице у случају да је једно лице умрло, а да није оставило тестамент.¹

Захтевање веома сложене и строге форме, која је понекад добијала чак и религиозни (ритуални) карактер, показало се као непрактично јер је оваква форма била узрок ништавости многих

* Нешто измењени део магистарског рада.

¹ Види: *Etude sur la forme du testament dans le droit compare* Préparée par L'institut de droit compare de Belgrade.

тестамената.² Због овога савремени правни системи поред сложеных, познају и упрошћене и либералније форме тестаментa.

Данас важеће форме у којима се тестамент може сачинити се разликују у многоне између себе. Њиховом анализом можемо запазити да се ове разлике манифестују у два правца. Пре свега, национална законодавства показују да постоје велике разлике, почев од основних категорија форми тестаментa, редовног и изузетног, јавног и приватног, усменог и писаног, а с друге стране, да има разлика у елементима и условима који се захтевају за пуноважност исте форме тестаментa која постоји у свим државама.

Различитост у регулисању форме тестаментa није присутна само у материјалним прописима, већ је очигледна и код колизионног регулисања ове материје. При томе, она се испољава не само у колизионим принципима које су поједине државе прихватиле, већ и у низу детаља, који због своје различите квалификације указују на меродавност различитих права. Ако се свему овоне дода и чињеница да национална права показују велику различитост у погледу правне садржине појмова и категорија колизионих норми о форми тестаментa,³ нема сумње да постоји велика правна несигурност у овој материји. Ово потврђује чињеница да у пракси често долази до тога да заоставштина буде расправљена на основу законског реда наслеђивања иако је завешталац оставио тестамент који је пуноважан према закону једне земље, али не и по закону оне, пред чијим се органом питање његове пуноважности поставља. Дешавају се и случајеви да заоставштина која се делом налази у једној, а делом у другој земљи, буде у једној расправљена на основу законског реда наслеђивања, а у другој на основу тестаментa, јер је тестамент био формално ваљан према праву једне, али не и друге земље.

Због значаја овог проблема, који је дуго времена доводио у питање пуноважност оставиоачеве последње воље, није чудно, нити случајно, што су се решења тражила на међународном плану.

*

* *

Међународна кодификација и унификација колизионих правила о форми тестаментa извршена је кроз Хашку конвенцију о сукобу закона у материји форме тестаментарних располагања од 1961. године. Ова конвенција је уследила после дугогодишњих напора да се ово, иначе компликовано подручје Међународног приватног права, на неки начин уреди. Већ на првом заседању 1893. године Хашка конференција је покушала да дâ прве формулаци-

² Ово је разумљиво ико се има у виду да већина становништва не познаје у потпуности тражене формалности и да је довољно да се изгуби из вида један детаљ, па да се доведе у питање ваљаност тестаментa.

³ Потсетимо да под појмом форме тестаментa поједине државе подразумевају само јавну форму, друге и приватну, треће тим појмом не обухватају и одређене облике приватног тестаментa (нпр. Холандија и Португаллија не познају олографски тестамент; Аустрија познаје редован усмени тест., док га наше право признаје само у изузетним приликама, итд.).

је колизионих норми о форми тестаментa. Исто је учињено на заседањима 1900, 1904, 1925. и 1928. године и то у оквиру Преднацрта конвенције о наслеђивању који међутим, никад није предложен на потписивање. Седма по реду Хашка конференција 1951. године поново је покренула стварање јединствених правила о форми тестаментa, а на осмом заседању ове међународне организације, 1956. године, на предлог делегата Велике Британије донета је одлука да се оснује специјална комисија која ће проучавати проблем форме тестаментa и која ће поднети Конференцији своје предлоге, како би се донела конвенција којом би се избегло неједнако регулисање тестаментa у различитим државама. Коначно, на IX заседању Хашке конференције за Међународно приватно право, донета је Конвенција о меродавном праву за форму тестаментарних располагања октобра 1960. године, а отворена за потпис 5. октобра 1961. године.⁴

На питање шта спада у поље примене Хашке конвенције одговор даје већ сам наслов Конвенције. Она се изричито ограничила на питање форме тестаментарних располагања, односно на одређивање меродавног права за формалне претпоставке ваљаности тестаментa. Циљ Конвенције је био да уједначи иначе врло различита правила о примени меродавног права. Пошто није било изгледа за постизање унификације материјално-правних одредаба о форми тестаментa, Конвенција је потражила решења у стварању правила о сукобу закона, која би уз услов да их прихвати већи број држава, омогућила доношење једнаких одлука без обзира на суд пред којим се спор води.

Основни принцип на коме је заснована Конвенција, је принцип *in favorem testamenti*. У ситуацији када се колизионе норме о форми тестаментa у многоструко међусобно разликују, нема никаквог разумног разлога инсистирати на примени искључиво једног јединог права меродавног за форму тестаментa, у случају кад је тестатор задовољио форму према прописима неког другог права.⁵ Ово би само довело до тога да је један исти тестамент ваљан у једној земљи, али не и у другој, што би стварало озбиљну препреку и сметњу тестаторовом праву да слободно располаже својом имовином. Отуда је сасвим оправдано одређивање неколико алтернативно предвиђених права од којих тестамент мора задовољити одредбе само једног. Деловање принципа *in favorem testamenti* управо треба да искључи сметње које би спречавале да тестамент произведе дејство у свим земљама у којима се налазе делови заоставштине или у којима би се уопште могло поставити

⁴ Према стању од 1981. године Конвенција је на снази у следећим земљама: Белгија, Ботсвана, Данска, Фиџи, Финска, Француска, Израел, Јапан, Југославија, Јужна Африка, Канада, Луксембург, Маурициус, Норвешка, ДР Немачка, Пољска, Шведска, Швајцарска, Велика Британија и Северна Ирска. Потписале су је, али је још нису ратификовале: Грчка, Холандија, Италија, Португалија и Шпанија.

Наша земља је прва ратификовала ову Конвенцију, а објавила је у „Сл. листу СФРЈ“ бр. 10/62, додатак: Међународни уговори и споразуми. Конвенција је ступила на снагу јануара 1964. године, пошто је до тог времена ратификовао довољан број држава.

⁵ Матић, Ж., Неки проблеми сукоба закона код облика опорукe. Наша законитост, 1960, бр. 9—10, стр. 485.

питање наслеђивања. Поштовањем овог начела заштитила би се ваљаност сваког оног тестаментa који је сачињен у форми барем једног од закона са којим је тестатор или његова имовина било којом околношћу везан, а који су иначе алтернативно предвиђени као меродавни. Тако ће према одредби чл. 1. Конвенције тестаментарно располагање бити пуноважно по форми ако одговара унутрашњем закону:

- а) места где је завешталац извршио располагање, или
- б) држављанства које је завешталац имао било у тренутку кад је извршио располагање, било у тренутку смрти, или
- ц) места у коме је завешталац имао своје пребивалиште било у тренутку кад је извршио располагање, било у тренутку смрти, или
- д) места у коме је завешталац имао своје стално боравиште било у тренутку кад је извршио располагање, било у тренутку смрти, или
- е) за непокретности, места где се оне налазе.

Стилизација одредбе члана 1. Конвенције може навести на закључак да је принцип *in favorem testamenti* дошао до пуног изражаја само у правилима која се односе на форму тестаментарних располагања покретном имовином, а да је за оцену форме тестаментa којим оставилац располаже непокретном имовином, искључиво меродавно право земље у којој се она налази.⁶ Сматрамо да се до оваквог закључка може доћи ако се поменути члан тумачи само граматички, а не и систематски. Наш законодавац је решио дилеме око овога увођењем везника „и“ (... за непокретност — и по праву места где се непокретност налази.),⁷ што јасно указује да и за непокретности важе све наведене алтернативе.

У избору права за оцену формалне пуноважности тестаментa. Конвенција је пошла од закона места састављања тестаментa (*lex loci actus*). У савременим правним системима ово право има најширу примену и то не само за форму тестаментa, већ и за форму свих правних аката. Разлоге за примену овог, врло старог правила, треба тражити и релативној немогућности да се *lex causae* одреди унапред за сваки случај. Које право ће се сматрати као *lex causae* зависи од колизионе нормe суда пред којим се спор појави, и онај ко предузима неки правни посао неће бити увек у могућности да предвиди који ће то суд бити и које ће право сматрати меродавним за дати правни однос. У сваком случају не би било пожељно да се формална пуноважност акта који се предузима везује за право које ће се тек касније моћи са сигурношћу одредити. Зато се оправдано сматра да ће једно лице најлакше сазнати формалности које захтева право оног места у коме предузима правни акт.⁸

⁶ Види: Јездић, М., Унификација колизионих норми о форми тестаментa, Београд, 1961.

⁷ Види чл. 31. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, „Сл. лист СФРЈ“ бр. 43/82.

⁸ У неким земљама постоји чак мишљење да се безусловно морају поштовати прописи о форми који важе у месту предузимања правног акта (нпр. шпански и бразилски Грађански законик).

Национално право оставиоца, уз *lex loci actus*, прихвата не само Конвенција, већ и велики број националних законодавстава, нарочито она у којима је то право уједно и меродавно право за наслеђивање у целини. Избор овог права је разумљив јер оставилац најчешће познаје правила о формалностима које захтева његово национално право. У том случају не мора се обавештавати о прописима који важе у месту састављања тестаментa. Међутим, примена националног права оставиоца поставља одређене проблеме које национална законодавства решавају на различите начине, па је Конвенција морала изричито да их реши доношењем посебних правила.

На питање које је право национално право држављанина државе чији је правни поредак нејединствен (нпр. Велика Британија, САД, Југославија, Пољска итд.) општи је став да одговор треба да да сама та држава. Обично такве државе имају прописе о унутрашњем сукобу закона. Ако таквих прописа нема, Конвенција у чл. 1. ст. 2. прописује да меродавно право треба одредити према најцелисходнијој (најстварнијој) вези коју је имао оставилац са једним од правних поредака од којих се тај нејединствени правни систем састоји.

У случају да оставилац има два или више држављанства, у одлучивању о томе које је од њих релевантно, Конвенција одступа од уобичајеног начина. Наиме, опште је прихваћено у Међународном приватном праву да ако је једно од држављанства које лице у питању има, уједно држављанство државе суда или органа пред којим се поставља то питање, домаће држављанство искључује свако друго паралелно постојеће држављанство. Уколико се ради о постојању два или више страних држављанства, од којих ни једно није држављанство суда, суд или други орган примене права, прихвата као меродавно тзв. ефективно држављанство, дакле, оно којим се лице о коме је реч, претежно или искључиво служи. Конвенција је пружила ширу могућност оставиоцу у избору права, јер предвиђа да су релевантна сва његова држављанства. Тако ће бити формално пуноважан сваки тестамент који одговара праву било које државе чије држављанство оставилац има. Решење сукоба држављанства на овај, ипак неуобичајен начин, представља корак напред у решавању овог проблема барем што се тиче форме тестаментa. Овакво решење несумњиво да је настало у интересу обезбеђења тестаментa, што је у складу са начелом *in favorem testamenti*, према ком не треба искључити ни једно право са којим оставилац има стварну и разумну везу.

Оставилац може променити своје држављанство после састављања тестаментa и умрети као држављанин друге државе. Ово је од нарочитог значаја ако је тестамент био формално пуноважан по националном праву оставиоца у време кад је састављен, а непуноважан по националном праву оставиоца у моменту смрти и обрнуто. Мада је устаљено правно правило да правни акт који је неваљан у часу предузимања не може касније постати ваљаним и мада је овај приговор постављен у току заседања Хашке конференције кад се расправљало о релевантном времену, преовладали су разлози који говоре у прилог алтернативне меродавности на-

ционалног права и у часу састављања тестаментa и у часу смрти оставиоца. Један од разлога је опозивост тестаментa, јер оставилац може увек да промени своју тестаментарну изјаву. Ако тестамент не би одговарао новом националном праву, тестатор може сачинити нов и обратно, ако тестамент није био ваљан тестатор може саставити нов, али тако да одговара новом националном праву. Конвенција у члану 1. алтернативно одређује релевантно време. Довољно је да је форма тестаментa задовољена према националном праву оставиоца које је на снази у моменту састављања тестаментa или у моменту смрти оставиоца, па да се сматра да је тестамент формално ваљан.

Једно од меродавних права за оцену формалне пуноважности тестаментa које је Конвенција предвидела је и право домицила оставиоца. Земље у којима се домицил појављује као тачка везивања сматрају да се помоћу њега одређује друштвена средина са којом неко лице има најужу везу, у којој живи, ради и где се претежно манифестују последице његових личних односа. С обзиром да оставилац у току живота може мењати своје пребивалиште и то много лакше него држављанство, Конвенција из истих разлога као и код држављанства, одређује релевантним оба времена — време састављања тестаментa и време смрти оставиоца. Тако ће тестамент бити пуноважан ако је сачињен у складу са формом коју захтева закон домицила тестатора, било у време састављања тестаментa, било у тренутку његове смрти. Конвенција не даје квалификацију појма домицила (иако постоје различита схватања овог појма у државама уговорницама и извесне врсте постоје само у неким земљама), већ само одређује да ће се питање, да ли је оставилац имао пребивалиште у неком одређеном месту, решавати по закону тог места (чл. 1. ст. 3.). Међутим, у члану 9. Конвенција је предвидела могућност стављања резерве на такву квалификацију и одредила да свака држава уговорница може да исклучи одредбу члана 1. ст. 3. и да домицил квалификује по свом праву (дакле, *lex fori*), ако се то питање постави пред њеним судом.⁹

Као једно од алтернативно меродавних права Конвенција је предвидела и право сталног боравишта, али није дала дефиницију овог појма, мада се он појављује готово у свим хашким конвенцијама. Ово је препуштено судији који на основу свих чињеница из живота лица о коме се ради (тестатора) треба да оцени у ком месту је његово стално боравиште.

Уз *lex rei sitae*, као меродавног права за оцену формалне пуноважности тестаментa којим се располаже непокретностима, Конвенција је предвидела могућност примене још неких права, јер није забранила државама уговорницама да у свом праву задрже или касније уведу и друга права која могу бити алтернативно меродавна за форму тестаментарних располагања.¹⁰

⁹ Ово је између осталог учинила и наша земља приликом ратификације Конвенције.

¹⁰ Поред права које је Конвенција алтернативно одредила као меродавна, појављује се и *lex fori* и то у Југославији, Аустрији, Норвешкој и оним државама САД у којима је на снази „Uniform execution of

Форма коју прописује закон одређене земље мора бити задовољена не само кад је у питању састављање тестаментa, већ и приликом предузимања сваке радње везане за сам тестамент. Тако се и опозив тестаментa мора учинити у одређеној форми (сем у случају физичког уништења тестаментa). Оставилац увек може да опозове свој тестамент и то у целини или делимично изјавом датом у оном облику у коме се по закону може направити тестамент. Пошто се ово чини најчешће прављењем новог тестаментa оно треба да буде учињено у било којој форми која важи за тестаменте, што значи да се тестамент не мора опозвати у истој форми у којој је првобитни тестамент био састављен. Према члану 2. став 2. Хашке конвенције опозив ће бити пуноважан по свом облику, ако одговара неком од закона који су алтернативно предвиђени као меродавни за форму тестаментa (случајеви из члана 1. Конвенције).

Конвенција је покушала да да одговор и на она питања о чијој правној садржини постоји спор у правној доктрини. Тако у члану 4. она одређује да се њена правила о меродавном праву за облик тестаментарних располагања, примењују и на тестаменте које су у једном истом акту учинила два или више лица (заједнички тестамент). Права појединих држава имају различита схватања о томе да ли се код ових тестамената ради о форми или садржају. На основу одредбе члана 4. Конвенције (која се примењује само на питање форме тестаментa), произлази да је заједнички тестамент као облик располагања допустив и да се ово располагање има извршити у форми коју предвиђа једно од наведених алтернативних закона.¹¹

Под формом тестаментa Конвенција сматра и прописе о забрани или ограничењу тестаментарног располагања због старости, држављанства и других личних својстава тестатора (чл. 5.).¹² Исто важи и за особине које морају имати сведоци који су потребни да би неко тестаментарно располагање било ваљано (нпр. одредба да сведок мора бити пунолетан или да не сме бити у одређеном степену сродства са оставиоцем.

Wills Act" од 1942. године. У многим другим правима он није прихваћен јер се истиче да оно не мора имати никакве везе са оставиоцем или заоставштином. У другим земљама уведен је *lex causae*, мада је он индиректно већ обухваћен Конвенцијом, пошто се као *lex causae* у свим правним порецима појављује или *lex nationalis* или *lex domicilii* или *lex rei sitae* за непокретности.

¹¹ Професор Јездић сматра (Унификација коликозних норми о форми тестаментa, Бг. 1961) да Конвенција није дала одговор на питање да ли се пропис о заједничком тестаменту сматра питањем форме или садржине, већ да је оно остало отворено. Према професору Матићу, у државама уговорницама где се заједнички тестамент сматра питањем садржине тестаментарног располагања, а не питањем форме, судови очигледно неће примењивати ту одредбу тако да може доћи до разлике у примени Конвенције.

¹² Ово се односи на дилеме око члана 992 ГЗ Холандије од 1838. по коме је Холанђанину забрањено да саставља ологографски тестамент; одредбу чл. 1748. ГЗ Грчке којом се забрањује малолетнику састављање тајног тестаментa итд.

Конвенција је морала о овоме да заузме одређено становиште да би избегла различито тумачење и примењивање њених одредаба с обзиром да се у многим земљама ово поставља као питање садржине, а не питање форме тестаментарног располагања.

Примена правила Конвенције независна је од сваког услова реципроцитета (чл. 6.). Конвенција се примењује на све случаје облика тестаментарног располагања о којима се расправља и одлучује, како пред судом или органом земље уговорнице, тако и онда кад лица у питању нису држављани ни једне државе уговорнице, као и кад право које треба да се примени није право ни једне државе уговорнице. Ово значи да прописи Конвенције дељују *erga omnes*, а не само између држава које су Конвенцију потписале и да се примењују као да се ради о правилима које је сама држава уговорница донела за све случајеве оцењивања облика тестаментарног располагања.

Према формулацији чл. 1. Конвенције, меродавно је унутрашње право земље на које упућује алтернативна тачка везивања. Сам израз „унутрашњи” није најјаснији, јер и колизионе норме представљају део унутрашњег права. Међутим, према устаљеној терминологији која се употребљава у хашким конвенцијама, овај израз подразумева примену материјалних, а не колизионих правила. С тога, истицање унутрашњег права треба разумети тако да се искључује примена Међународног приватног права тих земаља, а тиме и институт узвраћања и упућивања.¹³ Ово је уосталом и логично, јер ће тестатор да прилагоди форму тестаamenta закону земље у којој га саставља или чији је држављанин, јер је немогуће очекивати од њега да форму свог тестаamenta прилагоди праву земље на чију примену упућује колизиона норма земље у којој је тестамент састављен или пак, чији је он држављанин.

У доктрини Међународног приватног права влада готово опште мишљење да упућивање треба искључити када се правило о меродавном праву односи на форму правног посла. Исто важи када је у питању форма тестаamenta. Ово због тога што би примена колизионих правила представљала велику тешкоћу за лице које саставља тестамент, јер би могла да предвиђају као меродавно и неко друго право које би тестатор морао знати са сигурношћу, ако не жели да његов тестамент остане без дејства.

Примена права које је меродавно на основу одредаба Конвенције може се искључити само кад би та примена била очигледно у нескладу са јавним поретком државе чији суд или други орган треба то право да примени (чл. 7.). Употребљена реч „очигледно” треба да значи „савет судији за умереност у употреби изузетака”.¹⁴ Мада је овај израз употребљен у жељи да се потенцира изузетност употребе овог института, у Конвенцији није прецизирано када ће се сматрати да таква „очигледност” по-

¹³ Матић, Ж. Међународно приватно право, посебни део, Загреб, 1982, стр. 74.

¹⁴ Види: Actes et documents de la Neuvieme Session, Conference de la Haye de droit international prive Tome III, Rapport explicatif de M. Henri Batiffol, стр. 170.

стоји. На тај начин остављено је свакој држави уговорници да сама оцени кад постоји очигледна неспојивост страног закона са њеним јавним поретком, што има за последицу да један исти тестамент или тестаментарно располагање буде сматрано од једних држава као непуноважно, а од других као пуноважно.

Конвенција предвиђа и могуће резерве. О резерви из чл. 9. која се односи на квалификацију појма домицила већ смо говорили. У чл. 13. садржана је резерва о временском деловању Конвенције, која се може ставити на чл. 8. Конвенције, према коме ће се она примењивати у државама уговорницама у овим случајевима када је тестатор умро после ступања на снагу Конвенције. У државама које су ставиле резерву Конвенција ће се примењивати само на она тестаментарна располагања која су учињена после ступања Конвенције на снагу.

Одредбом чл. 10. Конвенција омогућује државама уговорницама да не признају усмени облик тестаментарног располагања које је учинио њихов држављанин који није имао држављанство ниједне друге државе, ако за то нису постојале изванредне околности.

На основу чл. 11. свака држава уговорница има право да не призна ваљаним у погледу форме, тестамент који се односи на имовину која се налази на њиховој територији, а који је састављен у иностранству у форми које њихово право не познаје, ако су испуњени кумулативно следећи услови: а) да је форма тестаamenta ваљана једино по праву места где је састављен, б) да је тестатор био њен држављанин, с) да је у њој имао домицил или редовно боравиште, д) да је умро у некој другој земљи, а не у оној где је сачинио тестамент (ове резерве је ставила наша земља приликом ратификације Конвенције).

Коначно, одредбом чл. 12. Конвенција даје право свакој држави уговорници да искључи примену оних одредаба Конвенције, које по њеном праву немају наследноправни карактер (нпр. признање очеинства у тестаменту, изјава о позаконьењу, именовање старатеља малолетнику итд.).

Ако на крају, после анализе значајних одредаба Хашке конвенције, поставимо питање у којој мери је она побољшала стање у материји сукоба закона код форме тестаamenta, налазимо одговор у констатацији да ова Конвенција несумњиво представља напредак у односу на начин регулисања ове материје пре њеног доношења. Међутим, правна несигурност остала је и даље, јер је Конвенција није отклонила, већ само ублажила. Разлог за то што није постигла веће резултате, сматрамо да треба тражити у извесним супротностима интереса појединих држава, учесница IX заседања хашких конференција, а потврда овога је стављање низа резерви на поједине одредбе Конвенције од стране извесних земаља. С друге стране, ова Конвенција није примљена универзално, већ од мањег броја држава.

Милена ПЕТРОВИЋ

LE DROIT COMPÉTENT POUR LA FORME DU TESTAMENT AVEC UN ÉLÉMENT ÉTRANGER SELON LA CONVENTION DE LA HAYE SUR LE CONFLIT DES LOIS DANS LA MATIÈRE DE LA FORME DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

— Résumé —

Le problème fondamental considéré dans le présent article est la détermination du droit compétent pour l'évaluation de la validité formelle du testament ainsi qu'il a été prévu par la convention de La Haye. Se proposant de régler ce domaine, d'ailleurs complexe, la convention a adopté le principe *in favorem testamenti*. En le suivant, elle détermine (art. 1) que la disposition testamentaire sera valide par sa forme si elle correspond à une des cinq lois, citées alternativement. Cependant, la formulation de cet article dans la dernière alternative (— pour les immeubles, l'endroit où ils se trouvent) peut amener à la conclusion que, pour l'évaluation de la forme du testament, par lequel on dispose de fortune immobilière, est compétent exclusivement le droit du pays dans lequel celle-ci se trouve et que, par conséquent, pour les biens immeubles n'est valide que cette loi. Selon l'opinion de l'auteur, à une telle conclusion on peut arriver seulement par l'interprétation grammaticale et non pas par l'interprétation systématique de l'article susmentionné. Pour cette raison nous sommes d'avis que notre législateur a résolu les dilemmes possibles d'une manière absolument correcte. C'est que, en introduisant la conjonction *et* (... pour les biens immobiliers — et selon le droit de l'endroit où l'immeuble est situé — la Loi relative à la résolution des conflits des lois avec les prescriptions des autres pays dans les rapports déterminés — art. 31) il est clair que pour les immeubles aussi sont valables toutes les cinq lois, alternativement prévues.

La détermination de plusieurs droits alternatifs dont le testament ne doit satisfaire que les dispositions d'une seule, non seulement est justifiée mais aussi indispensable, si l'on a en vue que les normes de collision sur la forme du testament diffèrent les unes des autres sous nombre d'aspects et, pour cette raison, il est possible que le testament soit valide dans un pays et non pas dans un autre.

УПУТСТВА ФАРАОНА ВЕЛИКОМ ВЕЗИРУ (ЏАТИЈУ) КАКО ДА ДЕЛИ ПРАВДУ*

Још у старом веку Египат је уживао велико поштовање. Владар феничког града Библиоса у 11. столећу пре н.е. говорио је „Египат је земља из које потиче мудрост да би дошла до обала државе у којој живим”.¹ Међу списима старог Египта има доста оних који садрже моралне савете различите врсте, често се у њима отац обраћа сину: писар Ани свом сину даје различите савете за живот („Анијеве изреке”), фараон Кети III саветује наследника („упутства Мерикареа”), „гувернер Југа”, Птахотеп говори о искуствима своје дуге чиновничке службе („мудрост Птахотепа”) и други. Из њих провејава начело блакости, активног живота, поштовања старости и искуства ранијих генерација: „Изучи реч прошлости, јер ће она бити храна деце и одраслих, а онај који је схвати, корачаће са задовољством у срцу” — поручује Птахотеп. Иако су много свог времена, имовине и рада посвећивали култу умрлих, Египћани, насупрот хришћанима, своја задовољства везују за овај живот. „Нико се није вратио одоздо (из света мртвих) да нам прича како је тамо” поручује песма свирача на харфи у стилу Хамлетовог размишљања („Јер то је она земља из које се ниједан путник вратио није”). Зато треба користити задовољства живота. Још Херодот је запазио да Египћанима сећање на смрт служи да би им увећало радости живота: „Када Египћани приређују гозбу, они на једном послужавнику проносе фигуру мртвог да би се подсетили смрти и да би на тај начин подстакли уживање у животу” (Историја, 50. 2. 7—8).

