

ГЛАСНИК

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

LIV год. од изласка
XXXI год. непрекидног излажења

Нови Сад, мај 1982.
Број 5

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ И РАСПРАВЕ

Др Јожеф Салма

Начело савесности и поштења

Милорад Јандрић

Осврт на значај признања окривље-
ног у кривичном поступку

Страхил Пановски

Приговор трећег лица у извршном
поступку

ПРАВНА ПРАКСА

Светозар Добросављев

Грађанско право

САОПШТЕЊА

Позив на Ванредну скупштину АКВ

Из седнице Управног одбора



Г Л А С Н И К

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

LIV год. од изласка
XXXI год. непрекидног издажења

Нови Сад, мај 1982.
Број 5

ЧЛАНЦИ И РАСПРАВЕ

Др Јожеф Салма

доцент Правног факултета у Новом Саду

НАЧЕЛО САВЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА

(према Закону о облигационим односима)

I. Појмовна обележја

1. ПОРЕКЛО И ОСНОВНИ (САВРЕМЕНИ) ПРОБЛЕМИ НАЧЕЛА

а) Настанак начела

Начело потиче из римског права. Додуше, наспрам савременог права, у потпуно другачијем контексту и у различитом опсегу значења израза савесности и поштења. Ако се има у виду тадашње парцијално схватање ових термина, са казуалним доменом примене, најпре се стиче утисак да је од термина старог права (*bona fides*) остао само термин а не и његово првобитно значење и правна функција.¹

¹ Чак и најистакнутији правник класичног Рима, *Gaius*, појам *bona fides*-а везује уско за поједину правну област — за стицање својине одржајем. Он је сматрао да је најважнији елеменат стицања путем одржаја савесног (*bona fides*). Са становишта одржаја, по њему, савестан је онај „који верује да је преносилац био власник”. Међутим, савесност није био услов стицања права својине у целом периоду Рима: Закон XII таблица још није захтевао тај услов, а касније до Хадријана, било је случајева, могао се стећи одржајем без савесности, особито у случајевима одржаја ствари заоставштине. В. ближе, *Brósz-Pólay, Római jog*, Tankönyvkiadó, Budapest, 1976, стр. 245, тач. 680. и др.

Ипак, извесна обележја старог (римског) садржаја термина *bona fides*, и данас указују на могући аспект савременог садржаја и домена примене овог правила.

Римски корени начела нису јединствени. Тачније, Рим је разликовао два правца, али су оба везани за (јединствен) римски концепт субјективних права базираних на тужби (*actio fit obligatio*). Право је тада рађала форма, односно, заштита, а не воља. Међутим, то схватање није се одржало у целом периоду Рима. Развој економских односа је разграњао облигационе односе и учинио их је вишеслојним. Првобитне тужбе предвиђене традиционалним правом (тужбе *stricti iuris*) нису биле довољне да покрију нове односе и претор је морао да се стави у улогу ствараоца права, па је уводио нове (*actio bona fides, bona fidei*),² насталих из нових правних односа и форми. Радило се у суштини о односима „добре воље“ (поверења) којима старо право, *strictu sensu*, према номенклатури његових тужби није давало заштиту. Правни односи су, дакле, у свом крајњем исходу, засновани не на претњи државног извршења, већ на узајамном поверењу странака.

Из овога се да извести закључак да су и у свом првобитном значењу и функцији савесност и поштење били *коректив* или *надомештење недостајућим*, односно постојећим правним правилима.

При томе, његова функција је тада била *општија* од данашње, али истовремено је и далеко *ужа*. Општија због тога што је тужба *bona fidei* могла да се ангажује у било ком случају, уколико је *praetor* то сматрао основаним, а с друге стране, *ужа*, јер немајући свој самостални домен или критеријум примене није стекао домаћај начела, односно каучук норме.³ Но ипак,

² Помоћу *actio stricti iuris* могла су се остваривати само она потраживања (обећања) која су обухваћена формом (нпр. стипулацијом), тако да у случају задоцнења није се могла остварити затезна камата. Код тужби *bona fides* судија је у смислу упутства *praetora* морао да испитује, да ли је до задоцнења, неизвршења и сл. дошло кривицом дужника. Такво је испитивање суд морао спровести само онда, ако је *intentio* тужбе садржао израз „*quiquid dare facere oportet ex fide bona*“. (В. Ближе, *Brósz-Pólay*, нав. дело, стр. 116, тач. 275).

