

П-5909

UDK 34 (058)

YU-ISSN

0350-8501

Универзитет у Нишу

ЗБОРНИК
РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
У НИШУ

XXXIV-XXXV



НИШ, 1994-1995

Зборник уређује Редакциони одбор:

Проф. др Драган Станимировић, проф. др Владислав Ђорђевић,
проф. др Војислав Ђурђић, проф. др Александар Ђирић,
проф. др Зоран Радивојевић, доц. др Милева Анђелковић,
доц. др Невена Петрушић, асистент Славиша Ковачевић

Секретар Редакционог одбора:

Славиша Ковачевић, асистент-приправник

Главни и одговорни уредник:

Проф. др Драган Станимировић

Превод резимеа:

Вилотије Ристић, професор

Класификација по **UDK** систему:

Љубинка Цветковић

Компјутерска обрада текста:

Весна Данковић

Адреса редакције:

18000 Ниш, Трг Војске Југославије бр. 11

Тел: (018) 24-534,

Штампа: Графика "ОМЕГА" - Ниш

Тираж: 500 примерака

18.377

САДРЖАЈ

<i>Др Гордана Станковић</i> НАЧЕЛНА ПРАВНА СХВАТАЊА	5
<i>Др Милорад Божић</i> ЕКОНОМСКЕ ФУНКЦИЈЕ ДРЖАВЕ - ДОМЕТИ И ОГРАНИЧЕЊА	15
<i>Др Дара Миленовић</i> ДРУШТВО СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ	29
<i>Др Мирољуб Симић</i> Драган М. Митровић: ДРЖАВА И ПРАВО У ТЕОРИЈИ ДРЖАВЕ И ПРАВА	38
<i>Др Слободанка Константиновић Вилић</i> ЛИЧНОСТ ПОВРАТНИКА	40
<i>Др Александар Ђирић</i> ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ И ОРГАНИЗАЦИЈА МЕЂУНАРОДНОГ АРБИТРАЖНОГ СУДА ПРИ ТРГОВИНСКО-ИНДУСТРИЈСКОЈ КОМОРИ РУСКЕ ФЕДЕРАЦИЈЕ	55
<i>Др Зоран Радивојевић</i> ПРАВНИ СТАТУС И ЧЛАНСТВО СР ЈУГОСЛАВИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ ЗА ЦИВИЛНО ВАЗДУХОПЛОВСТВО	67
<i>Др Владимир Серђевић</i> ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА У ОБЛАСТИ СВОЈИНСКИХ ОДНОСА	79
<i>Др Мирко Живковић</i> ЗАКЉУЧЕЊЕ ДИПЛОМАТСКО-КОНЗУЛАРНОГ БРАКА ПРЕМА ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ	86
<i>Др Мила Јовановић</i> ДА ЛИ МАРЦИЈАН СВЕДОЧИ О ЗЛОУПОТРЕБИ ПРАВА?	100
<i>Др Невена Петрушић</i> ЕЛЕМЕНТИ САДРЖИНЕ РЕШЕЊА О НАСЛЕЂИВАЊУ	116

<i>Мр Наталија Жунџ</i> ИДЕОЛОГИЈА ПОЛНИХ УЛОГА	130
<i>Мр Срђан Голубовић</i> ЕКСПАНЗИЈА ЈАВНЕ ПОТРОШЊЕ И НЕОПХОДНОСТ ЊЕНОГ ЛИМИТИРАЊА	141
<i>Мр Мирослав Лазић</i> РЕАЛИЗАЦИЈА ПРАВА НАМИРЕЊА ХИПОТЕКАРНОГ ПОВЕРИОЦА	152
<i>Мр Саша Кнежевић</i> МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ	174
<i>Мр Миомира Костић</i> СТРАТЕГИЈА ПОМОЋИ ДЕТЕТУ ЖРТВИ ЗЛОСТАВЉАЊА	188
<i>Мр Саша Ђурић</i> ПИТАЊЕ ОДНОСА ИЗМЕЂУ УРАЧУЊЛИВОСТИ И УМИШЉАЈА	197
<i>Видоје Спасић</i> ПРЕНОС ЖИГА-МАРКЕ ПРОИЗВОДА И УСЛУГА	213
<i>Наташа Стојановић</i> НАСЛЕЂИВАЊЕ ГРАЂАНСКИХ СРОДНИКА У ПРАВУ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ	226
<i>Горан Обрадовић</i> ПРЕКОВРЕМЕНИ РАД У АКТУЕЛНОМ РАДНОМ ПРАВУ ЈУГОСЛАВИЈЕ	238
<i>Биљана Петровић</i> О РЕАЛНИМ УГОВОРИМА И ЊИХОВОМ ОДНОСУ ПРЕМА ФОРМАЛНИМ УГОВОРИМА	248
<i>Др Алесандар Стојнев</i> СТО ГОДИНА МОДЕРНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА У БУГАРСКОЈ - НАСТАНАК, РАЗВОЈ И ПЕРСПЕКТИВЕ	258

Др Гордана Станковић
редовни професор

НАЧЕЛНА ПРАВНА СХВАТАЊА

1. Законодавац правним актима које доноси и који садрже опште правне норме, ствара оквир у коме суд треба да врши судску функцију - регулише поступак примене и стварања права појединачним правним актима. Осим тога, да би обезбедио коректну примену права и остваривање принципа законитости, једнакости и правне сигурности, законодавац предвиђа и организује и систем контроле законитости судских одлука, нормира и уређује систем правних лекова, и прописује санкције за случај да су појединачни правни акти незаконити.

И док законодавац, према уставном принципу о подели власти, ствара право и креира нормативни поредак, суд треба да примењује право и, у процесу примене права, не може да ствара опште правне норме¹. У вршењу судске функције, кроз процес одлучивања, судови примењују правне норме - поступају по правилима процесног права и суде на основу правила материјалног права. На тај начин судови пружају правну заштиту, остварују право у фактичким животним односима и штите правни поредак који је пројектовао законодавац. Судском одлуком се примењују и конкретизују опште правне норме, које имају важност и ван случаја ради кога су донесене, и успоставља нарушени правни поредак. Суд својом одлуком, кад постоји повод за пружање правне заштите, интервенише на тражење странке тамо где треба успоставити нарушену законитост у правном поретку. Доношењем пресуде, којом се решава конкретни грађанскоправни спор и којом изриче појединачну правну норму која има снагу закона за њене адресате, суд обезбеђује законитост у друштвеним и правним односима².

2. Законодавна власт, у границама својих уставних овлашћења, доношењем закона ствара опште правне норме које имају универзално важење. Она се не бави решавањем

¹ "Lex de future, iudex de praeterito" (Закон говори о будућности, а судија о ономе што је било), говорили су стари Римљани.

² "Као што је законодавац метар општег правила, тако је и судија законодавац за поједине случајеве", писао је Живан Спасојевић. Видети: О јуриспруденцији, Архив, јули 1912, одн. Архив 3/93, стр. 551.

конкретних случајева, нити норме које је сама створила сама примењује. Према принципу поделе власти, законодавна власт нема право да правна правила које је сама створила спроводи непосредно, да их примењује на конкретне случајеве, и тако извршава.

Судска власт је дужна да поступа по правилима која прописује законодавна власт и да их спроводи и извршава. Суд је, као државни правосудни орган³, овлашћен да доноси само појединачне норме пресудом којом решава конкретни спор, и та појединачна норма коју је створио суд, извире из опште правне норме. Због тога је суд, као специјализовани орган за пружање правне заштите, главни орган који ствара право доношењем појединачних норми које треба своје правно дејство да изазову у фактичким животним односима.

Појединачна норма коју суд доноси и изриче и која уређује један конкретан животни однос, према слову устава, није општи извор права. Пошто се права појединаца, која се у судском поступку остварују и штите, заснивају на уставу и закону, суд у вршењу судске функције, у складу са принципом законитости, може само да стриктно примењује закон на поједине конкретне случајеве, те се улога судске власти своди на примену закона (и других општих аката) које је прописала законодавна власт. Примена права претпоставља правно тумачење, које као логичка мисаона операција садржи и извесне елементе самосталности и елементе стварања, те у том случају судија тумачењем помаже већ постојећој правној норми да уђе у живот, да се оствари у фактичким животним односима⁴.

3. Судска власт поступа друкчије у односу на законодавну власт. Законодавна власт дејствује самоиницијативно и доноси одлуке од општег интереса и општег карактера. Судска власт се састоји у примени и интерпретацији права једино поводом спорова из свог делокруга. Законе који долазе у атрибуцију суда, он тумачи и примењује у конкретном, а не у начелном и општем облику. Судска власт је неактивна изван случајева које решава. Њена интерпретација права у вршењу судске функције има обавезну снагу само у оној правној ствари у којој се та власт ангажовала на захтев странке и интервенисала ради успостављања евентуално нарушене законитости. Између законодавне и судске власти постоји разлика, како је

³ Поред државних судова, судску функцију изузетно могу да врше и недржавни судови под условима који су предвиђени законом.

⁴ Видети: Тарановски, Т. - Енциклопедија права, Београд, 1923, стр. 187.

примећивао проф. Перић, у *modus-u procedendi*⁵, а која потиче из начела поделе власти које служи као темељ државној организацији.

4. Принцип поделе власти, међутим, нипошто не значи да судови не могу сарађивати у елаборацији правног поретка. Подела власти имплицира да судови не могу стварати опште правне норме уместо законодаваца. У вршењу судске функције, судија се налази у улози неке врсте подзаконодавца кад интерпретацијом ближе одређује смисао закона и кад има могућности да у извесној мери својим критеријима оцењује конкретне ситуације. Принцип поделе власти не стоји судији на путу да фактички ствара право, да тумачењем ствара ново право које се разликује од оног које је створио законодавац, да постојећа правила модификује или да паралише вољу законодавца. Осим тога, судска власт, упркос принципу о подели власти, може да се фактички уздигне и изнад законодавне власти кад суд својом интерпретацијом повреди закон, без обзира што се у том случају ради о злоупотреби власти⁶.

5. Од тренутка кад је успостављен монопол државног законодавства захваљујући принципу поделе власти, судска пракса је постала подређена закону. Законском регламентацијом судске праксе сам законодавац је одредио границе и размеру нормативног дејства судске праксе⁷. Судска пракса представља начин на који судови интерпретирају правна правила. Она представља трајно и стално тумачење правних правила које се врши у процесу примене права.

Судска пракса, као продукт вршења судске функције, настаје непрестаним доношењем и нагомилавањем судских одлука у појединим правним стварима. Судску праксу чине различите и разноврсне појединачне правне норме које суд, применом апстрактне правне норме силогистичком операцијом у процесу одлучивања, ствара и изриче⁸. Она је колективна

⁵ Видети: Перић, Ж. - *op. cit.*, стр. XI.

⁶ Видети: Перић, Ж. - О улози судске власти по српском законодавству, (предговор), Никетић, Г. - Грађански законик Краљевине Србије протумачен одлукама Одељења и Опште седнице Касационог суда, Београд, 1903, стр. XXII.

⁷ О системима у историји законодавног регулисања судске праксе детаљно: Тарановски, Ф. - *op. cit.*, стр. 483.

⁸ О томе детаљно: Станковић, О. - О судској пракси, *Анали*, 1-2/77, стр. 203; Станковић, О. Водинелић, В. - Увод у грађанско право, Књ. I, Београд, 1992, стр. 63; Станковић, О. - Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том III, стр. 225.

творевина плејаде правника која настаје у њиховој свакодневној професионалној активности као резултат њиховог стручног креативног напора, знања и искуства.

6. Тумачење права у поступку његове примене и као услов за његову примену изазива и ствара два проблема - исправност тумачења и једнообразност у тумачењу.

Основни задатак праксе је да закон примени са свим његовим манама (*dura lex, sed lex odn. non de legibus, sed secundum leges iudicandum*⁹), али да га у процесу примене, по могућности, прилагоди захтевима времена који се постављају пред закон.

Исправност тумачења и извесност у том погледу постоји у погледу претежне већине законских правних правила. Међутим, поједини законски прописи садрже такве правне норме да ни правни експерти не могу често да се сложе о њиховом правом значењу. Због разлика у схватању смисла правне норме, јављају се и противречна тумачења. Сва она, и поред тога што претендују да буду исправна, то ипак не могу да буду, и због тога она изазивају колебање и неизвесност у судској пракси.

Проблем исправности тумачења сам законодавац је имао у виду и сам проблем је покушао да реши на неколико начина. Пре свега, предвидео је могућност аутентичног тумачења. Осим тога, у домену судског организационог права предвидео је неке инструменте који могу да обезбеде исправност тумачења уопште. Тако, нпр. прописи о судовима предвиђају да одређени организациони облици, као што су седница одељења или општа седница, разматрају питања која се односе на примену закона и других прописа, да председник непосредно вишег суда може тражити од судова на свом подручју податке и обавештења која су му потребна ради праћења и проучавања судске праксе или примене закона, да виши привредни суд даје упутства привредним судовима ради проучавања и уједначавања судске праксе, или да републички врховни суд доноси упутства о начину праћења, проучавања и евидентирања судске праксе.

Проблем исправности тумачења на процесном плану, законодавац је решио тиме што је предвидео одређена процесна овлашћења или одређене процесне дужности процесних субјеката. Странке су овлашћене да кроз своја правна разлагања упознају суд са сопственом интерпретацијом која судији може да послужи као инспирација у тумачењу. Судија је дужан да своју одлуку образложи тако да контролу његове

⁹ "Не треба судити о законима, него по законима"

интерпретације могу да врше и странке и јавно мњење. Странке имају право да скоро неограничено изјављују правни лек због материјалноправне неисправности одлуке и да указују да је суд погрешно применио материјално право, да је у питању интерпретациона грешка. Инстанциони суд по службеној дужности пази на правилну примену материјалног права, те интерпретациона грешка представља разлог који он санкционише у поступку по правном леку коришћењем својих касаторних или реформаторних овлашћења.

7. Проблем једнообразности у примени права решава се на плану уједначавања судске праксе. За примену прописа од несумњивог су значаја ставови судске праксе о садржини правних правила и о претпоставкама за њихову примену. Једнообразност у интерпретацији права, а самим тим и у пресуђењу, обезбеђује остварење принципа правне сигурности¹⁰.

Потреба за уједначавањем судске праксе редовно се јавља на почетку примене сваког новог закона. Сваки нови закон доноси нове дилеме које се редовно јављају кад је закон непотпун, непрецизан, кад изостане неопходна и пажљива стручна редакција. Скоро по правилу, наши закони су непотпуни или неправилно редиговани тако да њихова примена, због колебања, несналажења, лутања, одређене инертности и несигурности, још у самом старту изискује потребу за уједначавањем у примени.

Потреба за уједначавањем судске праксе јавља се редовно и као последица дуготрајне примене једног закона који више не одговара стварности јер је превазиђен.

Потреба за уједначавањем судске праксе у нашем праву јавља се не само као последица постојања многобројних некодификованих области и примене правних правила из аброгираних закона, већ и као последица дугогодишње неусклађености закона са новим уставима.

Једнообразност у тумачењу кроз уједначавање судске праксе остварује се, између осталог, кроз организацију судског система, расподелу стварне надлежности, организацију правних

¹⁰ "Правна сигурност - писао је Sauer - је стање не само уочљивости права него и извесности, да се право на један одређени начин примењује. Тада се поданику омогућава, да своје делање подеси не само за тренутак него и за сву будућност; он прорачунава будућност и садржину државних аката". (Sauer, W.- Grundlagen. II, стр. 425, цитирано према: Марковић, Ч. - Грађанско право, књ. I, Београд, 1928, стр.134.)

лекова, праћење судске праксе¹¹, рад судских одељења¹² и кроз овлашћења највишим судовима да утврђују начелна правна схватања¹³.

Организација судског система по принципу нижих и виших судова омогућава да се као орган контроле законитости одлука редовно јавља виши суд, а сам систем правних лекова и разлози због којих се они могу изјављивати, омогућавају да инстанциони судови пазе и на једнообразну примену закона и да тичу на формирање одређене судске праксе¹⁴.

8. Највише судске институције имају власт да у начелној форми, у облику начелних правних схватања¹⁵, тумаче законе чија примена спада у њихову надлежност. Уколико дође до неједнаке примене закона, највиши суд има дужност да одлучи како се има разумети и применити одређена правна норма. Суду је дато право да доноси опште норме и да тако изађе из домена своје функције и уђе у домен законодавца. Доношење начелних одлука не спада у примену права, нити у вршење судске власти.

9. Начелна правна схватања највиших судова имају начелан карактер. Она су формулисана на општи начин и њих утврђује и доноси седница одговарајућег суда, као најшири

¹¹ Организациони процесни прописи предвиђају да републички врховни судови доносе упутства о начину праћења, проучавања и евидентирања судске праксе. Исто овлашћење има и Виши привредни суд.

¹² Судска одељења се образују у судовима који имају више већа која одлучују у стварима из исте правне области. Судско одељење има задатак да редовно разматра питања која се тичу примене права а нарочито ако не постоје једнака правна схватања између појединих већа у истом одељењу или ако поједино веће одступа од раније утврђених ставова.

¹³ За означавање начелних правних схватања највиших судова у организационом процесном праву користе се различити технички термини: правно схватање, начелан правни став, начелно правно мишљење. Видети: Закон о Савезном суду (Сл. л. СРЈ, 27/92), Закон о судовима РС (Сл. гл. 46/91), Закон о судовима РЦГ (Сл. л. 20/95).

¹⁴ Организација правосудног система код нас и законодавна расподела стварне надлежности, а самим тим и организација правних лекова, ипак не омогућава да се систематски прати пракса окружних судова. нити обезбеђује у довољној мери уједначавање судске праксе у низу правних ствари.

¹⁵ Према правилима организационог процесног права. Општа седница Врховног суда Србије утврђује *начелне правне ставове* и *начелна правна мишљења* ради јединствене примене закона. Општа седница Савезног суда утврђује *правна схватања* о одређеним правним питањима из делокруга рада неког већа, а Проширена општа седница, као посебан организациони облик, утврђује *начелне правне ставове* о питањима која се тичу јединствене примене савезних закона.

састав у коме тај суд врши своју функцију органа власти. Начелна правна схватања не заузима, нити утврђује поједино судско веће приликом одлучивања у конкретној правној ствари. Начелна правна схватања су посебно формулисана и посебно утврђена правна мишљења која се формирају и доносе по посебном поступку.

Начелна правна схватања највиших судских институција ради обезбеђења јединствене примене закона јављају се у виду начелних правних ставова и начелних правних мишљења.

10. Начелна правна мишљења утврђују на апстрактан и генералан начин значење извесне правне норме¹⁶ као упутство и основ за решавање свих будућих истоветних случајева пред судовима истог или нижег ранга. Начелна правна мишљења су, уствари, одлуке - принципи¹⁷ и она треба да послуже као идеје водиле приликом решавања конкретних случајева.

Начелна правна мишљења се формулишу на апстрактан и генералан начин, као опште правне норме, поводом одређеног правног питања, које је уочено праћењем судске праксе, кад треба обезбедити јединство у примени права. Правно питање о коме се заузима и доноси начелно правно мишљење у делокругу опште седнице највишег суда није неко спорно конкретно правно питање које је страначком парничном радњом изнето пред суд. Правно питање о коме се заузима став је апстрактно правно питање којим се циља на сазнање, а не на примену права. Одговор на то спорно правно питање није одлука највишег суда којом се решава одређена правна ствар, већ само његово правно мишљење¹⁸.

Начелна правна мишљења утврђује општа седница у Врховном суду Србије, Врховном суду Црне Горе. Врховном војном суду и у Савезном суду.

Начин на који се утврђује и усваја начелно правно мишљење предвиђен је судским пословником.

11. Начелни став је посебна врста правног схватања највишег суда који он заузима кад постоји потреба за јединственом применом закона. Начелни став је правно схватање о одређеном правном питању које се тиче једнаке примене закона. Начелни став је правно схватање које се формира и утврђује поводом конкретно настале идентичне

¹⁶ Тако: Кошутић, Б. - Начелно правно мишљење највишег суда као извор права, Зборник за теорију права, св. 1, САНУ, Београд, 1978, стр. 86.

¹⁷ Кошутић, Б. - *ibidem*.

¹⁸ Видети: Аранђеловић, Д. - Грађанско процесно право, 1933, Београд, стр. 45, напомена 51.

потребе за тумачењем у судској пракси у процесу примене права. Кад се у низу конкретних случајева у пракси различитих већа јави идентична потреба за тумачењем одређене правне норме и уједначавање судске праксе у њеној примени у низу сличних или скоро истоветних правних ситуација, постоји идентична потреба за једнообразним тумачењем истог законског прописа.

Начелни став треба да елиминише могућност да се у истим ситуацијама правна норма различито примењује. Начелни став је обавезан за сва већа суда.

Начелни правни став утврђује општа седница у Врховном суду Србије, Врховном суду Црне Горе, Врховном војном суду и у Савезном суду. Начин утврђивања и усвајања начелног правног става утврђени су судским пословником.

12. Начелна правна схватања, без обзира да ли се ради о начелном правном мишљењу или о начелном ставу, представљају опште правне акте који су израз нормативне функције судова. Њих доноси одговарајућа општа седница највишег суда у законом прописаном саставу и по поступку који је предвиђен законом. Правила организационог судског права предвиђају и уређују начин доношења начелних правних мишљења и прописују негову обавезност за сва већа истог одељења или за суд у целини.

13. Начелна правна схватања највиших судских институција имају само ограничену правну снагу. Начелна одлука највише судске институције је обавезна за сва већа, одељења и саму општу седницу тог суда. Она везују само суд који их је утврдио и његова већа, јер су настала, пре свега, да би се уједначила судска пракса самог највишег суда. Те одлуке општег типа (одлуке - принципи) обавезни су за оне за које су донесене. Адресати су већа. Она су обавезна за сва већа, а не за ниже судове и већа нижестепених судова. Обавеза поштовања начелних правних мишљења прописана је законом за сва већа одређеног суда и предвиђене су и санкције за случај да се она не поштују.

Начелна правна схватања представљају извор права за суд који их је утврдио и донео. Она су обавезна за сва веће суда као што је обавезан и закон.

14. Општа седница која утврђује и доноси начелна правна схватања има положај суверене власти у том домену, јер ничим није ограничена. Општа седница сама може своје начелне одлуке променити. Општа седница своју начелну одлуку може изменити, под одређеним законским условима и у прописаном поступку да би се тој новој одлуци - принципу обезбедио ауторитет.

15. И поред необавезне снаге за ниже судове, правна схватања са седница судских одељења или опште седнице имају пресудан значај за развитак судске праксе. Оно што не могу постићи обавезном правном снагом, ова начелна схватања то постижу на други начин.

Јединствена примена закона обезбеђује се и тако што сва већа једног истог инстанционог суда приликом решавања конкретних случајева, одлучују у смислу усвојеног правног схватања. Сва већа једног истог суда, у оквиру својих контролних овлашћења у инстанционом поступку, својим одлукама у конкретним стварима примењују правила садржана у усвојеном правном схватању и на тај начин остварују правила садржана у начелним схватањима тог суда, и, истовремено, остварују одређени степен једнообразности у решавању сличних случајева, уједначавају судску праксу и обезбеђују њену постојаност. Тиме, међутим, аутономија и независност судија нижестепених судова нису угрожени. Правно становиште које највиши судови заузимају по правним питањима у својим одлукама које доносе у поступку контроле законитости, а која су изражена у примедбама вишег суда, нису правно обавезна за нижи суд.

Публиковањем начелних правних схватања, али и одлука и извода из њиховог образложења у правничким публикацијама, омогућава се да се са схватањем највишег суда упозна шири круг посленика у домену примене права на које оно треба да делују снагом свог ауторитета, угледом оних који су суделовали у њиховом формулисању и снагом своје аргументације.

INTERPRETATIONS JURIDIQUES DE PRINCIPE

Résumé

Dans ce travail l'auteur fait une analyse des interprétations juridiques de principe des plus hauts tribunaux par lesquelles l'autorité judiciaire, dans une forme de principe, interprète les lois dont l'application touche sa compétence. Les interprétations juridiques de principe de ces institutions présentent des opinions juridiques formulées et fixées d'une façon particulière, qui sont formées et adoptées selon un procédé particulier, avec le but d'assurer une application unitaire de la loi.

Les interprétations juridiques de principe, qui apparaissent en forme des attitudes et des opinions juridiques, présentent des actes juridiques généraux et sont l'expression de la fonction normative des tribunaux. Ces actes sont adoptés à une séance correspondante générale du plus haut tribunal par un corps constitué selon la loi et une procédure prévue par la loi. Les règles du droit judiciaire organisationnel prévoient et règlent la façon de l'adoption des interprétations juridiques de principe. Ces règles prescrivent l'obligation pour toutes cours du même département, ou tribunal en entier, et prévoient des sanctions en cas de leurs négligence.

Malgré la force non obligatoire pour les tribunaux de l'instance inférieure, les interprétations juridiques issues des assises des départements judiciaires, ou de la séance générale des plus hauts tribunaux, possèdent, selon l'avis de l'auteur, la signification décisive pour le développement de la pratique judiciaire.

Ce que les interprétations juridiques de principe ne peuvent pas atteindre par sa force juridique obligatoire, elles l'atteignent d'une autre façon. Par la publication des interprétations juridiques de principe, ainsi que des décisions et des extraits de leurs préambules, dans des publications, on offre la possibilité à un large cercle de travailleurs dans le domaine de l'application du droit, de se faire connaître les attitudes de la plus haute institution judiciaire où celles-ci doivent peser par la force de son autorité, par la renommée de ceux qui ont participé dans leurs formulation de même que par la force de leurs argumentation.

Др Милорад Божић
редовни професор

ЕКОНОМСКЕ ФУНКЦИЈЕ ДРЖАВЕ - ДОМЕТИ И ОГРАНИЧЕЊА¹

Савремена економска теорија и пракса скоро да не споре економске функције државе. Споре се више о садржају тих функција, ширини њиховог захвата, њиховој ефективности и делотворности. Савремене привреде функционишу и развијају се као мешовите привреде. У основи тог облика привреде јесте комбинација тржишног начина регулисања односа и решавања проблема у економији и наглашеног учешћа државне интервенције у томе коју она остварује креирањем привредног система и вођењем економске политике. Комбинација те две полуге рађа проблем односа између тржишног механизма регулисања и усмеравања економских односа и места и улоге државе (њених економских функција) у томе.

Истраживање проблема економских функција државе има за задатак да укаже на сложеност односа између тржишног механизма и државне интервенције у систему мешовите привреде - њеног функционисања и развоја. Односно, конкретније: који су домети и која су ограничења економских функција државе у том типу привреде? Притом се полази од теоријских истраживања тих односа и од економске праксе у различитим историјским и друштвеним условима.

Значај тих односа је преваходно практичне природе јер су они битни за вођење економске политике и креирање савремених привредних система. Исто тако, модерна држава - њено устројство и функције, у великој мери су окренути економским проблемима друштва а од успешности решавања тих проблема зависе и остали (нематеријални) аспекти развоја људског друштва.

1. Настанак државног интервенционизма

Историјски посматрано држава је имала различите економске функције и различиту улогу у развоју привреде у

¹ Прилог је рађен у оквиру пројекта Регионална културна сарадња на Балкану чији је носилац Институт за социолошка истраживања Филозофског факултета у Нишу.

различitim фазама развоја људског друштва. Још од најстаријих времена настанка и развоја државних заједница, државе су имале одређене економске функције које су се сводиле на обезбеђење материјалних добара за остваривање њихових јавних функција (вођење ратова, изградњу путева, регулисање водотокова, изградњу градова и сл.). Кроз историју развоја државних заједница мењале су се функције државе у сфери материјалног развоја друштва, пролазећи кроз периоде у којима су се њене економске функције мање или више развијале, односно имале већи или мањи практичан значај.²

У новијој економској историји крајности у ширини и значају економских функција државе представљао је економски либерализам у капиталистичким земљама у XIX веку и пракса економског развоја бивших социјалистичких земаља. У првом случају минимизирана је улога државе у сфери економског развоја друштва. Цео концепт функционисања и развоја привреде темељио се на тржишту и његовим законитостима који, по принципу "невидљиве руке", врше усклађивање процеса материјалне репродукције друштва и обезбеђују складан економски развој државних заједница. На другој страни, пак, пракса развоја бивших социјалистичких земаља глорификује економску улогу државе - све до нивоа њеног монопола у својинским односима који се јавља у форми државне својине над средствима за производњу и управљања привредом од стране државе.

Историја економског развоја капиталистичких земаља показује да принцип "невидљиве руке" није могао да успешно разреши бројне противуречности које је са собом донео виши степен развоја производних снага и друштвених односа. Редовна појава економских криза у другој половини деветнаестог и почетком двадесетог века нужно је наговештавала промене у систему организације и функционисања привреде. Њихова суштина јесте у постепеном ширењу економских функција државе, да би после велике светске економске кризе (1929-1933 године), капиталистичке земље прихватиле државну интервенцију у привреди и државно регулисање економских односа као неопходан услов стабилног и успешног економског развоја.³ Те земље већ деценијама обогаћују своју економску

² О историјском аспекту економских функција државе, детаљније види: др Милорад Божић, Економска политика, Просвета, Ниш, 1995. стр. 57-106.

³ Родоначелник теорије државног интервенционизма свакако је Џон Мајнард Кејнс (1883-1946) који је својим делом "Општа теорија запослености, камате и новца" (1936), означио преокрет у развоју

праксу државног интервенционизма као незаменљивог чиниоца њиховог привредног развоја.

На другој страни, задњих година дошло је до распада привредног система социјалистичких земаља који се деценијама развијао на доминантној економској улози државе. У почетку свога развоја такав систем дао је одређене резултате, пре свега, у погледу постизања општег степена привредног развоја земаља које су га примењивале. Међутим, на вишем степену економског развоја тих земаља он није могао да одговори на све сложеније економске и друштвене проблеме. Њихово нарастање водило је те земље у економску и друштвену кризу. Економске последице тога изражавају се у паду обима друштвене производње, расту незапослености, смањењу животног стандарда становништва, расту проблема у економским односима са иностранством, поремећајима на домаћем тржишту и др. Излаз из таквог стања налази се у напуштању таквог привредног система, односно развоју тржишне привреде која подразумева релативно мањи обим економских функција државе и другачији начин њиховог остваривања.⁴

Уопштено говорећи, данас се у свету углавном развија универзални облик тржишног начина привређивања. Њега карактерише веома развијен систем државне интервенције, односно развијен систем економских функција државе. Суштина тога система јесте у регулисању и усмеравању токова материјалне репродукције друштва, уз поштовање економских слобода привредних субјеката и грађана и економских законитости. Њега карактерише деловање "јавне руке" као израз развијених економских функција државе којима она регулише и усмерава макроекономске токове.

економске теорије. Тај преокрет имао је и практичног значаја јер ће коначно етапа економског либерализма у развоју капиталистичких земаља коначно бити замењена етапом државног капитализма.

⁴ Те промене у савременој економској литератури и економској пракси означавају се појмом "транзиција", отуда се за привреде бивших социјалистичких земаља каже да су то "привреде у транзицији". Тиме се означава процес које се одвија, пре свега, у њиховим привредним системима и економским политикама. Основни њихов тренд јесте напуштање економије социјалистичког етатизма и увођење и развој тржишне економије.

2. Садржај државног интервенционизма

У новијој економској историји ширење економских функција државе доводи се у везу са настајањем економских криза, односно спречавањем њихових појава и/или предузимањем мера да се економија земље извуче из њих. Економске кризе, иначе, карактеришу: а) њихово циклично настајање, б) поремећаји у глобалним односима понуде и тражње на тржишту, в) монетарни поремећаји (инфлација, дефлација, нагла депресијација домаће валуте и сл), г) пад привредне коњуктуре и привредног раста, д) раст незапослености радне снаге, љ) повећање банкротства привредних субјеката и др.⁵ Из тих карактеристика проиилазе бројне економске и социјалне последице које прете постојећем државном и политичком интегритету земље захваћене кризом.

Са економским кризама и њиховим последицама не сусрећу се само земље са тржишном привредом већ, како новија пракса економског и друштвеног развоја у свету показује, и бивше социјалистичке земље односно земље са привредним системом заснованим на социјалистичком етатизму. Разлике између њих и криза у тржишним привредама су само у узроцима криза, а што се тиче економских и социјалних последица ту битнијих разлика нема.

Борба против економских криза је условила ширење економских функција државе почетком овога века у тржишним привредама. У каснијим фазама њиховог развоја она постаје једна од њених основних карактеристика. Садржај тих функција се временом мењао али у основи њих стоје бројне активности државе економског карактера.⁶

1. Ограничавање извесних приватно-својинских права услед промена у структури и организацији привреде и стварање јавног сектора у привреди.

2. Ограничавање слободе уговарања, које настаје као израз све веће организованости радника, на једној, и послодаваца на другој страни; потреба да држава у многим односима између њих делује као арбитар.

3. Активирање антимонополског законодавства и вођење антимонополске политике.

4. Активнији однос у области социјалног законодавства и социјалне политике којима се уређују бројни односи у области

⁵ Милорад Божић, Исто, стр. 66.

⁶ Александар Ваџић, Економска политика Југославије - Општа питања економске политике, Београд, 1985., стр. 35.

радних односа, здравственог и социјалног осигурања чиме се обезбеђује већа социјална сигурност људи.

5. Ширење функција државе у области образовања, здравства, културе, саобраћаја, информисања и сл.

6. Предузимање мера подстицања привредних активности путем монетарно-кредитне политике, политике економских односа са иностранством, фискалне политике и слично.

7. Примена дотација и субвенција у државном и приватном сектору привреде.

8. Предузимање посебних мера у циљу повећања запослености радне снаге.

9. Национализација дела привреде, која најпре почиње од делатности у којима су присутни елементи јавних служби, а затим све до кључних привредних грана као што су енергетика, црна металургија, банке и др.

Многе од ових активности држава је почела да примењује још крајем прошлог века као део тадашње антикризне политике. Наравно да су оне временом добијале на садржају формирајући конзистентан систем економских функција државе. Такав систем карактерише модерну тржишну привреду, чији развој се одвија у више праваца.⁷

Прво, повећава се учешће државног сектора у привреди скоро свих земаља.

Друго, држава захвата системом јавне потрошње све већи део националног дохотка вршећи притом његову прераспodelу.

Треће, држава предузима и спроводи бројне програме развоја привреде и непривредних делатности.

Четврто, води активну стабилизациону политику примењујући притом мере фискалне, монетарне и других политика.

Пето, држава преузима највећи део обавеза из међународних економских и финансијских односа.

Шесто, држава се користи системом планирања као неопходним средством за постављање и реализацију циљева економске политике коју води.

Поред ширења класичних економских функција државе у тржишној привреди, за њено функционисање, од посебног значаја је како држава остварује своју политичку функцију и како функционише њен правни систем. Активности државе у тим областима, које су од значаја за функционисање и развој

⁷ Слободан Комазец и други, Економија, Београд, 1996., стр. 233.

њене привреде, своде се на стабилност политичког система, његову демократску утемељеност, уређење правног поретка, заштиту слободе појединца и спровођење друштвених правила по којима ће се понашати друштвени и економски субјекти. Најчешће се политичка функција државе, од значаја за тржишну привреду, своди на функционисање "правне државе" под којом подразумевамо постојање развијеног и демократски уређеног правног система и његово спровођење у пракси. Он се јавља као заштитник слободе и права појединца и привредних субјеката; гарант њихове имовинске сигурности, слободе уговарања и заштите уговорних односа, али и јасно дефинисаних економских функција државе и њену одговорност за њихово остваривање.

3. Домети економског интервенционизма

Савремена тржишна привреда и савремено тржиште подразумевају да "појединци и привредна предузећа доносе главне одлуке о производњи и потрошњи",⁸ наравно, руководећи се својим интересима. То подразумева економске слободе појединца и предузећа да одлучују шта ће производити - колико и за кога, односно шта ће куповати на тржишту, колико и коју ће цену притом бити спремни да плате за то. У тим одлукама стоји њихов појединачни економски интерес који они могу да остваре у тржишном амбијенту деловања економских закона.

Овакав опис тржишне привреде био би сувише упрошћен ако се не би имало у виду да појединци и привредна предузећа свој економски интерес остварују на тржишту које је далеко од савршене тржишне конкуренције и односа који се том конкуренцијом успостављају. Односно, на том тржишту долазе до изражаја бројни економски и ванекономски фактори. То чини да је савремена привреда далеко сложенији феномен од простог деловања економских законитости. У том контексту на првом месту треба истаћи монополе на тржишту који систем тржишног функционисања удаљавају од идеалног. На другој страни, све економије су данас, мање више, отворене према свету па због тога оне трпе бројне утицаје из међународног окружења који често имају неекономски карактер и који деформишу систем деловања тржишта. Затим, ради се о

⁸ П. А. Самуелсон и В. Нордхаус, Економија, четрнаесто издање, превод, Загреб, 1992., стр. 21.

бројним другим утицајима који се тичу развоја друштвених односа, солидарности и једнакости у друштву који, такође, утичу на измењени начин функционисања тржишта.

Искључиво тржишни начин функционисања и развоја привреде - без државне интервенције, носи са собом низ противуречности које у основи имају велики утицај на њено пословање и развој.⁹

Прво, долази до заоштравања сукоба између појединачних и друштвених интереса изазивајући продубљивање социјалних антагонизама.

Друго, тржиште информише о текућим и прошлим збивањима, али оно не пружа информације о могућностима, потребама и захтевима будућег развоја привреде.

Треће, тржишни критеријуми воде максимизацији краткорочних економских циљева.

Четврто, тржишни механизам не решава разлике у регионалном привредном и друштвеном развоју.

Пето, тржишни механизам - самостално без државне интервенције, не обезбеђује пуну запосленост радне снаге.

Шесто, друштвено оптималан однос између привредних и непривредних (друштвених) делатности не може се успоставити само на бази тржишних односа, без државне интервенције.

Седмо, усмеравање инвестиција, као битне компоненте развојне политике, не може се вршити искључиво по тржишним критеријумима нарочито у областима као што су: саобраћај, водoprивреда, шумарство, екологија, стамбено-комунална привреда и сл.

Очигледно да се ради о немоћи тржишта да оптимално регулише и усмерава крупне области и значајна питања економског и друштвеног развоја. Ако би изостала државна интервенција, онда очигледно да економија - као подсистем друштва, не би могла да функционише на економски и друштвено рационалан начин. Нужно би се морала суочити са појавом економских криза и њиховим бројним економским и социјалним последицама.

Отуда и ограниченост домета тржишног начина привређивања у савременим тржишним привредама. Она се превазилази и коригује одговарајућим економским функцијама државе, односно њеном економском интервенцијом. Крајњи циљ те интервенције није замена тржишног начина

⁹ Детаљније: Никола Чобелић, Привреда Југославије, књига друга, Савремена администрација, Београд, 1978, стр. 141 и даље.

привређивања и деловања економских законитости, већ њихова корекција и надограђивање у оним областима где они самостално не дају економски и друштвено оптималне резултате. Држава то чини креирањем привредног система и вођењем економске политике чиме се ствара амбијент у коме привредни субјекти и појединци доносе своје пословне, развојне и друге одлуке. Односно, они у том амбијенту остварују своје економске интересе.

Ако је државна интервенција у привреди нужна, онда се логично поставља питање њеног садржаја и докле она може да буде делотворна. Она је садржајно препознатљива по привредном систему који држава креира односно економској политици коју она води. А што се тиче њене делотворности одговор на то може се наћи у стабилности економије и развојним резултатима које она остварује.

Питање економских функција државе, односно њене интервенције у привреди, ни теоријски није до краја разјашњено. Теоријски спорови се воде како о садржају те интервенције тако и о делотворности појединих њених облика. Тако, на пример, амерички економиста Џорџ Стиглер, анализирајући које економске задатке држава може извршити, долази до закључка да је неоспорна улога државе у:

- а) сузбијању монопола,
- б) помоћи у економским невољама (пад дохотка, спори раст привреде и сл.),
- в) решавању проблема сиромаштва и
- г) заштити потрошача и радника.

Све остале области економског живота су дискутабилне са становишта улоге државе у њима. Мада истиче да је данас широко и чврсто уврежено уверење да држава може све, ако се здушно и икрено прихвати задатка, он даје предност слободној иницијативи и конкуренцији.¹⁰

Ако би се и прихватило овакво становиште о економској улози државе оно ствара широко поље за њену интервенцију. То упућује да је државна интервенција у привреди, нарочито у облику стабилизационе и развојне политике, незаменљив фактор успешности економије сваке земље.

Комплексније посматрање односа између државе (њених економских функција) и тржишта показује нам да ширење тих функција не мора увек да значи сужавање економских слобода привредних субјеката и појединаца. Савремена пракса ширине,

¹⁰ Према П.А.Самуелсону, Економска читанка, превод, Загреб, 1975., стр. 102-108. (Georg J. Stigler, The Government of the Economy).

садржине и начина остваривања економских функција државе, показује да су често економски интереси државе, власника капитала, запослених радника и становништва идентични. Односно, да се они могу оптимално остваривати тек ако постоји одговарајућа државна интервенција, тј. ако држава остварује своје економске функције. Примера за то имамо више: обезбеђење одговарајуће монетарне стабилности у земљи, успостављање одговарајуће стабилности економских односа земље са иностранством, преузимање од стране државе ризика улагања и развоја привредне инфраструктуре која профитно није атрактивна за приватни капитал, поспешивање коришћења природних ресурса, поспешивање техничко-технолошког развоја итд.

Ови и други примери показују да је остваривање економских слобода и интереса привредних субјеката и појединаца у савременој тржишној привреди - у одређеним случајевима, условљено постојањем државне интервенције односно остваривањем њених економских функција. То практично значи да се између државе и привредних субјеката и појединаца развијају односи кооперативности што је битна карактеристика савремене тржишне привреде.

Привреда као велики макроекономски систем, подразумева да се њоме макроекономски управља. Без тога он не може ефикасно функционисати и не може се оптимално развијати. Управљачку функцију тог система преузима држава путем остваривања својих економских функција. Она се притом користи правним прописима који су ефикасан инструмент управљачког система јер садрже обавезност спровођења одлука и санкције за њихово неспровођење. Међутим, правни прописи као инструмент управљачког система, имају и одређене недостатке који се огледају у крутости, линеарности деловања, малој диференцираности, примени на различите случајеве и др.¹¹ Но, без обзира на све те недостатке, они су данас незаменљиво средство макроекономског управљања јер обезбеђују извесност и сигурност у реализацији донетих управљачких одлука.

4. Ограничења државног интервенционизма

Ширење економских функција државе има своје границе које је битно познавати да би се моделирао оптималан систем мешовите привреде. Ако се те границе пређу воде ка развоју

¹¹ Шире о томе: Радмила Стојановић, Управљање развојем у самоуправном друштву, Савремена администрација, Београд, 1980., стр. 79.

типа привреде и привредног система који се разликује од мешовите односно тржишне привреде у савременом смислу речи.¹² Државна интервенција у привреди у основи подразумева: а) одређена ограничења административне природе, б) одређене налоге поступања привредних субјеката и појединаца на тржишту без обзира на њихов реалан економски интерес и в) стварање одговарајућег амбијента за доношење пословних и развојних одлука од стране привредних субјеката и појединаца који фаворизује циљеве политике коју држава води. Упростијено посматрано, ширење државне интервенције и економских функција државе, у једном делу означава сужавање простора за деловање тржишта (остваривање економских слобода и интереса на њему), а у другом, омогућава функционисање тржишта јер држава својом интервенцијом обезбеђује стабилност главних економских агрегата и економски развој оних сектора привреде на којима тржиште не даје оптималне резултате.

Посматрајући савремену економску праксу у земљама са развијеном тржишном привредом и дугим искуством у њеном развоју, можемо уочити различит садржај и различите аспекте државне интервенције. Неке државе приоритет дају регулисању монетарне области економског живота, друге, пак, фискалној политици, треће економским односима са иностранством итд.; неке шире јавни сектор привреде увећавајући обим државног капитала, а треће, тежиште своје активности стављају на повећање запослености и решавање социјалних проблема. Но без обзира на све то, савремени економски интервенционизам подразумева да држава шири своје економске функције на све те области, с тим да приоритете даје некима од њих. У зависности од тих приоритета имамо различите моделе државног интервенционизма односно различиту ширину и садржај економских функција државе.

Критичари државног интервенционизма истичу одређена ограничења која тај интервенционизам са собом носи. Она су

¹² Пример потискивања економских слобода ширењем државне интервенције имали смо у привредним системима бивших социјалистичких земаља. Ширење државног сектора привреде, административно (државно) одлучивање о економским питањима, административно управљање привредом и сл., за крајњи резултат имали су потискивање тржишта и економских законитости, односно развој етатистичког привредног система.

битна за коначни суд о његовој делотворности у коначном устројству и функцији тржишне привреде.¹³

Прво, ограничења техничке природе која отежавају државно управљање привредом, нарочито ако је она на вишем степену развијености. Наиме, у развијенијој привреди више долазе до изражаја сложеност и стохастичност као њене карактеристике, па је због тога све теже управљати њоме из једног центра (владе најчешће), ма како он био стручно и технички оспособљен.

Друго, ширење државне интервенције повећава административне трошкове у привреди и друштву. Администрирање у државном систему регулисања и усмеравања економског живота изазива проблем неблаговремености доношења одлука; односно, условљава временска закашњења у идентификацији стања у економији, доношењу одлука и ефектима њихове примене. Раст трошкова управљања привредом и временска закашњења у ефектима доношења одлука могу цео систем да учине економски неделотворним.

Четврто, државни интервенционизам носи опасност од опадања економске ефикасности и из других разлога, као што су: претерано прогресивно опорезивање, велики нормативизам који гуши иницијативу предузећа и других субјеката као и променама услова привређивања мерама економске политике, нарочито ако се оне често мењају.

Пето, губитак контроле од стране државе над администрацијом чију интервенцију она спроводи. У деловању те администрације постоји опасност од стварања илузије да се сви проблеми у привреди могу решавати једино државном интервенцијом. Због тога се повећавају дискрециона права управних органа, долази до непрецизности и мањкавости у прописима, па све до могућности да привредне корпорације преко државне администрације остварују утицај на садржај и смер државне интервенције у своју корист.

Посебни економски и политички проблеми ширења економских функција државе настају када дође до спреге (савеза, јединства у акцији), између државе и монополских предузећа. Такви савези нису реткост у савременим друштвима и државама. На подударности њихових интереса у заједништву, израста политичка и економска моћ државе и монополског дела привреде. Последица постојања таквог савеза јесте гушење тржишта, сужавање простора за његово деловање непотребним

¹³ О неким од тих ограничења, види: група аутора, Економска политика, Информатор, Загреб, 1987, 1987., стр. 47. и даље.

ширењем државног интервенционизма и изостајање ефеката деловања тржишног механизма. Посебан облик тога савеза јесте развој партијске државе у коме се постојећи савез између државе и монополских предузећа проширује партијом на власти (њеним органима и функционерима). По правилу он се јавља у условима претераног ширења државног или друштвеног облика својине у привреди и ванпривреди и за собом повлачи додатно ширење економских функција државе и разрађен систем неформалног утицаја на привреду. Такви савези најчешће поред економских имају и политичке циљеве као што су очување владајуће позиције партије на власти, остваривање привилегија дела привреде и партијског и државног апарата.

У условима када постоје савези, нарочито монопола и државе, крупна питања економије - њеног развоја и пословања, налазе се у компетенцији државе. Коришћење фактора производње - нарочито капитала, њихова алокација, цене монополских производа на тржишту, извоз и увоз најзначајнијих производа, степен запослености радне снаге и висина зарада, уместо да се разрешавају и усмеравају уз деловање тржишта и економских законитости, бивају у стриктној компетенцији државе и њених монополских савезника. Крајњи исход таквих односа и активности на економском плану су смањење економске ефикасности привреде, њена нестабилност и спори развој. У таквој ситуацији изостаје економска делотворност државе чије економске функције престају бити логичан део тржишне привреде и у функцији економског и друштвеног напретка.

Закључак

Анализа проблематике економских функција државе у савременим тржишним економијама може се свести на неколико основних односа: државне регулативе и економских слобода, јавног и приватног сектора у привреди, односа у расподели између привреде, државе и становништва; односе између појединачних и друштвених интереса, економске мотивације и принципа солидарности у друштву и односе између макро и микро економије у систему функционисања и развоја привреде. Сви ти односи указују да је проблем економских функција државе врло сложен јер задире у бројне виталне области економског живота друштва.

Пракса развоја тржишне привреде данас у свету показује да је раширена државна интервенција једна од основних карактеристика такве привреде. Питање односа између

тржишне регулативе и економских функција државе (њеног економског интервенционизма), решава се на различите начине у конкретној пракси у зависности од бројних фактора економске и политичке природе. Више тржишта или државне регулативе у конкретној економији јесте питање на које није могуће дати децидан одговор - на крају крајева ради се о политичким питањима која се решавају политичким компромисом (Паул Самуелсон).

У одговору на та питања у практичној изградњи тих односа, битно је познавати домете и ограничења државног интервенционизма у савременим тржишним привредама. Домети се тичу економских проблема који могу да се успешно решавају само уз помоћ државе - њених економских функција. Међутим, у томе треба имати у виду и ограничења која настају претераним ширењем економских функција државе на оне економске проблеме које успешније од државе решава тржиште са економским законитостима. Уважавање једног и другог, у њиховим међусобним односима, врши се кроз политички и привредни систем а конкретизација кроз садржај економске политике. Главни задатак опредељења у свему томе јесте да се изгради ефикасан систем тржишне привреде којим се обезбеђује економска стабилност и економски развој.

Dr Milorad Božić,
Prof. permanent à la Faculté de Droit à Niš

FONCTIONS ECONOMIQUES DEL'ETAT - PORTEES ET LEMITTES

Résumé

Les économies contemporaines fonctionnent et se développent comme les économies mixtes. Ceci sousentend la combinaison de la réglementation des relations du marché et la solution des problèmes dans l'économie et la participation des interventions de l'Etat dans celle-ci et qu'il réalise par la création du système économique et par la direction de la politique économique.

La question de la relation entre la réglementation par le marché (liberté économique) et l'interventionisme économique (réglementation économique par l'Etat) résume l'objet des recherches dans cette essai. L'auteur part du fait qu'il s'agit des relations complexes qui dans la pratique se résolvent de la façon différente. Il donne un aperçu historique de la naissance de l'interventionisme étatique, sa nécessité et son contenu. De l'autre côté, il renvoie à la nécessité inévitable du libre marché des rapports économiques. L'épanouissement d'un mécanisme au dépend de l'autre dans ces relations (le marché au dépend de l'interventionisme étatique et vice-versa) porte en soi les initiations qui ont de l'influence a l'efficacité économique, sa stabilité et les résultats du développement. En fin du compt, conclut-il, ces relations se résolvent par une convention, mail celle-ci doit être en fonction de l'économie et de son développement.

Др Дара Миленовић
редовни професор

ДРУШТВО СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ (појам, обележја и правна природа)

Друштво са ограниченом одговорношћу, као посебан облик трговачког друштва, први пут се појавило у немачком праву, где је уведено доношењем Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу 1892. године. У почетку су га називали друштво са ограниченим поштовањем. Ово друштво, за разлику од других облика трговачких друштава, настало је као творевина законодавца, да би након тога заживело у пословној пракси. Из немачког права преузето је у друге правне системе (у аустријски 1906. године, француски 1925. године итд.) Данас друштво са ограниченом одговорношћу спада у врсту трговачких друштава која је уређена у свим законодавствима, било посебним законима или општим одредбама трговачких, односно грађанских закона (Француска, Швајцарска, Немачка, Аустрија, мађарска, СРЈ итд.) Ова врста трговачких друштава је у пракси масовно заступљена. Разлога за то има више. Прво, поступак оснивања друштва је једноставан. Друго, основни капитал друштва је мањег обима. Треће, овај облик трговачког друштва задовољава потребе и намењен је предузећима мањим или средњим по величини (како по броју чланова, тако и по висини капитала). Четврто, овај облик пружа максималну заштиту својим члановима. Пето, друштво са ограниченом одговорношћу треба да користи предности друштва лица и друштва капитала, а да избегне њихове недостатке.

Наш Предлог закона о предузећима (у даљем тексту Предлог), уређује друштво са ограниченом одговорношћу (чланови 336-395.). У упоредном праву се појам друштва са ограниченом одговорношћу само изузетно одређује прописима, а његово дефинисање се препушта правној доктрини. Обично се законом одређују правна обележја овог друштва, на основу којих правна доктрина објашњава његов појам.

Наш Предлог је дефинисао ово друштво. Према одредбама чл. 336. Предлога, друштво са ограниченом одговорношћу (*Societe a responsabilitee* у француском праву; *Gesellschaft mit beshrankter Haftung* у немачком праву; *private limited company* у енглеском праву, које правно у потпуности одговара континенталном друштву са ограниченом одговорношћу) је друштво које, ради обављања делатности,

оснивају правна или физичка лица која не одговарају за обавезе друштва, а сnose ризик за пословање друштва до висине свог улога и чији улози чине основни капитал друштва. Члан друштва са ограниченом одговорношћу стиче удео у друштву сразмерно вредности у вредности улога. Сваки члан друштва може имати само један улог и удео, а један удео може имати више гласова. Удели не могу бити изражени у акцијама.

II

Друштво са ограниченом одговорношћу има више особина по којима се разликује од осталих врста трговачких друштава.

Прво, друштво са ограниченом одговорношћу има својство правног лица. Својство правног лица стиче уписом у судски регистар. Упис има конститутиван карактер. Наше право, за разлику од већине решења из упоредног права, не познаје нека правна стања - тзв. преддруштво, у којем друштво са ограниченом одговорношћу још не постоји као правно лице, али је уговор о оснивању друштва закључен, тако да чланови друштва већ могу обављати одређене послове.

Практични разлози говоре у прилог тзв. преддруштва. Чланови друштва би у овој фази оснивања, када је уговор о оснивању закључен, али друштво још није уписано у регистар, могли закључити уговоре корисне за друштво.

Друштво са ограниченом одговорношћу, као правно лице, самостално иступа у пословном промету, закључује правне послове, располаже својом имовином, стиче права, али преузима и обавезе. За преузете обавезе друштво са ограниченом одговорношћу одговара свом својом имовином. Отуд израз друштво са ограниченом одговорношћу са тог становишта није тачан, јер је у питању сношење ризика чланова до висине њихових улога. Чланови друштва не одговарају непосредно према трећим лицима. То практично значи, да члан друштва које послује са губицима може изгубити само оно што је уложио у друштво и ништа више, али ако друштво успешно послује, његово учешће у добити друштва је осигурано без ограничења. Повериоци друштва не могу према члану друштва остваривати права која имају према друштву. Повериоци члана друштва не могу према друштву остваривати права која имају према члану, али они могу ради наплате свог потраживања остварити принудно извршење над уделом који њихов дужник - члан има у друштву. То је могуће зато што је удео у друштву саставни део имовине члана друштва.

С обзиром да друштво са ограниченом одговорношћу има статус правног лица и да је, као такво, одвојено од својих

чланова, то чланови друштва могу закључивати правне послове са самим друштвом (уговор о кредиту, јемству, продаји робе, вршењу услуга и сл.). У овим случајевима постоји могућност злоупотребе (нпр. уговарањем за друштво неповољнијих услова-веће цене за робу продату друштву, веће камате за кредит дат друштву, и сл.) тако да је неопходно спречити могуће злоупотребе. У упоредном праву то се најчешће чини тако што се за закључење ових послова предвиђа посебан начин одлучивања (нпр., тражи се сагласност свих нових чланова; или строжија-квалификована већина). Према нашем Предлогу (чл. 93.), члан друштва са ограниченом одговорношћу може закључити с предузећем уговор о кредиту, кауцији, гаранцији, авалу и јемству, као и други правни посао утврђен оснивачким актом, односно статутом, по одобрењу осталих чланова друштва, односно управног или надзорног одбора. Заинтересовани члан друштва не може гласати у управном или надзорном одбору приликом одлучивања о одобрењу. О датом одобрењу обавештавају се чланови друштва на првој скупштини (ако је предвиђена уговором о оснивању друштва) или непосредно. Оснивачким актом или статутом може се предвидети да давање одобрења није потребно за послове закључене под уобичајеним условима.

Друго, друштво са ограниченом одговорношћу има основни капитал. Основни капитал је почетни капитал друштва који се обезбеђује уписивањем и уношењем улога чланова друштва. Вредност основног капитала индентична је укупној вредности улога изражених у новцу. Основни капитал се одређује уговором о оснивању друштва и статутом, а мора бити изражен у новцу. Он представља капиталну основу друштва, јер у тренутку оснивања друштва оно располаже једино основним капиталом. Основни капитал није индентичан са имовином друштва. За разлику од номиналне вредности основног капитала који је одређен уговором о оснивању друштва, односно статутом који остаје увек исти (јер је то новчани износ улога који су чланови унели у друштво или га имају унети у друштво, а који је подељен на улоге), имовина друштва је знатно шира по свом обиму, јер у њу улази све оно што је друштво стекло у свом пословању. Само у моменту оснивања друштва износ основног капитала је једнак активи друштва, јер се средства за оснивање прибављају уплатом оснивачких улога чланова-оснивача друштва. Касније, пословањем друштва са ограниченом одговорношћу његова имовина се повећава или смањује. До повећања основног капитала, може доћи ако чланови друштва уписују и уносе нове улоге, или само то чине

трећа лица. Основни капитал друштва повећава се изменом уговора о оснивању. Чланови друштва имају право прече уплате нових улога у року од 30 дана од дана измене уговора о оснивању друштва, сразмерно ранијим уделитема (чл. 386. Предлога. Иначе, друштво са ограниченом одговорношћу може повећавати свој основни капитал ако је номинална вредност свих раније уписаних улога у целини уплаћена, осим у случајевима: спајања друштва и повећања основног капитала неневчаним улогом. Одлуку о повећању основног капитала доноси скупштина (ако је предвиђена уговором о оснивању) или чланови друштва непосредно. За разлику од акционара који може имати више акција (колико хоће, односно колико може да плати), сваки члан друштва може имати само један улог. Члан друштва уписује и уноси улог у друштво. Улози могу бити у новцу, стварима и правима, али не могу бити у раду или услугама. То значи, да улог представља имовинску вредност коју је члан друштва унео у друштво. За разлику од акционарског друштва, чији је основни капитал подељен на једнаке износе-акције, а сваки акционар може имати различит број акција, основни капитал друштва са ограниченом одговорношћу не мора бити подељен на једнаке износе. То значи да улози чланова друштва не морају бити једнаки. Члан друштва стиче удео у друштву сразмерно вредности свог улога. Према предлогу (чл. 336. ст. 2), сваки члан друштва може имати само један улог и један удео у друштву, изражен у проценту или разломку. Удео је скуп права и обавеза које члан друштва добија за унету вредност. Удео можемо дефинисати и као, скуп права и обавеза који проистичу из чланства у друштву са ограниченом одговорношћу, а на основу закона и акта о оснивању, односно статута. Удео је својина члана друштва и, као такав, саставни је део његове имовине. Повериоци члана друштва не могу остваривати према друштву права која имају према члану (у питању су два различита субјекта у праву - одвојеност правног субјективитета), али могу тражити принудно извршење над уделом члана друштва у друштву ради намирења свог потраживања. Удео улази у стечајну, односно ликвидациону масу друштва.

Када је у питању структура удела у упоредном праву постоје три система, и то: систем јединственог почетног удела (у немачком праву): систем множине удела (у француском праву); и систем сталног јединственог удела (Швајцарска, Аустрија, Мађарска итд.).

Према систему јединственог почетног удела сваки члан друштва после оснивања има само један удео, али након

оснивања њему се пружа могућност да преузме више удела. Том приликом примењује се правило:колико улога, толико удела.

Код система множине удела постоји могућност стицања више удела од стране једног члана већ приликом оснивања друштва.

Систем сталног јединственог удела карактерише се тиме да члан који преузме још који улог након оснивања не стиче право на други, посебни удео, већ долази до сразмерног повећавања првог и јединог улога. Правило сразмерног повећања првог и јединственог улога не важи када су у питању права трећих лица и нека посебна чланска права или посебне обавезе које су везане за стари удео.

Као што смо напред навели, према Предлогу (чл. 336. ст. 2.), сваки члан друштва може имати само један улог и један удео, што значи да је у нашем праву прихваћен систем сталног јединственог удела. То значи, да када неки члан друштва стекне удео другог члана, његов удео се повећава за вредност тог другог удела, тако да и даље има само један, додуше увећан удео.

Друштво са ограниченом одговорношћу може имати удео у себи (својина друштва). Међутим, сопствени удео друштва са ограниченом одговорношћу не може имати при самом оснивању зато што се стицање сопственог удела може извршити само из имовине која прелази основни капитал друштва. Према Предлогу (чл. 245. ст. 3,4 и 5), сопствене уделе друштво са ограниченом одговорношћу може стицати само ако је уплаћен номинални или виши-продајни износ, а плаћање се може извршити само из резервних фондова друштва и нераспоређене добити. Друштво је обавезно да откупљени удео отуђи у року од годину дана од дана стицања, или да га у складу са правилима о смањењу основног капитала повуче. Сопствени удео не даје друштву друга права (не даје право гласа у органима друштва, као ни имовинска права). Друштво са ограниченом одговорношћу може откупити до 10% основног капитала.

Друштво са ограниченом одговорношћу може стећи сопствени удео повлачењем удела неког члана по правилима о снижењу основног капитала друштва (уз исплату основног улога члану), повлачењем удела у другим случајевима или куповином.

Према Предлогу (чл. 367.), једноперсонално друштво са ограниченом одговорношћу не може стицати сопствени удео, нити га може повлачити (амортизовати).

Предлогом (чл. 366.) се уређује и питање престанка (амортизације) удела. Амортизација удела се може извршити ако је то предвиђено уговором о оснивању друштва. Уговором о

оснивању друштва одређују се основи и поступак за амортизацију удела. Амортизација удела се може вршити само уз сагласност чланова друштва, ако уговором друкчије. није одређено. Амортизацијом удео престаје, а дотадашњи члан друштва губи права и обавезе које је имао по основу тог удела.

У упоредном праву постоји категорија повлашћених удела (нпр. удели са већим бројем гласова, са првенственим правом наплате дела добити итд.). Према нашем Предлогу (чл. 336. ст. 2.), предвиђена је могућност постојања повлашћених удела са већим бројем гласова. Сама друштва на аутономној основи уређују питање повлашћених удела.

За разлику од акција, удели су, по правилу, дељиви. Удео се може поделити у случају наслеђивања, правног следбеништва члана и преноса. Уговором о оснивању друштва може се искључити деоба удела, осим у случају преноса удела међу члановима друштва (чл. 357. ст. 1. и 2. Предлога).

У друштву са ограниченом одговорношћу обавезно се води књига удела чланова друштва (чл. 347. Предлога). За уделе у друштву са ограниченом одговорношћу могу се издати одговарајуће исправе којима се они доказују. Потврде о уделу не сматрају се хартијама од вредности, већ само легитимационим хартијама, а гласе на име (чл. 348, ст. 7 Предлога).

Треће, када је у питању делатност друштва са ограниченом одговорношћу, треба водити рачуна о две значајне чињенице. Прво, у питању је друштво које у основи располаже мањим капиталом. Друго, чланови друштва, за разлику од друштва лица, не одговарају за обавезе друштва, већ сnose ризик за пословање друштва до висине свог улога. Ове две чињенице имају за последицу ограничења у односу на неке делатности где је присутан повећани ризик пословања (нпр., осигурање, банкарство, ваздушни превоз, штедња итд.). Неке од ових делатности су изричито забрањене законом као предмет пословања друштва са ограниченом одговорношћу; за друге се захтевају посебни услови у погледу својстава чланова или управљача друштвом; док су треће законом одређене за неки други облик трговачког друштва, као искључиви облик предузећа. Тако, нпр., у француском праву друштва са ограниченом одговорношћу се не могу бавити осигурањем, капитализацијом и штедњом, док је у немачком праву забрањено да у облику друштва са ограниченом одговорношћу своју делатност обављају хипотекарне банке и банке које дају кредите за бродове, грађевинске штедионице, осигурања, апотеке и слободна занимања. Према Предлогу друштво са ограниченом одговорношћу је предузеће које, као правно лице,

обавља делатност ради стицања добити. Под делатношћу, у смислу Предлога, подразумева се производња и промет робе и вршење услуга на тржишту. Предлогом нису предвиђена ограничења у смислу да би се неке делатности морале обављати само у облику друштва са ограниченом одговорношћу или да неке делатности ово друштво не би могло обављати. Међутим, из неких других прописа се може видети да друштво са ограниченом одговорношћу не може обављати одређене делатности. Нпр., према Закону о банкама и другим финансијским организацијама (чл. 2 ст. 1.), банка се оснива као акционарско друштво.

Четврто, друштво са ограниченом одговорношћу обавља своју делатност под заједничком фирмом. Друштво са ограниченом одговорношћу, као и акционарско друштво, по правилу, послује под реалном (стварном-предметном) фирмом, а само изузетно под персоналном фирмом чланова (једног, свих, више). Фирма мора садржати и ознаку облика друштва или скраћеницу ДОО (у Француској С.А.Р.Л., у Немачкој GmbH., у Великој Британији LTD., у Шпанији S.R.L. итд.). Уношењем ознаке облика друштва или скраћенице је значајно за учеснике у правном промету, јер се на тај начин обавештавају о одговорности овог друштва за обавезе, тако да уношење ознаке облика одговорности није потребно.

Пето, друштво са ограниченом одговорношћу као посебан облик трговачког друштва, има неке елементе друштва лица, али и елементе друштва капитала. За разлику од акционарског друштва које карактерише деперсонификација, код друштва са ограниченом одговорношћу лични, персонални односи између чланова су битни и утичу на правни положај овог друштва. Ово друштво, по правилу, оснива мали број оснивача који се познају и који су и пре оснивања друштва били у некаквој вези-рођаци, пословни партнери, пријатељи. Једном речју, однос поверења који постоји између чланова друштва је једно од обележја овог типа друштва. Међутим, персонални елеменат овог друштва није пренаглашен као код друштва лица. Друштво са ограниченом одговорношћу је у односу на трећа лица више отворено него друштво лица, али је више затворено него што је акционарско друштво (нпр. пренос удела на треће лице).

Друштво са ограниченом одговорношћу карактеришу и неке позитивне особине типичног представника друштва капитала-акционарског друштва. Имовина члана друштва са ограниченом одговорношћу потпуно је одвојена од имовине друштва. Улог члана друштва чини основни капитал друштва.