Овде је реч о папирусу нађеном у гробници Рекмиреа, који садржи савете џатију („великом везиру”) при увођењу у дужност.²

* Скраћена верзија ауторовог чланка објављеног у зборнику *Aux origines de l'hellenisme*, Publications de la Sorbonne, Hommage a Henri Effenterre, Paris, 1984.

¹ Elisabeth Laffont, *Les livres de sagesse des pharaons*, Paris, 1979, стр. 12.

² Norman de Garis Favies, *The Tomb of Rekh-mi-re at Thebes*, II, 1943, стр. pl. XVIII—XX; *Paintings from the Tomb of Reh-mi-re*, pl II—X.

Пореклом је из периода владавине 18. династије (15. век пре н.е.), али се сматра да је оригинал старији бар 500 година. Нажалост, нека места нису довољно читка. Ипак се из сачуваног текста може закључити какве су биле политичке и етичке идеје Египћана, какво је било њихово схватање државе и правде. Иако пореклом из давних времена, нека од ових упутстава су и данас актуална и одају велику проницљивост Египћана када је реч о политици и људској души.

I. Фараон почиње излагањем основних начела којима се треба руководити при изрицању правде и која представљају праву теорију права. Цати је био, не само на челу државног апарата управе, већ и врховни судија, „министар правде“. Он је члан фарановог савета, руководи јавним радовима, учествује у доношењу одлука самог владара.³ Зато фараон указује на значај ове функције: „Води бригу о својој дужности цатија и будно мотри на све што треба радити, јер је дужност цатија темељ читаве земље“. Зато његова активност треба да се темељи на правди (маат). „Делити правду није слатко, већ горко као жуч, то је бронза која окружује злато владарева куће“. Овде се злато, као драгоцен метал, али недовољно чврст, супротставља. За челик Египћани још не знају. Чврстина значи и одолевање притисцима, независност од друштвених група. „Не буди попустљив према члановима крунског савета“, који знају да буду обесни и уображени. Али, на другој страни, према нижима треба имати обзира: „Не прави ни од кога потчињено лице“. Текст каже да треба бити „човек“, нарочито када неко дође да би заштитио своје право.

Владару се дугује лојалност: „Гледај да све што неко ради у кући свог господара (фараона) буде у складу са верношћу. Нико не сме да ради у исто време за неког другог.“ Нико, дакле, не може да служи два господара у исто време и да избегава обавезе.

Следе упутства о поступку са странкама. „Када ти дође молилац са Југа или Севера (другим речима) из целе земље, снабдевен потребним исправама, са жељом да буде примљен у канцеларији цатија, труди се да све ствари расправиш у складу са прописима, да доносиш одлуке у складу са правдом која сваком случају одговара и да тако сваки добије своје право“. Упутство говори о „прописима“, али из старог Египта није сачуван ниједан закон нити збирка закона, тако да је спорно да ли су они постојали, иако таква вероватноћа постоји. Нешто даље се додаје да свака одлука мора бити извршена.

У овом фрагменту говори се и о санкцијама. Претња фараоновим казнама, иако фигуративно изражена, није ништа мање претећа. Свако, па и сам владар, мора да поступа у складу са „маатом“ и ако се цати не буде придржавао тога, прети му се смењивањем са функције.

У следећим пасусима говори се о потреби јавности рада.

„Труди се да се пресуде доносе јавно, вода и ветар утичу на све што се дешава. Оно што се ради неће остати непознато и ако

³ Wolfgang Helck, Zur Verwaltung des Mittleren und Neuen Reichs, 1958, стр. 17 и сл., 44—50.

учини нешто неправилно... (нечитко)". Због нечитких места не можемо да видимо каква је била санкција. Владар наставља: „Пази, за службеника је безбедно да суди спорове у складу са упутствима и да спроведе оно што је одлучено. Тужилац коме је донета пресуда (не сме рећи: ја нисам) добио своје право". Речи су биране, али је тон претећи. Општи надзор обавља фараон и свако може њему да се жали.

II. У другом делу говори се о правди. Појам правде „маат" је сложен и обухвата поредак, правичну меру, равнотежу, прави однос између живих бића и ствари. Маат може значити и: истина.

Да би објаснио овај појам, фараон наводи један пример из прошлости. „Ево једног случаја који се налази у 'збирци из Мемфиса'...⁴ Немој да чиниш онако како је замерено цатију по имену Кети који је пресуђивао на штету својих рођака и у корист туђина из бојазни да му се не пребаци пристрасност. Он се понашао неправично... јер то је више него правда (маат). Према томе, не суди неправично, јер се пристрасности ужасавају божанства". Појам „божанство" се може односити не само на бога, већ и на владара, на фараона.

Завршавајући одељак, фараон каже: „Ево ти 'сехаита' (поуке, доктрине) и тако се понашај". Али се тиме поуке не завршавају.

Са свима се мора поступати једнако: „Оног кога познајеш, гледаћеш као да га не познајеш, ко ти је близак, као оног ко ти је далек. Службеник који овако ради, добро ће проћи у служби". Сваки захтев не треба усвојити, али подносиоце захтева треба примити као људска бића: „Не одбијај молиоце пре но што саслушаш све његове речи. Када дође онај који хоће да се жали, немој одбити да га саслушаш тврдећи да је то већ рекао". Са странкама се мора бити стрпљив. А када се одбије захтев, треба дати образложење: „Немој га одбити а да не даш разлоге због којих си га одбио. Знај, као што је већ речено, да странка више воли да се укаже пажња ономе што ће рећи, него да добије одлуку због које је дошла". То је заиста добро психолошко запажање и човечан став.

III Треба бити и строг када је то потребно. Додајмо да је на основу постојећих докумената може закључити да прекршај може постојати само ако је претходно донето правило, да није било ретоактивности у кривичним делима.⁵

„Немој без разлога бити строг, али буди строг када има разлога". Државни орган мора да улије страх. „Улиј страх, тако да те се боје, јер (прави) је службеник онај кога се боје. Али углед лежи у томе како спроводи правду, јер ако је неко претерано строг и ради неправилно, а људи то знају, не могу за њега да кажу: 'То је човек'. Сигурно ће службеник који лажно говори и вара стећи одговарајући глас. Зна се да ће га стићи фараонова казна и осуда јавног мњења".

⁴ Успомена на Мемфис, стару египатску престоницу, дуго је чувана у предању. Вид. Georges Posener, *Litterature et Politique dans l'Egypte de la XIIe dynastie*, 1965, стр. 3 и сл.; Miriam Lichtheim, *A Saying from the Book of Memphis*, Studi Wilson, 1969, стр. 28—29.

⁵ Jean-Marie Kruchten, *Le décret d'Horemheb*, 1981, стр. 209.

Фараон се враћа на дужност примене „маата“. „Успећеш у обављању своје дужности ако се будеш придржавао маата, јер се од џатија очекује да примењује правду, он се сматра првим службеником правде од епохе богова (од почетка историје) и зато се главни писар џатија назива 'писар правде' ”.

У следећем одељку поново се говори о дужности јавног обављања функције. „У сваком случају, канцеларија у којој саслушаваш странке има велики одељак у коме се чувају записници са суђења, јер онај који изриче правду пред целим народом — тај је (прави) џати“. Ови записници су вероватно били доступни јавности и могли су да служе као доказ.

Затим се џати подсећа на послушност фараону. „Знај да човек остаје на свом положају ако решава спорове у складу са упутствима која је добио. Човек је срећан и напредује када ради сагласно ономе што му је наложено. Не чини оно што желиш (самовољно) у случајевима у којима постоје позната правила која треба применити, јер то спречава и уображеност (оних који мисле да им је све дозвољено) и плашљивост (оних који се боје да нешто одлуче). Ради у складу са упутствима која си добио“. На тај начин свака ће странка добити „своју“ правду.

IV Из свега овог се може видети да постоји један срећен, методичан и кохерентан прилаз правди, до које се често долази дедукцијом. Основни мотив акције није усаглашавање са једном унапред готовом и непроменљивом идејом маата. Да би био достојан своје службе, џати у служби фараона треба да примењује правду која се не налази у неким књигама, већ се ствара свакодневно у складу са околностима и лицима.

Аристид ТЕОДОРИДЕС

(Превео с француског: Обрад Станојевић)

LES INSTRUCTIONS DU PHARAON AU GRAND VIZIR (DJATI) INDIQUANT À CELUI-CI COMMENT RENDRE LA JUSTICE

— Résumé —

L'article représente la traduction et le commentaire du papyrus connu »instructions à Mérikaré« datant de la fin du second millénaire avant notre ère.

Le pharaon donne des instructions au grand vizir (djati) sur la façon de se conduire dans l'exercice de sa fonction pour laquelle il dit qu'elle est le pilier de l'État. Il doit observer les principes de la justice (*maat*) et être impartial: »Si tu connais quelqu'un, fait semblant de ne pas le connaître«. Avec les parties il doit procéder humainement et patiemment (»Plus importe à la partie d'être écoutée que d'obtenir la justice qu'elle réclame«), mais, de l'autre côté,

son comportement doit inspirer le respect et l'autorité: »Imprime la crainte, car un véritable fonctionnaire est celui dont on a peur«. Dans l'exercice de ses fonctions il doit être fidèle et obéissant au pharaon et son activité doit être accessible au public.

Somme toute, ces instructions révèlent une civilisation dans laquelle existe une pensée cohérente et elles sont une conséquence du fait qu'on se rendait compte de certaines vérités sur le pouvoir et sur le rapport entre l'autorité et les sujets qui a sa valeur même de nos jours. Elles sont une preuve de plus qu'on exagère en parlant de la contribution des Grecs et des Romains à l'histoire de la civilisation qui est incontestablement grande, mais elle n'est pas tombée du ciel, mais s'appuie sur les réalisations des autres peuples, inclusivement aussi les Egyptiens anciens.

О АЗИЈСКОМ НАЧИНУ ПРОИЗВОДЊЕ*

Интересовање Европе за Исток траје дуго, још од Марка Пола. „О Оријенту почињу да пишу трговци, путници, путописци, дипломате, мисионари који су путовали по Азији и у Европу доносили прве, и до тада једине, вести о животу и уређењу азијских народа. Проблемима Истока касније се, поред осталих, баве Bernier, Smith, Hume, James, i John Stuart Mill, Montesquieu, Voltaire, Quesnay, Hegel, Hecsen, Plehanov. У 19. веку и почетком 20. века класици марксизма — Маркс, Енгелс, Лењин, посвећују значајну пажњу овим проблемима и Маркс први даје заокружену концепцију азијског начина производње.¹

Од самог почетка преовладавало је схватање да је систем који је у старо време био примењиван у државама Истока био различит од оног у Европи, да је „нешто друго“.

На основу података које је пружала тадашња историографија, Маркс је дошао до закључка да је азијски начин производње један од оних који претходе капитализму, да је различит од робовласничког начина.²

Ова његова мисао имала је занимљиву историју у Совјетском савезу. Између 1920. и 1931., вођене су велике дискусије о овом питању у совјетској историографији. Било је мишљења да азијски начин производње није ништа друго до једна врста феудализма (Стаљин, Миф, Бухарин).³ Ипак је добар део совјетских историчара прихватио да је реч о посебном, различитом облику произ-

* Из магистарског рада.

¹ Јакшић, Развој теоријске мисли о азијском начину производње, Марксизам у свету, 1980, бр. 7, стр. 5.

² Marx, Прилог критици политичке економије, предговор, Берлин, 1858. Занимљиво је да је и штампање овог Марксовог дела једно време било запостављено у СССР-у.

³ Sawyer, Дискусије двадесетих година у СССР-у, чланак у Марксизам у свету, 1980, бр. 7, стр. 150—175.

водних односа. Међутим, оваква концепција у време развоја догматског начина мишљења, тј. у време пораста стаљинизма, била је напуштена, а њени носиоци су чак и прогањани. Томе је допринело више околности.

Најпре тежња ка поједностављењу историје, што је одлика сваког догматизма. Развитак људског друштва морао се свести на шему: првобитна заједница, робовласништво, феудализам, капитализам, социјализам и комунизам. Још је Маркс протествовао против оваквог грубог упрошћавања његових идеја. У једном писму је рекао да му „уједно чини превелику част и превелику неправду... метаморфоза његове скице генезе капитализма у Западној Европи у једну историјско-филозофску теорију општег марша, фатално наметнутог народима, без обзира у каквој историјској ситуацији се они налазили“.⁴

Други разлог за овај став било је писање неких немарксиста, као што је био Витфогел (Wittfogel), који је хтео да представи и совјетски систем у време Стаљина као један облик „азијског начина производње“.⁵

Због тога је учење о посебном облику производње, специфичном за стари Исток, било потиснуто, а уместо тога се друштвено-економски систем држава Истока сврстава или у робовласништво или у феудализам.

Међутим, у новије време и у СССР-у, и у марксистичким круговима на Западу, поново се јавља веома жива дискусија о овом проблему. У првом реду треба истаћи књигу мађарског марксисте Токеја (Tökei) „О азијатском начину производње“, коју је Мађарска академија наука превела на француски језик,⁶ и која је изазвала бурне реакције. Све више и сами совјетски историчари и марксисти прихватају да је азијски начин производње посебан облик организовања друштвених односа, различит од робовласништва и феудализма.⁷

Француски марксиста Жан Шеснео (Jean Chesneaux), сматра да су разлози за повратак Марксове идеје на сцену следећи:

- све већа улога земаља „трећег света“ у светској историји,
- нова сазнања до којих се дошло у погледу историје страних друштава ваневропског света,

⁴ Melotti, Садашње стање проблема, Марксизам у свету, 1980, бр. 7, стр. 239., Melotti цитира писмо које је Маркс упутио издавачком савету часописа Отечественные записки, новембра 1877.

⁵ Wittfogel, Водопривредна економија — оригинални облик политичке економије, Марксизам у свету, 1980, бр. 7, стр. 259—288.

⁶ Tökei, Sur le mode de production asiatique, Budapest, 1966.

⁷ Вид. Крилов, Азијски начин производње као посебан облик робовласништва или феудализма, Марксизам у свету, 1980, бр. 7, стр. 335—342; Melotti, нав. дело; Качановски, Дискусија о азијском начину производње на страницама стране марксистичке штампе, Марксизам у свету, 1980, бр. 7, стр. 194—238; Shizawa, Јапански историчари и азијски начин производње, Марксизам у свету, 1980, бр. 7, стр. 175—193.

— одбацивање догматског погледа на историју.⁸

Према новијим сазнањима азијски начин производње није специфичност само земаља Далеког Истока, цивилизација које су се јавиле у долинама река („иригационе цивилизације“). Он се јавља и у другим деловима света, онде где не постоји потреба наводњавања, као што је претколумбовска Америка или Екваторијална Африка. Шта више, он је био познат и код европских народа. „И у Европи налазимо слично стање, али за краћи период (стопедесет до двеста година). И у том смислу такозвани азијски начин производње представља универзални стадијум развика“, пише Крилов.⁹ „Кореја, нарочито под династијом Ли (14—19 век), изгледа готово савршен пример друштва с основним цртама азијског начина производње“, пише Шесно.¹⁰ Исто важи и за Камбоџу, Сијам, Бурму и Индонезију.¹¹

Основна разлика између Европе и већине других делова света је у томе што је настанак класних односа овде праћен коначним распадом општинских односа, док су азијски народи претколумбовске Америке и Екваторијалне Африке задржали општину још низ векова.

Мелоти не прихвата овакав схематизам, јер мисли да је он последица нове врсте европоцентризма. Уз овакве схеме научници желе да кажу како се Азија и други делови света не би исцупали из свог начина производње, који је био статичан, неспособан да сам себе измени. Он предлаже нове схеме у којима постоје паралелно развојни путеви словенских, германских, азијских и античких народа, који имају различите облике, да би се тек у социјализму спојили у јединствен облик.¹²

Без обзира да ли је био универзални облик или се односио само на неке делове света (што нам се чини прихватљивијим), азијски начин производње, према мишљењу већине аутора, има следеће основне карактеристике:

1. Велика економска улога државе. Она непосредно организује радове на наводњавању и исушивању земљишта, на изградњи и одражавању путева, експлоатацији рудника, а често има монопол и у међународној трговини.

2. Деспотски карактер државе. Експлоатација покореног становништва обавља се путем ванекономске принуде. Владајућу класу образују људи који на овај или онај начин припадају државном

⁸ Chesneaux, Азијски начин производње, неке истраживачке перспективе, Марксизам у свету, 1980, бр. 7, стр. 302—334.

⁹ Крилов, нев. дело, стр. 335—336.; Туяев, Проблемы становления царской власти у древних Мая, Становление классов и государства, Москва 1976, стр. 248.

¹⁰ Chesneaux, нав. дело, стр. 321.

¹¹ Ibidem.

¹² Melotti, нав. чланак.

апарату. У Кини велику улогу имају учени чиновници, мандарини, у државама Месопотамије свештеници и други припадници владајућег слоја.

3. Релативна неразвијеност психолошких црта, као што је индивидуализам, тако да доминира осећање припадања заједници, обично општини. То је, по свој прилици, траг родовског друштвеног уређења.

4. Преовлађивање етичког момента над рационализмом, тако да се „све то заснивало на очувању, у самом систему, производних односа, општина која је каткад имала црте родовских крвних веза.¹³

Најважније црте би биле: изражени бирократизам и колективизам општина.

У сеоским заједницама се обављају основни процеси ових друштава, процес производње у првом реду. Сељаци су се заједнички бринули о обрађивању земље, о одржавању канала и другим јавним радовима. То је једна врста радне ренте, а поред тога су дуговали и део прихода.

Емилија СТАНКОВИЋ

SUR LE MODE DE PRODUCTION ASIATIQUE

— Résumé —

Dans cet article l'auteur expose différentes attitudes à l'égard du mode de production dit asiatique et essaie d'indiquer toutes les spécificités de ce mode de production. Marx considère que le mode de production asiatique est un de ceux qui précèdent le capitalisme, qu'il est différent du mode du régime d'esclavage et qu'il est caractéristique des États de l'Orient ancien. Dans l'Union Soviétique un certain nombre de savants ont été d'avis que le mode de production asiatique n'est autre chose qu'une espèce de féodalisme, tandis que l'autre part des historiens a adopté l'attitude qu'il s'agit d'une forme spécifique, différente, des rapports de production. Ce dernier temps, aussi bien dans l'U.R.S.S. que dans les cercles marxistes de l'Ouest on prête à ce problème de nouveau une grande attention. On accepte de plus en plus l'attitude que le mode de production asiatique est une forme spécifique d'organisation des rapports sociaux, différente de ceux de l'esclavage et du féodalisme. En outre, il faut souligner que les connaissances récentes montrent que le mode de production asiatique n'est pas un trait spécifique uniquement des pays de l'Extrême Orient, »des ci-

¹³ Крилов, нав. чланак, стр. 335.

vilisations d'irrigation», mais qu'il apparaît également dans les autres parties du monde où il n'y a aucun besoin d'irrigation, telles que l'Amérique pré-colombienne ou l'Afrique équatoriale. Il a été connu même parmi les peuples européens. Le mode de production asiatique, nonobstant le fait où il apparaissait, à l'avis de la plupart des auteurs, est caractérisé par l'importance du rôle économique de l'État, le caractère despotique de l'État, le développement relativement insuffisant des traits psychologiques — tels que l'individualisme et la prédominance du moment éthique sur le rationalisme.

ВЕЛИКИ ЈУБИЛЕЈ

(150-годишњица доношења Сретењског устава)

I

Почетком 1985. навршило се 150 година од доношења Устава Кнежевине Србије, издатог и заклетвом потврђеног о Сретењској скупштини 1835. године у Крагујевцу. Његов творац је Димитрије Давидовић, изузетна стваралачка личност у оно време.

На срећу, ова годишњица је послужила као прилика да се — колико нам је познато, први пут после ослобођења — утврди допринос овог устава стварању и демократичности наше уставности и ближе осветли лик његовог творца.

Тако је 14. фебруара 1985. године у Земуну, на родној кући Д. Давидовића откривена спомен-плоча у коју су уклесане следеће, лепо распоређене, речи: „У овој кући рођен је отац српске штампе и писац Сретењског устава Димитрије Давидовић (1789 — 1838), новинар, дипломата и државник. Године 1813. покренуо је први српски дневник *Новине Србске*“. Истог дана, увече је у фойеу земунске сцене Народног позоришта отворена изложба фотографија и докумената о његовом животу и раду, и одржана свечана академија: о стваралаштву Д. Давидовића говорио је Богдан Дечермић, председник Удружења новинара СР Србије.

Само неколико дана касније, 26. фебруара у просторијама Народне библиотеке „Вук Караџић“ у Крагујевцу, на иницијативу Одбора за обележавање стопедесетогодишњице доношења Сретењског устава, отворена је веома успела изложба о стваралаштву Д. Давидовића, и одржана предавања: о Милетиној буни и доношењу Сретењског устава говорио је др Радосл Јбушић, доц. Филозофског факултета у Београду, а о Сретењском уставу и развоју уставности у Србији — др Ратко Марковић, проф. Правног факултета у Крагујевцу.

28. фебруара и 1. марта ове године Удружење новинара СР Србије и Српска Академија Науке и Уметности организовали су, у просторијама Академије, дводневни научни скуп Стваралаштво Димитрија Давидовића, на којем је учињен озбиљан покушај да се свестрано осветли личност и дело Д. Давидовића. Наводимо ауторе и питања (без умножених и учесницима датих ре-



Насловна страна Сретењског устава

ферата!), о којима се расправљало на овом скупу: Владимир Стојанчевић је говорио о државно-правном и национално-политичком положају Србије према Сретењском уставу, М. Ђорђевић — о Сретењском уставу у уставном развоју Србије, А. Фира — о правним карактеристикама Сретењског устава, Д. Поповић — о

упоредно-правним погледима на организацију власти по Сретењском уставу, О. Благојевић — о значају *Новина српских* за економску науку у Србији, Д. Милић — о економским одредбама у Уставу 1835. године, Р. Љушић — о политичкој делатности Д. Давидовића у Србији (1821 — 1835), Видосава Стојанчевић — о становништву и етнографским карактеристикама Србије према Д. Давидовићу, М. Дабижић — о Земуну у другој половини XVIII и почетком XIX века, Л. Павловић — о Д. Давидовићу и Смедереву, Ј. Деретић — о значају Д. Давидовића за развој српске књижевне периодике, М. Бјелица — о месту Д. Давидовића у историји југо-



Димитрије Давидовић

словенског новинарства, Ђ. Мрђеновић — о *Новинама Србским*, дневном листу у Срба 1813 — 1821. године, М. Недељковић — о другим народима и земљама у *Новинама Србским*, М. Аврамовић — о Д. Давидовићу као аутору и уреднику *Новина српских* (1834 — 1835), Р. Самарџић — о *Историји народа Србског* Д. Давидовића, Ж. Милисавац — о Д. Давидовићу и Георгију Магарашевићу, Ј. Митровић — о Д. Давидовићу и Вуку Караџићу, А. Младеновић — о језику *Историје народа српског* (1821) Д. Давидовића,

М. Николић — о Д. Давидовићу и српском позоришту, Б. Вујовић — о Д. Давидовићу и ликовној култури обновљене Србије. — Треба зажалити што је изостало пет, у Програму најављених реферата: М. Татића (о Сретењском уставу и традицији српске народне самоуправе), М. Немањића (о Д. Давидовићу и школовању српске омладине), М. Павића (о књижевно-публицистичком раду Д. Давидовића), Љ. Рајнвајна (о облицима новинарског изражавања Д. Давидовића) и Д. Давидова (о графичким илустрацијама у публикацијама Д. Давидовића). — Сва ова питања смо овде намерно навели: да се види шта се све везује за име Д. Давидовића. Штета што у дискусији није вођен и плодан дијалог, сем, донекле, првог дана. И без тога, нема сумње да ће материјали са овог скупа, ако се, како је обећано, објаве, представљати значајну публикацију и тако бити подстицај за даља истраживања.

На иницијативу Одбора за обележавање стваралаштва Д. Давидовића и Удружења новинара СР Србије, у Дому културе у Смедереву је 25. марта ове године (на годишњицу смрти његове) отворена изложба и одржана свечана академија њему у спомен: о стваралаштву овог великана говорио је Милутин Цветковић, члан Извршног већа СР Србије.

Крагујевац може бити поносан на своју велику, блиставу, сјајну итд. прошлост, на зачетке српске културе који су управо за овај град везани и за тако велика имена, какво је, без сумње, Димитрије Давидовић. За Крагујевац време од пре 150 година било је мучно и тешко, али и славно: у овом времену стварани су планови и ударани темељи нашем новом државном животу.

7. маја т. г. Центар за марксистичко образовање Универзитета „Светозар Марковић“ у Крагујевцу и наш Правни факултет — који чува традиције Лицеја, отвореног 1838. у Крагујевцу, коме је Д. Давидовић, као просветар, крчио пут, али чији почетак рада није дочекао — придружујући се обележавању ове значајне годишњице и, посебно, с обзиром да је Д. Давидовић од 1821. до 1835. године провео управо у Крагујевцу и да је у овом граду донет Сретењски устав и заведен уставни режим, ма колико кратко трајао, организовали су Округли сто Стопедесет година од доношења Сретењског устава, на којем су историчари и правници (они који се баве правном историјом, уставним правом, или теоријом права) расправљали о разним питањима везаним за овај устав: реферат Д. Јанковића се односио на предисторију Сретењског устава, реферат В. Стојанчевића — на друштвено-економске прилике у Србији у време доношења овог устава, реферат Љ. Кандић — на државно-правни статус врховних органа власти у Србији до доношења Сретењског устава и према њему, реферат Н. Сотировског — на оснивање Великог суда народног и Совјета српског као првом наговештају старешинско-чиновничке опозиције кнезу Милошу, реферат Р. Љушића — на однос Србије и великих сила од стицања аутономије до отварања конзулата у

Београду, реферат С. Стојичић — на доношење Сретењског устава, реферат М. Јовичића — на Сретењски устав и његово место у свету савремене уставности, реферат Р. Марковића — на примену начела уставности и законитости у овом уставу, реферат Д. Денковића — на развој државне власти и управе у Србији и значај Сретењског устава, реферат Р. Гузине — на локалну управу према овом уставу, реферат М. Мирковића — на Сретењски устав и доношење Начертанија о духовним властима Кнежевине Србије, реферат Д. Поповића — на Сретењски устав и ограничену монархију, реферат Т. Подгорца — на Димитрија Давидовића, творца овог устава, реферат М. Павловића (за Округли сто скицирани, а касније написани) — на Сретењски устав у светлости улоге интелигенције у Србији. Не могући да присуствује Округлом столу — због болести, академик Р. Лукић није могао а да не каже реч-две о овом документу наше историје, па је послао писани прилог *Неке напомене о Сретењском уставу*. На основу реферата и језгровитих сажетака сваког од референата, поднетих на самом Округлом столу, вођена је занимљива дискусија о разним питањима везаним за овај устав и његовог творца. Сав овај материјал — реферати са резимеима на енглеском језику, дискусија и, као додатак, текст Сретењског устава, у неизмењеној ортографији, ускоро ће угледати светлост дана и, без сумње, значити корак даље у сазнањима о овој материји.