³ Супротно гледиште заступа *Марковић*, др Миливоје у раду Генералне клаузуле, објављеног у Зборнику Правног факултета у Нишу бр. VII/1968, стр. 14–15. Наиме, он сматра да су генералне клаузуле римског порекла, што показују изрази *aequitas, ius naturali, boni mores, iustitia* и сл. Међутим, ово гледиште, чини нам се, придаје „Риму“ више него што му припада. Све су то или изрази који су настали у времену гласатора и постгласатора у средњем веку, или су интерполирани изрази Јустинијана из грчког права хеленског периода, које је било више склоно апстрактним изразима него римско право. Коначно, неки изрази су постојали у класичном Риму и они су по ширини значења могли да буду стандарди, али у суштини нису имали обележја стандарда. Нису имали ни широко значење, ни критеријуме примене. Тако је њихова примена ипак сведена на метод арбитража и на афирмисање од случаја до случаја. (В. о томе слично гледиште: *Partsch, dr J., Die Lehre vom Scheingeschäft im römischen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, rom. Abtl.* Том 42, 1911, стр. 237, као и наш докторски рад Симуловани уговори, Београд, 1979. год., стр. 154; в. и белешку 1).

то је било правило које је пружало правну заштиту када је регулативни опсег правних правила отказао.

Осим тога, од Хадријановог времена, у Риму, савесност и поштење је у неким случајевима (стицање својине одржајем), представљало *услов стицања права*.⁴

Има индиција да се закључи да је у класичном периоду ово начело садржано у неким општим упутствима понашања *етичког карактера*.⁵

б) Основна дилема

Изражена алтернатива (широког или уског) домена примене начела савесности у старом (закон XII таблица) и новијем (преторском) римском праву остаје у ширем и преносном смислу и данас отворена.

Међутим, *корективни карактер*, са ширим или ужим доменом примене, остао је коначно обележје овог начела. Формиран је одређени, својствен тип правних послова — послови *bona fides*, односно, допније, у средњовековном праву, фидуцијарни послови. Ради се о уређењу вољом заснованог правног посла начелом поштеност понашања у оним правним ситуацијама у којима остала објективна правила дају *више* односно *мање овлашћења* једној, односно, другој страни у односу на она која дати правни однос налаже. (Тако, власник фидуцијарне својине би по правилима о својини могао да отуђи ствар, али фидуцијарно поверење му то право негира). Фидуцијарна својина у ствари и није својина у правом смислу већ привремено држање туђе ствари у циљу обезбеђења потраживања. Савесност и поштење у овим приликама *омекшава тврдоћу права* (овде власништва које би по себи омогућавало несметано отуђење — у суштини туђе — имовине) и ступа на место (неправичне) правне норме. Данас су фидуцијарни послови јасно дефинисани. Домен примене начела савесности се више не своди на њих.

Корективност начела савесности и поштења није довољно ефикасно одредиште домена овог правила који је у основи најсложенији проблем овог правила. Наиме, корективност начела у односу на стриктност објективног права објашњава само *функцију* али не и *правни садржај*, диспозицију понашања (шта је савесно и поштено) као и санкцију за повреду правила.

⁴ В. белешку 1.

⁵ Још је Улпијан покушао да формулише најопштија правила људског понашања полазећи од *етичких* мерила. *Honeste vivere, suum cuique tribuere, alterum non laedere* (Ulpianus, D. 1. 1. 40. Institutiones, I 1. 3). Није мање етичког набоја ни правило *Гајуса*: *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* (Gaius, I. 55. D. div. reg. iur. 50). Није злонамеран онај који користи своје право. Ова правила су могла бити основ касније, у средњем веку створеног начела савесности и поштења, али је извесно да у том смислу нису функцирала у Римском праву.