Члан друштва не одговара за обавезе друштва, већ само сноси ризик запословање друштва до висине свог улога.

На основу изнетог, може се закључити да друштво са ограниченом одговорношћу, као посебан облик трговачког друштва, треба да користи предности друштва лица и друштва капитала, а да избегне њихове недостатке.

III

С обзиром да су се у организационо-правном облику друштва са ограниченом одговорношћу сачувале добре особине друштва лица, а и позитивне особине друштва капитала, то о правној природи овог друштва не постоји јединствено схватање. У упоредном праву по овом питању постоје три различита схватања.

Прво, према схватању које је заступљено у већини континенталних права, друштво са ограниченом одговорношћу је по својој правној природи друштво *sui generis*. С обзиром да има елементе и друштва лица и друштва капитала, то је ово друштво нешто између ове две врсте друштава.

Друго, према правима неких земаља Латинске Америке (Чиле, Панама итд.) ово друштво представља једну варијанту ортачког друштва. У овим земљама ово друштво се назива ортачко друштво са ограниченом одговорношћу.

Треће, у праву Велике Британије, као и у земљама које су усвојиле англосаксонски правни систем, друштво са ограниченом одговорношћу се сматра варијантом акционарског друштва.

Предлогом је ово друштво сврстано у друштва капитала.

SOCIETE AVEC LA RESPONSABILITE LIMITEE

(Notion, caractéristiques et nature juridique)

Résumé

La société avec la responsabilité limitée est une société qui, dans le but de la réalisation de son activité, est formée par les personnes juridiques ou physiques n'étant pas responsables pour les obligations de la société et subissant le risque pour la conduite des affaires jusqu'à la hauteur de son quote-part et dont les participations représentent le capital de fond de la société. Le membre de la société obtient son part au sein de la société proportionnellement à sa participation. Chaque membre de la société peut avoir seulement une mise et un part. Ce genre de la société commerciale est massivement représenté pour plusieurs raisons. Premièrement, le procédé pour la formation de la société est simple. Deuxièmement, le capital de fond de la société est d'une mesure restreinte. Troisièmement, cette forme offre une protection maximale à ses membres. Quatrièmement, cette société profite des avantages d'une société des personnes aussi bien que d'une société de capital tout en évitant leurs défauts. Ayant en vue le fait que, du point de vue juridique et organisationnel, les sociétés avec la responsabilité limitée ont sauvegardé les bons côtés d'une société des personnes et en même temps les caractéristiques positives d'une société de capital, alors, sur la nature juridique de la société de ce genre il n'existe pas une opinion unifiée. Selon le Projet de la loi des entreprises (art. 2, p. 4) cette société est une société de capital.

Др Мирољуб Симић
ванредни професор

Драган М. Митровић:
ДРЖАВА И ПРАВО У ТЕОРИЈИ ДРЖАВЕ И ПРАВА.
 Хрестоматија, Београд, 1992, стр. 466.

Приказујући хрестоматију "Избор текстова из теорије права" Гордане Вукадиновић, професора Правног факултета у Новом Саду (в. Зборник радова Правног факултета у Нишу, књ. XXXI, Ниш, 1991, стр. 193-194) констатовали смо да наша правна књижевност оскудева у књигама ове врсте, иако су оне и корисне и подстицајне за дубље изучавање одређене дисциплине правне науке. Али за кратко време ситуација се битно изменила. Наставници Увода у право Правног факултета у Београду објавили су хрестоматију "Увод у право - грађа за испит" (Београд, 1991.) састављену од текстова најистакнутијих професора београдског Правног факултета између два светска рата: Ђорђа Тасића, Слободана Јовановића, Евгенија Спекторског, Теодора Тарановског, Божицара С. Марковића и Миливоја Ч. Марковића. Професор Правног факултета у Београду Данило Н. Баста објавио је књигу-хрестоматију "Преображаји идеје права. Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841-1941)", Београд, 1991). Уз обимну уводну студију Баста је у хрестоматију уврстио текстове (у целини, изводу или преводу) Димитрија Матића, Глигорија Гершића, Живојина М. Перића, Живана Спасојевића, Томе Живановића, Теодора Тарановског, Евгенија Спекторског, Ђорђа Тасића, Божицара С. Марковића и Радомира Лукића (в. Теме, Ниш, 1-2/1994, стр. 191-1193).

Сада је пред нама најновија књига те врсте, "Држава и право у теорији државе и права" Драгана Митровића, доцента Правног факултета у Београду. Исти циљ као у претходним хрестоматијама. Презентирати мисао већег броја домаћих и страних правних писаца и мислилаца, како савремених тако и старијих. Посебно наших старијих правних писаца која је уграђена у темеље европске правничке баштине, а на жалост у већини случајева код нас запостављена. Како сам аутор каже: "та мисао издваја целу правну науку од пуког вулгарног практицизма и доводи је у везу с највећим цивилизацијским дометима". А то је и посебна вредност хрестоматија.

Систематика Митровићеве хрестоматије обухвата најпре Увод у коме разматра питања теорије државе и права, с

пробраним текстовима Аристотела, Н. Висковића, С. Грета, Канта, С. Јовановића, Келзена, Р. Лукића, Пашуканиса, Б. Перића, Е. Пусића, Радбруха, Стучке, Љ. Тадића, Ђ. Тасића и Хегела. Затим следи део о држави с главама којима су покривени проблеми појма и циља државе, државне власти и државне организације. А потом, део о Праву с главама: Појам права, Правна норма, Правни акт, Правни однос, Примена права, Тумачење права, Систем права и Уставност и законитост. Тиме су готово у потпуности покривени сви главни проблеми теорије државе и права. На почетку сваке главе аутор концизним излагањем уводи читаоца у одговарајућу проблематику, указујући на проблеме и на одговарајућа решења.

Бирајући текстове аутор се углавном одређивао за дела уџбеничког или монографског карактера.

Од 68 писаца, од тога 30 домаћих, чија је мисао презентирана у хрестоматији, Митровић је највише места дао С. Јовановићу, Ђ. Тасићу, Р. Лукићу, Х. Келзену, Н. Висковићу и С. Врачару. Наш је утисак да је требало дати више места Т. Тарановском, Б. С. Марковићу и Чеди Мирковићу. Тако је нпр. Чедо Марковић заступљен само једним текстом из приступног предавања "Правна свест"; занемарена је његова књига "Увод у право уопште" (Београд, 1928). А изузетно богата мисао Ђ. Тасића о праву и држави делимично је осиромашена - највећим делом представљена је у текстовима из трећег издања "Увод у правне науке", занемаривши прво које се сматра најбољим. Запажамо да у књизи нема ниједног текста Глигорија Гершића што представља осетну празнину с обзиром на његово место у развоју наше теоријско правне мисли.

Књига Драгана Митровића корисно ће послужити свима онима који желе да се упознају с изузетно сложеном проблематиком теорије државе и права и као таква треба је поздравити као вредан прилог наше правне књижевности.

Др Слободанка Константиновић Вилић
ванредни професор

ЛИЧНОСТ ПОВРАТНИКА

I

Криминолошка теорија и пракса криминалне политике поклањају посебну пажњу проблему поврата (рецидивизма, повратништва) због тога што је поврат негативна друштвена појава врло тврдокорна и отпорна према свим до сада познатим и примењиваним мерама за спречавање и сузбијање криминалитета. Повећана друштвена опасност поврата у односу на примарни криминалитет огледа се у његовој постојаности, потенцијалној опасности, повезаности са појавама социјалне патологије, криминалној зарази у затворима и групама ван затвора.

Основно питање у криминолошким изучавањима поврата је сазнавање његове узрочности - општих узрока и криминогених фактора који доводе до понављања вршења кривичних дела. Сматра се да је криминогенеза поврата и примарног криминалитета у суштини заједничка (Милутиновић, М. 1976). То значи да на понављање вршења кривичних дела утичу егзогени фактори везани за друштвене околности и утицаје из спољашње средине, као и ендогени фактори - фактори личности повратника. До сада у литератури није изграђена таква концепција етиологије поврата која би представљала опште прихваћено решење. Ипак, створене су неке опште концепције о узроцима поврата као масовне друштвене појаве и појединачног понашања. Према овим концепцијама, узроке поврата треба посматрати на макро и микро плану, кроз деловање материјално економских услова живота, друштвене структуре и неједнакости, постојање различитих социјалних улога и положаја, деловање ужих и ширих друштвених група, неодговарајући пенитенцијарни третман и процес ресоцијализације, утицај затворске заједнице, али и кроз испољавање посебних психолошких процеса и особина личности.

II

Многобројна истраживања поврата потврдила су већ постављену хипотезу да је личност повратника не само неопходан елеменат у сагледавању проблема поврата, већ један од најзначајнијих криминогених фактора поновног вршења кривичних дела. Психолошке особине и карактеристике личности повратника нису одлучујући фактори у јављању криминалног понашања, али свакако имају значај услова, околности која омогућава, олакшава, доприноси његовом испољавању.

Психолошка објашњења узрочности поврата могу се, као и објашњења узрочности примарног криминалитета, груписати око две групе проблема: развој личности до извршења дела и прелазак на дело (Аћимовић, М., 1972). Развој личности зависи од наслеђа, средине, активности појединца, а сам прелазак на дело значи да је личност дошла до одређеног стања (Рот, Н., 1969, Аћимовић, М., 1972). Значајну улогу у јављању поврата имају две психичке особине личности - склоности и навике. Ове две особине личности постоје нарочито код појединих типова повратника, као што су делинквенти из навике, делинквенти по тенденцији, професионални делинквенти и стално осуђивана лица.

Делинквенти из навике почињу са вршењем кривичних дела у раној младости и не пропуштају погодну прилику да изврше кривично дело. Они су друштвено неприлагођене личности код којих се понављањем вршења кривичних дела постепено ствара навика да се криминално понашају. Код ове категорије делинквената навика открива "статичку страну опасног стања, указујући на латентне и перманентне склоности учиниоца за повремено понављање криминалне делатности" (Таховић, Ј., 1961). Делинквенти из навике могу се поделити на праве злочинце - одважне и активне и на делинквенте других особина намењених за споредну улогу. Права "криминална личност" одликује се психолошким цртама као што су егоцентризам, лабилност, агресивност и афективна равнодушност (Пинател, Ж, 1971).

Делинквенти по тенденцији показују склоности и навике да се криминално понашају, али, за разлику од делинквената из навике код којих је криминална склоност више условљена егзогеним (социјалним факторима), код делинквената по тенденцији склоности и навике настају услед ендогених (унутрашњих) фактора. Покретачи криминалних тенденција везују се за елементе конституције, нагона или за биолошке

потребе. Ови биолошко-психолошки услови најчешће су наследни или потичу од рођења, мада могу настати због повреда, болести, инфекција (Гриспињи, 1953). Категорија делинквената по тенденцији приближава се често категорији делинквената психопата. Повратници са криминалним тенденцијама су душевно здрави и способни за свест и хтење, али су аморални, безобзирни, отупелих осећања (Таховић, Ј., 1961).

Код професионалних делинквената "професионалност је посебна врста навике (у смислу истрајности у вршењу кривичних дела) и решености да се вршењем кривичних дела створе средства за живот" (Таховић, Ј., 1961). Професионални делинквенти криминалну активност обављају у виду заната, као своје стално занимање, професију која им обезбеђује средства за егзистенцију и представља извор прихода. Схватајући криминалитет само као начин да се дође до новца, професионални криминалци не осећају грижу савести због извршеног кривичног дела, њихове социјалне вредности су социопатског порекла.

Имајући у виду карактеристику повратника да тешко подносе спољашње притиске и конфликте у својој средини, психоаналитички оријентисани писци извели су закључак да се ради о фрустрираним лицима, да фрустрације потичу из раног детињства, да је код њих снижен праг толеранције на фрустрације, због чега радо прихватају агресију као одбрану. У погледу темперамента, сматра се да су делинквенти који понављају криминалну активност из категорије људи који брзо реагују, осетљиво и афективно, то су лица колеричног и донекле меланхоличног темперамента (Милутиновић, М., 1976).

Према неким анализама психолошких карактеристика личности повратника, повратници показују недовољну истрајност у раду, склони су лаком и површном расположењу, тако да су некад сасвим равнодушни и незаинтересовани, а некада агресивни. Временом врше кривична дела као "рутинску склоност са срачунатим ризиком" и све већом безобзирношћу. Систематски планирају извршење кривичног дела, својим понашањем остављају утисак снажне и отпорне личности посебно опасне. Међутим, та агресивност, безобзирност и бруталност представљају израз слабости саме личности, слабе структуре личности која се продубљује са сваким новим извршеним кривичним делом (Хиндерер, Х., 1974).

На основу испитивања Криминолошке секције при Националном превентивном центру у Италији, закључено је да повратници за разлику од примарних учинилаца показују "слабије стваралаштво, слабију контролу фантазија, висок

степен стереотипности, висок степен истрајности, учесталију појаву дефектних интелектуалних својстава, већу сумњичавост и агресивност прама околини, чешће депресивне сметње и реакције, мањи степен осећања кривице и слабију прогнозу" (Феракути, Ф., 1969).

Истраживања вршена у КПД у Марибору и Игу показала су да су код повратника уочене следеће карактеристике: нижи ниво интелигенције у односу на неосуђивана лица, стереотипност у реаговању, слабији ставови у породичној, здравственој, емоционалној и професионалној прилагођености, као и несразмера између реалних могућности за вођење криминалног живота и вредности користи из кривичних дела која врше.

У многобројним истраживањима рецидивизма констатовано је да велики број повратника има психопатску структуру личности, која доста доприноси њиховом криминалном понашању (Водинелић, В., 1972). Повратници са психопатском (социопатском) структуром личности одликују је посебним манифестацијама понашања и то: у афективној области (импулсивно-експлозиван, насилан, раздражљив, антисоцијалан) и морално етичкој области (асоцијалан, безосећајан-егоист и поводљив). Сем тога, ови делинквенти врше самоповређивање (вешањем, тровањем, резањем, гутањем страних тела) и тетовирање.

Међу вишеструким повратницима могуће је као посебну категорију разликовати "стално осуђивана лица", оне вишеструке повратнике који вршење кривичних дела понављају одмах по изласку из казнено-поправне установе, не показују прилагодљивост животу на слободи, поново врше једно или више кривичних дела и доспевају у исту или другу установу. У установама за извршење казне лишења слободе, које су им временом постале једини дом, проводе знатан део година, почев од малолетства, преко година пуне зрелости и снаге до старости. Карактеристике личности ове категорије повратника, дефинисане на основу истраживања популације вишеструких повратника у установама за извршење казне лишења слободе (Константиновић Вилић, С., 1977), су: безобзирност, егоцентричност, егоизам, агресивност, неистрајност, површност, емоционална незрелост, емоционална нестабилност, слаба Его перцепција, психопатска структура. Наведене карактеристике личности значајно су допринеле сталном вршењу кривичних дела, посебно када се ради о лицима која су понављала вршење имовинских кривичних дела.

С обзиром на број кажњивих радњи међу вишеструким повратницима разликују се "суперкриминалци" (око 10-15% вишеструких повратника) чија се навика за криминалним понашањем испољава у великом броју извршених кажњивих радњи (кривичних дела, прекршаја, престапа). Они не само да се више пута криминално понашају, већ је број кажњивих радњи које они изврше знатно већи него код осталих вишеструких повратника. Имајући у виду податке о броју кажњивих радњи ове категорије вишеструких повратника, дошло се до закључка да је повећање обима савременог криминалитета последица не само повећања броја повратника, већ броја кривичних дела која они изврше (Гасен, Р., 1990).

Посебне карактеристике личности повратника описиване су и код других категорија повратника. (Кудрјавцев. В. И., Зминов В. Е.). Повратници антисоцијалног типа су најопаснији и најактивнији, посебно опасни професионални криминалци који чине 40% укупног броја рецидивиста. Повратници ситуационог типа одликују се променљивим понашањем према друштвеним вредностима, непостојањем одговарајућих моралних принципа и преовлађивањем социјално негативних квалитета над позитивним. Сам карактер престапа тих лица у великој мери зависи од криминогене животне ситуације у којој су се нашли. У општој маси повратника повратници ситуационог типа заступљени су са 30-35%. Повратници асоцијалног типа карактеришу се фактичким "распадом личности", ограниченим интелектуалним способностима, примитивним мотивима, психопатском структуром личности, губитком позитивних социјалних позиција. Њихова способност вршења кривичних дела је огромна и круг дружења ограничен на такође деструктивне личности.

III

У криминолошким изучавањима карактеристике личности повратника посматрају се и у оквиру мотивационе сфере, моралне и правне свести и социјалног положаја. (Кудрјавцев, В. И., Зминов, В. Е.).

Истраживања показују да су код повратника мотиви вршења кривичних дела мање разноврсни него код примарних извршилаца. Доминирајући мотив је мотив користољубља заснован на задовољењу материјалних потреба. Већина повратника води асоцијалан начин живота, иако су у годинама најбоље радне способности (25-44). Они имају негативан став према друштвено корисном раду, живе паразитским начином

живота, а да би задовољили материјални интерес који преовлађује над духовним, понављају вршење кривичних дела. Остали мотиви вршења кривичних дела код повратника су: освета, љубомора, завист, огорченост, афективан бес, утицај других лица, отклањање препрека, сакривање другог преступника. Често прекомерна употреба алкохола доводи до јављања криминалних мотива агресивности и насиља. Истраживања су показала да је извршење већине кривичних дела од стране повратника повезано са постојањем алкохолизма. Страст за алкохолом представља основно обележје личности већине вишеструких повратника, која због тога постаје агресивна, деструктивна и деградирана.

Код повратника је морална свест повезана са измењеним моралним особинама. Она се заснива на доминирању похлепе, егоизма, грамзивости, себичности, освете и зависти. Повратнике одликује несамокритичност, самооправдање онога што су извршили, нада да неће бити откривени и кажњени или да ће успети да избегну кажњавање. Захваљујући доминирајућем егоизму и неприхватању позитивних моралних вредности, већина оних повратника који понављају вршење имовинских кривичних дела сматра своје радње оправданим, а откривање случајним.

Повратнике, који врше кривична дела са елементима насиља, карактерише висока оцена сопствене личности уз подцењивање живота, части и достојанства других лица. Они насиље сматрају одговарајућом и оправданом реакцијом на понашање жртве.

Код саобраћајних делинквената рецидивиста запажене су као доминантне карактеристике личности: инфериорна интелектуална способност, типично младалачки карактер, егоцентризам, агресивност, антисоцијалност, социјална неодговорност (Mc Farland). У америчкој литератури сматра се да највећи број саобраћајних делинквената рецидивиста показује емоционалну неприлагођеност. Возачи склони незгодама - хронични саобраћајни делинквенти, склони су отклањању ауторитета и ограничења, непријатељски се односе према ауторитету и онима који га примењују, нису социјално адаптирани, понашају се на емоционално нестабилан начин, показују тенденцију непостојаности у запослењу, многи игноришу друштвена правила која су им наметнута (Ларсен). Постоји психолошка сличност између хроничних саобраћајних делинквената и делинквената општег типа, јер су асоцијални, имају негативан однос према ауторитету и потребу да "буду важни", док је разлика у томе што је код саобраћајних делинквената рецидивиста потребно мењати ставове и

понашање, а код делинквената општег типа је потребно утицати на промене личности (Шепаровић, З., 1985.).

За разлику од лица која не врше кривична дела и поштују закон, повратници много боље познају законске прописе, али је њихово знање формално и једнострано. У свести повратника постоји неприхватање правног и социјалног значења правних прописа и санкција за њихову повреду. Већина повратника сматра своје понашање правно и друштвено прихватљивим и не плаши се кажњавања. Према једном истраживању (Кудрјавцев, В. И., Зминов, В. Е.) већина испитиваних повратника признала је да су схватили кривичноправни карактер сопствених поступака а 43% о томе уопште нису размишљали. Недостатак правне свести повратника огледа се и у томе што је већина испитиваних повратника (52%) изјавила да су своје циљеве могли да остваре другим, законитим путем, четири пута мање било је оних који су изјавили да је једино било могуће да путем престапа остваре своје намере. Став повратника према кажњавању разликује се зависно од броја осуда и врсте кривичних дела извршених у поврату. Већина повратника са мањим бројем осуда прихвата да је кажњавање праведно, за разлику од повратника који су више пута били осуђивани и који кажњавање сматрају сасвим неоправданим. Праведност кажњавања чешће признају повратници осуђивани за имовински криминалитет за разлику од повратника осуђиваних за криминалитет насиља.

Сем навике и склоности за вршењем кривичних дела, повратници испољавају девијантно понашање што опредељује њихов маргинални социјални положај. Истраживања показују да је обим девијантног понашања повратника два до три пута већи од обима кривичних дела која су извршили. Најчешћи облици девијантног понашања су алкохолизам, наркоманија, беспослицење, сексуалне девијације. Асоцијалност повратника огледа се и у томе што се друже искључиво са лицима сличног девијантног понашања, сличних криминалних биографија, раније осуђиваним и лишаваним слободе, члановима криминалних преступничких група, под чијим утицајем настављају са криминалним понашањем.

Овакав социјални положај повратника одражава се на сферу њихових породичних односа. За већину повратника карактеристично је да не заснивају чврсте породичне везе или ако их заснивају то чине са лицима која имају сличне ставова и понашања. Односи између чланова породице су поремећени, што негативно утиче највише на малолетне чланове породице. Распад породице код повратника је много чешћи него код

примарних извршилаца и повећава се сразмерно порасту броја осуда. Асоцијално понашање повратника у области породичних односа испољава се у томе што они не извршавају своје породичне и родитељске обавезе, насилнички се понашају, физички и психички малтретирају чланове породице најчешће под утицајем алкохолизма, младе чланове породице упућују у занат коцкарских игара, проституцију, алкохолизам, наркоманију и вршење кривичних дела.

IV

Карактеристике личности повратника посматрали смо на узорку од 129 повратника који су се у време истраживања (мај 1995. г.) налазили у Казнено поправном дому у Нишу. Податке смо прикупљали посредним посматрањем - прегледом личних листова или досијеа повратника. Узорак је обухватио повратнике чија је последња осуда била за крвни деликт, а прикупљени подаци су се односили на ранију осуђиваност, број ранијих осуда, узраст, занимање, запосленост, школску спрему, психичке карактеристике личности (интелигенција, емоционална зрелост, емоционална стабилност, неуротичност, екстравертност, интравертност, психопатије), мотиве извршења дела, алкохолисаност у време извршења дела.

Највећи број повратника обухваћених истраживањем извршио је кривично дело убиства (88 или 68,22%), убиства у покушају (17 или 13,18%) и тешке телесне повреде (9 или 6,98%). Неколико повратника је извршило два кривична дела: убиство и покушај убиства (4 или 3,10%), убиство и крађу (1 или 0,77%), тешку телесну повреду и силовање (1 или 0,77%), лаку телесну повреду и тешку телесну повреду (1 или 0,77%) и убиство и силовање (1 или 0,77%). Остали повратници из узорка осуђени су због убиства на мах (2 или 1,55%), убиства из нехата (2 или 1,55%), убиства у прекорачењу нужне одбране (2 или 1,55%) и тешке телесне повреде квалификоване смрћу (1 или 0,77%). Сматрали смо да је овај узорак повратника довољно репрезентативан за утврђивање карактеристика личности повратника, јер се ради о лицима која су извршила најтежа кривична дела нападом на основне вредности - живот и телесни интегритет човека, па је испитивање њихове личности у судском поступку и пеналном третману било свеобухватније од испитивања личности повратника код којих је последња осуда била због имовинског криминалитета или неког другог облика криминалитета. У време истраживања у КПД у Нишу било је 316 повратника, тако да у односу на тај број повратника, није занемарљив проценат повратника осуђених због крвног деликта 40, 85%.

У криминолошкој литератури се наводи да је постојање склоности и навике за вршењем кривичних дела једна од основних карактеристика личности повратника. У циљу утврђивања да ли код повратника у узорку постоје формиране склоности и навике за истим обликом криминалног понашања, упоређивали смо њихово раније и последње криминално понашање. Утврдили смо да је од 129 повратника чија је последња осуда била за крвни деликт, 74 или 57,36% раније извршило крвни деликт или деликт са елементом насиља.

Табела 1.

Раније крим. понашање %	Посл. крим. понашање	Број	пов.
лака телесна повреда (угрож. опасн. оруђем, насил. понашање)	убиство (на свиреп и подм. начин, убиство у покушају)	18	24.32
тешка телесна повреда (силовање, лака телесна повреда, убиство у прекорачењу нужне одбране)	убиство (из ниских побуда, из безобз. освете, убиство у покушају)	12	16.21
силовање (покушај обљубе, малол. лица, обљуба над немоћ. лицем, лака тел. повреда)	убиство (на свиреп и подм. начин, силовање)	9	12.16
убиство у покушају (лака тел. повреда, убиство у покушају, тешка тел. повреда)	убиство (на свиреп и подм. начин, убиство у покушају)	7	9.45
учествовање у тучи (тешка тел. повреда)	убиство (убиство у покушају)	6	8.10
урож. опасним оруђем при тучи или свађи, ургож. сигурности	убиство (убиство у покушају, убиство на мах)	4	5.40
насилничко понашање	убиство (нас. понаш., лака телесна повреда)	3	4.05
убиство (убиство на мах, силовање)	убиство	3	4.05
лака телесна повреда	тешка телесна повреда	3	4.05
разбојништво (тешки случајеви разбој. и разбој. крађе)	убиство (убиство на мах)	2	2.70
тешка тел. повреда	убиство	2	2.70
тешка тел. повреда и силовање	тешка телесна повреда и силовање	2	2.70
тешка телесна повреда	тешка телесна повреда	1	1.35
лака тел. повреда, убиство	тешка телесна повреда	1	1.35
убиство и убиство у покушају	убиство	1	1.35
	Укупно	74	100%

Повратници по правилу имају низак степен образовања, што даље условљава да су без занимања и запослења. Од 129 повратника обухваћених истраживањем без школе или са четири разреда основне школе био је 51 повратник, незапослених или повремено запослених било је 60 повратника а код 54 је констатовано да су неквалификовани радници.

Табела 2.

Занимање	Број	%
НКВ	54	41.86
КВ	28	21.70
Службеник	3	2.32
Маш. инжењер	1	0.77
Земљорадник	29	22.48
Пензионер	14	10.87
Укупно	129	100

Табела 3.

Запосленост	Број	%
Незапослени	24	18.60
Повремено ради	36	21.91
Стално запослени	26	20.15
Били стално запослени	14	10.87
Земљорадници	29	22.48
Укупно	129	100

Табела 4.

Школска спрема	Број	%
Без школе	13	10.08
4 раз. осн. шк.	38	29.46
6 раз. осн. шк.	5	3.87
8 раз. осн. шк.	36	27.91
КВ - занат	27	20.93
Средња шк. спр.	6	4.65
Виша шк. спр.	2	1.55
Војна школа	1	0.77
Нема података	2	1.55
Укупно	129	100

Табела 5.

Узраст	Број	%
До 20 год.	1	0.77
20-24	14	10.87
25-29	19	14.73
30-34	18	13.95
35-39	14	10.87
40-44	19	14.73
45-49	7	5.43
50-54	13	10.08
55-59	4	3.10
60-64	11	8.53
65-69	5	3.86
Преко 70	4	3.10
Укупно	129	100

Подаци о узрасту повратника показују да су најзаступљеније старосне група од 25-29 и 40-44 година. Изненађујуће је велики број повратника до 24 године старости, што показује да су они још у раној младости, као малолетници, почели са криминалним понашањем и да се њихова криминална каријера даље развија.

Од психичких својстава личности повратника једино је интелигенција испитивана у већем броју случајева, док су остале компоненте као што су емоционална зрелост, емоционална стабилност, неуротичност, психопатије и мотиви, испитивани у знатно мањем броју случајева. Може се констатовати да испитивање личности повратника, који су обухваћени пеналним

третманом, није било свеобухватно. Док је у неким случајевима налаз психолога или психијатра био аналитичан са низом потребних података, у већини случајева, сем података о интелигенцији, нема података осталим психичким својствима личности. Како је познавање личности повратника од посебног значаја како за криминалну етиологију тако и за примену третмана и превентивно деловање, непоходно је да психолошке анализе буду много потпуније и детаљније.

Табела 6.

Интелигенција	Број	%
Просечна	60	41.51
Доња граница просека	13	10.08
Ниска - испод просека	33	22.58
Ментална заостал.	8	6.20
Без података	15	11.63
Укупно	129	100

Табела 7.

Емоционална зрелост	Број	%
Потпуна или просечна	25	19.38
Емоционална незрелост	35	27.13
Без података	69	53.49
Укупно	129	100

Табела 8.

Емоционална стабилност	Број	%
Просечна	1	0.77
Емоционална нестабилност	21	16.28
Без података	107	82.95
Укупно	129	100

Табела 9.

Неуротичност	Број	%
Лак степен	9	6.98
Средњи степен	29	22.48
Висок степен	36	27.91
Без података	55	42.63
Укупно	129	100

Према подацима из досијеа повратника, највише је оних са просечном интелигенцијом, више је емоционално незрелих од просечно или потпуно емоционално зрелих, емоционална нестабилност је заступљенија од емоционалне стабилности, висок степен неуротичности постоји код већине повратника, екстравертност је констатована у 8 случајева, интравертност у 9 случајева, а психопатска структура личности запажена је код 42 повратника.

Мотиви криминалног понашања повратника из узорка били су различити, али је најчешћи повод за испољавање криминалног понашања била свађа која је претходила сукобу између извршиоца и жртве.

Табела 10.

Емоционална зрелост	Број	%
Освета	23	17.87
Свађа	29	22.48
Љубомора	11	8.53
Мржња	14	10.85
Користољубље	3	2.32
Одбрана имовине	1	0.77
Освета, мржња, љубомора	1	0.77
Жеља за истицањем	2	1.55
Јака раздраженост	1	0.77
Користољубље, освета, мржња	1	0.77
Без података	43	33.33
Укупно	129	100

Код неких повратника констатовано је да су извршили кривично дело под утицајем алкохола. Таквих повратника било је 39 или 30,23%. Код њих је утврђен лак степен алкохолисаности (5 или 3,87%), средњи степен алкохолисаности (1 или 0,77%), почетна опијеност (1 или 0,77%), алкохолисано стање (19 или 14,73%), токсична алкохолисаност (5 или 3,87%), алкохолизам (1 или 0,77%), повремена употреба алкохола (1 или 0,77%), пијанство са битно смањеном урачунљивошћу (6 или 4,67%).

Неколико случајева из истраживаног узорка повратника показује да су карактеристике личности деловале као значајан ендогени фактор поновљене криминалне активности.

Повратник Н. И. (47 година) раније је два пута био осуђиван за имовински криминалитет, последње дело које је извршио је двоструко убиство. Психијатријско вештачење је показало да није био у стању страха и препасти, да је стање његове свести било без психопатолошких испада и да је урачунљив. Приликом испитивања од стране психолога констатовано је: имао је лоше детињство, мајка ментално заостала, не зна за оца, чувале су га баба и тетка. Васпитно је запуштен, као малолетник од 17 година био је у васпитно-поправном дому због крађе. У средини где је живео наилазио је на подсмех и провокације, тако да је подстицан као агресиван и ратоборан, спреман да се физички обрачунава. У стањима напетости долази до излива гнева и веће агресивности, јер је у нормалним условима ментално површан и недовољно критичан и реалан. У његовом понашању има заосталих схватања и

регресивности, што указује и на примитивни менталитет. У последњем делу које је извршио има осветничког, планираног. Нема трунке кајања и гриже савести, што указује на недоследну и неискрену особу. Постоји висок степен неуротичности са израженим анксиозним, фобичним, депресивним, агресивно-импулсивним и агресивним тенденцијама. Овај налаз указује на тежи конфликт личности, као и на конфликте у социјалној средини. Доминира агресивност и компулсивност, као и неуротичне промене карактера и емоционална лабилност. Емоционална зрелост је на нивоу младалачке зрелости, ради се заправо о емоционално незрелој личности. У емоционалном испољавању има афективности, агресивности, повећане осетљивосри, свадљивости. Толеранција на фрустрације је ниска, реакције вербалне и физичке су интензивне. Доминирају негативне емоције. Свадљив, егоиста, некооперативан, импулсиван, површан, а жели доминацију. По природи личности више интровертан, егоцентрик, није склон ауторитету, недоследан, тврдоглав.

Повратник Ј. Р. (40) раније је покушао да убије оца тако што му је маказама извадио око а последње извршено кривично дело је двоструко убиство - убио је оца и мајку чекићем. Убиству је претходила дуготрајна нетрпељивост коју је испољавао према родитељима, често се са њима свађао и тукао их. Према налазу и мишљењу вештака психијатра у време извршења дела урачунљивост је била смањена, али не битно. У извештају психолога се констатује да се ради о личности код које су изражене менталне сметње услед употребе алкохола и дементних појава. Висок степен неуротичности, доминира инхибиторност, депресивност, агресија, импулсивност, параноидност. Емоционално је незрела личност, склон је агресивним импулсима и то изненада, без разлога. Психички налаз: депресија реактивна. У породици је био нежељен. Није радио, био је терет родитељима, због агресивног понашања у породици је изазивао страх. Жене су га напуштале, деца избегавала, родитељи стрепели, а комшије заобилазиле. Мотив дела је освета према родитељима, али је услов за испољавање његовог криминалног понашања душевна неспособност и немогућност успостављања социјалног контакта.

Вишеструки повратник Р. С. (32 године) имао је раније десет осуда због различитих кривичних дела (имовински криминалитет, насилничко понашање). У КПД је због убиства, телесне повреде, насилничког понашања, угрожавања саобраћаја. Са девијантним понашањем почео од 11 године, живео је у нездравој породичној клими, отац алкохоличар,

малтретирао је породицу, тако да је био препуштен улици. Интелигенција је на нивоу интелектуалне тупости. У извештају психолога даље се наводи: код испитаника је тешко пробити свет апсурда, налази се у таквом стању "ни тамо ни овамо", понављајући неславни период, генезу кроз коју је прошао, са мало наде за боље дане. Арогантан је и груб, бахат у понашању, индиферентан према социјалним нормама, неосетљив, нестабилан у свом владању и понашању. Развио се у веома агресивну личност са ниским нивоом фрустрационе толеранције, реагује брзо и импулсивно. Он је структурирани делинквент са видљивим знацима неуротичности.

Повратник К. Д. (43) био је осуђен због проневере. Осам година после осуде за ово дело, извршио је убиство једног лица и убиство у покушају другог лица у кафани у стању алкохолисаности. У налазу вештака неуропсихијатра констатује се да је постојала битно смањена урачунљивост. Даље се у налазу вештака наводи: атмосфера у кафани била је пријатна и опуштена. Већина људи била је под дејством одређене еуфоричности, као и оштећени који су седели и наручивли песме. Наизглед пријатељски сусрет претворио се у непријатељство и манифестовао агресивно понашање. Типично је примарно агресивно понашање жртве која је била претходно испровоцирана вербалним увредама оптуженог, које су код жртве пробудиле унутрашњу енергију и отклониле инхибицију агресивног понашања. После испровоциране агресије оштећених долази до секундарно агресивног понашања оптуженог као одговор на примарну агресију. Пауза између примарне агресије жртве и секундарне агресије оптуженог била је набијена јаким осећањем унутрашње психичке напетости због осећања немоћи, инфериорности, поражености, увређености, физичке угрожености због задобијених јаких удараца у пределу лица. Алкохолисаност од 1,69 промила у крви у моменту догађаја, пијанство средњег степена, утицало је на уклањање инхибиторних фактора за агресивно понашање. Због свега тога, способност оптуженог да схвати аначај свога дела и управља поступцима биле су смањене до степена битно, јер је оптужени био лишен вољног избора мотива - пружити отпор или одустати.

L'INDIVIDUALITE DU RECIDIVISTE

Résumé

L'individualité du récidiviste est un facteur important de l'étiologie du récidivisme. Les caractéristiques psychologiques et les caractéristiques de la personne du récidiviste ont l'importance de la condition, de la circonstance qui rend possible, qui contribue, qui facilite la répétition du comportement criminel. De nombreuses études des caractéristiques du personnage du récidiviste démontrent que chez la majorité des récidivistes ont été remarqués: le manque de scrupules, l'égoïsme, l'agressivité, l'instabilité émotionnelle et les autres caractéristiques des individus de la structure psychopathologique, ainsi que des habitudes et des inclinations pour le comportement criminel. Les récidivistes ayant commis des délits de sang ou les autres délits avec la pratique de la violence (échantillon étudié de 129 récidivistes) étaient en majeure partie d'un âge entre 25-29 ans et entre 40-44 ans, ils étaient des ouvriers non qualifiés, avec quatre ou huit années de scolarité à l'école primaire, ils avaient travaillé temporairement et possédaient une intelligence médiocre et un haut degré de névrosité.

Др Александар Ђирић
ванредни професор

**ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ И ОРГАНИЗАЦИЈА
МЕЂУНАРОДНОГ АРБИТРАЖНОГ СУДА ПРИ
ТРГОВИНСКО-ИНДУСТРИЈСКОЈ КОМОРИ РУСКЕ
ФЕДЕРАЦИЈЕ**

1. О појму, изворима и органима Арбитражног суда

1.1. Међународни трговински арбитражни суд је самостална институционална арбитражна установа (изабрани суд), која остварује своју делатност при Трговинско-индустријској комори Руске Федерације. Трговинско-индустријска комора утврђује Правилник МТАС, начин обрачунавања арбитражне таксе, ставке за хонораре арбитра и других расхода Суда, указујући и друге видове помоћи у обављању његове делатности. Међутим, целокупан однос Коморе према Суду не утиче на самосталност и независност његовог рада.¹

Седиште МТАС и место одржавања расправа пред овим органом је град Москва. Међутим, рочишта за расправе се могу заказивати и одржавати и у другим местима на територији Русије, о чему је потребна сагласност странака и одобрење Председника МТАС. У таквим ситуацијама сви допунски трошкови падају на терет странака у спору (Параграф 7. Правилника).

Расправе пред МТАС се одвијају на руском језику, а могу бити и на неком од других језика. Уколико странка не влада језиком на коме се организује расправа, МТАС, на молбу странке и о њеном трошку, обезбеђује преводилачке услуге (Пар. 10. Правилника).

Међународни трговински арбитражни суд је правни следбеник Арбитражног суда при Трговинско-индустријској комори СССР-а, који је основан 1932. године, под називом Спољнотрговинска арбитражна комисија.²

¹ Смирнов С, Председник Трговинско-индустријске коморе Руске Федерације, МТАС при ТПП РФ, Москва, 1995, стр. 3.

² Члан 4. Правила о МТАС при ТПП РФ, Приложение и к Закону Российской Федерации в международном коммерческом арбитраже от 7. июля 1993, Но-5338-1

1. 2. Основни извори којима је регулисан статус и начин рада МТАС су: Закон Руске Федерације о међународној трговинској арбитражи од 7.7.1993. године, Но 5338-1; Правила о Међународном трговинском арбитражном суду при Трговинско-индустријској комори Руске Федерације; Правилник о раду Међународног трговинског арбитражног суда при Трговинско-индустријској комори Руске Федерације,³ као и прилог уз Правилник - Правила о арбитражним трошковима и таксама⁴. Важно је нагласити да се норме грађанског процесног законодавства, којима се уређује поступак пред државним судовима, не примењују у поступку пред МТАС.⁵ Међутим, опште процесно законодавство се може примењивати, као суплеторно, код одређивања надлежности арбитраже, као и у поступку извршења арбитражних одлука.

У Преамбули Закона се истиче да је он донет на основама Типског закона Комисије Организације уједињених нација за међународно трговачко право (УНЦИТРАЛ). У Правилник о раду је, са друге стране, уграђено богато искуство стечено кроз вишедеценијску праксу Арбитраже. То ће свакако допринети подизању угледа, ауторитета и стицању поверења у Суд. На тој подлози се очекује још већа заинтересованост партнера из спољнотрговинских послова за уговарање надлежности овог арбитражног органа.⁶

МТАС предузима мере како би се поступак, по могућности, окончао у року који не би требало да прелази период од 180 дана, од дана образовања арбитражног већа.

1. 3. У погледу организације потребно је подвући да овај институционални арбитражни орган има своје колегијалне и инокосне органе.

1. 3. 1. МТАС представља, како у земљи, тако и у иностранству, Председник. Он има два заменика и бира се, као и његови заменици, на период од пет година. Председника и његове заменике бира Пленум лица који се састоји од свих

³Регламент МТАС при ТПП РФ, Москва, 1995, стр. 27-28.).

⁴ Кабатова, В. А, Применимое право, Материали секции права, 33, Москва, 1982. стр. 27. 12. Правилник је ступио на снагу 1.5.1995. године.

⁵ Сви наведени извори су објављени у публикацији Трговинско-индустријске коморе Руске Федерације “Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации”, Москва, 1985. стр. 3-41.

⁶ О томе видети и: Комаров А. С. Председник Међународног трговинског арбитражног суда, Публикација “Международный коммерческий арбитражный суд”, Торгово промьшленниа палата Российской Федерации, Москва, 1995, стр 4.).

арбитра са арбитражне листе. Председник МТАС испуњава функције предвиђене Правилником (учествује у формирању арбитражног већа у конкретном предмету, именује известиоце по предметима арбитражних спорова, износи ставове о прекиду поступка и др.), а његови заменици обављају послове које одређује Председник. Председник, у свом одсуству, одређује једног од заменика који ће вршити функцију Председника (Пар. 3. Правилника).

1.3.2. Председништво МТАС чине: Председник, по дужности; два заменика Председника, по дужности; три члана, која бира Пленум лица са списка арбитра и лице које именује Председник Трговинско-индустријске коморе Руске Федерације. Председник Председништва је Председник МТАС.

Председништво МТАС одлучује о питањима која су предвиђена Правилником, анализира арбитражну праксу, разматра питања о објављивању информација о делатности МТАС, затим о међународним везама МТАС и другим питањима делатности Суда. Састанцима Председништва присуствује и одговорни Секретар МТАС, са правом саветодавног гласа.

Одлуке Председништва се доносе простом већином гласова уз услов да је код гласања учествовало више од половине чланова. Функцију секретара Председништва обавља Одговорни секретар МТАС.

1.3.3. Секретаријат обавља функције које су неопходне за обезбеђење услова за обављање делатности МТАС. Секретаријатом руководи одговорни секретар, кога именује Трговинско-индустријска комора Руске Федерације, уз сагласност Председника МТАС. Секретар има свог заменика. Распоред дужности између њих, као и између других сарадника секретаријата врши Одговорни секретар. Код остваривања функција у вези одржавања расправа пред МТАС, секретар се подчињава Председнику.

1.3.4. Арбитри се бирају или одређују сходно Правилнику, из круга лица која располажу неопходним стручним знањима у области решавања спорова, који су у надлежности МТАС. Трговинско-индустријска комора Руске Федерације, на рок од пет година, утврђује списак арбитра, који је Секретаријат МТАС дужан доставити сваком заинтересованом лицу.⁷ Треба подвући да функцију арбитра могу обављати и лица која се не

⁷ На сада важећој листи арбитра, утврђеној 4.5.1995. године, налази се преко 100 арбитра, угледних стручњака из читавог света. Видети: Списак арбитра МТАС при ТПП РФ, Москва, 1995.

налазе на Списку арбитра (пар. 2. тач. 3. Правилника). Према ранијим правилницима Арбитраже, избор и именовање арбитра било је могуће само са списка, који је утврђивало Председништво Трговинско-индустријске коморе на период од четири године и на коме је било неопходно да се нађе најмање петнаест лица. У стварности су се налазила само лица совјетског држављанства, мада одговарајући правилници, као ни други извори, полазећи од одредби чл. 3. Европске конвенције о спољнотрговинској арбитражи из 1961. године, коју је ратификовао СССР, нису садржали такво изричито ограничење. Такав став праксе образлаган је мишљењем да је ангажовање арбитра-странаца нецелисходно, будући да и без тога Арбитража успешно остварује функцију која јој је поверена. Поред тога, сматрало се да би инострани арбитар иступао не у својству беспристрасног учесника, већ, фактички, као представник странке која га је одредила, што би могло да нанесе штете свуда признатој високој репутацији Арбитраже.⁸

Арбитри нису представници странака и они су у испуњавању својих функција независни и беспристрасни.

1.3.5. У сваком арбитражном предмету, по коме је започета расправа, Председник МТАС именује известиоца, који води записник, присуствује нејавним седницама арбитражног већа и испуњава његове налоге. До образовања арбитражног већа, известилац испуњава налоге Председника МТАС или Одговорног секретара МТАС, који се односе на арбитражни предмет, а обавља и друге функције, утврђене Правилима о известиоцима, која утврђује Председништво МТАС. Известиоци се именују са посебног списка, који утврђује Председништво МТАС, на период од пет година. На Списку известилаца се налазе лица која имају високо правничко образовање и која, по правилу, владају страним језиком (Пар. 5. Правилника).

2. Надлежност МТАС

2.1. Из Закона о међународној трговачкој арбитражи (чл. 1. Закона), Правилника (пар. 1. Правилника) и Правила

⁸ О томе: Поздњаков В. С. Правовое положение Внешторговой арбитражной комиссии. Список арбитров, Материалы секции права, Москва, 1982. стр. 10-11, као и Правила производства дел во внешторговой арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате СССР, Материалы секции права, Москва, 1982. стр. 42.).

(тач. 2.) МТАС, произлази да се на основу сагласности странака, пред МТАС могу износити: спорови из уговорних и других грађанско-правних односа, насталих у реализацији спољно-трговинских и других видова међународне економске сарадње, под условом да је седиште трговачког предузећа, као једног од учесника у спору, у иностранству; међусобни спорови предузећа са иностраним улагањима и међународних удружења и организација, основаних на територији Руске Федерације; спорови међу њиховим оснивачима, као и њихови спорови са другим правним субјектима Руске Федерације.

Законом о арбитражи је изричито речено да сам Закон не утиче на дејство било ког другог закона Руске Федерације, на основу кога се одређени спорови не могу износити пред арбитражу (резервација искључиве надлежности), или могу бити поверени арбитражи само у складу са другим одредбама садржаним у овом Закону (чл. 1. тачка 4. Закона). У истом члану, у тач. 5, Закон садржи једну општу норму, која се може односити и на питање надлежности. Овом нормом се предвиђа да ће се, уколико су међународним уговором Руске Федерације утврђена друга правила од оних која садржи руско законодавство о арбитражи (изабраном суду), примењивати правила међународног уговора.

Спорови поводом грађанско-правних односа, који могу бити предати на решавање МТАС, укључују, поред осталог, односе поводом продаје (испоруке) робе, испуњења послова, пружања услуга, размене роба и/или услуга, превоза терета и путника, трговачког заступања и посредовања, закупа, лизинга, научно-техничке размене, размене другим резултатима стваралачке делатности, затим односе у вези са опремом индустријских и других објеката, лиценцим пословима, инвестицијама, кредитно-рачунским операцијама, осигурањем, заједничким предузетништвом и другим видовима индустријске и предузетничке кооперације.

Потребно је посебно нагласити да спорове у вези са трговачким морепловством и друге поморске спорове решава посебан стални изабрани суд - Морска арбитражна комисија при Трговинско-индустријској комори Руске Федерације⁹.

⁹ Морска арбитражна комисија при Трговинско-индустријској комори је основана 1930. године и у њену надлежност спадају спорови који настају из уговорних и других грађанско-правних односа у вези са трговачким морепловством. Међу њима највећи значај имају они који се тичу спасавања и судара бродова, возарине, поморског превоза робе и путника, поморског осигурања итд. О томе висе: Лебедев С. Н.

Из напред реченог, произлази да МТАС разматра спорове између субјеката трговачког права различитих земаља. То значи да предмет разматрања пред МТАС не могу бити спорови између руских учесника, као и спорови између субјеката из једне исте државе. Међутим, одговарајуће одредбе о надлежности МТАС не искључују из његове надлежности разматрање спорова само између иностраних партнера. У компетенцији МТАС могу бити и спорови у којима се са позиција вјурге гестионист појављује и држава. У ранијој пракси је пред Спољнотрговинском арбитражном комисијом било примера изнетих на решавање поводом насталих спорних правних односа у којима су се у улози странке појављивали државни органи СССР-а, Велике Британије, Индије и Француске¹⁰.

Према Правилнику МТАС, (пар. 1. тач. 3. и 4.) предвиђена су два основа за разматрање и решавање спорова: а) сагласност странака (компромис, или компромисорна клаузула) и б) међународни споразум на основу кога су странке обавезне да свој спор изнесу пред МТАС.

3. Арбитражни споразум

Споразум којим уговорне стране договарају надлежност МТАС мора бити закључен у писаној форми (чл. 7. ст. 2. Закона о МТА). Сматра се да је овом законском услову удовољено уколико се споразум о надлежности налази у документу који су странке потписале, или ако је такав документ резултат размене писама, саопштења телексом, телеграфом, или коришћењем других средстава електровезе, која могу да обезбеде фиксирање таквог споразума. Споразум постоји и уколико дође до подношења тужбе и одговора на тужбу, па једна од странака истиче постојање надлежности, а друга се томе не противи. Позивање у уговору на документ, који садржи арбитражну клаузулу, сматра се арбитражним споразумом, под условом да је уговор закључен у писменој форми, а само позивање је такво да поменутој клаузулу чини делом уговора.

Карактеристично је да ранији Правилник, као и Уредба о СТАК нису садржали било какве одредбе о томе да ли споразум мора бити потписан одвојено од основног уговора, или он може бити и његов саставни део. У пракси је Комисија пуноважним

и Маковскии А. Л, Из практики морској арбитражној комисији, Торгово-промышленни палата, Москва, 1989, стр. 3.

¹⁰ О томе више: Рамзајцев Д. Ф. Внесхоторговий арбитраж в СССР, "Внешторгиздат", Москва, 1957, стр. 11.

сматрала и један и други начин уговарања надлежности¹¹. Ново решење Закона о МТА је озваничило праксу овог органа и истовремено ускладило те одредбе Закона са Конвенцијом о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука из 1958. године (Њујоршка конвенција, видети чл. 2. ст. 2. Конвенције).

Надлежност Арбитражног суда може бити успостављена и позитивним одговором туженика на захтев самог Суда да се изјасни да ли је спреман да се потчини његовој јурисдикцији. Исти значај може имати и саопштење туженика о његовом избору арбитра, као и противљење суштини поднете тужбе¹².

Занимљив је и став арбитражне праксе у вези са питањем о једностраном отказу надлежности Арбитраже за случај постојања споразума о томе. Тако је у једном случају, по тужби совјетске спољнотрговинске фирме, против белгијског предузећа, Арбитража стала на становиште да је захтев туженика о отказивању надлежности посебан вид повреде уговором преузете обавезе.¹³

Препоручујући карактер у вези са уговарањем надлежности имају и арбитражне клаузуле које је Трговинско-индустријска комора СССР-а, односно Русије, као независна друштвена организација, која обједињава руске предузетнике са различитим облицима својине¹⁴, закључила са низом других невладиних иностраних удружења и асоцијација. Познат је Споразум о општим условима испоруке робе између организација СФРЈ и СССР-а сачињен у Москви 1977., који су закључиле Привредна комора Југославије и ТПП СССР-а¹⁵. Овим општим условима се препоручује привредним организацијама две земље да своје међусобне спорне правне

¹¹Кабатов В. А, Компетенција Комиссии, Материалы секции права, Торгово-промышленная палата, СССР, Москва, 1982, стр. 13.). Ново решење Закона о МТАС је озваничило праксу овог органа и истовремено ускладило те одредбе Закона са Конвенцијом о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука из 1958. године (Њујоршка конвенција, видети чл. 2. ст. 2. Конвенције).

¹² Видети: Арбитражна одлука ВТАК, Арбитражная практика, Часть II, Торгово-промышленная палата СССР, Москва, 1972, стр. 49-50.

¹³ Видети: Арбитражная практика, Часть II, Торгово-промышленная палата СССР, Москва, 1972, стр. 35.).

¹⁴ Смирнов С, Председник Трговинско-индустријске коморе Руске Федерације, Международный арбитражный суд при ТПП РФ, Москва, 1995, стр. 3.

¹⁵ Текст Споразума и текст Општих услова објављених на српском језику, "Гласник ПКЈ" од чл. 7. 1977. О томе више: А. Ђирић, Одговорност продавца за испоруку, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 1989. стр. 16-20.)

односе поверавају на решавање спољнотрговинским арбитражним органима при Привредној комори Југославије, односно Трговинско-индустријској комори, чија би се надлежност у сваком конкретном случају уговарала према месту седишта туженика. Слични споразуми о арбитражној клаузули постоје између ТПП и одговарајућих удружења Финске¹⁶, Јапана, Индије, Италије.

Аутономност арбитражне клаузуле у односу на основни уговор се у пракси МТАС традиционално решавало сагласно доктрини и пракси арбитражних органа у свету. То значи да се арбитражни споразум не доводи у зависност од пуноважности одговарајућег основног текста уговора. О тој чињеници су се недвосмислено на исти начин изјашњавали не само домаћи, већ и инострани теоретичари, тврдећи да је совјетска и руска теорија и пракса увек полазила од принципа “аутономије арбитражне клаузуле”.¹⁷ Иначе, пуноважност уговора и пуноважност у њему садржане арбитражне клаузуле се цени према различитим критеријумима.

Код решавања питања пуноважности арбитражног споразума, МТАС примењује закон Руске Федерације, што произлази и из Европске конвенције о спољнотрговинској арбитражи (чл. 6. ст. 2. Конвенције), којој је приступила и Руска Федерација преко СССР-а.¹⁸

У пракси МТАС, а такође и у теоријским расправама, се не ретко постављао и проблем “компетенције компетенције”, односно права арбитражног суда да сам доноси одлуке о питању своје надлежности за случај да њу оспорава нека од странака у спору. С тим у вези је и у пракси и у теорији, од самог почетка делатности Арбитраже, заузимао становиште о обавезујућем карактеру арбитражног споразума. Принцип “компетенције-компетенције” се тумачи не као право, већ као дужност арбитра, који не само да могу, већ су и обавезни да сами реше питање које се тиче њихове надлежности. Уколико арбитраи закључе да је приговор на њихову надлежност неоснован, они ће приступити решавању предмета спора у меритуму.¹⁹ Овакав

¹⁶ Према тач. 16.1.2 Споразума са Финском, надлежност арбитраже се одређује према седишту продавца.

¹⁷ О томе: Fabro S, *Aspeti del sistema di arbitrato per il commercio estero esistente nell'Unione Sovietica*, *Rasegna del Arbitrato*, 1969, No-4, str. 125, 153.

¹⁸ Видети: Ведомости Верховного Совета СССР-а, 1964, бр. 44, стр. 485. Исти принцип постоји и у чл. 5. Њујоршке конвенције из 1958. године.

¹⁹ Овај став је, у име СТАК, био изнет у реферату за Радну групу Европске економске комисије ОУН у коме је истакнуто схватање да

недвосмислен став током дугогодишње праксе у раду МТАС је резултирао изричитом одредбом параграфа 1. ст. 5. важећег Правилника, којом се истиче да се питање надлежности МТАС у конкретном предмету, решава од стране арбитражног већа које одлучује у спору. При томе се арбитражна клаузула, која представља део уговора, тумачи као споразум који је независан од других услова уговора. Одлука МТАС о томе да је уговор ништав, сама по себи, не значи неважност арбитражне клаузуле.

МТАС има право да донесе посебну одлуку о питању надлежности, било пре разматрања спора у меритуму, било да се о њему изјасни у одлуци о решењу суштине спора (Пар. 1. ст. 5. тач. 2. Правилника).

4. Међународни споразуми

Међународни споразуми такође представљају правне основе из којих произлази надлежност МТАС за решавање трговинских спорова.

У периоду постојања Савета за узајамну економску помоћ, посебно важан споразум је, у том смислу, била Конвенција о арбитражном начину решавања грађанско-правних спорова насталих у односима привредне и научно-техничке сарадње између привредних организација земаља-чланица СЕВ-а, која је донета у Москви 1972. године (Московска конвенција 1972.).²⁰ На основу Московске конвенције је већина спорова између привредних организација земаља-чланица СЕВ-а (уз три изузетка од обавезне јурисдикције), била решавана пред спољнотрговинским арбитражним органом при трговинско-индустријској комори туженика.²¹ Сагласно чл. 1. Московске конвенције, спорови који подлежу арбитражном начину решавања су искључени из надлежности државних судова. Државни суд земље учеснице Конвенције је, за случај да добије тужбу по спору који је обухваћен Конвенцијом, био дужан да се одрекне њеног

институционална арбитража, односно арбитражно веће, или арбитар појединац, сами одлучују о питањима сопствене надлежности: TRADE/WPI/13, од 2.10. 1956. Више о овоме: Лебедев С.Н, Международный коммерческий арбитраж: Компетенция арбитров и соглашение сторон, Торгово-промышленная палата, Москва, 1988, стр. 123.

²⁰ О томе више видети: Лебедев С. Н. Мезхдународное сотрудничество в области коммерческого арбитража, Москва 1980, стр. 3-58.

²¹ О томе више: Лебедев С. Н, оп. цит. стр. 20.

решавања по службеној дужности, независно од захтева било које стране. Данас, после радикалних промена и распада Савета за узајамну економску помоћ и СССР-а, постоје одређени проблеми у вези са непризнавањем већ заснованих надлежности одређених арбитражних органа по основу Московске конвенције од стране привредних организација са територија новонасталих независних држава. У неким од тих држава се истиче да оне немају државно-правни континуитет са државом у чијем су се саставу раније налазиле, као и чињеницу да никада нису потписале ни ратификовале поменуту Конвенцију²².

Руска Федерација је, као следбеник СССР-а, учесник Њујоршке конвенције из 1958. године, као и већег броја других мултилатералних и билатералних међународних споразума. Њима се такође на одговарајући начин посебно решава и питање сукоба надлежности арбитраже и државног суда. Чланом 2. ст. 3, Њујоршка конвенција обавезује суд државе уговорнице, коме је поднет спор на решавање и у вези са којим су странке закључиле споразум о арбитражном начину његовог решавања, да на захтев једног од учесника у спору, упути странке на арбитражу, осим уколико утврди да је такав споразум престао бити пуноважан, да је без дејства, или га је немогуће применити.

Уколико међународним споразумом није регулисано питање позитивног сукоба надлежности између суда и арбитраже, оно ће се решавати применом процесног законодавства земље суда.²³

²² О томе као и о другим питањима сарадње (признање и извршење одлука) арбитражних органа земаља Заједнице Независних Држава, земаља Централне и Источне Европе, расправљано је на Првом сусрету експерата у области арбитражне праксе ових држава, одржаном у Москви 21. новембра 1995. године. У напред поменутом смислу су запажене дискусије поднели А. С. Комаров, председник МТАС Руске Федерације, М. Г. Розенберг, арбитар МТАС РФ, И. Г. Побирцхенко, председник МТАС при Трговинско-индустријској комори Украјине, Н. Г. Јуркевич, председник Међународног арбитражног суда при Трговинској комори Белорусије. Овом сусрету је присуствовала и учествовала у његовом раду, са рефератима, и делегација Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије, коју је предводио њен председник, М. Васиљевић.

²³ У вези са тим: Лунц Л. А. - Марисхева Н. И, *Международний гражданский процес*, Москва, 1976. стр. 13.). Руска Федерација је донела нове нормативне изворе у области унутрашњег привредног процесног законодавства, који имају само унутрашњу примену и од којих су посебно значајни следећи: Закон о арбитражном суду од 4.7.1991, Ведомости Верховного Совета РФ, 1991, Но-30, са изменама и

На исти начин ће ово питање бити решавано и у односима између привредних субјеката Руске Федерације и учесника у трговинским пословима из држава које нису потписнице одговарајућих међународних конвенција.

5. Најважнији реквизити МТАС

5. 1. Текст арбитражне клаузуле

МТАС препоручује следећи текст арбитражне клаузуле: Сви спорови, неспоразуми или захтеви, који проистекну из уговора (споразума), или који су у вези са њим, укључујући и његово извршење, повреду, престанак или неважност, подлежу решавању пред Међународним трговинским арбитражним судом при Трговинско-индустријској комори Руске Федерације, сагласно његовом Правилнику.

5. 2. Адреса МТАС:

Москва, ул. Илинка, 6; Тел. (095)/929-00-91; Факс: (095)/929-01-94;

5. 3. Валутни рачун у УСА \$:

"Елим Банк", Но-07004003; адреса Банке: Москва, Краснопресненская набережная, дом, 12.

допунама од 24.6.1992, Ведомости Верховного Совета РФ, 1992, Но-34; Кодекс о Арбитражном поступку од 5.3.1992, Ведомости Верховного Совета, 1992, Но-16, са изменама и допунама од 7.7.1993, Ведомости Верховного Совета РФ, 1993, Но-32. Одређени значај има и Закон о стечају предузећа, који је донет 19.11.1992, (Ведомости Верховного Совета, Но-1/1993.), као и посебна привремена Правила о изабраном суду за решавање привредних спорова, донета Уредбом Врховног Савета Руске Федерације 24.6.1992.

POSITION JURIDIQUE ET L'ORGANISATION DE TRIBUNAL INTERNATIONAL D'ARBITRAGE DE COMMERCE AUPRES DE LA CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE LA FEDERATION RUSSE

Résumé

Dans son travail l'auteur part de l'importance du Tribunal international d'arbitrage de commerce auprès de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération russe comme institution qui a une tradition de plus de soixante années.

Une tradition particulière est consacrée à la définition de la notion-même du Tribunal, aux sources des droits qui s'appliquent à son travail ainsi que des organes par l'intermédiaire desquels il fonctionne.

Une place importante s'attribue à la Loi de la Fédération russe sur l'arbitrage international de commerce, adoptée le 7 juillet 1993 d'après la Loi-modèle de la Commission de l'Organisation des Nations Unies pour le Droit international de commerce (UNCITRAL).

Au point de vue compétences on souligne que celle-ci s'instaure à la base de l'accord mutuel des parties. On constate que devant TIAC peuvent être déposés: des différends dans des relations contractuelles et autres relations juridiques civiles, issues au cours de la réalisation de la coopération économique dans le commerce international et autre genres de coopérations, à condition que le siège de l'entreprise commerciale, en tant que partie dans le différend, soit à l'étranger; les différends mutuels des entreprises avec des investissements étrangers de même que des associations et des organisations internationales, fondées sur le territoire de la Fédération russe, les différends entre leurs fondateurs, ainsi que les différends de ceux-ci avec d'autres sujets juridiques de la Fédération russe.

On a élaboré d'une façon particulière la question de la fondation des compétences, avec la citation de certaines spécificités liées avec le contrat d'arbitrage ainsi que la question de la "compétence des compétences".

A la fin du travail on donne des accessoires correspondants du Tribunal d'arbitrage, avec le texte du clause d'arbitrage.

Др Зоран Радивојевић
ванредни професор

ПРАВНИ СТАТУС И ЧЛАНСТВО СР ЈУГОСЛАВИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ ЗА ЦИВИЛНО ВАЗДУХОПЛОВСТВО

I Уводне напомене

Територијалне промене изазване отцепљењем четири бивше југословенске републике и њихово међународно признање отворили су проблем правног положаја и чланства СР Југославије у међународним организацијама. Посебну политичку тежину том проблему дало је Мишљење б. 9 Арбитражне комисије Конференције о Југославији (тзв. Бадентерова комисија), према коме чланство СФРЈ у међународним организацијама мора престати у складу са њиховим статутима, те зато ниједна држава наследница не може само за себе да присвоји чланска права која је уживала бивша СФРЈ.¹

Мишљења Бадентерове комисије утицала су у знатној мери на став главних политичких органа Уједињених нација у погледу статуса и чланства СР Југославије у овој организацији. Она су своју званичну потврду добила у одлукама о пријему Словеније, Хрватске, Босне и Херцеговине и Македоније у чланство Уједињених нација. С друге стране, Савет безбедности је у резолуцији 757 заузео став да захтев две преостале републике - Србије и Црне Горе - удружене у СР Југославију за настављање чланства некадашње СФРЈ у Уједињеним нацијама није опште прихваћен. Новом резолуцијом Савета безбедности 777 констатује се да бивша СФРЈ као оснивач и члан Уједињених нација више не постоји, па СР Југославија (Србија и Црна Гора) не може аутоматски наставити њено чланство, већ треба да затражи пријем у Уједињене нације. Генерална скупштина је резолуцијом 47/1 усвојила ову препоруку Савета безбедности и одлучила да представници СР Југославије не могу учествовати у раду овог органа Уједињених нација.² Свакој од

¹ За текстове мишљења: Међународна политика бр.1001 од 01.02.1992. и бр. 1005-6 од 01.06.-01.07.1992. Ближе о томе: М. Милојевић, Мишљење Арбитражне комисије о Југославији, *Анали Правног факултета у Београду*, 1993, бр. 5, стр.559-583.

² Текстови ових одлука могу се наћи у збирци "Резолуције Савета безбедности о кризи у бившој Југославији, Међународна политика,

специјализованих агенција УН препоручено је да покрене исто питање и донесе одлуку о евентуалном неучествовању југословенских представника у њеном раду.³

Међународна организација за цивилно ваздухопловство (International Civil Aviation Organization - даље: ИСАО) одазвала се међу првима специјализованим установама овој препоруци Генералне скупштине. На трећој пленарној седници 29. заседања Скупштине покренуто је питање статуса СР Југославије у ИСАО на основу извештаја Комитета за пуномоћја. Одлучујући печат овој расправи дао је нацрт резолуције који је предложила делегација САД да СР Југославија (Србија и Црна Гора) треба да затраже пријем у чланство ИСАО сагласно Глави XXI Чикашке конвенције.⁴ Током даље расправе која се о овом питању водила на трећој и седмој пленарној седници искристалисала су се углавном два опречна става. Већи број држава заступао је становиште да СР Југославија није овлашћена да заузме место СФРЈ у међународним организацијама, укључујући ИСАО, већ мора да се подвргне процедури поновног пријема у чланство.⁵ Према другом, мањинском мишљењу, приликом решавања статуса СР Југославије мора се поштовати, процедура и одредбе Чикашке конвенције, пошто се ради о суштински правном проблему. Евентуално прихватање нацрта резолуције САД значило би стварање опасног политичког преседана у овој области који може имати значајан утицај на тумачење Чикашке конвенције и будуће чланство у ИСАО.⁶

Правни факултет, Факултет политичких наука, Београд 1994. Детаљно о овом питању: З. Радивојевић, Међународни положај СР Југославије у Организацији уједињених нација, Страни правни живот, 1995, бр. 2, стр. 5-12.