II

Сходно максимама „Брзи на одушевљењу и заносу, још смо бржи на заборау и непоштовању“ и „Ништа не говори тако живо као мртва прошлост кад се оживи“, обележавање значајних годишњица везаних за стваралаштво Д. Давидовића и његову личност има своје пуно оправдање: да се незаборавни, а данас ипак запостављени лик Д. Давидовића оживи и утврди његов допринос разним областима јавне делатности.

Сматрамо да се не може говорити о стваралаштву Д. Давидовића (и у правној области), а да се не говори о његовој личности и *vice versa*. Дакле, да ли треба познавати само његово дело, или истовремено и његову личност и живот — сувишно је питање. Друга је ствар стављање акцента на једно или друго. Разуме се, и кад се он као личност проучава, треба марљиво трагати за фактима и доносити судове на основу савесно проучене грађе из прве руке; претресање архива, превртање пожутелих листова се врши из данашње перспективе, у критичком суочавању са садашњом јавом.

Осветљавајући Д. Давидовића као уставописца, треба испитати које то вредности његовог дела издвајају овог човека у ред

них снажних личности којима „би даровано да открију улазе у ново доба“.

Савремени проучавалац дела и личности Д. Давидовића треба да застане и да се замисли над његовим огромним напорима, пре доласка из Беча и по доласку отуда, како у спољним (у његовој дипломатској активности), тако и унутрашњим пословима ондашње Србије. Готово да није било важнијег посла у земљи а да он у њему није учествовао: финансијски послови — уређење и разрез пореза, уређење и подизање царине, скела и осталих финансијских установа и дажбина; сазивање и отварање народних скупштина; давање упутстава за обележавање тачне државне границе; одржавање пријатељских веза са суседним областима и државама; подизање просвете; уређење школа, цркава, штампарије и новинарства; установљење и уређење прве војске, сталног кадра и подизање војне снаге; прикупљање грађе и састављање Сретењског устава.

Човек дипломатског дара, ретке енергије и огромног пожртвовања за „мили, слачајши, предраги Род србски“, човек који је дужност према свом роду и човечанству стављао изнад личног интереса, човек који је толико веровао у моћ васпитања и науке — тај родољубиви и трудољубиви, слободољубиви и правдољубиви, проницљиви и убедљиви, марљиви и поверљиви, издржљиви и не-саломљиви, горљиви и говорљиви; просвећени и добронамерни, умни и оштроумни, разумни и осећајни, одважни и тактични, упорни и доследни Д. Давидовић задужио је не само свој народ — српски, него и остале југословенске народе и, уопште, све људе напретка и просвете. У југословенском правничком свету његово име остаће увек високо цењено: био је на почетку пута савременог конституционализма и владавине права (законитости).

Прилагођавајући поједина решења устава страних држава особеностима ондашње Србије, Д. Давидовић се показао не само као успешан рецептор, већ и као конструктивни дух.* Из текста Сретењског устава израња на површину једна чврста, систематична и заокружена концепција устава. Кад данас погледамо његову садржину уверавамо се с каквом је одговорношћу Д. Давидовић као уставописац обавио овај свој задатак.

* С обзиром на оно што је садржано у малочас изнетом ставу — да се не може говорити о Д. Давидовићу као личности и уставописцу без анализе његовог свеколиког дела, нужно нам се наметала потреба да наше разматрање „Димитрије Давидовић, творац Сретењског устава“ (Ст педесет година од доношења Сретењског устава, изд. Универзитета „Светозар Марковић“ у Крагујевцу, 1985) укључимо и одређена питања и уставноправне проблематике, као што су: карактеристике устава као највишег општег правног акта, октоисани устав, подела власти, права држава, право вета, грађанска права и слободе и др. С тим у вези је наш закључак о Д. Давидовићу као најистакнутијој личности у историји нашег уставотворства (уставодавства): као новинар, значајни посленик књижевности, историчар, државник и дипломата, он је притекао у помоћ себи као уставописцу. Намерно кажемо: уставописцу, јер је Сретењски устав творевина колико оног који га је писао, толико и оних који га је наменио и ради којих га је створио.

Сретењски устав је једно од најважнијих дела у правној и политичкој историји народа Југославије. Иако је важио само неколико недеља — донет је другог дана Сретењске скупштине, тј. 3. фебруара (првог дана, на само Сретење, 2. фебруара, саслушана је Престона беседа, коју је, уместо Књаза Милоша, прочитао његов секретар Д. Давидовић, трећег дана, 4. фебруара Народна скупштина је предала Књазу поклоне), а суспендован 17. марта 1835, по старом календару — ушао је у ову историју као веома важан патриотски чин српског народа, који је доношењем овог основног закона, без учешћа сизеренског турског и покровитељског руског двора, хтео да да доказа о својој државотворности.

Да је ондашња Србија поступала као стварно суверена држава види се не само по томе што је она самостално донела Сретењски устав, већ и по томе што се овим уставом утврђују знамења државе — застава и грб, уводи попечитељ иностраних дела и сл.

Добро познавајући стање јавног мњења у ондашњој Србији, ћуд Књаза Милоша и међународну ситуацију, Д. Давидовић се осмелио да шансу која му се, у постојећим околностима, указала искористи на најбољи могући начин не за себе самог, него за будућност Србијину.

Сретењски устав изражава, с једне стране, слободоумне идеје изражене у уставним документима и уставима с краја XVIII и почетка XIX века и, с друге — захтеве који су произишавали из друштвено-економских и друштвено-политичких прилика ондашње Србије. Зато се може тврдити да на унутрашњем плану он представља историјски компромис између Књаза Милоша и старешина, и између њих заједно, с једне, и народа, с друге стране. Иако, формално, октроисан, подарен народу, за овај устав се, у ствари, изборио народ Милетином буном. Иако је ова буна кратко трајала и завршила се без крви, њени учесници су били одлучни у својим захтевима, које Сретењски устав и изражава.

Три по пространству велика и на пропаст осуђена царства (турско, аустријско и руско) нису се мирила са потпуном самосталношћу Србије и њеним уставним уређењем, у којем се Народној скупштини даје вид легалности, грађанима гарантују одређена права и слободе и сл. Под њиховим притиском, а и сам не желећи да буде везан Уставом, Књаз Милош се лако одлучио да га укине.

Кратко време важења Сретењског устава ниуколико не умањује његову историјску улогу. Пролегомена борби за демократску уставност у Србији, он и у политичкој традицији демократског света уопште има несумњив и велики значај.

Величина Сретењског устава почива не само на политичком смислу његовог настанка, него и на правно-системској вредности његовог текста.

Композицијски прихватљив, са мање-више добро уравнотеженим појединим деловима, *materia constitutionis* овог основног закона, као уводног акта за којим је требало да уследе разни земаљски закони, обухвата следећа питања: Достојанство и простор Србије, Боја и грб Србије, Власти српске, О законодавству и о начину како га ваља водити уопште, О Књазу српском, О Државном совјету, Власт судска, О Народној скупштини, О цркви, О финансији (азнадарству), Општенародна права Србина, Права чиновника, Промене и додаци Уставу Кнежевине Србије и Закључак.

Глава прва.

Достојанство и простор Србије

1/ Србија е неразделна, и у правилима својим независно Књажество до признања Султана Махмуда Другог и Императора Николаја Првог.

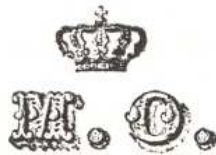
2/ Србија дели се на разна Окружија, а Окружија на Срезове и Обштинае. Границе и имена први могу се Закономъ и иближати и допиривати на Окружја.

Почетак Сретењског устава у оригиналу

Иако је о Сретењском уставу и његовом творцу раније доста писано, овај правни акт, као значајан документ наше традиције, је занимљив и с гледишта данашњег времена. Зато је најбоље пусти-ти га да говори сам за себе: нема никакве сумње у то да упознавање с његовом садржином и, уз то, у неизмењеној ортографији, представља посебан интелектуални доживљај.

Следи текст Сретењског устава* у целини:

* Оригинал Сретењског устава, писан руком, чува се у Архиву Србије. Овај оригинал, у нешто смањеном формату, даје се као додатак у публикацији Сто педесет година од доношења Сретењског устава (Издавач: Центар за марксистичко образовање Универзитета „Светозар Марковић“ у Крагујевцу, 1985); штампани текст овог устава (у Крагујевцу, у Књажеско-Србској Типографији 1835) доживео је недавно (1984) фототипско издање (Издавач: Културни центар из Горњег Милановца, у сарадњи са Универзитетском библиотеком „Светозар Марковић“ у Београду).



УСТАВЪ КНЯЖЕСТВА СЕРБІЕ.

ГЛАВА ПРВА.

Достойнство и просторъ Сербіе.

- 1.) Сербія е нераздѣлно, и у правлѣнію свомъ независимо Княжество по признанію Султана МАХМУДА Другого, и Императора НИКОЛАЯ Првого.
- 2.) Сербія дѣлится на разна Окружія, а Окружія на Срезове и Обштине. Границе и имена првы могу се закономъ и мѣняти и дотеривати на округъ.

ГЛАВА ДРУГА.

Боя и Грбъ Сербіе.

- 3.) Боя народна Србска естъ отворено - црвена, бѣла и челикасто-угасита.
 - 4.) Грбъ народный Србскій представля Крстъ на црвеномъ полю, а међу краковима Крста по едно огньило, окренуто къ Крсту.
- Савъ Грбъ опасањъ е зеленымъ вѣнцемъ съ десне стране одъ растова, а са леве одъ маслинова листа.

ГЛАВА ТРЕЋА.

Власти Србске.

- 5.) Власти Србске есу три:
Законодательна,
Законоизвршительна и
Судейска.
- 6.) Законодательна и законоизвршительна власть есу:
 - а. Князь, и
 - б. Државный Совѣтъ, саставленъ изъ шесть Попечителя поединны и раздвоенны струка дѣла народны, какоти: Правосудіа, внутренни дѣла, фінансія, иностранны дѣла, военны дѣла, и просвѣщенія, и изъ неопредѣленногъ числа државны Совѣтника и Предсѣдателя Совѣта съ главнымъ Секретаромъ Совѣта.

ГЛАВА ЧЕТВРТА.

О Законодавству и о начину, како га ваља водити вообште.

7.) Законодавство сочинява и издае све законе и уредбе вообште, ил' се они и оне касале свога народа, или само едне части нѣгове; оно сочинява и издае устрояванѣ своју осталих властей и общенародны заведенія.

8.) Никакавъ законъ не има повратне силе.

9.) Законъ о располагању данка на народъ за сваку годину не може се издати безъ одобренія народне Скупштине, која ће се тога ради сваке године сазивати, и која ће састављена бити изъ сто најодабраних, најразумних, и народно повѣреніе највећма заслужуюћих Депутата.

10.) Свакій законъ и уредба законотелне власти обнародоваћесе одъ државнога Совѣта подъ именомъ Князя.

У вступљенію свакогъ закона и уредбе надписаћесе овако:

Н. Н. Князь Србскій,

по преслушанію државнога Совѣта, заключаемъ слѣдуюће:

а на дну подписаћесе Предсѣдатель државнога Совѣта, надлежный Попечитель и главный Секретаръ Совѣта. На коимъ обнародованіямъ не има своју овы правила, она нису законна, и не треба, да се наблюдавају.

11.) Попечительи предлагају државному Совѣту законе и уредбе, свакій по струцы, која ѣ кому повѣрена.

12.) Совѣтъ прегледа попечительска предложенія у своимъ засѣданіямъ, и подноси ѣ Князю на одобреніе.

13.) Князь издае рѣшеніе свое о предложеніямъ државнога Совѣта најдуже двадесетъ дана послѣ полученія ѣнигогъ, већъ ако Князь за нужно нађе, позвати къ себи Совѣтъ, и посовѣтоватисе съ ѣнимъ о истымъ предложеніямъ, и тымъ се рѣшеніе отегне.

14.) Князь има право, не одобрити свакогъ закона и уредбе одма, како му ѣ поднесе државный Совѣтъ првый и другій путъ. Но поѣмъ му ѣ поднесе и третій путъ съ новымъ и исцрпљнымъ доказателствама, која не иду на пагубу народа, или противу Устава државнога, онда ѣ Князь одобрава; у противномъ случаю пакъ не одобрава ѣ.

ГЛАВА ПЕТА.

О Князю Србскомъ.

15.) Лице Князя Србскогъ свето ѣ и неприкосновено; Князь не одговара ни за какво дѣло владѣнія ни правлѣнія, за која одговараю остале власти Србске, свака по своемъ одѣлѣнію; зато не може нико ни тужити ни судити Князя Србскога за иста дѣла, већъ некъ тражи поменуте власти, коима ѣ свакой одређено свое дѣло.

16.) Князь Србскій глава ѣ Државѣ. Њму пристои право, по преслушанію државнога Совѣта, давати законе и уредбе, и изврщивати ѣ посредствомъ надлежны Попечителя разны струка дѣла народны, и именувати све власти и све чиновнике Србске.

17.) Князь има право, помиловати кривце, и олакшавати и праштати имъ одсуђене казни.

18.) Князь има право, предлагати државному Совѣту законе и уредбе, о коима да се онъ совѣтуе, и дае му миѣнія своя.

19.) Князь има право, држати при себи ради совѣтованія у своемъ Кабинету и подъ именомъ: „Княжескога Совѣта“ выше лица, која самъ нађе за најспособнѣя и најдостойнѣя; но та лица не могу у исто време бити и членовима државногъ Совѣта.

20.) Князь има право, давати одличія и благородства.

21.) Князю пристои право, уређивати домогъ своимъ по своемъ промотренію у женитби својой, и сынова својих и у удатби кћеріих својих по гласу 38. члена овогъ Устава.

22.) Князь и членови фамиліе княжеске ослобођени су одъ даванія данка на куће и заданія, у коима пребиваю; но плаћаю на остало непокретно свое иманѣ данакъ и налоге жазни народной, као и остальй народъ.

23.) Князь Србскій наслѣдственъ е съ оца на найстаріега сына, доклегодъ трае правѣ и найближе мужке княжеске врсте, тако, да увѣкъ найстарій сынъ покойнога последиѣга Князя; и найстаріега нѣгова сына сынъ слѣдую.

24.) У случаю, ако не бы остало никаквога мужкога наслѣдника иза найстаріега сына покойнога Князя: то прелази право наслѣдства на нѣгова брата и нѣгове мужке наслѣднике, и опетъ по праву првородства.

25.) У случаю, ако бы са свимъ нестало мужке врсте наслѣднога Князя: то прелази наслѣдство на мужку врсту, кѣри княжеске, и опетъ съ найстаріега члена женске врсте на найстаріега сына по гласу члена 23.

26.) Овымъ редомъ нѣиѣ наслѣдственостъ съ оца на найстаріега сына, по гласу берата Султана МАХМУДА Другога, и у фамилиі садашнѣга Князя, МИЛОША ТЕОДОРОВИЧА ОБРЕНОВИЧА, а у случаю изумртія мужкараца нѣны, у фамилиі старіега брата Нѣгова, Іована Теодоровича Обреновича; а у случаю изумртія и мужкараца нѣговы, у фамилиі млаѣгѣ нѣговогѣ брата ЂFREMA Теодоровича Обреновича.

27.) У случаю изумртія мужке врсте све фамиліе Князя МИЛОША, ІОВАНА и ЂFREMA ТЕОДОРОВИЧА ОБРЕНОВИЧА, прелази наслѣдственостъ княжескога достоинства на найстаріега сына найближе и найстаріе врсте кѣри одъ фамиліе ОБРЕНОВИЧА тако, да последиѣ Князь одъ мужке фамиліе ОБРЕНОВИЧА съ одобреніемъ државнога Совѣта и народне Скупштине посыни и природи, ако е на страни, по праву првородства найстаріега сына ите женске врсте.

28.) Ако ли бы и мужкарцы женске врсте садашнѣ княжеске фамиліе ОБРЕНОВИЧЕВЕ изумрли, а оно да опомене Државный Совѣтъ последиѣга Князя три пута, да за живота свога наименуе свога преемника изъ членова Народа, кои бы быо найспособниі и найдостойниі къ важному достоинству княжескому.

Гди бы пакъ последиѣ Князь одъ садашнѣ княжеске фамиліе ОБРЕНОВИЧА изостаѣо то учинити, а оно државный Совѣтъ и Скупштина народна бираю найспособнѣега и найдостойнѣега мужа између себе, и моле обштенародно Султана, да призна и потврди нѣга у наслѣдственномъ достоинству Князя Србскога сходно берату, кои е дарованъ Князу МИЛОШУ ТЕОДОРОВИЧУ ОБРЕНОВИЧУ 7^{га} Ребюль-Евеля 1246. године по турскомъ календару.

29.) Князь Србскій мора бити рођеный или прирођеный Србинъ и православнога восточнога вѣроисповѣданія. Истогъ вѣроисповѣданія мораю бити и Княгинѣ и жене членова Фамиліе Княжеске.

30.) Князь Србскій постае пунолѣтнымъ, како наврши двадесету свою годину.

31.) Князь Србскій не може држати столице изванъ Сербіе.

32.) Князь и Княгиня Србска имаю титулу: „Высочества.“ Сынови и браћа Князя и нѣина дѣца титулу: „Свѣтлы Господара,“ а жене нѣине, снае и кѣри титулу: „Свѣтлы Госпођа.“

33.) Малолѣтанъ Князь стои подъ туторствомъ майке свое и оны лица изъ Државнога Совѣта, коя Князь отаць у тестаменту своемъ одреди. Ако ли иѣ Князь не одреди, а оно не иѣ одредити Државный Совѣтъ.

Сви ови Тудори малолѣтнога Князя заклинюсе Државному Совѣту, да не испунивати дужности свое и вѣрно и точно, и воспитати малолѣтника у почитанію къ Уставу Србскомъ и у любви къ грађанима свога Отечества.

34.) У случаю, кадъ бы Князь умрео, или одрекао се достоинства, или кадъ бы быо малолѣтанъ, то поставля државный Совѣтъ три намѣстника, кои не у име и мѣсто Князя управляютъ Сербіомъ по гласу овогѣ Устава и подъ надзираніемъ државнога Совѣта, кому се о томъ и заклети мораю.

Намѣстницы ови заклинюсе предъ Државнымъ Совѣтомъ овако: „Заклинемсе светомъ, единосущномъ и нераздѣльнымъ Троицомъ, да ѣу Князу вѣранъ бити; да ѣу у свршиваню Княжеске власти за време малолѣтства Нѣгова одржати Уставъ Княжества Сербіе у цѣлости, нити да ѣу се у найманѣмъ чему одъ нѣга удалывати, нити допустити кому да се удали одъ нѣга; да ѣу цѣлость Княжества Сербіе, и обштенародну и личну безбѣдность бранити, и одржавати права свакогѣ Србина, и старатисе свимъ силама о обштенародномъ и понаособномъ благостоянію Србскомъ: тако ми Богъ помогао! —“

35.) За време намѣстничества овогѣ не смѣ се Уставъ овай мѣняти.

36.) Ако се дѣломъ освѣдочи и предъ Државнымъ Совѣтомъ и предъ Народномъ Скупштиномъ, да е найстарій сынъ Князя малоуманъ, или збогъ тѣлесны каквы недостатка не-

способанъ къ княжескому достоинству, или ако се истый синъ одрекне права свога на достоинство княжеско, у томъ случаю слѣдоваће за нѣмъ найстаріи нѣговъ синъ, ако ли не има свойи синова ни потомака одъ исты синова, а оно слѣдоваће найстаріи братъ.

37.) Синови и браћа Князя и нѣины синова не имаю права, ступати у службу страны Држава; кои бы то учинио, лишавасе и права на наслѣдіе и плаће, кою бы другчіи одъ Сербіе получавао.

38.) Синови Княжески и кѣри све княжеске фамиліе, кои и коб бы ступиле у бракъ безъ одобрения отца и майке и безъ споразумѣнія Државнога Совѣта, съ лицама другога, а не православногъ восточногъ вѣроисповѣданія, губи право на наслѣдіе княжескаго достоинства и за себе и за свою дѣцу.

39.) Князь Србскій и Княгиня Србска са своіомъ дѣцомъ, а и браћа Княжева са своіомъ дѣцомъ примаће за живота свогъ, а по смрти нѣиной фамиліе нѣине за ужитакъ свой изъ казне народне годишню плаћу, кою са Државнымъ Совѣтомъ и са народномъ Скупштиномъ при ступаню свакогъ новогъ Князя на достоинство свое уговоре.

40.) Кадъ Княгиня Србска обудови, прима до смрти свое изъ казне народне пристойну пенсію. А млађа Княгиня не прима за живота старе ништа одъ Народа, но кадъ удова умре, онда прелази плаћа нѣна на младу Княгиню, као на супругу владающега Князя.

41.) У случаю, кадъ бы стали синови княжески женитисе, то казна народна приноси наслѣднику княжескому и остальмъ синовима княжескимъ, кѣрима княжескимъ пакъ при удатби нѣиной, свакой по едну сумму новаца еданпутъ за свагда на даръ.

42.) Князь МИЛОШЪ ТЕОДОРОВИЧЪ ОБРЕНОВИЧЪ прима сваке године за живота свога изъ казне народне и на квите по сто ильда цесарски талира плаће, а двадесетъ ильда талира на обдржаніе свога Двора.

Браћи Князя МИЛОША: Іовану Теодоровичу Обреновичу, и Ефрему Теодоровичу Обреновичу даваћесе за живота нѣина и преимущественно за заслуге нѣине о Народу Србскому изъ казне народне свакому по десетъ ильда талира пенсіе, а по смрти нѣиной синовима и фамиліяма нѣинымъ по петъ ильда цесарски талира.

43.) У столичному мѣсту сазидаће се о общенародномъ трошку пристойни дворови за пребываніе Князя Србскаго.

Дворови и баштине, коб Князь МИЛОШЪ ТЕОДОРОВИЧЪ ОБРЕНОВИЧЪ, и браћа нѣгова у ово време имаю у разнымъ Сербіе окружіама, есу законно иманіе нѣино и нѣины потомака.

44.) Князь Србскій издае при ступаню на достоинство свое народу на честномъ крсту и светомъ евангелію ову заклетву: „Заклинѣмсе светомъ, единосущномъ и нераздѣльнымъ Троицомъ, да љу Уставъ Княжества Сербіе држати точно и совѣстно у цѣлости, и да љу свакогъ придржавати, да га такође у цѣлости држи; да љу бранити неповредимость православне восточне цркве у Сербіи; да љу свимъ силама и средствами чувати цѣлость Сербіе и общенародну слободу личности, и безбѣдность иманія и права свакогъ Србина; а наипосле да љу се свакояко старати, да обезбѣдимъ и узвысимъ благостояніе и свега народа Србскаго вообщте и свакога Србина поособъ. Тако ми Богъ помогао! —“ По овой заклетви вѣчавасе на достоинство княжеско и миропомазуе.

ГЛАВА ШЕСТА.

О Државному Совѣту.

45.) Државный Совѣтъ Србскій найвыщае власть у Сербіи до Князя.

46.) Државный Совѣтъ чува, да никакавъ Србинъ, когъ му драго чина, не повреди, и не наруши Устава Княжества Сербіе.

47.) Државный Совѣтъ мотри и чува, да се ни найманѣму ни najveћему Србину не чини каква нибудъ неправда; а гди бы опазіо да се чини, а онъ ће поитати, и у догово-ру съ Княземъ уклонити исту неправду.

48.) Државный Совѣтъ руководи законодавство у свой обширности, и чува; да се ни една струка народны дѣла не води безъ законы уредба, да тимъ начинаемъ законъ влада свимъ народомъ Србскимъ.

49.) Државный Совѣтъ устроява закономъ все осталье Србске власти, предписуе имъ закономъ правила, по коима имъ вали владатисе, и мотрити, да коя одъ нѣй не прекорачи предписаны имъ граница.

По тому все Србске власти кромѣ Кнѣза зависе одъ државнога Совѣта.

50.) Државному Совѣту пристои право, мотрити на предмете, о коима не има закона ил' уредбе, предлагати Кнѣзу законъ и уредбе, коѣ палази, да су нуждне Србѣи, и молиши Га, да се прече и нужднѣе найнайпре и приведу у дѣйство.

51.) Државный Совѣтъ совѣтуе се и дае мишнія своя о предложеніама, коя бы му одъ Кнѣза дошла.

52.) У случаю смрти, ил' одрицанія, или малолѣтства Кнѣза држисе Совѣтъ Државный 33. и 34. члена овогъ Устава.

53.) Државному Совѣту пристои право, предлагати Кнѣзу лица, коя су за коѣ званіе.

54.) Државный Совѣтъ орудіе е, коимъ се Кнѣзь разговара съ народомъ на Скупштинама, кадъ му не бы обстоятелства допуштала, да се лично съ нѣомъ види, и устмено разговара.