Треба, наиме, одредити такав правни садржај начелу савесности и поштења који неће довести до *опасног проширења* његове примене без критеријума и тиме на *рестрикцију* (грубо, незаконито), сужавање *значења закона*, а тиме и начела *законитости*. Када је садржај и домен овог начела схваћен сувише апстрактно, настаје његова празноћа (неодређеност), а тиме и нерегулативност, некорисност. Тада постоји и опасност за афирмисањем супротног пола значења овог начела — *frausa*, тј. несавесног понашања.⁶

У домену примене овог начела због тога постоје у основи две тенденције, односно, схватања. У домаћем и упоредном праву често се указује на потребу за његовом *уском* применом. У нашој правној пракси се ово начело схватило веома *широко*, па нам се чини да је у суштини, и крај бројних одлука, домен примене начела прилично узан, супротно очекивањима. Начело се *одомаћило и широко се примењује у правном систему* порекла овог начела, схваћеног у савременом смислу, у немачком праву, где се од почетка апелује на стриктну примену, односно *уско тумачење* правила.

Закон о облигационим односима је начело савесности и поштења укључио у основна начела Закона,⁷ а помиње га код читавог низа појединачног института. Питање је, као и код других основних начела, да ли је основно начело само директивно правило понашања, основ тумачења осталих правила без потребе да се у њему проналази самостални регулативни сиже, или оно има и даље улогу корективног правила које ступа на место грубости појединачних норми и института или регулише онда када тих правила нема. У потоњем контексту поставља се даље питање, да ли та корективна функција наступа само код оних института где закон изричито указује на примену овог начела, или, руководећи се општим домаћајем начела, код сваког посебног правног правила?

Изгледа да је и са легалног гледишта и са гледишта легалитета, одређивање правног (регулативног) садржаја и домена начела савесности и поштења, од прворазредног значаја и интереса. Посебно са гледишта интереса праксе која је и пре ступања на снагу Закона примењивала овај институт, али са различитим доменом и са доста лутања.

Ни наша теорија није била лишена дилема. У погледу појма и домена примене начела савесности и поштења, постоје веома различита гледишта у нашој литератури. Анализирајући немачко право, један наш аутор⁸ долази до закључка, да је то

⁶ У немачком праву (Врховни суд СР Немачке, Larenz), постоји схватање да ово начело у неким случајевима отклања примену законских правила на дати однос (В. о томе: Larenz, dr Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Tom I, Beck, 1979, стр. 108). Ово схватање је у свом доста изопштеном и понешто буквалном значењу пренето у наше Опште узансе за промет робом из 1954. год. и то у Узансу бр. 3, о чему ће доцније бити више речи.

⁷ Види чл. 12. Закона о облигационим односима.

⁸ Марковић, др. М., *op. cit.*, стр. 15.

једна генерална клаузула. Под генералном клаузулом пак сматра „општу формулацију једног прописа да би се обухватило што је могуће већи број чињеничног стања“ (диспозиције понашања)⁹. Само начело пак служи за судску проверу воље странака када се тумачи уговор, при чему се морају узети у обзир „потребе трговачког саобраћаја, природа ствари и саобраћајни обичаји, а све то у складу са схватањима трговачког стаљежа“, односно, воља странака се подвргава контроли *правичности*.