³ Учешће СР Југославије у раду специјализованих агенција решено је на различите начине, почевши од суспензије или потпуног искључења, преко неучествовања у раду главних органа уз обавезу да поднесе молбу за учлањење, па све до неформалних аранжмана о учешћу у својству посматрача или непријављивања учешћа на састанцима. Ближе о томе: Југословенски преглед, 1993, бр. 3, стр. 103-109.

⁴ Doc. A/29-Wp/125 and Addendum no 1.

⁵ У овом смислу делегација САД, В. Британије, Словеније, Хрватске, Алжира, Аустрије, Бангладеша, Канаде, Костарике, Египта, Гвинеје, Бисао, Марока, Пакистана, Турске, Саудијске Арабије, Туниса, Јемена, Француске, Боливије, Чешкословачке, Ел Салвадора, Доминиканске Републике, Естоније, Хондураса, Кувајта, Панаме, Сијере Леоне, Судана, Аргентине, Кипра, Јордана, Либана и Перуа.

⁶ Видети ставове представника Југославије, Јамајке, Мексика и Зимбабвеа: Doc. A/29-Min. P/4 and P/7, pp.53, 94-96

После интервенције делегације САД да се у нацрту речи вдок она не стекне чланствог замене речима втако да она неће учествовати у раду ИСАО” Скупштина је на седмој пленарној седници усвојила резолуцију А 29-2 која гласи:

"Скупштина имајући у виду резолуцију Савета безбедности УН 777 (1992) од 19.09.1992. и резолуцију Генералне скупштине УН 47/1 од 22.09.1992;

1. Сматра да СР Југославија (Србија и Црна Гора) на може аутоматски да настави чланство бивше СФРЈ у ИСАО; и зато 2. Одлучује да СР Југославија (Србија и Црна Гора) треба да затражи пријем у чланство ИСАО сагласно Глави XXI Чикашке конвенције о међународном цивилном ваздухопловству и да она неће учествовати у раду ИСАО".⁷

У светлу наведене резолуције поставља се неколико питања. Најпре, потребно је одредити њено место и правну ваљаност у систему санкција за неизвршење или кршење обавеза чланица ИСАО. Друго питање своди се на оцену правних последица усвајања резолуције А 29-2/. И коначно, поставља се питање решавања статуса СР Југославије у ИСАО *de lege ferenda*.

II Место резолуције А 29-2 у систему санкција због неизвршења или повреде чланских обавеза и њена правна ваљаност

За случај неизвршења или кршења чланских обавеза Чикашка конвенција предвиђа могућност примене две врсте санкција: искључење и суспензију.

Искључење из чланства ИСАО представља крајњу меру којој се прибегава у случају нератификовања амандмана или по препоруци Уједињених нација. Искључење због нератификовања амандмана предвиђено је чл. 94 (б) Чикашке конвенције који гласи: "Скупштина ИСАО у резолуцији којом препоручује усвајање амандмана на Чикашку конвенцију може предвидети да свака држава која у одређеном року по ступању на снагу не ратификује амандман престаје да буде чланица Организације и страна уговорница Конвенције". Ова мера предузима се само у случају када је "по мишљењу Скупштине амандман таквог карактера да оправда постанак чланства, што практично значи да код искључења због нератификовања

⁷Резолуција је усвојена са 101 гласом взаг, 3 впротивг (Зимбабве, Замбија и Југославија) и 35 вуздржаихг; Дос. А/29-Min.P/7; р.97.

амандмана нема аутоматизма". Иначе, одредба чл. 94 (б) није до сада примењена у ИСАО.⁸

Искључење по препоруци Уједињених нација није било предвиђено у првобитном тексту Чикашке конвенције, већ је та санкција уведена усвајањем амандмана који је постао чл. 93 bis Конвенције. Према овом члану до искључења из чланства ИСАО долази аутоматски у два случаја:

а) када Генерална скупштина УН препоручи да влада државе чланица буде искључена из међународних агенција створених или повезаних са УН;

б) када држава буде искључена из чланства УН, осим ако Генерална скупштина приликом доношења одлуке о искључењу не препоручи нешто друго.⁹

Суспензија чланских права је блажа санкција за неизвршење обавеза које проистичу из чланства ИСАО. Постоје три основа за изрицање ове мере: неизвршење финансијских обавеза, неиспуњавање обавеза у погледу решавања спорова и захтев Уједињених нација.

Према чл. 62 Чикашке конвенције Скупштина је овлашћена да држави чланици суспендује право гласа у Савету и Скупштини због неизвршавања финансијских обавеза према организацији. На основу чл. 88 Скупштина може суспендовати право гласа у Савету и Скупштини држави која није поштовала одредбе Главе XVIII Конвенције (чл. 84-88) које предвиђају решавање спорова држава уговорница у погледу примене или тумачења Конвенције. У смислу чл. 93 bis (с) државама чланицама којима су суспендована чланска права и привилегије у Уједињеним нацијама могу, на захтев УН бити суспендована чланска права и привилегије у ИСАО.¹⁰

Имајући у виду наведене одредбе Чикашке конвенције, чини се *prima facie* да је резолуција А 29-2 по форми слична са искључењем из чланства ИСАО по препоруци УН, док по суштини доста подсећа на суспензију чланских права изречену на захтев УН.

Сличност са искључењем огледа се у последицама које донета резолуција има у погледу даљег чланства СР Југославије у ИСАО. Искључена држава, наиме може се вратити у чланство

⁸ T. Burgenthal, *Law-Making in the ICAO*, Syracuse UN Press, 1969, p. 39.

⁹ ICAO Doc.4411 (A 1-P/45), 1947. Члан 93 бис ступио је на снагу 20.03.1961.

¹⁰ ICAO Doc.C-WP/3924, Appendix B, 1964. Ближе о томе: T. Burgenthal, *op.cit.*, pp. 46-54.

ИСАО само уз пристанак Скупштине и уколико њену молбу за пријем прихвати већина у Савету. У резолуцији А 29-2 управо је предвиђено такво решење, јер је Скупштина одлучила да СР Југославија (Србија и Црна Гора) треба да затраже пријем у чланство ИСАО сагласно Глави XXI Чикашке конвенције.

Међутим, постоје аргументи који показују да је било каква сличност са искључењем по препоруци УН из чл. 93 bis само привидна. Очито је да Скупштина ИСАО није имала намеру да СР Југославију искључи из чланства Организације, јер то нису учинили нити од ИСАО захтевали ни Генерална скупштина ни Савет безбедности УН. Да су хтели прибећи искључењу они су морали да претходно признају континуитет између СФРЈ и СР Југославије, будући да се из чланства УН и ИСАО не може искључити држава која не постоји.¹¹ Уместо тога, Скупштина ИСАО се задовољила констатацијом да СР Југославија не може аутоматски наставити чланство бивше СФРЈ у Организацији.

Пошто је извесно да се на случај СР Југославије не може применити одредба чл. 93 bis, занимљиво је осврнути се на искуство ИСАО у случају распада Чехословачке федерације. Ова држава је обавестила ИСАО о престанку федерације са 31. децембром 1992. године и на основу трилатералног споразума затражила да Република Чешка настави вршење чланских права у ИСАО и свих права и обавеза из Конвенције, док ће Република Словачка затражити пријем у чланство.¹² Међутим, ове државе су посебно примљене у чланство УН¹³, па је после консултација секретаријата специјализованих агенција заузет став да ниједна од ранијих република не може аутоматски наставити чланство Чехословачке у агенцијама. Сагласно томе, ове државе су примљене у чланство ИСАО као нове чланице после приступања Чикашкој конвенцији.

Чини се да је резолуција А 29-2 по својој садржини и дometу ипак најближа суспензији чланских права из става с) чл. 93 bis Чикашке конвенције. Основна сврха изречене мере састојала се у ускраћивању могућности утицаја на рад Организације кроз забрану учествовања представника СР

¹¹ Више о томе: З. Радивојевић, *Yugoslav Crisis and United Nations Decisions - The International Legal Nature of the Decision on the Non-Participation of the Representatives of the FR of Yugoslavia in the UN*, *Review of International Affairs*, 1995, No 1028-1031, p. 5.

¹² Видети писма Чехословачке од 17.12.1992, Републике Чешке од 15.12.1992. и Републике Словачке од 12.12.1992; Дос.АК/339 Е,1/1 16, 28 January 1993.

¹³ резолуције Генералне скупштине 2/47/2 и А/47/222.

Југославије у расправљању и одлучивању у главним и помоћним телима, а предмет суспензије на захтев УН чине управо права представљања и гласања у органима ИСАО. Приликом доношења ове резолуције примењена је процедура веома слична оној коју предвиђа чл. 93 bis c): она је изречена чланици којој је претходно Генерална скупштина забранила учешће у раду органа УН, док је сама резолуција донета великом већином гласова у Скупштини ИСАО.

Међутим, тумачењу да се овде ради о суспензији супротставља се околност да се органи УН у својим резолуцијама нису ни на једном месту позвали на суспензију чланских права и привилегија из чл. 5 Повеље, а таква одлука је у смислу чл. 93 bis c) битна претпоставка за суспензију чланских права у ИСАО. Као и у претходном случају, то је последица неспремности већине чланица УН и ИСАО да признају континуитет између СФРЈ и СР Југославије.

На основу свега реченог, може се тврдити да у Чикашкој конвенцији нема одредбе која би представљала правни основ за доношење резолуције А 92-2. Ова одлука је својеврсно компромисно решење политичког карактера без преседана у предшњем раду ИСАО. Уместо да се у решавању правног статуса и чланства СР Југославије ослони на постојеће одредбе Чикашке конвенције, Скупштина ИСАО определила се за доношење неуставне резолуције, избегавајући на тај начин примену искључења или суспензије, због одбијања већине држава чланица да признају континуитет чланства СР Југославије.

III Правне последице резолуције А 29-2

Судећи само по тексту резолуције А 29-2, две су основне правне последице њеног усвајања у погледу правног положаја СР Југославије у ИСАО: оспоравање континуитета чланства са бившом СФРЈ и забрана учешћа југословенских представника у раду органа ове организације.

Непризнавање континуитета између СФРЈ и СРЈ у ИСАО логична је последица става претходно усвојеног у Организацији уједињених нација. Почетак оспоравања континуитета везује се за резолуцију Савета безбедности 757 (1992) у којој се констатује да "захтев СР Југославије (Србија и Црна Гора) да аутоматски настави чланство некадашње СФРЈ није општеприхваћен". Новом резолуцијом Савета безбедности 777 (1992) констатује се да бивша СФРЈ као оснивач и члан УН више не постоји, па СР Југославија не може аутоматски

наставити њено чланство, већ треба да затражи пријем у чланство УН. Последњи став прихватила је и Генерална скупштина у резолуцији 47/1.

Током дискусије на 29 заседању Скупштине ИСАО државе које су оспоравале континуитет чланства СРЈ позивале су се углавном на наведене одлуке Савета безбедности и Генералне скупштине. Тако је делегација САД у потпуности подржала резолуцију УН износећи став да је држава раније позната као СФРЈ престала да постоји. Доследно томе, Србија и Црна Гора не могу се сматрати као њен продужетак или једини наследник, нити су овлашћење да заузму њено место у Скупштини ИСАО.¹⁴ У истом смислу изјасниле су се делегације већег броја држава¹⁵, па је у ставу 1 резолуције А 29-2 константовано да вСР Југославија (Србија и Црна Гора) не може аутоматски наставити чланство бивше СФРЈ у ИСАОг.

Друга последица резолуције састоји се у забрани учешћа представника СР Југославије у раду ИСАО. Иако је ова одлука очито инспирисана резолуцијом Генералне скупштине 47/1, треба приметити да између њих постоје одређене разлике у погледу домашаја. Наиме, резолуција 47/1 не односи се на све органе УН, већ се представницима СРЈ не дозвољава учешће само у раду Генералне скупштине и њених помоћних органа и тела.¹⁶ Насупрот томе, резолуција А 29-2 односи се на неучествовање у раду свих органа ИСАО, па је она по домашају много шира од резолуције 47/1.

После изрицања забране учешћа СРЈ у ИСАО уследила су објашњења функционера ове Организације о имплементацији донете одлуке. Посебно је занимљиво писмо председника Савета ИСАО упућено 10. децембра 1992. године представницама држава у овом органу. Том приликом изричито је речено да након усвајања резолуције А 29-2 СР Југославија (Србија и Црна Гора) има статус државе која није уговорница (non-contracting State of ICAO) Организације.¹⁷

Треба, међутим приметити да Чикашка конвенција не предвиђа статус државе неуговорнице нити је у наведеним

¹⁴ ICAO Doc. A 29-Min. P/4, pp.52-53

¹⁵ Словенија, В.Британија, Француска, Хрватска, Алжир, Аустрија, Канада, Бангладеш, Египат, Чехословачка, Кувајт, Никарагва, Панама, Судан, Аргентина, Кипар, Либан, Перу и други.

¹⁶ Тек новом резолуцијом Генералне скупштине 47/229 забрана учешћа проширена је на Економски и социјални савет и његова помоћна тела.

¹⁷ Видети: Memorandum PRES АК/335 од 17.12.1992 и писмо председника Савета ИСАО од 05.02.1993.

документима речено шта се подразумева под статусом државе неуговорнице. Нешто више светлости на то питање баца писмо регионалног представника ИСАО за Европу и Северни Атлантук од 15. децембра 1992. године. Према његовом објашњењу, статус државе неуговорнице регулисан је одређеним одредбама које дозвољавају уобичајену кореспонденцију и везе између СР Југославије и ИСАО. У том смислу регионални представник може да одржава узајамне контакте са Југославијом у интересу међународног цивилног ваздухопловства.¹⁸

Други званични документ у коме се помиње статус државе неуговорнице је Пословник о раду Скупштине ИСАО. Према чл. 5 Пословника државе неуговорнице које Савет или Скупштина уредно позову да присуствују заседању Скупштине могу да представљају посматрачи. Уколико се делегација састоји од два или више посматрача, један од њих биће именован за шефа посматрача.¹⁹ Позивајући се на ову одредбу Пословника, генерелни секретар ИСАО упутио јепозив влади СРЈ да присуствује 31. заседању скупштине ИСАО.

Имајући у виду одредбе Пословника, може се сматрати да је после усвајања резолуције А 29-2 СР Југославији забрањено учешће у раду Скупштине у својству државе уговорнице, те да она не може да упуги на заседање своју делегацију. Уместо тога, СР Југославија се третира као држава неуговорница коју на заседању Скупштине представљају посматрачи.

IV Статус СР Југославије у ИСАО и могућа решења *de lege ferenda*

Будући статус СР Југославије у ИСАО може се решавати на три начина. Први од њих предвиђен је резолуцијом А 29-2, други се заснива на одговарајућом одредбама Чикашке конвенције, док је трећи више теоријска могућност до сада непримењена у пракси ИСАО. Који ће од ових начина бити прихваћен зависи у крајњој линији од претходног решавања питања континуитета чланства између СФРЈ и СРЈ у ИСАО.

Решење садржано у резолуцији полази од претпоставке о непостојању континуитета чланства СР Југославије. Према ставу 2 резолуције "СР Југославија треба да затражи пријем у чланство ИСАО сагласно Глави XXI Чикашке конвенцијег.

¹⁸ ICAO Doc. 04/5 20-119, 15 Децембер 1992.

¹⁹ Doc.7600/5, Standing Rules of Procedure of the Assembly of the ICAO, 1990, p.2.

Такво решење проишло је из одбијања већине у Скупштини ИСАО да СРЈ прихвати као ексклузивног сукцесора СФРЈ. У расправи је преовладало становиште да СР Југославија, као и отцепљене републике, представља нову државу која се мора подврћи процедури пријема у чланство ИСАО.

Ближе тумачење решења из резолуције А 29-2 дато је у раније поменутих писмима председника Савета ИСАО. Према том објашњењу, садашњи статус СР Југославије као државе неуговорнице биће окончан када она приступи Чикашкој конвенцији о међународном цивилном ваздухопловству сагласно чл. 92 ове Конвенције.²⁰ Практично то значи да СР Југославија мора да инструмент о приступању Конвенцији депонује код владе САД и тек након тога може да стекне пуноправни члански статус у ИСАО.

Друго могуће решење будућег статуса СР Југославије ослања се на одредбе Чикашке конвенције о враћању чланство искључене државе. Оно се, наравно, може применити само под условом да се резолуција А 29-2 оквалификује као искључење из чланства по препоруци УН. Према чл. 93 bis Конвенције држава може бити поново примљена у чланство ИСАО уз пристанак Генералне скупштине УН и уколико је њену молбу за пријем прихватила већина у Савету. У овом случају континуитет СР Југославије као стране уговорнице Чикашке конвенције не би био споран, али се као и код првог решења, мора поднети молба за пријем у чланство.

Поред наведених решења, теоријски постоји још један начин регулисања будућег статуса СР Југославије. Претпоставка за његову примену је да се резолуција А 29-2 третира као *de facto* суспензија чланских права на захтев УН из чл. 93 bis c) Чикашке конвенције. Пошто Конвенција не предвиђа поступак и начин укидања суспензије, враћање суспендованих права у ИСАО може да уследи у два случаја:

а) када Савет безбедности успостави чланска права у УН у смислу чл. 5 Повеље; и

б) када Генерална скупштина опозове свој ранији захтев ИСАО за суспензију чланских права.²¹

Посматрано са становишта интереса СР Југославије, чини се да је трећи начин или пут решавања будућег статуса у ИСАО има бројне предности. На првом месту, укидањем суспензије био би очуван континуитет између СФРЈ и СР

²⁰ Memorandum PRESS AK/332, 10 December 1992, p.2.

²¹ За текст ових чланова: Међународни уговори Југославије, свеска бр.15, 1954, стр. 24-25

Југославије у овој Организацији. Друго, СР Југославија би задржала статус стране уговорнице Чикашке конвенције о цивилном ваздухопловству, те не би била у обавези да поново приступа овој Конвенцији. И треће, СР Југославија као оригинарни члан ИСАО не би морала да тражи пријем у Организацију.

Имајући у виду наведене предности, будуће акције у оквиру ИСАО треба да буду усмерене у правцу укидања *de facto* суспензије чланских права. У том циљу могу се користити одређена правна средства ради оспоравања легалности резолуције Скупштине ИСАО А 29-2, међу којима посебан значај има поступак предвиђен Главом XVIII Чикашке конвенције (чл. 84-88). Наиме, одредбама ове Главе предвиђена је надлежност Савета ИСАО да решава спорове између држава чланица око примене или тумачења Чикашке конвенције.²¹ Нема никакве сумње да се сам чин доношења поменуте резолуције, као и правне последице њеног усвајања, могу оквалификовати као типичан спор у вези са применом Конвенције. Зато СР Југославија као једна страна у том спору треба да покрене пред Саветом поступак против држава чланица које су гласале за усвајање резолуције А 29-2. Посебно је значајно да се у другој фази овај спор може изнети пред арбитражу или Међународни суд правде у Хагу, пошто Чикашка конвенција предвиђа да се против одлуке Савета ИСАО може уложити жалба арбитражном трибуналу *ad hoc* или Међународном суду правде. У досадашњој пракси ИСАО таква могућност је већ коришћена у спору између Пакистана и Индије када је ова друга држава против одлуке Савета уложила жалбу Међународном суду правде, позивајући се на надлежност Савета. У својој одлуци из 1972. године Суд је одбио жалбу Индије и потврдио надлежност Савета за решавање спора.²² Међутим, главна препрека за евентуално покретање поступка пред Саветом ИСАО може да буде питање активне процесне легитимације СР Југославије, будући да се у улози стране у спору може појавити држава која је чланица ИСАО.

Друго правно средство које се може користити ради оспоравања ваљаности резолуције А 29-2 јесте тражење саветодавног мишљења Међународног суда правде. Међутим, ако се има у виду да мишљење о правном питању могу да затраже само Генерална скупштина и Савет безбедности УН или агенције које ови органи овласте, изглед да се у датим околностима такав захтев упути Међународном суду правде

²¹ *Ibid.*,

²² CIJ, Recueil, 1972, p.466.

веома су мали. Поред тога, изречено мишљење Суда не би имало обавезну снагу пресуде којом се коначно решава одређени спор.

На основу свега реченог може се закључити да ће питање правног статуса и чланства СР Југославије у ИСАО зависити у крајњој линији од политичког става Савета безбедности УН, посебно његових сталних чланова. Уколико постоји спремност да се садашњи статус Југославије третира као *de facto* суспензија континуитет чланства не би био споран. После неопходних објашњења о насталим територијалним променама уследила би одлука Савета безбедности о укидању суспензије, тј. поновном успостављању чланских права и привилегија у УН. Таква одлука Савета безбедности значила би и аутоматско укидање суспензије у ИСАО. У супротном случају, СР Југославија биће принуђена да поднесе молбу за пријем у чланство УН, укључујући ту и ИСАО као њену специјализовану агенцију.

STATUS JURIDIQUE DE LA REPUBLIQUE FEDERALE DE YUGOSLAVIE DANS L'ORGANISATION INTERNATIONALE POUR L'AVIATION CIVILE

Résumé

Par sa résolution A 29-2 l'Assemblée de l'Organisation internationale pour l'aviation civile il a été décidé que la FRY doit s'adresser avec une demande pour être admise dans cette organisation. Et qu'entre temps les représentants yugoslaves ne participeraient pas dans son travail. Dans cet article on fait une analyse de trois questions de l'importance pour la position juridique et le statut de la RFY dans cette agence spécialisée.

Quant à lieu et validité juridique de la résolution citée et le système des sanctions pour la non-exécution ou la violation des obligations du membre, l'auteur est d'avis que dans la Convention de Chicago il n'y a pas de disposition qui présenterait la base juridique pour l'adoption de ladite résolution. Cette résolution présente une solution de compromis politique sans précédent dans l'activité de l'Organisation internationale pour l'aviation civile jusqu'à présent.

Quand il en est la parole des conséquences juridiques concernant la résolution A 29-2 l'attitude de l'auteur est qu'on a interdit à la RFY la participation au travail de l'Assemblée en qualité de l'Etat contractant d'où il s'en suit qu'elle ne peut pas envoyer sa délégation à la session. A la place de cela on traite la Yougoslavie comme un Etat non contractuel présenté à la session par ses observateurs.

Une attention particulière est consacrée à la question de la solution du statut futur de la RFY dans cette organisation internationale. Après l'analyse des façons possibles pour le règlement du "lege ferenda", l'auteur arrive à la conclusion que le statut du membre de la Yougoslavie, en fin de compte, dépend de l'attitude politique de la part du Conseil de sécurité, particulièrement de l'attitude de ses membres permanents. La résolution du Conseil de sécurité pour la restauration des droits et des privilèges de la RFY aux Nations Unies signifierait la suppression automatique de la suspension dans l'Organisation internationale pour l'aviation civile. En cas contraire la Yougoslavie sera obligée de présenter une demande pour l'adoption dans le statut du membre de cette organisation internationale.

Др Владимир Серјевић
ванредни професор

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА У ОБЛАСТИ СВОЈИНСКИХ ОДНОСА

Својински односи представљају једну од најзначајнијих основа привређивања. У нашој земљи, у систему самоуправног удруженог рада, они су били неадекватно регулисани, а данас су, у новим (плуралистичким) условима, углавном нерегулисани. Њихово нормирање тече споро и то, чини се, због тога што постоје различита виђења нашег новог друштвено-економског уређења.

Суштина злоупотребе права у области својинских односа не може се сагледавати само на основу опште дефиниције ове појаве (под којом се подразумева - вршење субјективног права једног лица којим се омета вршење субјективног права другог лица).¹ У улози оних који врше злоупотребу права не налазе се само субјекти који остварују извесна права, него и они који та права утврђују, као и они који присвајају туђа права без правног основа. У том ширем смислу, под злоупотребом права у области својинских односа у оквиру привреде подразумевамо пре свега: 1) остваривање права на штету других субјеката, 2) остваривање права на штету друштвене заједнице, тј. у супротности са интенцијом закона, 3) неостваривање утврђених права, 4) преузимање - узурпација туђих права, 5) неадекватно регулисање права, 6) одуговлачење у регулисању права и коришћење привремених одлука, као и 7) честе промене правних норми.

У даљем тексту биће речи, најпре, о злоупотреби права у области својинских односа у самоуправном удруженом раду. Затим, биће изнети предлози за регулисање ових односа у савременим условима. Рад би требало да пружи изванредан допринос адекватности утврђивања облика и садржаја својине.

¹ И сама та дефиниција указује да је суштина злоупотребе права пре свега угрожавање туђих права. А оно се може вршити различито - непосредно, или чак тако да се угрожавају прокламовани и очекивани циљеви у друштву.

И, с тим, повећању ефикасности привређивања и смањењу злоупотребе права у поменутој области.

I

Закон о удруженом раду из 1976. године (ЗУР)² регулисао је облике организовања удруженог рада, садржај својинских односа, па и многа питања радних односа оних који су удружили свој рад.

Удружени рад заснивао се на друштвеној својини. А ову својину чинили су једно основно право и једна основна обавеза радника у основној организацији удруженог рада (ООУР). С једне стране, право рада средствима у друштвеној својини (које се стицало удруживањем рада). С друге, обавеза да то право користе равноправно са другим радницима у удруженом раду - у односима међусобне повезаности, зависности, одговорности и солидарности. Поменуто основно друштвено-економско право обухватало је низ посебних права радника у удруженом раду. (Види о томе члан 13. ЗУР-а). Што се тиче основне обавезе, она није непосредно детаљисана. Но, на више места у закону истичу се разне обавезе радника у удруженом раду. Тако, у члану 13. истиче се њихова обавеза да средства у друштвеној својини целисходно користе и да та средства стално обнављају, увећавају и унапређују. А у члану 19. и 46. поред овог, да обезбеђују стални пораст производности свог и укупног друштвеног рада, те да своје делатности прилагођавају потребама тржишта (односно, самоуправно договореној друштвеној подели рада).

Као централна друштвено-економска категорија у закону је истакнут доходак, који се остваривао у ООУР. Он је био утврђен као мотив и мерило успешности пословања, те као основа и садржај друштвеног планирања. (Види чл. 45. ЗУР-а).

За оне који не користе своја права и не извршавају своје обавезе, односно за оне који послују неуспешно у ЗУР-у су утврђене и санкције, али уопштено. Поред осталог, у чл.19. се каже да радници у ООУР сnose материјалне и друге последице, ако не остварују доходак или га остварују у недовољном износу.

Злоупотребе права у ЗУР-у и у вези са његовим остваривањем огледале су се, по нашем мишљењу, пре свега у следећем.

² Види, Службени лист СФРЈ бр. 53/1976.

Прво, у неадекватном регулисању садржаја друштвене својине. Доходак објективно није могао бити мотив и показатељ успешности пословања, те основа и садржај друштвог планирања.³ Поједине обавезе радника нису биле међузависне и комплементарне. На пример, обавеза повећања продуктивности рада и обавеза целисходности коришћења друштвених средстава (које се огледало у остваривању и повећању дохотка). Материјалне и друге одговорности радника које су ближе, тј. потпуније, одређиване приликом регулисања тзв. санације, нису обезбеђивале већу ефикасност у остваривању права и обавеза радника у удруженом раду. То јест, нису обезбеђивале већу ефикасност пословања. Колективна одговорност није могла бити супститут неразвијене личне одговорности.

Као злоупотребу права овде треба поменути и благе санкције, које су биле неефикасне. Узгред, оне су и ретко предузимане од стране друштвене заједнице.

Друго, у остваривању права и обавеза на штету других организација удруженог рада (ОУР), као и на штету друштва у целини. На пример, у првом случају, приликом утврђивања и расподеле заједничког прихода и заједничког дохотка на бази неједнаких стандарда и критеријума. А у другом, приликом приказивања дохотка (као пореске основице), његовог остваривања уз тзв. екстерне трошкове који се не евидентирају (уз загађивање природне средине), његовог остваривања путем неоправданог повећања цена и сужавања тржишта, нелојалне конкуренције домаћих произвођача на страном тржишту, итд. (Ове врсте злоупотребе права мање-више нису биле дефинисане, па тиме и спречаване).

Треће, у неостваривању права и обавеза радника у организацији удруженог рада. На пример, када неостваривање уговорне обавезе у једној ОУР доведе до неостваривања планираног дохотка у другој. И то, нарочито у случају неутврђивању и непоштовања тзв. заједничког ризика.

Четврто, у преузимању - узурпацији права радника у удруженом раду. И то, узурпације коју су вршили руководиоци у ОУР. Они су спроводили своје одлуке које су мање или више покривали одлукама радника и њихових представничких органа. Такође, и узурпације које су вршили органи власти и друштвено-политичке организације. Овде је реч о учешћу поменутих субјеката у вођењу пословне политике ОУР-а. Пре свега кадровске, инвестиционе и политике расподеле. То

³ Види, др В. Серјевић: Најважнији проблеми и актуелна питања политичке економије, Сириус, Ниш, 1992, стр. 91. и 96-98.

њихово учешће било је у супротности са интенцијама ЗУР-а, тј. са концептом самоуправног друштва. Због тога је у многим документима, где су утврђиване мере за повећање привредне активности, истицано да радници у ОУР морају овладати целином дохотка. Конкретније, да морају овладати и целином вишка свог рада.

И пето, у честим променама правних норми којима се регулисане цене, релативни износи пореза и доприноса, камате, валутни паритет и други параметри и услови привређивања. Спроводећи стално ове промене држава је утицала на уједначавање економског положаја привредних субјеката. Уједно, са преливањем дохотка она је обезбеђивала извесну потрошњу према потребама, а не стварним могућностима. Тиме је стварала нестабилне услове пословања који су доводили до деформација у привредном животу и опадања привредне активности. Односно, који су онемогућавали раднике да остваривањем својих права и обавеза постижу боље резултате.

II

Данас у нашој земљи недостаје више закона којима би се уредио привредни живот. Када је реч о својинским односима, недостају по нашем мишљењу два закона: закон о облицима предузећа и својини привредних субјеката, као и закон о својини грађана. У даљем тексту биће речи само о овом првом. То јест. о његовој суштини. Као што смо навели, она, ако је неадекватно утврђена, представља облик и додајни фактор злоупотребе права.

Предузећа су организације које имају више заједничких карактеристика, тј. које: а) имају свој идентитет, б) морају бити друштвено-корисне, в) имају тржишну способност, г) у току пословне године углавном теже максимирању профита и д) морају давати одређени допринос друштвено-економском развоју. У закону, оне се морају прецизирати. То је неопходно да би се правила разлика између предузећа и установа.

Предузећа обављају делатности за које су регистрована.

Облици предузећа могу се сагледавати према различитим основима, а пре свега: врстама делатности, врстама учинка, ширини асортимана, величини, власништву, степену концентрације производње (и промета), као и носиоцу и врсти одговорности за обавезе у обављању делатности. Треба их наве-

сти у закону. А посебно, облике предузећа према задње наведеном основу. Реч је овде о два основна облика: о друштву лица и друштву капитала. Као друштва лица разликујемо мала предузећа и радње. Док, као друштва капитала - акционарска предузећа, заједничка предузећа у облику конзорцијума и задружна предузећа. Облици предузећа у оквиру друштва лица и друштва капитала треба у закону да добију посебно место. То јест, треба утврдити њихове основне карактеристике.

Пошто су ова предузећа носиоци својине у привреди, у закону, даље, треба утврдити њихова најважнија права и обавезе, која су уједно и општа својства свих облика својине. То су пре свега:

- право да средства којима располажу користе као капитал и учествују у расподели износа вредности и вишка вредности,

- право на слободну иницијативу и на тежњу максимирања добити (које се огледа у слободи избора асортимана, обима пословања, добављача, пословног удруживања и сл.),

- право на познате и стабилне услове привређивања,

- право на парцијално и глобално утврђивање и уређивање друштвене репродукције (преко комора, тј. привредних удружења),

- обавеза да своја права остварују равноправно (да у међусобним пословним односима користе исте стандарде и критеријуме, те да пословни резултат остварују као резултат сопственог рада),

- обавеза да свој капитал користе наменски, за обављање одређених делатности,

- обавеза да своје делатности обављају у складу са друштвеним опредељењем (да имају одређене техничке и друге услове, да не врше дуплирање капацитета и тако стварају услове за њихово недовољно коришћење или за хиперпродукцију, као и да не изазивају несташице и поремећаје на тржишту),

- обавеза да дају одређени допринос друштвено-економском развоју, непосредно или посредно (у погледу повећања - ангажованих средстава, броја запослених, обима делатности, продуктивности рада и др.),

- обавеза да поштују одређене параметре (као што су нпр. зараде утврђене колективним уговорима и релативни износи пореза) и уваљавају основна права радника, као и

- обавеза да капитал не користе као средство политичког притиска и друштвених промена.

У власништву предузећа (а и грађана) не могу се налазити природна добра, већ само добра створена људским радом. Ова добра морају бити у друштвеној својини. Јер, то је један од фактора који утичу на економски положај привредних субјеката зависи од њиховог (текућег и опредмећеног) рада.

Неки од наведених облика предузећа (у оквиру друштва лица и друштва капитала) имају и специфична права и обавезе. Реч је пре свега о предузећима која се налазе у државној својини и својини ино-власника. Такође, мање-више специфична права и обавезе имају непрофитабилна предузећа у које убрајамо: комунална предузећа, предузећа за газдовање придорним богатствима и војна предузећа. Међутим, о овим специфичностима овде неће бити речи.

Dr Vladimir Serjević
Professeur agrégé à la Faculté de Droit à Niš

ABUS DE DROIT DANS LE DOMAINE DU DROIT DE PROPRIETE

Résumé

L'abus de droit dans le domaine des droits de propriété, dans une certaine mesure, nie le système social et économique et diminue l'efficacité de l'économie. L'auteur attire l'attention au phénomène de l'abus de droit dans ce domaine en général et durant la période du développement du système du travail autogestionnaire associé particulièrement. Ensuite l'auteur souligne la nécessité de l'adoption des deux lois, avant tout pour la régularisation de la vie économique: la loi sur les formes des entreprises et la propriété des sujets économiques et la loi sur la propriété des citoyens. A la fin l'auteur expose brièvement son opinion sur l'essence de la première loi seulement. Cette essence, estime l'auteur, si elle est définie d'une façon inadéquate, présente déjà une forme et elle est un des facteurs de l'abus de droit.

Проф. др Мирко Живковић
ванредни професор

ЗАКЉУЧЕЊЕ ДИПЛОМАТСКО-КОНЗУЛАРНОГ БРАКА ПРЕМА ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ

Закључење дипломатско конзуларних бракова у нашем праву¹ регулисано је чланом 102. ЗМПП и низом конзуларних конвенција:² са Белгијом (чл. 28 ст. 1 т. 4), Боливијом (чл. 25 ст. 1 т. 2), бугарском (чл. 16 ст. 1 т. 6), Чешком (чл. 37 ст. 1 т. г), Ираком (чл. 16 ст. 2), Италијом (чл. 25 ст. 1 т. 2), Кином (чл. 12 ст. 1 т. 6), Либијом (чл. 22 ст. 1 т. 6), Мађарском (чл. 21 ст. 2), Монголијом (чл. 17 ст. 1), Пољском (чл. 40. ст. 1. т. д),

¹ За преглед стања у другим државама В. М. Живковић, Међународно приватно право - националне кодификације, Књига прва, Београд 1996. (Албанија, чл. 6. ст. 2.; Бугарска чл. 129. ст. 1. и чл. 130; Буркина Фасо, чл. 1023. ст. 2; Габон, чл. 63; Јапан, чл. 13. ст. 2. и чл. 741; Мађарска, пар. 37. ст. 3; Португалија, чл. 51. ст. 2.; Сенегал, чл. 843. ст. 2; Того, чл. 707. ст. 2.; Турска, чл. 12. ст. 2; Финска, пар. 3 и пар. 4; Француска, чл. 170. ст. 2 и 3).

² Конзуларна конвенција са Белгијом од 1969. године (СЛ. лист СФРЈ - Додатак, 1974., бр. 49); Боливијом од 1962. године (СЛ. лист ФНРЈ - Додатак, 1963., бр. 11); Бугарском, од 1963. године (СЛ. лист ФНРЈ - Додатак, 1963., бр. 11); Чехословачком, од 1981. године (СЛ. лист СФРЈ - Додатак, 1984., бр. 6); Ираком, од 1980. године (СЛ. лист СФРЈ - Додатак, 1982., бр. 1); Италијом, од 1960. године (СЛ. лист ФНРЈ - Додатак, 1963., бр. 6); Кином, од 1982. године (Сл. лист СФРЈ - Додатак, 1984., бр. 2); Либијом, од 1981. године (Сл. лист СФРЈ - Додатак, 1984., бр. 2); Мађарском, од 1963. године (СЛ. лист ФНРЈ - Додатак, 1963., бр. 13); Монголијом, од 1966. године (Сл. лист СФРЈ - Додатак, 1967., бр. 10); Пољском од 1982. године (СЛ. лист СФРЈ- Додатак, 1984., бр.9); Румунијом, од 1974. године (Сл. лист СФРЈ - Додатак, 1974., бр. 66); СССР-ом, од 1960. године (Сл. лист ФНРЈ - Додатак, 1961., бр.8); Турском од 1968. године (Сл. лист СФРЈ - Додатак, 1972., бр. 9); Великом Британијом, од 1965. године (Сл. лист СФРЈ - Додатак, 1966., бр. 10). После политичких и територијалних промена бивше СФРЈ, за продужетак важности двостраних конвенција потребна је сагласност страна уговорница. Према досадашњем реаговању појединих држава у преговорима, реално је очекивати да наведене конзуларне конвенције остану на снази. Текстови наведених конвенција могу се наћи и у Збирци међународних уговора из области правосуђа, Књига друга, Службени лист, Београд 1985.

Румунијом (чл. 16 ст. 2), Русијом (чл. 17 ст. 3), Турском (чл. 30), Великом Британијом (чл. 26 ст. 1 т. ии). Поред тога, наша држава закључила је и два посебна споразума о реципрочном признавању дипломатско-конзуларне форме брака - са Индијом (споразум је ступио на снагу 3. маја 1957. године) и са Норвешком (ступио на снагу 31. августа 1957. године).³ У смислу чл. 3 ЗМПП, превагу у односима са државама уговорницама имају међународни извори (*lex specialis*).

У вези са закључењем ове врсте бракова, уобичајено се поставља неколико питања:

1. када се, осим пред конзуларним, брак може закључити и пред нашим дипломатским представништвом;

2. питање овлашћења које свом представништву даје држава именована;

3. питање сагласности одн. непротивљења државе пријема за закључење таквих бракова на њеној територији;

4. питање лица (у смислу њиховог држављанства) која могу закључити такав брак; и

5. питање одређивања меродавног права за материјалне услове и форму дипломатско-конзуларног брака.

1. Према ст. 1 чл. 102 ЗМПП, наши држављани могу у иностранству закључити брак пред овлашћеним конзуларним представништвом или дипломатским представништвом које врши конзуларне послове ако се томе не противи држава у којој се налази представништво или ако је то предвиђено међународним уговором. Према томе, произлази да се бракови, по правилу, закључују пред нашим конзуларним представништвима, док ће пред дипломатским то бити изузетно и само под условом да односно представништво обавља и конзуларне функције.

2. Према ст. 2 чл. 102 ЗМПП, функционер који руководи савезним органом управе надлежним за иностране послове (министар иностраних послова) одредиће која наша представништва могу у иностранству закључивати бракове између наших држављана. Дакле, одредбе овог става не следе решење,

³ Споразум између Југославије и Индије о реципрочном признавању дипломатско-конзуларне форме закључења брака, од 26. новембра 1956. и 3. маја 1957. године, Сл. лист ФНРЈ - Додатак, 1958., бр. 3; Споразум између Југославије и Норвешке о реципрочном признавању дипломатско-конзуларне форме брака постигнут разменом нота, од 10. априла и 31. августа 1957. године, Сл. лист ФНРЈ - Додатак, 1958, бр. 6. Текстови оба Споразума такође се налазе у споменутој Збирци међународних уговора из области правосуђа, В. ад. 2.

прихваћено од стране појединих држава, по коме се домаћа представништва у иностранству генерално овлашћују за обављање ове функције.⁴ Насупрот томе, из цитираног става чл.102 произилази да не може свако наше конзуларно или дипломатско представништво у иностранству закључивати овакве бракове, већ то може чинити само оно које има нарочито овлашћење за вршење тер функције.⁵

У појединим конвенцијама (на пр. са Бугарском, Чешком, Италијом, Ираком, Либијом, Мађарском и др.), ово се овлашћење изричито не наводи, већ се само начелно спомиње у различитим формулацијама, нпр. "... ако је на то овлашћен од државе именована ...". Поред тога, у појединим конвенцијама (нпр., са Пољском, Кином, Румунијом) само се констатује да конзуларни функционер "има право" да закључује овакве бракове, док у конвенцијама са Монголијом стоји да дипломатско-конзуларни представници "могу" склапати такве бракове. Но, без обзира на различите формулације, очито је да се одређивање органа који даје овлашћење и начин давања овлашћења (генерално одн. посебно) препушта у сваком случају држави именована.

3. Из формулације ст. 1 чл. 102 ЗМПП произилази, такође, да се закључењу дипломатско-конзуларног брака не сме противити држава на чијој се територији налази југословенско представништво. То значи да наше представништво не може уопште закључити неки брак, уколико противљење постоји, јер му ту могућност одузима не само страно, већ и југословенско право (на тај начин, немогуће је закључити у нашем дипломатско-конзуларном представништву брак који би био признат у нашој земљи, а који не би признала држава пријема).

Став државе пријема према закључењу дипломатско-конзуларних бракова на њеној територији произилази по некад из општих начела и ставова праксе, а понекад је експлицитно формулисан у међународним конвенцијама. У теорији се сматра да је ово право условљено реципроцитетом.⁶ Југословенско

⁴ Упореди и са чл. 103 ЗМПП којим је нашим представништвима дато генерално овлашћење за обављање послова старатељства југословенских држављана у иностранству.

⁵ В.М. Дика, Г.Кнежевић, С. Стојановић, Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Београд, 1991., стр. 343.

⁶ В. нпр. цитиране чланове споразума који је наша држава закључила са Индијом и Норвешком.

право дозвољава да се пред страним дипломатским одн. конзуларним представништвима на нашој територији склапају ови бракови.⁷

4. У погледу питања која лица могу закључити брак пред нашим дипломатским одн. конзуларним представништвом у иностранству, чланом 102 ЗМПП отклоњене су раније постојеће дилеме у овом смислу (таквих дилема није било када се радило о склапању бракова на територији држава са којима је наша земља закључила одговарајуће конзуларне конвенције одн. посебне споразуме). Наиме, према чл. 28 раније важећег Основног закона о браку, Југословени су могли закључити брак у нашем дипломатском одн. конзуларном представништву у страниој држави под условом да су у односној држави имали пребивалиште или макар боравиште. Међутим, из текста закона није се могло закључити да ли могу склопити такав брак само са другим нашим држављанином који испуњава постављени услов (пребивалиште одн. боравиште) или и са странцем (страним држављанином или апатридом). У доктрини је било различитих тумачења: тако нпр., Јездић је сматрао да наш држављанин може у нашем дипломатском или конзуларном представништву у иностранству закључити брак и са странцем, уколико се не ради о држављанину државе пријема.⁸ Насупрот томе, Ајзнер је био на становишту да такав брак могу закључити само југословенски држављани, уз искључење могућности склапања мешовитих бракова.⁹

Члан 102 ЗМПП је изричит у овом погледу и не оставља простора различитим тумачењима: дипломатско-конзуларни брак у иностранству могу закључити само југословенски држављани међусобно, с тим што се не тражи додатни услов из чл. 28 Основног закона о браку који се тиче постојања пребивалишта одн. боравишта на територији државе пријема.¹⁰

Двостране међународне конвенције (осим у једном случају) већ раније су предвиђале такво решење. На пример, у

⁷ В.Т. Варади, Међународно приватно право, Нови Сад 1990., стр. 186.; М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op cit.*, стр. 344.

⁸ М. Јездић, М. Пак, Међународно приватно право III, Београд 1980., стр. 52.

⁹ Б. Ајзнер, Међународно приватно право, I књига, Загреб 1953., стр. 293.

¹⁰ В. М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, стр. 343; Т.Варади, *op. cit.*, стр. 186.

споменути конзуларним конвенцијама изричито се наводи да брак могу закључити "држављани државе именована", а у конвенцијама са Пољском и Монголијом налазимо чак стриктнију формулацију по којој "дипломатска или конзуларна представништва страна уговорница могу склапати брак само у случају ако су оба лица која ступају у брак њихови држављани" (Монголија), одн. "конзуларни функционер има право ... да ... склапа бракове само између држављана државе именована", (Пољска). Но, иако стриктније, подупрте прилогом "само", ове формулације у суштини изражавају исту идеју изречену у осталим конзуларним конвенцијама: дипломатско-конзуларни брак у иностранству могу закључити (само) југословенски држављани међусобно, уз искључење могућности склапања мешовитих бракова.

Наговештени изузетак тиче се Споразума између Југославије и Норвешке о реципрочном признавању дипломатско-конзуларне форме брака, којим је предвиђена могућност закључења и мешовитих бракова у нашем дипломатском одн. конзуларном представништвима у Норвешкој. Наиме, према тексту Споразума,

"...Норвешка признаје право и надлежност дипломатским и конзуларним службеницима југословенских мисија акредитованих у Норвешкој у погледу закључења брака између југословенских држављана који су стално или привремено настањени на територији Краљевине Норвешке, или између југословенских држављана и држављана треће државе, под условом да држављанин треће државе поднесе сертификат nulla oste, како у погледу материјалних сметњи тако и у погледу форме брака, издат од стране владе те треће државе или њене дипломатске или конзуларне мисије акредитоване односно овлашћене за рад у Норвешкој".

Према томе, југословенски држављанин има посебну могућност, уколико жели да закључи брак са странцем (који није држављанин Норвешке) да то учини у дипломатском одн. конзуларном представништву наше земље у Норвешкој. Дакле, неспорно је да се овим Споразумом са Норвешком успоставља изузетак од општег режима и да на територији Норвешке наша представништва могу закључивати мешовите бракове.

Међутим, у вези са тим Споразумом, потребно је учинити неколико напомена.

Најпре, занимљиво је питање због чега два тематски и временски блиска Споразума које је наша држава закључила са Индијом и Норвешком о реципрочном признању дипломатско-

конзуларне форме брака предвиђају различита решења у погледу могућности закључења мешовитих бракова. Споразум са Индијом, који је само неколико месеци претходио Споразуму са Норвешком, предвиђа, наиме, истоветно решење са оним који, без изузетка, садрже споменуте конзуларне конвенције и касније чл. 102 ЗМПП - дипломатско-конзуларни брак може се склопити "...између југословенских држављана који буду настањени или се тренутно налазе на територији Индије". Могућности за закључење мешовитих дипломатско-конзуларних бракова, у овом случају, дакле, нема.

Ипак, много значајнијим чине се одредбе Споразума које говоре о томе који југословенски држављани могу закључити дипломатско-конзуларни брак. У тексту Споразума читамо:

"... Краљевска влада Норвешке признаје право и надлежност дипломатским и конзуларним службеницима југословенских мисија акредитованих у Норвешкој у погледу закључења брака између југословенских држављана који су стално или привремено настањени на територији Краљевине Норвешке, или између југословенских држављана и држављана треће државе..."

Какав је домаћај речи "... између југословенских држављана који су стално или привремено настањени на територији Краљевине Норвешке...?" Да ли је то рефлекс, у међународној конвенцији, решења из чл. 28 Основног закона о браку у коме се, како је споменуто, говори о потреби постојања пребивалишта или боравишта наших држављана који на територији односне државе желе да склопе брак у југословенском дипломатском или конзуларном представништву? Синтагма "стално или привремено настањени", наиме, не може се другачије тумачити осим као услов постојања пребивалишта одн. боравишта на територији Краљевине Норвешке. Притом, треба уочити да се овај услов не тражи када се ради о закључивању мешовитог дипломатско-конзуларног брака; текст Споразума говори само о браку "...између југословенских држављана и држављана треће државе...", без инсистирања на томе да југословенски држављанин - вереник буде стално или привремено настањен на територији Норвешке. Тумачење ових одредаба Споразума управо налаже такав закључак, но тада се мора признати сва необичност самог решења: да би закључили дипломатско-конзуларни брак међусобно, пред нашим представништвом у Норвешкој, југословенски држављани

морали би испунити услов пребивалишта одн. боравишта (тј. бити стално или привремено настањени на територији Норвешке), што се више не поставља као услов нити према чл. 102 ЗМПП, нити према одредбама конзуларних конвенција и Споразума са Индијом, а уколико би у истоветној ситуацији југословенски држављанин хтео да закључи брак са странцем (који није држављанин Норвешке), што иначе није могуће нити према чл. 102 ЗМПП, нити према одредбама споменутих билатералних међународних аката, тада се не тражи никакав додатни услов!

Не искључујући могућност и другачијих тумачења (нпр., да је услов пребивалишта одн. боравишта, када се ради о југословенским држављанима, имплиците садржан и у случају мешовитих дипломатско-конзуларних бракова у Норвешкој), посебно указујемо на овај проблем, будући да се у споменутом, временски и предметно блиском, Споразуму са Индијом уместо о "...југословенским држављанима стално или привремено настањеним...", јасно говори о браку "...између југословенских држављанина који буду настањени или се *тренутно нађу* на територији Индије..." чиме је елиминисан услов пребивалишта одн. боравишта. У нашој доктрини досад није указивано на овај проблем.¹¹

У погледу лица која закључују дипломатско-конзуларни брак, постоји широка сагласност у теорији да такав брак не могу закључити држављанин државе именовања и држављанин државе пријема. Исти закључак, тумачењем а *contrario*, произлази из текста свих наведених конзуларних конвенција и Споразума са Индијом и Норвешком. Међутим, упркос општој сагласности, и овде се могу јавити одређени проблеми. Указаћемо на два питања.

(А) Најпре, поставља се питање правне судбине брака закљученог у страном дипломатском или конзуларном представништву које се налази на територији Југославије између држављанина државе именовања и нашег држављанина (у овом случају, држављанина државе пријема). Такви случајеви, мада у пракси врло ретки, ипак су могући: тако нпр. пресудом Окружног суда у Београду (П. бр. 5235-85, необјављивана) разведен је брак између јорданског држављанина и наше

¹¹ В. М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *loc. cit.*; Т. Варади, *loc. cit.*

држављанке склопљен, како се у самој пресуди наводи, "... пред Амбасадом Јордана у Београду".

У оваквој ситуацији, ако већ дође до закључивања таквог дипломатско-конзуларног брака, могућа су следећа решења:

а) брак се може сматрати пуноважним у држави именована и трећим државама, а неважећим у држави пријема;

б) брак се може сматрати пуноважним у држави именована, а неважећим у држави пријема и трећим државама;

в) брак се може сматрати неважећим и према праву државе именована и према праву државе пријема и према праву трећих држава.

Четврто решење, које је, на жалост, прихватио Окружни суд у Београду, према коме је такав брак пуноважан у држави пријема, те је такав брак развео, чит је пример "дејствујућег незнања" међународног приватног права.¹² Наше правило допушта закључење бракова у страним дипломатским или конзуларним представништвима на југословенској територији, али не и са југословенским држављанима.¹³ Према томе, такав брак није требало разводити, већ прогласити неважећим.

Прихватљивим решењем чини се једино ово последње, по коме је такав дипломатско-конзуларни брак неважећи и према праву државе именована и према праву државе пријема и према праву трећих држава, а у конкретном случају може се узети да се ради о грешци дипломатског функционера Јордана.¹⁴ Супротно поступање дипломатског одн. конзуларног функционера државе именована представљало би, без сумње, повод за дипломатски акцију органа државе пријема. Инволвираност трећих држава и њихов став према таквом дипломатско-конзуларном браку (који би, такође, требао бити негативан) указује на потребу и за међународним основом непризнања једног оваквог брака, с обзиром на примарно

¹² В. М. Живковић, Међународно приватно право - непријатна непознаница наших судова, Правни живот, 1992., бр. 7-8, стр. 1083 и след.

¹³ О разлозима за прихватање таквог решења В. ближе М. Јездић, М. Пак, *op. cit.*, стр. 53.

¹⁴ Наша држава није закључила конзуларну конвенцију нити било какав други споразум са Јорданом; осим тога, у међународном приватном праву Јордана ово питање није изричито регулисано - В. чл. 13 Грађанског законика Јордана који уређује питање материјалних услова и форме закључења брака са елементом иностраности. За текст Законика В. *ad. 1*, стр. 212.

национални карактер апаратуре међународног приватног права (чини се неоспорним да ће се у одређеним ситуацијама судови трећих држава изјашњавати о овом питању - нпр., у случају смрти "брачног друга" странца, југословенски држављанин се појављује као наследник његове имовине у трећој држави. Дакле, суд те државе мора се изјаснити о (непостојању дипломатско-конзуларног брака закљученог на територији државе пријема између држављанина државе именована и држављанина државе пријема).

(Б) Осим тога, у вези са лицима која закључују дипломатско-конзуларни брак може се поставити и питање како поступити у случају када је један од вереника (или оба) лице са двостуким држављанством од којих је једно државе именована, а друго државе пријема. У нашој доктрини изнет је следећи став:

"Уколико се као вереници појављују бипатриди који поседују и југословенско држављанство, треба поступити по чл. 11 ст. 1. ЗРСЗ ... и сматрати их Југословенима, без обзира на питање какав став о истом има држава чије држављанство такође поседују. Могуће је и другојачије гледиште, посебно уколико лице у питању има држављанство државе на чијој се територији, пред југословенским представништвом, брак жели закључити. Ипак, сматрамо да би одступање од решења из ст. 1 чл. 11 отворило више проблема него што би их решило".¹⁵

Према изнетом мишљењу, дакле, треба разликовати две ситуације: прва, када лице које жели да закључи брак има истовремено југословенско држављанство (држављанство државе именована) и неке треће државе (која није држава пријема) и друга, када такво лице истовремено поседује југословенско држављанство (држављанство државе именована) и држављанство државе пријема. У првој ситуацији, јасно је опредељење за ст. 1 чл. 11 ЗМПП (ЗРСЗ) одн. за принцип искључивости домаћег држављанства, тако да ће се односно лице сматрати само југословенским држављанином и моћи да закључи дипломатско-конзуларни брак. У другој, деликатној ситуацији, када се ради о постављеном питању закључења дипломатско-конзуларног брака између држављанина државе именована и држављанина државе пријема, аутори дозвољавају могућност и другојачијих решења, мада у крајњем, ипак нагињу истој солуцији.

Од конзуларних конвенција које је наша земља закључила са другим државама, ово се питање изричито спомиње у чл. 25 ст. 1 т. 2 конвенције са Италијом, чл. 28 ст. 1 т.

¹⁵ М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.* стр. 344.

4 конвенције са Белгијом и у чл. 25 ст. 1 т. 2 конвенције са Боливијом. Према одредбама ових чланова, није могуће закључивање дипломатско-конзуларног брака у случају да један од вереника поседује истовремено држављанство државе именована и држављанство државе пријема; како се наводи; "конзули... могу... склапати бракове између својих држављана ако су на то овлашћени законодавством државе именована, осим у случају кад један од будућих супружника поседује на дан склапања брака, италијанско држављанство према италијанском закону и југословенско држављанство према југословенском закону". (Текст конвенције са Боливијом истоветан је, *mutatis mutandis*, тексту конвенције са Италијом). У конзуларној конвенцији са Белгијом наводи се да "конзуларни функционери имају право да ... склапају бракове под условом да су будући супружници држављани државе именована, и да ниједан од њих није истовремено држављанин државе пријема". Према томе, у овим конвенцијама, када се ради о закључењу дипломатско-конзуларног брака између држављанина државе именована и држављанина државе пријема, заузето је супротно становиште од оног на које се указује унашој доктрини.

Нема сумње да постоје аргументи у прилог оба становишта. Наш је утисак, ипак, да превагу треба дати конвенцијском решењу одн. прихватити га као опште правило за наше право (дакле, не само у односима са наведеним државама уговорницама). Разлог томе је чињеница да је принцип искључивости домаћег држављанства толико широко прихваћен од стране законодавства различитих држава, да нема места његовој једностраној примени само од стране државе именована (у овом случају наше земље) у ситуацији када је у исти правни однос врло озбиљно инволвирана и држава пријема. Истим принципом руководиће се обе државе - на тај начин, долази се до тога да ће се из угла државе именована сматрати да односно лице има само њено држављанство, а такође, на основу истог правила, и држава пријема сматраће га само својим држављанином. Таква ситуација, очито, најближа је оној где се ради о "чистом" случају закључења дипломатско-конзуларног брака између држављанина државе именована и држављанина државе пријема (без додатака бипатридије), чије закључење, како је већ истакнуто, није допуштено.

Када се ради о првој ситуацији (лице које жели да закључи брак је са двостуким држављанством, од којих је једно југословенско, а ддруго страном, али не државе пријема), онда се може прихватити решење предложено у нашој доктрини и применити ст. 1 чл. 11 ЗМПП. У том случају, наиме, не могу

бити угрожени интереси државе пријема, будући да ниједно од два држављанина није њено, те се применом принципа искључивости домаћег држављанства односно лице има сматрати само југословенским држављанином.

5. У вези закључења дипломатско-конзуларних бракова поставља се и питање права које ће дипломатски одн. конзуларни функционер применити како на материјалне услове за закључење брака, тако и на форму брака. Општи је став да функционер, поступајући у својству матичара, примењује колизионе норме своје државе, тако да када се ради о закључењу дипломатско-конзуларног брака у југословенском представништву у иностранству, наш функционер ће применити одредбе двостраних међународних уговора у односима са државама уговорницама, а изван тога, примениће чл. 32 и чл. 33 ЗМПП. Имајући у виду колизиона решења предвиђена у овим међународним и унутрашњим изворима, као и околност да брак (осим на територији Норвешке) могу закључити само југословенски држављани међусобно, очито је да ће наш дипломатски одн. конзуларни функционер увек примењивати југословенско право) конкретно, одредбе ЗБПО Србије или ЗБ Црне Горе). Једино наши функционери у представништвима на територији Норвешке могу доћи у ситуацију да и у следству предвиђених решења примене страног право када се ради о мешовитом дипломатско-конзуларном браку. У том случају, примењује се национално право сваког од вереника одн. врши се тзв. дистрибутивна кумулација.¹⁶

Што се форме закључења дипломатско-конзуларног брака тиче, примењује се југословенско право, а не право државе пријема.

Поред тога треба напоменути да је у конзуларним конвенцијама са Белгијом, Мађарском и Великом Британијом предвиђено да се мора удовољити одређеним захтевима државе пријема. Тако, у чл. 28 ст. 2 конвенције са Белгијом читамо:

"... закључење брака пред конзуларним функционером не ослобађа уопште заинтересоване од обавеза које предвиђа право државе пријема у вези са потребним изјавама или уписима".

Сличне одредбе садрже и чл. 21 ст. 4 конзуларне конвенције са Мађарском и чл. 26 ст. 1 конвенције са Великом Британијом.

¹⁶ М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.*, стр. 112; Т. Варади, *op. cit.*, стр. 178.

6. Коначно, о браку који закључи конзул одн. дипломатски функционер који обавља конзуларне послове потребно је да буду обавештене власти државе пријема. У ком року ово обавештење треба да буде учињено и какав је његов правни значај?

Рок од месец дана од дана склапања брака за достављање извода из матичне књиге венчаних (од стране шефа дипломатске или конзуларне мисије државе именовања Конзуларном одељењу Министарства иностраних послова државе пријема) предвиђају конзуларне конвенције са Боливијом и Италијом и споразуми о реципрочном признавању дипломатско-конзуларне форме брака са Индијом и Норвешком. У конвенцијама са Ираком Кином и Либијом говори се о "што краћем року", а према решењу из конвенције са Румунијом, конзуларни функционер ће "одмах" обавестити о закљученом браку надлежни орган државе пријема. У конвенцијама са Бугарском и Чешком само се наводи да конзуларни функционер "склапа бракове између држављанина државе именовања и о томе издаје одговарајућа документа", без даљих прецизирања. Посебно решење предвиђено је у конзуларним конвенцијама са Мађарском и Русијом, где се у самој конвенцији не установљава обавеза конзула да обавести органе државе пријема о закљученом браку, већ се препушта унутрашњим прописима држава уговорница да регулишу ту обавезу. Тако, у обе конвенције налазимо формулацију по којој ће конзул обавестити органе државе пријема "ако то предвиђају њени прописи..." (Мађарска) одн. "уколико то захтевају прописи те државе..." (Русија). Најзад, у конвенцији са Турском, акценат је на томе да је конзуларни функционер "дужан" да обавести надлежни орган државе пријема.

С обзиром на ове различите формулације, чини се да је различит и правни значај обавештења органа државе пријема о закљученом дипломатско-конзуларном браку на њеној територији. Према конвенцијским решењима која инсистирају на овом обавештењу, оно се може схватити као услов пуноважности брака на територији државе пријема; у том смислу врло су изричити Споразуми са Индијом и Норвешком у којима читамо:

"Чим буде добила такав извод, земља на чијој је територији склопљен такав дипломатски одн. конзуларни брак сматраће га пуноважним".

Ratio таквог решења може се наћи у територијалном суверенитету државе пријема, а осим тога и разлози практичне природе говоре у прилог таквог решења. Што се тиче

конвенција са Мађарском и Русијом, могуће је да унутрашњим прописима буде предвиђено другачије решење. У случају да буде донето исто решење, оно не би *ex iure conventionis* обавезивало државе уговорнице, већ на основу унутрашњих, по правилу, симетричних прописа који предвиђају реципрочну обавезу обавештавања.

Dr Mirko Živković
Professeur agrégé à la Faculté de Droit à Niš

CONCLUSION DU MARIAGE DIPLOMATIQUE - CONSULAIRE D'APRES LE DROIT YUGOSLAVIE

Résumé

L'auteur fait une analyse des règlements du droit positif yougoslave concernant cette matière. Il attire l'attention à la solution contenu dans l'article 102 de la Loi du droit international privé et aux règlements contenus dans des contrats bilatéraux (*lex specialis*). Il analyse spécialement les questions suivantes:

1. Les autorisations nécessaires pour contracter mariage;
2. La nationalité des personnes qui peuvent contracter un tel mariage; et
3. La détermination du droit méritore pour les conditions matérielles et la forme du mariage diplomatique consulaire.

Др Мила Јовановић
доцент

ДА ЛИ МАРЦИЈАН СВЕДОЧИ О ЗЛОУПОТРЕБИ ПРАВА?

Циљ овога рада је скретање пажње на фрагмент из дела Марцијана (једног од последњих међу класичним правницима античког Рима), који би могао указивати на злоупотребу породичних права, а којем са тог аспекта није придато довољно пажње у романистици. Углавном су третирани имовински односи, уз дилему да ли је уопште римско право познавало институт злоупотребе права и уз подељеност романиста и цивилиста по том питању. Кратак осврт у том смислу (уз анализу неких случајева који би се могли подвести под злоупотребу права) дат је у претходном раду, у којем је Марцијанов фрагмент само поменут.¹ Без претензија да се дефинитивно реши постојећа дилема, истакнуто је да, иако римски правници нису посебно дефинисали институт злоупотребе права, постоје неки случајеви, ван изричито прописаних ограничења, у којима се спречавало вршење права на штету другог. Такви случајеви, уз генерално начело *bona fides* и *aequitas*, пружају солидне аргументе поборницима мишљења да је римско право познавало злоупотребу права.² А случај из Марцијановог дела, мада доста проблематичан за

¹ Јовановић, М. - Да ли Гај и неки други правници сведоче о злоупотреби права?, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1996, с. 78-93 (са Међународне конференције под називом "Злоупотреба права", одржане на Правном факултету у Нишу, 3. и 4. новембра 1995. год.).

² Поборник овог схватања (мада не бавећи се посебно римским правом) је и Мелвингер, И. - О злоупотреби права и злоупотреби самоуправљања као једном аспекту тог института, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1966., стр. 211 - 223. Уз теоријски осврт на институт злоупотребе права и уз помињање неких противника схватања да га је римско право познавало, аутор изражава неслагање; односно износи став да је овај институт у античком Риму изражен кроз познато начело: "Honeste vivere, alterum non ledere et suum cuique tribuere". Позива се при том на идентичан став и цитат овог начела у Константиновић, М. - Забрана злоупотребе права и социјализација права, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3/25, Београд.

прецизну анализу, могао би указивати да је антички Рим познавао и злоупотребу права у оквиру породичних односа.

Сачувани фрагмент је проблематичан већ са аспекта садржине уопште, а такође и са аспекта злоупотребе права. Изворни текст је несумњиво претрпео неке измене од стране компилатора, те је врло тешко утврдити његову првобитну садржину. А реч је о породичном праву специфичног карактера (тј. о једном елементу чувене римске *patria potestas*)³, третираном кроз Августово кадукарно законодавство, којим се Римљанима намеће обавеза склапања брака и обавеза рађања брачног потомства⁴. Главни циљ Августовог закона (*Lex Iulia et Papia*) био је демографски, тј. повећање брачног наталитета код Римљана, пре снега виших слојева, како би се обезбедило потомство достојно и способно да настави успешну владавину огромном Империјом.⁵ Сходно том циљу, уз централне одредбе закона (којима се предвиђају предности за грађане који склапају бракове и рађају брачну децу, као и непогодности, тј. санкције за оне непокорне)⁶, прописане су биле и друге, којима се тежило поспешивању и олакшавању склапања бракова; наравно, не било каквих, већ само бракова који би били у складу са законским захтевима, пре свега у односу на лица са којима се

³ Познато је да *patria potestas pater familias*-а, правно гледано, подразумева потпуну власт оца над децом, личну и имовинску. Чувени римски правник Гај (*Gaius: Institutiones*, I,55) о томе каже: "Такође, под нашом влашћу су и наша деца, рођена у законитом браку. Ово право је карактеристично за римске грађане; тешко да постоје људи који имају колику власт над својом децом какву ми имамо. То је изрекао божански Хадријан у едикту изданом поводом неких који су за себе и своју децу тражили статус римских грађана, иако не заборављам како Галати сматрају да се њихова деца налазе под влашћу родитеља". Превод текста Станојевић, О. - Гај: Институције, Београд, 1982.

⁴ Реч је о *lex Iulia de maritandis ordinibus* из 18. год. с. е. и *lex Papia Puraea* из 9. год. н. е., чији интегрални текст није сачуван, а о чијој садржини се сазнаје преко бројних фрагмената, не увек несумњивих у погледу првобитне садржине. У оквиру *Digesta* се не помињу, кроз обимније фрагменте или кроз кратка запажања, на више од три стотине места.