55.) Државный Совѣтъ има право тужити Кнѣзу свакогъ свога члена, кои бы што скривіо, или противъ овогъ Устава, или противъ Царства Султанова, или противъ лица Кнѣза Србскога, или вообще противу користи народа Србскога.

56.) Државный Совѣтъ има право, казнити и свакога чиновника, кои бы што скривіо противъ свой дужностей, все по закону, кои ће се іошть издати.

57.) Истина да се Државный Совѣтъ саставля по гласу члена 6. овогъ Устава:

а.) Изъ едногъ Предсѣдателя Совѣта;

б.) Изъ шесть Попечителя поедини струка државны дѣла;

в.) Изъ Државны Совѣтника, и

г.) Изъ едногъ главногъ Секретара у чину наймлаѣега Совѣтника;

Но кромѣ тога Кнѣзь има право, послати и Синове и Браћу свою у засѣданія Совѣта, кадъ наврше 18^{ту} годину свою, но не могу давати мишнія свой, докъ не наврше 20^{ту} свою годину. Іоште има Кнѣзь право наименовати Државнымъ Совѣтницыма и осталье заслужне чиновнике Србске, кои бы изванъ столичнога мѣста пребывали, и кои, наименовани членовима Совѣта, право имаю, у нѣму засѣдавати, кадъ се сами нају у мѣсту столичному, или кадъ се позову одъ Државнога Совѣта у засѣданія.

58.) Отацъ и синъ, и два брата не могу засѣдавати у едно време у Државномъ Совѣту.

59.) Кнѣзь бира и поставля Предсѣдателя Државнога Совѣта.

60.) Попечительи су одреѣени, да предутотавливаю и предлагау државному Совѣту, свакій по своей струцы, законъ и уредбе, коѣ су нуждне Народу Србскому.

61.) Државный Совѣтъ мотри на предмете, о коима не има изданы закона и уредба, а коѣ Попечительи отправляю.

62.) Попечительи настоѣ, да се Кнѣземъ одобрени и Државнымъ Совѣтомъ у зборникъ закона уведени законъ и уредбе точно наблюдаваю.

63.) Попечительи стоѣ подъ одговоромъ за все, што бы сами по себи приводили у дѣйство.

64. Свакому Попечительству одреѣиваѣе се сваке године закономъ суме новаца, кои му требаю за воѣнѣ струке повѣрене му.

Попечительи одговараю зато, да су совѣстно употребили одреѣене имъ суме новаца на оне потребе, коѣ имъ е законъ предписао.

65.) Попечительи дужни су давати сваке године общирно извѣстіе, свакій о своей струцы, Државному Совѣту и Кнѣзу, а Попечитель казначейства и овима и Скупштина народној.

66.) Кнѣзь има право, именовати Попечительѣ разны струка изъ членова Државнога Совѣта, а тако и одпуштати ѣй; но одпуштенъ Попечитель ступа у редъ Совѣтника Државнога Совѣта.

67.) Кнѣзь има право, повѣрити и два одѣлѣнія одному Попечителю; но у овомъ случаю остаю струке дѣла одвоѣне една одъ друге.

68.) Засѣданія Државнога Совѣта есу тайна, и неѣе се држати безъ протокола совѣтованія.

69.) Рѣшенія Државнога Совѣта имаю силу, кадъ су у нѣима осимъ Предсѣдателя, найманъ 4. Попечителя и четири Државна Совѣтника съ главнымъ Секретаромъ присутствовала.

А у случаю поставлянія Тудора малолѣтному, и намѣстничества малолѣтному или неспособнымъ наѣному Кнѣзу, у случаю вѣнчаванія и даванія заклетве новаго Кнѣза, у случаю

ю заклинанія новому Князу, бирани новогъ Княза изъ среде народа, и држани Скупштинне Народне, мораю быти три четвртине числа свою членова, кои саставляю Државный Совѣтъ.

70.) Рѣшенія државнога Совѣта бываю по вышнии миѣнія; кадъ бы миѣнія членова Совѣта овогъ была еднако подѣльна, онда се рѣшава предметъ по миѣнію оне стране, на кою пређе Предсѣдатель нѣговъ са своимъ миѣніемъ.

71.) Членови државнога Совѣта дужни су давати миѣнія своя одкровенно, и истиннолюбно, и нелицемѣрно, и недати никому, да ий дае о изданіи Отечества, о нарушенію овогъ Устава, о прикосновенію лица Княжескаго, и о очевидной какъой неправди, или у засѣданіи-ма Совѣта или предъ Княземъ. Кои бы противъ овога поступао, веѣъ е самъ по себи злочинацъ, кога треба судити и казнити по законима.

72.) Државни Совѣтници одговараю: за свакій совѣтъ, кои даду Князу, за свакій свой поступакъ, кои бы противанъ быо овомъ Уставу, и за то, ако бы пренебрегли чинити представленія Князу противу чіи му драго преступака, веѣъ штеде личность чію, и даю поводъ или помоѣъ подобнымъ преступницама.

73.) Напротивъ тога никакавъ членъ Државнога Совѣта неима одговарати за даваніе миѣнія свойи о сочиняванію закона или уредба.

74.) Ако бы се меѣу тымъ догодило, да бы или Князь или кои Државный Совѣтникъ захтѣо гонити кога члена реченога Совѣта за миѣніе нѣгово о законодавству, то гонимый членъ има право, искати суда на државному Совѣту ил' одпуста одъ службе, кое ће му се или едно или друго дати.

75.) Свакій Државный Совѣтникъ задае Князу при наименованію своему слѣдуюћу заклетву: „Заклинемсе светомъ, единосущномъ и нераздѣлимомъ Тронцомъ, да ћу вѣранъ быти Князу и покоранъ законима, да ћу наблюдавати и у цѣлости држати Уставъ државный, и да ћу давати совѣте мое и радити о общенародному добру по собственому моему убѣженію одкровенно, истиннолюбно и нелицемѣрно, и да ћу дѣло, повѣрено ми, точно извршивати: тако ми Богъ помосгао и нѣгово свето Еванѣліе!“

76.) Устроеніе и дужности Државнога Совѣта издае Князь безъ свакогъ одлаганія у особитымъ указима.

ГЛАВА СЕДМА.

Власть Судейска.

77.) Правосудіе руководиѣсе и наблюдавати по свему Княжеству Сербіе у име Княза као и досадъ.

78.) Руководство правосудія предаѣсе Судовима, кои ће се, по обнародованію Србскогъ закона, у три степена установити.

А засада припада оно:

а. Окружнымъ Судовима:

б. Великому Суду у другомъ степену као апелмаціи; а

в. Совѣту Државномъ, кои ће одредити едно одѣленіе као судилиште у трећемъ и последнімъ степену.

79.) По свой Сербіи руководиѣсе правосудіе еднако и по единомъ закону Сербскомъ, кои ће се како за граѣанске парниѣе, тако и за кривиѣе и злочинства што скоріе явно и издати и Судовима предписати.

80.) Судія не зависи у изрицанію своѣ пресуде ни одъ кога у Сербіи, до одъ законика Србскогъ; никаква, ни веѣа ни маня, власть у Сербіи не има права, одвратити га одъ тога, или заповедити му, да другчіе суди, него што му законъ предписуе. Тому треба и да се закуне при наименованію.

Нико не може се отети одъ природногъ свогъ Суда и одвући другому.

ГЛАВА ОСМА.

О Народной Скупштини.

82.) Скупштина народна састонсе изъ сто, найодабрании, найразумнии, найпонитени и повѣреніе народно у najveћемъ степену заслужуюћи депутата изъ своју Окружја и свега Княжества Сербіе.

Како ће се ови депутати, и по колико одъ свакога Окружја бирати, докле ли званіе њино трајати, одредиће се особитимъ закономъ.

83.) Свакій депутатъ, кои бы се бирао за скупштину народну, не смѣ млађій бити одъ 50. година.

84.) Свакій депутатъ шилѣсе на скупштину народну о трошку онога, кои га шилѣ.

85.) Скупштина народна куписе сваке године по еданпутъ о Јурђеву дне у пуномъ числу на позиваніе Княжескаго Указа, ако ли буде нужно, и выше пута у години. Исто тако и одпуштасе Княжескимъ Указомъ.

86.) Никакавъ данакъ не може се наложити или ударити безъ одобренія народне скупштине.

87.) Свакій данакъ одређуе се само за едну годину дана; и ако се по истеченію ове ви-ди и докаже изъ рачуна казначейства државнога, да нѣ доволянъ, то ће га скупштина народна за другу годину сходно повисити, како бы манякъ проише године изишао.

88.) Скупштини Народной дужна е Финансія давати сваке године, а на зактеванѣ њіно и пре, чисте рачуне како о приходима тако и о расходима државнимъ.

89.) Годишня плаћа Княжеска не може се, безъ одобренія народне скупштине повисити, но и безъ одобренія Кнѣза не може се умалити.

90.) Народна скупштина има право, чинити Кнѣзу и Државному Совѣту представленія о жалбама каквимъ и тегобама, и молити ихъ, да издаду законъ о тому; являти имъ злоупотребленія, која бы видила у правлѣнію; и тужити се Кнѣзу на Државный Совѣтъ, ако бы тѣмъ или другою властію нарушили Уставъ и права, утврђена уставомъ, и нарушили права кога годъ Србина.

91.) Само народной скупштини пристои право, располагати данакъ на народъ.

ГЛАВА ДЕВЕТА.

О Цркви.

92.) У православной восточной Србской цркви еданъ е Митрополитъ Србскій.

А Архіерея може бити онолико, колико буде по множеству народа нужно.

93.) Внутренѣ руководство цркве принадлежитъ Митрополиту и духовной власти, која ће се указомъ одредити съ наблюдаванѣмъ уговора, утврђены съ Патріархомъ у Цариграду.

94.) И Митрополиту и Архіереюма, колико ихъ буде у Србин, одредићесе плаћа изъ Народне казне за накнаду своју досадъ одъ њи приманы прихода.

Но даванѣ парохія свештеницима остае Архіереюма, кои ће имъ такове онда само давати, кадъ која парохія обудови.

95.) Свештенству и духовенству даваће народъ Србскій све, што е досадъ уобичаено было, давати имъ, до друге законне одредбе.

96.) Ни свештенство ни духовенство не могу имати у Србин и другога званія. Единый Митрополитъ Србскій, и у случаю потребе Архіереи Србски могу званія бити одъ Кнѣза и Државнога Совѣта у савѣтованія о црквенимъ дѣлима.

97.) Свако вѣроисповѣданіе у Србин има право, свршивати богослуженіе свое слободно, по своимъ обредима, и свако быће покровительствовано одъ правительства Србскогъ.

98. Заклинанѣ людій, кои нису православногъ восточногъ вѣроисповѣданія, свршивасе по обредима њине цркве.



ГЛАВА ДЕСЕТА.

О Фінансiн (азнадарству).

- 99.) Србска Фінансiя старасе о свимъ приходима и расходима Княжества Сербiе.
- 100.) Фінансiя не има права, тражити исплаћенiя данка народнога, развѣ два пута у години, одъ Ђурђева дне до Митрова, и одъ Митрова до Ђурђева дне.
- 101.) Фінансiя управли приходима одъ Ђумрука, скела рѣчки, рыболова, кантара, аренда, трговачки обiявленiя, типографiе, кои су приходи народне казне, као и остали приходи, коѣ бы се по времену, а закономъ вводили.
- 102.) Фінансiя не може издати никаквога закона о повышенiю данка народнога, безъ одобренiя народне скупштине.
- 103.) Фінансiн не може заводити ни одъ народа купити никаквога данка за личну чiю потребу.
- 104.) Фінансiя не може бацати народа Србскогъ у дугъ. Ако ли бы када и то нужно было, а оно да предложи и докаже Князу, Државному Совѣту и Народной Скупштини, да е то необходимо нужно, и да иште одъ нѣи одобренiе.
- 105.) Фінансiя дужна е измышлявати средства, коима бы се умложили приходи земальски, но средства та не смѣю быти на штету народа или противна овомъ Уставу.
- 106.) Фінансiя не има права, постављати Ђумрукана на међама Окружiя Србски, но само на границама странни држава и пашалука.
- 107.) Князъ и Државный Совѣтъ поставиће главну рачуншницу, која ће прегледати све рачуне Фінансiе, и мотрити, да се народни новци не троше на друге потребе, развѣ на оне, коѣ су Скупштиномъ народномъ одобрене.

ГЛАВА ЕДНАНАЙСТА.

Обштенародна права Србина.

- 108.) Свако дете рођено у Сербiи или изванъ Сербiе, а одъ Србина изъ Сербiе; свакiй у време обнародованiя овогъ Устава у Србској служби, у Сербiи и изванъ Сербiе налазећи-се чиновникъ или служитель христiанскогъ вѣроисповѣданiя; свакiй, кому е десетъ година прошло, одъ како се у Сербiи налази, или кои непокретна добра у нѣи има, сматрасе за Србина, и има право, уживати Србско државно грађанство.
- 109.) Странни трговци, фабриканти, занатливе, и земљедѣлцы христiанскога вѣроисповѣданiя, могу придобити права грађанина Србскога, почемъ буду у Сербiи седамъ година дана, и честно се узвладаю, или почемъ имъ Князъ званiе какво даде; а иностранцы, заслужени о Сербiи, како одъ Княза писмо приме, да су прирођени Срби.
- А како ће се право Србскога грађанства получити, одредиће особитый законъ.
- 110.) Грађанинъ Србскiй само може бити чиновникомъ, туторомъ, членомъ общества, и надзирателѣмъ явны и общтински заведенiя.
- 111.) Сvakiй Србинъ и безъ сваке разлике еднакъ е предъ законима Србскимъ, како у обрани, тако и у казни на свимъ Судовима одъ найманѣгъ до najveћегъ.
- 112.) Нико у Сербiи не може се ни гонити ни затворити, развѣ по пропису закона, и одъ законне и природне влати.
- 113.) Нико у Сербiи да не стои выше одъ три дана у затвору, а да му се не яви кривица, за коју е затворенъ, и да се не узме на испитъ.
- 114.) Нико у Сербiи не може казнѣнъ бити, већ по закону и по пресуди надлежнога Суда.
- 115.) Кому се еданпутъ већ судило за какву кривицу, пакъ е по пресуди судейской казнѣнъ и одпущенъ, или паћенъ, да нiе кривъ, оному не можесе по другiй путъ судити за исту кривицу.
- 116.) Свакому грађанину Србскому отворенъ е путъ къ свимъ чиновима у Сербiи, како се само паће, да е способанъ и достоянъ къ нѣима. При еднакой способности, представљасе Србинъ странному.
- 117.) Сvakiй Србинъ има право, бирати начинъ живљѣня свогъ по својој вољи, само кон нiе на общтенародну штету.

118.) Како робъ ступи на Србску земљу, одъ онога часа постав слободнымъ, или га ко довео у Сербию, или самъ у ню побѣгао. Србину слободно е роба купити, но не продати.

119.) Иманѣ свакогъ Србина, было какво му драго, естъ неприкосновено. Ко се покуси, своевольно дирнути у туђе добро и иманѣ, и или присвоити га, или окривити, онај ће се сматрати за нарушителя общенародне безбѣдности, быо онъ кому драго и одъ кудъ му драго.

120.) Но у случаю, ако бы Правительство Србско потребовало иманѣ чіе на общенародну ползу, то има право, употребити га на такову, но почемъ даде имаоцу накнаду за њѣга, пошто вѣштацы прецѣне.

121.) Свакому Србину допуштено е, селитисе са покретнымъ своимъ иманѣмъ у друге предѣле турскогъ Царства, а и у странне землѣ; но къ тому треба да испуни законне уредбе, које ће се издати.

122.) Свакій Србинъ дужанъ е плаћати сваке године закономъ одређеный данакъ, одъ кога се нико не ослобођава, и притицати къ общинскимъ потребама, при грађеню мостова, и крченю друмова.

123.) Свакій Србинъ дужанъ е ићи на позиванѣ правительства на обрану Отечества ил' у регулярну ил' у уписну войску, одъ које е прва увѣкъ, а друга у особитымъ догађањима у служби о общенародному трошку.

124.) Србинъ ніе дужанъ никаквomu чиновнику кулучити, кромѣ, Правительству при грађеню здания, потребны за общенародну ползу, но и у томъ случаю платиће му Правительство пристойну надницу.

125.) Никакавъ Србинъ не може ступити у службу странной земалі, ил' примити плаће и знакова одличія одъ њѣхъ безъ допуштена Князя свога.

126.) Србинъ има право, тужитисе вышней власти, кадъ бы му се ниже затезале, издати рѣшенія у дѣлима њѣговимъ.

127.) Сва дѣла судейска и своіа осталь власти и заведенія Србскій одправляюсе Србскимъ ѣзикомъ.

128.) Сва земля, кою народъ Србскій има, принадлежи свакомъ имаоцу као природно иманѣ, коимъ може по својей воли располагати, које може и другому продати; само мора у томъ случаю явитисе надлежной власти свога общества или Окружія, и предъ њомъ продати ю; а после не може населяватисе на тују некуплену.

129.) И сеоске шуме и горе досадашній алія есу общенародно добро; савъ народъ има право уживати ѣи. Нити има Правительство, нит' никакавъ старѣшина, ни чиновникъ, ни трговацъ, ни селянинъ, нит' никакавъ Србинъ права, заграђивати ѣи, или забранѣвати Србина изъ други села и Окружія, да ѣи неуживаю.

130.) Награде заслуженымъ Отечеству людма даюсе у новцу изъ казне народне, а не у землѣи ове или оне общине.

131.) Общине народа Србскога имаю право, закѣвати одъ Правительства, да имъ заведе о общенародномъ трошку благодѣтельна заведенія за сироте, школе, больницы и контумаце. Но у томъ случаю треба, да одреди Скупщина народа пуждый трошакъ.

ГЛАВА ДВАНАЙСТА.

Права Чиновника.

132.) Свакій Чиновникъ стои подъ одговорима за све, што у кругу свое службе ради, и за точно свршиванѣ свега, што му предпоставлѣне законне власти предпишу да наблюдава и извршув.

133.) Чиновницы, наименовани одъ Князя, остаю таковыма за живота, и докле годъ буду способни къ званію, но нису наследствени.

Они се могу премѣштити изъ єднога места у друго на званіе, у комъ су были у првому. Они могу се повышавати на веће званіе; но не могу сбацыватисе на манѣ или отпуштати са свимъ безъ кривице, коя се на њѣхъ не бы судейски извидила и пресудила.

134.) Међу тымъ веће власти имаю право, уклонити за време одъ званія чиновника, на кога бы пало подозрѣніе какво. Но и ово треба да се извиди найдалѣ за три месеца, ако се подозрѣва, да е чиновникъ учинио што у Сербиі, а за шесть месецѣй, ако се подозрѣва, да е учинио што изванъ Сербіе.

А за све време тогъ извиѣненя одбія му се половина плаће, кою е у званію имао, за накнаду штете, ако се догодила кому нѣговомъ кривицомъ.

135.) Кадъ е званіе кое празно, ил' остане коимъ начиномъ безъ чиновника; то е нѣгова властъ дужна представити Државному Совѣту сва лица, коя су званіе исто тражила, и дати миѣніе свое о троицы одъ нѣи, кое држи за найспособнѣе.

136.) За путованѣ чиновника по дѣлима службе, и за премѣштанѣ съ єдногъ мѣста у друго, дае му се закономъ одреѣена накнада изъ обштенародне казне, преко закономъ одреѣене свакому плаће.

137.) Старымъ, или збогъ болести свое немогућнымъ служити чиновницыма, дае се изъ обштенародне казне и до смрти нѣгове пенсія по закону, половина одреѣене званію нѣномъ плаће, ако су петнаестъ, а сва плаћа, ако су двадесетъ и петъ година дана безпорочно служили.

Кои чиновникъ узипште одпустъ одъ службе пре него е право заслужіо на пенсію, одпустићесе, но губи право на пенсію.

Князь, и Совѣтъ, неће пренебрегнути ни сирота чиновнички, него ће се и за нѣи закономъ старати.

138.) Никакавъ чиновникъ не смѣ водити трговине, ни радити заната самъ и подъ своимъ именовъ.

139.) Чиновникъ заклинѣсе, при полученію Княжескога наименованія на званіе, власти, коя му е найближа, овако: „Заclinѣмсе светомъ, єдиносущномъ и нераздѣльнымъ Троицомъ, да љу Уставъ Княжества Сербіе точно наблюдавати, да љу све законе и уредбе предпостављены ми властїи точно, совѣстно, и на предписано време изврѣивати, и да љу быти вѣранъ и покоранъ Князу, и покоранъ Државному Совѣту. Тако ми Богъ помогао!“

ГЛАВА ТРИНАЙСТА.

рожденіе и додатны къ Уставу Княжества Сербіе.

140.) Ако ~~по~~ по времену и некуствомъ докже, да е нужно промѣнити кои одъ выше изчислѣны членова Устава Княжества Сербіе, или да е нужно што додати къ нѣима или одузети; то Князь и Државный Совѣтъ Србскій да сазову Скупштину Народню, пакъ да ѣи представе и докажу нужность исту, и онда заєдно съ нѣомъ или да промѣне овай или онай членъ Устава овога, или да му додаду, што е нужно, ил' да одузму одъ нѣга, што е излишно ил' безпутно.

141.) Но у овомъ случаю мора быти найманѣ три четвѣртине одреѣенога числа скупштине Депутата Народны, и одъ истогъ числа найманѣ две треѣине єднакога миѣнія.

ГЛАВА ЧЕТРНАЙСТА.

Заключеніе.

142.) Уставъ овай Княжества Сербіе одъ сто и четрдесетъ и два члена ступа у дѣйство одъ данашнѣга дана; и Државный Совѣтъ уводи га данасъ у зборникъ закона.

Тако заключено и заклетвомъ свою подписаны и све Сретенске Скупштине потврѣено у Крагуєвцу 3^{га} Февруарія, иляде осамъ стотина и тридесетъ пете године одъ Рождества Хрістова.

(М.П.)

МИЛОШЪ Т. ОБРЕНОВИЧЪ,

Князь Србскій.

По повелѣнію Нѣговаго Княжескога
Высочества

ЄФРЕМЪ ОБРЕНОВИЧЪ.

(Слѣдую подписи браће Княжеске. Депутата свою окружіа Сербіе, свещенства и духовенства и Државнога Совѣта Србскогъ.)

THE GREAT JUBILEE

(150th Anniversary of the Passing of the Constitution of Sretenje)

— Summary —

At the beginning of 1985 there elapsed 150 years since the passing of the Constitution of the Principality of Serbia, brought and confirmed by the oath at the assembly held on the day of the Visitation of the Virgin (Sretenje) 1835 at Kragujevac. (Therefore this constitution is named Sretenjski). As its author is considered Dimitrije Davidović, an exceptional creative personality at that time. This anniversary served as an occasion to establish — for the first time after the liberation — the contribution of this constitution to the creation and democratic character of our constitutionalism and to throw light upon its author. The first part of the present paper represents precisely a survey of how this anniversary was celebrated at Zemun, Kragujevac, Smederevo and in Belgrade.

In the second part is emphasized that marking out important anniversaries, connected with the creative work of D. Davidović and his personality is fully justified: to revive the unforgettable, but nowadays still *neglected* figure of D. Davidović and to establish his contribution to different domains of public activity. The author emphasizes that it is impossible to speak about the creativity of D. Davidović (in the field of law), without speaking about his person and *vice versa*.

In the third part is treated the character and importance of the Constitution of Sretenje: as one of the most important works in the juridical and political history of the peoples of Yugoslavia, it entered into the latter as a very important patriotic act of the Serbian people, which, by passing this fundamental law, without any participation of the suzerain Turkish court and the protecting Russian court, wished to demonstrate its capacity for the management of State affairs. Prolegomenon to the struggles for a democratic constitutionality in Serbia, it has also an undoubtedly great importance in the political tradition of the democratic world in general.

The greatness of the Constitution of Sretenje is based not only on the political sense of its origin, but also on the juridical-systemical value of its text. Therefore, in the annex is given the integral text of the Constitution of Sretenje.

Тодор И. ПОДГОРАЦ

ОДЈЕК ЛИБЕРАЛНИХ ИДЕЈА НА ПЕТРОВСКОЈ СКУПШТИНИ 1848

Петровска скупштина 1848. сазвана је да би се каналисале последице европских револуција које су се у Србији почеле осећати већ у марту. Уставобранитељски раздор, са обреновићевским синдромом, био је главни разлог скупштинског сазива. Великашка завада требала је да нађе решење у обичајном одушку на скупштини. Ту патријархалну институцију власт је и до тада позивала у помоћ кад год је сукоб требало претворити у привидан домаћински договор. Међутим, још је кнез Милош, после Ђакове буне 1825, престао да рачуна са доброћудним карактером народних скупштина те је настојао да му се на скупштину шаљу само ода-ни.¹ Патријархални деспот је увидео да његова тактика златоустог нема више оног дејства на народ које је, деценију раније, имала. Поданици су власти показали своје хетерогено лице и она се морала прилагођавати новонасталим приликама. Због тога је Милош смањио број бираних депутата за фебруарску скупштину 1839,² а уз то настојао да се одстрани депутатске пратње без мандата. Фебруара 1839, Јагодинци и Смедеревци, који су покушавали о свом трошку да присуствују скупштини, били су везани враћени кућама.³ Тим пре, у ванредним околностима 1848, власт је осетила потребу да петровске скупштинаре дочека са унапред припремљеним сценаријем. Гарашаниново руководно начело било је да се спреме „важнија занимања за скупштину“, иначе јој се може „дати повода да се занима којечијим интригама, које се могу и за ово кратко време приуговорити од познати немирни глава, јер наши људи, кад су већ на Скупштини волиду штогод радити него се без ништа у народ враћати; а интриге фала богу, најбоље разумеду, ако ји човек шчим другим не забуни“.⁴

¹ Љ. Кандић, Састав скупштина и почетак представничког система у Србији у првој половини XIX века до 1939, *Анали правног факултета у Београду*, 1960, стр. 142.