Други наш аутор, који се о овој материји изјаснио посебним радом истиче да је начело савесности у суштини по својој позитивној садржини „извињавајућа заблуда“. Начело се простира нарочито на *послове закључене преко пуномоћника*, на даље, *писмена понуда* обавезује понудиоца иако овлашћено лице понудиоца није потписало понуду те нису испуњени услови из узанси бр. 21, код *симулације* преко начела савесности и поштења се заштићују трећа савесна лица од престанка дејства симулованог акта, као и код *стицања својине*. Иначе, овај аутор сматра да је улога начела у обезбеђењу *правне сигурности* у промету, пошто доприноси елиминисању лажи у промету.¹⁰

Трећи сматрају да је функција начела савесности и поштења у *заснивању споредних обавеза* уговорника *о начину испуњења дуга*, што важи за дужника, а са становишта *повериоца* постоји забрана злоупотребе права; коначно, ово правило може да утиче на *садржај уговора*, тако што ће га прилагодити *промењеним околностима*. Овај аутор сматра да ово начело доприноси *проширењу основне обавезе* из облигационог односа и ствара нове, споредне обавезе, *ограничава права повериоца* и обавезу дужника, *трансформише уговорне обавезе услед промењених околности*.¹¹

Четврти сматрају да је начело савесности и поштења идентично са појмом *морала* који се јавља на *пословном подручју*. На тај начин аутор једним делом ово правило изједначава са *моралним поретком*, оно се, наиме, тиче вредности као што су *правичност, социјална и политичка једнакост, племенитост, достојанство, солидарност, забрана злоупотребе права, искоришћавања зависног положаја другог, и сл.*¹² У једном делу наше теорије која се бавила овим начелом заступљено је схватање да су основни домен примене и практична вредност начела испуњени у материји *промењених околности*.

Ово схватање је изгледа формулисано помало под утицајем немачке теорије. У Немачкој је заиста повреда начела савесности и поштења била основа раскида уговора због *промењених околности*. Треба, међутим, имати у виду да БГБ не познаје пра-

⁹ Ibid, op. cit., стр. 12.

¹⁰ Круљ, др Врета: Појам савесности — bona fides у грађанском праву, Југословенска адвокатура 1, 2/1956, стр. 47—50.

¹¹ В. Стојановић др Драгољуб, у Коментару ЗОО у редакцији С. Петровића и Д. Стојановића, стр. 110—111; Ibid, Савесност и поштење, Енциклопедија имовинског права, том III, стр. 104—108, и др.

¹² Тако, Cigoj dr Stojan, Obligacijska razmerja, Zakon s komentarjem, Uradni list, Ljubljana, 1978, стр. 12—13.

вило о промењеним околностима. То није случај са нашим правом или бар са нашим новијим правом, почев од доношења Општих узанси за промет робом. Наше право је, најпре у пракси, а потом путем Узанси, и најзад, по Закону о облигационим односима, истичало и истиче промењене околности као засебан правни институт.

в) *Обележја правног садржаја; стандард или посебан формалан извор*

Обележја садржаја (диспозиција) начела

Савесност и поштење је морално правило облигационог (односно, целокупног грађанског) права. Извор његовог садржаја ипак није целина моралног поретка, формулисана у објективизиранијем виду, већ у *етици странака* поводом *датог правног односа* насталог између њих.¹³

Етика странака — учесника у облигационом односу је најшире одређивање, тиме и најнепрецизније афирмативно истраживање средишта значења начела у питању. Поред неодређености, оставља утисак да је правило сувише индивидуализовано прилагођено странкама и случају и тиме нас спречава у одређивању ослоња или критеријума савесног и поштењог. Оставља нас у уверењу да је то једино оно што *закон* каже. Ако је тако, онда нам се то начело чини сувишним. (Ако казује од закона више, и то у смислу диспозиције понашања, тада ће нам се такође чинити сувишним).

Поред тог потпуно „нихилистичког“ призвуча или схватања садржаја начела, постоји и један такође опрезан, али мање скептичан приступ који покушава да на *негативан* начин одреди структуру правила. Он истиче да је савесност и поштење правило које *сутерише супротно понашање изигравању или заобилажењу* права. То је управо правило које тежи да спречи *fraus*

¹³ И немачки и француски грађански законик истичу етички момент начела с тим да га француски идентификује са широм етиком, а немачки пак са етичким односом датог правног односа.