⁵ Више о циљевима којима Август тежи кроз кадукарно законодавство в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1994, стр. 44 - 67.

⁶ Више о томе у Јовановић М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), стр. 128 - 165.

склапају.⁷ У том смислу уследиле су значајне новине у области породичног права и породичних односа уопште. Међу њима и неки вид ограничавања очинске власти, чији карактер, према сачуваном тексту, није довољно јасан и код којег није лако повући границу између злоупотребе и кршења права.

Реч је о сагласности оца на брак деце, односно о сагласности *pater familias*-а на брак подређених лица, без које га ова нису могла закључити. У склопу те сагласности помиње се и давање мираза ћерки. Обавеза на брак, наметнута кадукарним законима, могла се испунити, а тиме и стећи одређене личне и имовинске користи, само ако се добије сагласност *pater familias*-а за склапање брака.⁸ Ускраћивање сагласности онемогућавало је остварење права на брак (тиме и на брачно потомство), односно удоваљавање законској обавези да се брак склопи. Међутим, законом се није могла укинути очинска власт, као стара, дубоко укореењена и римском патријархалном систему примерена установа. Нити је Август, као ватрени поборник обнављања старих обичајних и моралних норми, посебно у сфери породичних односа, могао томе тежити. Напротив, исказујући то и личним примером, потенцирао је очинску власт.⁹ Али, са друге стране, требало је поспешити закључивање бракова, те је у том смислу морало уследити и некакво ограничавање очинске свемоћи, или бар њено усмеравање ка остваривању основних циљева кадукарних закона.¹⁰ Фрагмент из Марцијановог дела, мада непотпун и нескладан као целина, и као такав врло сложен за тумачење,

⁷ Законима се уводе брачне забране, строжије за сенаторски ред но за остале у слободи рођене грађане ("ceteri ingenui"). Више о томе у Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), стр. 165 - 195.

⁸ О томе, поред осталог, в. Paulus: Sententiae, II, 19. (превод Ромац, А. - Пауло: Сентенције, "Latina et Graeca", Загреб, 1989. Више о томе у Јовановић, М.- Августово брачно законодавство (кадукарни закони), дисертација, стр. 89 - 97.

⁹ Август је неприкосновено одлучивао о браку чланова и уже и шире породице, о чему су сачувани подаци у делима римских писаца, нпр. Тацита (Annales), Светонија (De vitae caesarum, Augustus) и других. Неки подаци о томé биће касније поменути у овом раду.

¹⁰ Обично се очинска власт, као свемоћна, везује за старо доба Рима, у којем доминира затворена кућна привреда, натурална производња и велика међузависност чланова породичне групе. Питање је, међутим, да ли је у то доба очинска власт била моћнија но у класично доба Рима. Односно, не би се рекло да је у фактичком животу *pater familias* из преткласичног доба био онако свемоћан и апсолутистички настројен како се обично мисли. Више о томе у Стојчевић, Д. - Римско приватно право, Београд, 1968, стр. 67 - 69.

говори о случајевима "неоправданог" ускраћивања сагласности на брак деце од стране оца и о начину решавања таквих случајева. Према облику сачуваном у оквиру *Digesta* текст фрагмента гласи: "Према тридесетпетом поглављу *lex Iulia* онај који деци коју има под свијим влашћу неоправдано забрањује да се жене и удају, или који неће да додели мираз по конституцији божанског Севера и Каракале, биће принуђен од проконзула и управника провинције да допусти склапање брака и да до мираз. Сматра се да забрањује и онај који женидбу не захтева (не тежи женидби)".¹¹ (*Capite trigessimio quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare; prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit*).¹²

Као и многи други фрагменти из области кадукарног законодавства и овај изазива бројне недоумице, како као целина текста тако и у појединим деловима, а изгледа чак да има и неких двоумљења око превођења са латинског.¹³ Оно што већ на први поглед указује да оригинални текст није сачуван у целини и да има каснијих додавања јесте чињеница да се у истој реченици помиње *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (донет 18. год. пре н. е. и комплетиран 9. год. н. е. кроз *Lex Papia Poppaea*) и конституција Севера и Антонина Каракале (која би могла бити датирана на 211. годину нове ере). Већина романиста се слаже у ставу да је реч о ширем тексту који је сажет од стране компилатора.¹⁴ Има и аутора, као што је Морио, који сматрају да је текст из Августовог закона прерађен, тј. да је првобитни текст другачије гласио, како у погледу круга заштићених лица, тако и у погледу државних органа који ин-тервенишу. У том смислу Морио предлаже реконструкцију нешто другачијег садржаја.¹⁵ Међутим, иако та реконструкција одговара времену

¹¹ Превод на италијански даје Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, Падова, 1986 (друго издање), стр. 142. Даље у тексту и напоменама наводи различита тумачења и двоумљења око превода наведеног текста. Нека запажања у том смислу изнета су у Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), стр. 89 - 91.

¹² Marcianus lib. sex. dec. institutionum, D. 23, 2, 19.

¹³ Преглед различитих тумачења даје Astolfi, R.-*La lex Iulia et Papia*, стр. 142, н. 5 - 6; стр. 143, н. 7; стр. 144, н. 8 - 9; стр. 145, н. 11 - 13.

¹⁴ Тако мисли и Astolfi (*La lex Iulia et Papia*, стр 145.), наводећи податке о другим ауторима истог или сличног мишљења, као и о онима који другачије мисле (в. напомену 13.).

¹⁵ Према Мориоу (Moriaud: *Mellanges Girard*), текст треба овако реконструисати: "*Capite trigessimio quinto legis Iuliae quis filios neptesve quos habent in potestate iniuria prohibuerint nubere, vel*

Августа и циљевима његових закона, рекло би се да је доста слободно извршена, без солидне потпоре кроз неки други адекватан текст, те су јој основано стављени бројни приговори. Познато је какву опасност доноси и једна једина погрешно реконструисана реч. Зато је далеко сигурније и оправданије држати се текста сачуваног фрагмента, тим више што се и из њега, уз одговарајуће тумачење, може уочити основна идеја прописа из којег потиче, мада је овде јако тешко, без других одговарајућих података, разлучити елементе кршења и злоупотребе права.

Суштину проблема, рекло би се, мада не бавећи се при том питањем злоупотребе права, уочио је Астолфи, уз језичко, историјско и логичко тумачење, како читавог текста тако и појединих употребљених речи и израза.¹⁶ Фрагмент очигледно садржи два дела. Први је везан за поглавље 35. из *lex Iulia*, а други за конституцију Севера и Каракале. Први се завршава са "*vel nubere*", а други почиње са "*vel qui*". Несумњиво су компилатори Марцијанов текст скратили, мада им је циљ изгледа био, како и Астолфи сматра, пре сажимање но модификација текста.¹⁷ Првобитно, текст је свакако био обимнији, укључујући између сачуваних делова и један централни. Тај део су компилатори једноставно избрисали, механички спојивши два преостала, тако да међу њима постоји изразити несклад. То је изазвало бројна различита тумачења, како целине тако и појединих израза, као и бројне дилеме и недоумице, у које се овде може залазити.¹⁸ Само ће у најкраћем бити изнети неки одговори и решења неких празнина у фрагменту, која могу бити релативно солидно аргументована.

qui dotem dare non volunt, per praetorem urbanum, vel ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidisque provinciarum coguntur eas in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit". (Према тридесетпетом поглављу *legis Iuliae* они који деци и унуцима које имају у власти неоправдано забрањују женидбу, или који неће да дају мираз, од градског претора, или по конституцији божанског Севера и Антонина од проконзула и управника провинције, биће принуђени да допусте закључење брака и да дају мораз. Сматра се да забрањује и онај који не захтева женидбу). Коментар овог, као и неких других тумачења, даје Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, стр. 144, н. 10 и стр. 145, н. 11.

¹⁶ Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, Падова, 1986, стр. 140 и даље.

¹⁷ Астолфи: Исто, стр. 141 - 142.

¹⁸ О неким од тих дилема, као и различитим схватањима појединих аутора в. Astolfi: *La lex Iulia ae Papia*, стр. 144 - 146. Краћи осврт дат је и у Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кад. закони), стр. 88 - 91.

Текст као целина несумњиво сведочи о некој врсти присиљавања оца на давање сагласности за брак подређених лица, мада се не види на који начин се то чинило, посебно у доба доношења Августових закона, за које нема ни података о органу који је интервенисао. Наиме, у првом делу фрагмента, који се позива на поглавље 35 из *lex Iulia* (а којим се, по владајућем мишљењу наметао брак Римљанима), недостаје део о државном органу. У доба Августа, за Рим и Италију могао је то бити само *praetor urbanus*.¹⁹ Већина романиста сматра да су компилатори, у чије доба претора замењује *praefectus urbi*, једноставно избрисали текст о претору, додајући део текста из конституције којим се преторова надлежност преносила на управнике провинција.²⁰ Отуда је текст из Августовог закона непотпун, односно не види се ни санкција ни орган који интервенише. Изгледа доста вероватном претпоставка, с обзиром на чињеницу да се за провинције на управника преносе надлежности претора, да је санкција била иста као она по конституцији (само уз надлежност претора за Рим и Италију), те да су компилатори зато избрисали тај део текста. Односно, одатле би се могло закључити да је у Риму *praetor urbanus* (према непотпуној одредби из *lex Iulia*, тј. несачуваној у целини) могао принудити оца на давање сагласности за брак деце, коју има под својом влашћу. На који начин је то чинио, међутим, из окрњеног текста се не може сазнати. Може се само претпоставити да је поступао као и у другим сличним ситуацијама.

У другом делу текста, уз позивање на конституцију Севера и Каракале, почиње се речима "или који неће да додели мираз", а затим следи да ће отац бити принуђен од стране управника провинције да се сагласи са браком и да даде мираз. Чињеница да се само у другом делу текста помиње мираз (*dos*), односно присиљавање на дотирање, изазива бројне расправе у романистици.²¹ Једно од најчешће постављаних питања је зашто се дотирање помиње за провинције а не за Рим, односно да ли је

¹⁹ Такво мишљење заступао је још Heineccius: *Ad legem Iuliam et Papiam Porraeam comentarius* (2, 20, 21), Lipsiae, 1778. Прихвата га и Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, стр. 141.

²⁰ О томе в. Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, стр. 141 - 142.

²¹ Више о томе в. Landucci, L. - *Inopportunit  della distinzione della dote in necessaria et voluntaria*, Studi in onore di Pietro Bonfante, vol. IV, Milano, 1930. Такође в. Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, стр. 140 - 151. Нешто другачија запажања изнета су у Јовановић, М. - *Августово брачно законодавство...* стр. 89 - 100.

уопште помињано по *lex Iulia* или је новина по конституцији? То даље отвара још читав низ питања. Међутим, поменутом питању претходи друго, значајније: да ли се и зашто тек по поменутој конституцији на провинцијске магистрате делегира надлежност у погледу сагласности на брак деце? Тачан датум доношења конституције се не зна, али помињање двојице императора чини највероватнијом 211. годину. У сваком случају дели је око 2 века од времена доношења *lex Iulia et Papia*, а сасвим је искључено да се у том периоду кадукарно законодавство није примењивало на Римљане у провинцијама. С обиром на познату чињеницу да је 212. године Каракала, кроз *constitutio Antoniana*, доделио право грађанства скоро свим слободним становницима Царства, сасвим је вероватно да је већ пре ове конституције маса провинцијског становништва добила статус грађанства. Зато је, можда и уз планирану конституцију из следеће године, требало на "новопечене" грађане проширити, поред осталог, и примену кадукарног законодавства, уз наглашавање надлежности провинцијских магистрата у спорним ситуацијама. Рекло би се да у тим оквирима треба тражити и одговоре на питања везана за мираз.

Тешко је рећи да ли цитирани фрагмент из *lex Iulia*, у оригиналном и целовитом облику, помиње мираз. Међутим, и ако га не помиње изричито, не значи да је конституцијом уведена некаква нова установа. Сасвим је сигурно да мираз представља редовни пратилац брака у Риму, вековима пре, као и у доба Августа, имајући за подлогу снажну моралну и обичајну обавезу оца, односно шефа породице.²² А савим је вероватно да у Августово доба ова обавеза поприма и правни значај.²³ Давање сагласности на брак кћери, сходно вековним обичајима, подразумевало је и конституисање мираза. Зато, уколико одредба из *lex Iulia* заиста не помиње мираз, то највероватније значи да је довољно било присиљавање на давање сагласности, односно да давање сагласности (изнуђено у неким случајевима) подразумева и успостављање мираза, те да није било потребе да се посебно предвиђа присиљавање на дотирање кћери.

²² О томе в. Gide, P. - Du caractere de la dot en endroit romain (un Etude sur la condition privée de la femme dans le droit romain ancien), Paris, 1885. О старим схватањима и старим ванправним нормама, у првим вековима Рима, в. Де Куланж: Античка држава, Београд, 1956, превод Прокић - Милосављевић (наслов оригинала: Fustel de Coulanges: La cite antique, Paris, 1880).

²³ Више о томе в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), стр. 91.

Провинцијски обичаји, међутим, нису познавали римску неодвојивост брака и мираза. Највероватније се зато конституцијом императора предвиђа и присиљавање на давање мираза, а не само на саглашавање са браком.²⁴

На крају фрагмента се каже да брак забрањује, тј. сматра се као да га забрањује и онај отац који га не захтева, односно који не тежи закључењу брака. С обзиром на уобичајену праксу да родитељи одлучују о браку деце, и то често још док нису дозрела за брак (проглашавајући веридбу која је могла и по неколико година претходити браку), природно је било да родитељи, а правно гледано само очеви, предузимају одређене активности у том погледу.²⁵ Из текста се, међутим, не види да ли већ *lex Iulia* наглашава очеву неактивност као недопустиву или се то чини тек по конституцији. Вероватнијим изгледа да је неактивност оца била истакнута још у доба Августа, ако не директно у законском тексту, онда свакако у тумачењу званичне јуриспруденције, можда као тумачење једне врсте неоправданог ускраћивања сагласности; а конституција то само понавља.

Сагласност оца на брак деце, коју има у власти (*patria potestas*), будући нужна претпоставка за закључење брака, стара је римска установа и истовремено значајна манифестација очинске власти. Иако се већ крајем периода републике захтевала и сагласност, тј. изражена воља самих супружника,²⁶ сагласност оца је и даље била неопходна, практично током целе римске историје.²⁷ Међутим, истакнути фрагмент из Марцијана указује на велику промену у породичним односима. Август је имао смелости да правно задре у власт *pater familias*-а, дотле скоро неприкосновену на овом пољу. Иако права оца, тј. шефа породице нису у животу била онако неограничена како то кажу

²⁴Такав став, мада уз доста опреза, заузима и Astolfi: *la lex Iulia et Papia*, стр. 145.

²⁵ Доста података о томе пружају Тацитови "Анали", а још више дело Светонија Транквила: Дванаест римских царева, превод С. Хосу, Загреб, 1978, (*Suetonius Tranquillus: De vitae caesarum*). Иначе, Август је скратио време трајања веридби, како се тиме не би одуговлачило са склапањем бракова (*Suetonius: De vitae caesarum, Augustus, 34*).

²⁶ D. 23, 2, 2 (Paulus): *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt* (Неће се моћи закључити брак без сагласности свих, и оних који га закључују и оних под чијом су влашћу).

²⁷ Paulus: *Sententiae*, II, 19 (превод Ромац, А. - Пауло: Сентенције, *ILatina et Graeca I*, Загреб, 1989; такође С, 5, 4, 25).

нека тумачења одређених правних текстова, извесно је да се без његове сагласности брак деце није могао закључити. Друго је питање евентуалног фактичког утицаја мајке или сродника. Правно гледано, отац има одлучујућу реч. Било је то његово право у које држава вековима није дирала (изузев случајева спречености, болешћу или одсуством). Колико је познато, Августовим прописом се први пут законски залази у поље овога права. Генерално гледано, право оца и даље остаје, и даље је неопходна његова сагласност на брак деце. Али законски је предвиђена могућност принуде на давање сагласности. А то значи да је очево право, односно вршење права на неки начин ограничено, попримајући карактер правне обавезе.

Међутим, текст фрагмента каже да ће отац бити принуђен на сагласност, од стране државног органа, ако је “неоправдано” одбије, тј. ако тиме “неоправдано” забрањује брак деце. Сигурно се и ускраћивање мираза (карактеристично пре за провинције но за Рим) санкционисало као “неоправдано”. А и неактивност оца, тј. незахтевање брака се вероватно третирао као забрањивање само ако је “неоправдано”. Шта се конкретно подразумевало под “неоправданим” забрањивањем брака тешко је рећи, због непотпуности текста, из којег се такође може сазнати да ли је у самом закону било побројаних случајева “неоправданости” или је, што изгледа вероватнијим, званична јуриспруденција набрајала и тумачила “неоправдана” поступања, на основу генералне законске одредбе. Са доста сигурности би се могло претпоставити да се “оправданост” или “неоправданост” процењивала, сходно постојећим прописима и важећим обичајима, за сваки конкретни случај. Извесно је, на основу сазнања о кадукарном законодавству, да се није сматрало “неоправданим” забрањивање оних бракова које је сам *lex Iulia* прогласио недопустивим и са аспекта тог закона неваљалим. Наиме, прописана је била забрана брака аквестара са нечасним лицима, а сенатора још са ослобођеницима и лицима глумачке професије.²⁸ Забранити такав брак било је оправдано, односно очекивало се да га отац забрани. Затим сходно крајњем циљу кадукарног законодавства (рађање брачног потомства), није се могла сматрати неоправданом забрана брака са старијим лицем, од којег се није очекивало потомство. Наиме, *lex Iulia et Papia* предвиђају и горњу

²⁸ Више о томе в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство, стр. 166-180.

старосну границу изнад које брак није био изричито забрањен, али и није био захтеван, јер није одговарао циљу закона.²⁹ Наравно, подразумевало се да није неоправдано забранити брак који је недопуштен и по претходним прописима, пре *lex Iulia*. У осталим случајевима вероватно се процењивало, сходно обичајима и владајућим схватањима, односно јавном мњењу, шта је “повољна прилика”, “повољна партија”, а шта “неповољна” (нпр. зависно од порекла, богатства и угледа породице, припадности одређеном слоју или одређеној политичкој групацији, професији итд).³⁰

Лична међусобна наклоност или ненаклоност будућих супружника, иако се захтевала и њихова сагласност за брак, највероватније није узимана у обзир, бар не изричито, при процени “оправданости” или “неоправданости” очевог одбијања сагласности на брак деце. Додуше, законско залажење у власт оца, тј. присиљавање на сагласност, индиректно је значило и афирмацију воље будућих супружника. Али то није био Августов циљ, те је у пракси питање очевог забрањивања брака вероватно постављао неко други, а не сама деца, поготово када је први брак у питању, у који су Римљани по правилу ступали врло млади. Снага очеве власти огледа се и у чињеници да ни војник, углавном одсутан из Рима, није могао без очеве воље закључити брак.³¹ Такође и у томе што су и синови афирмисани у јавном животу, вршећи важне државне послове, остајали под очевом влашћу, мада се рецимо конзулу допуштало да се сам ослободи очеве власти.³² Сходно вековним обичајима и пре Августа као и у његово доба, о браковима су одлучивали родитељи, право гледано очеви. Сасвим је извесно да је било самовољног поступања, независно од воље деце, у чему се ни Август није разликовао од других очева.³³ Са аспекта данашњих

²⁹ О браку са старијим лицима даје податке Ulpianus: *Regulae*, 16 (превод Ромац, А. - Улпијан: Књига регула, Загреб, 1987). Више о томе в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство стр. 77 - 83.

³⁰ Подаци из дела римских писаца (нпр. Светонија, Тацита и других) управо указују да се о свим поменутих околностима водило рачуна при закључивању брака.

³¹ D. 23, 2, 35 (Papinianus 6 resp.)

³² D. 1, 5, 24 (Ulpianus 27 Sab.)

³³ Август је кћер Јулију најпре удао за сестрића Марцела, након његове преране смрти удао је за новог пријатеља и саборца Агрипу, разведевши га од своје сестричине Марцеле; а након Агрипине смрти удао је Јулију

правних система, нашло би се у Риму много примера и злоупотребе права оца и кршења права деце. Али ондашњи прописи, мало залазећи у породицу и не прокламујући посебно права деце насупрот очевој вољи, ослањали се на обичаје који другачије третирају начело савесности оца, те се покораване деце очевој вољи редовно подразумевало. Наравно, то не искључује емотивност, тј. не значи потпуно одсуство било какве емотивне везе између родитеља и деце.³⁴ И не значи такође да није било и неких противљења синова. Напротив, рекло би се да су многи Римљани Августовог доба успели да се отргну од старих схватања, да се еманципују од старих породичних обичаја, те је масовни целибат постао проблем, који је Август покушао да реши кроз кадукарно законодавство.³⁵ Зато је вероватно да се кроз поменути пропис, посебно у делу који каже да “забрањује брак и онај који га не захтева”, хтело да изврши притисак и на очеве, како би приволели синове на женидбу. Наравно, то јесте неки вид атаковања на очеву власт, али пре свега са циљем да се синови натерају на покораване закону. Уопште, основни циљ поменутог прописа, иако представља ограничавање очеве власти, није била афирмација личне слободе и воље деце, поготово синова нежења.

Ова Августова интервенција, као и друге уосталом, превасходно је имала један крајњи циљ: закључивање бракова, допуштених по *lex Iulia et Papia*, из којих би се рађало потомство достојно и способно да настави живот Империје.³⁶ У крајњој линији, пошто је по *lex Iulia* обавеза склапања брака подигнута на степен закона, пре свега је јавни интерес тај који

за свог пасторка Тиберија, противно и њеној и његовој вољи, присиливши претходно Тиберија на развод од жене коју је волео. О томе в. Suetonius: *De vitae caesarum, Augustus*, 63 - 64.

³⁴ Неке податке о емотивној страни породичног живота пружа Плиније Млађи у “Писмима”(Gaius Plinius Secundus: *Epistulae*), превод Вилхар, Београд, 1982.

³⁵ Неки подаци о томе, уз преглед извора и литературе, дати су у Јовановић: Августово брачно законодавство, стр 41 - 64.

³⁶ О томе в. Besnier, R. - *L'application des lois caducaires d'Auguste d'apres le gnomon de l'idiologue*, RIDA, Melanges de V. Visscher, I, 1949, стр. 93 -118" Astolfi, R. - *Note per una valutazione storica della "lex Iulia et Papia"*, SDHI, 39, Roma, 1973; Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986, стр. 300-350; Homo, L. - *Problemes sociaux de jadis et d'a present*, Paris, 1922, стр. 213-296. Такође Јовановић, М.-Августово брачно законодавство стр. 41-64.

се штитити наведеним прописом. Односно, неоправдано очево одбијање сагласности на брак деце, без које се брак није могао склопити, угрожавало је јавни интерес, изражен кроз кадукарно законодавство. Са друге стране, забрана брака могла је штетити и приватним интересима деце, гледаним поет кроз *lex Iulia et Papia*. Јер склапање бракова (посебно уз рађање брачног потомства), доносило је одређене предности, а несклапање је децу (посебно синове) лишавало неких права.³⁷ Друго је питање да ли су синови заиста били заинтересовани за брак. Очигледно не превише, јер иначе не би било потребе да се путем закона подстичу на брак и не би било противљења доношењу таквог закона.³⁸ Но, кроз поменути пропис штите се њихови интереси онако како их закон види, односно онакви какве закон сматра значајним. Није искључено да је у пракси чак било случајева фактичког утицања синова на очеве да се не сагласе са браком, како би га ови избегли; односно утицања на очеве да буду неактивни, да не предузимају никакве кораке за женидбу синова. И могуће је да Август, будући свестан тога, предвиђа присиљавање очева на активност и учешће у женидби синова и удаји кћери, што ови нису желели због властитог угледа. Тиме би на њих био извршен законски притисак да не сарађују са синовима у избегавању законске обавезе закључивања брака. Наравно, могуће је такође да било и шиканозног забрањивања брака од стране оца; јер стари породични односи, који су подразумевали сарадњу и међусобно уважавање очева и синова (и уопште родитеља и деце) били су умногоме нарушени, пре свега кроз хаос дугогодишњих грађанских ратова.³⁹ Али текст фрагмента не помиње “злонамерно” поступање, *malitia*, већ неоправданог, како већина романиста преводи реч *iniuria* у овом контексту.⁴⁰ Сасвим адекватан био би и превод неоправданог или штетног, у смислу понашања које се противи

³⁷ Више о томе в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство, стр. 128-161.

³⁸ Коментар оваквог стања, уз неке детаљније описе, даје Ното, L-*Problemes sociaux de jadis et d'a present*, Paris, 1922, стр. 213 и даље. Кратак преглед дат је и у Јовановић, М. - Августово брачно законодавство стр. 41-64.

³⁹ О томе в. Апијан: Римски грађански ратови, превод са грчког Богдан М. Стевановић, Београд, 1967.

⁴⁰ О дилемама и разликама у превођењу в. Astolfi: *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986, II издање, стр. 142 и даље.

начелу свесности и поштења, односно правичности. Наравно, савесност и поштење се овде, као и правичност, тумаче само са аспекта циљева и одредби кадукарних закона. А наведени пропис, независно од различитих личних мотива за недопуштено понашање, требало је, сходно прокламованим циљевима закона и санкцијама за целибат, да заштити и јавни интерес и приватне интересе синова и кћери, подређених власти очеве, односно шефова породица.

Коначно, да ли Марцијан сведочи о злоупотреби права? Рекло би се да, иако је овде доста тешко разлучити злоупотребу од индиректног кршења права. У питању је старо породично право специфичног карактера, за чију злоупотребу је прописана санкција такође специфичног карактера: неки вид присиљавања оца на давање сагласности на брак деце, односно присиљавања на одређене активности које би довеле до брака синова и кћери. Могло би се рећи да се овде злоупотреба састоји, у крајњој линији, у невршењу права; јер и “неоправдано” забрањивање брака, односно “неоправдано” ускраћивање сагласности на брак деце, има практично значај невршења права. У сачуваном тексту се наглашава да брак забрањује и онај ко браку не тежиг, односно на неки начин се изједначава изричита забрана брака, тј. ускраћивање сагласности на брак и неактивност оца у погледу брака деце. Разумљиво је такво дефинисање с обзиром на природу очевог права. Наиме, за разлику од других случајева који би се могли подвести под злоупотребу права, овде је роч о праву које већ од почетка садржи у себи и обавезу, уз овлашћење; обавезу да се редовно и сврсисходно врши, како би се омогућило склапање бракова подређених лица, што је био не само њихов већ и интерес породице као целине, па и читавог друштва. Обавеза, у оквиру овог традиционалног очевог права, није била прописана никаквим законом, али се подразумевала, сходно природи права. Доношењем кадукарних закона та обавеза је потенцирана и практично добила правни значај. Невршењем права, на шта се практично своди и забрањивање брака, отац је подређена лица могао довести у немогућност да се покоре законским нормама. Обавезивањем на вршење права, у складу са прописима кадукарних закона, очево право није укинута, али је на неки начин ограничено; јер отац злоупотребљава своје право ако га не врши, носећи тиме штету и деци и јавним интересима, израженим кроз кадукарно

законодавство. Отуда би се могло рећи да одредбе из Марцијановог текста ималу за циљ да спрече злоупотребу очевог права у односу на брак подређених лица.

MARCIAN, TEMOIGNE –T-LL DE L'ABUSE DROIT

Résumé

Le but de ce travail est d'attirer l'attention à un fragment dans l'oeuvre de Marcian, (un des derniers juristes classique romain), qui pourrait jeter de la lumière à l'abus de droit de famille dans la Rome antique, le fait auquel on n'a pas fait assez d'attention à cet aspect de chose dans la romanistique. Il s'agit d'un élément de la "patria potestas" romain, c'est à dire du droit du père de décider du mariage des enfants, (tout le long du droit caduc d'Auguste) par la législature caduque Auguste, qui imposait aux Romains l'obligation de conclure le mariage et la naissance des descendants matrimoniaux. Sans accord du père des enfants on ne pouvait pas conclure le mariage et par ce fait réaliser l'obligation législative, ce qui sous-entendait certaines sanctions. Le texte du fragment sauvegardé dans le cadre du "Digesta" (D. 23, 2, 19) dit: "D'après le chapitre trente cinq des "Leges Juliae" celui qui interdisait sans raison de marier les enfants qui sont sous son pouvoir, ou celui qui ne voulait pas donner la dot selon la Constitution des divins Sever et Caracalla, sera obligé de la part du proconsul et du gouverneur de la province de permettre le mariage et de donner la dot. On considère aussi que celui qui ne demande pas le mariage interdit le mariage". Le texte initial des lois caduques est sans doute changé de la part des compilateurs (raccourci et gauchement associé au texte de la date postérieure), en suscitant de nombreuses confusions des romanistes et par là assez problématique pour l'interprétation, comme au point de vue contenu en général, ainsi au point de vue de l'abus de droit, lequel il n'est pas facile de différencier de l'abus indirect de droit. Il est cependant certain qu'il s'agit d'un certain aspect de la limitation du pouvoir du père à l'égard du mariage des enfants. La raison de cette limitation était, le dirait-on, l'abus de droit, qui en fin de compte, consistait dans la non-exécution du droit. C'est parce que l'interdiction "non justifiée" du mariage avait pratiquement la même signification, c'est à dire la non-exécution du droit, alors que le texte dit que "celui qui ne demande pas le mariage l'interdit, ce qui veut dire que celui qui n'entreprit pas des activités dans le but de conclure le mariage des enfants. Une telle façon de définir est compréhensible, ayant en vue la nature du droit traditionnel du père qui, au dedans de celui-ci, de pair avec l'autorisation, depuis le commencement contenait aussi l'obligation à ce qu'on l'exerce régulièrement et consciemment, afin de rendre possible le mariage des enfants, ce qui n'était pas seulement leur intérêt mais aussi l'intérêt de la famille, de même que l'intérêt de la société. L'obligation n'a pas été prescrite obligatoirement par la loi, mais elle a été sous-entendue, selon la nature du droit. Le droit du père, par les lois d'Auguste n'était pas supprimé, c'est à dire son autorisation était

restée, mais on a insisté sur l'obligation de l'exercice du droit, en accord avec les buts de ces lois, par quoi pratiquement le pouvoir du père a été limité, avec le but d'empêcher son abus, par quoi on pourrait porter dommage aux enfants (obligés à être mariés) mais aussi aux intérêts publics, proclamés dans la législation caduque.

Др Невена Петрушић
доцент

ЕЛЕМЕНТИ САДРЖИНЕ РЕШЕЊА О НАСЛЕЂИВАЊУ

I

1. Оставински поступак, као један од посебних ванпарничних поступака, води се са циљем да се у поступку пред судом утврде наследноправне последице које су наступиле у часу смрти једног лица и да се, кад је то потребно, предузму одговарајуће мере како би се заштитила и осигурала права која су наследници и друга лица стекла у тренутку смрти оставиоца.

У току оставинског поступка суд доноси многобројне, различите и разноврсне процесне и мериторне одлуке¹. Једна од мериторних судских одлука, којом се, по правилу, окончава поступак извиђања, расправљања и одлучивања у наследно-правним стварима, јесте и решење о наслеђивању².

II

2. Приликом регулисања форме и садржине решења о наслеђивању, законодавац се определио да ванпарничним

¹ Подела судских одлука на мериторне одлуке и процесне одлуке само је условно тачна. Иако, посматране у односу на одлуку којом се одлучује о самом предмету судског поступка, процесне одлуке нису мериторне одлуке, појединачно посматране, оне имају карактер мериторних одлука јер се њима мериторно одлучује о појединим процесним питањима. (Видети: Марковић, М. - Грађанско процесно право, књ. I, св. 1, Београд, 1957, стр. 65, напомена бр. 1).

² Поред решења о наслеђивању, мериторна судска одлука којом се окончава оставински поступак је и тзв. решење о "предаји" заоставштине општини. У литератури наследног права среће се, међутим, мишљење да је ова врста решења коначна, али не и мериторна одлука оставинског суда јер, како се наводи, општина није наследник, већ привилеговани окупант. (Видети: Марковић, С. - Наследно право, Београд, 1981, стр. 441). Чини се да се ово мишљење не може у потпуности прихватити јер сам основ по коме општина стиче права из заоставштине, који је иначе споран у теорији наследног права, није релевантан за одређивање правне природе тзв. решења којим се заоставштина "предаје" општини; ово решење је, као и решење о наслеђивању, мериторна судска одлука јер се њиме одлучује о предмету оставинског поступка.

процесним правилима, којима је регулисан оставински поступак³, непосредно регулише само материјалну садржину решења о наслеђивању. Због тога је, у недостатку посебних процесних правила, формална садржина решења о наслеђивању одређена, у смислу чл. 30. ст. 2. ЗВПС и чл. 33. ст. 2. ЗВПЦГ⁴, сходном применом одредби ЗПП.

Писмено израђено решење о наслеђивању мора да садржи увод (заглавље) и изрек (диспозитив или тенор). Осим

³ Пред југословенским судовима се у наследноправним стварима још увек примењују правила о оставинском поступку садржана у Закону о ванпарничном поступку Републике Србије од 24. 4. 1982. год. (Сл. гласник СРС, 25/82, 48/88, у даљем тексту ЗВПС) и у Закону о ванпарничном поступку Републике Црне Горе од 6. 12. 1986. год. (Сл. лист СРЦГ, 34/86, у даљем тексту ЗВПЦГ), које су ове две републике својевремено донеле у складу са својим нормативним компетенцијама предвиђеним Уставом СФРЈ из 1974. г. Према Уставу СРЈ, законодавна надлежност у области функционалног процесног права у целости је прешла на федерацију, која је надлежна да својим прописима, поред осталог, регулише и оставински поступак. Како федрација још увек није искористила своја законодавна овлашћења у области функционалног процесног права, то у Републици Србији и у Републици Црној Гори и даље важе постојећи закони којима су регулисани поједини посебни судски поступци. За разлику од оставинског поступка, који је у законодавној компетенцији федерације, надлежност за уређивање наследноправних односа и даље је у рукама република. Република Србије је, користећи своје нормативне компетенције, 4. 11. 1995. год. донела Закон о наслеђивању. (Сл. Гласник, 46/95.). Иако је Устав СРЈ усвојен у специфичним условима, у посебним друштвено-политичким околностима у којима се СРЈ нашла, не постоји ниједан ваљан разлог да Србија и Црна Гора имају различите законе у области наследног права јер нема ничег што је у друштвеним односима у овим републикама толико специфично да не би могло бити обухваћено јединственим законом. По свему судећи, на усвајање уставног концепта расподеле законодавне надлежности снажно су деловали они исти политички мотиви који су били пресудни и приликом решавања овог питања у Уставу СФРЈ: да се кроз посебно републичко законодавство на још један начин изрази самосталност република у оквиру југословенске федерације.

⁴ Приликом регулисања оставинског, као и свих других ванпарничних поступака, републички законодавци нису непосредно регулисали сва правила поступања, већ су, руковођени разлозима економичности и рационалности, непосредно креирали само специфична правила поступања и општим ванпарничним процесним правилом (чл. 30. ст. 1. ЗВПС и чл. 33. ст. 2. ЗВПЦГ) предвидели сходну примену одредаба Закона о парничном поступку (у даљем тексту ЗПП), матичног извора свих грађанских судских поступака.

тога, с обзиром да је против решења о наслеђивању допуштена посебна жалба, ово решење мора да садржи и образложење (чл. 8. ст. 2. ЗВПС).

3. Према одредбама чл. 122. ст. 2. и 3, ЗВПС⁵ решење о наслеђивању треба да садржи:

- податке о оставиоцу са свим подацима за његову идентификацију (лично име и име једног од родитеља оставиоца, његово занимање, датум рођења⁶, и држављанство, а за оставиоца који је био у браку и презиме које је носио пре ступања у брак);

- податке о заоставштини односно податке о наследној маси;

- податке о наследницима и величини и обиму њихових наследних делова, (лично име, занимање и пребивалиште наследника, њихов однос према оставиоцу, основ наслеђивања и евентуална ограничења наследног права, услове, рокове и налоге које морају испунити);

- податке о легатарима, прелегатарима, плодоуживаоцима, корисницима из налога и другим лицима која су у часу смрти оставиоца стекла неко право и заоставштине, са прецизним подацима за идентификацију стечених права, уколико, наравно, поред наследника, *in concreto* има и других корисника из заоставштине;

- податке о непокретностима које прелазе прописани максимум појединог наследника односно легатара, и

- споразум о деоби и начину деобе наследства који су наследници евентуално склопили у току поступка за расправљање заоставштине.

4. Анализа одредби којима је прописана садржина решења о наслеђивању показује да поједини од предвиђених елемената нису елементи садржине решења о наслеђивању. Осим тога, поједини од предвиђених елемената постали су, због промена које су се у својинскоправном систему земље у међувремену догодиле, једноставно - неупотребљиви, опсоле-

⁵ Идентичне одредбе су садржане и у чл. 127. ЗВПЦГ. Правила ЗВПЦГ о оставинском поступку идентична су са правилима ЗВПС о оставинском поступку. Због тога се све примедбе које су у раду упућене појединим правилима ЗВПС у подједнакој мери односе и на правила ЗВПЦГ.

⁶ Један од података који се тиче оставиоца је и датум његове смрти, односно датум правноснажности решења којим је оставилац проглашен умрлим. Иако, вероватно грешком, датум смрти оставиоца није наведен као податак који се обавезно уноси у решење о наслеђивању, нужно је да и он буде означен у решењу јер је за датум смрти оставиоца везан тренутак у коме наступа делација и у коме наследници стичу права из заоставштине.

тни. Садржина и сам начин редакције законских одредби којима је прописана садржина решења о наслеђивању је, вероватно, разлог због којег је у теорији наследног и ванпарничног процесног права изграђена непрецизна и не сасвим тачна дефиниција решења о наслеђивању. Од много већег значаја је, међутим, околност да се поједине одредбе о садржини решења о наслеђивању у судској пракси различито тумаче и понекад погрешно примењују, што у одређеним случајевима изазива штетне последице на плану остваривања и заштите наследних и других права појединих учесника у оставинском поступку.

5. У литератури наследног и ванпарничног процесног права решење о наслеђивању се најчешће дефинише као коначна и мериторна одлука којом се утврђује ко су наследници одређеног умрлог лица, какав је састав његове заоставштине и која су права припала наследницима, легатарима и другим лицима у часу његове смрти. Садржина наведене дефиниције решења о наслеђивању, која се у различитим, више или мање успешним језичким варијацијама, најчешће среће у научној и стручној литератури, показује, међутим, да, посматрно *stricto sensu*, овакво појмовно одређивање решења о наслеђивању, није сасвим тачно.

У оставинском поступку суд заиста одлучује не само о томе ко су наследници одређеног оставиоца већ и о томе која права припадају легатарима, прелегатарима⁷, корисницима из налога и другим корисницима који остварују неко право из заоставштине. Поред тога, кад постоји потреба, оставински суд одлучује и о томе ко ће управљати наследством. Исто тако, у поступку за расправљање заоставштине суд одлучује и о трошковима самог поступка. Све ове одлуке које оставински суд доноси представљају, суштински посматрано, посебне судске одлуке; све су оне резултат различитих и посебних силогистичких операција оставинског суда. Да је реч о посебним

⁷ Редактори Закона о наслеђивању РС од 4. 11. 1995. год. су у великој мери напустили постојеће стручне термине, чија се употреба већ одомаћила у судској пракси и у литератури наследног права. За означавања многих наследноправних института употребљени су нови правно-технички изрази, од којих су се многи, иако "домаћег порекла" током времена изродили из српског језика. Такав је нпр., случај са изразом "завештање", који је употребљен уместо израза "тестамент", као и са изразима "испурука", и "подиспурука", којима су замењени изрази "легат" и "прелегат". Недоступност стенографских бележака о раду на припреми Закона о наслеђивању онемогућава да се сазна којим су се разлозима и мотивима чланови стручног тима руководили одступајући од већ уобичајене стручне терминологије.

судским одлукама види се и по томе што су и објективне и субјективне границе сваке од одлука које суд у току оставинског поступка доноси различите, што је од практичне важности нарочито у погледу побијања сваке појединачне одлука оставинског суда. Иако се у пракси најчешће догађа да суд истовремено⁸ одлучује и о правима наследника и о правима легатара и других корисника из заоставштине, све ове одлуке су посебни судски акти. И кад су садржане у истом писмену у коме је садржано решење о наслеђивању, као и кад су редиговане у виду посебних писмена, све ове судске одлуке задржавају своју "посебност". Уосталом, није ни језички коректно, нити је логично рећи да решење о наслеђивању садржи нпр., решење о легату, поред осталог и због тога што легатари нису оставиочеви наследници; решење о наслеђивању и решење о легату су, у материјалном смислу, две посебне судске одлуке које су само (најчешће) садржане у истом судском писмену.

Ако се имају у виду изнесене чињенице, чини се да би под решењем о наслеђивању, посматрано у материјалном смислу, требало подразумевати само ону судску одлуку којом оставински суд утврђује ко су наследници одређеног умрлог лица и која им права, и у ком обиму, припадају као наследницима одређеног оставиоца. Сагласно томе, решење о наслеђивању у формалном смислу било би писмено у коме је садржано решење о наслеђивању у материјалном смислу.

б. Један од "елемената" садржине решења о наслеђивању јесте и споразум санаследника о деоби и начину деобе заоставштине. Наиме, према одредби чл. 122. ст. 3. ЗВПС, "*ако у њојшуйку за расцрављање заоставштине сви наследници споразумно предложе деобу и начин деобе, суд ће овај споразум унећи у решење о наслеђивању*" (законска формулација)⁹.

⁸ Употребљени израз "истовремено" не треба схватити у буквалном смислу речи не само због тога што суд, по природи ствари, не може "истовремено" да донесе већи број одлука, већ и због тога што постоји логичан редослед доношења одлука, будући да су поједине одлуке од прејудицијелне важности у односу на неке друге одлуке. Тако, суд може да донесе решење о легату тек после доношења решења о наслеђивању јер се тек у том часу може знати да ли је лице, на коме лежи дужност испуњења легата, заиста наследник оставиоца.

⁹ У правном систему СФРЈ, истоветна одредба је била је садржана и у Закону о наслеђивању из 1955. год., као и у законима о наслеђивању свих република и покрајина у СФРЈ. Исто тако, идентична одредба је била садржана и у свим републичким и покрајинским законима о ванпарничном поступку.

Начин стилизације одредбе из чл. 122. ст. 3. ЗВПС довео је до тога да поједини судови у случају постојања споразума санаследника о деоби и начину деобе заоставштине доносе тзв. "*решење о наслеђивању на основу споразума сйранака*". У диспозитиву таквих решења судови понекад уопште не наводе величину наследних делова санаследника, већ конкретнo одређују који су објекти из оставинске масе, тј. која су потраживања припала појединим наследницима. Понекад, у таквом решењу, поједини судови не наводе чак ни сам основ наслеђивања.

У делу теорије наследног права овакво поступање судова наишло је на негативну критику. Истакнуто је да су решење о наслеђивању и споразум о деоби и начину деобе два потпуно одвојена акта: решење о наслеђивању се односи на стање у моменту смрти оставиоца, док споразум о деоби делује од дана закључења споразума, тј. од његовог потписивања и овере пред судом¹⁰.

Формулација одредбе из чл. 122. ст. 3. ЗВПС је очигледно погрешна. Споразум санаследника о деоби и начину деобе не може бити "*унетй у решење о наслеђивању*" јер су решење о наслеђивању и споразум о деоби два сасвим различита и међусобно независна акта, која могу само формално бити садржана у истом писмену.

7. Правна природа споразума наследника о деоби и начину деобе заоставштине, који суд "*уноси у решење о наслеђивању*", тј. правна природа самог поступка у коме се странке споразумевају о деоби и начину деобе заоставштине, може се двојако одредити.

Пре свега, могло би се закључити да је законодавац, у ствари, предвидео да се са поступком за расправљање заоставштине може спојити посебан ванпарнични поступак за деобу заједничких ствари или имовине, тј. да истицањем "*сйоразумног йредлога деобе и начина деобе*" (законска формулација) странке заједнички покрећу посебан адхезиони поступак за деобу заоставштине. Управо је такво схватање изражено и у делу судске праксе. У публикованом фрагменту једне судске одлуке наводи се да "*... сйоразумни йредлог санаследника за деобу заостйавиштинe из чл. 122. сй.3. ЗВПС йредсйавља деобу заједничке сйвари или имовине, йе йредлог за деобу мора да садржи све йодайке из чл. 149. сй. 2. ЗВПС, да*

¹⁰ Видети: Благојевић, Б. - Наследно право СФРЈ, Београд, 1964, стр. 362; Креч. М. - Павић, Ђ. - Коментар Закона о наслеђивању, Загреб, 1964, стр. 734; Марковић, С. - *op. cit.*, стр. 447.

би њо истом могло да се њосиуја. Предлоџ за деобу се њодноси њисмено, али се може даѡи усмено на заѡисник. Када се ѡредлоџ даје усмено на заѡисник, у ѡом случају у заѡисник се уносе сви ѡодаци ѡредвиђени у чл. 149. сѡ. 2. ЗВПС¹¹.

Тумачењем одредбе из чл. 122. ст. 3. ЗВПС могло би се, међутим, доћи и до закључка да се у случају споразумевања наследника о деоби и начину деобе заоставштине, у суштини, ради о томе да странке у току оставинског поступка склапају судско поравнање о деоби и начину деобе заоставштине.

Чини се да је за утврђивање природе поступка који се примењује приликом склапања споразума о деоби и начину деобе заоставштине неопходно, пре свега, поћи од циља и дејства самог споразума о деоби и начину деобе. Циљ који странке постижу склапањем споразума о деоби и начину деобе је очигледан: склапањем споразума о деоби и начину деобе, странке мирним путем остварују своје право на деобу заједнички наслеђене имовине, отклањајући тиме потребу да своје право на деобу остварују накнадно, закључењем уговора о деоби, тј. у поступку пред судом. Кад странке пред судом изјаве да су се споразумеле и како су се споразумеле о деоби и начину деобе заједнички наслеђене имовине, а суд њихове сагласне изјаве прими на записник и засведочи их, тиме су странке пред судом склопиле судско поравнање¹². Поравнање о деоби и начину деобе, склопљено у току оставинског поступка има исто дејство као и решење о деоби донето у ванпарничном поступку за деобу заједнички наслеђене имовине. Оно, у ствари, представља сурогат решења којим ванпарнични суд у поступку за деобу заједничких ствари или имовине одлучује о деоби и начину деобе заједнички наслеђене имовине.

У прилог тези да је поступак у коме се странке у току оставинске расправе споразумевају о деоби и начину деобе заоставштине, по својој природи, поступак за склапање судског поравнања, а не поступак који се води по правилима ванпарничног поступка за деобу заједничких ствари или имовине, могу се навести и неколико других аргумената.

Пре свега, поступак за деобу заједничких ствари или имовине намењен је и прилагођен за поступање у стварима

¹¹ Решење Окружног суда у Нишу, Гж. 2767/83, Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу, 15/83, стр. 38-39. Одлука је наведена и код: Ристић, В. - Ристић, В. - Приручник за практичну примену Закона о ванпарничном поступку, Београд, 1989, стр. 167-168.

¹² Тако и: Креч, М. - Павић. Ђ - *ibidem*.

деобе кад сутитулари права својине на ствари не могу сами, споразумно, мирним путем, да одлуче о деоби и начину деобе, тј. кад међу њима постоји несагласност о деоби и начину деобе. Ова интенција законодавца дошла је до изражаја у чл. 153. ЗВПС којим је предвиђено: *"ако учесници не њостїиґну сїоразум о начину деобе, суд ће их саслушаїти, извеиће њоїтребне доказе (...) ња ће, у складу са одговарајућим њроїсима маїтеријалноґ њрава, донейти решење о деоби..."*. Законодавац, дакле, није предвидео могућност да оставински суд одлучи о деоби и начину деобе, већ да је само дужан да *"у решење о наслеђивању унесе сїоразум санаследника о деоби"*. Због тога се може закључити да правила ванпарничног поступка за деобу нису ни намењена ни прилагођена за поступање кад међу санаследницима нема спора о деоби и начину деобе заоставштине.

Осим тога, треба имати у виду да законодавац није изричито предвидео могућност спајања поступка за расправљање заоставштине са поступком за деобу заједничке ствари или имовине, те се може закључити да такво спајање није допуштено. Наиме, у ЗВПС нису садржана посебна правила о спајању различитих ванпарничних поступака у један јединствени поступак, тако да, у складу са чл. 30. ст. 2. ЗВПС, у погледу спајања поступака сходно важе правила ЗПП. По правилима ЗПП, спајање поступака у различитим правним стварима допуштено је само кад се у свим правним стварима примењује иста процедура. Сходно наведеним правилима, ванпарнични суд није овлашћен да у јединствен поступак споји два различита ванпарнична поступка. Једини поступак који се придружено може водити уз све грађанске судске поступке јесте поступак за склапање судског поравнања, под условом, наравно, да законодавац, из одређених разлога, није изричито искључио могућност склапања судског поравнања у конкретној правној ствари (аргумент чл. 321. ЗПП, који се сходно примењује у свим грађанским судским поступцима).

Имајући у виду наведене аргументе, чини се да се са много више основа може закључити да је поступак у коме у току оставинске расправе долази до склапања споразума о деоби и начину деобе заоставштине, по својој природи и суштини, поступак за склапање судског поравнања. Поступак за склапање судског поравнања, у коме странке странке пред судом и уз суделовање суда склапају поравнање, има карактер

ванпарничног поступка, иако су одредбе којима је он регулисан садржане у ЗПП¹³.

Поступак за склапање судског поравнања у погледу деобе и начина деобе заоставштине може да покрене један од наследника, али то могу заједно да учине и сви наследници, својим споразумним предлогом. У складу са правилима ЗПП, кад странке пред судом изјаве да су се поравнале и како су се поравнале у погледу деобе заоставштине, суд има задатак да утврди да ли садржина поравнања није супротна когентним нормама и правилима друштвеног морала. Осим тога, ако међу наследницима има малолетних лица без родитељског старања, или других лица која нису у могућности да се сама брину о заштити својих права и интереса, суд је, у складу са чл. 4. ЗВПС, дужан да затражи мишљење органа старатељства о томе да ли је садржина поравнања у складу с интересима неспособног лица. Уколико суд утврди да су испуњени услови за допуштеност поравнања, суд такво поравнање засведочава и уноси у писмено које садржи решење о наслеђивању.

8. Кад су у истом писмену садржани решење о наслеђивању и судско поравнање о деоби и начину деобе заоставштине, они се не "стапају" у јединствен правни акт, нити то доводи до промене њихове правне природе. Решење о наслеђивању и споразум о деоби и начину деобе остају, и по садржини и по дејству, два потпуно самостална акта, која су само формално садржана у истом писмену. Без обзира на то да ли је у току оставинског поступка дошло до склапања судског поравнања о деоби и начину деобе, решење о наслеђивању увек има исту материјалну садржину, исту природу и исто дејство: њиме се утврђују наследноправне последице које су наступиле у часу смрти оставиоца. Због тога не постоје разлози да суд окончава оставински поступак доношењем тзв. *"решења о наслеђивању на основу споразума"*, кад у току оставинског поступка наследници склопе поравнање у погледу деобе и начина деобе заоставштине, с обзиром да споразум наследника о деоби и начину деобе не представља основ решења о наслеђивању. Решење о наслеђивању, као и свако друго судско решење, доноси се увек на основу закона, а не на основу

¹³ Видети: Трива. С. - Белајец, В. - Дика, С. - Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1986, стр. 472; Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Београд, 1989, стр. 296; Рачић, Р. - Начело диспозитивности у грађанском парничном поступку, Ниш, 1990, стр. 123.

споразума наследника, без обзира на сам правни основ наслеђивања. Суд доноси решење о наслеђивању на основу закона чак и кад је правни основ наслеђивања воља оставиоца.

9. Из истих разлога не може се прихватити ни схватање, изражено у делу судске праксе, по којем тзв. "решење о наслеђивању на основу споразума" представља извршну исправу¹⁴. Решење о наслеђивању је судска одлука декларативне природе, која није подобна за принудно извршење. И кад је у писмено које садржи решење о наслеђивању унет споразум странака о деоби и начину деобе заоставштине, само решење о наслеђивању не мења своју природу - оно је и даље утврђавна судска одлука. Правни акт који се по правилима извршног поступка може принудно спровести није тзв. решење о наслеђивању на основу споразума, већ судско поравнање о деоби и начину деобе заоставштине, које је само формално спојено са решењем о наслеђивању.

Осим тога, треба приметити да није подобно за принудно извршење свако судско поравнање о деоби и начину деобе заједнички наслеђене имовине. Наиме, своје право на деобу санаследници могу да остваре тако што ће се споразумети о конкретној подели објеката заједничког права својине. Склапањем таквог споразума, санаследници из законског режима заједничке својине прелазе у режим искључиве својине, чиме престаје имовинскоправна заједница која је до тада међу њима постојала. Могућно је, међутим, да се санаследници определе да своју заједнички наслеђену имовину само идеално поделе, тј. да деобом пређу из режима заједничке својине у режим сусвојине, чиме њихова наследноправна заједница престаје и заснива се нова, сувласничка заједница¹⁵. Ако се

¹⁴ У делу судске праксе изражено је схватање да тзв. решење о наслеђивању на основу споразума странака представља извршну исправу на основу које се може покренути поступак извршења деобом ствари. Такав закључак усвојили су и учесници Заједничке седнице Окружног суда у Нишу и IV Већа Врховног суда Србије, одржане 16. јуна 1989.г. у Окружном суду у Нишу. Закључци са ове Седнице објављени су у Зборнику "У име народа", Сврљиг, 1990, стр. 36-23.

¹⁵ У судској пракси се говори о тзв. "етапној" или "каскадној деоби". По схватању Врховног суда Србије, "... Када више лица наслеђују истога оставиоца, они могу из заједничке својине, као санаследници непосредно прећи у режим искључиве својине једном једином деобом. Али је могућ и други пут, кроз тзв. каскадну, етапну деобу, у ком случају санаследници врше најпре прву деобу, на основу које из заједничке имовине прелазе у режим сусвојине, а касније врше другу,

санаследници одреде за овакав начин деобе, у таквом случају судско поравнање има конститутивно дејство, тако да није подобно за принудно извршење.

10. Доношење тзв. решења о наслеђивању на основу споразума странака је погрешно не само с теоријског аспекта већ и с аспекта практичног остваривања и заштите права појединих наследника, што посебно долази до изражаја у погледу побијања решења о наслеђивању и самог споразума о деоби и начину деобе. Пре свега, кад суд, у случају споразумевања наследника о деоби и начину деобе заједнички наслеђене имовине, донесе решење о наслеђивању на основу споразума, отежана је могућност контроле законитости самог решења о наслеђивању јер се из његове садржине тешко може поуздано утврдити који делови тог решења представљају само решење о наслеђивању, а који од њих представљају елементе споразума странака о деоби и начину деобе заоставштине. Осим тога, таква (погрешна) редакција решења отежава могућност да

физичку деобу, на основу које из режима сусвојине прелазе коначно у режим искључиве својине". (Видети: Одлука Врховног суда Србије, Рев. 869/89 од 3. 4. 1991.г., Билтен судске праксе, 3/91, стр. 13-14). У судској пракси преовлађује схватање да се "под деобом заједнички наслеђене имовине подразумева не само физичка деоба, већ и деоба путем одређивања идеалних делова санаследника, чиме се раскида наследноправна заједница, а дотадашњи санаследници постају сувласници". (Врховни суд Србије, Гзз. 422/71 од 31. 1. 1972.г., наведена код: Ралчић, Т. - Правни институти, прописи и судска пракса у области својинских односа, Београд, 1983, стр. 123. Видети и одлуку Врховног суда Србије, Гж. 3331/76, Билтен судске праксе, 9/76, стр. 33). Такав став је својевремено, у време важења савезног Закона о наслеђивању из 1955. год, био заузео и Савезни суд. (СВС, Рев. 2905/62 од 4. 10. 1962.г., Збирка судских одлука 1962, св. 3. одлука бр. 293). У истом смислу и став Врховног суда Војводине, Гж-186/63 од 22. 2. 1963.г., Збирка судских одлука, 1963, св. 1., одлука бр. 18). Такво схватање преовлађује и у теорији наследног права. (Видети: Финжгар, А.- Наслеђивање, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, II том, Београд, 1976, стр. 365; Креч, М. - Павић, Ђ. - *op. cit.*, стр. 517; Gavella, N. - Правни положај наследника, Загреб, Чаковец, 1983, стр. 76). У научној литератури су, међутим, изражена и супротна мишљења. Тако, по схватању Гамса, деоба путем одређивања удела није "практична" јер изазива потребу за даљом деобом, ствара велике неприлике, губитак времена и материјалне трошкове. (Гамс, А. - Брачно и породично имовинско право, Београд, 1966, стр. 100). Марковић је мишљења да претварање наследничке заједнице у сувласнички однос значи изигравање законског режима о наследничкој заједници. (Марковић, С. - *op. cit.*, стр. 329-330).

и странке и, евентуално, суд правног лека контролишу законитост самог решења о наслеђивању, посебно његову материјалну и материјалноправну исправност у погледу утврђивања величине наследних делова сваког појединог наследника, јер приликом доношења тзв. решења о наслеђивању на основу споразума наследника, судови, по правилу, не наводе чак ни величину наследних делова наследника. Због тога се из садржине таквих решења не може испитати да ли је за евентуалну незаконитост "одговоран" суд или се ради о томе да је садржина одлуке непосредно детерминисана располагањима странака тако да суд уопште није ни могао да почини неку од грешака у суђењу.

Поред тога, одређене потешкоће настају и због тог што су правна средства и разлози за побијање решења о наслеђивању потпуно различити у односу на средства и разлоге за побијање споразума о деоби и начину деобе заједнички наслеђене имовине. Наиме, догађа се да суд донесе тзв. решење о наслеђивању на основу споразума странака о деоби и начину деобе, приликом чијег закључења је постојао неки недостатак у вољи странке. С обзиром да мане у вољи нису предвиђене као посебан жалбени разлог против решења о наслеђивању, остаје отворено питање како треба поступити у ситуацији кад странка уложи правни лек против решења о наслеђивању донесеног на основу споразума, позивајући се на то да је до споразума дошло под утицајем заблуде, принуде или преваре.

12. Према одредби чл. 122. ст. 2. ЗВПС, суд је дужан да у решење о наслеђивању унесе *"йодайке о нейокрејиносџима које йрелазе йројисани максимум йојединог наследника, односно легајшара"*. Ако се има у виду да су у нашем правном систему већ одавно престали да важе прописи о тзв. земљишном максимуму, као и прописи којима се ограничава право својине на другим непокретностима које могу бити предмет приватне својине, очигледно је да је наведена одредба постала потпуно опсолетна и да је, као таква, одавно требало да буде елиминисана из законског текста.

Ш

13. Извршена анализа правила којима је прописана садржина решења о наслеђивању показује да би у току рада на савезном закону о ванпарничном поступку, којим ће, после више од двадесет година, у Југославији поново на јединствен начин бити уређен оставински поступак, требало више пажње посветити редакцији правила о решењу о наслеђивању.

Предстојећи рад на доношењу савезног закона о ванпарничном поступку представља прилику да се отклоне уочене слабости и недостаци у постојећем оставинском поступку, да се неки од постојећих процесних инструмената оставинског поступка коригују и дограде и пронађу решења за процесне ситуације које важећим прописима нису регулисане и за које су судови до сада били принуђени да сами проналазе решења. Једном речју, законодавац има прилику да нормативно уобличи такав поступак који ће омогућити још брже, ефикасније и економичније пружање правне заштите у наследноправним стварима.

Dr Nevena Petrušić
Chargée de cours à la Faculté de Droit à Niš

ELEMENTS DU CONTENU LA DECISION DE L'HERITAGE

Résumé

C'est le contenu matériel dans la décision de l'héritage qui est l'objet de l'analyse dans ce travail. A la base des résultats de l'analyse des règles dont est réglé le contenu de l'héritage l'auteur conclut que certains éléments, pour lesquels la loi a décidé de faire la partie intégrante de la décision de l'héritage présentent des actes juridiques à part qui sont (le plus souvent) contenus dans le même texte de l'héritage. A part cela l'auteur remarque que certaines règles, touchant le contenu de la décision de l'héritage, sont devenues superflues et qu'il faudrait les supprimer du texte de la loi.

Мр Наталија Жунџић
асистент

ИДЕОЛОГИЈА ПОЛНИХ УЛОГА

Феминистичка теорија увела је у анализу опресије жене улогу идеологије као модуса утемељења сексизма, настојећи да маркира индикаторе њене потчињености. Феминисткиње су отвориле нови простор у којем се одиграва друштвено несвесно, речју, маргинализовано и "природно" поље полне хијерархије.

У основи социјабилитета полности лежи идеолошка свест о односима полова и женској судбини у свим друштвеним системима. То неистражено подручје идеологије полних улога, које је оперисало са "готовим истинама", митовима, стереотипним значењима, труизмима, и "прећутним претпоставкама", производило је друштвену свест полне дискриминације, дајући тако алиби за праксу увек актуелне неравноправности. Како примећује М. Барет, "феминисткиње су идеологију стављале у центар угњетавања жене, тај централни положај био је више очигледан него аргументован".¹ Овај поредак очигледног се у идеологији полних односа укоренио тако дубоко да се и у оним најтемељнијим пројектима људске еманципације појављивао као његов затомљен и "непроблематизован кутак".

Идеологији пола, као начину репродукције неравноправности полова, у савременој феминистичкој теорији прилазило се на више начина. Основа за идеологију неравноправности тражена је, на пример, без остатка у различитим последицама које репродукција има по жене и мушкарце, речју, у "биологији као судбини". Радикалне феминисткиње су дефинисале идеологију угњетавања као "извор енергије"² патријархалне доминације, као инструмент моћи који је самоодржив и као такав без потребе даљег објашњења. Феминисткиње (марксистичке оријентације) које су заступале концепцију "друштвених односа репродукције", и које су на неки начин покушале редефинисати марксизам и дати му "полну компоненту", безусловно су се морале суочити и са питањем идеологије. Сусреле су се са дилемом која постоји

¹ Барет, Мишел 1983, Потчињена жена. Радничка штампа, Београд, стр. 88

² Таково схватање идеологије угњетавања лежи у основи дела Ксјт Мил.

када се идеологија посматра са аспекта "релативне аутономије" идеолошке инстанце. Како каже М. Барет, било је јасно да "концепција капитализма по којој се све форме идеологије виде као одраз експлоатације рада од стране капитала, по којој пол не игра никакву улогу, мало може користити феминистичкој анализи."³ Феминизам је, сматра она, одиграо пресудну улогу у дезавуисању механистичког третирања идеологије као консе-квентног духовног израза економских противуречности. Такву анализу деловања идеологије примењивале су пре свега оне феминистичке теоретичарке које "материјалну основу" патријархата нису тражиле у контроли над женским радом, већ су идеологији приписивале већу или мању меру аутономности у односу на економску базу. Зато је и појам патријархата одређиван као, пре свега, идеолошка инстанца, која, наравно, има своје "материјалне" изворе, али егзистира и делује независно од њих. Идеологија женскости тако постаје средишња тачка анализе феминистичке теорије.

На феминистички аспект идеологије женскости битно је утицала Алтисеова концепција идеолошких апарата државе. Алтисе потврђује да идеологија "представља, у свом нужно имагинарном искривљавању, не постојеће односе производње (и друге односе које из њих произилазе), већ изнад свега (имагинарни) однос група према односима производње и односима који из њих произлазе."⁴ Ова имагинарна искривљавања се дистрибуирају преко "апарата идеолошке државе" у које спадају мас-медиа, закони, религија и образовање. Оно што је за феминисткиње у његовом раду било одлучујуће, пре свега, јесте теза о трансформацији индивидуа у субјекте у етимолошком смислу, дакле, у потчињене индивидуе које су се спремне подређивати.⁵ Алтисе подвлачи како каже М. Барет, да се појединачни субјекти изграђују и репродукују у идеологији.

Сам Алтисе није се бавио питањем идеолошког представљања жена. Међутим феминисткиње су употребиле ове појмове да би показале како идеологија подржава и појашњава женску субординацију. "Апарат идеолошке државе чини да се полне поделе сматрају "природним" и "неизбежним"; оне постају део само-идентитета и због тога високо отпорне на

³ Барет, Мишел, оп. цит. стр. 89.

⁴ Althusser, Ideology and Ideological Apparatus in Cosin, у: Mayes, Pat 1989, Sociological Theory, Longman, New York, стр. 82.

⁵ лат. subiectus 1. онај који лежи под нечим, суседни 2. подложан, изврнут.

промену".⁶ Идеологија неједнакости полова не само да рефлектује ту неједнакост него је значи и производи.

Теорија идеологије неравноправности полова приказује мушкост и женскост као репрезентацију реалног поретка, поретка патријархалног друштва. Реално разликовање мушкарца и жене показује да је свет у коме живимо још увек подељен и да се категорија пола мора уважавати. Због тога истраживање и критика идеологије сексизма коју су покренуле феминистичке теоретичарке мора поћи од анализе бинарног система мушко-женско и анализе социјалне конструкције полности.

Сексизам⁷ као парадигма социјалне неједнакости полова представља њен идеолошки израз, њену идеологију. Настао као производ идеологије доминације мушког пола, он "означава дубоко укоренењени систем веровања, ставова, институција у којима се разлике у суштинским вредностима људи чине на основу њиховог пола и њихове полне улоге."⁸ У феминистичкој теорији пол представља статусну категорију која омогућава целој једној групи људи да, захваљујући својим социјално-биолошким компонентама, уз ослањање на универзалне институције патријархата, одржава у инфериорном положају целу другу, исто тако дефинисану и кохерентну друштвену групу - жене.⁹ Розвита Вишњевски је побројала главне

⁶ Mayes, Pat, op. cit. стр. 82.

⁷ Сексизам је "предрасудама одређено држање, које процењује и вреднује људе у првом реду према стереотипима пола. Ако је такво држање у једном друштву широко распрострањено, онда из њега настају штете које могу ићи до угњетавања, искоришћавања, прогањања, па и уништавања човека на основу његове полне припадности. Сексизам би се могао односити како на жене тако и на мушкарце. Али, у ствари, жене много више доживљавају и подносе угњетавања и тешкоће због своје полне припадности. То у најмању руку важи за савременост. Јер сексизам према женама корени се такође у једном, данас још више раширеном патријархалном темељном држању, и прима своју ненарушену снагу из идеолошког подупирања и учвршћивања патријархалне праксе." (Wisniewsky, Roswitha/Herman Kunst 1988, Handbuch für Frauenbewegung. Zur Stellung der Frau in der Gegenwart. Informativen-Analysen-Anregungen. Bonn Aktuel GmbH. Stuttgart, стр.471.)