² Љ. Кандић, Састав скупштина..., стр. 148.

³ Љ. Кандић, Састав скупштина..., стр. 149.

⁴ Преписка Илије Гарашанина, књига I, 1839—1849, Београд, 1950, стр. 149.

Али Гарашининове мере предострожности нису биле примењиве. Чиновничких депутата на овој скупштини било је нешто више него на ранијим, али их је било много мање него бираних депутата: 80 именованих према 588 бираних.⁵ Гарашанин је, са Аврамом Петронијевићем и Стефаном Стефановићем покушао да упути чиновничке депутате како да утичу на народне.⁶ Међутим, то није помогло да се стиша „велика ватра међу депутатама несрећним“,⁷ и Вучић је, са својим Гужанима узео скупштину под своје. Тај стари трибун је заклањао своје противнике омогућујући им да безбедно прођу кроз редове скупштинара.⁸ Једино је Гарашанин сачувао достојанство, па кад је чуо да се тражи да „дође господар у народ“ одважно је одговорио: „ето вам неће доћи“.⁹ Наиме, кад већ није нашао нешто друго да депутате „забуни“, он се уздао у неколико стотина Качераца¹⁰ као ванскупштинског умешача који својим утиском принуде прекида сваку распу. Тај осећај за крајње средство држаће Гарашанина током читаве године и уливати му какву-такву сигурност.

Петровска скупштина стајала је на развојној линији Милошевих скупштина. Јер, радило се о томе да уставобранитељи са новим државним уређењем, нису донели и нови начин управљања.¹¹ То је видљиво у њиховим индивидуалним, као и њиховим колективним потезима. Кад је, 1842, уставобранитељ Вучић једног кривца подвргао својој шиби овај се позвао на устав. На то је Вучић наредио да му се на дебело месо стави устав, поручујући му: „Ми ћемо те бити по уставу, па нек те он чува“.¹² Кад је Карађорђевић сазивао скупштину, он је, попут Милоша био вођен славском атмосфером србијанског сељака у којој су сви „и душом и срцем сагласни“¹³ и у којој кнез-домаћин, као „отац отацбине“, обавештава госте-скупштинаре о државним пословима. Петровска скупштина, и у једном, и у другом смислу, представља раскршће у времену. После ње се све чешће говори, „да се једанпут укине шиба“ јер „то је грозно“.¹⁴ Она сама, пак, била је једна од најизразитијих сељачких скупштина, али и последња те врсте.¹⁵ Била је то скупштина са разграђеном патријархалном атмосфером,¹⁶ која је „више личила на сватовску гомилу него на скуп-

⁵ Ј. Милићевић, Петровска скупштина 1848, Историјски гласник, 1—2, 1959, стр. 47.

⁶ Преписка..., стр. 207.

⁷ Преписка..., стр. 207.

⁸ Ј. Ристић, Спољашњи одношаји Србије, прва књига, 1848—1860, Београд, 1887, стр. 26; Успомене и доживљаји Димитрија Маринковића 1846—1869, Београд, 1939, стр. 10.

⁹ Ј. Ристић, Спољашњи одношаји, стр. 26.

¹⁰ Ј. Ристић, Спољашњи одношаји, стр. 27.

¹¹ Р. Гузина, Општина у Србији 1839—1918, Београд, 1976, стр. 103.

¹² Успомене, стр. 88.

¹³ АС ДС 197/1848.

¹⁴ Записи Јеврема Грујића, I, Београд, 1922, стр. 34.

¹⁵ Ј. Милићевић, Петровска скупштина 1848, стр. 58.

¹⁶ Видети: С. Марковић, Србија на Истоку, Нови Сад, 1872, стр. 147.

штину",¹⁷ скупштина са изгубљеним модусом славе, а незадовољеним модусом парламента.¹⁸

Уобичајена појава незваних скупштинара, коју је кнез Милош намеравао да изобичаји, 1848. доноси двоструку новину. С једне стране, патријархалне незванице изазивају, у скупштинском телу, извесну повољну климу за начело општег интереса у државном животу. С друге стране, градске незванице нуде либерално начело. Наиме, уз стару скупштинску пратњу, коју 1848. оличавају Гружани, јавља се и нова, либерална интелигенција. Гружани су дошли у Крагујевац да бране Вучића, свог великог оклеветаног човека.¹⁹ Либерална омладина имала је намеру да на скупштину утиче својом представом о западноевропској слободи.

Петровска скупштина била је последњи Вучићев успех.²⁰ Непосредно после ње депутати нису само говорили да би скупштина била успешнија да је кнез слушао Вучића,²¹ већ и да се Вучић требао махнути својих интрига. Смедеревски депутати су, пред Гарашанином, иронично примећивали да је сва срећа што су сачували „своје гуње од Гружана". Један од њих, чак, питао је владу зашто топовима није растерала Гружане, а многи су говорили „да не треба никад скупштину држати у Крагујевцу".²² Све у свему, ово указује, како се међу мноштвом патријархалних и ситних захтева нашло нешто простора за напредне и начелне захтеве.²³ Сељаштво се почело хладити према демагогији,²⁴ а нарастале су нове друштвене снаге са новим схватањем државних функција и државне организације.

Пре свега, реч је о трговцима.²⁵ Овај слој је и пре Петровске скупштине био видно заступљен на народним скупштинама,²⁶ а за ову скупштину предвиђен је обавезан избор трговаца.²⁷ Као последица овог тока у неколико петровских „прошенија" јавља се захтев за посебним трговачким кредитом,²⁸ за установљење трговач-

¹⁷ С. Јовановић, Уставобранитељи и њихова влада, Београд, стр. 318.

¹⁸ Видети: Ерих Фром, Бекство од слободе, Београд, 1978, стр. 42, 48, 102, 103.; Живојин М. Перић, Политичке студије, Београд, 1908, стр. 9.

¹⁹ С. Јовановић, Уставобранитељи, стр. 319.

²⁰ С. Јовановић, Уставобранитељи, стр. 319.

²¹ Преписка, стр. 217.

²² Преписка, стр. 212.

²³ Ј. Милићевић, Петровска скупштина 1848, стр. 50, 51.

²⁴ Мислећи на Петровску скупштину Јеврем Грујић у „Обзору државе" каже да народ „неће подмуклом подбадано на своју пропаст следевати, неће дати — као што скоро и рече — да за личности главе толики чланови његови одлећу." (Невенслоге, Београд, 1849, стр. 179).

²⁵ Ј. Милићевић, Петровска скупштина 1848, стр. 51.

²⁶ Нпр. на Спасовданској скупштини, 1837, било је 137 марвених односно свињарских трговаца (Љ. Протић, Развитак индустрије и промет добара у Србији за време прве владе кнеза Милоша, Београд, 1953, стр. 109).

²⁷ „Међу изборним депутатима нужно је да и лица трговачког рада буду (АС ДС—408/1849).

²⁸ „Јагодинско говорећи пространо о потреби побољшања отечествене трговине, напомиње да би по примеру остали Европејски држава требало, (подвукао — М.П.) да се у нашем отечеству особити кредити (ваљда банке) установе." (Сборник закона и уредба и уредбени указа издани у Књажеству Србском, од 1. јануара 1847. до конца децембра 1848, Београд, 1849, стр. 186.

ког суда, те захтев за уређењем путева.²⁹ Само, у овим захтевима, трговачки слој се огледа више практично, а мање политично. Он држави упућује захтев за осигурање услова трговине, јер није у стању да државни апарат стави у своју службу и тако се сам за себе постара. Заправо, ради се о томе да се трговачки капитал није одвојио од земљишне својине, односно, да град није толико формиран да може потчинити село.³⁰ Колико је градско — трговачки елеменат имао друштвене тежине толико је и дошао до изражаја.³¹ У сваком случају претежан није био.

Други, оновремени, градски елеменат био је, на Петровској скупштини, представљен групом лицејских омладинаца, наоружаних пушкама и пиштољима као да су се само преместили са Мајске скупштине у Сремским Карловцима на Петровску у Крагујевцу. Лицејци су покушали да код Државног савета издејствују право на своје депутате. Међутим, њихов захтев је одбијен са образложењем да „исти ученици као такви на овој скупштини, која се по старом обичају сазива“ не могу заступати интересе просвете.³² Ипак, Лицеј је добио право на једног депутата, али из редова професора.³³ За првог представника муза изабран је Исидор Стојановић.³⁴

Лицејци, кад нису могли ићи у Крагујевац, са мандатом депутата, отишли су без мандата, „по старом обичају“ за скупштине које су се држале „на рудини под врбама“³⁵ где је било места за све заинтересоване.

Присуство лицејаца на Петровској скупштини оставило је прве трагове политичког либерализма у државноправној историји Србије XIX века. Од њих потиче захтев за слободом штампе, садржан у „прошенију“ београдског округа.³⁶ Тај либерални захтев, писан руком Јеврема Грујића, изразио је најпопуларнију идеју напредних кругова ондашње Србије.³⁷ За србијанску интелектуалну омладину, као и за „оца парламентарног либерализма“ — Бенжамена Констана,³⁸ једна од гаранција рационалног вођења

²⁹ Сборник закона и уредба, стр. 186, 193. Видети: С. Јовановић, Уставобранитељи, стр. 129, 131.

³⁰ „Раздвајање града и села може се такође схватити и као раздвајање капитала и земљишне својине, као почетак постојања и развитка капитала независно од земљишне својине, као почетак једне својине која само у раду и размени има своју основу“ (Маркс-Енгелс, Немачка идеологија, Београд, 1964, стр. 52).

³¹ Ј. Милићевић, Петровска скупштина 1848, стр. 57, 58.

³² АС Л—227, Попечитељ просвештенија и правосудије, С. Стефановић, Ректорату Лицејуа, 2. 7. 1848.

³³ АС Л—227; Ј. Скерлић, Омладина и њена књижевност, Београд, 1966, стр. 39.

³⁴ АС Л—236.

³⁵ Видети: Ж. Живановић, Политичка историја Србије, I, Београд, 1923, стр. 25; Успомене, стр. 8.

³⁶ Сборник закона и уредба, стр. 202; Ј. Милићевић, Петровска скупштина 1848, стр. 50.

³⁷ Ј. Милићевић, Јеврем Грујић, Београд, 1964, стр. 32; Ј. Милићевић, Петровска скупштина 1848, стр. 50, 51.

³⁸ С. Јовановић, Историја политичких доктрина, II, Београд, 1953, стр. 285.

државних послова била је слобода штампе. Друга, отеловљена у представничком телу, била је покривена патријархалним захтевом за народном скупштином. Тако су либерални омладинци, на Петровској скупштини, имали оба стуба либералне државе садржана у „прошенијима“, народно представништво и слободу штампе.³⁹ Другим речима, они су захтеву за народном скупштином додали захтев за политичким чаробним штапићем како су схватили слободу штампе. „Одузмите слободу штампе Енглеској, па је дајте Турској: Енглеска ће постати Турска, а Турска Енглеска“⁴⁰ — мислили су лицејци за Србију као што је Мирабо мислио за Француску.

Уз два кључна либерална захтева, у Петровским петицијама, налазе се и захтеви који сведоче о моћи покрета србијанаске интелигенције. То су захтеви о слободи предавања⁴¹ о периодичном повећавању професорских плата.⁴² Незвани лицејци, на Скупштини, нису само били писари „прошенија“,⁴³ већ су, у неку руку, имали улогу „пророка у свом селу“. Откуда такав значај домородачке интелигенције? Откуда то да „опозиција против целог друштвеног поретка и државне политике пониче у редовима интелигенције која се спрема за 'вршење власти' која је била до тог доба уређена у Србији“?⁴⁴

У марту 1848, кад се у београдском Читалишту већало о реформама, тада нови министар правосуђа и просвете Стефан Стефановић-Тенка поднео је предлог Државном савету о слободи штампе.⁴⁵ Стефановић је предлог поднео без договора са осталим министрима, па је његов потез схваћен као „грабљење славе Господином Тењком од свију осталих чланова Правитељства“.⁴⁶ Уствари, Тенка се први хтео показати предусретљивим пред покретом интелектуалне омладине. Јер, убрзо потом, власт ће се осећати „као паралисана страхом од школе и просвете“.⁴⁷

³⁹ С. Јовановић, Историја политичких доктрина, стр. 287.

⁴⁰ С. Јовановић, Вођи француске револуције, Београд, 1932, стр. 42.

⁴¹ Сборник закона и уредба, стр. 193.

⁴² Исто, стр. 203. Ово је захтев депутата Лицеја, професора Исидора Стојановића. Иако су, иначе, Стојановићеви захтеви прилично умерени, на њихов нешто другачији изглед упућује поређење са прокламацијом кнеза Александра Карађорђевића. У кнежевој прокламацији стоји „да ће жеље и молбе народне у свему, што Уставу Земаљском и ползи Отчества неби противно било, уважене и испуњене бити“ (АС ДС—197/1848).

У Стојановићевом извештају професорима Лицеја стоји да је он на Петровској скупштини тражио „да се цело устројеније јавног настављенија према данашњем стању Отчества и духу времена измени“ (АС Л. 236). Дакле, кнез има за оријентир Устав, а професор „дух времена“. Уз ово ваља напоменути да је и међу ондашњим лицејцима било оних који су желели у професоре (Ж. Живановић, Политичка историја Србије, IV, стр. 157). Стога, уз симпатију за оне од којих су учили, захтев за већим професорским платама био је уједно и њихов.

⁴³ Успомене, стр. 8, 9.

⁴⁴ С. Марковић, Србија на Истоку, стр. 146.

⁴⁵ АС ИГ—260; Записи, стр. 10.

⁴⁶ Писма Илије Гарашанина Јовану Уариновићу, I, Београд, 1931, стр. 3, 4.

⁴⁷ С. Јовановић, Уставобранитељи, стр. 98.

У исто време, министар Гарашанин је од свог поузданика из Париза, Јована Мариновића, сазнао да су тамошњи србијански питомци под утицајем идеја француског револуционарног покрета. Незадовољан овим сазнањем Гарашанин је утицао на председника савета, Симића, „да својом умешношћу стара се предупредити у њима сваке фантазије и да их ободри подпомагати Правитељство у његовим намерама, на који једини начин они могу отечеству полезни бити у садашњим ообстојателствима, а иначе да ћеду врло рђаво проћи ако се у Паризу таквом злу научили буду да мисле, ако ко француски зна да може и влијаније имати у народу србском. Француска наука у разумној глави може Правитељству од ползе бити“.⁴⁸

Димитрије Црнобарац, један од „Паризлија“ који је Гарашанину задавао бриге, првом приликом по повратку, је показао намеру „влијаније имати у народу српском“. На Петровској скупштини он „тужио се, како је мали израстао зато што је многе науке учио“. Гарашанин је одмах прозрео шта је у питању: „овим је (Црнобарац — М. П.) хтео показати народу своје заслуге. Ето вам просвешћенија, па радујте се надежди нашој“.⁴⁹ Уз то, млади париски доктор права, дао се „на које какве интриге и рђаве послове“.⁵⁰ Наиме, он је на скупштини агитовао међу депутатима за истеривање аустријских Срба из државне службе. Вероватно и за Вучићев, а сигурно за свој рачун интелектуалца.⁵¹ Црнобарац се заправо, прикључио струји која је ишла на то да се „неотечествени синови“ отпусте из државне службе. Још крајем тридесетих година диже се огромна граја на Србе пречане, са посвачким епилозима у Савету кад појединим пречанима није „ни отац ни мајка ни чун ни весло мирно остало“.⁵² За Вука је то била ствар различитог осећања блискости.⁵³ За патријархали србијански свет

⁴⁸ Писма Гарашанина Јовану Мариновићу, стр. 2.

⁴⁹ Преписка, стр. 219.

Гарашанин је рачунао са ђацима. За разлику од њега патријархални великаш, Книћанин, рачунао је с „лесковачком“ према ђацима. Крајем марта 1848. писао је М. П. Блазнавцу: „На ђаке зидаш много и кажеш да ће они учинити довољно, а ја велим да је свакад боље да правитељство ради по благоразумију своме, а не да ђаци управљају. Тамо, истина, да су ђаци много којешта учинили, то се већ зна. У Бечу нисам био. Може бити да је Беч место голето, па се и не сећам на нашу Авалу и на њене лесковаче. Јер да није лесковаче, шта би онда од бесније ђака било! Она разноси ветар и скида маглу са очију. За ђаке доведе је доста, тј. до лесковаче, — за ђаке је већ конач“ (Грађа за историју српског покрета у Војводини, I, Београд, 1952, стр. 103).

⁵⁰ Преписка, стр. 213.

⁵¹ Ј. Милићевић, Петровска скупштина 1848, стр. 54.

Јеврем Грујић и Милован Јанковић били су познати „као швабождери, тј. који мрзе Србе пречане“ (Успомене, стр. 28) Ово је отуда што су пречани у србијанској државној служби били оличење патријархалног чиновништва, а Грујић и Јанковић били су либерали.

⁵² Преписка стр. 11, 12; Д. Стањаковић, Влала уставобранитеља 1842—1853, Београд, 1932, стр. 68, 89, 74.

⁵³ „Ми смо сви Срби (који једним језиком говоримо, макар које вере били) браћа према другим народима (нпр. према Турцима или Немцима) али кад се узмемо ми између себе, Србину је у Србији ближи и пречи Србин оданде него Србин из Срема или из Бачке, као што је и Србину из Срема ближи и пречи Србин Сремац него Србин из Србије или из Црне Горе“ (В. Караџић, Критике и полемике, стр. 196).

то је била ствар даљине с које су их прекосавски Срби гледали као на „варваре“ којима треба дати „воспитаније“.⁵⁴

„Паризлијама“ су пречани изгледали, малтене, „слепи код очију“ према европском формату њиховог образовања.⁵⁵ Не само зато што су они стигли много даље од Беча и Пеште, него што им је ишла на руку екскомуникација аустријских Срба. Јер тиме се стварао дефицит у „памети“, чиме је „правитељство“ довођено у ситуацију да, у недостатку „људи за послове“, натеже се са „лисичијим главама“⁵⁶ које траже слободу штампе, односно либералне реформе. А патријархална олигархија не може да влада сама. Њој је потребан савремени помоћник у власти као надоместак њеној необразованости. Пред тим помоћником она је, пак, стављена у положај да осећа „сопствену друштвену инфериорност“.⁵⁷ Тако саветници воде разговоре, о државним пословима, чак са гимназијалцима,⁵⁸ тако штедљиви Савет плаћа питомачке дугове, а министар Гарашанин интелектуалну „надежду“, Црнобарца, осећа као „гују у недрима“. И, као врхунац свега Вучић доживљава да му „благодејанац“ Јеврем Грујић одбије завежљај дуката.⁵⁹ Откако је, крајем 30-тих година, држава легитимисала своју потребу за образованим чиновништвом⁶⁰ србијанска интелигенција је *a priori* постављена као слој индиректне власти.⁶¹ Средином XIX века њена већина хоће директно да управља државним пословима. У том смислу, користећи се европским револуционарним таласом, наговестила је патријархалној власти свој либерални концепт управљања.⁶² На тај начин интелигенција је оснивала своју друштвену позицију „слободно лебдећег слоја“.⁶³ То јој је

⁵⁴ С. Марковић, Србија на Истоку, стр. 84; С. Јовановић, Уставобранитељи, стр. 66.

⁵⁵ С. Јовановић, Уставобранитељи, стр. 254.

⁵⁶ Писма Илије Гарашанина Јовану Мариновићу, стр. 4. Видети: Јован Милићевић, Прва група србијанских студената, државни стипендиста школованих у иностранству (1839—1842), Историјски часопис, IX—X, 1960, стр. 372.

⁵⁷ Видети: Фридрих Енгелс, Развитак социјализма од утопије до науке, Београд, 1950, стр. 29.

⁵⁸ Успомене, стр. 65.

Поред имовинског критеријума, за улазак у редове владајуће класе важио је критеријум знања. Стога, није чудно да један припадник владајуће класе говори о политици са једним младим, будућим припадником те класе (да „с децом води политику“).

⁵⁹ С. Јовановић, Уставобранитељи, стр. 97.

⁶⁰ Р. Гузина, Општина... стр. 78.

⁶¹ Да је лицејска омладина већ из школских клупа себе видела у државном апарату, указује и извештај управе београдске вароши од октобра 1850. Наиме, управа обавештава министарство унутрашњих дела „да по вароши овој нечиновна лица, а имено: ученици већи школа, знаке чиновне њима непринадлежеће носе“ АС Л—307).

⁶² Видети: С. Јовановић, Уставобранитељи, стр. 100.

⁶³ К. Манхајм, Идеологија и утопија, Београд, 1978, стр. 153. М. Ђорђевић, о овом времену, каже: „Било је ту и извесног настојања за самосталном улогом интелигенције у политичком посредовању између противречних интереса бирократије и чаршије“ (Мирослав Ђорђевић, Политичко-историјски приступ изучавању постанка и развика српске нације, Постанак и развој српске нације, Београд, 1979, стр. 32).

омогућавало и јединство наступа. Јединство, које није било засновано на неком политичком програму, него на „екстази која је била дух сваког дана“ (Маркс).

У ствари, либерална интелигенција четрдесет осме настојала је да се укључи у процес првобитне акумулације Србије, очекујући за себе изузетан положај и у богатству и у управљању државним пословима. У складу с тим, њени либерални погледи имали су двоструко значење: једно је у функцији стицања богатства, друго је начелно, у функцији либерализације државног живота.

За прве „Паризлије“ причало се да су одмах тражили начелничка места.⁶⁴ Либерални Црнобарац је говорио да човек постаје човеком тек са платом од 1000 талира.⁶⁵ Како се Константин Цукић осећао „с обичном платом од 600 талира“⁶⁶ показао је доцније његов уџбеник „Финансија“, у ком је постојеће стање критиковао строгошћу једног великог незадовољника. Кад се све ово узме за подтекст петровских захтева интелигенције, онда предлиберализам поприма нешто од изгледа који му је дао Гарашанин: „тражење већих званија то је у нас либерализам и нек ми се један либералиста покаже који је из другог узрока тај либерализам код нас практикује.“⁶⁷ Одиста, слобода штампе могла је бити либерално оружје којим би се интелектуалци борили за свој део у расподели националног вишка вредности. Јер, ако патријархална олигархија, као слој директне власти, не би из акумулације издвајала задовољавајући део за либерално чиновништво, оно је имало слободу штампе за активирање осталих друштвених слојева.⁶⁸ Тиме би се изазвала социјална криза у којој би патријархална олигархија, као идеолошки слаба, остала кратких рукава.⁶⁹ Грујић одбија Вучићеве дукате, зато што неће милостињу од „старца“, него свој део плана. Исто тако, иза Црнобарчеве тезе о малом расту од науке и малом знању пречана, стајао је велики захтев за директно учешће у националном вишку вредности. Међутим, поред тога што је у одређеном смислу била у функцији материјалног статуса интелигенције, слобода штампе предвиђена је, и то превасходно, као средство либерализације државног живота. О овој страни предлиберализма морао је стићи глас до европских дворова. Због тога се Гарашанин, августа 1853, правдао Мајендорфу, руском посланику у Бечу, да „Паразлије“ нису 1848, у

⁶⁴ С. Јовановић, Уставобранитељи, стр. 99.

⁶⁵ Успомене, стр. 17.

Видети: М. Ђ. Милићевић, Поменик, стр. 798.

⁶⁶ АС Л-232; Ђорђу Ценићу је октобра 1849. одређено 300 талира плате (АС ДС 291/1849).

⁶⁷ Писма Илије Гарашанина Јовану Мариновићу, стр. 85, писмо од 18. VI 1853. год.

⁶⁸ О оновременом схватању значаја штампе, видети: Василије Ђ. Крстић, Историја српске штампе у Угарској 1791—1914, Нови Сад, 1980, стр. 7.

⁶⁹ „Што је мање политичке вештине у најјаче класе, све је више изгледа да ће се држава ослободити њеног искључивог господарства.“ — вели С. Јовановић (Из историје политичких доктрина, II, Београд, 1937, стр. 62).

Србији, поступале по париским идејама: „Жалбе дакле противу ових људи немају никаква основа, и они који су такове подизали, или су то чинили што ништа не знаду, или због пакости да шткоде не само овим младим људима но и самом Правитељству, препјаствујући му ползовати се у својој великој оскудности људима опремљеним, и који ће у будућности врло полезне службе свом отечеству чинити моћи. Једним слобом, Г. Бароне нико вам у србском народу није духа револуционарног и республиканског и тога се од Србије не треба никада бојати”.⁷⁰

На крају, упоредимо однос носилаца либералних идеја 1848. (предлиберала) и 1858. (светоандрејских либерала) према оновременим народним скупштинама. Предлиберали су уз Петровску скупштину где, према прилици, манифестују свој либерализам. Светоандрејски либерали су у Светоандрејској скупштини коју, у једном тренутку, успевају да узму под своје. Петровска скупштина је била успутна станица либералне струје 1848. Светоандрејска скупштина је, готово за сво време свог трајања, представљала један либералан форум. Ово, пак, произлази из основне разлике два либерална нараштаја. Наиме, предлиберали су почели и завршили као либерални просветитељи. Светоандрејци су почели и завршили као политичари.

Марко ПАВЛОВИЋ

ECHOES OF LIBERAL IDEAS IN ST PETER'S DAY ASSEMBLY 1848

— Summary —

St Peter's Day assembly of 1848 was convoked in order to channel the consequences of European revolutions which had begun to be felt in Serbia as early as in March. These consequences manifested themselves in two facts: in the discord among the chiefs of the movement of the defenders of the constitution (*ustavobranitelji*) and in the danger of restoration of the Obrenović dynasty. However, in this last peasant assembly in Serbia of the XIX century, there were pointed out also liberal ideas.

Since the students of the Lyceum did not succeed in obtaining from the Council the right to have their representatives in the assembly, they took advantage of the custom which allowed them to assist uninvited at the assemblies which were usually held »on the meadow, under the willow trees«. In this way present, the

⁷⁰ Писма Илије Гарашанина Јовану Мариновићу, стр. 144.

young intellectuals, left, in the petitions of St Peter's Day, the traces of their liberalism: freedom of press, freedom of lectures, institutionalization of the National Assembly.