Немачки грађански законик у чл. 242. истиче: „Дужник је у обавези да своју престацију тако усмери како то захтева савесност и поштење са погледом на *обичаје у промету*.” Наравно, према немачком обичајном праву, ово исто вреди и за повериоца. (Fikentscher, dr Wolfgang, Schuldrecht, Walter de Gruyter, Berlin—New York, 1976, стр. 107).

Француски грађански законик (Code civil), начело савесности (la bonne foi) установљава у чл. 555, али га помиње и у одредбама о путативном браку (чл. 201), и код аквизитивне застарелости (чл. 2265, 2268, 2269). Стиче се утисак да је у овим одредбама у ствари реч о *добрим обичајима* који кодификационо и садржајно у Code civilу нису сасвим одвојени од начела савесности и поштења. В. Code civil, soixante-quatorzième édition, Dalloz, 1974/75, стр. 281—282.

Према *аустријској теорији* и пракси (в. Ehrenzweig, dr Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I том, Wien, 1925, стр. 245), *ћутање* се може сматрати само онда изражавањем сагласности

legi facta, односно, да унапред искључи venire contra factum propterium (да тежње прекораче сопствене чињенице — понашања).

У функционалном смислу, како смо већ сагледали, ово правило има задатак да омекиша оштрину правних прописа садржаних у закону. Другим речима, да буде противтежа старом искуству о недовољној моралној вредности права у појединачном случају (summum ius summa iniuria).

Афирмативно одређивање садржаја начела и домена његове примене, је поред тешкоћа, често и некорисно, шта више, унапред и није могуће дати, пошто се тај садржај, према досадашњем искуству, мењао у зависности од друштвених и привредних прилика. Поред тога, функција и вредност овог правила је управо у њеној прилагођености околностима (чињеницама) специфичног случаја, наравно, у складу са захтевима правичности. Разуме се, тој предности се супротставља истовремена лоша страна: гипкоћа савесности и поштења крије опасност арбитрерности суда у поступку, посебно у нашем праву, где суд нема улогу ствараоца права (јер може да суди само на бази устава, закона и самоуправних општих аката). Постоји, наиме, опасност неконтролисаног прилагођавања оквира начела „специфичностима“ случаја. Ова гипкоћа, значи, не може бити безгранична, пошто њено наглашавање отвара терен незаконитости.¹⁴ Морају се, дакле, пронаћи ближи критерији правног садржаја и домена примене начела.

Неки покушавају да дају синтетичку и афирмативну дефиницију поштења и савесности, при чему афирмативну страну одређују у повишеној пажњи, односно, садржинском прецизирању постојећих (законом или уговором одређених) права и обавеза, и у етичком правилу везано за (уобичајен) начин испуњења обавеза.¹⁵

ако је лице које се не саглашава, према начелу савесности и поштењу или прометним обичајима, односно закону, требало да говори. Иначе, у аустријском праву ово начело се истиче још у материји пуномоћства (обавеза пуномоћника да се савесно понаша — Ibid, op. cit., параграф 382), и у материји уговора о раду (Ibid, op. cit., параграф 373 б.1). Други истакнути аустријски теоретичар, Stubenrauch (в. Stubenrauch, dr Moricz, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Wien, Manz, 1903, том I, стр. 100—101) истиче да иако АБГБ изричито не говори о начелу савесности и поштењу, он захтева код странака, особито код двострано-обавезних уговора, тачно испуњење, односно, накнаду све штете коју је уговорник претрпио услед одустанка или неблаговременог, односно, неправилног испуњења друге стране.

¹⁴ Садржај генералних клаузула, према Шаранди-ју: Sárándi, dr Imre, Visszaélés a joggal, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1965, стр. 69, често зависи од примениоца права. Начело савесности и поштења је појам чији је унутрашњи садржај зависио од интереса монополског капитала. Међутим, каснија функција начела је према овом аутору управо у ограничавању начина вршења права у свим областима цивилног права (Ibid, op. cit., стр. 111).

¹⁵ Тако, Fikentscher, dr Wolfgang, op. cit., стр. 107—109; в. и ближе наводе овог гледишта у бел. 65, 50. овог рада.