⁸ The Fontana Dictionary of Modern Thought, 1977, Fontanna/Collins, London. стр. 205

⁹ Елизабет Бадентер коментарише појам сексизма на следећи начин: "Ријеч "сексизам" ушла је у речник "Robert" 1977. са следећом дефиницијом - "Дискриминациони став у односу на женски пол. Термин дискриминација постаје, у свакодневном говору, синоним "сегрегације", акције одвајања једне друштвене групе од осталих

сексистичке предрасуде, које још увек егзистирају не само у главама мушкараца већ, не сасвим рефлектирано, и у свести жена:

- Прави човек је мушкарац, а жена му само служи и допуњава га, јер јој недостају претпоставке да би сама могла имати вредност као особа, па се испуњава у бризи за добробит мушкараца, у рађању и деце и у кућној сфери;

- логичка, умна, духовна активност, способност одлучивања и руковођења, свест о одговорности креативно делање преовлађујућа су својста мушкараца;

- битне одлике жене су: нејасне и осећањима управљене реакције, удаљеност од стварности и потреба за ослањањем, делатна слабост, инстинкти неговања и чувања;

- ове полне предности мушкараца захтевају и његову водећу улогу у породици, друштву и држави, где би једнака овлашћења жена у заповедању и одлучивању водила нереду ;

- јаки, умни и заштитнички мушкарац зна шта се може учинити за суштинско одређење жене, за умножавање њихових могућности и за њихову срећу;

- жене желе да се њима влада, чак и ако то не одобравају, уживају у снази мушкараца, првенствено у сексуалном погледу, а њихови покушаји да остваре сопствене животне замисли само одају потребу да увек изнова буду надвладане од стране мушкараца.¹⁰

Произлази да су владајуће категорије мушкости и женскости у друштву само идеолошки израз неједнаке поделе света на природу и културу, приватно и јавно, интуитивно и рационално, женски и мушки свет. Свако разматрање и покушај разумевања идеологије неравноправности мора поћи од преиспитивања категорија "природа" и "култура". У социјалној "мисли су ове категорије посматране изван контекста историјске условљености и зависности; пре би се рекло, као историјски нерелевантне сфере људске егзистенције, у сталној историјској опозицији. Из таквог теоријског искуства феминисткиње су закључиле да је ригидност значења ових категорија жени наметнула "историјску ћутњу" и омеђила је у границе сопстваног пола. Зато би предзнаку "природно" у карактерологији мушкости и женскости требало пронаћи историјски легитимитет.

Феминистичка теорија је стога покушала да објашњење неравноправности полова пронађе у одговору на питање: да ли је и природа спрам културе исто што и женско спрам мушког?

третирајући их лошије". (Бандентер, Елизабет 1988, Једно је друго. Свјетлост, Сарајево, стр. 207)

¹⁰ Wisniewsky, Roswitha/Kunst, Herman, op.cit. 471/472.

Ако бисмо следили Фројдову концепцију женскости,¹¹ да је "анатомија њена судбина", онда би женски модел био коначно и нужно одређен њеном природом, затворен у границе биолошке детерминације. Оваква биолошка аргументација имала је у произвођењу полова дефинитиван суд, учинивши да на овај начин обликована историјска свест стално пренебрегава социјални аспект биолошког.¹²

¹¹ Види: Фројд, Сигмунд 1969, Женскост. Нова предавања за увођење у психологију. У: Одабрана дела С. Фројда, VIII. Матица српска, Нови Сад.

¹² Неравноправност полова се у социјалној мисли третира на два различита начина. По једном схватању, неравноправност полова одређена је биолошком, генетском предиспозицијом пола, док је, по другом, одређена културом, средином и доминирајућом расподелом друштвене моћи. Антрополози, социолози и психолози који стоје на становишту "биограматике". ("Биограматика јест генерички утемељен програм који предодређује човечанство да се понаша на одређене начине" Хараламбос, М. 1989, Увод у социологију. Глобус, Загреб, стр. 356.) као што су Лајонел Тајгер и Робин Фокс, тврде да су мушкарци својом биограматиком предодређени да се понашају на одређене начине, што је последица разлике између женских и мушких хормона. Мушкарци су, по њима, склони доминацији и агресивнији, што им омогућава монополизацију друштвене моћи, док су жене својом биограматиком упућене на рађање и бригу о деци. Таква генетска основа их предодређује да преузме различите улоге. Тако се женска и мушка биограматика из примитивних ловачких друштава преноси у модерна индустријска друштва. Према томе, сваки покушај да се укину улоге по полубио би атак на природу. Социјални антрополог Ц.П. Мардок различитост улога које постоје у друтву одређује биолошким разликама, које и постоје да би друштво боље функционисало. Психолог Ц. Болби афирмацију жене и њен значај види само кроз улогу мајке. По овим ауторима, постојање биолошких и психолошких разликамеђу половима нужно детерминише различита права и дужности које им се у друштву додељују. Са таквим ставом увелико координирају и ставови ортодоксног функционализма у социјалној теорији Т. Парсонса (Парсонс, Талкот 1988, Друштва: еволуција и поредбени приступ. Аугуст Цесарец, Загреб.). Његово инсистирање на породици као "једином уточишту жене", у којем је једино она способна и одговорна за социјализацију подмлатка, почива на биологији полова и њој заснованим различитим социјалним улогама, које пак доприносе успешном функционисању система. За превиђање пола у социологији заслужан је и Е. Диркем (Емил, Диркем 1972, О подели друштвеног рада. Просвета, Београд.) са тезом да су социјалне улоге пола засноване на биопсихолошким карактеристикама пола, које омогућавају "хармонично" функционисање система. Једно је сигурно, све ове оријентације су теоријско уточиште и апологијски узор елиминације аутономног идентитета жене антагонизма полова

Шери Ортнер је покушала да на тој линији разграничења природе и културе, присутној у свим друштвима, утемељи објашњење да другоразредни положај жене у друштву има карактер општости и да важи за све културе. Људски полови у оквирима размештања симбола везаних за Природу и Културу¹³ заузимају различита места, положаје и улоге. Стога сматрамо да су појмови Природе и Културе релевантни за објашњење универзалне и панкултурне чињенице маргиналног положаја жене. Морамо се сагласити са Шери Ортнер да се свака културана одређеном ступњу развоја показује не само различитом од природе, већ и супериорнијом од ње. То се показује кроз процес "социјализовања", "култивисања" природе, што производи и различито вредновање ових двеју сфера. Култура самим тим добија дигнитет креативног субјекта, док је природа оно што је одређено и непроменљиво. Ако бисмо ову дистинкцију пројектовали на проблем жена, онда би се њихов другоразредни положај у свим културама могао објаснити тиме што се жена сагледава кроз природу и ближе њој, а мушкарац као иманентан култури. Или, како каже Ш. Ортнер: "Пошто је увек пројект културе да потчини и превазиђе природу, ако се жене сматрају делом природе, онда би култура сматрала "природним" да подређује - да не кажемо: угњетава - жене".¹⁴ Свет очинства се тако подводи под културу, док се жена и свет материнства поистовећују са оним нижим, мање вредним - природом. У свим друштвима и културама жена је дефинисана "као ближа природи", па се тако и све ситуације везане за њу у животном поретку оцењују као ниже, у култури мање вредне, без питања да учествују у једнакој подели друштвене моћи. Шери Ортнер мисли да овако схваћена и постављена супротност између природе и културе није дело природе, већ је заправо

засновале на "аутономији као судбини". На другој страни расправе, оној која улогу по полу одређује културом друштвеним механизмима социјализације полова, налазе се теоретичари међу којима је већина жена, као и увек у теорији када се расветљава њихов положај. (Ернестина Фридл и Шери Ортнер).

¹³ Овде природу и културу видимо као две битно људске категорије које једна другу детерминишу или трансцендирају у одређеном друштвеним условима.

¹⁴ Ортнер, Шери, Жена спрам мушкараца као природа спрам културе. У: Антропологија жене 1983. Зборник, приредиле: Жарана Папић и Лидија Скљевицки, Просвета, Београд, стр. 161.

резултат у свим друштвима специфичне културне операције којом сам човек један део свог друштвеног бића прима, дефинише и артикулише као мање вредан јер је ближи природи. У тој ситуацији жена бива неоправдано прикована за нижи, природни слој, јер се свако друштво заснива на "редукцији значења женског пола", док се сматра да је мушкарцу својствена "надбиолошка детерминација". Свет се, тако, дели по свим принципима на мушки и женски, и та подељеност полова иде из тога што су универзалне културне вредности структурисане са позиција супротности мушко - женско.

Зато стереотипна схватања о карактеристикама мушког и женског пола стварају две различито друштвено легитимисане идеологије - идеологију мушког пола и идеологију женског пола, или идеологију доминације и идеологију субординације.¹⁵

Становиште феминистичке теорије јесте: улога пола није

¹⁵ Особине мушког и женског стереотипа, према социолошким истраживањима Ан-Мари Рошблав-Спанле (У: Бадентер, Е. op.cit. стр. 124-125)

ОСОБИНЕ МУШКОГ СТЕРЕОТИПА	ОСОБИНЕ ЖЕНСКОГ СТЕРЕОТИПА
	<i>Осећајна стабилност</i>
Каприциозна, хистерична, осећајна, плашљива, емотивна, детињаста, лакоумислена.	Одлучан, непоколебљив, одмерен, смирен.
	<i>Механизми контроле</i>
Брбљива, брљива, извештачена, тајновита, лакоумна, лукава.	Дисциплинован, методичан, организован, строг, организаторска склоност, дискретан, искрен.
	<i>Аутономност, зависност</i>
Потреба за поверавањем другима, потреба да се свађа, кокетна, послушна.	Патриота, смисао за ризик, независан.
	<i>Доминација, самопотврђивање</i>
Слаба, нестабилна.	Потреба за моћи, потреба за славом, амбициозан, склоност ка командовању, заповеднички смисао, самозадовољан, самоуверен, потреба за угледом, каријериста, потреба за афирмацијом.
	<i>Агресивност</i>
Лукава.	Борбен, циничан, склоност ка борби.
	<i>Ниво активности</i>
Пасивна.	Плаховит
	<i>Стицање</i>
Љубопитљива.	Егоиста, материјалиста.
	<i>Интелектуалне особине, стваралаштво</i>
Интуитивна.	Креативан, бистар, објективан, склон теоријским идејама. Смисао за науку, за математику. Скептичан, разложан.
	<i>Афективна оријентација</i>
Умиљата, сажалјива, пријатна, срамсжљива, склона удешавању, потреба да има децу, потреба за заљубљивањем.	Бестидан.

рудимент биолошких разлика (анатомија као судбина), већ она представља научене обрасце понашања, усвојене вредности и ставове који се сматрају адекватнијим за један него за други пол.¹⁶ У радовима Р. Столера учињено је све да се докаже да је животна средина изнад биолошког фактора, а не обрнуто. Заправо, он својим радом суштински оповргава фатум анатомије. "Осећај сполног идентитета суштински се одређује путем културе, то јест он се учи након рођења."¹⁷ Или како сам Столер каже: "Тај процес обуке потиче из друштвене средине... Али преко мајке долази сазнање, тако да оно што до дјетета доиста и стигне јесте заправо интерпретација коју она даје о понашањима друштва".¹⁸ Дакле, оно што одређује осећај идентитета није биолошки пол, већ "искуство доживљено након рођења, процеса који почиње од ауторитативног и произвољног етикетирања детета од стране друштва као мушког односно женског бића."¹⁹

Породица је, и по схватању феминисткиња, примарни референтни оквир који обликује и одређује не само обрасце понашања већ и целокупни модел културе (без остатка важи за традиционална друштва). У пракси социјализације (односно културализације) потомства (деце оба пола), жена преноси усвојене обрасце понашања, односно систем дате културе. То су, пре свега, како систем вредности усвојен у процесу властите социјализације, тако и ставови који произлазе из њеног васпитачког социјалног положаја (као жене, мајке, домаћице, раднице).

С обзиром на реалитет редукованог идентитета жене, она се у друтву налази у функцији "социјализованог социјализатора". Процес се увек изнова репродукује, јер "биолошка "судбина" жене као мајке постаје културни позив у њеној улози социјализатора деце".²⁰ Из овога проистиче да је за феминистичку херменаутику идеологије полности суштински битно разликовање између биолошког пола (**sex**) и рода (**gender**).²¹

¹⁶ О томе, види: Процес социјализације код деце 1982. Зборник. Завод за уџбенике и наставна средства, Београд.

¹⁷ Бадентер, Е. *op. cit.* стр. 229.

¹⁸ R. Stoller, *Recherches sur l'identite sexuelle*, према: Бадентер, Е. *op. cit.* стр. 229.

¹⁹ *Ibidem*, стр. 228.

²⁰ Mitchell, Juliet 1976, *Psychoanalysis and Feminism*. Pelican Books, Harmondsworth. стр. 120.

²¹ Разлика између "пола" и "рода" нарочито се прави у литератури на енглеском језику, у том смислу што је "пол" биолошка чињеница, док

Гејл Рубин каже да је "род друштвено наметнута подела полова. Он је производ друштвених односа полности".²² Односно, род је управо она категорија "која означава (подв. Н. Ж.) наметнуту друштвену поделу по полу и женин подређен положај".²³

Управо у том премошћивању друштвено наметнутом кретању од пола ка роду одиграва се процес формирања идеологије пола-рода. Социјално склизнуће пола у род настаје процесом социјализације и спроводи се идеолошким средствима. Феминистичка теорија у анализи опресије жене стоји на становишту да разлика између полова није природна, није заснована на биологији, већ да се појединци производе на нивоу идеологије као полно одређени субјекти уметнути у категорије жене и мушкарца. Функција идеологије је да тако формиране социјалне типове прикаже као производе природе. У самом процесу означавања женског родног идентитета одиграва се процес идеологизације. Идеологија полова је заправо трансмисија културних образаца који се преносе на личност, формирајући њену полну улогу и идентитет. А полни идентитет жене је конструисан као нешто што произилази из њеног анатомског идентитета, који је основа за произвођење и изграђивање идеологије одређених "жеља и усмерења". Идеологију не можемо посматрати само као рефлекс стварности, већ засигурно и као њеног произвођача. С обзиром на неједнакост полова, можемо рећи да она не само да је као такву рефлектује, већ је и ствара. Самим тим што је интегративни део симболичке продукције и репродукције неједнакости полова, она се показује и као незаменљиви део произвођења свести. Феминистичка теорија инсистира на томе да се анализира и обележи како у различитим културама функционише онај део стварности који се тиче система ритуала и симбола везаних за полност.

За циљеве ослобођења жене и објашњење идеологије пола пресудна је борба око значења рода. Мишел Барет мисли да значење рода не сме подразумевати разлику, већ оно подразумева "подељеност, угњетавање, неравноправност, интернализовану неравноправност за жене"²⁴ Кључ за разбијање

је "род", ма колико заснован на биолошком, социо-културно-психолошка чињеница. С тог становишта било би правилније говорити о идентитету рода, gender identity.

²² Рубин, Гејл 1983, Трговина женама - белешке о "политичкој економији полности". У: Антропологија жене, стр. 116.

²³ Ibidem стр.117.

²⁴ Барет, М. 1983. op. cit. стр. 102.

постојеће идеологије женског рода она види пре свега на плану културне праксе, која може одиграти непроцењиву улогу у подизању свести и трансформацији наше субјективности. Или, као Ен Оукли тврди, потребна нам је идеолошка револуција, и то револуције у идеологијима улога по полу, револуција у појмовима идентитета пола који су прихваћени и који обележавају нашу културу.

IDEOLOGIE DES RÔLES DU SEXE

Résumé

Dans l'effort de marquer les indicateurs de l'oppression de la femme, la théorie féministe a introduit, dans l'analyse de sa subordination, le rôle de l'idéologie. L'analyse de la construction sociale de la sexualité et du système binaire masculin-féminin suppose la détection de l'idéologie du sexisme. Le système des attitudes et des valeurs qui se rapporte aux rôles des hommes et des femmes opère avec des "vérités toutes faites" avec des mythes et des interprétations stéréotypiques, produit sans cesse la conscience de la discrimination sexuelle, en donnant de cette façon l'alibi à la pratique toujours actuelle et sans cesse présente de l'inégalité des sexes.

Les sociétés sexistes, qui sont au fond patriarcales, valorisent et apprécient les hommes à travers des préjugés et selon les stéréotypes du sexe. Les conceptions stéréotypiques sur les caractéristiques du sexe masculin et du sexe féminin créent deux différentes idéologies socialement légitimes - l'idéologie du sexe masculin et l'idéologie du sexe féminin, ou l'idéologie de la domination et l'idéologie de la subordination.

Мр Срђан Голубовић
асистент

ЕКСПАНЗИЈА ЈАВНЕ ПОТРОШЊЕ И НЕОПХОДНОСТ ЊЕНОГ ЛИМИТИРАЊА¹

Увод

Након велике депресије тридесетих година буџет, поред до тада доминантно фискалне, добија и економско стабилизациону функцију. Период који следи карактерише континуирани раст јавне потрошње, при чему је њен раст био много бржи од раста јавних прихода. Показало се, наиме, да се једном повећани јавни расходи, по правилу, не могу више вратити на првобитни ниво. Раст јавне потрошње државе су у почетку покушавале да покрију повећањем пореза или увођењем нових пореза. Међутим, седамдесетих година раст буџетских дефицита и пореског оптерећења ради његовог финансирања доводи до фискалне ситуације, а задуживање државе на финансијском тржишту доводи до раста каматних стопа и crowding out ефекта. Таква ситуација наметнула је потребу преиспитивања обима и структуре јавне потрошње, а у неким од најразвијенијих земаља света - САД, Француској, Шведској, итд. долази до делимичног напуштања програма државе благостања у циљу смањења одређених категорија јавних расхода (социјална давања, издаци за школство, здравство, војни издаци и сл.). Погоршање финансијске ситуације у овим привредама повећава отпор и сужава могућности за раст јавне потрошње.

Имајући у виду искуства високоразвијених земаља у раду се разматра тенденција континуираног раста јавне потрошње, као и неопходност усклађивања њеног обима са растом јавних прихода. Услед тога, у развијеним тржишним привредама у току је утврђивање граница фискалне експанзије, односно усклађивање раста обима јавне потрошње са реалним, економским и финансијским могућностима.

1. Јавна потрошња у развијеним тржишним привредама

Једно од основних обележја савременог друштва је стално присутан тренд повећања обима јавне потрошње. Јавна

¹ Прилог је рађен у оквиру пројекта Конституисање Србије као правне државе, подпројекат Привредни систем, чији је носилац Правни факултет у Београду.

потрошња бележи раст не само у апсолутном, већ и у релативном смислу. Почев од тридесетих година овог века повећава се део националног дохотка који је намењен подмиривању јавних потреба. Као што је видљиво из података наведених у Табели бр. 1.1. јавна потрошња у земљама ОЕЦД-а непрестано расте. При томе, овај раст је најизраженији у периоду 1960-1985. год. када долази до знатног повећања учешћа јавне потрошње у расподели националног дохотка. Тако је удео јавне потрошње у расподели националног дохотка у Шведској износио 1960.године 31% док је у 1985. години достигао износ од 67%. Јавна потрошња у САД забележила је раст у периоду 1940-1986. год. од 16,9%. Она је повећала своје учешће у расподели националног дохотка од 18,4% у 1940. год. на 35,3% 1986. год. Од тога, највећи део раста (10,5%) првенствено је изазван растом дела јавне потрошње намењеног трансферима, док је пораст дела јавне потрошње намењеног војним расходима утицао на укупан раст са свега 4,4%. Крајем осамдесетих година у земљама чланицама ОЕЦД-а долази до успоравања темпа раста јавне потрошње. Неопходност редукације обима јавне потрошње била је наглашена у стабилизационим политикама ових земаља у складу са ставовима, тада доминантне школе, економије понуде, што је непосредно утицало на појаву ових процеса (види табелу бр. 1.1.). Почетком деведесетих година у земљама Западне Европе (Француска, Немачка, Италија и Велика Британија) интензитет раста јавне потрошње се знатно смањује. У 1994. години јавна потрошња у овим земљама бележи раст од 0,9% у односу на претходну годину, док је САД и Канади у истој години овај облик финалне потрошње имао негативну стопу раста од -0,8%.²

Табела бр. 1.1.

Удео јавне потрошње у расподели националног дохотка у појединим земљама ОЕЦД-а
- у процентима -

Год.	Франц.	Немачка	Јапан	Шведска	В. Брит.	САД
1880	15	10 ^б	11 ^в	69 ^г	10	8
1929	19	31	19	8 ^г	24	10
1960	35	32	18	31	32	28
1985	52	47	33	65	48	37
1989	49,7	45,1	33,0	67,0	40,9	36,1

Извор: World Bank, 1988. стр. 63, за 1989. годину
извор података OECD OUTLOOK, бр. 50, децембар 1991, стр. 8.

² Economic comision for Europe: Economic Survey of Europe in 1994/1995, United Nations, New York and Geneva, 1995, стр. 33.

- а) Подаци за 1960-1985. односе се на СРН.
- б) 1881.
- в) 1885.
- г) Само потрошња централних органа власти.

До раста јавне потрошње не долази само у развијеним привредама. Напротив, учешће јавне потрошње у расподели националног дохотка повећава се и у неразвијеним земљама. При томе, неопходно је имати у виду да је проценат пораста јавне потрошње у неразвијеним земљама био мањи од процента пораста у индустријски развијеним државама. То нарочито важи за земље са ниским дохотком по главни становника, што је и разумљиво имајући у виду значај и утицај достигнутог нивоа привредног развоја као детерминанте јавне потрошње. Уважавајући бројне разлике које постоје у дефинисању јавне потрошње, она је у просеку у земљама у развоју током 1986. године износила око 27% у односу на 14% у 1960. години³. Крајем осамдесетих и почетком деведесетих година у неразвијеним земљама обим јавне потрошње и даље бележи како апсолутан тако и релативан раст. Просечна стопа раста јавне потрошње у овим земљама 1990. године у односу на претходну годину износила је 2,9%. И поред прокламованог одређења у правцу редукације обима јавне потрошње она је 1990. године достигла просечни ниво од 28,6% националног дохотка ових земаља⁴. У поређењу са искуствима индустријски развијених земаља, земље у развоју ангажују знатно већи део националног дохотка за алиментирање јавних потреба имајући у виду достигнути ниво њиховог привредног развоја.

2. Узроци раста јавне потрошње

Као полазна тачка у објашњавању узрока пораста обима јавне потрошње, односно процеса повећања њеног удела у расподели националног дохотка узима се Вагнеров закон о проширењу јавне делатности државе. Реч је о тзв. закону о растућим финансијским потребама државе⁵. У анализи узрока пораста финансијских потреба државе, А. Wagner разликује два подручја државне активности. Прво подручје односи се на

³ D. Lindauer, Government Spending in Developing Countries, The World Bank Research Observer, бр. 1/1992, стр. 63.

⁴ World Bank, annual report, 1993, стр. 43.

⁵ О значају закона о растућим финансијским потребама видети: З. Јашић, Буџет и привредни развој, Загреб, 1980 стр. 24.

класичне функције државе (одржавање правног поретка и сигурности). Фактори који утичу на проширење класичног поља активности државе су: растућа подела рада, густина насељености и локална концентрација становништва. Друго подручје државне активности представља култура и благостање појединца, под којима се подразумевају потребе за образовањем, здравством, културом, социјалном заштитом, као и подмиривање потреба у области саобраћајне инфраструктуре. Емпиријским истраживањем А. Wagner је утврдио законитост из које проистиче да је раст друштвеног производа праћен изнад пропорционалног пораста државне активности, што утиче на повећање нивоа јавне потрошње. На основу анализе дејства наведених фактора предвиђа се раст јавне потрошње и у будућности.

Међу бројним истраживањима која се баве утврђивањем закономерности у кретању јавне потрошње Ж. Ристић наводи експликацију узрока пораста јавне потрошње Н. Timm-а који разликује две етапе у кретању јавних расхода⁶. Прву фазу, временски одређену до краја 19 века, карактерише апсолутан раст јавне потрошње, док другу фазу, од почетка 20 века, карактерише поред апсолутног и релативан раст. Узроке релативног раста јавне потрошње у односу на национални доходак, Н. Timm види у тешкоћама савладавања временских помака (time lag) у подмиривању потреба у области здравства, образовања и др. Као разлоге преласка са апсолутног на релативан раст јавне потрошње Н. Timm наводи четири временска помака. Тако се природан помак одржава на рангирање поотреба. Наиме, истиче се да се на нижем нивоу привредног развоја предност даје задовољењу индивидуалних (приватних) потреба средствима грађана, да би се у условима виших фаза привредног развоја предност давала потребама које имају карактер јавних, односно чије се алиментирање остварује уз посредовање државе. Дејство природног помака још више појачава системски условљен помак. Дејство системски условљеног time lag-а огледа се у појави да повећана могућност остваривања профита, у условима ниже фазе привредног развоја, доводи најпре до повећања инвестирања, да би се са привредним развојем и повећаним нивоом материјалног богатства повећао и број јавних потреба, уз проширење круга грађана који уживају користи од њиховог алиментирања. На темпо пораста јавне потрошње утиче и институционални помак чије се дејство огледа у прерасподели дохотка и редистрибуцији

⁶ Ж. Ристић, Фискална економија, Београд, 1990, стр. 227.

економске снаге пореских обвезника, које је изазвано задовољавањем јавних потреба. Као последњи фактор који утиче на кретање јавне потрошње истиче се идеолошки условљен *time lag*, чије се дејство објашњава дугим егзистирањем учења класичне финансијске теорије о непродуктивности државних расхода.

Поред ових схватања, које дају тумачење фактора који утичу на раст обима јавне потрошње, у економској теорији посебна пажња посвећивана је и околностима које изазивају раст јавне потрошње у одређеним фазама привредног и друштвеног развоја. Реч је о тзв. ванредним, кризним појавама као што су ратови и економске кризе које доводе како до апсолутног тако и релативног раста јавне потрошње. Специфичност дејства ових околности је у томе што након окончања ванредних појава обим јавне потрошње се не смањује тј. не враћа се на првобитни ниво. Дејство ових ванредних околности испољава се у облику ефекта померања (*displacement effect*) у кретању јавне потрошње. Након превладавања кризне фазе у привредном и друштвеном развоју долази не само до одржавања постојећег нивоа јавне потрошње, већ и до навикавања пореских обвезника на већи степен фискалне пресије, која, по правилу, прати повећање нивоа јавне потрошње. Дејство ефекта померања на ниво јавне потрошње амерички економиста Р. Samuelson објашњава на следећи начин: "Сваки период изванредног стања - сваки рат, свака привредна депресија - проширује обим државне активности. После сваког таквог ванредног стања, изгледа да се расходи никада више и не враћају на ранији ниво"⁷.

У економској теорији уобичајено је да се узроци перманентног раста јавне потрошње систематизују и деле у две групе⁸. Прву групу чине тзв. привидни узроци међу којима се обично наводе, измене у техници исказивања расхода у буџету; проширење државне територије и повећање броја становништва. Другу групу чине стварни узроци. Реч је о факторима који потичу из економске, политичке и социјалне сфере.

Као узроци који потичу из економске сфере обично се наводе следећи фактори: достигнути ниво друштвеног и привредног развоја, ниво националног дохотка по становнику, промене у економској структури друштва, проширење економске улоге државе, ниво урбанизације, политика

⁷ Р. Samuelson, Економија, (превод), Загреб, 1992. стр. 161.

⁸ Ј. Ловчевић, Институције јавних финансија, Београд, 1991, стр. 43.

расподеле на различите облике финалне потрошње и поремећаји у процесу репродукције. Свакако најзначајнији утицај на раст јавне потрошње има ниво економског развоја и карактер економске улоге државе. Пораст материјалног богатства у друштву, прелази из ниже у вишу фазу привредног развоја, доводи и до повећања производње јавних добара којима се задовољавају јавне потребе. Раст дохотка који прати привредни и друштвени развој доводи до повећања тражње за јавним добрима, што утиче и на раст обима јавне потрошње⁹. У оквиру економских узрока треба нагласити и дејство техничких и технолошких промена које утичу не само на раст тражње за јавним добрима, већ и на повећање понуде јавних добара. Утицај овог фактора посебно је изражен када је у питању онај део јавне потрошње који је намењен подмиривању војних расхода.

На апсолутни и релативни раст јавне потрошње утицај врше и фактори који потичу из политичког окружења као што су: заоштравање спољно-политичких односа и у вези са тима јачање одбрамбене способности земље, постојање социјалних конфликта и сл.¹⁰. Дејство ових фактора нарочито је изражено када су у питању државе у транзицији или неразвијене привреде где се повећаном јавном потрошњом, изнад реалних економских могућности, настоје сузбити нарасле социјалне тензије. Као узрок пораста јавне потрошње, који се може приписати политичкој сфери, наводи се и процес непрестаног проширења функција држава. Само у периоду 1913-52. године у САД појавило се преко 400 нових јавних функција што се директно одразило и на обим средстава неопходних за нормално функционисање државних служби.

На повећање обима јавне потрошње утичу и фактори који потичу из социјалне сфере, а у оквиру тога повећање броја потреба које се подмирују трансферима у корист грађана. У последњих двадесет година повећање нивоа јавне потрошње првенствено се јавља као резултат повећања износа средстава намењених подмиривању потреба са социјалним садржајем. Тако су, на пример, трансферна давања у корист грађана током 1960. године апсорбовала око 1/4 буџета САД, док је

⁹ R. Musgrave - P. Musgrave, Public finance in Theorie and Practice, McGraw Hill, NewYork, 1984, стр. 152.

¹⁰ Примера ради, јавни расходи су повећани 1939/40. год. у односу на 1934/35. год. у следећим износима израженим у милионима: у Немачкој са 17.300 DM, у Великој Британији са 790 на 1.408 фунти, а у САД са 4.487 на 9.127 долара. Види: М. Тркља, Узроци и фактори детерминације обима расхода за задовољавање општих и заједничких потреба, "Финансије", бр. 9-10, Београд, 1989, стр. 533.

осамдесетих година на подмиривање социјалних издатака одлазило око 1/2 федералног буџета. У земљама ОЕЦД-а у периоду 1986-1990. године за подмиривање потреба утврђених социјалним програмом ангажовано је између 46% и 66% укупних буџетских средстава¹¹.

На раст јавне потрошње врше утицај и фактори демографске природе. Демографска кретања изазивају раст јавне потрошње преко утицаја на тражњу за јавним добрима. Рецимо, висок природни прираштај утиче на повећање потреба за образовањем, као и што се у условима ниског природног прираштаја увећава значај потреба за бригу о старим и немоћним лицима. Ова демографска кретања директно врше утицај на структуру трансферних програма. Поред тога, и миграција становништва има утицаја на обим јавне потрошње, посебно када су у питању потребе које се подмирују на нивоу локалних органа власти.

Одлучујући утицај на раст јавне потрошње имају фактори економске природе, а посебно достигнути ниво економског развоја. Наиме, уколико је друштво на вишем нивоу привредног развоја оно је у могућности да већи део новостворене вредности усмери у правцу подмиривања јавних потреба. Међутим, у анализи узрока раста обима јавне потрошње не треба занемарити и дејство осталих фактора. Шта више, дејство ових фактора, под одређеним условима, може бити и јаче и израженије од дејства фактора који потичу из економског окружења.

3. Границе раста јавне потрошње

Горњу границу финалне потрошње у сваком друштву представља обим националног дохотка. Динамика кретања националног дохотка има пресудан утицај како на величину и кретање укупне финалне потрошње, тако и на обим и динамику сваког њеног појединог облика. Изузетно, друштво може више трошити од своје новостворене вредности али по цену погоршања платнобилансне позиције. Имајући то у виду, горња граница раста јавне потрошње одређена је величином националног дохотка и учешћем осталих облика финалне

¹¹ Учешће издатака намењених подмиривању потреба са социјалним садржајем у укупним буџетским расходима у периоду 1986-1990. године износило је у САД 50,0%, Немачкој 59,4%, Француској 66,3%, В. Британији 40,9%, Шведској 61,0%, а у Јапану 52,6%. Наведено према: Ј. Ковач и др, Инфлација и криза, "Институт за финансије и развој", Београд, 1992, стр. 128.

потрошње у расподели новостворене вредности. Уколико се ниво националног дохотка не мења, у том случају, раст појединог облика финалне потрошње нужно прати смањење учешћа осталих облика.

У последњих двадесет година, у готово свим земљама, како развијеним тако и неразвијеним, јавна потрошња је имала висок темпо раста често и изнад реалних, материјалних могућности привреде. Овакав обим јавне потрошње показао се као сметња привредном развоју и као генератор поремећаја у привреди. Као што је већ речено, обим јавне потрошње непримерен нивоу материјалног богатства нужно доводи до дефицитарног финансирања, које, по правилу, уколико се примењује у дужем временском периоду води крупним поремећајима у привреди. Крајем осамдесетих година у САД, В. Британији и другим индустријски развијеним земљама као један од главних узрока поремећаја у привреди, који су се испојили у облику незапослености, ниским стопама економског раста и појави инфлације, означена је преобимна јавна потрошња. У том смислу, као приоритетан задатак стабилизационе политике ових земаља истакнут је захтев за смањење обима јавне потрошње.

Висок ниво јавне потрошње поставио је проблем обезбеђивања средстава неопходних за њено финансирање. Раст јавне потрошње након тридесетих година овога века, а посебно у периоду 1960-1980. године, био је праћен и растом пореских стопа. Растуће учешће државе у расподели националног дохотка инволвирало је висок степен опорезивања, односно велику пореску пресију (види Табелу бр. 1.2.). Раст фискалне пресије био је потребан да би се осигурала довољна средства за све развијенију економску и социјалну услогу државе.

Табела бр. 1.2.

Буџетски приходи у друштвеном производу
- у процентима-

Година	Немачка	Франц.	Италија	В. Брит.	Шведска
1965.	31,6	35,0	23,6	30,6	35,4
1970.	34,8	40,2	31,1	42,1	40,7
1975.	41,1	41,6	31,8	42,2	41,5
1980.	44,5	45,5	32,2	45,3	44,6
1982.	47,0	43,7	33,7	46,0	50,3
1989.	47,6	53,1	41,5	51,4	56,9

Извор: OECD OUTLOOK, бр. 47, јул, 1990, стр. 15.

У Шведској, која је од свих чланица ОЕЦД-а отишла најдаље у спровођењу концепта државе благостања, јавна

потрошња чинила је 1991. године 67% бруто националног производа, у односу на 41% колико је износио просек у ОЕЦД-у, док су државни приходи, који углавном потичу од пореза, износили 60% GNP-а Шведске, према 38% колико је износио просек у ОЕЦД-у¹². Чак и у условима тако високе пореске пресије, средства прибављена на тај начин нису била довољна за финансирање јавне потрошње. Државе су прибегавале дефицитарном финансирању јавне потрошње путем јавног зајма или у виду кредита одобреног од стране Централне банке. Као што је већ речено, коришћење јавног дуга као инструмента финансирања државне потрошње изазива притисак на тржишту капитала, а такође погоршава и платнобилансну позицију. У случају покрића буџетског дефицита, изазваног прекомерним трошењем државе, емисијом новца долази до пораста количине новца у оптицају и покретања спирале инфлације тражње и инфлације трошкова. Поред негативних економских последица, вишедеценијски тренд повећања јавне потрошње и њено финансирање емисијом јавних зајмова, односно позајмљивањем државе од централне банке смањује могућност контроле од стране парламента и јавног мњења. На тај начин, институције које су, иначе, овлашћене и дужне да воде рачуна о стварању и расподели друштвеног производа немају могућност спречавања прекорачења лимита утврђених у буџету¹³.

Јавна потрошња може да расте до одређеног нивоа који не представља сметњу привредном расту дате земље¹⁴. Наиме, све до момента до којег се фискално оптерећење, терет јавног дуга и монетарна експанзија не манифестује као фактор ометања привредног развоја, јавна потрошња може да бележи раст. Након тога, преласком ове границе намеће се као нужност кресање обима јавне потрошње и њено уподобљавање реалним, материјалним могућностима.

Закључак

Стални притисак на повећање обима и проширење структуре јавних потреба изнуђивао је предимензионарање

¹² R. Bahl - J. Martinez, State and Local Government Finance, Journal of Political Economy, бр. 6/1992, стр. 169.

¹³ М. Петровић, Доминирајуће теме и дилеме на подручју фискалних финансија, Финансије, бр. 1-2, 1996, стр. 21.

¹⁴ Д. Ролер, Границе раста јавних расхода - неки аспекти, "Финанцијска пракса", Загреб, бр. 4-5/1988, стр. 202.

расхода јавне потрошње, који су све до осамдесетих година увећавали независно од материјалних могућности националних привреда. Овај процес још више је појачан аутономношћу и нефлексибилношћу расхода јавне потрошње, чиме је у први план постављено питање обезбеђивања средстава неопходних за њихово финансирање. Нарушавање компатибилног односа између стопе раста фискалног капацитета и фискалног оптерећења водило је стварању високих хрничних буџетских дефицита и њиховог финансирања емисијом јавних зајмова и/или примарном емисијом.

Инсистирање на утврђивању граница раста јавне потрошње, у савременим условима, представља кључно опередељење развијених тржишних привреда. У прилог томе, говори чињеница да несразмеран раст обима јавне потрошње смањује акумулативну и репродуктивну способност привреде, а домену економске стабилности представља извор поремећаја у привреди. У том смислу, последњих година предузимају се мере које треба да смање фискалну пресију и прилагоде обима јавне потрошње реалним економским и финансијским могућностима.

Mr Srđan Golubović
Assistent à la Faculté de Droit à Niš

EXPANSION DE LA DEPENSE PUBLIQUE ET LA NECESSITE DE SA LIMITATION

Résumé

Une des caractéristiques fondamentales de la société moderne est la tendance toujours présente de l'augmentation de l'emploi de la dépense publique. La croissance de la dépense publique a été surtout exprimée au cours des années soixantes de ce siècle au moment où le concept de l'Etat d'aisance resort au premier plan, dont le segment essentiel présente l'augmentation du chiffre des besoins financés du budget de l'Etat. La croissance absolue et relative toujours présente de la dépense publique, malgré l'augmentation de la pression fiscale, a amené aux déficits budgétaires chroniques et aux endettements de l'Etat. C'est pourquoi l'insistance à la détermination des limites de la croissance de la dépense publique, dans des conditions d'aujourd'hui, présente une orientation clé des pays développés du marché libre. Au profit de cette orientation parle le fait que la croissance disproportionnée de l'emploi de la dépense publique diminue la capacité accumulative et réproductive de l'économie, et dans le domaine de la stabilité économique, présente la source des perturbations économiques. De ce point de vue il est compréhensible que dans la politique économique des pays industrialisés, les mesures devant diminuer cette pression fiscale, reçoivent de plus en plus de l'importance et adaptent l'emploi de la dépense publique aux possibilités économiques et financières réelles.

Мр Мирослав Лазих
 асистент

РЕАЛИЗАЦИЈА ПРАВА НАМИРЕЊА ХИПОТЕКАРНОГ ПОВЕРИОЦА

In cauda venenum.
 У репу отров.

Уводне напомене

Друштвена заједница представља систем међузависних односа у којима су људи упућени једни на друге. Човек је одувек давао и узимао, односно потраживао и дуговао да би задовољио различите физичке и духовне потребе. То је условило да је зајам један од најстаријих уговора који је регулисан и првим писаним изворима права (Хамурабијев законик, Законик дванаест таблица), а као правно незаштићен однос је постојао и раније.¹ Са појавом првих поверилачко-дужничких односа јавља се и проблем осигурања наплате потраживања. Непостојање гаранције сталног бонитета и немогућност ефикасне контроле над поступањем дужника са својом имовином, чине имовинску одговорност дужника недовољном гаранцијом наплате потраживања и захтевају додатна средства осигурања правног положаја повериоца. Допунска средства обезбеђења потраживања се, уобичајено, деле на лична (уговорна казна, јемство и одустаница) и реална (капара, кауција, ручна залога и хипотека).

Хипотека је заложно право на туђој непокретној ствари које овлашћује хипотекарног повериоца да ради наплате доспелог и ненамиреног хипотеком обезбеђеног новчаног потраживања прода посредством суда хипотековану непокретност и из добијене вредности наплати своје потраживање пре обичних и хипотекарних поверилаца са каснијим рангом. Хипотека је акцесорно стварно право чија је сврха да осигура принудну наплату потраживања које дужник није испунио редовним путем, тј. добровољно.

Право намирења је овлашћење хипотекарног повериоца да наплати своје потраживање из продајом реализоване вредности предмета хипотеке. Продаја предмета хипотеке је у

¹ Вид: С. Перовић, Облигационо право, Београд, 1980, стр. 631; Д. Стојчевић, Римско приватно право, Београд, 1988, стр. 251.

функцији реализације права намирења и не третира се у нашој правној теорији као посебно овлашћење хипотекарног повериоца. Реализација хипотеке указује на потребу разликовања ова два повезана и испреплетана овлашћења хипотекарног повериоца, чијим односом се бавимо у овом раду.

1. Право намирења хипотекарног повериоца

Право намирења потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности хипотековане непокретности је примарно право хипотекарног повериоца чијом реализацијом се остварује функција хипотеке. Представља основно и комплексно овлашћење чијој се реализацији, у погледу времена и начина деловања, прилагођавају сва остала - секундарна овлашћења хипотекарног повериоца (права у случају смањења вредности предмета хипотеке, право првенства, право следовања, право продаје и др.).

1. 1. Појам и дејство права намирења

Хипотекарни поверилац стиче конституисањем хипотеке условно право намирења потраживања из вредности предмета хипотеке. Право намирења се не може реализовати до момента испуњења одређених услова, али оно од самог настанка хипотеке производи одређена дејства и оптерећује својину на предмету хипотеке. Разликовање дејства права намирења у различитим моментима постојања хипотеке узроковало је покушај правне доктрине да се залога посматра кроз "статичну" и "динамичну" фазу.

"Статична фаза залогe има функцију припремања динамичне фазе и служи да заштити ствар од свих евентуалних опасности које се могу догодити и учини је подобним за будуће задовољење кредитора. Динамична фаза актуелизује то задовољење одговарајућим средствима које стварна гаранција има кроз извршни поступак".² Хипотекарни поверилац у статичној фази хипотеке још увек нема афирмативно право намирења које може реализовати. Право намирења представља "кинетичку" снагу чија могућност активирања зависи од испуњења предвиђених услова. У статичној фази право намирења врши психолошки притисак на дужника да

² Rubino, *La responsabilita patrimoniale*, II deo, Torino, 1947, стр.240; Вид. З. П. Рашовић, *Заложно право на покретним стварима*, д. дис., Београд, 1993, стр.353.

добровољно намири тражбину. Статична фаза хипотеке треба да "конзервира" вредност хипотековане ствари, да би се право намирења реализовало у динамичној фази хипотеке. Динамична фаза залогe наступа након испуњења услова за реализацију права намирења. У динамичној фази залогe право намирења може се спровести принудним путем у извршном поступку.

1. 2. Претпоставке за реализацију права намирења

У моменту конституисања хипотеке њоме се осигурава наплата недospelог потраживања хипотекарног повериоца према дужнику. Право намирења постоји, најпре, само као потенцијално материјално-правно овлашћење чија потреба и могућност активирања зависе од испуњења следећих претпоставки: доспелост потраживања (1), доцња дужника (2) и избор намирења тражбине из предмета хипотеке (3).

1. 2. 1. Доспелост потраживања

Постојање пуноважног потраживања, због акцесорног карактера залогe, је неопходан претходни услов без кога се, по правилу, не може конституисати хипотека (*conditio sine qua non*). Реализација потраживања путем хипотеке захтева додатни квалитет постојећег потраживања - доспелост потраживања.

Доспелост потраживања наступа оног момента када је према уговору или закону дужник дужан да испуни своју обавезу, а поверилац овлашћен да захтева њено испуњење. *Venire dies significat eundem venisse, quo pecunia peti posset* (Ulpianus - D. 50, 16, 213). Доспелост значи да је наступило време у коме се дуговани износ може тужбом тражити.

Доспелост потраживања обезбеђеног хипотеком је основна претпоставка у погледу потраживања која мора наступити да би се хипотекарно право намирења могло реализовати редовним путем.³ Ова претпоставка, као и доцња дужника, настаје у облигацији чијем обезбеђењу залогa служи. Функција и акцесорност залогe успостављају потребу испуњења

³ Изузетно се хипотекарно право намирења, због угрожености интереса хипотекарног повериоца смањењем вредности предмета хипотеке од стране дужника, може реализовати и пре доспелости потраживања (чл. 67 ЗОСПО).

одређених претпоставки у главном правном односу - облигационом односу, да би се могла реализовати права из споредног правног односа - хипотекарног односа.

У нашој судској пракси се захтева да тражбина ради које се тражи продаја заложеног добра мора бити доспела и укњижена. Захтев за укњижењем тражбине произилази из правила о упису хипотеке и представља услов за формалноправни настанак хипотеке, па и за њену реализацију. Међутим, укњижба тражбине не ствара и претпоставку о постојању те тражбине, већ се постојање пуноважне и доспеле тражбине утврђује у претходном парничном поступку.

1. 2. 2. Доцња дужника

Доцња дужника (*mora debitoris*) наступа ако дужник не испуни своју доспелу обавезу у року одређеном за испуњење, нити понуди њено испуњење, а за одлагање испуњења нема правно релевантан разлог. *Non est in mora, qui potest exceptione legitima se tueri* (Sec. Paulus - D. 12, 1, 40). Није у доцњи онај који се може бранити законитим приговором.

Право наплате из предмета хипотеке могуће је реализовати тек пошто буде испуњен одложни и негативни услов (*conditio existit*) - да потраживање не буде исплаћено о доспелости, а ако се тај услов осујети (*conditio deficit*), отпада и могућност реализације права намирења путем заложног права.⁴ Дужник запада у доцњу ако по доспелости тражбине не испуни своју обавезу у предвиђеном року.

Доцња дужника наступа и непосредно делује у облигационом односу, а посредно, као и доспелост потраживања, модификује и садржину хипотекарног односа. Услови наступања доцње дужника су доспелост потраживања и опомена (*interpellatio*) у случају када време испуњења обавезе није одређено (чл. 324 ЗОО). Кривица дужника није услов за наступање доцње, а самим тим ни за реализацију права намирења.

1. 2. 3. Избор хипотекарног начина намирења тражбине

Постојање пуноважног и доспелог потраживања, доцња дужника и валидност хипотеке су потребне претпоставке за стицање могућности реализације хипотекарног права намирења.

⁴ Вид. Б. Визнер, Коментар ЗОВО, Загреб, 1980. стр. 374.

Да би до реализације хипотеке дошло потребно је још да хипотекарни поверилац изабере намирење тражбине из предмета хипотеке.

Функција хипотеке, и заложног права уопште, је да се повериоцу створи додатни извор намирења тражбине, поред одговорности дужника целокупном имовином, који се може користити у случају да изостане добровољно намирење тражбине као редован пут намирења. Имовинска одговорност и заложно право представљају супсидијарна средства намирења тражбине у односу на редован пут намирења. Да би дошло до намирења тражбине путем хипотеке потребно је да хипотекарни поверилац испуни две претпоставке:

1) Да изабере могућност принудног намирења тражбине. Начело диспозиције које важи при заштити грађанских субјективних права омогућава титуларима ових права да својом вољом одлуче да ли ће, или неће, користити могућност принудне реализације права када изостане добровољно испуњење. Хипотекарни поверилац има право избора, да захтева принудну реализацију тражбине или не користи такав захтев.

2) Да изабере намирење тражбине путем хипотеке. Одлучи ли се хипотекарни поверилац за наплату тражбине принудним путем, има, у односу на обичне повериоце, додатно право избора између два правна захтева: облигационоправног захтева који је уперен према имовини дужника и стварноправног захтева који је уперен према хипотекованој ствари. Неки аутори у старијој правној доктрини су сматрали да "заложни поверилац има две тражбине, и то једну личну и другу хипотекарну тражбину"⁵, а други "да се лични и хипотекарни дужник појављују према хипотекарном повериоцу као солидарни дужници"⁶, те зато хипотекарни поверилац има право избора.

Приликом избора хипотекарно право намирења није супсидијарно право у односу на имовинску одговорност дужника у смислу да се одредбе овог права могу примењивати тек када се одредбе о имовинској одговорности покажу као недовољне.⁷ Заложни поверилац може подићи и оба захтева, један за другим,

⁵ Ф. И. Спевец, Заложно право. Заложница, Загреб, 1911, стр.5.

⁶ Л. Марковић, Грађанско и стварно право, Београд, 1928, стр. 554.

⁷ Јустинијан је у римском праву дао хипотекарном дужнику, кад он није био и лични дужник, тзв. *beneficium excussionis personalis*, тј. право да захтева да поверилац најпре тражи наплату од личног дужника. Германско право је садржало супротно решење, па је лична одговорност важила само за евентуални остатак дуга. Опширније, Л. Марковић, Хипотекарно право, Београд, 1911, стр. 186.

ако би на основу једног непотпуно задовољио своје потраживање, јер наведени основи нису супротстављени и не искључују се међусобно.⁸Право избора основа намирења је истог карактера без обзира да ли је лични дужник истовремено и реални дужник, односно власник предмета залогe. Дужник који је у доцњи не може утицати на избор једног од два основа принудног намирења тражбине.

2. Право продаје хипотекованог добра

Право продаје (*ius distrahendi*) хипотекованог добра је овлашћење хипотекарног повериоца да изврши продају заложене ствари како би новчано изразио вредност предмета хипотеке и тиме омогућио наплату потраживања. Залогa служи да обезбеди наплату тражбине која није добровољно извршена од стране дужника. Зато тражбина, али и предмет обезбеђења, морају бити новчано изражени односно сведени на заједнички именитељ. У правној теорији залогa се третира као "право на новчану вредност ствари чији се реални карактер испољава кроз право да се реализује, за сопствену корист, новчана вредност ствари"⁹.

Продајом предмета хипотеке депосидира се досадашњи власник - хипотекарни дужник и конституише право својине у корист купца. Реализацијом права продаје се осигурано потраживање и хипотекована ствар своде на заједнички именитељ - новац, чиме се омогућава намирење потраживања. Тиме психолошки притисак хипотеке доживљава свој реалитет развлашћивањем досадашњег власника. Право продаје предмета хипотеке, које се одиграва у фази њене реализације, чини хипотеку "отровом" својине који се налази у њеном "репу".

2. 1. Начин и средства реализације права продаје

Право продаје предмета хипотеке се реализује у судском поступку на строго формалан начин и у складу са начелом

⁸ Тако: С. Karl-Herman, *Bürgerliches Recht Sachenrecht*, Wiesbaden, 1963, стр. 101; В. Soergel - W. Siebert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, IV, 1968, (коментар уз § 1147); Чл 200 ст.2 бивш. Грађанског законика РСФСР;

⁹ F. Ferrara, *Trattate di diritto civile italiano*, I, str.364, цит. по З. П. Рашовић, цит. д. дис., стр. 33.

официјелности залогe. Хипотекарни поверилац не може на основу хипотеке захтевати непосредно од извршног суда продају предмета хипотеке, већ тек након претходно добијене извршне исправе. Средство за добијање извршне исправе је хипотекарна тужба (*actio hypothecaria*¹⁰).

Хипотекарна тужба је правно средство за реализацију овлашћења хипотекарног повериоца на продају, односно уновчење вредности предмета хипотеке и намирење тражбине из те вредности. Хипотекарна тужба је процесно средство којим се захтева од суда да утврди постојање пуноважног потраживања повериоца према дужнику које је осигурано хипотеком и да обавезе хипотекарног дужника да допусти намирење тог потраживања из предмета хипотеке.

Хипотекарну тужбу подиже хипотекарни поверилац против власника хипотековане непокретности. Уколико власник хипотековане ствари (реални дужник) није уједно и лични дужник, хипотекарни поверилац има право избора између две могућности:¹¹

- може подићи тужбу против личног дужника, а ако добијену извршну исправу не реализује из имовине овог дужника може је наплатити из вредности хипотековане непокретности чији је власник дужан да допусти продају и намирење.

- може подићи тужбу и непосредно против реалног дужника захтевајући намирење потраживања из вредности предмета хипотеке. Уколико је својина на заложеној ствари прешла са заложног дужника на треће лице пре доспелости потраживања, тужба се подиже против земљишнокњижног власника, а ако је пренос својине уследио након доспелости тражбине тужба се подиже против прибавиоца. Ако прибавилац није уписан као земљишнокњижни власник на хипотекованом добру, а тужен је, тужба се може истовремено подићи и против земљишнокњижног власника, што је последица стварноправног карактера овог захтева.

Претпоставке за успешност хипотекарне тужбе, које доказује хипотекарни поверилац, су постојање доспеле тражбине (материјалноправна претпоставка) и постојање исправне хипотеке на тужениковој непокретности која

¹⁰ Поверилац је у време принципата у Риму добио реалну тужбу (*actio Serviana*) која се могла употребити против лица код којих се налазе заложене ствари. Почев од III в.н.е. ова тужба се назива *actio hypothecaria*. Опширније, Д. Стојчевић, цит. дело, стр. 179.

¹¹ Опширније, Д. Стојановић, Стварно право, Београд, 1989, стр. 356.

обезбеђује то потраживање (формалноправна претпоставка). То успорава добијање извршног наслова и чини реализацију уговорне хипотеке спором, што је њен основни недостатак.

Хипотекарни поверилац који је подигао хипотекарну тужбу може за заштиту својих права користити и две врсте забележби (*adnotatio*). То су забележба отказа хипотекарне тражбине и забележба хипотекарне тужбе.

Забележба отказа хипотекарне тражбине се може извршити ако је отказ претходно укњижен у земљишну књигу и потврђен од суда. Њено спровођење омогућава дејство доспеле тражбине према сваком следбенику дужника.

Забележба хипотекарне тужбе омогућава да се ова тужба може подићи против сваког каснијег стицаоца хипотековане непокретности, као и да се добијени извршни наслов може непосредно управити против сваког власника непокретности.

Хипотекарном тужбом поверилац иницира поступак ради добијања извршног наслова којим се утврђује право намирења повериоца и обавеза дужника на трпљење тог намирења.¹² Када хипотекарни поверилац добије правоснажну и извршну пресуду или судско поравнање, он има подобан наслов за покретање поступка принудне продаје непокретности и наплате тражбине у извршном поступку.

2. 2. Право продаје и уговорне клаузуле код хипотеке

Законом је утврђена одређена садржина хипотеке која се мора поштовати да би се остварила сврха хипотеке и истовремено заштитио интерес и хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника. Зато је код уговорне залог забрањено уговарање одређених клаузула којима се ремети садржина залог и равнотежа интереса субјеката заложног односа. Такве клаузуле су ништаве, а уговор о залози опстаје и важи као да нису ни уговорене (чл. 105 ЗОО). *Utile per inutile non vitiatur* (Sec. Ulpianus-D.45,1). Корисно се не квари некорисним.

¹² Тако је и у немачком праву предвиђено да иако је заложни поверилац, по доспелости целе или дела тражбине, овлашћен на продају заложене ствари, најпре мора да издејствује извршни наслов да би могао да изврши продају ствари у складу са прописима о продаји (§§ 1147, 1233 II BGB).

Забрањене клаузуле није могуће у потпуности утврдити принципом негативне еnumerације. У правној теорији је карактеристична забрана три клаузуле: *lex commissorio*, *pactum Marciano* и *pactum antichretium*.

2. 2. 1. Забрана клаузуле **lex commissoria**

Комисорна клаузула (*lex commissoria*) је додатна одредба уговора о залози којом се предвиђа да у случају неисплате дуга обезбеђеног залогом, право својине на предмету залогe прелази са заложног дужника на заложног повериоца.

Римско право је познавало додатке уговора о продаји (додатни споразуми или пакти - *pacta adiecta*), чије уговарање је било могуће код консенсуалних уговора. Клаузула *lex commissoria* је, осим код уговора о продаји, на специфичан начин прецизирана и првобитно могла бити уговарана и код уговора о залози. Доцније је ова клаузула забрањена код залогe због "свирепости последица које је производила према заложном дужнику" (*imp. Constantis A. ad. populum*, год. 326 - С. 8, 343).¹³

Забрана уговарања комисорне клаузуле је општеприхваћена у савременом праву а важи и за уговор о антихрези у правним системима који га допуштају¹⁴.

Забрана уговарања комисорне клаузуле је у нашем праву¹⁵ предвиђена одредбом чл. 69 ЗОСПО: "Ништава је

¹³ Ј. Даниловић - О. Станојевић, *Текстови из римског права*, Београд, 1987, стр. 185; Вид. Б. Х. Кочов, *Lex commissoria* и наше позитивно право, *Правни живот*, Београд, 3/1985, стр. 365

¹⁴ Чл. 2083 С.с. и чл. 93 ал. 4 *Трговачког законика Француске*; Чл. 816 ст. 2 и 894 Шв. ГЗ; § 1229 НГЗ и чл. 1239 *Грчког грађанског законика*, али само ако је комисорна клаузула закључена пре него што је заложни поверилац стекао право на продају предмета залогe; Чл. 1963 *Италијанског С.С.*, који познаје антихрезу, предвиђа: "Ништава је свака погодба, чак и ако је склопљена после закључења уговора, којом се уговара да у случају неплаћања дуга својина на непокретности прелази на повериоца". Тако и чл. 190 бив. ОИЗ за Црну Гору.

¹⁵ *Lex commissoria* је, првобитно, забрањена § 843 *Српског грађанског законика* који одређује да "поверилац не може заложену ствар у дуг задржати, но само по истечењу рока има право са знањем власти продати је... И по томе неће важити сви побочни уговори и услови противни природи залогe и зајма, као што су: уговор да поверитељу припадне залогa, ако му се зајам на време на врати; ...". Забрањена је и код заставе у ОИЗ за Црну Гору, који у чл. 214 ст. 2 предвиђа да "кад би у уговору била погодба да дужитељ постаје власник тога добра, чим

одредба уговора о хипотеци којом хипотекарни поверилац уговара за себе право да у случају неисплате дуга намири своје потраживање стицањем права својине на заложну непокретност, убирањем плодова које та непокретност даје или искоришћавањем непокретности на други начин".

Уговарање комисорне клаузуле је забрањено из следећих разлога:

а) Дужник је економски зависан од повериоца због чега је као уговорна страна у неравноправном положају, па је принуђен да прихвати и по њега неповољне уговорне одредбе које му поверилац намеће. Дужник, због те зависности, прихвата и уговарање хипотеке као допунског средства обезбеђења тражбине.

б) Комисорна клаузула се противи природи и сврси залог и њено допуштање би водило зеленаштву и оштећењу интереса дужника. Овом клаузулом се омогућава прелазак својине на предмету хипотеке у корист хипотекарног повериоца, без обзира да ли је вредност ствари пропорционална неисплаћеном дугу или је много већа. Код хипотеке је вредност предмета хипотеке, уобичајено, виша од износа потраживања чијем обезбеђењу служи. Зато би допуштање уговарања комисорне клаузуле омогућило оштећење интереса хипотекарног дужника.

в) Уговарање комисорне клаузуле користило би хипотекарном повериоцу са првенственим рангом. Остали хипотекарни повериоци не би могли да реализују хипотеку. Зато би допуштање комисорне клаузуле отежало и практично искључило могућност вишеструког залагања исте ствари.

Уговарање клаузуле *lex commissoria* је у нашем праву, као и у немачком праву, забрањено само до момента доспелости потраживања обезбеђеног залогом. После доспелости потраживања сматра се да престаје потреба за појачаном заштитом власника заложене ствари и он може слободно, па и путем уговарања комисорне клаузуле, располагати својином на предмету залог. У случају када је ствар заложена код више поверилаца, за уговарање комисорне клаузуле након доспелости потраживања према једном повериоцу, потребна је сагласност осталих хипотекарних поверилаца.

Уступање права својине уместо исплате дуга (*datio in solutum*) на заложеној ствари је допуштено. Може се извршити према правилима замене испуњења (чл. 308 ЗОО).

дужник на рок не плати, таква погодба неће вриједити, него ће се сматрати као и да је није".

2. 2. 2. Забрана уговарања марцијанског пакта

Марцијански пакт представља уговорну одредбу да ће заложни поверилац стећи по одређеној цени, ако му дуг не буде благовремено исплаћен, право својине на предмету залогe. Марцијански пакт се разликује од комисорног по томе што намеће губитак својине власнику предмета залогe по правичној цени, тако да се овде практично ради о продаји предмета залогe заложном повериоцу, док комисорни пакт води губитку својине на заложеној ствари без обавезе утврђивања и исплате разлике у цени досадашњем власнику. Код марцијанског пакта је губитак за заложног дужника "пропорционалан гарантованом дугу"¹⁶, а хипотекарни поверилац као купац има обавезу само на исплату вишка вредности ствари у односу на износ потраживања.

У нашем праву је поред забране уговарања *patto commissorio* забрањено и уговарање *patto Marciano*, иако се у законској одредби не врши њихово разграничење, а то не врши и највећи део наше правне теорије. Забрана марцијанског пакта је обухваћена одредбом чл. 69 ЗОСПО. Ова забрана је била предвиђена још у СГЗ-у који је §843 ст. 2 одредио да неће важити "побочни уговор да поверитељ залогу по својој вољи може за напред одређену цену продати, или за себе задржати". ОИЗ за Црну Гору није изричито регулисао ову забрану, али она произилази из општих одредби (чл. 180, 181, 214).

Уговарање марцијанског пакта је забрањено из сличних разлога као и уговарање комисорног пакта. Хипотекарни дужник би због зависности био принуђен да прихвати уговарање неправичне цене, односно ниже цене од оне коју би добио продајом ствари на јавној продаји. Изузетак је предвиђен за ручну залогу када је заложена ствар чија је цена прописана и допуштено да се уговарачи споразумевају да поверилац прода заложену ствар по прописаној цени или је по тој цени задржи за себе (чл. 973 ст. 2 ЗОО).

Сматрамо да се наведено правило за ручну залогу може аналогно применити и код хипотеке. Предмет хипотеке је непокретна ствар чија се вредност може проценити у новцу и мање је варијабилна на тржишту од цене покретних ствари. Уговарање марцијанског пакта би свакако требало допустити

¹⁶ M. Bianca, *Patto commissorio*, *Novissimo Digesto Italiano*, Milano, 1957, стр. 712; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959; Вид. З. П. Рашовић, цит. дело, стр. 249.

по доспелости потраживања уз могућност да стране уговорнице самостално одреде продајну цену.

Уговарање марцијанског пакта треба допустити код хипотеке још приликом њеног конституисања, али уз додатну заштиту интереса хипотекарног дужника и хипотекарног повериоца са каснијим рангом. Та заштита би се остварила обавезом да се претходно изврши процена вредности предмета хипотеке од стране суда, по којој цени би хипотекарни поверилац могао zaloжену ствар задржати за себе или продати трећем лицу. Хипотекарни дужник и хипотекарни поверилац би могли да избегну дејство марцијанског пакта позивајући се на промењене околности услед којих је вредност заложене ствари увећана или умањена и захтевајући јавну продају предмета хипотеке.

Допуштање уговарања марцијанског пакта би убрзало реализацију хипотеке и умањило трошкове јавне продаје ствари, чиме би се повећала ефикасност хипотеке, а не би угрозио интерес хипотекарног дужника.

2. 2. 3. Забрана уговарања **pactum antichretium**

Pactum antichretium подразумева право хипотекарног повериоца да употребљава и прибира плодове са предмета хипотеке, што претпоставља и стицање државине на хипотекованој ствари. Питање забране *pactum antichretio* је посебно значајно у правним системима који не прихватају антихрезу као посебан облик обезбеђења потраживања.

У нашем праву није допуштена антихреза, а забрањено је и уговарање антихретицке клаузуле код уговора о хипотеци. Уговарање ове клаузуле би водило прибављању несразмерне имовинске користи у корист хипотекарног повериоца. Допуштање антихретицке клаузуле је неспојиво са појмовним карактеристикама хипотеке, да она подразумева да власник предмета хипотеке задржава право на државину, коришћење и располагање хипотекованом ствари. Изричито је забрањено одредбом чл. 69 ЗОСПО.

Уговарање антихретицке клаузуле је у нашем праву изузетно допуштено код уговора о залози на броду. Такође, у правној пракси постоји могућност изигравања прописа о забрани антихретицке клаузуле. Хипотекарни дужник може хипотековану ствар дати у закуп хипотекарном повериоцу уз цесију закупнине у корист закупопримца и њено пребијање са потраживањем.

2. 2. 4. Забрана осталих уговорних одредби

Поред наведених клаузула, ништаве су и све друге уговорне одредбе које су у супротности са појмовним карактеристикама, правима и обавезама субјеката хипотекарног односа. Тако је §1136 НГЗ и чл. 1290 Грчког грађанског законика предвиђено да су "ништави споразуми којима се власник обавезује да неће отуђити или да је неће оптеретити другим стварним правима".

СГЗ је у пар. 843 ст. 2, поред раније наведених клаузула, предвидео и неважност "побочног уговора да дужник залогу нигда искупити, или на никог другог пренети не може; или да поверитељ не може захтевати продају залог за измирење и пошто уговорено време за повраћај зајма претече".

Иако наше позитивно право не наводи изричито ове клаузуле као забрањене, њихова неважност произилази из општих правила о појму и садржини хипотеке.

3. Право продаје и право намирења у извршном поступку

Продаја непокретности ради наплате новчаног потраживања је поступак извршења који се одвија кроз два стадијума: стадијум одлучивања и стадијум спровођења извршења. Стадијум спровођења извршења отпочиње на основу решења о извршењу и одвија се кроз следеће фазе: забележба решења о извршењу у земљишну књигу; утврђивање вредности непокретности; продаја непокретности и намирење повериоца. За наш рад су интересантне последње две фазе.

3. 1. Продаја непокретности

Суд, по правоснажности решења о утврђивању вредности непокретности, доноси закључак о продаји непокретности којим се одређују начин и услови, као и време и место продаје ако се она врши путем надметања (чл. 156 ЗИП). Суд је обавезан да одреди продају непокретности непосредном погодбом, ако то предложи странке у извршном поступку и заложни повериоци на основу међусобног споразума (чл. 158 ст. 4 и 5 ЗИП).