The liberal intelligentsia endeavoured in 1848 to include themselves, through the liberalization of the political organization in Serbia, into the process of primitive accumulation, changing at the same time the dominant, rudest form of compulsion in this process. The St Peter's Day assembly was but a station on the way on the liberal current, a marginal manifestation of liberal ideas of 1848 in the atmosphere of a multitude of peasant demands.

ТЕОРИЈА ПРАВА

ПРАВО КАО ПРЕДМЕТ АКСИОЛОШКИХ АНАЛИЗА

У XX веку настало је много нових научних дисциплина, као кибернетика, праксеологија, друштвена девијација, виктимологија (да не спомињемо нове дисциплине, природних, техничких или медицинских наука) и — за нас овде интересантна — аксиологија, чији су главни предмет истраживања и анализа вредности. Наравно, рефлексије о различито одређиваним вредностима, нарочито етичким вредностима, а међу њима о моралној вредности добра, досежу до почетака филозофске мисли. Ипак, тек на прагу XX века почела се на целовит и систематски начин изграђивати општа теорија вредности, касније названа аксиологија.¹

У европској филозофији појмом вредности служили су се, пре свега, представници баденске школе неокантизма (Wilhelm Windelband и Heinrich Rickert), феноменологије (Max Scheler и Nicolai Hartmann) и неореализма (George E. Moore и Ralph B. Perry). Термин „аксиологија“ увео је у науку данас већ заборављени француски аутор Paul Lapie у делу *Logique de la volonté* (Paris 1902). Та реч се није данас одомаћила у свим језицима, ретко ју је могуће напр. срести у речницима енглеског језика.

Ширење појма аксиологије као назива за издвојену област истраживања знатно је допринео Eduard von Hartmann захваљујући свом раду из 1908. г. под наз. *Grundriss der Axiologie*. Ипак је аксиологија доста дуго била називана једноставно „филозофија вредности“. На потпун и истовремено аутономан начин студије о појму вредности и о процесима вредновања су се развиле у двадесетим и тридесетим годинама овог столећа и концентрисале су се на питања добра, лепоте и истинитости. У аксиологију су првобитно убрајане како тврдње које карактеришу вредности, тако и вреднујуће тврдње, а такође и морална убеђења и етичке доктрине.

¹ Вид. S. Dziamski: *Aksjologia i jej problematyka*, (y:) *Aksjologia, estetyka, etyka*. Praca zbiorowa pod red. S. Dziamskiego. PWN, Warszawa — Poznań 1981, стр. 5—25.

Данас се аксиологија у најопштијем смислу састоји од четири групе проблема:

1. Општа теорија вредности, која истражује суштину вредности, њихов карактер, одређује и анализира оно што је добро, вредно, корисно итд., истражује етиологију, врсте, хијерархију вредности, њихове друштвене и културне функције и т. сл.

2. Појединачне теорије вредности одређене врсте, нпр. теорије моралних, естетских, економских, политичких, религијских и т. сл. вредности. Тако схватана аксиологија улази у састав различитих дисциплина (етике, естетике, економије, политологије, науке о религији итд.) и има одговарајуће врсне називе (морална аксиологија, естетска аксиологија итд.).

3. Конкретни системи вредности који постоје у оквирима концепције датог аутора, филозофског правца или можда научне школе. С те тачке гледишта говори се, на пример, о аксиологији Маха Schelera, аксиологији утилитаризма, аксиологији лавовско-варшавске школе, аксиологији правног психологизма итд.

4. Теорија вршења моралног, естетског, политичког избора, одабирања погледа на свет итд., а такође доношење одговарајуће одлуке.

Без обзира на мање или више општи начин схватања основних питања аксиологије, начелни проблем тиче се тога, који предмети, који њихови атрибути и релације међу њима јесу (треба да буду; могу да буду) прихваћени као они који имају вредност. Питање о начину постојања вредности јесте питање о онтологији аксиологије. Начин одговора на то питање конституише пет основних аксиолошких становишта²:

1. Културно (релативистичко) становиште, образлагано између осталих од Talcotta Parsonsа, тврди, да су вредности културне појаве, које се могу дефинисати као друштвеном праксом одређени и са поколења на поколење преношени стандарди одобравањег понашања. Према другој културној дефиницијској конвенцији, вредности су друштвено акцептирани предмети (материјални и симболички), који чине — променљив у времену — циљ људских деловања.

2. Натуралистичко (објективистичко) становиште гласи да је вредност све оно што дозвољава човеку да оптимално функционише, остварује постављене циљеве, задовољава потребе, развија личност и т. сл.

3. Емотивистичко (друкчије називано субјективистичко) становиште изражава поглед да су вредности одраз емоционалних преживљавања, афективан аспект свести, својеврсна емоционална реакција.

4. Хетерономно становиште (репрезентује га између осталих Roman Ingarden) истиче да вредности постоје само с обзиром на њихове носиоце.

² Вид. G. Kloska: *Pojęcia, teorie i badania wartości w naukach społecznych*. PWN, Warszawa 1982, стр. 42—58.

5. Аутономно, друкчије апсолутистичко становиште (типични његови представници су Platon и Max Scheler) прихвата да су вредности идеје и идеални предмети, апсолутна добра.

Набројана онтолошка становишта, посебно прва три (1—3), су у суштини квази-онтолошка. Она не дају пун и једнозначан одговор на егзистенцијално питање, каква је реалност постојања вредности, у којој сфери бића су вредности смештене. Поред тога, обраћа пажњу на то, да формулисане дефиниције вредности у више махова садрже или елементе неколико онтолошких становишта, или се ослањају на друге а не горе поменуте и имплиците прихватане онтолошке претпоставке. Notabene, немачки аутор R. Lautmann нашао је у социолошкој литератури 178 различитих дефиниција вредности.³ Вредностима се називају између осталог нереализоване потребе различите врсте; предмети према којима човек има позитиван или негативан однос; све оно што се признаје као добро, пријатно, неопходно; оно што има корисну вредност; оно што задовољава људске потребе; оно што дозвољава да се ефикасно делује; оно што одређује правац активности човека (више се цени, доноси корист).

Ове и друге дефиниције вредности јасно показују да су термину „вредност“ придавана различита значења, да је то непрецизан и вишезначан термин. Поред тога, „у друштвеним наукама не постоји никаква језичка навика, нити каква у њима општеприхваћена термилошка конвенција, која би предодређивала да неки предмети припадају области речи вредност. (...) У таквој ситуацији употребљавајући термин „вредност“ треба назначити какво му се значење приписује и користити га консеквентно у том значењу“.⁴

После ових уводних запажања да сада покушамо одговорити на питање како се — у најопштијем нацрту — испољава аксиолошка проблематика у савременом пољском правништву. По правилу, аутори, који се баве сложености (вишестраности) правних појава, разликују најмање три њихова аспекта: формалан (то значи језичко-логички), реалан (то значи социолошки и психолошки) и аксиолошки. Као „правну појаву“ најчешће одређују све оно што је предмет правних истраживања, па дакле, систем правних норми, њихово стварање, примену и широко схваћено друштвено деловање.

Уколико су аспекти правних појава: формалан, социолошки и психолошки третиран као њихова несумњива својина, утолико је њихов аксиолошки аспект третиран као спорна ствар. „Веома је спорно — пише Jerzy Wróblewski — питање аксиолошке равни“.⁵ Спорост те равни везана је с тим, што бића звана „вредности“ немају „онтолошку посебност“. Правне појаве су једноставно на неки начин повезане с вредностима, на које је могуће гледати као на „рефлекс преживљаваних оцена“, „апстрахован објект оцена

³ Нав. према: *ibidem*, стр. 29—30.

⁴ *Ibidem*, стр. 68.

⁵ J. Wróblewski: *Prawo i płaszczyzny jego badania*. »Państwo i Prawo« 1969, свеска 6, стр. 999.

формираних у датој друштвеној средини", или „значањско одређивање оцењујућих исказа".⁶

Ти различити начини „гледања" на вредности, који интересују правништво, су подударни, јер схватају вредност (процеси вредновања) једноставно као оцене (оцењујући искази, формулисање оцена, преживљавања оцене, типови оцењивачких преживљавања).⁷ При том је реч о две врсте оцена. Прво, о оценама „доживљаваним од стране чланова друштва у вези са одређеним правним нормама, правним институцијама или правним системом као целином" и — друго — о одређивању „оцена законодавца као битног чиниоца за уређивање правног система. У том случају (...) реч је (...) о конструисању таквог система оцена, који би давао аксиолошко образложење за систем норми које се дају интерпретирати у ослонцу на баш такве оцењивачке претпоставке".⁸

Начин схватања предмета аксиологије у правништву је, као што произилази из горњег објашњења, веома упрошћен. Начелне приговоре изазива поистовећивање вредности са оценама. Према семантичком значењу „оцена" је израз одређене врсте, који нешто на известан — позитиван или негативан — начин квалификује, а „вредност" је одлика или збир одлика својствених датом предмету, које одређују његову важност, значај или нека посебна вредна својства (морална, правна, естетска етг.). Не постоје образложени мериторни разлози за стављање знака једнакости између та два, у корену различита, појма, тим пре што су не само у језику друштвених наука, него и у свакодневном говору, различите њихове конотације и друкчије је њихово предметно подручје. Notabene, нити се у општој аксиологији, нити у појединачним аксиологијама, среће поистовећивање вредности са оценама. А можда се у правништву оцене дефинишу тако, да оне представљају значењски еквивалент неког од начина схватања вредности у аксиологији? Одговор на то питање није тежак, јер сами теоретичари права признају да у науци, коју представљају, реч „оцена" је схватана као: 1) језички израз „преживљавања одобравања или неодобравања неког стања ствари"; 2) „оцењивање неке величине или интензивности тешке за објективно схватање; 3) одређивање „да ли дати предмет, личност или догађај показује извесна очекивана својства"; 4) тврдња да је нешто погодно за нешто.⁹ Очигледно је, дакле, да су „оцене" у схватању правништва нешто друго него „вредности" у било ком од сретаних аксиолошких значења. Дате су, додуше, у аксиологији дефиниције вредности као „цењених ствари" или као „позитивно оцењиваних предмета",¹⁰

⁶ Z. Ziemiński: Problemy podstawowe prawoznawstwa. PWN, Warszawa 1980, стр. 102.

⁷ Z. Ziemiński: Op. cit., стр. 102—104; J. Wróblewski: Op. cit., стр. 999—1000; K. Opaterek: Problem prawoznawstwa a problem tzw. płaszczyzn prawa. »Państwo i Prawo« 1969, свеца 6, стр. 983—995; W. Lang, J. Wróblewski, J. Zawadzki: Teoria państwa i prawa. PWN, Warszawa 1979, стр. 27—28, 38—39.

⁸ Z. Ziemiński: Op. cit., стр. 103.

⁹ Ibidem, стр. 124—125.

¹⁰ G. Kloska: Op. cit., стр. 44.

али ове значењске конвенције ни у ком случају не поистовећују вредност са оценом.

Ова кратка презентација начина представљања аксиолошке проблематике у савременом пољском правништву, мислимо, недвосмислено показује да то што се назива аксиолошки аспект правне појаве нема много заједничког са аксиологијом као таквом. Покушајмо зато предложити друкчији прилаз насловном питању, питању права као предмета аксиолошких анализа.

Свеукупност знања о вредностима смештеним у правним нормама, садржаним у принципима стварања права, реализованим у процесу примене и друштвеног деловања права могуће је најопштије назвати аксиологија правних појава. За термин „вредност“ предлага се следећа дефиниција: „нешто је вредност тада и само тада, када је признато за вредну (цењену) ствар”.¹¹ С друге стране, „ствар” (у физичком смислу) је вредна (цењена, позитивно оцењена) када субјект без принуде стреми њеном стицању, очувању или повећању имовине, или такође — као у случају „нефизичких ствари” (психичких, симболичких) — њеној спонтаној реализацији, експонирању, фиксирању и т. сл.

Аксиологија правних појава, бавећи се вредностима у горе наведеном значењу, испуњава (тачније: треба да испуњава) две основне функције: 1) спознајно-хеуристичку функцију и 2) практично-социотехничку функцију. Реализација прве од њих дозвољава да се боље схвати суштина права, коју друштвену улогу оно испуњава, које циљеве реализује, које последице изазива итд. Реализација практично-социотехничке (инжењеријске) функције дозвољава да се пројектује такво стварање права и такво његово деловање, која ће реализовати не само у њему смештене вредности, него и узимати у обзир општедруштвене вредности.

Општа аксиологија правних појава треба да се састоји, по нашем мишљењу, од пет појединачних аксиологија. Ево њиховог списка заједно с најсажетијом карактеристиком:

1. Аксиологија правних норми и принципа — истражује (описује, анализира, уопштава etc.) вредности садржане у нормама (скуповима норми) официјалног права, тј. права санкционисаног државном принудом. Под „правним принципима” овде се подразумевају — у складу са значењем прихваћеним у социологији права — правила која говоре шта је правом дозвољено, а шта забрањено. Тај део аксиологије правних појава распада се на аксиологију норми кривичног права, аксиологију норми грађанског права, аксиологију норми административног права итд.

2. Аксиологија правне праксе истражује (описује, анализира etc.) вредности садржане у исказима о праву органа који стварају и који примењују право. У њој је могуће разликовати три најважнија вида: а) правну аксиологију државних органа, б) правну

¹¹ Ова дефиниција је слична дефиниција предложеној од Н. Falldinga (A Proposal for the Empirical Study of Values, »American Sociological Review« 1965, vol. 30, стр. 223), спајајући заједно с тим значењски предлог вредности који је понудио G. A. Lundberg (Can Science Save Us? New York 1950, стр. 26).

аксиологију органа правних лица и в) аксиологију правних субјеката (нпр. „приватних“ лица).

3. Аксиологија правних наука истражује вредности садржане у исказима о праву (о правним појавама) појединачних правних наука. У њој је могуће разликовати аксиологију науке кривичног права, аксиологију науке грађанског права итд.

4. Аксиологија правне свести дели се на две области, на аксиологију правне свести адресата права и на аксиологију правне свести правних контролора. Предмет њених истраживања су вредности садржане у обичним и професионалним оценама права, у постулатима на рачун права и у друштвено (и професионално) усвојеном знању о праву.

5. Аксиологија обичајног права истражује вредности садржане у основним нормама и принципима обичајног права, дакле, таквог права које је санкционисано различитим формама друштвене, вандржавне контроле.

Свака од горе наведених врста аксиологије правних појава може се са своје стране поделити на две категорије, на описна и нормативна питања, разликујући описну аксиологију правних норми и нормативну аксиологију правних норми, описну аксиологију правне праксе и нормативну аксиологију правне праксе, etc.

У светлу приказаних разликовања питање о томе, „да ли је право вредност“, веома је вишезначно. Његово прецизирање почиња управо на разликовању појединачних аксиологија правних појава.

Право није апсолутна вредност, како су то доказивали ранији мислиоци. Оно није вечита идеја, није тзв. аутономан принцип праведности, нити такође универзално правило правилности и поретка. Право није такође, само собом, друштвена вредност само на основу тога што у свим савременим друштвима оно представља основни регулатор међуљудских односа. Право је друштвена вредност када је стварни чинилац развитка и прогреса. Зато није образложен поглед, доста често сретан у савременом правништву, да је критеријум вредности права његово поштовање. Јер такво право које постиже послушност код грађана само због тога што примењује драконске санкције, никако није „вредније“ од права често обилаженог, али лишеног елемената репресивности која паралише грађане. Штавише, чини се, да је, с тачке гледишта хуманистичких идеала, право тим вредније, чим га има мање, чим се чешће међуљудски конфликти решавају без неопходности ангажовања инструмената правно-државне контроле.¹²

Andrzej KOJDER

(Превео с пољског: Тодор И. Подгорац)

¹² Вид. D. Black: The Behavior of Law. Academic Press, New York — San Francisco — London 1976, стр. 123.

— Summary —

The author presents the main problems of axiology as the separate domain of study, reminding that the term »axiology« has been introduced into the philosophy at the beginning of the XX century. Then four basic problems of contemporary axiology are distinguished: 1) general theory of values, 2) particular theories of values (e.g. theories of moral, aesthetic, political values and so on), 3) concrete systems of values (of given author, scientific school or philosophical trend), 4) rules of achievements of moral, aesthetic, political choices. According to the most frequent answers to the question concerning the existence of values the author characterizes five fundamental axiological positions: 1) relativistic, 2) objectivistic, 3) emotivistio, 4) heteronymistic, and 5) absolutistic. After introductory remarks there follows the consideration of particular questions on the subject of relation between axiology and jurisprudence. As the author pointed out, three aspects (levels) of legal phenomena are usually distinguished: 1) formal (i.e. linguistic and logical), 2) real (i.e. sociological and psychological), and 3) axiological. However, the last one is treated as a question at issue. These lawyers who accept axiological aspect of legal phenomena identify values with valuations. As a rule they say about two classes of valuations: the first one refers to social attitudes towards legal norms, the second one to estimations of legislator. Shortly speaking understanding of values in contemporary jurisprudence is highly specific and unfamiliar with the concept of values in general axiology. The author argues that axiology of law should examine values which are contained in the legal norms and regulations, and also values embedded in the process of creation, application and operation of the law. In author's opinion five particular axiologies of legal phenomena compose general axiology of the law. They are: 1) axiology of legal norms, 2) axiology of legal practice, 3) axiology of legal sciences, 4) axiology of legal consciousness, 5) axiology of customary law. In the last part of the paper it is pointed out that the law should not be treated as an absolute value, because it is neither an eternal idea of social order and progress nor a universal rule of rightness.

РЕЛИГИЈА И СОЦИЈАЛИСТИЧКО ДРУШТВО

У време доношења Устава СФРЈ од 1974. године, однос социјализма и религије није био предмет посебне дискусије. Слобода исповедања вере и слободе верских заједница прокламовани су као и у ранијем уставном тексту; то су тековине европске културе Новог века у којој човек има неограничену слободу мисли и опредељења. Те слободе нису исто што и толеранција многобоштва у Римској империји. Друштвене заједнице које слободу мисли данас ограничавају фундаменталном идеологијом чије догме, верске или политичке, представљају светињу иза које стоји држава или фанатична оданост њихових следбеника, налазе се у „Средњем веку“, маколико својом материјалном културом припадале Новом веку.

Уз то одмах треба рећи да је у двадесетом веку, у периоду израстања фашизма и стаљинизма, Европа доживела трагично одступање од слободе мисли и опредељења и да су и сада у свима заједницама европске цивилизације приметни мањи или већи трагови политичке праксе монопола, или бар примата само једног опредељења и само једне политичке мисли.

Уставна одредба о верским слободама није разлог што је убрзо после доношења Устава од 1974. године религија постала политичка тема. Ова тема је заживела у мери, у којој је секундарно улазила у контекст националистичких сукобљавања у међунационалним односима.

Почетком 1980-те, поборник револуционарног социјализма у Хрватској Владимир Бакарић, у разговору с новинаром осветлио је историјску улогу католичке цркве у разним епохама: доминација папе над феудалном Хрватском, везаност за Аустрију, за профашистичку струју која је заразила многе и многе, а онда је видео кад се у данашњици „хрватски националиста обуче у свећеничку одећу и то да би избегао политички ризик, јер сматра да се ми због обичног свећеника нећемо свађати са Ватиканом, па мисли да може радити шта хоће“.

Занимљив је био и следећи став: „Знамо да се црква укинути не може, и то не зато што су јаки попови, него зато што то живи

у главама људи, и зато што данашњи системи на овој земљи на разне начине рађају што живи у главама људи. Према томе, борити се против цркве као религијске установе је бесмислица и глупост”.

У овом ставу постоји одређена недореченост. Познато је да пуко агитовање против цркве не води ничему. Логично је било, наиме, да се каже који су други садржаји који, између осталих измена у друштвеној свести, треба да улазе у главе људи о свету око и изнад њих, где нема ни божанске власти ни страха од чега кад размишљају о загонеткама на које од вајкада дају своје одговоре разне религије.

Овако, изгледа као да нема снага којима би се у мењању друштвене свести ишло напред, у нов свет слободе. Изостало је да се каже да попови нису били јаки у Хрватској ни 1939. године, када су 14 бискупа с надбискупом Степинцем закључили између осталог: „Тешко да је икада у једном кратком времену било толико апостазиа унутарњих и вањских од цркве и бога међу духовном и свјетовном хрватском интелигенцијом, колико посљедњих тридесет година. Тешко је изрећи колико се особито у првих двадесет година овог стољећа сасуло погрда на сву нашу прошлост...”

„Најупливнијем, или барем најапилнијем дијелу хрватске интелигенције прве четврти двадесетог вијека, било је вриједније и драже и богумилство и хуситизам и православље и протестантски старокатолицизам, па и најплиће и најлуђе безвјерство, него ли прађедовска католичка вјера (...) Управо је несхватљива била њихова ревност у разарању духовне и моралне баштине отаца. Мјесто ускрснућа спремало се заправо самоубојство народа. Стога, дакако нијесу изостале ни зле посљедице”.¹

Ако се одстрани срџба бискупа потекла из незадовољства стањем ствари, у овом тексту изнет је основни узрок опадања моћи католичке цркве у време аустроугарске монархије и у капиталистичкој Југославији. Прогресивне снаге уносиле су ново у главе људи, па и за све храмове убитачно безверје, у чему је, знамо, у Хрватској предњачио Крлежа.

Данас нема антирелигиозне ангажованости каквом је обилавала литература прошлог стољећа. У песничким збиркама, у нас их има преко 2.000 објављених у посљедње две деценије, да ли се може наћи нешто слично стиховима из првих година прошлог стољећа: „Краљеви, свештеници и државници осуше што цвета у људима / Још док је у нежном пупољку, они протичу брзином стреле / Као префињен отров кроз вене без крви / Самотног друштва ... ”.² Овде одјекује Француска револуција, а ево и Октобарске: „Слушајте, господине боже! / Како вам не досади / у желе облака мрешкавих / замакати очи одебљале, а?”³ Да се не по-

¹ Петар Шегвић — Атеизам је настао у капитализму, „Борба”, 9. IV 1982.

² Persy Busshe Shelley — Selected poems, Collins, London 1966.

³ В. В. Мајаковски — Нови облак у панталонама, „Нолит”, Београд 1963.

миње груба проза Васе Пелагића, револуционара деветнаестог века, оно његово, или Волтерово, свеједно: „Нема слободе док последњи краљ не буде обешен о црева последњег попа”.

Ваљда нико није сасуо толико погрда на свештенике као Ниче у „Антикристи”: „Неопходно је рећи кога осећамо као нашу супротност — теолога и све што у телу има крв теолога (...) Шта мари неки свештеник за науку? Он је изнад тога! (...) Хришћанство стоји насупрот свих духовних постигнућа (...) Повољно је прочитати само ма којег хришћанског агитатора, светог Аугустина, на пример, да би се схватило како су се прљаве клике попеле горе. У потпуности би се преварили ако би се код вођа хришћанског покрета претпоставио ма какав недостатак разума — о, паметни су они, паметни, до светости, та господа црквени оци!”.

И на крају оптужба: „Хришћанска црква ништа није поштедела свопокварености, од сваке вредности је направила невредност, од сваке истине лаж, од сваке честитости нитковлук душе. Нека се не усуди више нико да ми говори о њеним ‘хуманитарним’ благословима! Потиснути неку невољу било би против њеног најдубљег интереса: она је живела од невоља, стварала је невоље да би се овековечила. Нагризајући црв греха, на пример: том бедом човечанство је пре свега обогатила Црква! ‘Једнакост душе пред богом’, то пренемагање, тај изговор за омразе свих подлаца ...”.

А онда из Ничеовог „закона против хришћанства” објављеног 1883. године: „Најпорочнија људска врста је свештеник: он поучава у против-природу. Не постоје разлози против свештеника, постоји поправни дом (...) Што смо ближе науци, већи је злочин бити хришћанин (...) Јести за једним столом са свештеником није дозвољено, чинећи то баца се клетва на часно друштво. Свештеник је наш чандала — он ће бити обзнањен, изморен глађу и прогнан у неку врсту пустиње”.

Шта значи данас ова антиклерикална пропаганда у некаквом песничком заносу. Негацијом и грдњама не постиже се ама баш ништа. На питање: Шта је добро?, Ниче је одговорио: „Све што у човеку подстиче осећање моћи, вољу за моћ, моћ саму”. То је фашизам прихватио као закон, а на копчи опасача немачких војника остало је Gott mit uns! Бог је уз нас, с кукастим крстом у средини; фашистичке тенкове пред одлазак на фронт благосиљали и кропили посвећеном водицом католички свештеници, јер, „човек се стално држи прошлости”, њен ланац се вуче за њим светом и данас.

Ни у новој Југославији, у првим деценијама њеног постојања, као да црквама нису цветале руже судећи по писању једног теолога 1973. године: „Бројчано стање клера у многим бискупијама не задовољава, тако да се може говорити о кронично лошем стању броја свећеника. Што се тиче подмлатка, (...) огромна већина долази са села, тако да се људи одлучују за свећеништво тамо гдје бити свећеник још увек значи социјално напредовање. Карактеристично је на пр. да село Бедња има у Загребачкој бого-

словији осам, а сам Загреб свега четири кандидата за свећенике".⁴

До сада нема научне анализе о последицама потписивања Протокола између СФРЈ и Свете столице у 1966. години којим је правно политички регулисан однос социјалистичке Југославије са Светом столицом у Ватикану и истовремено положај римокатоличке цркве у Југославији. Као да је веће интересовање за прошлост кад је најтиражнији ћирилични дневни лист нашао место да на целој страни у наставцима изнесе отпор Српске православне цркве потписивању Конкордата закљученог између Свете столице и предратне Југославије, а доста простора дато је и загонци да ли је патријарх Варнава тада отрован.