У теорији, поред гледишта да је савесност и поштење начело објективног права, постоји и схватање да је то правило које ствара права и дужности међу странкама, дакле, да по својој природи није извориште норми понашања, већ је извор права и обавеза (субјективно право). Тако, неки аутори, полазећи од садржаја (диспозиције) начела поштења и савесности, истичу да су то тачно одређене дужности (испољене нпр. у узајамном лојалном понашању странака, у међусобном обавештавању и сарадњи, и сл.).¹⁶

Нама се не чини основаним гледиште по коме савесност и поштење, поред основне, заснива и споредне обавезе, јер би онда и право на раскид уговора због промењених околности, право на заштиту од физичких недостатака и сл. законом предвиђена овлашћења могли сматрати „споредним обавезама”. Нема ту никаквих споредних дужности. Савесност и поштење је диспозиција понашања. Оно није нова дужност у односу на уговорену. Оно је мерило начина закључења и спровођења уговорне обавезе. Споредне дужности у облигационом односу испољавају се у имовинским давањима (нпр. камата код новчаних обавеза) и проистичу из главне обавезе, акцесорне су природе, према томе, прате судбину главне обавезе. Судбина „споредних дужности” из начела савесности и поштења (чији садржај уосталом не споримо) нпр. лојално понашање у извршавању уговора, уопште не прати судбину „главне обавезе”. Лојалност се везује за сваку врсту уговора, док се камата плаћа само за новчане обавезе, итд. Према томе, те „споредне дужности” заиста постоје, али њихова природа није у заснивању посебних дужности, изван уговорених, попут неких законских субјективних права, већ се могу означити као међаши слободе уговарања, као границе преко којих воља не може произвести пуноважна дејства. Не ради се о томе да странке требају да буду лојалне („право тражења лојалности”), већ о томе, да странке не смеју да буду нелојалне (забрана).

Стандард или посебан формалан извор

Ако је савесност и поштење *упута на етику*, онда смо код садржаја понашања захтеваног у светлу овог начела сведоци једног посебног (*ванзаконског*) *формалног извора нашег права*. Ово, наравно, није изузетан случај да закон упућује на примену

¹⁶ Тако, нпр.: Круљ, др Врлета, Концепција и основни институти Закона о облигационим односима, Привреда и право, бр. 9/1978, стр. 17, в. и белешку 11 овог рада. У немачкој теорији слично гледиште заступа *Larenz, dr Karl*, op. cit., Tom I, стр. 117, јер ово начело посматра кроз одређене (по нама у суштини законске) дужности — нпр. „дужности по закључењу уговора”.

ванзаконских правила. ЗОО често упућује на сличне изворе: добри пословни обичаји, узансе, правичност, морал самоуправног социјалистичког друштва.

Према томе, може се са основом поставити питање, да ли је Закон код начела савесности и поштења изразио једно регулативно правило, (у виду типичне директиве) које има (законом) предвиђене оквире и критеријуме, или упућује на извор понашања садржан у медијуму изван закона. Тако, кад закон упућује на морал, тада разуме се, мисли се на правила понашања формирана изван медијума закона, што је случај и са добрим пословним обичајима и сл. Морал дакле није стандард, већ *volens polens*, формалан извор права (кад на њега, наравно, закон упућује). Да ли је исти случај са начелом савесности и поштења?

Према свему судећи, савесност и поштење је нешто специфичнији од тога реда појмова и да је и једно и друго, тј. и стандард понашања предвиђен законом и засебан медиј, формалан извор који се уобличава изван и независно од законских норми и критерија. Чини се да је савесно и поштено једно по себи дато значење које закон очекује од странака, али и оно што се тиче дате врсте облигационог односа и начина понашања које се ствара међу пословним партнерима, што је дакле изван значења, ако се хоће, и контроле законском регулацији.