Против закључка о продаји није допуштена жалба. Прво рочиште за продају се може одржати најраније тридесет дана од објављивања закључка (чл. 156 ЗИП). Друго рочиште за продају се може одржати по протеклу најмање тридесет дана од одржавања првог рочишта (чл. 163 ст. 3 ЗИП). Наведени рокови служе обезбеђењу јавности и примењују се и код продаје непосредном погодбом.

3. 1. 1. Начин продаје непокретности

Продаја непокретности се врши јавним надметањем, осим ако је предложена продаја непосредном погодбом.¹⁷ Јавно надметање се врши усменим понудама (јефтима, аукција), а не писменим (оферталним) надметањем. Ради се о тзв. јавном надметању без резерве, што значи да је организатор продаје дужан да ствар прода најбољем понудиоцу. Продаја непокретности у извршном поступку представља принудну продају и зато власник продате ствари не одговара за мане ствари. Продаја се одвија у судској згради, а заинтересована лица могу разгледати непокретност пре одржања рочишта за продају (чл. 158 и 151 ЗИП).

Понуда јавним надметањем се изводи да би се омогућило максимално деловање закона понуде и тражње и ствар продала по најповољнијим условима, чиме се штите интереси свих странака и учесника у извршном поступку. Суд и код продаје непосредном погодбом доноси закључак о продаји у коме се, поред осталог, одређује и рок у коме је купац дужан да положи цену, с тим што рок, ни када се цена исплаћује у оброцима, не може бити дужи од шест месеци (чл. 159 ЗИП).

3. 1. 2. Полагање јемства

Јемство је новчани износ који полажу лица која желе да учествују у јавном надметању у корист лица која имају право на намирење и која стичу заложно право на новчаном износу положеном на име јемства. Јемство се полаже у готовом новцу у висини једне десетине од утврђене вредности непокретности. Без полагања јемства у јавном надметању могу да учествују поверилац који је поднео предлог за извршење и заложни поверилац, уколико њихова потраживања достижу износ јемства и ако би се, обзиром на њихов ред првенства и процењену вредност непокретности, тај износ вероватно могао намирити из продајне цене (чл. 160 ст. 3 ЗИП).

Јемство се полаже ради обезбеђења покрића трошкова продаје и евентуалне разлике у цени ако се врши нова продаја,

¹⁷ У немачком праву се продаја предмета залоге обавља путем јавне дражбе уз јавно оглашавање времена и места продаје (§§ 1235, 1237 НГЗ). Ако предмет има берзанску или тржишну цену, заложни поверилац може издејствовати продају из слободне руке посредством јавно овлашћеног трговачког посредника или путем јавне дражбе, по сталној цени (§1219 НГЗ). Опширније, Н. Eichler, Institutionen des Sachenrechts, II, Berlin, 1960, стр. 554.

зато што је претходна продаја оглашена неважећом јер купац није платио цену у предвиђеном року (чл. 166 ЗИП). Јемство се може увек повући и тиме одустати од надметања. Полагаоцима јемства који нису купили непокретност, положени износ се враћа по окончању понуде. Купцу непокретности се јемство или враћа по исплаћеној цени, или се по његовом захтеву урачунава у куповну цену.

3. 1. 3. Понудилац и круг могућих купаца

Понудилац може бити само лице које може бити купац по закону. Одредбом чл. 162 ЗИП је предвиђено да "купац не може бити, ни на основу надметања, нити на основу непосредне погодбе, дужник, судија или друго лице које службено учествује у поступку продаје, као ни лице које по закону не може стећи непокретност која је предмет извршења".

Сматрамо да би требало, због дужине времена које може протећи од доцње дужника па до организовања јавне продаје и због могућности поправљања бонитета дужника у моменту продаје, требало допустити и дужнику да може бити купац.¹⁸ Начин утврђивања висине продајне цене искључује могућност да дужник куповином непокретности оштети интерес поверилаца.

3.1 4. Утврђивање висине продајне цене

Непокретност се продаје по најповољнијој цени првобитном понудиоцу или понудиоцу по основу права прече куповине. Законодавац је одредио доњу границу висине продајне цене да би заштитио интерес поверилаца, али и власника ствари који има право на "вишак", односно остатак вредности предмета хипотеке (hipoteca). На првом рочишту за продају непокретност се не може продати испод проценом утврђене вредности (чл. 163 ст. 1 ЗИП). По закључењу првог рочишта, суд може заказати друго рочиште на коме се може прихватити и понуда у висини од најмање две трећине проценом утврђене вредности непокретности (чл. 163 ст. 2 ЗИП).

Понуда је пуноважна ако је дата од лица које има својство понудиоца и ако одговара условима утврђеним у закључку о продаји (у погледу висине, услова плаћања,

¹⁸ Према § 1239 НГЗ право учешћа и давања понуда на јавној дражби има и власник ствари и заложни поверилац. Њихова понуда има једнак третман као и остале. Биће прихваћена ако је највиша и ако куповна цена може да се исплати одмах у готовом новцу (§ 1238).

преузимања терета итд.).¹⁹ Понудилац је обавезан да понуду одржи до закључивања надметања. Нова понуда мора садржавати вишу цену од претходне да би се сматрала повољнијом, а остали услови плаћања су одређени закључком и нису предмет надметања. Суд закључује надметање ако од дате понуде са највишом ценом није у наредних десет минута дата повољнија понуда.

3. 2. Намирење поверилаца

Намирење свих поверилаца потраживања која се намирују из продајне цене непокретности обавља се на рочишту за деобу износа постигнутог продајом те непокретности, које се одржава по правоснажности решења о предаји непокретности купцу (чл. 170 ЗИП). Намирење поверилаца је крајњи циљ поступка извршења којим се окончава и поступак спровођења извршења.

Изостанак странака са рочишта за деобу износа не спречава суд да поступа према стању списка и подацима из јавних књига. Пријава непријављених потраживања, као и оспоравање пријављених потраживања, врше се до завршетка рочишта за деобу (чл. 176 ЗИП).

Рочиште за деобу се завршава решењем о намирењу у коме суд утврђује висину деобне масе, лица и потраживања која се намирују, ред намирења и трошкове извршења. Ако је износ деобне масе нижи од укупног износа свих потраживања, онда се најпре намирују ранији повериоци и потраживања према реду намирења, а повериоци истог реда првенства се у недостатку средстава за потпуно намирење, намирују сразмерно. Редом намирења одређује се првенство при намирењу поверилаца намирења.

3. 2. 1. Круг поверилаца намирења

Круг поверилаца намирења чине потенцијални повериоци који могу да се јаве као тражиоци намирења из продајне цене одређене непокретности. Одредбом чл. 171 ЗИП је предвиђено да се "из продајне цене намирују повериоци по чијем је предлогу одређено извршење, заложни повериоци, и ако нису пријавили своја потраживања, лица која имају право на накнаду за личне службености и стварне терете, друштвено-политичке заједнице за потраживање дажбина, као и лица која имају потраживања наведена у чл. 172 ст. 1 тач. 3 ЗИП".

¹⁹ Опширније, Б. Старовић, Коментар ЗИП, Нови Сад, 1991, стр. 433.

3. 2. 2. Ред намирења поверилаца

Редом намирења се одређује редослед наплате између субјеката који чине круг могућих поверилаца, односно тражиоца намирења из продајне цене одређене непокретности. Ред намирења је посебно значајан у случају када деобна маса није довољна за потпуно намирење потраживања свих тражиоца намирења. Тада претходни ред намирења има првенство и искључује намирење потраживања из наредног реда за која недостају средства. Поред главнице потраживања, по истом реду се намирују, и то пре главнице, најпре трошкови извршења, а затим камата (чл. 313 ЗОО и чл. 173 ЗИП).

Одредбом чл. 172 ЗИП је одређена категорија потраживања која имају првенствени ред намирења по принципу "реалног приоритета"²⁰. То су привилегована потраживања која се наплаћују прва, независно од тога коме повериоцу припадају. Привилегована потраживања се наплаћују по следећем реду: трошкови извршног поступка (први ред првенства); дажбине доспеле за последњу годину које терете продату непокретност - нпр. неплаћени порез (други ред првенства); потраживања по основу законског издржавања, накнаде штете и друга потраживања одређена чл. 172 ст. 1 тач. 3 ЗИП (трећи ред првенства).

Потраживања из другог и трећег реда првенства се намирују као привилегована само ако су пријављена најдоцније на рочишту за деобу и ако се доказују извршном исправом (чл. 172 ст.2 ЗИП). По намирењу привилегованих намирују се и остала потраживања. Ту спадају и потраживања обезбеђена заложним правом (чл. 173 ст. 1 ЗИП). Ред намирења ових поверилаца је одређен у складу са правом првенства и рангом стварних права (чл. 173 ст. 2 ЗИП).

4. Однос права продаје и права намирења хипотекарног повериоца

Закон о основним својинско-правним односима не говори изричито о праву хипотекарног повериоца на продају предмету хипотеке. већ само о његовом овлашћењу да "тражи намирење свог потраживања из вредности непокретности" (чл. 63). У правној теорији се, такође, сматра да заложни поверилац има само "право да од суда захтева да донесе одлуку о продаји

²⁰ Б. Старовић, цит. дело, стр.451.

непокретности на основу извршне исправе".²¹ Право на продају предмета хипотеке третира се као овлашћење које је инкорпорирано у праву намирења хипотекарног повериоца. Овакво схватање се може заснивати и на чињеници да се исте претпоставке (доследност потраживања, доцња дужника, избор хипотекарног начина намирења тражбине) захтевају за реализацију и права продаје предмета хипотеке и права намирења тражбине обезбеђене хипотеком.

Сматрамо да су оваква схватања настала и због непрецизне законске одредбе. Право продаје предмета хипотеке је посебно овлашћење хипотекарног повериоца које временски претходи и у функцији је остварења права намирења. Продаја непокретности омогућава реализацију тражбине путем хипотеке и има секундаран карактер у односу на право намирења. Право продаје је посебно овлашћење хипотекарног повериоца из следећих разлога:

1) Заједнички садржај свих облика залог је право уновчења предмета залог. Залог не пружа заложном повериоцу право намирења тражбине из предмета залог, односно из употребне вредности заложене ствари (нема право на употребу и прибирање плодова).²² Заложни поверилац има право намирења из прометне вредности заложене ствари постигнуте њеним уновчењем. Уновчење предмета залог се врши, по правилу, продајом заложене ствари.

2) Хипотекарни поверилац конституисањем хипотеке стиче условно право располагања својином на предмету хипотеке. Залог је стварно право на туђој ствари које произилази из својинског овлашћења располагања и овлашћује заложног повериоца да може, ако дужник не изврши обавезу, ствар продати и из продајне цене наплатити вредност дуга. Право располагања хипотекованим добром је "најпре само латентно, потенцијално, да би по доспелости пуноважне, а неисплаћене тражбине обезбеђене хипотеком постало актуелно"²³. Право располагања предметом хипотеке је овлашћење хипотекарног повериоца да пренесе својину на

²¹ Стојановић у: Д. Стојановић - Д. Поп-Георгиев, Коментар ЗОСПО, Београд, 1989, стр. 228; Орлић у: О. Станковић - М. Орлић, Стварно право, Београд, 1989, стр. 386.

²² Да се код залог не ради о намирењу тражбине непосредно из ствари произилази и из одредби чл. 63 ст. 1, чл. 67 и чл. 69 ЗОСПО, као и из одредби чл. 966, 980 и 981 ЗОО; Тако и Т. Тумбри, Заложно право, Зборник ПФ у Загребу, 1-2/1981, на стр. 138 наводи да "повериоца намирује вредност ствари или права, а не сама ствар или право".

²³ Стојановић у: Д. Стојановић - Д. Поп-Георгиев, цит. дело, стр. 232.

хипотекованој непокретности са хипотекарног дужника, као власника ствари, на треће лице као стицаоца својине.

3) Исте претпоставке за реализацију права продаје и права намирења се захтевају због тога што се реализацијом ових права у суштини ради о располагању "туђом" ствари, односно својином и о депоседирању досадашњег власника те ствари. Притом право продаје предмета хипотеке нема самосталан циљ, већ представља претходни услов за реализацију права намирења. На основу истих претпоставки се у парничном поступку истовремено утврђује постојање права на продају заложене ствари и права на намирења из њене вредности, да би се затим у извршном поступку приступило њиховој реализацији.

4) Хипотекарни поверилац има право продаје предмета хипотеке као материјалноправно овлашћење које чини садржину хипотеке. Продаја предмета хипотеке се не може извршити непосредно од стране тигулара хипотеке, већ само посредством суда. То је условило схватање да је "ius distrahendi само извршење процесног права које припада било ком повериоцу, без обзира да ли је установљено реално право или није"²⁴ Ово схватање не разликује право повериоца од начина реализације тог права. Питање технике реализације субјективног права принудним путем не треба мешати са самим правом. Субјективно право овлашћује на материјалноправни захтев који је упућен носиоцу обавезе у правном односу и на правозаштитни захтев који се упућује суду. Хипотекарни поверилац је овлашћен да по испуњењу услова за реализацију хипотеке прода заложену ствар, а "тражење намирење од суда" (чл. 63 ЗОСО) већ припада техници реализације права која не мења његову суштину и правну природу.²⁵

5) Реализација права продаје предмета хипотеке не води увек и потпуној реализацији права намирења. Право продаје може бити реализовано а да право намирења не буде реализовано, било зато што новчана маса не достиже потребан износ, било зато што је на рочишту за деобу успешно оспорено потраживање (чл. 176 ЗИП). Са друге стране, право намирења не може бити реализовано ако претходно није извршено уновчење вредности предмета хипотеке. Ако је реализација тражбине продајом заложене ствари постала немогућа јер је

²⁴ F. Ferrara, op. cit., стр. 364; Вид. З. П. Рашовић, цит. д. дис., стр. 33.

²⁵ Тако чл. 83 Италијанског грађанског законика предвиђа као опште правило да се "продаја врши на јавној дражби, посредством овлашћеног лица за такве радње или, ако овога нема у месту одређеном за продају, посредством судског извршитеља".

заложена ствар пропала, изгубила вредност или више нема прометну вредност, поверилац је једино овлашћен да своју доспелу тражбину остварује из имовине дужника независно од залогe. Све то указује на међусобну повезаност и испреплетеност права продаје и права намирeња.

6) Право на *ius offerendi* хипотекарни поверилац може користити до момента продаје, а не до момента реализације права намирeња. *Ius offerendi* је овлашћење хипотекарног повериоца да исплати тражбину другом хипотекарном повериоцу због чијег потраживања је захтевана принудна продаја предмета хипотеке. Том приликом ступа (суброгира) на његово место, и то како у облигационом односу - преузимајући потраживање, тако и у хипотекарном односу - преузимајући хипотеку.

7) Право на повраћај "вишка" вредности (*hiperoha*) је овлашћење хипотекарног дужника да по наплати свих потраживања из новчане вредности постигнуте продајом предмета хипотеке преостали део вредности припадне њему. Право на хипероху произилази из својине и обухвата право власника ствари на онај део новчане вредности постигнут продајом предмета хипотеке који није захваћен реализацијом наплате потраживања. Хипероха је део вредности хипотековане непокретности који је захваћен правом продаје, али не и правом намирeња. Право на хипероху је регулисано чл. 4 и чл. 180 ст. 2 ЗИП.

8) Право на превремену наплату потраживања у случају смањења вредности предмета хипотеке регулисано је чл. 67 ЗОСПО. Сматрамо да је у том случају хипотекарном повериоцу требало допустити право на превремену продају и депоновање новца код суда до доспелости потраживање, а не и право на превремено намирeње потраживања. Право на превремено намирeња намеће питање права хипотекарног дужника на тзв. дисконт јер је пре доспелости тражбине лишен својине и државине на предмету хипотеке.

*

* *

Право намирeња је комплексно овлашћење хипотекарног повериоца које захтева низ претпоставки и додатна (секундарна) овлашћења за своју реализацију. Сматрамо да право продаје није само овлашћење инкорпорирано у праву намирeња, већ посебно, секундарно овлашћење које је у функцији остварења права намирeња као

примарног, основног овлашћења. То произилази из низа различитих правних радњи у поступку реализације хипотеке које се захтевају за реализацију права продаје, односно права намирења. Функција хипотеке чини ова два овлашћења међусобно повезаним и условљеним, пре свега заједничким условима реализације и јединственим циљем - остварењем принудне наплате потраживања осигураног хипотеком.

REALISATION DU DROIT L'ACQUITEMENT DU CREANCIER HYPOTECAIRE

Résumé

Le droit de l'accommodement est l'autorisation du créancier hypothécaire de se faire payer sa revendication due et non parfaite, assurée par l'hypothèque et liée à la valeur de l'objet de l'hypothèque. Afin de réaliser le droit de l'accommodement le créancier hypothécaire doit d'abord provoquer la vente de l'objet de l'hypothèque par l'intermédiaire du tribunal. Le droit de la vente de l'objet de l'hypothèque est une autorisation secondaire du créancier hypothécaire est une la fonction de la réalisation de l'autorisation primaire, du droit de l'accommodement. Par la vente de l'objet de l'hypothèque la revendication assurée et la chose hypothécaire se ramène au dénominateur commun - l'argent, par quoi on assure la réalisation de l'autorisation de l'accommodement. Le droit de l'accommodement et le droit de la vente sont deux autorisations entremêlées pour la réalisation desquelles sont nécessaires les mêmes conditions: l'échéance, le retard du débiteur et la revendication par voie de contrainte puisée de la valeur de l'objet hypothécaire. L'entremêlement de ces autorisations provoque leur distinction insuffisante dans la théorie juridique.

Mr Sаша Кнежевић
асистент

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ

Увод

У покренутом кривичном поступку активира се инструментаријум државне принуде, чиме се реализује кривичноправна заштита друштва. Држава има легитимно право на одбрану од понашања која имају обележја кривичног дела, при чему је репресиван апарат усмерен на одузимање или ограничавање појединих људских права окривљеног. Да друштвена реакција према учиниоцу кривичног дела не би попримила карактер неконтролисане одмазде, потребно је да се омеђи делатност органа кривичног поступка уперена на ограничавање људских права окривљеног. Окривљени не може имати првенствено статус лица према коме држава реализује право на кажњавање, већ треба да поседује процесни субјективитет странке, процесно равноправне са овлашћеним тужиоцем. Институционализацијом процесне равноправности окривљеног стварају се услови за системску заштиту људских права ове кривичнопроцесне странке. На данашњем степену цивилизацијског развоја контрола репресивног апарата није више само задатак предвиђен Уставом и законима, већ и обавеза настала прихватањем међународних докумената који представљају збирку цивилизацијских стандарда у остваривању људских права.

Наднационалним регулисањем, људска права добијају универзални карактер. Глобални приступ регулисању права човека је резултат практичне реализације основних демократских и хуманистичких постулата, а с друге стране је реакција на сумрак људских слобода и права у ауторитарним системима екстремно десне и леве провениенције. Међународноправним регулисањем области људских права долази до извесног ограничавања још увек неприкосновеног државног суверенитета. Независно од става о супрематiji међународног или пак интерног права при регулисању ове материје, као цивилизацијски стандард се намеће потреба имплементације одредаба међународних докумената о људским правима у домаће законодавство.

Имајући у виду универзални карактер људских права, обрада ове теме има за циљ да сагледа у којој мери је наше позитивно кривично процесно право усаглашено са цивилизацијским стандардима заштите људских права окривљеног, садржаним у међународноправним документима из области права човека. Следствено томе, у фокусу наше пажње се налазе одредбе најзначајнијих међународноправних докумената из области права човека (првенствено, Универзалне декларације о правима човека и Међународног пакта о грађанским и политичким правима и слободама) и одредбе Закона о кривичном поступку значајне за процесну равноправност кривичнопроцесних странака. Настојаћемо да на сажет начин анализирамо степен усаглашености одредаба ЗКП које могу представљати основ легалног ограничавања права окривљеног са гаранцијама заштите права човека садржаним у међународноправним документима. Сматрамо да је степен респектовања међународноправних стандарда из области права човека ваљан показатељ степена изградње државе засноване на владавини права.

1. Прве идеје о правима човека

Тежња да се афирмише људских права одвијала се паралелно са борбом за ограничавање политичке власти, која се најпре водила на унутрашњем а у савремено доба и на глобалном плану. Још је у античко време, које је промовисало мисао и праксу демократског поретка, било идеја о једнакости људи и потреби ограничавања политичке власти. Софисти су сматрали да је "Бог створио све људе слободним и да никог није учинио робом". Платон је сматрао да се човек не сме подчињавати политичком поретку који би га морално понижавао, па је стога обавезним сматрао само законе проистекле из разума. У својој апологетици робовласничког система Аристотел је неједнакост људи пред законом правдао духовним и телесним разликама међу људима. Мисао о једнакости међу људима се највише развила захваљујући тзв. стоичкој школи. Међутим, иако су стоичари најдоследније промовисали начело једнакости међу људима, ни они се нису залагали за оживотворење овог начела.

Идеје о правима човека су биле присутне и у оквирима римског царства. Тако је Сенека учачавао да "истинска величина владара не лежи у безграничној употреби власти, већ у бризи за добро целине". Једнакост међу припадницима људског друштва

се образлагала и заједничким божанским пореклом људи.¹ Ове идеје су имале одраза и на устројство кривичног поступка античког доба. Ради се о оптужном систему кривичног поступка у коме је тенденција заштите слобода и права окривљеног имала превагу над тенденцијом ефикасности кривичног прогона.

Средњи век као период владавине апсолутистичких режима, са сукобљеним партикуларним интересима и тенденцијом клерикалних кругова за доминантним местом у друштву, није могао представљати погодан амбијентални оквир за свеобухватно правно уобличавање заштите људских права. Таквом друштвеном миљеу је одговарао кривични поступак инквизиционог типа са потпуном обесправљеношћу окривљеног. И поред несумњивог корака назад на плану људских права, средњи век је хронолошки оквир у коме је настао први значајнији кодекс о људским правима и слободама. Наиме, 1215. године донета је "Велика повеља о слободама" (*Magna charta libertatum*). У овој повељи су садржане и одредбе релевантне за положај окривљеног у кривичном поступку. Ради илустрације, презентираћемо поједине одредбе. Тако се напомиње да "убудуће никакав чиновник не треба да позива било кога на одговорност једино на основу сопствене оптужбе, без изјаве сведока од поверења којима се оптужба поткрепљује" (чл. 44.). Чланом 45. се предвиђа да "ниједан слободан човек неће бити ухапшен или затворен у тамницу, или лишен поседа, или стављен ван закона, или изгнан, или на било који начин општећен нити ћемо учинити нешто против њега, сем по законској пресуди његових перова или сагласно закону земље".²

Распадом феудалне друштвене структуре на сцену ступа новоконституисани буржоаски сталеж, који ће инспирисан постулатима буржоаских револуција учинити шире продоре у заштити људских права. У том контексту је најзначајнија "Декларација о правима човека и грађанина" донета 26.8.1789. године. Већ у преамбули овог документа се истиче да су "непознавање, заборављање или презирање права човека једини узроци општих несрећа и корупција Влада". Поред тога, права човека се карактеришу као природна и неотуђива. У каталогу права која предвиђа ова Декларација садржана су и права која

¹ Види: Др Драган М. Стојановић, Основна права човека-људска права и слободе у уставима европских држава, Ниш, 1989, стр. 15-16.

² Види: Велика повеља о слободама (превод), Архив за правне и друштвене науке, бр.4/ 1968, стр. 613-618

одређују положај лица која због своје деликтне активности могу доћи под удар закона. Тако се предвиђа да "ниједан човек не може бити оптужен, ухапшен или задржан осим у случајевима предвиђеним законом, и према поступку који је закон прописао" (чл. 7.). Истом одредбом се санкционише и самовољно поступање државних органа, али и предвиђа обавеза грађана да се повинују акцијама државних органа заснованим на закону. За заштиту људских права окривљеног значајне су и одредбе о забрани ретроактивног дејства закона и о претпоставци невиности окривљеног (чл. 8. и 9.).³

3. Организација уједињених нација и људска права

Завршетком II светског рата дошло је до стварања нове климе у међународним односима. Новонастала ситуација је представљала повољан моменат за конституисање једне глобалне светске организације, чији би делокруг рада поред обавезе очувања мира у свету била и заштита права човека. На оснивачком скупу у Сан Франциску 26.6.1945. године усвојена је, а 24.10. исте године је ступила на снагу "Повеља Организације Уједињених Нација", која представља конститутивни акт новостворене светске организације. У преамбули овог документа се истиче: "Народи Уједињених нација решени да васпоставимо веру у основна права човека, у достојанство и вредност људске личности"... (следи набрајање циљева ОУН). У широком дијапазону предвиђених циљева Уједињених нација истакнуто место заузима и подржавање и развијање поштовања права и слобода човека (чл. 1. Повеље ОУН). Поред тога, Повеља ОУН у својим одредбама конкретизује делатност Генералне скупштине и других органа Организације Уједињених Нација на плану заштите слобода и права човека. Одредбе Повеље су означиле почетак глобалног приступа људским правима и основ су њихове универзализације. Повеља ОУН је правни основ за доношење докумената којима се на системски начин уређује област слобода и права човека. Међутим, доношење ових докумената је изазвало неке проблеме око њихове примене.⁴

Поводом међународноправног регулисања људских права, поставља се питање односа међународног и унутрашњег

³ Види: Декларација о правима човека и грађанина (превод), Архив за правне и друштвене и науке, бр. 4/ 1968, стр. 621-623.

⁴ Види текст Повеље ОУН, "Архив"... оп. цит. стр. 637-638.

права. По овом питању теоретичари међународног јавног права немају јединствен приступ. Наиме, искристалисале су се две теоријски уобличене концепције. По дуалистичкој концепцији, унутрашње и међународно право су два одвојена и независна правна система, при чему међународно право регулише односе између држава, а унутрашње право уређује односе појединаца унутар државе и однос између појединца и државе. Због тога норме ових правних система не могу бити у колизији. Примена међународног права је могућа једино ако је држава у своје законодавство имплементирала прописе међународног права. По протагонистима ове концепције, постоји претпоставка о сагласности унутрашњег и међународног права. Ако то не би био случај, примељивале би се норме унутрашњег права.

Монистичка концепција на другачији начин приступа објашњењу односа међународног и унутрашњег права. Основно полазиште овог приступа је да међународно и унутрашње право представљају интегралне делове јединственог правног система. Ова концепција подразумева постојање хијерархијског односа између међународног и унутрашњег права, при чему се даје примат једном од саставних делова јединственог правног система, било међународном или унутрашњем праву.⁵

Не упуштајући се у ширу експликацију ове проблематике, ипак се може закључити да је у савременим условима државни суверенитет довољно снажан да на хијерархијској лествици заузме више место од ауторитета међународне заједнице. Међутим, интензивирање међународне сарадње (светска заједница схвата се као глобално село) и учешће највећег броја држава у изради међународних докумената, као и инволвирање одредаба тих докумената у законодавство већине земаља, бацају другачије светло на разматрање ове релације. Као саставни део унутрашњег законодавства (по ратификацији), норме међународних докумената постају релевантне за регулисање правног саобраћаја у националним оквирима. На овим позицијама је и Устав СРЈ, по коме "међународни уговори који су потврђени и објављени у складу са Уставом и општеприхваћеним правилима међународног права саставни су део унутрашњег правног поретка" (чл.16.). Уставотворац посебно апострофира значај међународног права у области људских права: "Савезна Република Југославија признаје и јемчи слободе и права човека

⁵ О односу између међународног и унутрашњег права види: Др Смиља Аврамов, Др Миленко Крећа, оп. цит . стр. 25-30.

и грађанина које признаје међународно право" (чл. 10. Устава СРЈ).

Усвајањем Повеље Организације Уједињених Нација ствара се правни основ за међународноправно регулисање слобода и права човека. Ослањањем на конститутивни акт универзалне светске организације усвајају се документи који на интернационални ниво издижу заштиту људских права. Њима се по први пут врши каталогизација основних слобода и права човека и прокламују принципи којима се инструментализује њихова реализација. Респектовање ових докумената представља тест за утврђивање степена демократске легитимације државне власти у свакој земљи. Као најзначајнији документи на плану заштите људских права, имајући у виду првенствено одредбе које се односе на заштиту људских права у кривичном поступку, сматрају се:

- Универзална декларација о правима човека (донета 10.12.1948. од Генералне скупштине ОУН);

- Међународни пакт о грађанским и политичким правима (усвојен и отворен за потписивање и ратификацију резолуцијом Генералне скупштине ОУН 2200 А, од 16.12.1966. године;

- Декларација о заштити свих лица од тортуре и других облика нехуманог или понижавајућег поступања (усвојена резолуцијом Генералне скупштине ОУН 3452, од 9.12.1975.

Поред ових докумената Организације Уједињених Нација, предмет наше пажње биће и Европска конвенција о заштити права човека и основних слобода, донета од Европског савета 1950, а ступила на снагу 1953. године.

Приликом анализе каталога слобода и права садржаних у поменутих међународним актима, потребно је имати у виду различиту правну природу ових докумената. Универзална декларација о правима човека представља акт Генералне скупштине ОУН и нема карактер међународног уговора, па самим тим не подлеже ратификацији земаља чланица ОУН. Међутим, обавезност ове декларације проистиче из чињенице да она представља извор међународног обичајног права.⁶ Ауторитет ове декларације је оснажен и околношћу да она представља регистар права и слобода човека на нивоу цивилизацијског минимума, чије би игнорисање у унутрашњем законодавству и судској пракси било неприхватљиво.

⁶ Др Ђорђе Лазин, Међународни стандарди о људским правима, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1991, бр.4, стр. 86.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима је по правној природи међународни уговор. Због тога одредбе овог уговора обавезују државе које су га потписале и ратификовале. Чином ратификације овај међународни уговор је постао интегрални део унутрашњег правног система и има снагу закона. На тај начин се судови доводе у позицију да непосредно примењују одредбе овог међународног уговора. Југославија је, као и већина чланица ОУН, ратификовала овај међународни уговор.

Обавезност примене одредаба међународних уговора може изузетно бити ограничена. Међутим, та ограничења не смеју ићи преко ограничења садржаних у самим међународним уговорима. Приступ ограничењима у примени међународних уговора мора бити рестриктиван. Ограничења морају бити јасно прецизирана у закону и подвргнута контроли независног судства. Људска права и слободе могу се ограничити само ако је то нужно ради поштовања истих таквих права других лица и ради задовољења "правичних захтева морала, јавног поретка и општег благостања у демократском друштву". Притом се ова права и слободе не могу остваривати противно циљевима и принципима Уједињених нација (чл. 29. Универзалне декларације о правима човека).

Приликом анализе садржине међународних аката из области заштите људских права, усредсређуемо се на приказ права релевантних за процесни положај окривљеног у кривичном поступку.

3. 1. Право грађанина да не буде произвољно ухапшен, притворен или протеран

Кривично процесно право као грана позитивног права пружа законски оквир ограничавања слобода и права човека у одређеним ситуацијама. Тако под законом предвиђеним условима, интервенцијом полицијских органа грађанин може бити лишен слободе, а акцијом судских органа (изузетно и полиције) на одређено време се може ограничити слобода кретања грађанина, одређивањем притвора. Како ове мере суштински задиру у остваривање слобода и права човека, регулисање ових ситуација је и предмет међународноправне регулативе. Универзална декларација о правима човека предвиђа да "нико не сме бити произвољно ухапшен, притворен или протеран" (чл. 9.). На строги легалитет и забрану самовоље при лишењу слободе и одређивању притвора обавезује и Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Овим

међународним уговором се предвиђа и обавеза обавештавања ухапшеног лица о разлозима оптужбе против њега. Предвиђена је и обавеза извођења на суд ухапшеног или притвореног лица у најкраћем могућем року. Право на изјављивање жалбе на одлуку о хапшењу или притварању, као и на накнаду штете због незаконитог хапшења или притварања, чине саставни део регулативе права човека Међународним пактом о грађанским и политичким правима (чл. 9.).

3. 2. Права оптужених лица у вези са суђењем

Посебну област међународноправне заштите права човека чини заштита лица оптужених за извршење кривичног дела. Одредбе међународних докумената децидирано предвиђају право оптуженог (окривљеног) на јавно и непристрасно суђење. Универзална декларација о правима човека наглашава да "свако има потпуно једнако право на правично и јавно суђење пред независним и непристрасним судом, који ће одлучити о његовим правима и обавезама, и основаности сваке кривичне оптужбе против њега" (чл. 10.).

Одредбе Међународног пакта о грађанским и политичким правима проширују дијапазон права оптуженог. Тако оптужени (окривљени) има право на суђење од "надлежног, непристрасног и независног суда, право на употребу матерњег језика пред судом, право на бесплатне адвокатске услуге уколико није у могућности да плати те услуге, "могућност да испитује и издејствује испитивање сведока оптужбе". Исто тако, окривљени се не може приморати на сведочење против себе нити на признање кривице.

Каталог права окривљеног, према овом међународном уговору, употпуњује се правом на вишестепеност суђења, као и посебном заштитом малолетних оптужених. Поред тога, предвиђа се да нико не може бити кривично одговоран и кажњен због дела за које је већ ослобођен или осуђен (чл. 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима).

Презентирани каталог права окривљеног (оптуженог) садржан је и у Европској конвенцији о заштити права човека и основних слобода.⁷

⁷ Текст Европске конвенције о заштити права човека и основних слобода објављен је у "Архиву за правне и друштвене науке", 1968, бр. 4, стр. 764-776.

Потребно је нагласити да сви поменути документи предвиђају претпоставку невиности окривљеног, о којој је било речи у овом раду.

Међутим, и према одредбама међународних аката, права оптуженог (окривљеног) могу бити ограничена. Међународним пактом о грађанским и политичким правима се предвиђа могућност "одстрањивања штампе, и јавности суђења због интереса морала, јавног поретка или националне безбедности". Исто тако, као разлог искључења јавности наводи се заштита приватности и интереса правде (чл. 14.). Оваквом формулацијом пружа се могућност државним законодавствима да релативизују право окривљеног на јавно суђење. И сада важећи Закон о кривичном поступку Југославије предвиђа могућност искључења јавности са главног претреса, из разлога чувања тајне, јавног реда, морала, заштите интереса малолетника и заштите посебних интереса друштвене заједнице (чл. 288.).

Ако се упореде разлози за искључење јавности предвиђени Међународним пактом о грађанским и политичким правима и нашим законодавством, може се запазити сличност у регулисању. Упоређујући "тајну" као разлог за искључење јавности на главном претресу према ЗКП и "интересе приватног живота страна у спору" као разлог искључења јавности предвиђен Међународним пактом о грађанским и политичким правима, на први поглед би се могло закључити да се приватни живот окривљеног више штити одредбама међународног права. Међутим, наш законодавац рестриктивније приступајући овом разлогу за искључење јавности, у већој мери афирмише јавност суђења као претпоставку законитости у раду суда.

Нацртом Закона о изменама и допунама Закона о кривичном поступку из јула 1990. као разлог за искључење јавности се предвиђала "заштита личног и интимног живота окривљеног и оштећеног", што је у складу са разлогом предвиђеним Међународним пактом о грађанским и политичким правима. Исто тако, предвиђало се изостављање "заштите других посебних интереса друштвене заједнице" као разлога за искључење јавности. *De lege ferenda* ову могућност треба конкретизовати при предстојећим изменама законодавства. То налажу обавезе настале прихватањем међународних аката.

3. 3. Права осуђених лица

Иако строго правно узевши, пенитенцијарни третман осуђених спада у домен регулативе права о извршењу кривичних санкција, због органске повезаности са положајем окривљеног у

кривичном поступку међународноправна регулатива овог питања ће бити презентирана на овом месту. Заштита људских права осуђених је регулисана "Скупом минималних правила за поступање са затвореницима" усвојених у Женеви 1955. године, а потврђених од Економског и Социјалног Савета ОУН 1967. године.

Овим правилима је извршена стандардизација права осуђених лица. Њиховом применом се постиже хуманизација затворског амбијента, иначе погодног за јављање депривација и фрустрација различите природе. Минимална правила за поступање са затвореницима искључују примену телесних казни, упућивања у тамне самице, као и сурово, нехумано и понижавајуће кажњавање за учињене дисциплинске преступе у затворској установи.

Право на здравствену заштиту осуђених заузима важно место у каталогу права садржаних у "минималним правилима". Обавеза је затворског медицинског особља да у најкраћем року изврши лекарски преглед сваког осуђеног по доласку у затворску установу. Водећи рачуна о соматском и менталном здрављу осуђеничке популације, лекари су дужни да управнику затворске установе пријаве случајеве погоршања здравља осуђених насталих као последица услова у којима се казна издржава (чл. 25. "Минималних правила").

"Минималним правилима" се предвиђа и право жалбе осуђених управнику затворске установе, инспекторима, администрацији установе и правосудним органима.

3. 4. Забрана дискриминације у кривичном правосуђу

Одредбама међународних аката из области заштите права човека предвиђа се једнак третман свих лица у уживању свих права која се предвиђају овим актима, па тако и права која се односе на област кривичног правосуђа. Универзалном декларацијом о правима човека (Univerzal Deklaration of Human Rights) се наглашава да "сваком припадају сва права и слободе проглашене у овој Декларацији, без икаквих разлика у погледу расе, боје, пола, језика, вероисповести, политичког или другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовине, рођења или других околности" (чл. 2.). Посебно се апострофира једнакост свих пред законом и право на подједнаку заштиту закона. Истоветан третман се предвиђа за сва лица која су жртве дискриминације или подстицаја на дискриминацију, без обзира на различитост у погледу расе, пола, вероисповести и

других околности (чл. 7. Универзалне декларације о правима човека). Готово истоветну одредбу садржи и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (чл. 26.).

Забрана дискриминације у кривичном правосуђу се предвиђа и неким другим међународним документима. Тако је Декларацијом Светске конференције међународне године жена, одржане у Мексико Ситију 1957. године, позвано на спречавање повреде људских права жена изазваних кривичним делима и другим социопатолошким појавама као што су, на пример, кривично дело силовања, насилничко понашање, проституција и слично.

Заштита од расне, етничке или верске дискриминације заузима видно место у напорима међународне заједнице да је елиминише. Из тих разлога је 1969. године донета Конвенција о одстрањивању свих облика расне дискриминације. Њоме се поред гаранција о једнаком третману свих лица при уживању права и слобода, предвиђа и заштита од насиља службених лица, институција, неформалних група грађана, мотивисаних расном или националном нетрпељивошћу.⁸

3. 5. Међународни стандарди понашања судија, адвоката, полиције и других лица овлашћених за примену права

Један од предуслова за заштиту људских права окривљеног у кривичном поступку је и респектовање међународних стандарда и одредаба домаћег законодавства о понашању лица овлашћених за примену права. Због значаја законитости у деловању ових органа на остваривање права човека, стандарди њиховог понашања су нашли места и у међународним актима, који на најопштији начин регулишу област заштите људских права. Универзалном декларацијом о правима човека захтева се самосталност, компетентност и независност правосуђа (чл. 10.). Исто се чини и Међународним пактом о грађанским и политичким правима (чл. 14.). Начелни приступ регулисању ових питања разрађен је у Нацрту начела о једнакости у правосуђу. Нацрт начела о једнакости у правосуђу садржан је у Студији о једнакости о правосуђу, која представља публикацију ОУН. Примену ових начела препоручила је Генерална скупштина

⁸ Види Извештај Секретаријата ОУН о правима човека: Активности УН на пољу кривичног правосуђа и спречавање криминалитета, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1979, бр. 3-4, стр. 3-17.

ОУН (резолуција 3144 А, број XXVIII, усвојена 14.12.1973. године). Овим начелима се захтева поштовање принципа "образовања, сигурности радног места и награђивања судија". Поменути нацрт предвиђа и стандарде понашања пороте, судских помоћника и адвоката.⁹

Имајући у виду међународне стандарде о статусу судија, може се констатовати да је некадашња СФРЈ није у довољној мери придржавала тих норми. Наиме, концепт јединства власти је за последицу имао де факто супрематију законодавне, а де факто извршне власти. Судска власт је била у сенци законодавне, а нарочито извршне власти, посебно имајући у виду статус судија. Судска функција је била нестајна (трајала је осам година, са могућношћу продужавања мандата), а велики утицај на избор судија је имао политички establishment како централне, тако и власти нижих територијално-политичких јединица. Институционална изградња независног судства је постала могућа тек инаугурисањем система подела власти Уставом СРЈ и Уставом Републике Србије. Нужан предуслов за остваривање концепције независног судства је успостављање сталности судске функције. Тек са остварањем ових услова, стекле су се почтне претпоставке за испуњење обавеза предвиђених међународним актима који се односе на изградњу концепције независног судства, као гаранције остваривања права човека у судским поступцима.

"Нацртом начела о једнакости о правосуђу" се настојао изградити и етички кодекс рада полиције. У том циљу су и органи ОУН позвали на доношење тог кодекса. Комитет за сузбијање и надзор над криминалом, као тело ОУН, сачинио је "Кодекс понашања лица овлашћених за примену права". Одредбама овог кодекса се од полиције и других органа овлашћених за примену права захтева поштовање људског достојанства, као и забрана употребе силе и свих облика нехуманог поступања са осумњиченим односно окривљеним.

Закључак

Међународним документима из области заштите људских права предвиђени су цивилизацијски стандарди заштите људских права окривљеног. Сагласно овим документима, грађанин не може да буде произвољно ухапшен, притворен или протеран. Окривљени има право на суђење од стране независног и непристрасног органа, уз обезбеђивање оптималних

⁹ Ибид, стр. 3-17.

услова за остваривање права на одбрану. Правосудни и полицијски органи морају да поступају у складу са стандардима садржаним у међународним документима.

Наш законодавац је у великој мери испоштовао међународне стандарде заштите људских права окривљеног. Значајан корак у смеру усаглашавања нашег законодавства са међународним документима из области заштите права човека представља институционално заокруживање концепта независног судства. Доследна реализација одредаба Устава СРЈ, које у погледу заштите људских права окривљених иду корак даље од међународноправних докумената, представља путоказ за изградњу државе засноване на владавини права.

Mr Saša Knežević
Assistent à la Faculté de Droit à Niš

STANDARD INTERNATIONAUX DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DE L'ACCUSE

Résumé

Par le déclenchement du mécanisme répressif de l'Etat il se crée la possibilité réelle de la privation ou de la limitation des droits fondamentaux de l'homme à l'égard de l'accusé. Le contrôle de l'appareil répressif n'est plus seulement une obligation prévue par la Constitution et les lois, c'est aussi une obligation de l'Etat issue de l'adoption des documents internationaux qui représentent le recueil des standards civilisateurs dans la réalisation des standards civilisateur dans la réalisation des droits de l'homme.

L'adoption de la Charte de l'Organisation des Nations Unies a créé la base pour la réglementation juridique internationale de la protection des droits de l'homme par quoi les droits de l'homme reçoivent un caractère universel. L'adoption des standards internationaux du domaine de la protection des droits de l'homme (et par la des droits de l'accusé) présente le teste de l'identité démocratique de chaque Etat. Par conséquent l'obligation de notre législateur est de respecter au maximum ces standards.

Мр Миомира Костић
асистент

СТРАТЕГИЈА ПОМОЋИ ДЕТЕТУ ЖРТВИ ЗЛОСТАВЉАЊА

1. Облици помоћи детету обзиром на последице злостављања

Дете-жртва криминалитета трпи различите последице. Физичко злостављање детета, у зависности од начина и интензитета, може проузроковати привремена или трајна телесна општења, а готово увек оставља психичке трауме на дете. Занемаривање дужности чувања и збрињавања детета може довести до поремећаја физичког развоја због нередовне, недовољне и неадекватне исхране и до чешћих обољена услед умањене отпорности организма. Теже последице се јављају у психичком развоју детета због недовољне бриге и недостатка љубави и сигурности. Психичко злостављање, као учестало грубо вређање детета, потцењивање његових способности, злостављања других чланова породице у његовом присуству и сл., не доводи до физичких повреда, али узрокује тешке психичке трауме. Последице у свим овим случајевима не зависе само од трајања, учесталости и интензитета злостављања, већ у великој мери од понашања и реаговања родитеља после злостављања, као и надлежних државних органа и служби (да ли је детету промењена околина издвајањем из породице смештајем у установу или неку другу породицу).

Према подацима Тоцауер-Месарић последице виктимизације деце вршењем кривичних дела од стране родитеља недовољно се испитују у току кривичног поступка, а односе се углавном на услове живота детета и психичке и физичке повреде које је дете претрпело. У нашем социјалном законодавству злостављана и запуштена деца се не помињу као посебна категорија корисника социјалне заштите. Помињу се деца чији је развој ометан породичним приликама и чији родитељи због поремећених породичних односа, из материјалних или других разлога нису у стању да му обезбеде нормалне услове за васпитање, психички и физички развој. Ова ауторка наводи да су у испитиваном узорку поремећаји у понашању у време суђења

били примећени код 52,6% деце и то мањи поремећаји у 38,2% случајева, а тежи у 14,4%. Тзв. "каснији ефекти" њихове виктимизације биће много већи.¹

Сексуална злоупотреба деце не оставља на први поглед видљиве трагове, као хематоме, посекотине, али се препознаје по "празним очима детета"². За разлику од физичког малтретирања, које може бити дело оба родитеља и тицати се деце оба пола, сексуалне злоупотребе се у већини случајева догађају девојчицама, од стране оца или других чланова породице. Та разлика између сексуалне злоупотребе и малтретирања уопште битна је за превентивну политику која ради ефикасности мора поћи од карактеристика сваке од тих појава.

У већини откривених случајева деца су ћутећи подносила сексуалну злоупотребу унутар породице. Док је дете мало не схвата шта се догађа. Деца мисле да је немогуће да отац, брат, ујак који их подржавају и воле могу бити и кривци. Да би преживела ту ситуацију деца постају или неосетљива, хладна или банализују ужас ситуације покушавајући да убеду сама себе да су лоше сањала или верују да је то нормално, да сваки отац то ради са својим дететом. Дете се осећа напуштеним и потпуно немоћним да се одупре њему неразумљивим жељама одраслог мушкарца. С друге стране, положај мајке је посебан. Дететова мајка неће или не може да чује шта он или она покушавају да јој кажу. Њено васпитање јој онемогућава да интерпретира тескобу коју осећа, да реагује на апеле за помоћ. Понескад мајка каже детету да не измишља лажи. Дете заузврат ћути заувек и у ћутању подноси тортуру, с осећањем да је потпуно напуштено.

Током детињства сексуално злостављање детета се може манифестовати кроз промену понашања, поремећаје снова и апетита, здравствене проблеме (гинеколошке сметње). Дете губи поверење у себе и друге, изолује се, има тешкоће у успостављању комуникације са људима и стално се боји да не ради нешто како треба. Када одрасте, дете често репродукује моделе понашања који су му у детињству били наметнути

¹ Тоцауер-Месарић, Л., Неке карактеристике починилаца кривичних дјела злостављања и занемаривања одгоја дјече и омладине, Завод за социјални рад Града Загреба, Загреб 1974., стр. 31.

² Извесни аутори наводе специфичан израз лица (празни поглед) ове деце, као вероватну последицу и знак њиховог емоционалног трпљења због претрпљене сексуалне виктимизације.

(односи се на све облике злостављања). Став послушности у односу на кривца ствара од девојчица-жртва инцеста потенцијалне жене-жртве силовања.³

Да би дете лакше пребродило последице виктимизације неопходно је да му буде пружена адекватна помоћ. Деци-жртвама свих облика злостављања треба помоћи одмах. У нашем социјалном законодавству постоји више облика помоћи за уклањање и ублажавање последица злостављања. Без обзира што се као корисници социјалне заштите наводе малолетне особе без родитеља или оне у неповољним породичним приликама где спадају и деца жртве, неопходно је да будуће законодавство изричито наведе категорију жртве, посебно децу-жртве.

Служба социјалног рада пружа помоћ жртвама на неколико нивоа: непосредни додир са учиниоцем, интервенција у ситуацији кризе, помоћ у отклањању последица које трају и опште мере превенције којима се спречава поновно страдање или ублажавају трајне последице. У непосредном додиру са учиниоцем ублажава се тзв. примарна виктимизација. Код деликата насиља потребно је обавестити породицу, санирати породичну ситуацију кроз збрињавање деце која остају сама (у случајевима када деца присуствују насиљу у породици и сл.). Интервенције у ситуацији кризе (пролазно тешка стања) у коју упада дете-жртва захтевају посебно адекватну, брзу, стручну интервенцију и третман. Реакције жртве могу бити: осећај прогањања и потискивања с неразумевањем онога што се догодило, неповерење, осећај беспомоћности и усамљености. Интервенција у кризним ситуацијама је значајна не само за социјалног радника, већ и за полицију и правосуђе. Центри за помоћ жртвама, као СОС центри за жене и децу жртве насиља, Аутономни женски центар за борбу против сексуалног насиља у Београду као и прихватилишта за претучене жене и децу, постају вид нових социјалних служби за стварне или потенцијалне жртве насиља.⁴

³ Инцест - силовање, СОС телефон за жене и децу жртве насиља, Јануар 1993. год., Београд, стр. 47.

⁴ Шепаровић, З., Оштећеник у казненом праву: правни и виктимолошки аспекти, Наша законитост, Загреб 5-6/1985. год., стр. 508. Greenland, S., је истраживао смртне случајеве деце као последицу физичког злостављања. Сматра да је служба за социјални рад доживела неуспех и да њен рад убудуће треба да се усмери на откривање чињеница повезаних са трагедијом, на сумирање закључака и састављање препорука у циљу спречавања сличних трагедија. Од

У Канади постоји већи број склоништа за претучене жене и децу. Auderge Transition - Montreal је део Regroupement Provincial заједно са још четрнаест шелтера са територије Quebeca. Склониште је основано 1982. год. У шелтеру ради осам волонтерки, од којих једна ради са децом. Она нема задатак да их чува, већ да им помогне да превладају трауме и образце насиља. У New Scoti-и је Christaly Houser - Kentwill једно од седам склоништа у овој области. Једна волонтерка стално ради са децом. Док су у шелтеру деца настављају да иду у школу, с тим што се школе обавештавају о томе да се деца налазе у шелтеру с мајком и предузимају се мере сигурности (одвођење и довођење деце). У шелтеру Bryony House две волонтерке су задужене за рад са децом. Постоји посебан програм за децу и мајке који је усмерен на превазилажење трауме коју деца имају због насиља. Деца обично настављају да иду у стару школу или прелазе у неку ближе шелтеру. Води се рачуна о томе да се деца доводе и одводе, сарађује се са школом и друга деца не знају да су она у склоништу.⁵

Овакве и сличне службе основане су и у европским земљама. У Берну постоји посебна кантонална служба за рад са децом која су доживела насиље. У улози терапеута налазе се особе оба пола пошто су оба пола и деца која доживљавају насиље и сексуалне злоупотребе. Најчешће долазе деца која трпе физичко насиље, а много ређе деца која доживљавају сексуално насиље. Сматра се да то није зато што га има мало, већ зато што се такви догађаји крију као породична срамота. Годишње раде са педесет до сто деце. Насиље над децом углавном пријављују школе или поједини наставници, мајка,

шездесет и осам препорука које упућује социјалним службама навешћемо неколико: у свакој школи по један члан особља треба да буде одређен као службена веза са месном службом социјалног рада у погледу сваког детета које је под старатељством; законодавац треба да да предност превентивном раду пре него што започне процедура стављања под старатељство; полицији би, по слободној оцени суда требало дозволити да присуствује поступку стављања под старатељство; здравствена служба би у сваком случају где постоји озбиљна, неакцидентална повреда требала дете да упути код специјалисте педијатра-радиолога. Greenland, S., *Inquiries into Child Abuse and Neglect, Deaths in the United Kingdom*, *British Journal of Criminology*, No 2, 1986. p. 164.

⁵ Николић-Ристановић, В., Склоништа за претучене жене у Канади, СОС билтен, 6-7, Београд, децембар 1993.год., СОС телефон за жене и децу жртве насиља, стр. 169.

сама деца, комшије или свештена лица. Њихов метод рада је групни рад са децом. Групни рад за девојчице од девет до једанаест година је такав да се на њему никада не прича о оствареном насиљу, нити се користе конкретни термини, него се деца играју, а плишане играчке замењују одрасле људе. У тим играма их нарочито уче како да кажу не. Циљ је да се деца науче како да се бране и да се супротставе учиниоцу. Паралелно раде и са насилником и са породицом, дакле не раде на феминистичким принципима. На првом месту им је да помогну детету и да реше социјалне проблеме породице, као што је обезбеђење стана, лекова, запослења. Из досадашњег искуства у свом раду као главни проблем издвајају тзв. пост-трауматски психијатријски синдром. Деца која су преживела насиље имају нарушену концентрацију, интегритет, идентитет, поремећај сна, психосоматске проблеме, пред очима им се одиграва грозни филм догађаја које су преживели и тада губе контакт са реалношћу, не знају ни где су ни ко су, ни шта треба да раде. Главна улога терапеута је да деци учини живот сношљивим и по могућности умањи враћање у прошлост.⁶

Сексуална злоупотреба деце се најчешће одвија у самој породици. Због тога, на осталим особама које су задобиле поверење детета (васпитачи, социјалне раднице, школске медицинске сестре) остаје да примете специфичности у понашању детета које указују на сексуалну злоупотребу. У свим случајевима сексуалне злоупотребе детета апсолутно је приоритетно да се то стање одмах прекине. За то је потребно:

- одвојити дете од родитеља који га сексуално злоупотребљава да би се прекинула даља злоупотреба;

- у случајевима када мајка преузме иницијативу за такво одвајање (подносећи захтев за развод брака, на пример) постоји основ покретање ургентне процедуре и да се насилник брзо примора да напусти породично пребивалиште или да се породици обезбеди смештај;

- може се догодити да мајка одбије да разведе свој брак или се само одвоји од партнера. У таквим случајевима, пошто је немогуће одстранити оца треба одвојити дете од мајке, што није идеално решење али је некада нужно;

- прекинути стање инцеста значи да учиниоца треба казнити по закону за извршено кривично дело. Превенција тих

⁶ Шево, Г., Мршевић, З., Бернска кантонална служба за рад са децом која су доживела насиље, СОС билтен, бр. 6-7, Децембар 1993. год., Београд, СОС телефон за жене и децу жртве насиља, стр. 173.

злочина првенствено зависи од тога хоће ли учинилац бити кажњен или не;

- увести специфичне санкције за очеве-учиниоце аутоматско губљење родитељског права, права чувања и посеђивања детета;

- применити адекватну терапију према детету, тако да из положаја жртве не дође у положај кривца, да се опорави од трауме и успостави равнотежу у личности и да стекне поново поверење у себе.⁷

У свим случајевима сексуалне злоупотребе је важно да мајка поверује детету ако оно покуша да јој предочи неку ситуацију ове врсте, да се не осећа кривом за оно што се догодило, да не банализује чињенице падајући у драматизовање ситуације пред дететом. Деца морају знати да имају право да говоре и кажу не, чак и када их насилник уцењује, прети, тражи од њих да чувају тајну. Деци треба одстранити сваки осећај кривице. Она нису и не могу да буду крива. Социјалне службе, васпитачи и друге особе изван породице блиске деци, морају подсећати дете да његово тело припада њему, да уочавају евентуалне промене у понашању деце са којом се сусрећу, да им објасне да инцестник никада неће прихватити злочин и да мора бити кажњен, јер ће увек тражити жртве.⁸

2. Предлог мера за спречавање насиља над децом

Сазнање механизма страдања детета је неопходно за његову превенцију. Превенција виктимизације детета се може организовати у три нивоа: као примарна, секундарна и терцијарна превенција.⁹

Под примарном превенцијом се подразумева активност друштвене заједнице усмерена на спречавање основних узрока и услова из којих настаје криминалитет. У њу су укључени сви државни органи, образовање, социјална заштита, здравство као и све приватне и верске организације и удружења. У образовном програму треба модификовати казнену праксу у одгајање детета кроз едукацију. Многа агресивна и насилна деца уче насиље

⁷ Rugers, J., *Leur corps defendant. Les abus sexual envers, les enfants. Information prevention*, Zurich, Ed.Pro Yuventuter 1989. Englar, A., *Kindesmiss handdung*, Stuttgart, Enke Verlag, 1986. цит. у Инцест - силовање, *op.cit.*, стр. 52.

⁸ Инцест - силовање, *op.cit.*, стр. 54.

⁹ Макра, А., и др., Виктимологија и друштвена самозаштита с посебним освртом на силовање, *Наша законитост*, Загреб 5-6/1985. год. стр. 592.

кроз имитацију, идентификујући се са родитељима и наставницима који их кажњавају. Исказивање погодних, искрених осећања и разумевања и спровођење доследних ограничења, имају много више успешности у контролисању дететовог понашања него претерано кажњавање. О деци без или са грубим неадекватним моделом родитељства треба да се старају компетентне, ненасилне одрасле особе.

Све облике агресије треба конструктивно усмерити ка индивидуалним и колективним активностима које сублимирају агресивну енергију, као што су уметност, спорт и наука. Образовни програми треба да развију међусобно разумевање и уважавање између појединаца и група (на нивоу дете-школа, као и дете-школа-породица). Деца морају да виде алтернативу агресивном понашању, да га идентификују у односу на себе и да говоре о њему. Исто важи и за наставнике. Треба да препознају бес, као упозоравајући сигнал, код себе, деце или родитеља да би спречили могуће насиље.¹⁰

Да би постојала ефикасна превенција потребна је политичка воља у службама које се баве питањима деце и ауторитета. У оквиру Департамана јавног образовања у Швајцарској прихваћено је да у програме за ученике уђе "Развезан језик" позоришни комад, који говори о сексуалним злоупотребама чије жртве могу да постану деца. Међутим, сваки родитељ мора да да индивидуалну сагласност да његово дете може да гледа комад. У женевским школама, кроз сексуално образовање деца се уче да њихово тело припада њима и да имају право да одбију свако понашање одрасле особе које им се не допада. У превенцији сексуалне злоупотребе одговорност је на одраслим особама, а не на деци.

Да би се увео прихватљив програм превенције сексуалне злоупотребе потребно је овластити радне групе да спроведу анкете о распрострањености квантитативних и квалитативних показатеља, увести специфична питања о сексуалној злоупотреби у службама које иначе раде са децом (образовање, васпитање, социјална заштита), увести часове самоодбране по школама, интегрисати у школске програме несексистичко образовање које ће допринети елиминацији дискриминације између девојчица и дечака и успоставити једну другачију слику односа између мушкараца и жена.¹¹

¹⁰ Daniels, D. N., *Violence and struggle for existence*, Boston, Brown and Company, 1970., p. 292-393.

¹¹ Инцест-силовање, *op.cit.*, стр. 50.

У примарној превенцији, политички и социјални програми имају и шире усмерење. За области велике густине насељености карактеристична је повреда животног простора или личне територије, што спада у надлежност општинских стамбених заједница. Ризик пренасељености виктимизира дете у физичком или емоционалном смислу. С друге стране, казнена и социјална политика примењују кажњавање шаблонски, некада превише оштро, што рађа ново насиље из револта, а некада превише благо, што оставља учиниоца у убеђењу да му се ништа неће догодити ни наредни пут.

Секундарна превенција је ужа и подразумева активност полиције и њених помоћних снага. Дobar пример је Велика Британија где сваки кварт у стамбеним насељима има свог полицајца-бобија који познаје сваку породицу и њене чланове.¹²

Под појмом терцијарне превенције подразумева се активност полиције у откривању извршилаца кривичних дела и њихово извођење пред суд, а исто тако и рад казнено-поправних установа које имају за циљ ресоцијализацију делинквента. Ова превенција треба да обухвати и правила посебног поступања са дететом-жртвом због секундарне виктимизације, којој је изложено дете сведочењем о ономе што се догодило.

Уместо закључка

Спречавање било ког облика злостављања детета у пракси се може спровести само кроз промену правног положаја детета. Према извршиоцима кривичних дела према детету треба пооштрити казнену политику, а узраст жртве суд мора да узима као отежавајућу околност приликом одмеравања казне. Исто тако, законодавац треба да прошири обим кривичноправне заштите детета увођењем нових инкриминација, посебно у области кривичних дела против полног морала и брака и породице. Судови, тужилаштва и центри за социјални рад треба да уведу посебне уписнике са подацима о жртви. Тако би подаци о жртви били доступнији за јавност која мало познаје чињенице о обиму злостављања деце и већину тих појава не препознаје као криминалну. При центрима за социјални рад и домовима здравља треба организовати школе за родитеље где би се стицала основна сазнања о чувању и нези деце. Спречавање виктимизације детета било би немогуће спровести без измена у школском систему. Сво школско особље требало би подвргавати периодичним проверама стручне оспособљености, а свако физичко и емоционално злостављање деце од стране наставника строго кажњавати.

¹² Daniels, D. N., loc. cit.

Mr Miomira Kostić
Assistent à la Faculté de Droit à Niš

STRATEGIE DE L'AIDE A L'ENFANT VICTIME DES SEVICES

Résumé

L'enfant - victimes des sevices soufre des differentes conséquences. Chacune des formes du mauvais traitement produit certaines conséquences pour l'enfant. Sans égard à la forme de la violence qu'il subit, les conséquences les plus graves se manifestent dans le développement psychique de l'enfant. L'abus sexuel à la première vue ne laisse pas de traces visibles, mais il se reconnaît dans "les yeux vides de l'enfant". Le service de l'aide social offre de l'aide aux victimes à plusieurs niveaux: le contact directe avec le fauteur, l'intervention dans la situation de la crise, l'aide dans le but d'éliminer les conséquences qui durent ainsu que les mesures générales de prévention dont on empeche la souffrance renouvelée ou dont on adoucit les conséquences durables.

Mr Саша Ђурић
асистент

ПИТАЊЕ ОДНОСА ИЗМЕЂУ УРАЧУНЉИВОСТИ И УМИШЉАЈА

Оног дана када наука почне проучавати нефизикалне појаве, у 10 година напредоваће више него у свим ранијим вековима своје историје

(Никола Тесла)

Садржина кривичне одговорности представља претходно питање у разматрању односа између урачунљивости и умишљаја. Према односу учинилац - кривично дело кривична одговорност може бити објективна и субјективна. Објективну кривичну одговорност сачињава узрочни однос између учиниоца и дела, и реално постојање деликта. Садржину субјективне кривичне одговорности чини постојање и објективне (учинилац - кривично дело) и субјективне компоненте. Субјективна компонента се састоји у свесном и вољном предузимању делатности уз сагледавање могућих последица које произлазе из тих делатности. Субјективна кривична одговорност се одређује у ужем и ширем смислу. У ужем смислу кривична одговорност представља скуп субјективних услова које карактеришу личност учиниоца дела, док у ширем смислу кривичну одговорност сачињава стицај објективних и субјективних компоненти (објективно-субјективна концепција о кривичној одговорности).¹

Југословенско кривично законодавство прихвата концепцију субјективне кривичне одговорности. Будући да је код нас усвојен дводеобни систем науке кривичног права, законодавац полази од јединства објективних и субјективних елемената кривичног дела и материју о кривичној одговорности разматра у другој глави општег дела Кривичног закона Југославије под називом "Кривично дело и кривична одговорност". Кривично дело је друштвено-опасно, противправно, у закону одређено (објективни општи елементи) и од виног лица (субјективни општи елементи) извршено дело. Субјективни општи елементи (урачунљивост и виност) кривичног дела представљају садржину кривичне одговорности. Урачунљивост и виност суд

¹ Чејовић др Бора, Кривично право, општи део, Ниш, 1995, стр. 297-298.

цени *tempore criminis*, према конкретном учиниоцу и делу. Поред урачунљивости и виности, услов кривичне одговорности је и узраст, тј. старосно доба учиниоца дела. Узраст је општи услов урачунљивости, јер представља критеријум за процену био-психо-социјалне зрелости личности учиниоца дела. За одређивање старосног доба користи се формални критеријум - календарски узраст који означава број достигнутих година. Физичка лица се класификују у три категорије (деца, малолетници и пунолетна лица). Деца су лица до 14 година старости и не подлежу кривичној одговорности (чл. 72. КЗЈ). Малолетници су лица 14-18 година старости и деле се на млађе и старије. Због карактеристичне структуре личности малолетници имају специфичан кривичноправни (глава VI КЗЈ) и кривично-процесни (глава XXVII ЗКП) статус. Малолетнику који је у време извршења кривичног дела навршио 14 а није навршио 16 година (млађи малолетник) суд може изрећи само васпитне мере, док малолетнику 16-18 година старости (старији малолетник) суд може поред васпитних мера, у законом предвиђеним случајевима, изрећи малолетнички затвор (чл. 73. ст. 1-2. КЗЈ). Према југословенском законодавцу услови за изрицање малолетничког затвора су: (а) да је старији малолетник извршио кривично дело за које је законом прописана казна тежа од 5 година затвора; (б) да због тешких последица дела и високог степена кривичне одговорности не би било оправдано изрећи васпитну меру (чл. 77. КЗЈ). Остаје отворено питање да ли законодавац под сложеницом "високи степен кривичне одговорности" подразумева постојање умишљаја и нехата, или само умишљаја, или само нехата. Мислимо да би разумније и практичније било уместо наведене сложенице употребити термин "умишљај". Исто тако, остаје дилема када је оправдано, односно неоправдано, старијем малолетнику изрећи малолетнички затвор. Дакле, према млађим малолетницима кривична одговорност је апсолутно искључена (тј. основ изрицања васпитне мере није кривична одговорност), док је према старијим малолетницима апсолутно искључена само када су у питању кривична дела за која је прописана казна затвора до 5 година. Трећу категорију представљају лица која су навршила 18 година и основ њихове кривичне одговорности и кажњивости чини урачунљивост и виност.²

² Борђевић др Мирослав, Бачић др Фрањо и други, Коментар Кривичног закона Југославије, Београд, 1982, стр. 65-67; 298.

У југословенској теорији постоје различита схватања о појму урачунљивости. Према критеријуму који се користи код дефинисања урачунљивости, све теоретичаре можемо класификовати у три групе.