После потписивања протокола уследила је посета Председника Тита Папи Павлу VI, чији значај, по природи ствари, није могао бити у уређењу односа са ватиканском минидржавом него с црквеном хијерархијом католичке цркве у Југославији, организационо повезаном са врхом у Ватикану. Књига југословенског дипломате о Ватикану у савременом свету⁵ говори углавном о оријентацији ватиканске политике према широком свету. У односу на Југославију, књига не даје више од увида у званичне односе; брижљиво је одмеравао да се не покрене питање праксе тих односа кад „хрватски националиста обуче свећеничку одору“. О томе је речено тек толико да је Протоколом осуђен политички тероризам и криминални облици насиља; Света столица се обавезала да предузима мере против свештеника ако буду учествовали у некој терористичкој акцији и начелно је прихватила деполитизацију Цркве, то јест да клер неће злоупотребљавати црквено-верске функције. Речено је да „у нас један дио бискупа није био задовољан Протоколом“, али аутор није запазио да у Протоколу нема клаузуле о конкретним санкцијама против свештеника који буду злоупотребљавали своје функције.

„Социјализам и слобода“, велика тема о развоју социјалистичког друштва, не може да не покаже шта у овом новом друштву улази у главе људи као одговори на фундаментална питања човекове егзистенције, што у друштвеној свести стаје на место религијских учења. Међутим, једна књига с таквим насловом⁶ кад приказује слободу вере међу правима и слободама југословенског устава, о томе не каже ништа. Нема ни коментара уставног текста да је вера „приватна ствар“, а ипак у законодавству и политици постоје институције у којима представници верских организација учествују у јавном животу.

„Људски разум непрекидно се мијења упоредо са тиме како човек открива законе природе и како утиче на њу“.⁷ Као да овде Влаховић указује како у главе људи, од искона радозналих, улазе открића о човеку која мењају представе о оном што је око

⁴ Петар Шегвић — Бројни садржаји за дијалог, Борба", 8. IV 82.

⁵ Вјекослав Црља — Ватикан у савременом свјету, „Школска књига“, Загреб 1980.

⁶ Др Јован Ђорђевић — Социјализам и слобода, „Просвета“, Београд 1980, стр. 173.

⁷ Вељко Влаховић — Сабрани радови V, „Комунист“, Београд 1981.

њега. Како у социјализму, на нашем простору, експлозија науке наших дана има да стигне у главе људи својим одговорима на питања која човек поставља природи неометан теизмом и атеизмом, не борећи се са црквама и цамијама и свим другим заблудама прошлости било да су у религији или у политичким и обичајним садржајима групе заосталости мишљења?

Пошто је овде реч о религији, сваку од њих стварали су људи као систем који се делимично ослања на општа искуства о питањима живота и, посебно, смрти. На тим искуствима ствара се даље представа о свету којим су људи окружени, онаквом како припадници одређене религије верују да постоји изван њега што се о њему зна. Тај систем уноси у вернике склад у маси непознатог где не могу да се добију одговори када се о томе размишља. Тако религија, користећи својство практичног разума да уочава појаве и искуством им даје одређене квалитете, иде даље од сазнатог и задовољава човекову потребу да разуме оно што се око њега налази и што је у њему самом.

У томе религија има огромну снагу да људе друштвено повезује својим решењима о непознаницама живота и смрти. Кад су та решења једном дата и кад се религијски одговори прихватају у маси одређеног друштва, све остало што представља питања практичног егзистирања појединца у друштву и друштва као целине иде даље складно колосеком практичне мисли. Сваки верски систем даје своја практично интелигентна решења, ако се у њих верује. Фојербах грубо греши кад у томе види глупост и у заблуди је кад каже да „ништа човеку није више урођено него незнање, затуцаност”.

Ако се већ тражи разлог зашто људи прихватају верске системе, може се рећи да практична мисао овде полази од последице према узроку, полази се као у науци, да све што постоји настаје из нечег. У ланцу чињеница о постојању света, и човека у њему, кад се стигне до границе непознатог, религије дају бога као узрок постојања.

Знамо да се у праисторији страховало од сила јачих од човека и замишљале везе с тим силама у магијским ритуалима. У даљем развиту, религијом је успостављено јединство тих сила представом о највишој сили која влада земљом и небом — о богу, творцу света. У таквој спознаји логично је средњовековно учење теолога да о божанској сили творца човек не може знати ништа, „као што ни творевине људских руку не могу знати како су и зашто настале”. Отуда, стварање света и смисао стварања су недокучиви, „човеку није могућно Бога видети нити у његове тајне проникнути”.

Теолози не мирују. Међу језуитима, Пјер Тејар де Шарден дао је католицима 1947. године књигу „Феномен човека”.⁸ У науци Тејар је палеонтолог, заједно с Кинезом Пеј Ван Чунгом реконструисао је синантропа, прачовека у једном од најстаријих развојних облика. Књига је потстицајна у многим стварима о којима

⁸ Пјер Тејар де Шарден — Феномен човека, БИГЗ, Београд 1979, стр. 180, 236—237.

модеран човек размишља, запажено је и неспокојство људи савременог доба.

Као да одговара на Хајзенбергову и Борову теорију узрочности, Тејар види „болест простор-времена“ која се испољава утиском сатрвености и излишности пред огромношћу козмичких пространстава. „Огромност простора је опипљива, дакле, и најупечатљивија. Ко се од нас, само једном у животу, усудио да је погледа у лице и да покуша да 'доживи' универзум саздан од галаксија расутих на даљинама од стотина хиљада светлосних година? И ко није, пошто је покушао, из тог опита изашао дубоко пометен у својим веровањима? И ко није, чак и када је покушавао да затвори очи пред оним што нам неумитно откривају астрономи, нејасно осетио како нека дивовска сенка прелази преко ведрине његових радости? Огромност трајања такође: која час утиском бездана делује на оне, малобројне, који успеју да је сагледају, час, много чешће, делује (на оне који је не виде добро) утиском очајне постојаности и једноличности. Догађаји који се узастопно смењују у круг, неодређени путеви који се укрштају не водећи никуда. На крају огромност броја: велики број свега што је било, што јесте и што ће бити потребно да се испуни простор и време. Океан у коме нам се чини да се растварамо, утолико неодољивије уколико нам је јасније да смо живи. Настојање да се свесно поставимо међу милијарде људи — или једноставно да нађемо место у једној томили...“

Књига обилује питањима ума пред загонеткама света, а у епилогу, дајући одговоре о оном што чини „феномен хришћанства“, настоји да споји науку с религијом. „Посматрано у јудејској фази, хришћанство је могло себе да сматра посебном религијом једног народа. Доцније подвргнуто општим условима људског знања, оно је могло да замишља да је свет око њега и сувише мали. Међутим, од тренутка кад је установљено, оно је увек тежило да у својим конструкцијама и победама обухвати свеукупни систем који је себи претстављало“.

Изостављајући овде што је даље речено „поповски“ о Христу који „у себи сједињује целокупни психизам Земље“ и његовој победи када ће, по речима светог Павла „бити само Бог, све у свима“, Тејар уз ову идеју пантеизма даје католику лек болести пута без излаза — зебње која улива осећање да смо затворени: „Универзум који се завршава синтезом средишта, у савршеној сагласности са законима уједињења. Бог, средиште средишта. У тој завршној визији, хришћанска догма достиже свој врхунац“.

У самој науци, док човек продире у тајне света којим је окружен, јавља се тежња ка сажимању свих сила природе у њихово јединство. Један Ајнштајн, у есеју „Свет како га видим“, обузет „страхопоштовањем“ кад стоји пред „тајанственошћу“ света, рекао је: „Поглед у мистерију живота, макар везан и са страхом, уздигао је исто тако и религију. Знати да оно што је непроницљиво за нас стварно постоји, манифестујући се као највиша мудрост и најзрачнија лепота које наше тупе способности могу да појме само у њиховим најпримитивнијим облицима — то сазнање,

то осећање је у центру праве религиозности. У том смислу, и само у том смислу, припадам и ја дубоко религиозним људима”.

Респект према уму једног од највећих физичара савремене науке не треба да нас омете да у овом што је Ајнштајн рекао видимо како подсвест може моћно да утиче на размишљање и највећих умова. Праисторијски страх од сила чије дејство запажамо, а не знамо шта су, продужава се у религији и изван ње као „страхопоштовање” кад човек стоји пред мистеријом света, свог постанка и свог нестанка.

Ко нема поштовања нека бар има разумевања за мучан пут који су људи прешли у току ових шест, седам хиљада година развика ума. „Само кад ‘мислити’ не би било тако тешко”, говорио је Гетеу Мајер, ботаничар у Кенигсбергу пре двеста година. „Ако свет траје свега сто милиона година, он је још и сада у пуној својој младости и готово као да му је почетак; ми сами не досежемо даље од првих људи и праотаца вере и који је тај ко може да нас не утапа у прошле векове с њима у једно? Али ако се о будућности суди према прошлости, колико је само ствари било непознато у уметности, у наукама, у природи и, усуђујем се рећи, у историји! каква се све открића неће учинити! какве разне револуције неће морати да стижу широм лица земље, у државама и у царствима! колико је само наше незнање! и колико је сићушно искуство ових шест или седам хиљада година!”.

Лабријер, у чијем је уму ово потекло пре три стотине година⁹ види како споро свет живи: „Ко је проживео само један дан проживео је једно stoleће: исто сунце, иста земља, исти свет, иста осећања; ништа не личи боље на данашњицу од оутрашњице”. А онда тај ум као да се поиграва с религијом: „Било би ту нешто да му пробуди радозналост — смрт, то јест кад ниси више тело него си само дух: човек међутим, увек жељан новог, ни мало није радознао кад је та стварчица у питању; од рођења никако да се смири и како му све на крају досади, ни мало му није досадно да живи заувек. Оно што види о смрти снажније на њега делује од оног што о њој зна: болест, патња, леш одвраћају га од сазнања да постоји други свет. Потребна је пуна строгост религије да га томе приведе”.

„Не знам нимало да ли пас зна да бира, да ли се подсећа, да ли осећа, да ли стрепи, да ли уме да замишља, да ли мисли; кад ми се онда каже да све ово у њему нису ни трпљења ни осећања већ природан и неизбежан учинак уређаја механизма приуротвореног различитим размештајем делова материје, ако ништа друго оно могу да се сложим с том доктрином. Али ја — ја мислим, и сигуран сам да мислим: а која је ту сразмера у томе или у том размештају делова материје, то јест сразмера једне дужи према свим димензијама која је дугачка, широка и дубока и која је у сваком смислу у складу с оним о чему се мисли?” — ево како се Лабријер мучи с питањима где савремена наука једва да назире шта се збива у централном нервном систему као процес

⁹ La Bruyère — Les caracteres Gallimard France 1975 p. 302, 381, 385, 386, 412, 413, 414, 263.

мишљења и каквим све везама, биохемијским и електрофизичким, протиче меморија као темељ мишљења.

У време када Дидро још није јајетом пољуљао храмове које ће рушити француска револуција, Лабријер, учитељ младог војводе Бурбонског, штићеник бискупа Босијеа, размишља: „Ако је све материја и ако је мисао у мени, као и у свим другим људима, само учинак размештаја делова материје, ко је онда унео у свет сасвим другу идеју од оне о материјалним стварима. Има ли материја у својој унутрашњости једну идеју тако чисту, тако једноставну, тако нематеријалну као што је она о духу? Како она може да буде принцип ономе што одриче и искључује из свог сопственог бића? Како је то она у човеку оно што мисли, то јест оно што је у самом човеку његово уверење да он уопште није материја...”, мучи се и овде да се на крају, шта би друго, приклони религији: „Не могу да замислим да једна душа коју је Бог хтео да испуни идејом о његовом бесконачном бићу, и неограничено савршеном, треба да нестане”. И да кажемо, на добитку је, у њему је бесмртна душа кад већ тело нестане, том бесмртношћу био је опседнут и Гетеов ум.

Ко надмено у овом што је Лабријер на крају рекао види глупост, наћи ће у његовим „Карактерима” и ово: „Ми, који смо толико модерни, кроз неколико столећа бићемо старовремски... Имајмо онда према књигама људи из прошлих времена ону исту благодат којој се надамо и сами од оних који ће доћи за нама, свесни да људи немају ни један од обичаја нити од навика који би били за сва столећа, да се они мењају временом, да смо ми далеко од оних понашања која су прошла и врло близу оних који су сада владајући да бисмо били на раздаљини потребној да праведно расуђујемо о једним и другим. (...) (Те старе књиге) оне говоре о религији, политици, начину на који се хранило, облачило, градило и ратовало, о чему се није знало, о обичајима којих се није придржавало. Што је од тога блиско нашем — разгали нас, што је далеко — чуди нас, али нам је све то занимљиво...”.

Хтели би да знамо да ли ће, и како, што се провлачи писаном историјом до наших дана као религија, држава и ратовање с ритуалима, симболима, обичајима и навикама који их прате, да нестане у времену које долази. Што се религије тиче, „религиозни одраз стварног света може се изгубити тек онда када односи практичног свакодневног живота буду из дана у дан показивали људима провидно разумне односе међу њима и према природи”, овако је Маркс¹⁰ сагледао практичност религије у свакодневном животу, а својим животним делом понудио је систем друштвених односа у којима су људи упућени сами на себе, у добру и у злу, у основној практичности свакодневног живота, у производњи добара без које им нема опстанка.

Маркс је видео да се религија неће изгубити сама собом, да оно што религије дају људима као слику стварног света може да замени само ново виђење односа међу људима и природи у којој су и то, постепено, како се буде мењао свет у тим односима.

¹⁰ Карл Маркс — Капитал, Том I.

Нешто слично оставио је иза себе и Кардељ.¹¹ „Религија постоји на свету већ хиљаду година, и морали бисмо бити веома уображени ако бисмо мислили да ћемо је 'укинути' још за време док ми живимо. Пре свега, треба да се измени друштвена база и да се развију нове генерације у новим условима да би то питање изгубило своју важност”.

Социјализам не треба да брине о одумирању религије. „Мислим да разни фронтални напади на религију увек штете. Они раде не људе који су иначе противно оријентисани према нашем систему”, како је још Кардељ рекао, „бацају у наручје појединих реакционарних попова који то искоришћују за своје политичке сврхе”.

Социјалистички систем не треба да настоји да вернике укључује у социјалистички живот друштва из простог разлога што исти човек не може бити субјект у две групе чији су ментални садржаји међусобно конфликтни. „Не може се, мој Филипе, и у дудук и у дипле”.¹²

Марксизам као поглед на свет и идејна основа практичне делатности комуниста, неспојив је са било каквим религиозним убеђењем. Стога припадност СКЈ не допушта никакво религиозно веровање — записано је у Програму Савеза комуниста Југославије. Штавише, искључено је и политичко приближавање верским заједницама, јер марксизам у политичким односима између људи не следи ни један од принципа политике религије ни кад је у питању социјална правда и једнакост међу људима. Речи су исте, иза њих су друкчији садржаји. Гледајући у друштво шире, у грађане који нису чланови СКЈ, посебно у религиозност људи на селу, Кардељ је у односу према религији на прво место ставио активно културно образовање људи. „Ми треба да предузимамо све могуће мере да не само деца у школи и ван школе него и одрасли људи имају могућности да све појаве на које сада још гледају кроз наочари религије виде кроз наочари науке. То је једини реалан пут борбе за смањење празноверја, односно религиозних предрасуда на селу”.

Нова сазнања, експлозија науке наших дана, отворили су врата у слободу где нема страха ни од чега, која не застрашује никог и не жели на силу да уђе у туђи ум ни када су тамо заблуде прошлих векова. На том степену културе не агитује се ни за ни против него покушава да одговори на питања која појединац себи поставља од првих сазнања о свом постојању у свету којим је окружен и о неизбежном крају тог свог постојања.

Уставна слобода исповедања вере и слободе верских заједница, додајући томе и кривичноправну заштиту којом државни органи делују у случају да се спречавају или ометају верски обреди, не обавезује организоване социјалистичке снаге да у друштво не уносе социјалистички поглед на свет у коме нема бога ни божје

¹¹ Едвард Кардељ — О пољопривреди, селу и задругарству, књ. 1, Удружени издавачи, Београд 1983, стр. 319, 326.

¹² Потекло у народу 1942. године на простору изложеном сударима између партизанских одреда и монархонационалиста.

воље, у којем из тог извора не потиче власт државе која пружа заштиту верским слободама и обредима. Шта је чињено да се у друштвену свест уноси истина да заштита верским обредима стиже са вишег степена културе где је човек освојио слободу која није грађанско-политичка, да се у свом уму ослободио страха због којег се, не знајући одакле долази и куда иде из живота, човек предаје религијским веровањима исконструисаним на десетине векова пре данашњице. Требало би једном у науци рећи да заштита верских обреда није њихова заштита, него заштита реда у друштву које не дозвољава насиље над људима.

Миленко ЈОВАНОВИЋ

RELIGION AND SOCIALIST SOCIETY

— Summary —

The relation between the religion and the socialism, as the author observed, was not the subject of a special discussion at the time when the Constitution of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia was passed in 1974, nor the constitutional provisions regarding the freedom of religion and the freedoms of religious communities were, either then or later, studied closer in the science. Even nowadays there is no professional explanation of the constitutional provision stating that the religion is »man's private affair« and still there exist the institutions in which the representatives of religious organizations take part in public life and political forums. In the same way, there is no expert explanation why the criminal statutes of the republics and provinces consider as a criminal act each preventing and hindering of a religious rite. And it should have been said that the socialist society puts thereby into effect the constitutional provisions which guarantee the freedom of thought and of determination and proclaim anticonstitutional and punishable each arbitrariness by which is violated or restricted the right of the man, regardless of the fact who performs it; in this case, by the repression of criminal law is protected the inviolability of constitutional rights of the man, among which are also the freedom of religion and its manifestation in religious rites.

However, in the context of nationalistic conflicts in the relations between individual nationalities, the questions of religion lived a secondary life as components of these conflicts. In the approach to this phenomenon the author takes as the starting point the idea that each religion was created by men as a system, supported by the general experience of the questions of life and, particularly, of death. On the basis of these experiences have been created religious ideas of the world which surrounds men, such as

the members of a determined religion believe it exists outside them. This system introduces into the believers the harmony in the mass of the unknown, where no answers can be obtained when one meditates upon it. Thus the religion, making use of the properties of practical reason to notice the phenomena and to attribute determined qualities to them, goes beyond the perceived and by the bare faith satisfies man's need to understand what is round him and in himself.

In this the religion connects men in mass by its social solutions concerning the unknowns of life and death. When these solutions are once given and when religious answers are accepted in the mass of a determined society, all the rest which represents the questions of practical existence of an individual within a society and of the society as a whole continues to go harmoniously on the beaten track of practical thought.

Each religious system gives its practically intelligent answers. If a reason for this is looked for, it can be said that practical thought starts here from the consequence to the cause, like in the science, that everything which exists results from something. In the chain of facts on the existence of the world and on the man in it, when one reaches the limit of the unknown, the religions give god as the cause of existence.

We would like to know when and how will all this, that pervades the written history up to our days, like religion, State and warfare with rituals, symbols, customs and habits which accompany them, disappear in the times to come. As to the religion, Marx was conscious that it was not going to disappear by itself, that all this what the religions give to the man as the picture of the real world can be replaced only by a new vision of relations between men and the nature they are in, and only gradually, as the world will change in these relations.

Consequently, the socialism should not concern itself with the religion. It should not make efforts to include the believers into the ideology of the socialist society, for the simple reason that the same man cannot be the subject in two groups, the mental contents of which are conflicting with each other.

Marxism, as the view of the world and as the conceptual basis of practical activity of communists is incompatible with any religious belief whatsoever. Therefore, the adherence to the League of Communists of Yugoslavia allows of no religious belief — is noted in the Programme of the LCY. Moreover, even the political approach to religious communities is out of question, because the marxism does not follow, in political relations among men, any of the principles of religious policy, even when it is a question of social justice and equality among men. The words are identical, but the contents behind them are different.

ПОРОДИЧНО, ПОЛИТИЧКО И ЕКОНОМСКО У НАШОЈ ПОЉОПРИВРЕДИ*

Питањима села и пољопривреде у нас не може се приступати само парцијално и специјалистички. Она нису само техничка, економска, правна — већ управо комплексна, те је неопходан интердисциплинарни и социолошки приступ. Оптимално коришћење и репродуковање чинилаца производње у пољопривреди — земљишта, капитала и људи-радника условљено је у нас чињеницама породичног и политичког карактера. Економији нису одговарајуће прилагођени институционални оквири наше пољопривреде, те се она и даље одвија под доминацијом породичног и политичког чиниоца.

Политика и економика су компоненте друштвеног испољавања. Политиком се обухватају односи моћи, власти, силе и насиља. То су свесне тежње друштва, повезујући појединце и групе до целине друштва — друштвени субјективитет. Економика означава односе међу људима посредоване богатством, односе у расподели, размени, производњи и потрошњи. Овакви се односи у друштву успостављају објективно, независно од воље људи — друштвени објективитет — поредак ствари који се нужно и законито остварује. Породично је комплекс друштва у малом, где се преламају све компоненте друштва. У савременим друштвима породично сужава своје подручје, те се глобално друштво и рационализација све више шире на рачун традиције. Породично се испољава у међугенерациским односима, где млади одбацујући традицију траже чистије просторе за економску и друштвену активност, што укључује више самосталности, али и одговорности за резултате и ризике.

Овде ће се расправљати или боље рећи постављати изразито спорна питања пољопривреде и села у нас, пошто су она друга — о којима су ставови јасно зацртани — већ излизана од дуге употребе и злоупотребе. Оваква се питања тешко уклапају у одређена тематска подручја, не само села и аграра већ и ширег друштва

* Са научног скупа *Будућност села и сељака* САНУ и Задружног савеза Србије, Велика Плана (Покајница), 26—27. X 1984.

и привреде, пошто она задиру у све компоненте друштва. Нити је простор јасно омеђен, нити су путеви обележени и прокрчени. Кретаће се више распутицама и стазама дивљачи, јер се утабаним путевима не стиже до циљева и морају се тражити нови путеви. Може се прихватити једна претходна предпоставка, или правило, како за политику тако и за науку којима се пројектују и предвиђају решења будућности: Оваква решења, наиме, сам друштвени живот, пракса, већ означава: оно што не живи, не успева да „заживи“, није узроковано само тзв. субјективним слабостима, погрешним понашањем, већ и отпорима који зацртаном пружа објективни детерминизам друштвено-економски и психолошки.

Питања су за расправу следећа: а) земљишни односи — поседовање, коришћење и наслеђивање земље; б) породична репродукција на селу и сигурност старих, те осамостаљивање младих за пољопривреду; в) дејство политике на пољопривреду путем пореза, кредита, цена, субвенција; г) економски детерминизам друштвене репродукције — дијалектике стихије и рационалног — ослобађајући се пристрасности како силе и насиља, тако и лажне солидарности једностране социјале и неодговорности. Битно је у овоме уважавати потребе основних произвођача у пољопривреди, пошто се они услед друштвене подређености умањено репродукују угрожавајући целину друштва и закон сразмерне поделе рада, чиме ће се по дијалектици задовољавати и потребе потрошача, а то су сви у друштву. Неколико се потреба, односно нерешених питања села данас оштро истиче. Једно је демографско-социјално испуњавање и заокруживање сеоских простора — насеља и заједница, заштита својеврсног социјалног минимума, чему сада доприносе непољопривредници на селу, а и покрет рекреативне пољопривреде — викендица и „одморуша“. Пошто ово није довољно, целисходно је развијање прерађивачких делатности на селу, као и одређене услужне и прометне делатности. Предходни се проблем најуспешније решава тако што се радионице за одржавање пољопривредних машина и уређаја у домаћинствима лоцирају у селима. Уз ово долази и трговачка мрежа за откуп пољопривредних производа и снабдевање села и пољопривреде. Друштвено би данас било рационалније да се у сваком селу организује одређени минимум производно-услужних активности — пекара, месарница, гостионица — пошто је дуго чување намирница у хладњацима и скупо и неефикасно, а селу је данас све више неопходно одређено привредно друштвено средиште.

I

Расправе о наслеђивању земљишта у нас још увек полазе од својеврсног кастинског односа према пољопривреди, односно осуђују пољопривреднике на трајну везаност за дато занимање и посед. Нуђена решења да се непољопривредници искључе из наследства противна су принципима отвореног друштва и слободног опредељивања у избору занимања — покретљивости свих чини-

лаца производње. Без осуда на пољопривреду, али и без повластица за пољопривреднике у односу на остале, чини се да је данас у склопу стабилизације — најпогодније решење. Одвајање својине од функције како за капитал, тако и за земљишни посед је процес који у савременим друштвима тече поодавно, те се и у нас може да прихвати као нормалан.

Проблем наслеђивања није везан само за наслеђивање земљишног поседа, те се има да решава за све јединствено без икакве дискриминације и повлашћивања. Наслеђивањем се може да доприноси појачавању друштвене солидарности и прерасподели друштвеног богатства. Опорезивањем наслеђене имовине могу се прибављати средства за оне који у старости немају осигурану егзистенцију, али су свакако доприносили богатству других, који га поред ренте могу да оставе и наследницима, па је и економски и морално оправдано да га поделе са онима који из игре нису добијали више. Овим би се и млади у старту стављали у равноправнији положај. Расподела према раду тражи, поред осталог, уравнотеженије односе у наслеђивању. Права мера је овде она којом се подстиче стварање и чување богатстава, али се истовремено дестимулира рентијерство и расипничка потрошња. Економски, па и политички, свакако је прихватљивије признавање институција ренте и капитала него толерисање па и подстицање расипничке потрошње и изградња празних споменичких објеката у спорту, на гробљима и насељима. Наравно да у условима нормалне расподеле према раду и заслугама, неће ни долазити до превеликих распона у присвајању, па самим тим и до друштвено нерационалне потрошње и паразитских функција у друштву.

Пренаглашава се и опасност од викендица за одузимање земљишта пољопривреди. Иначе је око викендица земљиште најинтензивније обрађено и искоришћено. Рекреативна и допунска пољопривреда је све чешћи вид испуњавања слободног времена. Овим се постепено смањује и губи разлика између села и града и доприноси друштвеној интеграцији. Посебно је овде важан, поред уношења нових средстава у село — продајом земље за викенд парцеле — и културни утицај на живот села, пошто се овде размењују искуства везана за производњу и потрошњу на селу. Уосталом, док су сада сељани имали допунске активности ван пољопривреде, пошто је већина већ напустила село — остаје им да допунске активности налазе ван града у просторима села и пољопривреде.