Прву групу, чији је представник Никола Срзентић, чине писци који констатују да је урачунљивост основ виности и да сачињава саставни део учења о личности учиниоца кривичног дела.³ Аутори који следе Аћимовић др Михајла придржавају се позитивноправног појма неурачунљивости,⁴ док Миљковић др Милутин репрезентује трећу групу теоретичара који прецизно одређују појам урачунљивости.⁵

Метод др Доленц и Чубински др Михаило одређују урачунљивост као зрелост разума и воље и непомућено деловање душевне енергије која се састоји у способности схватања природе и значаја свога дела и према томе схватању радити.⁶ Јовановић др Љубиша вели да је урачунљивост скуп интелектуалних и волунтаристичких елемената који човека чине способним да расуђује, одлучује и управља сопственим поступцима,⁷ док Бачић др Фрањо мисли да урачунљивост представља конкретну способност учиниоца дела да схвати значај дела и да се у складу са тим понаша.⁸ Крстић др Божидар истиче да се урачунљивост састоји из способности схватања значаја сопственог дела и могућности управљања својим поступцима,⁹ док Ђорђевић др Мирослав сматра да је урачунљивост психичко стање учиниоца дела у време извршења дела, које га чини способним за психичке процесе преко којих се изражава његов однос према кривичном делу.¹⁰ Златарић др Богдан и Дамашка др Мирјан, истичу да је урачунљивост способност исправне спознаје социјалних норми и понашања у складу са том

³ Срзентић Никола, Стајић Александар и Лазаревић Љубиша, Кривично право, општи део, Београд, 1990, стр. 205-207.

⁴ Аћимовић др Михајло, Психологија злочина и суђења, (судска психологија), Београд, 1988, стр. 360.

⁵ Миљковић др Милутин, О урачунљивости без обзира на слободу воље, Бранич бр. 7, Београд, 1903, стр. 420-423.

⁶ Доленц др Метод, Систем целокупног кривичног права Краљевине Југославије, Београд, 1935, стр. 58.

⁷ Јовановић др Љубиша, Кривично право, општи део, Београд, 1986, стр. 199.

⁸ Бачић др Фрањо, Кривично право, општи део, Загреб, 1980, стр. 240.

⁹ Крстић др Божидар, Судска психијатрија, Горњи Милановац, 1986, стр. 12.

¹⁰ Стевановић др Мирослав, Правна заблуда у кривичном праву (докторска дисертација), Београд, 1989, стр. 224.

спознајом, а њени елементи су моћ расуђивања и моћ одлучивања.¹¹ Чејовић др Бора и Миладиновић др Видоје дефинишу урачунљивост као скуп интелектуалних и вољних способности на основу којих се учиниоцу дело може психички приписати.¹² Психички живот човека се састоји из психичких процеса и психичких особина. Психичке процесе сачињавају интелектуални, емоционални и вољни процеси, док се под психичким особинама подразумевају релативно трајне карактеристике индивидуе (навике, способности, темперамент, потребе и друге особине које се манифестују у реакцијама човека).¹³

Можемо констатовати да урачунљивост поседује одређене елементе (свест и вољу) који су најчешће кривичним законодавством одређени. У кривичној теорији свест представља постојање знања и искуства да нека конкретна радња проузрокује извесну последицу, док у психолошком смислу свест представља сложену психичку функцију која се састоји у доживљају самог себе и околине у одређеном простору и времену.¹⁴

Крстић др Божидар сматра да је свест одраз интегралне и посебне активности људског мозга која човеку омогућава да буде свестан сопственог постојања и догађаја у вези с њим и око њега (тј. свест је доживљај самог себе и доживљај околине, прошлости, садашњости и евентуалне будућности). Професор Крстић свест одређује као способност аутопсихичке и алопсихичке орјентације. Аутопсихичка орјентација је способност човека за давање тачних информација о сопственој личности (име и презиме, година рођења, занимње, брачно стање, положај у друштву и друго), док је алопсихичка орјентација способност тачне сналажљивости у простору, времену и према другим лицима. Орјентацију у простору сачињава способност давања тачних информација о себи, другом човеку или некој појави у односу на место где се налази или где се догађај одиграо, док је орјентација у времену способност давања исправних података временског карактера и њиховог континуитета (дан, доба дана, месец, година и други подаци о временском периоду када се одиграо неки догађај). Орјентација према лицима је способност распознавања предмета или лица и везивање њихове

¹¹ Златарић др Богдан и Дамашка др Мирјан, речник кривичног права и поступка, Загреб, 1966, стр. 345.

¹² Чејовић др Бора, *op. cit.* стр. 299.

¹³ Крстић др Божидар, *op. cit.* стр. 11.

¹⁴ Аћимовић др Михајло, *op. cit.* стр. 352.

идентификације за одређени временски период. Уколико је нарушена или аутопсихичка, или алопсихичка орјентација компромитована је и психичка функција свести. Професор Стојиљковић истиче да свест сачињава психичку структуру човека, док професор Душан Јевтић сматра да је свест склоп менталних функција (садржај свесности) и да се центри свести налазе у сувој možданој кори (тј. садржај људске свести се састоји из самосвести и из свесности о постојању реалног света).¹⁵

Према схватању већине југословенских теоретичара свест сачињава *моћ расуђивања*, као елемент урачуњливости, који представља могућност схватања значаја свога дела и састоји се из кумулативно повезаних и условљених психичких процеса (опажање, памћење, мишљење, интелигенција и друго). Расуђивање се састоји из способности схватања стварног и друштвеног значаја сопственог дела. Законски термин "стварни значај дела" означава схватање извршеног дела у природном смислу, тј. схватање значаја предузете радње, последице, узрочне везе између радње и последице, и других околности које карактеришу учињено дело.¹⁶ Заступници психолошко-нормативне теорије урачуњливости сматрају да "свест о стварном значају дела" обухвата и *свест о противправности*. Овакво становиште је прихватљиво само уколико се противправност схвати као синтеза материјалних (друштвена опасаност) и формалних (правна забрањеност дела) елемената. Уколико је учинилац кривичног дела свестан друштвене опасности дела и свестан моралне и обичајне забрањености дела, онда код њега мора постојати и свест о праваној забрањености дела. Ова констатација може се потврдити чињеницом да су сва кривична дела претходно била морални деликти и да је свест о моралним деликтима преузета и трансформисана у Кривичном праву у свест о противправности.¹⁷

Опажање или *перцепција* је психички процес, путем кога постајемо свесни околних предмета, који се састоји из осећаја и искуства. Објективну стварност сазнајемо преко наших чула - рецептора (вид, додир, слух и друга чула). Дејством дражи (спољашњих или унутрашњих) на чула настају живчани надражаји који се путем нерава преносе до коре великог мозга.

¹⁵ Наведено према Крстић др Божићу, Судска психијатрија..., стр. 20-21.

¹⁶ Борђевић др Мирослав, Бачић др Фрањо и други, *op. cit.* стр. 70.

¹⁷ Чејовић др Бора, *op. cit.* стр. 215-216.

У кори великог мозга наступа психонервна активност (осећаји). *Осећај* или *опажај* је непосредно сазнање предмета путем чула, док је осет сазнање појединих својства предмета кога опажамо. Будући да искуство настаје претходним суочавањем човека са конкретним стварима материјалног света, *функција искуства* омогућава човеку препознавање и схватање значаја посматраног предмета. Тако се процес опажања врши узајамним и складним дејством осећаја и искуства. Квалитет неке перцепције одређен је физичким, физиолошким и психолошким факторима. Од физичних фактора најзначајнија је конфигурација дражи које делују на чула (интензитет, квантитет и време деловања дражи). Међу физиолошким факторима треба издвојити врсте и физиолошке функције чулних органа и опште стање организма, док претходно искуство лица које опажа и став субјекта према опажању представља психолошки фактор. Дакле, опажање је активно одражавање објективне стварности кога детерминишу објективне карактеристике даваоца дражи, специфичност чула преко којих се преносе дражи, и структуралне и функционалне карактеристике лица које сазнаје дражи.¹⁸ На квалитет опажања утиче и *пажња* која представља умереност психичке активности на тачно одређени број дражи. Уколико је пажња интензивнија, утолико ће предмет опажања бити квалитетније представљен у свести.¹⁹

Памћење представља други елемент расуђивања и састоји се из *упамћивања, задржавања и репродукције* или *сећања*. Функцију памћења омогућава специфична структура мозга (тзв. пластичност централног нервног система). Када дражи путем нервних влакана доспеју до централног нервног система доживљени нервно-мождани процеси остављају траг у мозгу (енграм). Памћење може бити моторно, емоционално, сликовито и вербално-логично. Упамћивање представља депоновање примљених утисака у мозгу и настаје у процесу стварања енграма, док се задржавање састоји у чувању већ створених енграма. Последња фаза памћења је репродукција енграма чији квалитет зависи од претходних фаза и представља одражавање прошлости без поновног перципирања. Памћење може бити намерно и ненамерно. У вези са памћењем посебно је значајна *функција заборављања*, која се састоји у трајном или привременом губљењу онога што смо опазили (тзв. брисање енграма). Функцију памћења потпомаже способност централног нервног система за вршење упрошћавања, рационализације и

¹⁸ Крстић др Божидар, *op. cit.* стр. 48.

¹⁹ *Ibid.*, стр. 68-69.

наглашавања појединих садржајних елемената опаженог предмета.²⁰

Задатак мишљења је да координира све психичке процесе и омогући складност функционисања свих елемената свести. Мишљење сачињавају три елемента: (а) оперисање симболима; (б) усмереност мишљења; (в) увиђање нових односа и веза. Симболи (речи, појаве и друго) представљају опште особине посматраног предмета које човек опажа, сазнаје, или познаје на основу личног искуства. На пример, појмови (као врста симбола) се деле на опште и посебне. Општи појмови представљају заједничка својства предмета (на пример, појам књиге), док посебни означавају битна својства конкретно посматраног предмета (на пример, уџбеник, роман и друго). Оперисањем симболима човек сазнаје одлике предмета које није непосредно опазио. Пошто смо сазнали већину или све особине посматраног предмета, сада се мишљење усмерава ка решењу проблема пред којим се налазимо. На основу сазнања које смо стекли оперисањем симболима, формирају се представе и постављају хипотезе о могућем решењу проблема. Проверавањем постављених хипотеза и представа изводе се поједини судови о посматраном предмету. Применом различитих метода (компарације, анализе, синтезе, индукције, дедукције, апстракције, конкретизације и друго) из претходно створених судова се формира синтеза истинитих чињеница које одражавају суштину посматраног предмета, и та синтеза назива се закључком. О посматраном предмету се могу формирати један или више закључака.²¹ На пример, лице А је пуцало из пушке на лице Б. Лице Б је услед задобијених повреда после неколико минута издахнуло. На основу представе коју смо стекли увиђањем, реконструкцијом кривичног догађаја, исказом сведока, признањем окривљеног и исказом вештака формирали смо суд да је лице А својом радњом прузроковало смрт лица Б. Други суд смо извели подводећи конкретан кривични догађај под одређену правну норму Кривичног закона Југославије (правна квалификација дела). Из претходних судова извели смо закључак да је лице А учинило кривично дело убиства (чл. 47. ст. 1. КЗС), чиме су се стекли услови за његово кривично гоњење. Дакле, мишљење је сложен психички процес (у процесу мишљења користе се различите интелектуалне операције) којим човек сагледава предмете, појаве и њихове односе, упознаје стварност и ствара закључке. Мишљењем се схватају и

²⁰ Ibid, стр. 52-53.

²¹ Ibid, стр. 32-36.

увиђају односи и везе између посматраних појава. Оруђе мишљења је говор, а језик као систем знакова је средство говора. Говор може бити унутрашњи и спољашњи.

Интелигенција представља способност сналажења у новим условима на основу искуства. Фактори развоја интелигенције су узраст, наслеђе и социјална средина. Особине интелигентне радње су: (а) правилно постављање проблема (б) тражење решења кроз постављање разних хипотеза (в) проверавање постављених хипотеза и доношење логичких закључака. Према Spearman-у у интелигентним радњама учествују општи или фактор Г и специфичан или С фактор. Фактор Г означава опште човекове способности које су заступљене у свим активностима, док фактор С представља специфичне персоналне способности за обављање одређених делатности. Ниво интелигенције изражава се као количник интелигенције (IQ). Количник интелигенције се добија када се психички узраст подели са годинама старости и помножи са бројем 100.²² Уколико је било који од поменутих елемената расуђивања нарушен долази до поремећаја функције расуђивања.

Други елемент урачунљивости је воља. У доктрини постоје различита схватања о вољи. Према мишљењу Капамације воља је способност избора између различитих објективних могућности делања, одабирање и кочење унутрашњих подстицаја нарочито оних нагонске и афективне природе. Штернић сматра да је воља психички процес специфичан за сваку личност, којом се свесно усмеравају активности ка одређеном циљу и састоји се из три фазе (јављање побуда, прихватање одлуке и размишљање о њеној реализацији, и реализација прихваћене одлуке).²³ Професор Крстић истиче да се воља састоји из људских активности које су усмерене на задовољавање потреба, а потребе су најчешће нагонског, егзистенцијалног и социјалног карактера.²⁴

У кривичној теорији воља се одређује као *моћ одлучивања*, односно доношење одлуке о предузимању или непредузимању одређених радњи. Одлучивање се састоји у просуђивању о различитим могућим алтернативама, одабирању једне од њих и концентрацији воље у циљу реализације донете

²² Ibid, стр. 56-57.

²³ Ibid, стр. 27.

²⁴ Ibid, стр. 27-28.

одлуке.²⁵ Моћ одлучивања је могућност управљања својим поступцима сагласно садржају свести и манифестује се у предузимању вољне радње. Предузимање вољне радње се састоји у *савлађивању унутрашњих и спољних препрека*. Садржину савлађивања унутрашњих препрека сачињава *настанак и борба мотива, владање емицијама и владање нагонима*, док се савлађивање спољних препрека састоји у *отклањању објективних околности које онемогућавају спровођење донете одлуке* (набављање средства за извршење кривичног дела, проналажење саучесника и друго). Вољне активности се одвијају кроз припремну и завршну фазу. У припремној фази се одвија интрапсихичка активност, која се састоји у савлађивању унутрашњих препрека, доношењу одлуке и размишљању о реализацији одлуке. Завршну фазу сачињава низ активности које човек предузима ради отклањања спољних препрека и остваривања циља (реализација донете одлуке). Све човекове активности се могу поделити на вољне и невољне. Вољне радње су производ намерне одлуке којима се остварују унапред свесно прихваћени и постављени циљеви, док се невољне радње одвијају под притиском мотива код којих је изостала припремна фаза, при чему настале потребе изазивају непосредну активност.²⁶

Посебан значај за човеков психички живот имају емоције и нагони. Све људске активности су прожете емоцијама. Човек свакодневно доживљава одређена узбуђења. *Емоције* представљају нормална емотивна реаговања на збивања како у сопственом организму, тако и у спољашњој средини. Кроз емоционална реаговања се манифестује специфичан однос човека према реалним појавама. Зато што су поступци и понашање човека у великој зависности од емоционалног стања личности, емоције представљају један од битних фактора прилагођавања појединца социјалној средини.²⁷ Манифестација емоција, као и понашање, формирају се сазревањем личности и учењем. Емоционално сазревање се састоји у кочењу и учењу начина како да се реакције и узбуђења контролишу и одгајају, и у предвиђању последица. Емоционална контрола је битан регулатор људског понашања и представља услов

²⁵ Ђорђевић др Мирослав, Бачић др Фрањо и други, *op. cit.* стр. 70-71.

²⁶ Јевтић др Душан, *Судска психијатрија*, Београд, 1951, стр. 64-65.

²⁷ Крстић др Божидар, *op. cit.* стр. 38.

цивилизованог живота. Суштина емоционалне контроле се састоји у одлагању емоционалних реакција у тренутку када су емоције изазване.²⁸ Нарушавање емоционалног апарата може изазвати како поремећаје у домену свести и воље, тако и поремећаје целокупне структуре личности. Афекти, који представљају јака и краткотрајна осећања праћена телесним и изражајним појавама, могу утицати на процес расуђивања или на процес одлучивања, или истовремено и на свест и на вољу. Сви афекти се деле на физиолошке (гнев, страх, радост и жалост) и патолошке (препаст, паника, јарост и очајање). Тако, код убиства на мах учинилац под утицајем физиолошког афекта, који делује као психички ураган и детерминише понашање, предузима радњу и остварује последицу кривичног дела. Физиолошки афект је узрокован провоцирајућим понашањем пасивног субјекта, али не искључује увек урачунљивост као патолошки афект.²⁹

Нагони су у служби одржавања човековог живота и представљају енергију која проистиче из одређених физиолошких потреба (глад, жеђ, секс и друго). Деле се на виталне (нагон за исхраном, нагон за живљењем, сексуални нагон и родитељски нагон) и социјалне (одражавају потребу човека за живљењем у социјалној средини уз поштовање друштвених норми понашања). Нагонске радње представљају врсту невољних радњи и извршавају се без претходног промишљања. Након задовољења нагона човек осећа пријатност, док незадовољење и потискивање нагона чини човека напетим, раздражљивим и конфликтним. Владање нагонима представља вољну радњу која се одвија сагласно садржају свести. Поред нагонских, постоје рефлексне, инстинктивне и навикнуте радње. Рефлексне радње, као врста несвесних радњи, представљају аутоматске реакције појединих делова човековог организма на спољне надражаје, док су инстинктивне радње израз унутрашњих импулса целог организма. Навике су свесне радње које у почетку човек учи, како би временом прешле у аутоматско извођење, при којима свест делимично учествује.³⁰ Будући да је модерној науци само делимично познат психички живот човека, наше излагање о садржини урачунљивости се заснива на савременим психо-

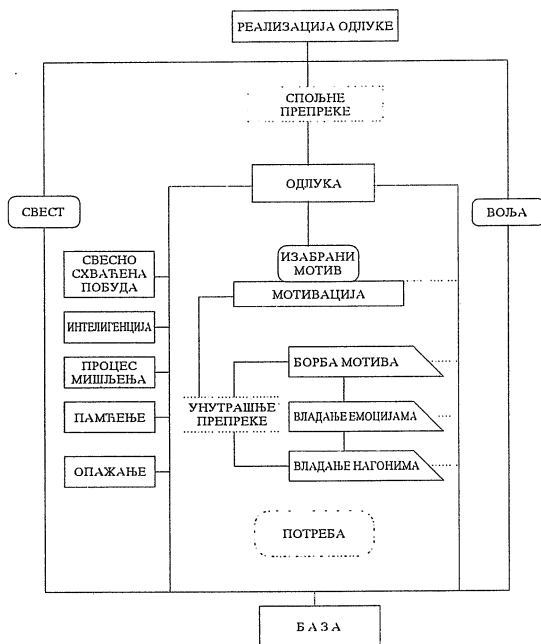
²⁸ Ibid, стр. 39.

²⁹ Ibid, стр. 39-46.

³⁰ Ibid, стр. 59-60.

лошким и психијатријским схватањима, а за потребе науке Кривичног права.

Професори Јовановић и Миладиновић истичу да се урачунљивост може схематски приказати.³¹



Наведене дефиниције о урачунљивости узимају свест и вољу као најважније елементе човековог психичког живота. Поремећаји у било ком домену свести, воље, или других области психичког живота, могу се одразити и на урачунљивост. У већини модерних кривичних законодавстава прихвата се негативна дефиниција урачунљивости. Одређивање појма неурачунљивости је у складу са принципом релативне пресумције урачунљивости у кривичном поступку. Суд урачунљивост цени *tempore criminis*, према конкретном учиниоцу и кривичном делу. Није урачунљив учинилац дела који у време извршења кривичног дела није могао схватити значај свога дела или није могао управљати својим поступцима услед трајне или

³¹ Јовановић др Љубиша и Миладиновић др Видоје, предавања из предмета Кривично право, друга година Правног факултета у Нишу, школска 1986/87.

привремене душевне болести, привремене душевне поремећености и заосталости душевног развоја (чл. 12. ст. 1. КЗЈ).

Постоје три метода за утврђивање неурачунљивости (биолошки, психолошки и биолошко-психолошки или мешовити). Биолошким методом се откривају психопатолошка стања у личности учиниоца дела, која представљају биолошки основ неурачунљивости. Овим методом не утврђује се утицај биолошких узрока неурачунљивости на моћ расуђивања и моћ одлучивања. Према биолошком методу учинилац је наурачунљив ако је у време извршења дела био душевно поремећен. Психолошким методом се констатује постојање патолошких стања и утврђује њихов утицај на моћ расуђивања и моћ одлучивања. Овим методом се утврђују последице неурачунљивости. Према психолошком методу учинилац је неурачунљив ако *tempore criminis* није могао да схвати значај свога дела и да управља својим поступцима. Мешовитим методом се утврђују и узроци и последице неурачунљивости. Овај метод је прихваћен у југословенском кривичном законодавству. Биолошке основе неурачунљивости чине три врсте душевних поремећености (трајно или привремено душевно обољење, привремена душевна поремећеност и заосталост душевног развоја или олигофреније). Психолошке основе неурачунљивости чине немогућност схватања значаја свога дела (нарушена моћ расуђивања) и немогућност управљања својим поступцима (нарушена моћ одлучивања). За егзистенцију неурачунљивости потребно је постојање најмање једног биолошког и једног психолошког основа. Сазнања психијатрије и психологије доказују постојање бројних прелазних стања између потпуне урачунљивости и потпуне неурачунљивости. Прелазна стања (тзв. смањена урачунљивост), уведена су у кривично право под утицајем Социолошке школе. Узроци смањене урачунљивости су идентични узроцима који изазивају неурачунљивост. Учинилац чија је способност да схвати значај свога дела или способност да управља својим поступцима била битно смањена услед неког стања из става 1. овог члана може се блаже казнити - битно смањена урачунљивост (чл. 12. ст. 2. КЗЈ). И битно смањену урачунљивост суд цени према конкретном учиниоцу и делу, *tempore criminis*, и представља услов блажег кажњавања и факултативни основ ублажавања казне (чл. 42-43. КЗЈ).³² Будући да се биолошки основи неурачунљивости и битно смањене урачунљивости које познаје позитивни Кривични закон Југославије не подударају са сазнањима модерне психијатрије,

³² Ђорђевић др Мирослав, Бачић др Фрањо и други, *op. cit.* стр. 68-72.

мислимо да је потребно у овом домену извршити усаглашавање. Душевне поремећености могу бити наслеђене, урођене и стечене, а њихови узроци су органске (наследни фактори, повреде, тровање и обољења заметка, обољења ендокриних жлезди, повреде и обољења која настају у току живота, обољења и запаљиви процеси на мозгу, тровање и друго) и психолошко-социјалне природе (душевни потреси, стресови, неурозе, психозе и друго - настају због конфликта у социјалној средини). Душевна обољења представљају органско нарушавање структуре централног нервног система и испољавају се у патолошким облицима психичких функција. У југословенском кривичном законодавству термином "душевно обољење" означавају се сви поремећаји психичких функција који по свом интензитету доводе до наступања неурачунљивости или битно смањене урачунљивости. Према временском трајању душевна обољења се деле на трајна и привремена. Трајна душевна обољења представљају дужевремену психичку болест (епилепсија, схизофренија, параноја и др.), док су привремена обољења психичке болести краћег трајања које могу спонтано престати или се могу медицинским мерама излечити (делузије, дипсоманије, делиријум тременс, љубомора, алкохоличарске халуцијације и друго). Привремене душевне поремећености представљају временски одређено нарушавање психичких функција мозга и трају док не престане дејство унутрашњег узрока поремећаја или док се не излече медицинским мерама (психопатије, акутни алкохолизам, патофизичка стања, афективна стања јаког интензитета и др.). Карактеристике привремених душевних поремећености су: а) привремени душевни поремећаји могу изазвати патолошка стања различитог интензитета и врсте која проузрокују неурачунљивост; б) сва патолошка стања су привременог карактера, а лица која су се налазила у оваквом стању у време извршења кривичног дела касније могу бити потпуно урачунљива. Олигофреније представљају психичку неразвијеност која је производ или закржљалости разума, или патологије ендокриног система, или дуготрајног неживљења у социјалној средици (церебралне олигофреније, ендокрине олигофреније и чулни недостаци). Душевне заосталости могу настати у време зачећа, за време трудноће, порођаја, као и после порођаја у првим годинама живота. Од олигофренија се разликује душевна незрелост деце и малолетника код којих још увек траје био-психо-социјални процес сазревања личности,

док у односу на њихов узраст не постоје патолошка стања у психичком развоју.³³

Из наведеног може се третирати питање односа између урачунљивости и виности, односно урачунљивости и умишљаја. Свест и воља представљају елементе и урачунљивости и умишљаја. И док урачунљивост одражава општа психичка својства личности учиниоца дела (тј. његову нервно-психичку способност да свесно и вољно делује), умишљај представља свесно и вољно остварење кривичног дела (тј. посебан психички однос учиниоца према извршеном делу као свом остварењу). Да би неко лице имало психички однос према сопственој делатности, оно мора претходно поседовати здрав психофизички апарат. Према томе, урачунљивост је основ или општи претходни услов неопходан за постојање виности, односно умишљаја. Без постојања урачунљивости не може постојати умишљај.³⁴ Међутим, према схватању Bettiol-а урачунљивост је способност мишљења, предвиђања, оцењивања (интелектуални елемент) и хтења (вољни елемент). Antolisei истиче да урачунљивост представља саставни део учења о личности учиниоца дела. У посматрању односа између урачунљивости и виности, осим свести и воље треба узети на знање и друге елементе психичке структуре личности. Урачунљивост се изједначава са кривичном способношћу, а кривична способност је претпоставка кривичне одговорности. Renieri мисли да виност може постојати и без урачунљивости. Виност је кривичноправна категорија која означава психички однос учиниоца према делу, без обзира да ли се ради о урачунљивом или неурачунљивом лицу. Разлика је у томе што виност код урачунљивих лица представља основ примене казне, док код неурачунљивих лица представља основ примене мера безбедности и васпитних мера. На тај начин, урачунљивост не представља основ виности, односно умишљаја, већ лични статус који означава својство учиниоца и основ за примену кривичне санкције. Однос између урачунљивости и виности добија посебан третман у учењу о финалној радњи која је настала у немачкој теорији. Velzel мисли да је виност елемент урачунљивости, јер умишљај и нехат не улазе у виност. Радња извршења је циљна делатност. Човек свесно бира средства за постизање замишљеног циља користећи, при том, познавање закона узрочности. Изабраним средствима се усмерава узрочни ток збивања ка постављеном циљу, а та свесна и вољна активност која води до циља представља основ и садржину радње

³³ Јовановић др Љубиша, *op. cit.* стр. 204-206.

³⁴ *Ibid.*, стр. 220.

извршења кривичног дела као финалне радње. Свесна и на циљ усмерена радња може бити само умишљајна и зато умишљај представља битан елемент радње кривичног дела.³⁵ Ми прихватамо становиште југословенског кривичног законодавства према коме је урачунљивост како основ виности, тако и кривичноправна способност за кривичну одговорност (чл. 11. КЗЈ).

³⁵ Наведено према Таховић др Јанку, Кривично право, општи део, Београд, 1961, стр. 167-170; 206-207.

Mr Saša Đurić,
Assistent à la Faculté de Droit à Niš

LA QUESTION DU RAPPORT ENTRE LA RESPONSABILITÉ POUR SES ACTES ET LA CULPABILITÉ

Résumé

De pair avec l'acte criminel et la sanction pénale, la responsabilité pénale présente une notion juridique fondamentale. Dans le système tripartite de la science du Droit pénal la responsabilité pénale est liée à la personne exécutive de l'acte criminel et présente une notion indépendante et fondamentale, alors que dans le système bipartite la responsabilité pénale présente une notion intégrante de la science sur l'acte criminel. Les éléments de la responsabilité pénale sont: la responsabilité pour ses actes (l'outrecuidance) et la culpabilité. La responsabilité pour ses actes présente la capacité neuropsychique, consciente et voulue, pour l'action, alors que la culpabilité présente le rapport psychique du fauteur à l'égard de l'acte criminel commis et se manifeste à travers le conscient et l'inconscient (l'acte conscient et l'acte non voulu). La science du Droit pénal commet une faute lorsqu'elle considère la responsabilité pour ses actes et la culpabilité (c'est à dire le "voulu") comme deux catégories psychiques indépendantes l'une de l'autre. De même, le contenu de la responsabilité pour ses actes et la culpabilité ne peut pas être observé partiellement. La responsabilité pour ses actes et la culpabilité comme catégories psychiques complexes ne présentent qu'un segment de la structure de l'individu. La personnalité de l'homme c'est un système dynamique des microsystèmes d'après lequel chaque microsystème représente la synthèse des catégories psychologiques qui s'imprègnent entre eux, s'entrelacent et s'accordent. C'est pourquoi nous tenons que la science du droit pénal doit fonder une analyse des rapports entre la responsabilité de ses actes et la culpabilité sur la méthode interdisciplinaire et synthétique dans le cadre des connaissances entières esogothériques et ésogothériques sur l'homme.

Le Code pénale de Yougoslavie, du point de vue science psychiatrique utilise les termes inadéquats pour les raisons biologiques de la non responsabilité de ses actes. Nous tenons que cette contradiction citée devrait être résolue par l'adoption des termes psychiatriques contemporains pour les raisons biologiques concernant la non responsabilité pour ses actes et celle considérablement diminuée dans la science du Droit pénal et dans la législation pénale.

Видоје Спасић
асистент-приправник

ПРЕНОС ЖИГА - МАРКЕ ПРОИЗВОДА И УСЛУГА

I Појам и економски значај жига

Право на жиг-марку производа и услуга (*Markenrecht, Warenzeichenrecht, trademark law, droit de marque*), као део Права индустријске својине, развило се тек у 19. веку. Истина, обележавање-маркирање производа и услуга од стране произвођача и трговаца, ради њихове идентификације и разликовања од роба и услуга других произвођача и трговаца, били су познати од давнина. Још у старом веку, у Грчкој и Риму, било је уобичајено обележавање производа (ваза, скулптура, слика и сл.), неким карактеристичним знаком-симболом, који је имао за циљ да укаже на порекло произвођача, односно личност аутора. Стари век је, дакле, познавао жиг, преваходно, као средство ознаке порекла робе. Међутим, без обзира на, *de facto*, широку употребу знакова за обележавање робе, у пракси, легислатива и доктрина нису на адекватан начин сагледавали предметну материју. Римско право није експлицитно регулисало материју жигова, али је ипак кривично санкционисало неовлашћену употребу туђег знака за обележавање робе, као "*falsum und Stellionat*" (превара и лукавство), док је по *ius civil-*у оштећеном лицу стајала на располагању *actio doli*.

У средњем веку у многим државама је постојало, не само право већ и обавеза стављања знакова на робу, било да је реч о индивидуалним знацима физичких лица или колективним знацима правних субјеката (еснафи, цехови или гилде). Из тог доба датира и Статут града Буда, који је садржао и одредбе о заштити жигова.

Развој жиговног права у правом смислу почиње тек са 19. веком. У почетку је правна заштита жиговима пружана посредно, било кроз опште одредбе Грађанског права (нпр. општепознати чл. 1382 и 1383 француског *Code civil*-а о накнади штете), било кроз одредбе прописа о сузбијању нелојалне утакмице или трговачких законика, да би касније ова материја била регулисана специјалним прописима о индустријској својини, на националном и међународном плану.

Данас жиг представља једно од најзначајнијих права индустријске својине, које је правно уређено и заштићено националним прописима и међународним конвенцијама.

У теорији постоји више дефиниција жига, али нам се чини да је најпотпунија и најприхватљивија она по којој "жиг представља сваки знак или средство које може да послужи за разликовање робе, производа или услуга једног физичког или правног лица од робе, производа или услуга исте или сличне врсте других физичких или правних лица у привредном промету, а који је заштићен по одредбама Закона о жиговима".¹ Позитивно-правно посматрано жиг је право којим се штити знак који у промету служи за разликовање робе, односно услуге једног физичког или правног лица од исте или сличне робе, односно услуге другог физичког или правног лица.²

У законодавству и теорији постоје различите врсте жигова, с обзиром на чињеницу шта се узима као критеријум поделе. Без намере да детаљно улазимо у побрајање и експлицирање свих подела, навешћемо само најзначајније врсте жигова, тек да би се стекао целовитији увид у предметну материју и лакше схватили проблеми које ћемо касније обрађивати. Тако, с обзиром на форму постоје жигови у речи, жигови у слици, жигови од слова и бројева, комбиновани, тродимензионални, *telle-quelle* жигови, жигови у звуку или мирису и акустични жигови.

Према функцији коју имају у привредном животу жигови се деле на робне, фабричке, трговачке, производне, услужне, чувене (реномиране) и општепознате (ноторне) жигове.

Према титулару-субјекту права жигови се деле на индивидуалне (појединачне) и колективне, а у оквиру колективних постоје посебне подврсте, нпр. жигови концерна, жигови холдинга и други.

На данашњем степену привредног и општецивилацијског развитака, жиг има огроман значај за укупан робни и пословни промет. При том, жиг добија нове димензије и садржаје, а уз постојеће и нове функције, примерене савременим друштвено-економским односима. Ако је у почетку жиг преваходно деловао као једно психолошко-пропагандно средство у освајању потрошачке публике и као такав имао моралну

¹ Поповић С. - Заштита робних и услужних жигова у југословенском праву-са освртом на међународно и упоредно право и судску праксу, Београд, 1969, стр. 40.

² Чл. 1 ст. 2 Закона о жиговима, "Сл. лист СРЈ" бр. 15, од 24. марта 1995. године.

(нематеријалну) вредност, данас је жиг, поред свега тога и врло значајан део капитала једног предузећа или компаније. Разуме се, да што је један жиг познатији он има већу вредност, тако да се према неким стручним проценама, код чувених (реномираних) жигова (*la marque de haute renommée, berühmte Marke*), нпр. *Mercedes, Sony, Coca-Cola* учешће вредности жига у укупном капиталу компаније процењује, на чак 60-70%.

Жиг, данас, има вишеструку функцију у привредном животу сваке земље. Без обзира на одређене специфичности код појединих националних законодавстава, данас су углавном неспорне следеће функције жига. Основна функција жига јесте да означи порекло робе, односно идентификује произвођача.

Везана с претходном је функција жига да индивидуализује робу, односно услугу ради њеног разликовања од сличних роба и услуга других произвођача.

Следећа је гарантна функција жига. Производ обележен жигом не мора имати изузетан квалитет, али мора имати константан квалитет кроз дуги низ година.³

Најзад, у условима светски развијеног тржишта жиг добија и снажну рекламно-пропагандну функцију за одређену робу, односно услугу. У том смислу, изрека да робу продаје њен квалитет узмиче пред геслом да робу продаје њен жиг-марка.

II Пренос жига

У претходном делу видели смо какав је значај жига-марке производа и услуга за привредни живот. Пошто је једна од основних карактеристика жига његова прометљивост-трансферибилност, а како тржиште и економски закони не знају за баријере, већ поштују једино закон профита, то у данашњим условима пренос жига постаје свакодневна и могло би се рећи масовна појава. При том, треба истаћи да трансфер жига има најчешће међународни карактер и врши се између различитих држава и, по правилу, између индустријски развијених и неразвијених и земаља у развоју, мада није редак случај преноса жига и између самих индустријски развијених земаља, с обзиром на њихов економски интерес у конкретном случају.

Ratio и циљ преноса жига са једног на другог привредног субјекта су више него очигледни, а интерес обостран.

³ Одлуку о томе какав ће квалитет дати својој роби, дискреционо доноси сам произвођач, у складу са минималним законским захтевима и својим економским мотивима. Међутим, код озбиљних произвођача, квалитет, не само што је константан, већ и тендира ка натпросечном.

Индустријски развијене земље преносом жига, не само што шире своја тржишта и свој утицај и на географски најудаљенија подручја, већ на тај начин и остварују профит, односно накнаду по основу уступљеног права. С друге стране, земље у развоју, које су технолошки неразвијене, куповином жига задовољавају потребе свог тржишта за одређеним конјуктурним и квалитетним производима и услугама, смањују своје проблеме незапошљености и у крајњој инстанци и по одбитку свих трошкова и оне остварују одређени профит. За потрошаче трансфер жига има, такође, велики значај, јер на тај начин у домицилној држави могу да се, под повољним условима, снабдевају најразличитијом робом широке потрошње познатих светских произвођача, носиоца најпознатијих жигова. Живот савременог човека био би незамислив без употребе производа познатих светских жигова: *Coca-Cola*, *Levi's*, *Adidas*, *Nike*, *Sony*...

Југославија, будући да је, ипак, технолошки недовољно развијена земља, има, и те како, потребе за увозом жигова и појављује се на светском тржишту као купац различитих жигова у прехранбеној, машинској, текстилној, фармацеутској и другим гранама индустрије.

Када говоримо о трансферу жига треба одмах истаћи да, генерално посматрано, постоје два основна вида-начина преноса жига: 1) пренос права на жиг (цесија жига), када стицалац (корисник) жига ступа у сва права и обавезе носиоца жига и 2) лиценца жига, када носилац-ималац жига преноси на другога само право (овлашћење) привредног искоришћавања жига.

1. Пренос права на жиг (цесија жига)

Пошто је жиг субјективно право које припада овлашћеном носиоцу, то оно може бити предмет располагања од стране свога титулара. Основни начин преноса сваког права, па и права на жиг је цесија. На основу уговора о цесији жига нови стицалац ступа у целокупни комплекс права и обавеза носиоца права на жиг. Међутим, пошто је жиг, у извесном смислу, једно специфично право, које је ипак акцесорне природе, јер је везано и за робу-услугу, али и за произвођача, односно трговца, то је проблем цесије жига знатно комплекснији него што то на први поглед изгледа. Дакле, централно питање које даје кључ за решавање проблема преноса права на жиг (цесије жига), јесте зависност жига у односу на радњу, предузеће или компанију чији је припадак, с једне стране и у односу на производ-услугу коју обележава, с друге стране. С обзиром на начин како је поменуто питање решено, глобално

посматрано, данас у свету постоје два потпуно супротна система преноса права на жиг. Први систем прихватају земље које полазе од принципа независности (самосталности) жига и пренос права на жиг се врши потпуно слободно и независно од преноса предузећа (систем слободне цесије - *cession libre*). Овом систему припадају Француска, Велика Британија, Италија, Шпанија, Мексико, Аргентина, Јапан и др.

Други систем преноса права на жиг прихватају земље које полазе од начела зависности жига и његове везаности за предузеће, па се, следствено томе, жиг може преносити само уз пренос предузећа или бар оног његовог дела из ког потиче роба-услуга коју штити жиг. Овакав систем преноса жига преовлађује у свету и њега су прихватили: Немачка, Аустрија, Белгија, Холандија, САД, Русија, Бразил, Перу и др.

Осим наведених "чистих" система, постоје извесне државе које прихватају средњи систем-компромисно решење, где се под одређеним условима извесни жигови могу преносити потпуно слободно, док други могу само заједно са предузећем (нпр. Индија).

Систем који усваја потпуно слободан пренос права на жиг, за полазну основу узима схватање да је жиг потпуно независна категорија од производа-услуге коју обележава и предмет је посебне својине предузећа, одвојене од својине на производима, односно услугама. Најтипичнији представник система слободног преноса права на жиг је Француска, која је одувек стајала на становишту слободне цесије жига. Овакав принцип је доследно спроведен у законодавству, доктрини и судској пракси. У том смислу наводи се једна стара судска пресуда из 1904. године, где је експлицитно изречено да " жиг представља својину одвојену од предмета на који се може стављати. Право на жиг је независно од тога како ће се употребити и од производа на који се ставља."⁴

Жигом се, дакле, може располагати било теретно, било доброчино, у целини или делимично, а може се и запленили посебно или заједно са предузећем или радњом из које потиче и за коју је везан. Француска доктрина је отишла и корак даље у фетишизирању принципа независности жига, сматрајући да ће жиг бити заштићен, чак и у случају кад би служио за означавање производа-услуга чија је продаја забрањена, као што су тајни лекови, монополисани производи и сл. Систем слободне цесије жига доследно је спроведен и у француској легислативи. Тако,

⁴ Popovitch R. - La législation yougoslave sur la propriété industrielle, thèse, Lyon, 1924, p. 327.

чл. 13 Закона о жиговима, од 1964. године, одређује да цесије "могу бити учињене независно од сваког уговора који се односи на предузеће које користи или настоји да користи жиг." Значи, да нема никакве потребе преносити целу трговачку радњу или њен део, чак ни фабричке тајне или *know-how*. Будући да у француском праву жиг не представља правну гаранцију квалитета производа или маркираних услуга, овакав либерални систем се подразумева.⁵

Без обзира на принцип слободног преноса жига, будући да је он, ипак, акцесоријум предузећа-радње и један од њених бестелесних елемената, поставило се питање да ли у случају цесије предузећа или радње, ако актом о цесији није ништа прецизирано, и жигови бивају обухваћени цесијом. Да би се дошло до одговора на то питање, примарно треба поћи од тумачења воље уговорних страна, а ако то не да резултат, онда супсидијарна примена начела *accessorium sequitur principale*, доводи до афирмативног одговора.

Упркос чињеници што Француска усваја принцип слободног преноса жига, ипак ни та слободна цесија не може се апсолутизовати и вршити изван свих лимита и поштовања минималних принципа. Тако, сагласно општим правним начелима и прописима, цесија жига мора се покоравати правилу "*fraus omnia corrumpit*", и свака цесија која не буде прибављена с циљем нормалног искоришћавања, већ ради конституисања једног агресивног акта насупрот конкуренцији, биће ништава и представљаће злоупотребу права.⁶ Такође, по новом француском закону, да би једна цесија жига била пуноважна, потребно је да "испуни" и одређене формалне услове. Цесија мора, пре свега, бити сачињена у писаној форми, а исто тако стоји и обавеза њеног уписа код Националног института за индустријску својину и напомена-забележба у националном регистру жигова.

Без обзира што систем слободног преноса жига има одређене предности, ипак му се могу ставити бројне и озбиљне примедбе. Основна и најзначајнија слабост овог система је управо његова полазна основа. Ма колико изгледало да су производња и жиг релативно самосталне категорије, ипак временом

⁵ Chavane A, Burst J. J.-Droit de la propriété industrielle, Paris, 1990, p. 677.

⁶ Куповина жига "Yval" да би се правиле сметње искоришћавању жига "Yoval", од стране конкурента, Париз, 11. феб. 1982. Анали, 1983, стр. 256; или куповина жига "Bowling", некоришћеног, ради супротстављања конкуренту који је већ искоришћавао исти жиг, Grenoble, 15. 12. 1977, JCP 1978.

њихова веза постаје све чвршћа, шта више и тешко раскидива. Слободна цесија жига може створити многе проблеме у пракси и довести до злоупотребе.

Због напред изнетих слабости, многе земље, међу којима су и значајне индустријске силе, као нпр. САД, Немачка, Аустрија, Русија и неке земље европске Уније, имају потуно другачији приступ проблему преноса права на жиг. У наведеним земљама жиг је сам за себе непреносив и он се може цедирати само заједно са предузећем-радњом или њиховим делом, чије производе или услуге обележава. Главни аргумент који се наводи у прилог тези о предности овог система преноса жига је, поред већ поменутих правне сигурности, заштита интереса потрошача. Будући да је чврсто везан за робу-услугу, жиг временом постаје за потрошаче симбол одређеног предузећа, односно његове робе-услуге, као гарант одређеног квалитета и стварног порекла робе. Ако би се жиг преносио независно од робе-услуге, потрошачи би могли бити доведени у заблуду о пореклу и битним својствима робе, што је недопустиво, јер жигови "морају увек говорити истину и увек говорити исту истину...", како се то каже у Зборнику америчког права.⁷

У пракси није редак случај да се роба за коју је везан жиг производи по неком тајном поступку, знатом само имаоцу жига (нпр. Соса-Солa), па се у таквим случајевима жиг никако не би могао пренети без саопштавања тог поступка стицаоцу жига.

Осим праксе и доктрина је наводила своје разлоге у прилог ситему о самосталној непреносивости жига. У том смислу, познати немачки теоретичар *J. Kohler* каже: "Индивидуална природа права на жиг има за последицу да је жиг у принципу неотуђив. Као дистинктивни знак лица које је произвело робу, као карактеристика персоналитета који покрива робу, жиг припада томе персоналитету и може припадати само њему. Он је за њега везан као његово име и као фирма; то је његова особеност као што је монограм особеност уметника."⁸

Принцип везаности жига за робу, односно предузеће реципиран је и на међународном плану. У том смислу, чл. 6 *quater* Париске конвенције за заштиту индустријске својине, стипулише да када законодавство неке земље чланице Уније, везује цесију жига за симултани пренос предузећа или радње

⁷ *Corpus iuris secundum, Trade-marks, Etc.*, vol. 87, par. 171 (a), str. 500.

⁸ *Kohler J. - Das Recht des Markenschutzes, Wirtsbourg, 1884, str. 229.*

којој жиг припада, за пуноважност цесије довољно је ако се жиг преноси и само са делом предузећа или радње, која се налази на територији те земље, уз услов да се на цесионара преноси и искључиво право израде или продаје производа, односно услуга који се обележавају тим жигом. Међутим, у текст Конвенције унета је посебна резерва, по којој чланице Уније нису дужне признати ваљаност преноса жига с делом предузећа, ако употреба жига од стране новог стицаоца може изазвати заблуду код потрошача, посебно у погледу порекла, квалитета и других битних својстава производа.

Први српски Закон о заштити фабричких и трговачких жигова, од 1884. године, није имао потпуно децидиран став по питању преноса права на жиг. Ипак, тумачењем одредбе чл. 7, према којој је "жиговно право везано за предузеће, ради кога је и стечено; оно престаје с престанком истога, а може се и на другога пренети", може се закључити да је овај Закон нагињао ка систему везаног преноса жига са предузећем.

Први пропис Краљевине Југославије, Закон о заштити индустријске својине, од 1922. године, који је измењен и допуњен 1928. године, у пар. 61 прописивао је да је право жига везано за предузеће и да престаје са њим, а може се преносити само са предузећем. На истом становишту био је и први послератни Закон о жиговима, од 1961. године. Новеле Закона о жиговима, од 1974. године, прописују слободан пренос права на жиг, без предузећа или његовог дела и без других посебних ограничења.

Закон о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања, од 1981. године,⁹ по питању цесије жига има потпуно исто решење као и важећи Закон о жиговима, од 1995. године. Тако, према чл. 38 новог Закона, регистровани или пријављени жиг (који још увек није добио правну заштиту), може бити пренет на другога путем уговора о преносу (цесији) права, лиценци, залози, франшизи и сл. За сваки од наведених уговора предвиђена је писана форма *ad solemnitatem*, а на захтев бар једне уговорне стране уписује се у одговарајући регистар. Што се тиче саме цесије, закон је одредио да носилац жига, односно подносилац пријаве, може пренети жиг или право из пријаве, потпуно или делимично, односно за све или само за неку робу-услугу. Уговор о цесији жига, осим што мора имати све битне елементе, мора бити сачињен у писаној форми. При том, колективни жиг и право на његово коришћење не могу се никако цедирати (чл. 39).

⁹ Закон је објављен у "Сл. листу СФРЈ" бр. 34/81, од 19.6.1981. године

Примећујемо да ни нови Закон, као и претходни, не говори ништа о везаности жига за робу-услугу, односно предузеће из кога потиче. Мишљења смо да се законодавац, у жељи да либерализује и фаворизује промет жигова, приближио француском систему независности и самосталности жига у односу на предузеће чије производе-услуге обележава.

2. Лиценца жига

Лиценца представља други вид-начин трансфера жига. За разлику од цесије жига којом се преноси право жига у целини, лиценца жига по свом садржају и дејству има ужи домашај, јер има знатно ужи предмет преноса. Уговором о лиценци жига давалац лиценце се обавезује да стицаоцу (кориснику) лиценце уступи у целини или делимично право искоришћавања жига, а стицалац се обавезује да искоришћава предмет лиценце (жиг), на уговорени начин и време и да за то плати даваоцу уговорену накнаду.

Данас лиценца представља општеприхваћени и опште-присутни вид преноса жига, чак и у оним земљама које цесију жига на различите начине условљавају и везују је за робу, односно предузеће. Код земаља система слободног преноса (цесије) жига, питање допуштености лиценце се уопште и не поставља, јер ако се може слободно преносити цело право, онда се тим пре и утолико лакше може преносити један његов део - овлашћење.

Пошто је у данашње време промет роба на међународном плану предмет разних ограничења (царине, контингенти, дозволе за увоз-извоз и сл.), то се светска трговина у све већем обиму, уместо путем класичних уговора о купопродаји робе, одвија, управо, преко промета-трансфера права индустријске својине, у коме уговор о лиценци представља веома значајан инструмент.

Да би лиценца жига била правно ваљана потребно је да се претходно испуне одређени услови. Пре свега, неопходно је да предузеће-давалац лиценце и даље постоји као субјект, као и да и даље користи пренети жиг, како се не би, иначе, преко лиценце провукла цесија жига, што не би било допуштено, посебно код земаља са мање либералним преносом жига.

Други општи предуслов који се захтева, превасходно у доктрини, мада га помињу и извесна национална законодавства, представља захтев да лиценцна роба мора бити тако произведена, односно одабрана, од стране корисника лиценце, као да је наведене радње предузео сам давалац лиценце-ималац жига.

Најзад, везано с претходним јесте питање обавезе контроле-надзора над робом-услугом снабдевену жигом, који је предмет лиценце. Пошто законодавства овом проблему посвећују мало пажње, остављено је уговорним странама да то питање саме уреде. Иначе, став је теорије да је давалац лиценце, у принципу, најпозванији и најзаинтересованији да контролише корисника лиценце, пошто је највише у његовом интересу одржавање вредности и рењема његовог жига.

Што се тиче самог уговора о лиценци жига, за њега важе сва општа правила о лиценци права индустријске својине, *mutatis mutandis* примењена на жиг.

Уговор о лиценци жига закључује се на одређено или неодређено време, које ни у ком случају не може бити дуже од трајања правне заштите жига.

Постоје различите врсте уговора о лиценци жига, с обзиром на различите критеријуме поделе. Тако, према врсти пренетог права, односно овлашћења постоје лиценце за употребу (производњу), лиценце за продају (промет), лиценце за увоз или извоз и др.

Најзначајнија је подела на искључиве (ексклузивне) и неискључиве (просте) лиценце, која има за критеријум обим пренетих права, односно околност да ли давалац лиценце преноси на корисника искључиво право искоришћавања жига или то право-овлашћење може преносити и на друга лица. У пракси су чешће неискључиве (просте) лиценце, а у случају да у уговору није прецизирано о којој се лиценци ради, претпоставка је да је у питању проста лиценца, пошто се искључива мора изричито уговорити.

Да би уговор о лиценци произвео правно дејство, скоро сва национална законодавства траже да је сачињен у писаној форми *ad solemnitatem* и да је уписан код националног завода за индустријску (интелектуалну) својину.

Пошто је уговор о лиценци двострано обавезујући и, по правилу, теретан, то из њега проистичу одређена права и обавезе за обе уговорне стране. Основне обавезе даваоца лиценце су: предаја предмета лиценце, гаранција за техничка својства и правне гаранције у погледу предмета лиценце. Осим побројаних, могуће су у пракси и друге обавезе, као нпр. гаранција за резултат, гаранција за рентабилност и конкурентност, али пошто су ово релативно тешко оствариве обавезе, то их давалац лиценце као јача уговорна страна неће радо прихватити или ако их чак и прихвати он ће настојати да их, кроз накнаду, веома скупо наплати.

Основне обавезе стицаоца (корисника) лиценце жига су : искоришћавање предмета лиценце (жига), на уговорени начин и за уговорено време и плаћање накнаде даваоцу лиценце-имаоцу жига. При том, накнада може бити уговором одређена на било који познати и допуштени начин (паушално, процентуално, по комаду или јединици произведене робе и др.).

Осим наведених општих обавеза, поједина национална законодавства предвиђају и друге посебне обавезе, од којих се нарочито истичу и најчешће срећу две. Пре свега, корисник лиценце је дужан да производима произведеним по лиценци, обезбеди исти квалитет који имају и производи даваоца лиценце. Осим тога, стоји и обавеза корисника лиценце, да производе обележи ознаком о производњи по лиценци и то на јасно видљив начин и без обзира на своје ознаке које се упоредо налазе на производу, како потрошачи не би били доведени у заблуду о правом пореклу робе-услуге (тзв. обавеза двоструког обележавања).¹⁰

Предмет уговора о лиценци не може бити колективни жиг. Такође, забрањено је уносити у уговор о лиценци тзв. рестриктивне (ограничавајуће) клаузуле којима се корисник лиценце, који је и онако економски знатно слабија уговорна страна, неоправдано доводи у још тежи и зависнији положај у односу на даваоца лиценце (нпр. обавеза куповине сировине од даваоца лиценце и сл.).¹¹

Пошто се уговор о лиценци жига закључује с обзиром на посебна својства уговорних страна (*intuitu personae*), да би корисник лиценце могао, евентуално, да уступи право искоришћавања жига трећем лицу, неопходна је, разуме се, сагласност даваоца лиценце.

Југословенско предратно право, не само што није дозвољавало лиценцу жига, већ је, чак, у пар. 11 ст. 2 Закона о сузбијању нелојалне утакмице, од 1930. године, квалификовало и одобрену-овлашћену употребу жига од стране другог као дело нелојалне утакмице.

¹⁰ Ова последња обавеза се, не ретко, крши у пракси на различите начине, тако да потрошачи морају да обрате посебну пажњу када купују лицендне производе.

¹¹ Упркос забранама овакве клаузуле се провлаче у пракси, на најразличитије начине. Пошто је давалац лиценце економски јачи партнер он, не ретко, диктира услове, па чак може се десити и да покушава да уцељује стицаоца лиценце, посебно ако овај последњи нема много могућности да бира уговорног партнера.

Лиценца жига први пут је уведена у југословенско право Законом о робним и услужним жиговима, од 1964. године, да би је даље реципирали сви каснији закони у овој материји.

Закон о заштити проналазака..., од 1981. године, такође је регулисао уговор о лиценци. Осим општих регула, које се тичу лиценце, овај Закон је одредио да је уговор о лиценци правно ваљан само ако се, истовремено са давањем лиценце, уступа и технологија која обезбеђује исти квалитет производа-услуга, или ако стицалац лиценце сам већ поседује такву технологију (чл. 133). Такође, била је прописана и дужност двоструког и видљивог обележавања, жигом даваоца лиценце и знаком корисника лиценце (чл. 134). Оваква обавеза корисника лиценце била је предвиђена, управо у његовом интересу. Јер, протеком рока за који је дата лиценца, корисник се на тржишту појављује само са својом ознаком, чији је реноме подигло везивање за жиг даваоца лиценце.

Важећи Закон о жиговима, од 1995. године, регулише лиценцу жига, али на један општији, стандарднији начин, у односу на претходни закон, посвећујући овом питању само један члан (40). Овим законом је прописано да носилац права на жиг, односно подносилац пријаве, чије право није још увек регистровано, може другом уступити право коришћења жига, односно права из пријаве. Уговор о лиценци жига саставља се у писаној форми *ad solemnitatem* и садржи уобичајене, већ наведене битне елементе. Како сви претходни, тако и овај Закон забрањује пренос колективног жига путем уговора о лиценци.

Чини се, ипак, да је претходни Закон, од 1981. године, био потпунији и прецизнији у регулисању лиценце жига. Законодавац је, вероватно, тако поступио желећи да максимално либерализује и дерегулише лиценцу жига, непостављањем никаквих посебних услова и баријера. Остављајући уговорним странама велику слободу и широк оквир за договарање, законодавац је хтео да што више охрабри и стимулише закључивање уговора о лиценци жига. Овакви уговори ће добро доћи нашој привреди, која је у фази транзиције, да што лакше изађе из тешкоћа у којима се налази и да што пре ухвати корак са технолошким и општецивилизацијским напретком.

TRASFERT DU CACHET-MARQUE DES PRODUITS ET SERVICES

Résumé

Le cachet-marque des produits et des services, en tant que le droit important de propriété industrielle, peut être transféré entre les sujets économiques. Du point de vu empleur du droit transféré il y a deux formes de transfert du cachet: 1. le transfert du droit au cachet (la cession du cachet), lorsqu'on transmet le droit au cachet de la part du donateur-porteur du cachet au bénéficiaire-usager en totalité et 2. la licence du cachet, par laquelle on ne transmet que le droit-aitorisation dans le but d'exploitation dans le cadre du corpus du cachet en tant que le droit subjectif.

Globalement observé il existe aujourd'hui dans le monde deux systèmes fondamentaux de la cession du cachet: le système du libre transfert du cachet-marque, indépendamment du produit ou service qu'il protège et indépendamment de l'enterprise ou maison a laquelle il appartient et le système du transfert lié du cachet-marque ensemble avec l'enterprise, c'est à dire la mason.

La licence du cachet-marque est une autre façon, beaucoup plus répendue, du transfert du cachet-marque et qui est, partout dans le monde, réglée d'une façon plus universelle.

Le droit yugoslave accept le système liberale du transfer du cachet-marque et qui est, partout dans le monde, reglee d'une facon plus universelle.

Le droit yugoslave accept le systeme liberale du transfert du cachet-marque et règlee la cession et la licence du cachet, mais aussi les autres façons du transfert, comme c'est la franchise, la caution etc.

Наташа Стојановић
асистент-приправник

НАСЛЕЂИВАЊЕ ГРАЂАНСКИХ СРОДНИКА У ПРАВУ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Наслеђивање сродника по усвојењу треба посматрати кроз призму облика усвојења које познаје одређени правни поредак.

Важећи прописи у нашем праву уређују како потпуно, тако и непотпуно усвојење.

Потпуно усвојење (*adoptio plena*) "производи" другачије наследно-правне последице, у односу на непотпуно усвојење (*adoptio minus plena*). Стога ћемо у наставку рада изложити наслеђивање грађанских сродника из потпуног усвојења и непотпуног усвојења, у нашем праву данас.

I Наслеђивање грађанских сродника из потпуног усвојења

Потпуним усвојењем заснива се грађанско сродство, као трајна и нераскидива веза, између усвојеника, његових потомака, усвојилаца и сродника усвојилаца. Из грађанско сродничких односа настају права и дужности која по закону постоје између родитеља, деце и других сродника. Заснивањем потпуног усвојења прекидају се све правне везе између адоптата, његових биолошких родитеља и осталих крвних сродника. Крвно сродничка веза не престаје једино кад се у улози једног од усвојиоца јавља супруг родитеља детета које се усваја. Само у овом случају постоје паралелно крвно сроднички однос и грађанско сроднички однос. Република Србија¹ и Република Црна Гора² у својим законима који уређују материју усвојења³ посебан значај дају потпуном усвојењу⁴.

¹ За Републику Србију то је Закон о браку и породичним односима, Сл. гласник, 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94.

² За Републику Црну Гору то је Породични закон, Сл. лист 7/89.

³ Види: чл. 188-199. Закона о браку и породичним односима Републике Србије и чл. 115-17., као и чл. 125-141 Породичног закона Републике Црне Горе.

Усвојеник из потпуног усвојења правно излази из своје биолошке породице, интегрише се у породицу усвојилаца и добија наследно правни положај биолошког потомка усвојилаца. Када наслеђује усвојиоце налази се у првом законском наследном реду са природним потомцима усвојилаца (ако постоје), другим усвојеницима из потпуног усвојења, усвојеницима из непотпуног усвојења са ширим дејством и надживелим супругом. Заоставштина се дели на једнаке делове између првостепених биолошких потомака надживелог супруга и усвојеника из потпуног и непотпуног усвојења са ширим дејством. Могуће је да применом права представљања, уколико усвојеник из потпуног усвојења не може или не жели да остане универзални сукцесор усвојилаца, његови потомци добију онај део заоставштине који би да може и да хоће наследио усвојеник из потпуног усвојења, (*ex adoptivo natus adoptivi locum obtinet*)⁵.

Усвојеник из потпуног усвојења наслеђује усвојиоце, али и њихове сроднике, О томе проф. др Михајло Митић каже: "да иако усвојиочеви сродници нису учествовали у заснивању усвојења и који као такви нису могли да утичу на природу и карактер правног акта који је закључен, то не умањује наследно правни положај усвојеника према крвним сродницима усвојилаца. Под тим истим захтевима, могла би се ставити примедба да та лица о чијој је заоставштини реч, нису учествовала ни у склапању брака усвојилаца, нити у програмирању његове породице па се ипак деца рођена у том браку са несумњивим правом појављују као њихови законски наследници"⁶.

Усвојеник је и нужни наследник усвојилаца и његових сродника. Он се налази у првом нужном наследном реду заједно са природним потомцима усвојилаца (ако постоје), усвојеницима из потпуног и непотпуног усвојења са ширим дејством и надживелим супругом. Његов нужни део је део обрачунске

⁴ Треба приметити да иако потпуно усвојење представља значајну новину у законодавству једне и друге Републике, овај облик усвојења, заправо, потиче из припремљене реформе савезног Закона о усвојењу из 1969. године, када је овај породично-правни институт добио велику подршку.

⁵ *Iulianus - D. 1, 7, 27.* наведено према Д. Стојчевић - А. Ромац, *Dicta et regulae iuris*, Београд, 1984., стр. 195.

⁶ М. Митић, *Наследно-правне последице усвојења у упоредном праву*, Архив за правне и друштвене науке, 1/72., стр. 85. Супротно мишљење има О. Антић у свом чланку *Наследноправне последице усвојења*, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-2/77., стр. 166.

вредности заоставштине и половина од законског наследног дела. Усвојилац из потпуног усвојења и његови сродници (у правој усходној и нисходној линији и побочној линији), су законски наследници усвојеника и његових потомака.

У случају смрти усвојеника из потпуног усвојења, његови наследници на основу закона су потомци (како крвни, тако и грађански) и надживели супруг, ако их има, ако они не постоје, наследници усвојеника су усвојиоци и сродници усвојилаца. Дакле, аналогно биолошким родитељима, наслеђују тек ако нема усвојеник својих потомака и налазе се у другом законском наследном реду.

Усвојиоци и њихови сродници су нужни наследници усвојеника и то само ако усвојеник нема потомке - нужне наследнике, који би по правилима законског наслеђивања били први позвани на наслеђе. Усвојиоци се налазе у другом нужном наследном реду (аналогно биолошким родитељима) и њихов нужни део износи једну трећину од законског наследног дела. Грађански сродници, браћа и сестре (као нужни наследници другог нужног наследног реда), деде и бабе (као нужни наследници трећег нужног наследног реда) и остали преци⁷ умрлог усвојеника из потпуног усвојења могу бити нужни наследници, само ако су трајно неспособни за привређивање и ако немају нужних средстава за живот.

Заснивањем потпуног усвојења, биолошки родитељи и остали крвни сродници губе право да по закону наслеђују усвојеника и његове потомке. Правно, они се више не налазе у сродству, те и не могу имати право наслеђа према заоставштини усвојеника.

Усвојеник прекидајући све правне односе са својим крвним сродницима, такође, не може бити њихов законски наследник.

Закон о наслеђивању Србије из 1974. године⁸ и Закон о наслеђивању Црне горе из 1975. године⁹ не садрже ни једну одредбу о наследно правним дејствима потпуног усвојења. То је и оправдано, јер су ови законски текстови настали пре 1976. године (када је донет Закон о усвојењу Србије, којим је уређено потпуно усвојење), односно пре 1977. године (када је донет Закон о усвојењу Црне Горе, који уређује потпуно усвојење).

⁷ Само по Закону о наслеђивању Србије из 1995. године.

⁸ Сл. гласник, 52/74.

Сл. лист, 4/76.

Међутим, извршене измене и допуне Закона о наслеђивању Србије¹⁰ и Закон о наслеђивању Црне Горе¹¹ о томе ништа не говоре, а требало је ради усклађивања са новинама у материји усвојења да нађу своје место и одредбе о наследно правном положају грађанских сродника из потпуног усвојења.

Такав пропуст законодавац Србије исправља Законом о наслеђивању из 1995. године¹². Наиме, чл. 34. новог Закона о наслеђивању Србије јасно и одређено, узимајући за полазну основу ставове изнете у теорији о наследно-правним последицама потпуног усвојења, уређује наследно правни положај усвојеника из потпуног усвојења. Такође, чл. 37. новог Закона о наслеђивању Србије одређује (само једном реченицом, што је по нашем мишљењу довољно), наследно правни аспект потпуног усвојења у односу на усвојиоце.

II Наслеђивање грађанских сродника из непотпуног усвојења

Непотпуним усвојењем се заснива грађанско сродство између усвојиоца, усвојеника и потомака усвојеника. Непотпуно усвојење¹³ заснива права и дужности која по закону постоје између родитеља и деце, уколико се породичним законодавством не предвиђају одређена одступања. Непотпуним усвојењем се не заснива грађанско сроднички однос између усвојеника, усвојичевих сродника и супруга (осим ако се и он не појављује у улози усвојиоца), усвојиоца. Између усвојеника и његових крвних сродника не престају права и дужности, иако је засновано непотпуно усвојење¹⁴.

¹⁰ Сл. гласник, 1/80, 25/82, 48/88.

¹¹ Сл. лист, 22/78, 34/86.

¹² Сл. гласник, 46/95. Овај Закон ступа на снагу 4.5.1996. године.

¹³ Треба приметити да Закон о браку и породичним односима Републике Србије, за разлику од Породичног закона Републике Црне Горе, не употребљава термин "непотпуно усвојење", за овај облик усвојења, већ користи израз "усвојење". Такође, законодавци једне и друге Републике не оперишу терминима непотпуно усвојење са ширим дејством и непотпуно усвојење са ужим дејством. Ове термине створила је правна теорија, полазећи од разлика (презиме и наследна права), код једног и другог облика усвојења.

¹⁴ Види: чл. 174. Закона о браку и породичним односима Републике Србије.

На наследно правном плану, правни положај адоптивних сродника из непотпуног усвојења је различит зависно од тога да ли је склопљено непотпуно усвојење са ширим дејством или непотпуно усвојење са ужим дејством.

1. Наследно правни положај адоптивних сродника из непотпуног усвојења са ширим дејством

Наследна права усвојеника. Скапањем непотпуног усвојења са ширим дејством, усвојеник и његови потомци стичу наследно право према усвојиоцу (не мора у уговору о усвојењу наследно право усвојеника да буде изричито предвиђено), исто као и усвојичева биолошка деца и други његови потомци. Усвојеник, као наследник усвојиоца, налази се у првом законском наследном реду заједно са природним потомцима усвојиоца, другим усвојеницима из непотпуног усвојења са ширим дејством, усвојеницима из потпуног усвојења и надживелим супругом. Усвојеник из непотпуног усвојења са ширим дејством не наслеђује супруга усвојиоца, сроднике у правој усходној и нисходној линији и побочне сроднике усвојиоца.

Усвојеник из непотпуног усвојења са ширим дејством је нужни наследник усвојиоца. Он се налази у првом нужном наследном реду и његов нужни део је део обрачунске вредности заоставштине и половина од законског наследног дела.