Хипотетички модели организовања пољопривреде и њене демографске репродукције су разноврсни, те се може предпоставити неколико варијанти: (а) Да се сви, по Толстојевим идејама, баве пољопривредом, те да се по старом завету: „У зноју лица свог хлеб једе“. (б) Да се пољопривредом баве осуђени — историјски или за одређене кривице (ново ропство и кметство). (в) Пољопривреда се организује као јавна служба, путем повремених мобилизација и радних акција. (г) Најзад, да се пољопривреда изједначи са осталим делатностима и обавља по економским законима рада и живота, производње и потрошње, за доходак и нор-

малан живот пољопривредника. Какво је данашње стање? Највећи део пољопривредника чине мешовита домаћинства, што се може да сматра повољним, како за њих саме тако и за друштво. Препреке бржем преображавању сељака-радника у пољопривреднике, поред осталог су и ограничења величине поседа — земљишног максимума, као и нестабилност привређивања у условима друштвеног организовања пољопривредника.

Друштвена контрола искоришћавања земљишта остварује се најефикасније економским пореским обавезама поседника, без обзира на начин коришћења и поседовања земље. Проблем се своди на сразмерно опорезивање земљишне ренте.

II

Породична конфузија и пољопривреда с њом повезана у нас је најбитније спорно питање. Ради се овде о нераспчишћеним односима међу генерацијама — продужавањем породичне социјале — чиме се омогућава живот без рада за најпродуктивније животно доба — младе генерације. Традиционална пољопривреда је била организована на породичном принципу сељачког или индивидуалног пољопривредног газдинства. Једна од последица цивилизационе револуције на селу, по Радомиру Лукићу, је прекидање породично-демографског континуитета у пољопривредном занимању. Пољопривреда постаје у све већој мери изборно занимање, тако да престаје њена кастинска саморепродукција у оквирима увек истих породица. Ова се чињеница не уважава довољно при расправама о земљишној политици и наслеђивању поседа, али и први пореској политици и образовању пољопривредника, али и при пореској политици и образовању пољопривредника. домаћинства на селу није довољан индикатор за уочавање трансформационих или тзв. структурних промена на селу и у пољопривреди.

Породична економска репродукција намеће овде додатне проблеме. Ради се о сукобу два модела понашања, живота и рада, између патријархалне, традиционалне и савремене, модерне породице. Реч је односима генерација и полова. Ослобађање и еманципација, овде, посебно младих, није праћена одговарајућом одговорношћу и обавезама. Уместо да правовремено прихватају радне и друштвене обавезе, млади се упућују на својеврсни социјални карантин ишчекивања, што се у нас назива усмереним образовањем, продуженим школовањем, са малим изгледом да се успешно заврши и још мањим да се после тога обезбеде одговарајућа радна места и послове (радне задатке по ЗУР-у). Посла или запослења нема за младе јер стари раде и преко граница могућности. Овакав положај старијих у пољопривреди, као и у осталим делатностима непосредне производње, изазива код младих одбојност према оваквим занимањима и круг се тако затвара.

Традиционална породична солидарност је такође прекинута. Док старији настоје да младима обезбеде што бољу и лепшу

будућност, која се на крају своди на лутрију и коцку — вероватноћу избора — сами стари на селу остају необезбеђени. Оваква породична социјала када се ради о бризи за младе има наравно своје позитивно дејство, али се ствара лажан и привидан склад, као да су сви збринути те нема социјалних потреса, али то је само одлагање решења, кумулирањем напетости. Чува се фасада ствари, док је садржај све критичнији. Не користи се и не примењује једини чинилац производње којег имамо у изобиљу — људски фактор, завањавајући се заштитом и окриљем породичне социјале.

Анегдоте и шале о односима у сељачкој породици између родитеља и деце, свекрва и снаха, индицирају један дубљи проблем — кризу традиционалних односа и вредности. Младима у модерној пољопривреди, као и у осталим делатностима уопште, треба обезбедити чистије прилике, што значи поред осталог и разграничавање породичних и економских односа, јер економска рационалност тражи шире просторе за оптимално испољавање, што предпоставља отклањање међузависности младих и старих традиционалног типа, те одговорност младих за себе. Правило би било да млади без претходних заслуга не присвајају од других створене вредности, те да се између родитеља и деце када одрасту до пунолетства успостављају рационалнији економски односи. Овим би се искључило негативно дејство породичне социјале да се у закљону родитељске куће продужава детињство преко нормалних граница и до 30 година старости. Хиљаде остручених чека у центрима република и покрајина шансу да наследи родитељске везе и станове, док је потреба за њима у тзв. унутрашњости незадовољена. Трошкови студија су солидарно на читаво друштво расподељени, а евентуалне користи уживају појединци и уже групе.

Изгледа да се из породичне социјале у нас репродукују други видови сваљивања и преваљивања терета на друге — ОУР-ске, месне, комуналне, републичко-покрајинске, па и најшире друштвене социјале — углавном политичким средствима изнуђиване, али са различитим степеном повлашћености и заштићености, тако да је као и при заштити природе — најкрупнија дивљач најбоље заштићена. Новопроектована друштва су успешније решавала питања потрошње и расподеле, а далеко лошије проблеме производње и репродуковања друштвене основе. Занемарују се при томе одређене законитости које произилазе из природно-економских и психолошких законитости, које опредељују понашање људи.

Основни је овде проблем ризика и одговорности за резултате и последице одређених понашања. Социјализација ризика и одговорности доприноси немогућности њиховог лоцирања, што су најчешћи пропусти нормативних конструкција друштвене организације. Запостављање детерминизма који произилазе из природе ствари води свакојаким зацртавањима иза којих не остаје бразда која не оплођава напоре — из засејаног не ниче биљка са плодовима.

Политизирање је проишало од поповања, умножено друштвено посредовање од спахилука и хајдучије, али све оно што се под видом карикираног самоуправљања у нас испољава — у ствари је производ особеног патријархалног менталитета: да се свако пита, својеврсног свекрвисања, али да на крају ипак домаћин, газда, тј. власт одлучује онако како њему или њима одговара. Штабови за сетву, жетву, откуп и слично — говоре о једном особеном менталитету: ратничком и хајдучком — хтелo би се све да реши на препад, да освоји. Ова терминологија упућује на то да нам је ближи рат него рад и милија парада од рада. Изјаве како „цене нису битне“, већ наводно „најшира друштвена акција“, а шта то стварно значи никада није објашњено. Тежња да се организује, посредује, саветује, договара, па и проучава, истражује, елаборира — вероватно је израз нашег чобанског менталитета који је док стада мирно пасу — могао давати машти на вољу и градити епове и бајке. Овде се, међутим, не ради више о чобанлуку, већ о индустријској организацији савремене производње која тражи дисциплину сата и минута.

Занемарује се чињеница да је највећи део живота у привреди, па и у пољопривреди, објективно детерминисан техничким условима који не могу бити предмет ни управљања ни самоуправљања, а затим економским законитостима производње и потрошње (закон вредности) којима се не може по жељама манипулисати. Уместо да ценом утиче на већу производњу, па и на смањивање потрошње у условима несташица, уносе се бирократски инструменти типа узимала — давала кроз субвенције (премије, регресе и компензације), чиме се још више посложава иначе компликовано подручје друштвено-економских односа у пољопривреди.

Дугорочни програм развоја агроиндустријске производње наводи, како побољшан релативни положај пољопривредних произвођача није значајније подстицао пољопривредну производњу, али се бар није смањивала. Шта би тек било да је тај положај погоршан, пошто су изостале и друге економске мере, где се вероватно има у виду недовољно удруживања. Узрок тешкоћама задругарства и кооперације види се у несхватању њихове улоге, те што земљорадници нису били субјекти при одлучивању, а шта ово стварно значи остаје тајна. Наводи се како су инвестиције у пољопривреди више доприносиле производном осамостаљивању земљорадника, насупрот социјализацији села, при чему се не види основ супротстављања једног другог. Поново се понавља став који је пракса демантовала да се крупна механизација мора друштвено да репродукује, при чему ово друштвено остаје магловито. Удруженим пољопривредницима се обећавају кредити за куповину земље, право арондације и право прече куповине, занемарујући чињеницу да је тзв. удруживање имало најчешће формални карактер и значај. Свако повлашћивање по формалним критеријима преобраћа се у дискриминацију садржинског карактера. Као што јефтине и злоупотребљене кредите Зеленог плана у крајњој линији

плаћа остало друштво, тако се и овде навођење на удруживање повластицама не чини погодним за нормалну економску и друштвену репродукцију.

За тржишне неприлике у нашој пољопривреди као кривци се наводе накупци и ситне пиљарске радње, а не види да би без њих стање било далеко теже. Тешко да би нови елаборати, поред већ постојећих, допринели да се модернизује тржиште, јер је суштина питања у уклањању паразитских монопола и преграда које ометају шири проток роба на нашем југословенском простору. Поново се само удруженима обећавају кредити за набавку опреме, уместо да се давање кредита чвршће гарантује контролом улагања средстава, хипотеком, како се не би понављале пећиначке свињарије.

Формализам је и даље једна од битних слабости наше аграрне политике, па су зато и резултати такви, чешће само формални. Оно што се од људи тражи то и испуњавају. Да су критерији били реална робна производња, уместо папира о удружености, више би се снага, средстава и памети усмеравало на производне резултате. Вера у прописе и тзв. самоуправну регулативу је у нас заменила некада шире распрострањено сујеверје и чинодејствија магијских радњи и ритуала, али је само један ритуал замењен другим, а да није дошло до рационалног на чињеницама и искуству заснованог регулисања међусобних односа. Ако се чињенице не подударају са замислима еи зацртаним „криве“ су наравно саме чињенице тј. понашања људи.

IV

Оптерећења нових пољопривредника су вишеструка. а) Породична, патријархална — домаћин и свекрва. Ту је и проблем женидбе младића пољопривредника. Не прихвата млада на селу да дели власт над мужем више ни с ким, а још мање да буде потчињена. Претпоставка за ово је осамостаљивање младих на селу, али путем економских рационалних решења: да се старима обезбеђује економска или социјална рента — пензија, а млади преузимају газдинство не као поклон већ уз одговарајуће рентне и друге обавезе. Ове се обавезе имају урачунавати као трошкови у цену фактора производње, те се ослобађати предрасуда како земља нема вредности и социјалног деградирања остарелих пољопривредника. б) Задружна и ОУР-ска ограничења везана су за тзв. друштвено организовање пољопривредне производње. Улога се њихова од економске, најчешће финансијско-комерцијалне, преобраћа у политичку — монополску власт, пошто обично нема избора између више партнера за друштвено организовање производње. Снабдевање ђубривом, горивом, семеном, као и откуп пољопривредних производа по правилу су монополисани, а ми то називамо самоуправним организовањем.

Уместо претходно наведених бункера и бусија који означавају власт — традиционалну или нову, мање или више отворену или замаскирану — новом пољопривреднику је потребна чиста

и јасна рационално организована и схватљива ситуација у којој се према њему појављују: тржиште услова за производњу — опреме, ђубрива, семена, сточне хране итд. укључујући и капитал који се добија на бази залогe и хипотеке, али и тржиште резултата производње — развијена откупна мрежа до сваког села, повезана са малопродајом и прерадом, тако да у сваком моменту може да прихвати пољопривредне производе за текућу потрошњу, прераду или робне резерве. На свим овим тржиштима изузев једноставних цена не треба да буде других инструмената (субвенција и компензација), јер се њима само компликују односи и даје шанса бирократији да мути и бистри (узимала—давала).

Колонијалистичка политика јевтине хране и сировина за прерађивачку индустрију како би се она учинила конкурентном водила је дестимулацији примарне производње и репродукције пољопривредника. Формирање акумулације изван пољопривреде правдало се и претежним уделом тзв. личног рада, тј. сељачке организације у овој делатности. Када се у студији „Дугорочног програма развоја агроиндустријске производње“ констатује да побољшан релативни положај пољопривредника не даје знатније ефекте у већој производњи, не увиђа се карактер ове производње и репродукције њених чинилаца, посебно људског фактора и демографске репродукције пољопривредника. Сличну судбину пољопривреде доживљавају данас и други запостављени сектори производње — рударство, енергетика, саобраћај. За разлику од тзв. парцијалних инструмената, које иницира политички чинилац — субвенција, премија, регреса, компензација — цена има ту предност што делује истовремено на обе полуге тржишних маказа — производњу и понуду, односно — потрошњу и тражњу.

Кроз сва ова питања и проблеме пробија се једна основна и општа законитост друштвеног живота и понашања људи — закон социјалне теже и равнотеже. Проширивањем поља друштвене социјале — породичне и политичке — сужава се и ограничава дејство претходног закона, тако да се ствара привид слободе и избора — одсуства детерминизма. Тако млади ван рада продужавају детињство до крајње старости и онеспособљења за живот и рад њихових родитеља и старијих, како би њима било лакше и лепше у будућности, што није ни нормално ни морално. Поред осталих, старих и нових експлоататора села и сељаштва, данас су се као најмасовнији појавила њихова рођена деца. Али ту је и крај процеса. Сељачко питање је речено на радикалан начин — укидањем, ликвидирањем сељачког стања у друштву: нема више кандидата за њихову репродукцију. Уосталом, одлика ове друштвене категорије и јесте самониклост њена, тако да када пољопривреда постане изборно занимање, или професија, престаје сељачка саморепродукција у друштву и пољопривреди.

Није све ово што се у нас збива наша само особеност. Општи став данашњих младих генерација обликованих у условима комоније и слободе избора занимања у читавом свету је, наравно његовом привредно развијенијем делу, оријентисан више према потрошњи и лакој животу, а наше су прилике само посебан

случај. Потрошачко друштво је размажено друштво, оријентисано на готово и лако, те је рањиво и осетљиво на нестабилности. Одвајање рада и живота, поготово одвајање рада из породице доприноси потрошачкој психологији, али је ово у социјалистичким друштвима појачано стварањем илузија како је друштво дужно и способно да свима обезбеди egzистенцију, док бирократија може само да прерасподељује већ створене вредности. Пошто остају подстицаји за стварање и утакмица међу произвођачима ствара се простор за такмичење у расподели и потрошњи. Отуда инфлација права — новца, диплома, бонова, кредита, прописа, посредника и свакојаких повластица. Када се траже нове повластице, да би се претходне одржале морају се проширивати, те се тако обликује друштво формалних права иза којих не стоје одговарајуће обавезе и одговорности.

Пред нама је сада период освешћивања и ослобађања од многих илузија и фетиша и заснивања реалног самоуправљања, што значи да наше проблеме сами решавамо, да се сваки наредни корак чини пошто је претходни осигуран, јер друштво није лончарска глина, како каже Михаило Аврамовић, те се не може обликовати по ћудима и жељама, већ строго детерминисани систем.

Војин РАДОМИРОВИЋ

FAMILIAR, POLITICAL AND ECONOMIC TRAITS IN OUR AGRICULTURE

— Summary —

The problems of rural regions and agriculture being complex questions, require an interdisciplinary and sociological approach. The optimum utilization and reproduction of the factors of production in agriculture — soil, capital and men-workers is conditioned in our country by the factors of family and political character so that the institutional frames of our agriculture are not adapted to economy in a corresponding manner.

Following questions are being discussed: a) relations connected with the land — possession, utilization and inheriting of land; b) family reproduction in the country, security of old persons and acquisition of independence by the young ones; c) effect of policy on agriculture through prices, taxes, credits, subventions; d) economical determinism of social reproduction — dialectics of the elemental and the rational — liberation from partiality, both might and violence and of false solidarity of one-sided social welfare and irresponsibility.

Миодраг Јовичић: ВЕЛИКИ УСТАВНИ СИСТЕМИ,
„Светозар Марковић“, Београд, 1984, страна 791

Појава најновије књиге др Миодрага Јовичића је значајан догађај у нашој правној науци. Настала као плод вишегодишњег бављења научноистраживачким радом у области упоредног уставног права, она је, несумњиво, највреднији резултат овог аутора. Књига садржи „елементе за једно упоредно уставно право“. Но, и у овом облику она је од непроцењиве користи за све који се у нас баве упоредним уставним правом.

У складу са општим развојем наше правне науке, истраживања из области упоредног уставног права пратило је све веће коришћење упоредног метода при обради уставних тема. То се, пре свега, запажа у уџбеницима уставног права, али и у многим чланцима и монографијама који садрже одговарајућа разматрања о уставним институцијама других земаља.

Међутим, упркос постојању бројних студија из области упоредног уставног права, још увек се осећа недостатак не само потпуније монографске обраде појединих (чак и најзначајнијих) уставних система, већ и једног упоредног уставног права којим би на систематички начин била обрађена материја из ове области.

Дело „Велики уставни системи“ резултат је настојања др Јовичића да попуни наведену празнину. Своју пажњу у овом раду аутор је концентрисао на седам уставних система, сматрајући их „великим“. То су системи четири буржоаске земље (Уједињеног Краљевства, САД, Француске и Швајцарске), две социјалистичке (СССР-а и НР Кине) и једне земље у развоју (Индије). Три су основна критеријума којима се аутор руководио да би ове системе квалификовао „великим“. То су: величина земље у питању, одн. број њених становника, значај доприноса који су ови системи дали општем фонду упоредног уставног права и политичких институција, и, најзад, утицај ових система на уобличавање уставних система других земаља.

Први део ове књиге посвећен је монографској обради појединих уставних система. Мада је тежиште својих разматрања ставио на „савремене облике испољавања уставних система“, аутор

није изоставио излагање о њиховом историјском развоју. Сваки од седам система обрађен је као засебна целина, без међусобног поређења. Али, како је у њиховом изучавању коришћена иста, унапред утврђена општа схема, пружена је могућност за суштинско поређење између њих. Тако су при проучавању сваког уставног система обрађена питања која се односе на историјски развој датог система, својства важећег устава, ситем централних органа власти, територијалну организацију државе, политичке партије итд. При том, размотрена су и питања која представљају специфичност појединих система (оцена уставности, примена облика непосредне демократије и сл.).

Други део рада који носи наслов „Компаративна анализа седам уставних система” замишљен је, по речима аутора, као „зачетак једног будућег упоредног уставног права”. Он је посвећен изучавању следећих тема: 1) историјска, друштвено-економска и идеолошко-политичка условљеност уставних система; 2) устав; 3) облици територијалног организовања (федерализам, територијална аутономија, локална самоуправа); 4) централни органи власти (статус, организација, овлашћења, међусобни односи); 5) облици посредне и непосредне демократије; 6) оцена уставности; 7) политичке партије; 8) утицај појединих уставних система; 9) разматрања о „најбољем” уставу. Поредити битне елементе појединих уставних система, аутор је упоредни метод применио у његовом комплекснијем и „научно плодотворнијем виду”. То је омогућило да сликовитије дођу до изражаја основна обележја тих система.

Полазећи од значаја који устав, као основни закон, има за проучавање сваког уставног система, аутор је у трећем делу свога рада објавио важеће уставне текстове свих седам земаља.

Последњи део рада садржи исцрпну (први пут објављену) библиографију књига и чланака на нашем језику који су од значаја за област упоредног уставног права. Објављени подаци су од велике користи за све који имају интерес да своје познавање националног права прошире компаративном димензијом.

Најновија књига др Јовичића представља, нема сумње, велики допринос нашој и светској науци уставног права. Квалитети овог дела (висок теоријски ниво, богата упоредноправна грађа, свестрано и успешно међусобно поређење уставних система, јасан, леп и читак језик писца), као и Јовичићев плодотворан вишегодишњи научноистраживачки рад у области упоредног уставног права чине сасвим реалним очекивања да ће овај познати прегалац остварити своју „замисао да временом припреми и објави једно Упоредно уставно право”.

Мирослав МИЛЕКИЋ

Henri Baudraz: LE DROIT APPLICABLE AU CONTRAT
D'AGENCE (en droit suisse, allemand, français et anglais)
ÉTUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DE DROIT
COMPARÉ, Lausanne, 1979, страна 117

Књига „Примена права на уговор о трговачком заступању (у швајцарском, немачком, француском и енглеском праву) — Студија о међународном приватном праву и упоредном праву” доктора Хенри Бодраза представља значајно дело које нам пружа обиље података о начину регулисања уговора о трговачком заступању у наведеним земљама.

Књига се састоји из два дела. У првом делу аутор је, најпре, изложио како су решена поједина питања поводом уговора о трговачком заступању, а затим правила о сукобу закона, за сваку земљу посебно.

У другом делу аутор је изнео у чему се огледају разлике по појединим питањима између Швајцарске и Немачке, Швајцарске и Француске, Швајцарске и Енглеске. У оквиру другог дела доктор Бодраз је дао и одговарајуће предлоге поводом питања које би право требало применити на уговор у недостатку изражене аутономије воље странака, текст предлога директиве, коју је сачинио Савет за координацију права Држава чланица Европске економске заједнице, за уједначавање правила о трговачком заступању и сумарно решења усвојена у Аустрији поводом уговора о трговачком заступању.

У погледу унутрашњег законодавства упоредно су приказана решења за четрнаест питања у вези уговора о трговачком заступању и девет питања за која решења дају само нека од поменутих законодавства. Међу њима поменућемо само нека за која сматрамо да заслужују пажњу с обзиром на правила која садржи наш Закон о облигационим односима. То су: питање форме, забране конкуренције, исплате накнаде, немогућности обављања посла, ретенције, „накнаде за клијентелу”, застарелости.

У погледу форме, не захтева се, изузев у Француској, писмена форма. У нашем праву је за закључење овог уговора прописана писмена форма (чл. 791. Закона о облигационим односима).

Трговачки заступник не може да ради на истом подручју и за другог налогодавца. Споразумом налогодавца и заступника може се од овог правила одступити, али се дејство таквог споразума (мора бити у писменој форми) ограничава на 3 године (Швајцарска), 2 године (Немачка), односно 1 годину (Француска). У Енглеској се овакав споразум само изузетно дозвољава уколико је то једини начин да се ефикасно заштите интереси налогодавца. У случају закључења оваквог споразума заступник, у принципу, нема право на накнаду. Изузетак је Швајцарска која му то право даје. Код нас није потребно ништа специјално уговорати да би се заступнику забранило да заступа другог налогодавца. Сматра се да заступник не може да има то право јер је оно неспојиво са његовом обавезом да се стара о интересима свог налогодавца. С обзиром на то, нису предвиђени ни посебни рокови у којима заступник не може да заступа другог налогодавца.

Исплата накнаде за послове које је заступник обавио врши се семестрално (Швајцарска), односно месечно, с тим што уговорне стране могу да уговоре и дужи рок, али највише до три месеца (Немачка). Закон о облигационим односима не садржи одредбе о року у коме налогодавац треба да исплати накнаду заступнику.

У Швајцарској, заступник има право на одштету, ако није могао да ради због грешке налогодавца. Износ одштете се ограничава на износ накнаде коју је заступник могао да оствари да је обавио посао. Ово право заступника се не може уговором искључити. Наше право не регулише ово питање.

Изузев у Француској, заступник има право ретенције на стварима ради обезбеђења својих потраживања. У Швајцарској се то право односи и на недоспела потраживања у случају инсолвентности налогодавца. Ово право не може, осим у Енглеској, да се уговором искључи. Супротно наведеним решењима, Закон о облигационим односима даје заступнику право залогa на свотама које је наплатио за налогодавца, по његовом овлашћењу, као и на свим налогодавчевим стварима које је у вези са уговором примио од налогодавца (чл. 809. Закона о облигационим односима).

Када уговор о трговачком заступању престане да производи дејство, а налогодавац и даље остварује позитивне ефекте са клијентелом коју је пронашао заступник, при чему ти ефекти нису обухваћени накнадом, заступник има право на тзв. „накнаду за клијентелу“. Висина накнаде не може да буде већа од просека чисте трогодишње зараде (Швајцарска), односно петогодишње бруто зараде (Немачка). Ако је уговор трајао краће време као основ се узима просечна зарада за време трајања уговора (Немачка), односно просечна годишња зарада (Швајцарска). Заступник, према Закону о облигационим односима, нема право на „накнаду за клијентелу“.

У Немачкој, потраживања заступника застаревају за 4 године почев од истека године у којој је потраживање постало тражљиво. Закон о облигационим односима не говори ништа застарелости потраживања заступника.

Када се ради о уговору о трговачком заступању са страним елементом уговорне стране могу слободно да изаберу право које ће се применити на њихов уговор (Немачка и Енглеска), с тим што се у Француској захтева поштовање принципа „ефективности“, а у Швајцарској стране могу слободно да бирају право под условом да заступник не врши своја овлашћења у Швајцарској. У супротном примењује се швајцарско право. Уколико уговорне стране не одреде право које ће се применити на њихов уговор, примена права се одређује на основу супсидијерних одлучујућих чињеница. У обзир се узимају многобројне чињенице, с тим што је најизразитија тенденција да то буду место извршења уговора (Швајцарска и Француска), седиште заступника и место извршења уговора (Немачка), седиште налогодавца (Енглеска).

Аутор сматра да као супсидијерне одлучујуће чињенице треба узети: место извршења уговора, седиште заступника и седиште налогодавца. Ово зато што садејство ових чињеница даје поуздано решење које право треба да се примени у свим могућим случајевима, осим у једном: када је седиште заступника на територији једне земље, седиште налогодавца на територији друге земље, а место извршења уговора на територији треће земље. У овом случају, по мишљењу аутора, треба узети, као помоћне критеријуме, место закључења уговора и заједничку националност да би се утврдило које право треба да се примени на уговор.

Различита решења поводом наведених питања определила су нас да их укратко изложимо. Јер, то су питања која изазивају највише дилема и потреба за даљом дорадом. Ово тим пре што се наведена решења разликују од решења усвојених у нашем праву, односно зато што за поједина питања наши прописи не дају било каква решења.

Миодраг МИЋОВИЋ