Из садржине чл. 20. закона о наслеђивању Србије из 1974. године не може се закључити да ли сви потомци усвојеника, како природни, тако и грађански, могу да наследе усвојиоца. Ако се пође од претпоставке да усвојеник и његови биолошки потомци са заснованим усвојењем не губе право наслеђа према биолошким родитељима и осталим крвним сродницима, ситуација је потпуно чиста за однос усвојеникових природних потомака и усвојиоца у погледу наслеђивања, јер они ако већ наслеђују природне родитеље усвојеника, нема сметњи да и усвојеникови природни потомци наследе усвојиоца. И у овом случају са биолошким потомцима треба изједначити усвојенике из потпуног усвојења и њихово потомство. Међутим, ситуација је сасвим другачија са грађанским потомцима из непотпуног усвојења. Усвојеников усвојеник не би могао да наследи најближег усвојичевог природног сродника (оца или мајку усвојеника). "Ако ствар тако стоји (а несумњиво да стоји), онда је сасвим јасно да он (усвојеников усвојеник из непотпуног усвојења), не може наследити усвојениковог усвојиоца. Ако, дакле, усвојеников првостепени грађански потомак не може

наследити усвојениковог првостепеног грађанског претка, онда то тим пре важи за даље усвојеникове грађанске потомке¹⁵, (начело аутономности сваког заснованог усвојења).

Нови Закон о наслеђивању Србије јасно одређује, отклањајући било какву могућност различитог тумачења, да само биолошки потомци усвојеника, као и његови усвојеници из потпуног усвојења са својим потомством могу наслеђивати усвојиоца из непотпуног усвојења.

Због дуализма у правном статусу усвојеника из непотпуног усвојења, усвојеник и његови потомци остају наследници својих крвних сродника и ту засновано непотпуно усвојење ништа не мења. Крвни сродници усвојеника задржавају право да наследе усвојеника.

Наследна права усвојилаца. За разлику од савезног Закона о наслеђивању из 1955. године који није омогућавао усвојиоцу из непотпуног усвојења да наслеђује усвојеника, републички прописи о наслеђивању садрже такву одредбу, али је наследно правни положај усвојиоца у важећем Закону о наслеђивању Црне Горе другачије уређен, у односу на оно решење које даје Закон о наслеђивању Србије из 1974. године.

По Закону о наслеђивању Црне Горе, заснивањем непотпуног усвојења са ширим дејством, усвојилац стиче право да наследи усвојеника и његов део једнак је наследном делу одговарајућег биолошког претка. Дакле, Закон о наслеђивању Црне Горе прихвата концепцију наследно правног реципроцитета у наслеђивању усвојиоца и усвојеника.

Закон о наслеђивању Србије из 1974. године не полази од концепције наследно правног реципроцитета, већ усвојилац стиче наследно право према усвојенику ако су испуњена два кумулативно постављена услова: „ако нема нужних средстава за живот и уколико за то постоје важни разлози“. Од ових услова (и само од њих, а не и од чињенице да ли усвојеник има или нема наследно право према усвојиоцу), зависи да ли ће усвојилац стећи право да наследи усвојеника. При оцењивању постојања важних разлога суд ће узети у обзир све околности случаја, а нарочито имовинске прилике и способност за привређивање усвојиоца, (чл. 20. ст. 3. Закона о наслеђивању Србије из 1974. године)¹⁶.

¹⁵ М. Курдулија, Наследно право у пракси, Београд, 1975., стр. 125.

¹⁶ Недостатак нужних средстава за живот и постојање важних разлога су услови од којих зависи да ли ће усвојилац наследити усвојеника. Важни разлози се од стране законодавца ближе одређују имовинским приликама усвојиоца, што представља „својеврсно кретање у круг“.

Закон о наслеђивању Србије из 1974. године (чл. 20. ст. 3.) не прецизира да ли усвојилац треба да тражи признање наследног права према усвојенику, ако су испуњени услови или о томе суд одлучује *ex officio*. Пре би се могло закључити да се законодавац, ако су испуњени услови предвиђени поменути чланом, определио за ово друго решење.

Ако су испуњени услови које Закон о наслеђивању Србије из 1974. године у свом чл. 20. предвиђа за усвојиоца, он стиче право да наследи усвојеника и његов наследни део једнак је наследном делу одговарајућег усвојениковог природног претка. Из целокупне садржине поменутог члана не може се извести закључак да испуњењем услова предвиђених у Закону, усвојилац постаје наследник усвојеника и искључује из права наслеђа родитеље¹⁷. Напротив, прихватљивије је да и родитељи и усвојилац (уз испуњење законом постављених услова), наслеђују усвојеника, јер правне везе између усвојеника и крвних сродника нису прекинуте, већ постоје упоредо са заоснованим односима и везама између усвојиоца и усвојеника.

Нови Закон о наслеђивању Србије уноси чл. 38. новину¹⁸ у наследно-правни положај усвојиоца из непотпуног усвојења. Наиме, поменути члан у свом првом ставу одређује да усвојилац и његови сродници не наслеђују усвојеника. У другом ставу истог члана долази до извесне корекције првог става и дозвољава се усвојиоцу да наследи усвојеника "изузетно, ако усвојилац нема нужних средстава за живот, а усвојеник нема наследника из првог наследног реда". У наставку овог члана се прецизира могућност остварења наследног права усвојиоца према усвојенику, тако што се одређује да "усвојилац може у року од једне године од смрти усвојеника захтевати¹⁹ доживотно уживање (дакле, не својину), на делу заоставштине ако при усвојењу нису била искључена усвојеникова наследна права", (доследно поштовање принципа наследно правног реципроцитета, за разлику од Закона о наслеђивању из 1974. године). Да ли ће бити признато право усвојиоцу на доживотно

Ваљда у имовинске прилике усвојиоца улази и недостатак нужних средстава за живот.

¹⁷ Ово мишљење заступају: Б. Благојевић - О. Антић, Наследно право, Београд, 1991., стр.153.; М. Јанковић, Коментар Закона о браку и породичним односима, Београд, 1981., стр. 142.

¹⁸ Заправо, ово решење, садржано у новом Закону о наслеђивању Републике Србије, не може се сматрати потпуно новим. Оно умногоме подсећа на решење које је било предвиђено Законом о наслеђивању Војводине (чл. 22. ст. 2.).

¹⁹ Дакле, о томе суд не одлучује по службеној дужности.

уживање дела заоставштине, суд одлучује узимајући у обзир дужину трајања усвојења, обим усвојеникових наследних права, вредност заоставштине и имовно стање наследника позваних на наслеђе". Сматрамо да је решење које даје нови Закон о наслеђивању Србије у погледу наследно-правног положаја усвојиоца из непотпуног усвојења више одговара природи грађанско сродничких односа који постоје између адоптата и адоптанта из непотпуног усвојења. Овим решењем се, са једне стране, штите интереси усвојеника, али и интереси његових биолошких предака, а са друге стране, обезбеђује се довољан степен заштите интереса усвојиоца из непотпуног усвојења. Нови Закон о наслеђивању Србије, у циљу спречавања спорних случајева, прецизира да право на наслеђивање усвојиоца према усвојенику није преносиво на наследнике усвојиоца, ако усвојилац умре пре остварења свог права.

2. Наследно правни положај адоптивних сродника из непотпуног усвојења са ужим дејством

Наследна права усвојеника. Склапањем непотпуног усвојења са ужим дејством, наследна права усвојеника и његових потомака према усвојиоцу се ограничавају или сасвим искључују. Ограничење²⁰ или искључење, као најдрастичнији облик одступања од редовног законског наслеђивања, мора у уговору о усвојењу бити изричито предвиђено. Међутим, да би једна оваква клаузула уговора о усвојењу производила дејство, потребно је да усвојилац има биолошке првостепене потомке или усвојенике из потпуног усвојења, јер они заснивањем потпуног усвојења улазе у породицу усвојиоца и стичу статус рођеног детета²¹.

Ако ограничење или искључење није уговором о усвојењу предвиђено, усвојеник из непотпуног усвојења стиче наследно право према усвојиоцу и онда кад усвојилац има деце. Усвојеници не могу бити искључени, ни ограничени у наслеђивању, чак и кад би усвојиоцу после склапања усвојења било

²⁰ Проф. Младеновић када говори о ограничењу наследног права усвојеника наводи неке варијанте ограничења, нпр. усвојеник може да наследи само део покретних ствари или само део имовине коју је усвојилац стекао од тренутка заснивања усвојења. Детаљније о томе: М. Младеновић: Породично право у Југославији, Београд, 1988., стр. 434.

²¹ Види: чл. 176. ст. 1. Закона о браку и породичним односима Републике Србије.

рођено дете. Ни накнадно засновано потпуно усвојење са другим малолетницима не дира у већ стечено наследно право усвојеника из непотпуног усвојења²². Искључење или ограничење нема свог оправдања ако усвојилац нема своје деце или потомке те деце.

Кад се у улози усвојилаца појављују супружници, наследно право усвојеника може бити различито одређено према сваком од њих²³. Ако брачни пар (грађански родитељи), има деце могуће је да наследно право усвојеника из непотпуног усвојења према мушком адоптанту буде искључено, а према женском неограничено. Могућа је и следећа комбинација, неограничено наследно право према поочиму, а ограничено према помајци. Уговором о усвојењу може бити искључено наследно право усвојеника према мушком и према женском адоптанту. Наследно право усвојеника према поочиму може бити уговором о усвојењу искључено, а према помајци ограничено. Могућа је и супротна комбинација, да према поочиму буде ограничено, а према помајци искључено итд. Могућа је и таква ситуација да један од грађанских родитеља (било поочим, било помајка) има своје деце, а да други нема, услед чега може ограничење или искључење наследног права усвојеника из непотпуног усвојења бити предвиђено само према оном од грађанских родитеља који има деце. Сва ова решења, али и другачија, могу да нађу своје место у уговору о усвојењу и онда кад се на наслеђе позивају потомци усвојеника.

Наследна права усвојилаца. С обзиром на чињеницу да важећи наследно правни прописи Црне Горе прихватају начело узајамности у наслеђивању усвојоца и усвојеника, произилази да ако је наследно право усвојеника уговором о усвојењу искључено, усвојилац не може наслеђивати усвојеника и његове потомке.

Ако је наследно право усвојеника према заоставштини усвојоца ограничено уговором о усвојењу и наследно право усвојоца трпеће ограничења, тј. његово наследно право биће онакво какво је и у погледу обима и садржаја наследно право усвојеника. Ако се у улози усвојилаца појављују супружници и наследно право усвојеника према усвојоцима буде уговором о усвојењу различито одређено, у зависности од тога одређује се наследно право сваког усвојоца према усвојенику.

²² М. Младеновић, Породично право у Југославији, Београд, 1988., стр. 435.

²³ Види: чл. 176. ст. 2. Закона о браку и породичним односима Републике Србије.

Наследно правни положај усвојιοца из непотпуног усвојења са ужим дејством Закон о наслеђивању Србије из 1974. године не прецизира. Наиме, садржина чл. 20. поменутог Закона не даје одговор на питање да ли усвојилац постаје могући законски наследник усвојеника и у случају кад је уговором о усвојењу усвојенику право да наследи усвојιοца искључено. Тумачењем ове одредбе пре би се могло закључити да усвојилац увек добија могућност да наследи усвојеника, само ако су испуњена два напред поменута, кумулативно постављена услова. И док савезни Закон о наслеђивању искључује могућност стицања наследног права усвојιοца према усвојенику, са оваквом законском формулацијом Закон о наслеђивању Србије из 1974. године фаворизује оно лице у чијем интересу и за чије потребе није у крајњој линији није засновано усвојење. Стога сматрамо да је решење садржано у новом Закону о наслеђивању Србије прихватљивије, јер се уз постојање наследно правног реципроцитета на релацији усвојеник - усвојилац и уз испуњење законом предвиђених услова на страни усвојιοца постиже потребна равнотежа наследно правних интереса усвојιοца и усвојеника.

Како наше законодавство познаје, поред закона, као основ позивања на наслеђе и тестамент, усвојеник и његови потомци (из оба облика усвојења), могу постати тестаментални наследници усвојιοца или тестаментом добити одређену имовинску корист. Усвојилац, поред тога што је законски наследник усвојеника и његових потомака (код непотпуног усвојења само уз испуњење законских услова), може бити тестаментом постављен за универзалног сукцесора или му као сингуларном сукцесору, тестаментом може бити остављена одређена имовинска корист.

III Утицај престанка усвојења на наслеђивање грађанских сродника

Престанак усвојења доводи до гашења грађанско сродничког односа, и престанка права и дужности усвојеника према усвојιοцу, и усвојιοца према усвојенику и његовим потомцима. Право на наслеђивање (уколико оно није било искључено уговором о усвојењу) "одумире". Усвојилац није више потенцијални законски наследник усвојеника. Иако усвојилац и усвојеник губе једно према другом право законског наслеђивања, није искључена могућност тестаменталног наслеђивања.

Усвојеник и његови потомци не могу наследити усвојиоца ако је он уложио захтев за раскид усвојења, а после његове смрти се утврди да је захтев био оправдан. Иако законодавац о томе ништа не каже, сматрамо да је могућа и обрнута ситуација, да усвојеник уложи захтев за раскид усвојења и ако се после његове смрти, његов захтев оцени као оправдан, усвојилац губи наследно право према усвојенику.

Грађанско сродство, као једна од основних последица усвојења, престаје да буде чињеница од утицаја на могући круг законских наследника.

Наследно правни положај грађанских сродника различит је, зависно од облика усвојења (потпуног или непотпуног), које је било основа за креирање грађанско сродничких веза.

Закон о наслеђивању Србије из 1974. године и Закон о наслеђивању Црне Горе из 1975. године уређују само наследно правни положај адоптивних сродника из непотпуног усвојења. Међутим, те одредбе, по нашем мишљењу, су недовољно концизне и могу се различито тумачити од стране судова. Поред тога, поменути закони ниједном одредбом не уређују наследно правне последице потпуног усвојења, што се може сматрати пропустом законодаваца.

Закон о наслеђивању Србије из 1995. године даје нова решења која умногоме одступају од постојећих и то, како у погледу наследно правног положаја адоптивних сродника из потпуног усвојења, тако и наследно правног положаја усвојеника и усвојиоца из непотпуног усвојења. Сматрамо да она много више одговарају животној реалности и да воде ка већем степену правне сигурности.

PARENTES ADOPTIVES ET LA SUCCESSION EN DROIT DE R.F. DE YOUGOSLAVIE

Résumé

De pair avec la parenté de sang et de l'époux survécu, dans notre droit héritier, les parents adoptés entrent dans le cercle des héritiers légaux.

La position héritière juridique des parents civils est différente et ceci dépend de la forme de l'adoption (totale ou partielle) qui a été la base pour la création de parenté civile.

Les différences dans la position juridique héritière des parents adoptés sont remarquables même chez la même forme de l'adoption. En effet, l'adoption partielle avec la parenté restreinte crée une autre position juridique héritière à l'adopté et à l'adoptant par rapport à l'adoption partielle avec la portée plus large.

On a attiré dans ce travail l'attention à toutes les différences qui existent dans la position juridique héritière des parents civils à la Loi de l'héritage de la Serbie de l'année 1947 et de la même loi du Monténégro de 1975, mais aussi à la base des innovations qui ont trouvé leur place dans la Loi de l'héritage de la Serbie de 1995.

Горан Обрадовић
 асистент-приправник

ПРЕКОВРЕМЕНИ РАД У АКТУЕЛНОМ РАДНОМ ПРАВУ ЈУГОСЛАВИЈЕ

I

При дефинисању прековременог рада¹ полазну тачку чини радно време. Под радним временом разуме се временска обавеза трајања рада у току једног дана или једне недеље.² Пуно радно време није битан елемент радног односа. Међутим, пуно радно време је битно за остваривање права из радног односа у пуном обиму. Радно време је и неизоставна претпоставка сваког радног односа јер нема радног односа без радног времена. Радно време је и битна економско-организациона претпоставка радног односа. Трајање радног времена је у свим савременим државама и правним системима ограничено и представља уставну категорију.

"Категорија радног времена битна је претпоставка друштвене организације рада и радног односа сваке врсте. Као радноправни институт радно време, у основи, има двоструку сврху или смисао: економску и заштитну. Економску утолико што се кроз дати квантум радног времена настоји обезбедити одређена количина производа и услуга за тржиште, односно добит. Међутим, с друге стране, извршавање професионалних обавеза кроз дато радно време за запослена лица резултира одређеним физичким и интелектуалним напором од чијих негативних утицаја их треба заштитити, у максималној могућој мери, ради очувања њиховог здравља и радне способности, односно хуманизације људског рада."³

¹ Важеће законодавство о раду за овај рад користи израз "рад дужи од пуног радног времена". Међутим, израз "прековремени рад" је правни стандард кога је, ради сигурности у обраћању, исправније користити.

² Др Н. Тингић, Радно и социјално право, II, "Народне новине", Загреб, 1972. г, стр. 286.

³ Паравина, Др Душан Р., *La flexibilité' du temps du travail, rapport national (Yugoslavie), XIIIe Congr,s international de droit compar., Montreal-Canada, 1990.*

Према *Уставу Савезне Републике Југославије*⁴ и *Уставу Републике Србије*⁵, право на ограничено радно време је једно од основних права радника, а таква концепција је заступљена и у уставима других земаља.

Због свог значаја радно време је предмет регулисања бројних међународних конвенција. Интересантна је чињеница да се прва конвенција коју је усвојила Међународна организација рада (Конвенција бр. 1 о радном времену у индустрији из 1919. године) односила управо на питање радног времена.

Прековремени рад је рад који је дужи од пуног радног времена предвиђеног за радну седмицу.⁶ Према важећем законодавству о раду, радна седмица може трајати највише 42⁷, односно 40⁸ часова. Из изнетих разлога, прековремени рад се јавља као строго лимитирани изузетак од правила о ограниченом радном времену, кога закон допушта само у строго одређеним случајевима, под утврђеним условима, у одређеном трајању и са одређеним последицама, а у циљу заштите лица у радном односу.

II

Општи режим прековременог рада у нашем позитивном законодавству уређен је како савезним, тако и републичким прописима, пре свега Законом о основним правима из радног односа и Законом о радним односима Републике Србије. Овим прописима уређено је питање прековременог рада за скоро све категорије запослених лица. Међутим, обзиром да се радни односи појединих категорија запослених лица, пре свега професионалних припадника војске и полиције, уређују посебним прописима, проблематика прековременог рада биће за њих посебно разматрана.

Устав Савезне Републике Југославије из 1992. године, као и ранији југословенски устав, предвиђа право запослених

⁴ "Службени лист СРЈ", број 1/92.

⁵ "Службени гласник РС", број 1/90.

⁶ Објашњење Савезног савета за рад, број 3-2632/70; наведено према: др В. Брајић, Радно право, "Савремена администрација", Београд, 1991

⁷ Према Закону о основним правима из радног односа, "Службени лист СФРЈ", број 60/89, 42/90 и 42/92.

⁸ Према Закону о радним односима РС, "Службени гласник РС", бр. 45/91 и 18/92.

лица на ограничено радно време.⁹ Важећи устави Србије и Црне Горе такође предвиђају ово право.¹⁰

У складу са оваквим уставним одредбама и важећи закони о радним односима предвиђају право запослених лица на ограничено радно време од 42, односно 40 часова седмично.¹¹ С обзиром да је прековремени рад изузетак од правила, у поменутим законима се изричито предвиђају случајеви у којима може доћи до увођења прековременог рада.

*Закон о основним правима из радног односа*¹² предвиђа, у члану 24, ст. 5. да радно време радника може трајати и дуже од пуног радног времена, тј. дуже од 42 часа седмично, под условима утврђеним законом или општим актом, односно колективним уговором, али не дуже од 10 часова седмично. Као што се види, савезни Закон не одређује ближе случајеве у којима може доћи до увођења прековременог рада, већ само прописује да он не може трајати дуже од 10 часова седмично по раднику. Такође, Закон не садржи ни одредбу о томе како треба плаћати прековремени рад. Очигледно је, као што и проишља из наведеног члана, да је овим Законом уређен само општи оквир за увођење прековременог рада, док је републичким законима и колективним уговорима остављено да ближе одреде случајеве када до тога може доћи.

Овај Закон одређује лице овлашћено да донесе одлуку о увођењу прековременог рада. То је пословодни орган или радник са посебним овлашћењима и одговорностима кога он овласти, односно послодавац.

Закон о радним односима Републике Србије такође предвиђа, у члану 34, да је радник дужан радити прековремено, кад предузеће задеси несрећа или му непосредно предстоји, у случају:

1. елементарне непогоде (земљотрес, поплава, одрон земљишта, суша, ерупција природних гасова и течности, провала облака, снежна лавина и сл);

2. пожара, експлозије, јонизујућег зрачења и већих изненадних кварова на објектима, уређајима, инсталацијама и постројењима у делатностима које су незаменљив услов живота и рада грађана и рада других предузећа;

⁹ Члан 56. Устава.

¹⁰ Члан 38. Устава Републике Србије и члан 53. Устава Републике Црне Горе.

¹¹ Члан 24. Закона о основним правима из радног односа и члан 30 Закона о радним односима РС.

¹² "Службени лист СФРЈ", број 60/89, 42/90, 42/92

3. епидемија или зараза које доводе у опасност животе или здравље људи у већем обиму угрожавају сточни или биљни фонд и друга материјална средства;

4. загађивања воде, намирница и других предмета за људску и сточну исхрану у већем обиму;

5. саобраћајног или другог удеса којим су угрожени животи или здравље људи или материјална средства већег обима;

6. потребе да се без одлагања пружи хитна медицинска помоћ или друга неодложна медицинска услуга;

7. потребе да се без одлагања изврши одређени посао који се, по прописима или по наређењу државног органа мора извршити у одређеном року;

8. потребе да се изврши неодложна ветеринарска интервенција и

9. посебне технолошко-пословне ситуације.

Прековремени рад се, по овом закону, може увести и ради указивања помоћи другом предузећу које је задесила несрећа или му непосредно престоји у напред набројаним случајевима, а остављена је и могућност да се колективним уговором утврде и други случајеви у којима може доћи до увођења прековременог рада.

Несрећа, као генерички појам у овом случају, мора бити стварна, било да је она задесила предузеће или му тек предстоји, тако да се прековременим радом настоје спречити, отклонити или ублажити штетне последице. Не може се радити о претпостављеној несрећи као разлогу за увођење прековременог рада.

Овлашћење за увођење прековременог рада дато је, као и у савезном закону, директору или раднику са посебним овлашћењима и одговорностима, а на основу овлашћења из члана 106. ст. 1. тач. 13. Закона. Уколико радник сматра да му је одлуком о увођењу прековременог рада повређено неко право, он може поднети приговор надлежном органу. Међутим, у складу са одредбама члана 100. Закона, приговор не одлаже извршење одлуке о прековременом раду.

Прековремени рад у случајевима из члана 34. ст. 1. и 2. Закона може трајати све дотле док трају околности због којих је уведен, а најдуже 10 часова седмично по раднику, како је то предвиђено Законом о основним правима из радног односа, осим у случајевима из члана 34. ст. 4. и члана 35, када може трајати 16 часова недељно по раднику.

*Закон о радним односима у државним органима*¹³ не садржи одредбе о радном времену и прековременом раду. На запослене у државним органима и изабрана, односно постављена лица примењују се прописи о радним односима у погледу права, обавеза и одговорности која законом нису посебно уређена, а на основу одредбе члана 1. ст. 2. Закона о основним правима из радног односа и члана 1. ст. 3 Закона о радним односима у државним органима. То значи да се материја радног времена и прековременог рада ових лица уређује на исти начин као и код осталих категорија радника.

*Закон о радним односима Републике Црне Горе*¹⁴ предвиђа да органи инспекције рада и синдикат прате и оцењују примену прописа о прековременом раду. Закон о радним односима Републике Србије не садржи изричито овакву одредбу, већ само овлашћује инспекцију рада да врши надзор над применом закона и других прописа о радним односима и колективних уговора, из чега се може закључити да инспекција рада прати и примену прописа у вези са прековременим радом. Поред контроле коју врши инспекција рада, Закон предвиђа и прекршајну одговорност за пословодни орган предузећа за случај да овај наложи прековремени рад супротно одредбама закона. За овај прекршај може се изрећи новчана казна.¹⁵

III

Поред одредби Закона о основним правима из радног односа и Закона о радним односима Републике Србије, и неки посебни закони садрже одредбе о прековременом раду. Тако, Закон о Војсци Југославије¹⁶ садржи одредбу по којој је професионални војник дужан радити прековремено кад су наређене мере приправности, у случају узбуне у јединици, односно установи, за време војних вежби, за време борбе против елементарних непогода, за време дежурства или сличне дужности у јединици, односно установи и у приликама које захтевају да се продужи започети рад чије би обустављање или прекидање имало штетне последице за борбену готовост јединице, односно установе или би нанело знатну материјалну штету или угрозило живот и здравље војних лица и других

¹³ "Службени гласник РС", број, 48/91.

¹⁴ "Службени лист РЦГ", број 29/90, 42/90 и 28/90.

¹⁵ Члан 114., ст. 8. Закона.

¹⁶ "Службени лист СРЈ", број 43/94.

грађана¹⁷. Такође, и Закон о унутрашњим пословима¹⁸ садржи одредбу по којој је радник Министарства унутрашњих послова, кад то потребе службе захтевају, обавезан да врши одређене службене послове и дуже од пуног радног времена.

Законом о радним односима Републике Србије предвиђена је могућност за здравствену установу да, ради обезбеђења непрекидне ванболничке и болничке здравствене заштите, уведе дежурство као облик прековременог рада, а у складу са колективним уговором. Оваква одредба Закона је била неопходна због значаја благовременог пружања здравствених услуга.

Разлог дежурства је обезбеђење непрекидне ванболничке или болничке здравствене заштите. То се може постићи и на други начин, на пример запошљавањем нових радника, радом у сменама или прерасподелом радног времена. Али, ако то није могућно или рационално, ова потреба се може задовољити и дежурством. Оно је резидуална могућност јер се јавља као облик прековременог рада а такав рад је крајња мера, с обзиром да се одступа од уставом зајемченог права на ограничено радно време.

Пошто се дежурство уводи ради обезбеђивања непрекидне ванболничке и болничке здравствене заштите, оно се обавља ноћу, у недељу и у дане државног празника. Међу лицима која дежурају мора бити заступљен потребан број доктора медицине, виших медицинских техничара, медицинских техничара и болничара. Дежурна екипа мора, дакле, и бројно и структурално одговарати захтевима овог облика здравствене заштите.

Пошто дежурна екипа ради у време кад се остали радници одмарају од рада, дежурство може трајати само док траје дневни, недељни односно одмор у дане државних празника.¹⁹

IV

Пошто је прековремени рад, по правилу, забрањен, законом су тачно набројани случајеви када се он може наложити и колико може трајати. Међутим, постоје одређене категорије радника које су апсолутно заштићене од

¹⁷ Члан 96. Закона.

¹⁸ "Службени гласник РС", број 44/91.

¹⁹ Др Зоран Ивошевић, Коментар Закона о основним правима из радног односа, "Савремена администрација", Београд, 1990.

прековременог рада, тј. којима се он не може ни у ком случају наложити.

Обзиром да прековремени рад захтева појачане напоре радника, може се закључити да су то радници код којих би такав рад могао оставити теже последице по здравље и радну способност. Тако, од прековременог рада заштићен је радник коме би, по налазу надлежног органа за оцену здравствене способности, у смислу прописа о здравственом осигурању, такав рад могао да погорша здравствено стање. Такође, од прековременог рада заштићен је и радник млађи од 18 година, као и радница за време трудноће и са дететом до три године живота. До треће године живота детета заштићен је од прековременог рада и отац детета уколико мајка напусти дете, умре или је из других разлога спречена да користи ово право.

Од прековременог рада заштићено је и лице које се стара о детету, уколико родитељи не користе ово право. И самохрани родитељ који има дете млађе од 7 година или дете тешког инвалида заштићен је од прековременог рада, осим ако на то писмено не пристане.

Заштићена од прековременог рада су и лица која раде са скраћеним радним временом. Основ за скраћено радно време јесу повећане опасности на радном месту по здравље, радну способност, понекад и живот радника. Под повећаним опасностима на раду разумеју се оне и онолике опасности које се не могу, или не могу у потпуности уклонити применом прописаних и општепознатих мера и средстава заштите на раду (опште или посебне мере прилагођене овој или оној врсти послова, односно категорији запослених лица). Осим повећане опасности на радном месту основ за скраћено радно време могу бити и неке субјективне околности на страни запосленог лица, као што су трудноћа и порођај, инвалидност, односно преостала радна способност и сл.²⁰

Сва ова лица су апсолутно заштићена од прековременог рада, обзиром да би се, у супротном, изгубио смисао рада са скраћеним радним временом.

²⁰ Паравина, Др Душан Р., *La flexibilit, du temps du travail, rapport national (Yugoslavie)*, XIII Congr,s international de droit compar,, Montreal-Canada, 1990.

За разлику од решења у упоредном праву, као и у нашем ранијем законодавству о раду, важећи закони из ове области не садрже детаљније одредбе о заради за прековремени рад.

У теорији и пракси није спорно да прековремени рад треба платити више од рада обављеног у редовном радном времену или радницима који су радили прековремено учинити друге погодности по том основу. Бенефиције за радника који је радио прековремено је могуће извршити на више начина, било да се ради о процентуалном увећању наднице, о давању слободних дана или о скраћивању радног времена у неком наредном периоду.

По нашем законодавству ово питање је остављено на детаљнију разраду колективним уговорима. У складу са тим, *Општи колективни уговор*²¹ садржи у члану 24. ст. 1. одредбу по којој је послодавац обавезан да раднику обезбеди увећање зараде по радном часу за прековремени рад, у висини од 35%. Међутим, за прековремени рад обављен у дане државних празника раднику припада увећање зараде од 85%, јер добија и увећање зараде од 50% за рад на дан државног празника. Исту овакву одредбу садрже и *Грански колективни уговор за државне органе*²², *Грански колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде*²³ и *Грански колективни уговор за делатност текстила, коже и обуће*²⁴. Овај задњи, међутим, термине "рад дужи од пуног радног времена" и "прековремени рад" употребљава као независне и различите један од другог, што је нетачно, јер се ради о синонимима за један те исти институт.

Многи грански колективни уговори не садрже одредбе о плаћању за прековремени рад, што значи да прихватају генерално решење из Општег колективног уговора. Такво решење је као генерално неприхватљиво, пре свега због запослених у неким областима индустрије, где би прековремени рад требало платити више него другде. Примера ради, у Аустрији се јединствено плаћају сви часови прековременог рада, и то 25% више од зараде остварене у редовном радном времену. Међутим, радницима који раде у индустрији гвожђа и челика прековремени рад се плаћа 50% више од рада обављеног у

²¹ "Службени гласник РС", број 18/90 и 10/92

²² "Службени гласник РС", број 37/92

²³ "Службени гласник РС", број 15/95

²⁴ "Службени гласник РС", број 15/95

редовном радном времену ако раде у сменама а 100% више ако раде три часа након 7 часова редовног рада. Даље, у Шпанији проценат увећања зараде за прва два часа прековременог рада износи 25% а за остале часове 40%, док радници који раде у индустрији гвожђа и челика имају право на увећање зараде од чак 75% за обављен прековремени рад. Оваква и слична решења постоје и у многим другим државама.

LE TRAVAIL SUPPLEMENTAIRE DANS LE DROIT DE TRAVAIL ACTUEL DE YUGOSLAVIE

Résumé

Le travail supplémentaire est une exception de la règle du temps limité de travail. Ayant en vue que dans le droit les exceptions doivent être interprétées restrictivement, le législateur s'est efforcé d'énumérer taxativement les cas où l'on peut prévoir le travail supplémentaire de même que de régler le procédé *por ca*. La loi des droits fondamentaux de travail et la loi des rapports de travail de la République de Serbie élaborent, relativement en détails ce problème. Cependant, le défaut général de ces lois consiste en fait qu'elles ne contiennent pas de règles sur le fait comment et combien doit être payé le travail supplémentaire. Les lois cèdent cette question aux contrats collectifs qui ne contiennent pas de règles sur le paiement du travail supplémentaire, mais se servent de la solution reprise du Contrat général collectif, ainsi que dans la pratique arrivent que le travail supplémentaire dans l'industrie, la construction des bâtiments, la circulation et autres activités semblables, ce travail soit payé de la même façon que le travail supplémentaire par exemple dans l'enseignement ou l'administration, quoi qu'il soit plus que clairvoyant qu'il ne s'agit pas du tout du travail du même poids. Et encore, on valorise d'une façon égale toutes les heures du travail supplémentaire, également que le travail supplémentaire effectué la nuit ou aux jours des week-ends. Dans le droit comparatif les solutions à ce sujet sont considérablement plus favorables et, nous permettons de dire, plus justes et par conséquent certaines d'entre elles devraient être adoptées par notre droit aussi.

Биљана Петровић
Правни факултет у Нишу

О РЕАЛНИМ УГОВОРИМА И ЊИХОВОМ ОДНОСУ ПРЕМА ФОРМАЛНИМ УГОВОРИМА

Једном давно постављено питање: "Постоје ли реални уговори, још увек у праву", није изгубило актуелност у тражењу свог одговора. Било је многобројних одговора и могућности да реални уговори опстану. У давању одговора полазило се од настанка реалних уговора, од њиховог значаја у праву, од аргумената везаних за акт предаје ствари као услова за њихову пуноважност, до таквих уговора који су реалне уговоре третирали као анахрону врсту уговора, а принцип консенсуализма као владајући у закључивању уговора с обзиром да је једноставнији и тежи универзалном важењу.

Реални уговори су настали још у римском праву и ево живи су и данас у модерном праву упркос многобројним критикама које ће доживљавати. Велики број европских правних система их протерује из права, а има и оних који чине такве напоре. Највећи удео у томе имали су законодавци у законима али је доста тога остављено и судској пракси и правној теорији.

У правној литератури постоји неуједначеност у одабирању критеријума за класификацију уговора, што има за последицу разлике у броју врста уговора који се теоријски образлажу.

Има ситуација да је у неким класификацијама предмет деобе облигациони однос, а други пут се узима извор тог односа. То можемо најбоље да видимо на примеру деобе уговора на формалне и неформалне, и на консенсуалне и реалне. У овим поделама пошло се од уговора као сагласности изјављених воља страна уговорница.

На једну од подела која је присутна у теорији обраћамо посебну пажњу: реч је о подели на консенсуалне и формалне уговоре". За разлику од других класификација, подела уговора на консенсуалне и формалне заснива се на разлици која постоји

у природи односа права и обавеза, већ на разлици нужних услова за настанак уговора".¹

Већина данашњих правних писаца сматра да ова подела није логична. Логично је да се, насупротив консенсуалним уговорима налазе реални уговори. За консенсуалне уговоре довољна је сагласност воља, без обзира на то што та воља мора да буде изражена у одређеној форми. Теоретичари који врше поделу уговора на консенсуалне и формалне сматрају да су реални уговори формални уговори. Ово своје схватање образлажу тиме да је за настанак реалних уговора, поред сагласности воља, потребна и предаја ствари.² Овакво схватање реалних уговора је погрешно". Јер се под појмом форме уговора могу подводити радње које нису средства изјаве воље, него само додатак тој изјави воље."³ И, заиста то је тако: реални уговори настају сагласношћу воље, а чин предаје је, у ствари, реализације већ закљученог уговора.

Ова подела уговора је критикована у теорији. Она је реликт римског права и има данас само одређено историјско значење. Као резултат критике, ова подела је данас превазиђена у многим европским правним системима. То су учинили законодавци, проглашавајући реалне уговоре за консенсуалне, а тамо где то није учињено, остављено је судској пракси да то учини.

"Познато је, да развој уговорног права почиње идејом о потреби посебне форме у којој мора бити изражена сагласност странака да би уговор производио правна дејства, односно да би био снабдевен тужбом".⁴ У једном историјском тренутку у правној науци, форма је имала наручито важну улогу, тако да је била и обележје тога времена. То је период формализма. Предности које је пружала форма у развоју правне науке, временом су представљале све више сметњу у развоју уговорних односа. Закључивање уговора постаје много једноставније. Долази до ослобађања од круте и сакралне форме. Сада је за ваљано закључивање одређених уговора довољна сагласност воља страна уговорница или предаја ствари. То је време када се јављају консенсуални и реални уговори.

¹ Colin - Capitan, Course Elémentaire de droit civil, том II, Парис, 1920, стр. 263.

² Перовић, Слободан, Формални уговори у грађанском праву, Београд, 1964. стр. 30.

³ Радишић, Јаков, Облигационо право, Београд, 1988. стр. 104.

⁴ Girard, Paul, Manuel élémentaire de droit romain ed Paris, 1918. па. 441.

Реални уговори су представљали такву категорију уговора за које је, поред сагласности воља страна уговорница, релевантан био и акт предаје ствари. Предаја ствари као и њихов пријем били су обавезни услови настанка реалних уговора. Римско право и римски правници познавали су неколицину реалних уговора: *mutuum*, *fiducia*, *depozitum*, *pignus*. Предаја ствари је била неопходна како би ови реални правни послови (уговори) имали правну важност. Тек предајом ствари облигациони однос је био снабдевен тужбом. Најстарији уговор који настаје сагласношћу воља и предајом ствари био је *mutuum*, којим се одређена количина новца преносила у својину зајмопримцу, а овај се обавезивао да, исту количину ствари истог квалитета, или суму новца, врати зајмодавцу. *Gaius* не убраја у реалне уговоре *commodatum*, *depozitum*, *fiduciju*, иако се њима преносила својина.⁵ Ови уговори су постали самостални правни послови тек у класичном праву, тачније тек онда када се државина одвојила од својине, те се могла самостално преносити (наиме тек када је изграђен појам државине).⁶

У савременој правној теорији било је мишљења да су реални уговори само фаза у развоју уговорног права, између периода када је доминирала свечана форма и оног периода када се прешло на неформалност - консенсуализам. Од форме је ваљда, као неопходан дуг форми, задржана још предаја ствари као један од услова пуноважности реалних уговора.⁷ Реални уговори се у модерном праву третирају као уговори са најблажим обликом форме, због чега су могли и опстајати уз неформалне уговоре и не нарушавати принцип консенсуализма.

Промењене прилики у римском праву довеле су, у последњем веку Републике, до настанка нових уговора који нису ни формални, ни уговори стриктног права, радило се о консенсуалним и реалним уговорима. Тачно је, да је *mutuum* као први реални уговор, сменио нецум као строго формални уговор (*per aes et libram*) али су сви формални уговори замењени материјалним уговорима од којих су неки постали консенсуални, а неки реални уговори.⁸

⁵ *Gaius*, наведено према *Girard, Paul*, наведено дело, стр. 529

⁶ *Moniere, R. Le droit romain*, I том. Парис, 1935, пар. 457.

⁷ *Перовић, Слободан*, Облигационо право. Београд, 1981, стр. 195.

⁸ *Göogy, Diodsi, Contract in roman law*. Budapest Akademiai Klado, 1981, стр. 230, Приказао Бујуклић, Жика, Правни живот, 1983, бр. 5, стр. 972.

Из свега овога што смо казали може се закључити да реални уговори нису представљали само остатак формалних уговора, већ да је предаја као услов пуноважности код једне врсте уговора, омогућила остваривање посебних циљева. То је можда и био релевантан разлог што је реалне уговоре задржало у праву. Традиција не би могла да представља једини и најважнији разлог дугог опстанка реалних уговора све до модерног права. Јер право се релативно брзо ослобађало свега онога што је представљало кочницу у његовом развоју и што је представљало сметњу за ефикаснији пут у регулисању међуљудских односа.

Дошло је и до настанка неких нових контраката код којих облигациони однос настаје тек предајом ствари - такозвани реални контракти, а касније и они код којих је довољна проста сагласност воља двеју странака - такозвани консенсуални контракти".⁹

II

Све познате кодификације XIX и XX века прихватиле су принцип неформалности уговорног права. За настанак уговора довољна је проста сагласност воља страна уговорница. Поштовање унапред предвиђене форме за закључивање уговора, осим у изузетним случајевима се не захтева. *Solus consensus obligat* је принцип који се напросто стопио са модерним правом, тако да га креатори најпознатијих кодификација и не истичу посебно у законима.¹⁰

У *Code civile*, из 1804. године, били су правно признати и регулисани неки реални уговори. То је случај са уговором о послузи (чл. 1975), уговором о остави такође. Што се тиче уговора о зајму, било је правних писаца који овај уговор третирају као реални, а други као консенсуални, јер су га повезивали са одредбом члана 1138. *Code civile* којим се регулише стицање својине. Према овом члану, зајмопримац стиже право својине на позајмљеним стварима, за које у француском праву важи уговорни принцип.¹¹

⁹ Перовић, Слободан, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Службени лист СФРЈ, 1978, стр. 456.

¹⁰ Члан 1138 и члан 1875. *Code civil*, у редакцији Константиновића, Михаило, Француски грађански законик из 1804. године, Институт за упоредно право, Београд, серија Е, 1957.

¹¹ Marie - Noëlle Jobard - Bachellier, Existe-t-il encore des Contract réel en droit francais? Ou la valeur des promesses de contract réel

Према томе, Code civile је задржао реалне уговоре. Постоји могућност, да је законодавац не захтевајући традицију за стицање својине њу предвидео, и омогућио јој битисање на један други начин, као услов пуноважности реалних уговора - захтев за предајом ствари у претходној фази. Ово се да разумети ако се имају у виду последице које настају моментом закључења уговора у француском праву. Наиме од тог момента купац постаје власник ствари и њега погађа ризик пропасти ствари, њему припадају плодови, одговоран је за штету која настане од такве ствари и тако даље. Захтев за државином ствари на страни купца представља један разуман гест. То само показује да су веома рано сазрели услови у Француској да правна теорија постави питање постојања и даље егзистенције реалних уговора.¹²

Немачко право, тачније Немачки грађански законик, предвиђа само два уговора као реалне. У параграфу 1205. реч је о уговору о залози, а у параграфу 607. ради се о уговору о зајму. Овакав став законодавца је оправдан с обзиром на начин стицања својине и других стварних права у немачком праву, а реч је о уговорима који су правни основ за стицање права својине и других стварних права.

У Швајцарском закону о облигацијама сви реални уговори из класичног права проглашени су за консенсуалне (послуга, зајам, остава).

Аустријски грађански законик, из 1911. године у начелу је прихватио принцип консенсуализма као примаран, али је и даље наставио да регулише неке реалне уговоре: Уговор о остави (параграф 957); уговор о послузи (параграф 971); уговор о зајму (параграф 983); уговор о залози (параграф 1368), уз конструкцију са предуговорима.¹³

III

У нашем праву у периоду друге половине XIX века постојала су различита решења за место реалних уговора у праву. За нас су нарочито интересантна решења дата у Српском грађанском законнику из 1844. године и Општем имовинском

en droit positif, Rev. trim. de droit civil, Paris, No.1. стр. 3; опширније о томе видети Combescure, F. Existe-t-il des contracts réels en droit français; Rev. crit. de legislat. et de de jurisprud. XXXII.

¹² Вуковић, Михаило, Опћи грађански законик, Загреб, 1955. стр. 283.

¹³ Члан 906. Општег имовинског законика за Црну Гору, Зборник грађанских законика старе Југославије, Титоград, 1960.

законику за Црну Гору из 1888. године. На пример, у Српском грађанском законуку, који је иначе у великој мери представљао копију Аустријског грађанског законика, задржана је категорија реалних уговора. Уговор о остави, уговор о зајму, уговор о послузи и залози су и даље остали реални уговори, а уговор о поклону се третирао као реалан (када је предмет поклона предат поклонопримцу) или као формалан (у писменом облику је сачињаван).

Општи имовински законик за Црну Гору је у начелу прихватио принцип консенсуализма као водећи принцип уговорног права. Принцип поштовања дате речи је сматран за највећи и најважнији морални принцип у Црној Гори. У прилог томе иду и следеће речи из Закона: "Не враћа се ни кам из рука ни ријеч из уста. И доиста управо је темељ свакоме људскоме саобраћају и живљењу правило, да се људи ријечима везују".¹⁴ Но без обзира на владајући принцип уговорног права и овај закон је признавао и регулисао неке реалне уговоре: уговор о залози (члан 172.), уговор о послузи (члан 205.).

У законским текстовима који су претходили Закону о облигационим односима из 1978. године, било је интересантних предлога у вези постојања и регулисања реалних уговора. Тако, на пример, у Скици за законик о облигацијама и уговорима, из 1968. године, предложено је да се напусти концепција постојања реалних уговора.¹⁴

Закон о облигационим односима из 1978. године је, као и већина модерних кодификација, прихватио принцип консенсуализма и реалне уговоре, ослободио од предаје ствари као услова за њихову пуноважност. Мишљења смо да се законодавац приклонио становишту да су реални уговори неформални уговори и да би реалне уговоре требало третирати као консенсуалне.¹⁵

У новом југословенском облигационом праву класични реални уговори су уређени по принципу консенсуализма.¹⁶ Оваква одлука законодавца могла је да буде израз начелног опредељења модерне правне теорије за апсолутном променом начела консенсуализма, или је она резултат промењене садржине реалних уговора.

Наше право је, значи прихватило модерну концепцију реалних уговора. На примеру уговора о зајму, могли би смо то најбоље и да уочимо. Пре ступања на снагу ЗОО, зајам је, на основу одредбе Српског грађанског законика, односно његових

¹⁴ Константиновић, Михаило, Скица за закон о облигацијама и уговорима, Београд, 1969.

¹⁵ Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78.

правила, представљао реални уговор. Према одредбама ЗОО, овај уговор се убраја у консенсуалне уговоре, јер је за његову ваљаност довољна проста сагласност воља.¹⁶ Према једном мишљењу, у правној теорији, уговор о зајму се третирао као реалан, ако је постојала накнада.¹⁷

На основу примене предратних правних правила, пре ступања на снагу ЗОО, судска пракса је и оставу третирао као реалан уговор. Па према томе остава као уговор *sui generis* представља реалан правни посао, па ако депонент није депоновао уговорени износ, уговор није закључен, па депозитар не може да захтева с успехом извршење уговора, али може тражити накнаду штете која је настала због тога што депонент није депоновао уговорени износ.¹⁸

Према одредбама ЗОО, уговор о остави је консенсуалан, јер се овим уговором оставопримац обавезује да прими ствар оставодавца, да је чува и да је врати када је овај буде затражио.¹⁹

И уговор о капари, као уговор акцесорне природе је остао реалан.²⁰

Што се тиче уговора о залози, ЗОО на више места регулише овај уговор као акцесорни уговор. С обзиром на то, може се извући закључак да је законодавац имао у виду да се ради о реалном уговору. А код уговора о залози, као самосталног уговора, ситуација је другачија. Овде се тај уговор уређује као консенсуалан, јер се овим уговором дужник или неко трећи, обавезује према повериоцу или залогопримцу да му преда неку конкретну ствар на коју има право својине, како би се пре осталих поверилаца могао да наплати, ако му потраживање не буде исплаћено у року, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и да по престанку овог потраживања врати неоштећену залогодавцу.²¹ Када смо говорили о залози која је акцесорне природе, онда смо имали у

¹⁶ Павлић, О одговорности при реалним контактима, Правник, бр. 7/54, стр. 210-212; Ђорђевић, З. Зајам са каматом између правних лица, Анали правног факултета у Београду, бр. 2/55, стр. 209-213; Ђуровић, Р. О капари смањеној од стране суда, Правни живот, бр. 3/61, стр. 17-31; Компањет, З. Реални уговори након ступања на снагу ЗОО, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-5/78, стр. 618-626.

¹⁷ Члан 557. став 1. ЗОО.

¹⁸ Благојевић, Борислав, Грађанско-правни облигациони уговори Београд, 1947. стр. 144.

¹⁹ Решење Врховног суда Југославије бр. 2225/70 од 20.4.1971. Наведено према Косовац, Младен, Облигациони уговори, стр. 223-224.

²⁰ Члан 712. ЗОО, опширније о томе видети код Бегич, Лидије, Остава као једнострано обавезан уговор односно двострано обавезан уговор.

²¹ Члан 628. ЗОО; члан 679. ЗОО; члан 809. ЗОО; члан 846/1. ЗОО.

виду законско založno право koje stичe поверилац због неизвршења уговора од стране дужника ако поверилац поседује неку дужникову ствар. Иначе, уговор о залози, и када је самосталан, служи обезбеђењу испуњења неког потраживања дужника. Свакако да постоји разлика између ове две залогe, али се она огледа у томе што је у првом случају реч о законској залози, а у другом о уговореној. Извор настанка законске залогe оставља могућност да се она третира као реалан уговор с обзиром на положај повериоца (који држи ствар дужника) и чињеница да за њен настанак није потребна сагласност воља.

IV

Претварање класичних реалних уговора у консенсуалне има извесних практичних последица. Па, тако, уговорник може већ на основу споразума са својим уговорником, тужбом пред парничним судом или предлогом за извршење пред извршним судом, судски остварити садржај споразума. Тако, на пример, залогопримац може да утужи предају обећане суме новца, или оставопримац да захтева депоновање дуговане ствари. И досадашњи једнострано обавезујући уговори постају обострано обавезујући уговори. Сада није само зајмопримац обавезан да захтева враћање износа зајма, већ и зајмопримац може да тражи накнаду штете. Тако се, и према одредбама ЗОО, и само обећање зајма може да утужи.

Мишљења смо, међутим, да, и поред тих промена, тј. претварањем реалних уговора у консенсуалне уговоре, не престају извесне традиционалне особености реалних уговора. Извесни реликти, али и неизбежне особености остају и на даље. Према томе, код традиционалних реалних уговора и након њиховог законског уређивања у виду консенсуалних, настала је карактеристика двостране обавезности само привидна, тачније сукцесивна. Најпре настаје обавеза једне уговорне стране (обавеза враћања позајмљене суме новца). Могли би, под одређеним резервама, да кажемо да овде препознајемо особине *contactus bilaterales inaequales*.²²

²² Ово би представљало опште прихваћено схватање, такорећи без изузетака. Постоји, једно издвојено мишљење (Бегич, Ђ. оп. цит. стр. 1295-1299, тач. 14. и 18.), "Предаја ствари од стране оставодавца оставопримцу не може имати значење извршења уговора будући да ЗОО, одређујући појам уговора о остави (чл. 712.) уопште не предвиђа обавезу оставодавца на предају ствари". Са овом констатацијом се не би смо могли да сложимо, јер није ствар законодавца да одређује или не одређује обавезу оставодавца. Његова обавеза у консенсуалној варијанти овог уговора настаје на основу сагласности воља. Па према

Према реалној концепцији, сви реални уговори класичног права су једнострано обавезујући. Њиховим претварањем у консенсуалне, долази до тога да они постају обострано обавезујући, јер свака уговорна страна након сагласности, може да тражи извршење уговорне обавезе друге уговорне стране, али само sukcesивно, као једна за другом обавеза, а не истовремено, како је то код осталих обострано обавезујућих. Према томе, код некадашњих реалних уговора обострана обавезност није истовремена, већ sukcesивна. С обзиром на то, на ове уговоре се не примењују ни правила о посебним дејствима третних уговора.

Једино је уговор о поклону у нашем праву третиран на двојак начин: и као формалан и као реалан. Реч је о конкуренцији форма код овог уговора. Уговор о поклону настаје или предајом ствари (предмета поклона) поклоно-примцу или се закључује у писменој форми, и онда је реч о конститутивној форми и формалном уговору. Али, овај уговор, као нетипични правни инструмент роба и услуга (значи нетипични облигационо правни уговор), није регулисан у ЗОО, већ је остављено републичком законодавству да га правно регулише.

И на крају, поводом питања реалних уговора као и њиховог места у праву и њиховог односа према формалним уговорима, могли би смо закључити да су реални уговори у ствари консенсуални, и да је за њихов настанак довољна сагласност воља, а не сам чин предаје. У чину предаје види се акт реализације већ раније постигнуте сагласности воља.

томе, предаја није акт закључења већ акт извршења раније преузете обавезе.

SUR DES CONTRATS REELS ET LEUR RAPPORT A L'EGARD DES CONTRATS FORMALIERS

Résumé

Les contrats réels ont apparu déjà à l'époque de l'Empire Romaine, dans le droit romain et voilà qu'ils sont vivants encore aujourd'hui, dans le droit moderne, en dépit de nombreuses critiques qu'ils subiront.

Le grand nombre de systèmes juridiques européens les pourchassent du droit et il y en a d'autres qui font d'énormes efforts. La plus grande part en ceci ont eu les législateurs lors de l'adoption des lois dans lesquelles ceux-ci les ont réglés, mais la grande partie du travail est restée aux théoriciens dans la théorie juridique, ainsi que dans la pratique judiciaire. La Loi des obligations de 1978, les contrats qui auparavant avaient été traditionnellement considérés de réels, a proclamé des contrats concessionnels. Il s'agit du contrat de prêt (art. 557), de gage (art. 966) et de succession (art. 712), que le législateur a réglés comme concessionnels. Le reste des contrats réels, les gens de maison, cadeau, cette loi n'a pas réglé mais les a cédés aux législateurs des républiques.

Ayant en vue que la Loi des obligations était adoptée à l'époque de l'existence de la RFSY (en 1978) et qu'elle avait le caractère fédéral, l'attitude prépondérante à cette époque a été que les contrats réels n'étaient pas les contrats typiques de la nature juridique d'obligation (elle ne concernait pas le trafic des produits et des services) la compétence fédérale a été exclue. C'est pourquoi leur réglementation en majorité était restée hors de son domaine et cédée aux législateurs des républiques.

Par conséquent, la Loi des obligations a accepté, comme la majorité des codifications modernes, le principe de concessionnisme et a traité les contrats réels comme concessionnels, par quoi elle les a libérés du dépôt des choses comme condition pour leur pleine validité.

*Др Александар Стојнев
Правни факултет - Софија
Република Бугарска*

СТО ГОДИНА МОДЕРНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА У БУГАРСКОЈ - НАСТАНАК, РАЗВОЈ И ПЕРСПЕКТИВЕ

Недавно је патриотска бугарска јавност обележила јубилеј стодвадесетогодишњице Априлског устанка 1878. Ова национална епопеја је пред свет поставила питање постојања бугарске нације и државности.

Исте године, у исто време, ми данас обележавамо један скромнији јубилеј - сто година од ступања на снагу првог бугарског Кривичног закона.

Кривични закон од 1896. године означава почетак развоја модерног националног кривичног права. Заштитна функција ове гране права је битна особеност у њеном развоју. Историја примене кривичног права одражава најбитније промене у развоју одређеног друштва.

Стварање законског основа модерног кривичног права у Бугарској је и почетак стварања наше савремене кривичноправне доктрине. Доношење закона је основни услов развоја бугарске науке у овој области. С осећањем националног и научног поноса могу да констатујем да је домаћа кривичноправна школа дала битан допринос не само развоју нашег кривичног законодавства већ и европске и светске доктрине.

Вековни јубилеј ступања на снагу првог бугарског Кривичног закона је добар повод за разматрање постигнутог кроз протеклих сто година, као и за размишљање о перспективама и будућности овог посебно важног дела нашег правног система.

Са своје стране, перспективе и будућност кривичног права, без сумње, постављају одговарајуће задатке и савременој кривичноправној доктрини.

Дозволите ми да вас укратко упознам са настанком модерног кривичног права у Бугарској.

Трновски Устав ступа на снагу 16. априла 1879. године, чиме је означен почетак бугарске државности после ослобођења од турског ропства. Но, стварање новог националног законодавства је дуготрајни процес, који је захтевао доста времена. Бугарски законодавац изграђује

модеран правни систем у младој држави завидном брзином, што би могло да послужи за углед сваком савременом бугарском парламенту.

Специфично место и функција кривичног права у једном правном систему претпостављају да су претходно позитивноправно уређени основни друштвени односи и да се тек после тога реши питање њихове кривичноправне заштите. Због тога се у младој бугарској кнежевини у почетку примењивао отомански кривични закон од 1861. године, који је у великој мери копија Наполеоновог Кривичног закона од 1810. године.

Рад на стварању бугарског кривичног закона започиње седам година после усвајања Трновског устава, у току 1886. године. Према подацима проф. Долапчиева, израда пројекта је поверена јавном тужиоцу при Русенком окружном суду Александру Дјанковичу. Он је као главне узоре користио важећи мађарски закон и један пројекат руског кривичног закона.

Две године касније, током 1888. године, пројекат Дјанковича је прерадила двадесеточлана комисија и др Константин Стоилов га је изнео пред Народну скупштину. Но, приликом разматрања бића кривичног дела из чл. 197. пројекта, Стоилов га повлачи. Већ током 1895. године, када је Стоилов опет министар правосуђа, пројекат је прегледала шесточлана комисија и он је поново изнет пред Народну скупштину. Законодавац га брзо усваја и почетком 1896. године, 2. фебруара, Кривични закон је проглашен кнежевим указом. На основу чл. 538. ал. 1. Закона, ступио је на снагу 1. маја исте године.

Кривични закон, који је ступио на снагу пре једног века, представља традиционалну тековину бугарског кривичног права. У поређењу са законима који су у то време важили, он је један од најбољих, ако не и најсавршенији закон, који уређује једну не тако једноставну материју. Веома добар квалитет бугарских кривичних закона је карактеристика и следећих основних кривичноправних аката у нашој држави: НЗ од 1951. г., НК од 1956. г. и важећи НК од 1968. г. Савршенство каснијих закона је у великој мери последица околности да су они позитивно прилагођавали постојеће, оно што је утемељено првим савременим бугарским Кривичним законом.

У погледу структуре, он је подељен у две књиге, које су, према савременој терминологији, по својој суштини, општи и посебни део.

Прва књига, која носи назив "Опште наредбе", је један искључиво у то време развијен Општи део закона, у коме су

уређени основни институти и појмови кривичног права. На таквом општем делу могли би да му завиде многи европски закони и кодекси.

Кривичне радње се деле на кривична дела и прекршаје, у зависности од карактера и степена друштвене опасности појединих врста дела.

Добро је уређена материја која се тиче граница примене закона и она која се тиче кривично одговорног лица. Може се рећи да је детаљно уређивање саучесништва, за оно време значајно и ново. Оно је скоро у потпуности преузето и у сада важећи Кривични кодекс. Многи кривични закони из оног времена, а и постојећи, не уређују ни такве основне институте кривичног права као што су облици виности, покушај, стицај кривичних дела.

Занимљива су и у великој мери савремена решења која се тичу кривичне одговорности.

Систем казни је заснован на њиховој подели на главне и допунске. Постоје пет врста главних и три врсте допунских казни. Но, законом су предвиђена и посебна правила о умањењу или поваћању прописаних казни.

Својеврсна допуна Кривичног закона је Закон о условној осуди из јануара 1904. године, којим се прописује могућност одлагања извршења изречене казне, а не самог осуђивања.

Уређивање рехабилитације у последњој глави Књиге прве Закона је нешто што је непознато многим законодавствима европских држава оног времена.

У другој књизи Кривичног закона садржани су бића различитих врста кривичних дела. Она су подељена у два дела. У складу са усвојеном поделом из Општег дела ма злочине, преступе иступе, ти делови су посвећени кривичним делима и казнама за њих и иступима и казнама за њих.

Делови су подељени у главе, у којима су кривична дела груписана преваходно с обзиром на карактеристике врсте друштвених односа којих се тичу. Стиче се утисак да су бића кривичних дела, која се тичу државе и различитих других јавних интереса, груписани првенствено у почетку Дела првог (главе I-XIII), а уређивање оних који су управљени према личности и својини дато је после тога.

Бића посебних видова кривичних дела и иступа такође треба сматрати законским достигнућем. Коришћене су првенствено описне диспозиције, при чему се детаљно истиче објективна и субјективна страна одређених злочина. Велики број кривичних дела првог бугарског Кривичног закона сачувана су и у важећем Кривичном закону, у неизмењеном облику или с

безначајним редакционим изменама, које су производ природне еволуције и развоја бугарског језика.

Ступањем на снагу Кривичног закона, започиње и развој модерног кривичног права у Бугарској.

Овим законом од 1896. године у Бугарској се установљава систем према коме се, по схватању проф. Долапчиева, кривично право дели на главно и допунско. Кривични закон уређује управо главно кривично право, а специјалним законима с обезбеђује кривичноправна заштита одређених врста друштвених односа.

Основни периоди у развоју бугарског кривичног права могу да се разграниче према различитим критеријима.

На првом месту треба истаћи околност да је кривично право материја која је изузетно захвална за потпуну кодификацију.

Упркос томе, његов развој у Бугарској показује да у законском погледу оно користи истовремено неколико кривичних закона до усвајања Кривичног кодекса од 1956. године. Овај закон представља први покушај кодификовања материје која ипак остаје непотпуна. Изван Кривичног кодекса остаје велики број норми као што су оне које се тичу кривичних дела против света и човечанства.

Важећи Кривични кодекс ступа на снагу 1. маја 1968. године. Ова друга кодификација је скоро потпуна јер изван кодекса остају само четири норме. Његовим изменама и допунама од 1982. године, постигнута је заиста пуна кодификација јер су све кривичноправне норме унете у кодекс.

Можемо бити задовољни што је, до тог момента, остало без успеха неколико покушаја да се побегне од такве кодификације.

Анализа развоја бугарског кривичног права остала би једнострана ако би се његова историја повезала само са процесом кодификације.

Кривично право је увек одражавало основне догађаје и промене у развоју одређеног друштва.

У историји Бугарске после ослобођења од турског ропства можемо издвојити три основна периода у развоју кривичног права.

Први од њих започиње 1. маја 1896. године, ступањем на снагу новоусвојеног Кривичног закона. У току овог периода, бугарско друштво се развија првенствено на основама приватне својине. Сви најзначајнији догађаји у историји после ослобођења настају у време важења Кривичног закона, основног нормативног акта бугарског кривичног права. Управо

то у значајној мери пружа објашњење зашто један за своје време тако добар закон не може да се претвори у основу за прелазак ка пуној кодификацији. Такви догађаји какви су националне катастрофе, преврати, ликвидирање основних демократских достигнућа, суспендовање Устава, везивање Бугарске с државама у рату, њено учешће у два светска рата, сви ти догађаји су погодно тле за коришћење различитих кривичних закона са специјалном друштвеном наменом.

У појединим случајевима ти закони су израз народног незадовољства, као на пример Закона о суђењу у кажњавању криваца за народну катастрофу од 1919. године.

Други део тих посебних закона наметнуо је сам живот, због пустошења у друштву и немогућности државе да се постојећим кривичноправним средствима избори са изузетно великим бројем кривичних дела против живота и имовине грађана. Уводни делови ових закона говоре довољно сликовито: Закон о забрани крађа, пљачки, убистава, тешких телесних повреда и паљевина (1920. године), Закон о искорењивању разбојништва.

У том периоду је усвојен и низ кривичних закона са јасним антидемократским и скоро фашистичким карактером. Такви су, на пример, Закон о заштити државе и Закон о заштити нације.

При таквом историјском развоју може се рећи да, уз неколико ретких изузетака, кривично право није претрпело измене у правцу његовог усавршавања. Због тога је Кривични закон од 1896. године остао најбитније и скоро јединствено законско достигнуће у наведеном периоду.

Други велики период у развоју бугарског кривичног права започиње са Устанком од 9. септембра 1944. године. Он представља почетак основних промена у економији земље, у њеном државном и политичком уређењу, у принципима управљања друштвом и у учешћу Бугарске у међународном животу.

У периоду од неколико година ликвидирана је парламентарна демократија, земља је повезана са економијама само неколико земаља, а у спољнополитичким односима - с политиком Варшавског уговора. Успостављање левог тоталитаризма такође није погодно тле за кодификацију кривичног права. Због тога је и у првим годинама овог периода усвојен низ специјалних кривичних закона, који су важили упоредо са основним, који је

такође претрпео низ измена и допуна. Није мали значај ни послератне пропасти у земљи.

Када је успостављање тоталитарног једнопартијског режима у основним цртама завршено, постају могућне и суштинске измене у основима кривичног права, остварене усвајањем Кривичног закона од 1951. године. Без обзира што је то закон једне већ формиране тоталитарне државе, он даје значајан допринос позитивном развоју бугарског кривичног права. То може да се објасни стваралачким коришћењем основних поставки дијалектичког и историјског материјализма приликом анализе друштвених појава и потребе кривичноправне заштите постојећих друштвених односа. Други фактор позитивног развоја кривичног права је неопходност да се имају у виду основне вредности хуманизма, које су попримиле широку распрострањеност у целом свету после Другог светског рата.

Кад се тоталитарна власт стабилизovala, постало је могућно да се приступи кодификацији кривичног права. Тако се долази до првог бугарског Кривичног кодекса од 1956. године, који је изграђен на основама неколико важећих закона из ове области и који представља њихово скоро механичко сједињавање.

Истинско достигнуће бугарске кривичноправне мисли је важећи Кривични кодекс од 1968. године. За његову израду неспоран је огроман допринос проф. И. Ненова. Тај кодекс је сачувао све оно позитивно које је код нас било достигнуто до тог тренутка. Пројект Кривичног законика је настао и Народна скупштина га је усвојила у једном светлијем периоду економског и духовног просперитета у Бугарској, када се тоталитаризам изнутра више није осећао тако страшно. Због тога су били преузета најпрогресивнија и у оно време рационална кривичноправна решења из свих европских земаља.

Када је осамдесетих година тоталитарна држава почела да запада у све дубљу економску и моралну кризу, у Кривичном закону су учињене извесне измене које су везане за повећање кривичноправне репресије. Но, и тада није посебним законима нарушена посегнута пуна кодификација.

Коначно, најновији, трећи основни период у развоју бугарског кривичног права започиње с демократским променама после 10. новембра 1989. године.

У почетку овог периода, важећи Кривични кодекс, уз све његове врлине, носио је обележја времена у коме је био усвојен, и у многим односима се показао неприлагођеним новим економским и социјалним условима. Због тога је његова измена

започела одмах и упоредо са новим политичким, а касније са економским променама у нашем друштву.

Измене и допуне важећег Кривичног кодекса крећу се у неколико праваца и, на срећу, не дирају постигнуту пуну кодификацију кривичног права.

Пре свега, кодекс је постепено ослобођен неких законских решења и конкретних норми које нису у складу с демократским друштвом. Из закона су избачени идеологизми, измењена су или допуњена нека бића кривичних дела која се тичу противдржавног деловања, декриминализоване су форме привредног понашања, које се не може третирати као преступ у нормалним тржишним условима. Међу најбитнијим изменама из ове категорије је нови режим заштите својине.

Превела доц. др Невена Петрушић