Може се дакле закључити да је морално-етичко очекивање као садржај поштења и савесности подвргнуто режиму стандарда, односно, типичних директива закона, а ужи, чињенични садржај пак режиму специјалних формалних извора на које упућује закон и код којих се очекивање законодавца (диспозиција понашања) има утврдити у медијуму на који упућује закон, у овом случају у етици уговорника у датој врсти пословног односа и у правичном односу странака.

Етички садржај начела је потпомогнут и вербалним значењем других начела, односно начела која имају упуту на начин етичког као што је захтев за еквиваленцијом,¹⁷ понашање одређене пажње у различитим врстама обавеза (пажња доброг домаћина, стручњака, односно, привредника).¹⁸

2. ТРЕНДОВИ ЕВОЛУЦИЈЕ ПРАВНОГ САДРЖАЈА НАЧЕЛА; ТИПИЧНЕ ГРУПЕ ПРАВНИХ ОДНОСА КОД КОЛИХ СЕ ПРИМЕЊИВАЛО НАЧЕЛО

Као што се из досадашњих излагања види, основни проблем начела је у домену његове примене, а опсег примене је пак директно везан за правни (етички) садржај начела. У погледу последњег, схватања су се разликовала у томе, да ли се овом начелу давао самосталан (етички) садржај или се проналазио *ad hoc* у неком извору датом у пракси пословног живота.

¹⁷ В. чл. 15. Закона о облигационим односима.

¹⁸ В. чл. 18. Закона о облигационим односима.

Ужа и шира примена и садржај начела је ипак у његовој дугој еволуцији показала неке трендове развоја изазваних често ванправним утицајима. Први је тренд формулисан у идеји *bona fides*, други у тежњи за изједначавањем партикуларних права (*Landrecht*) на нивоу општег права (*Gemeines Recht*), а трећи у јединственом груписању свих правних послова поверења (*Treuhandgeschäfte*).

Како смо видели, најпре је идеја *bona fides* у Риму давала неумерено широк домен *судијиној процени* да ли ће у датом односу уопште пружити заштиту и на који начин. Доцније, у канонском праву, а особито у либералном капитализму идеја *bona fides* добија значај правног стандарда у значењу *поштеног (моралног) понашања* (*Treu und Glauben*). Разуме се, потоње је обухватало логику очекиваног трговачког понашања. Последње се пак разликовало и разликује се од општег моралног схватања.

У каснофеудалној и ранокапиталистичкој Немачкој израз *Treu und Glauben* (савесност и поштење) је био један од начина *превазилажења партикуларних права* појединих земаља у трговинским односима између трговаца *различитих покрајина*. Развој трговине је захтевао јединствена правила унутар немачких држава која нису била могућа због постојања мноштва ситних државица и стога су доктрина и пракса изградиле захтев за неистичањем партикуларних прописа испред интереса за реализацијом промета.¹⁹ Иначе, сам садржај правила чинио је „унутрашњи морал“, тј. морални закон странака.²⁰

Послови поверења (*Treuhandgeschäfte*) су послови трговачког права у времену када је оно било засновано на појму појединачног трговца. То су послови на реч, послови међусобно поштених и послу „верних“ трговаца. Ту су спадали и нетрговачки послови, особито раније поменути фидуцијарни послови.

Међутим, начело савесности и поштења имало је примену и изван материје правних послова, а унутар стварноправних. Правни садржај начела је ипак битно различит у стварном праву: док је у праву промета начело савесности и поштења значило *међусобно* и свесно контролисано етичко понашање трговаца, у широком домену *различитих типова правних односа* (послова), дотле у стварном праву се ради о одређеном (активном) и беневољентном понашању *једног лица* према одређеном праву и то по правилу у *истом типу односа* — *материји стицања својине* путем одржаја или на јавној дражби од невластни-

¹⁹ *Прва кодификација* начела се појављује у Грађанском законнику краљевине Саксоније од 1863. год.: параграф 835. овог законика је предвидео да се уговор има испуњавати у складу са законским прописима, са сагласношћу странака као и према обичајима поштеног (верног) човека. В. ближе: *Sárándi, dr Imre, op. cit., стр. 58—59.*

²⁰ *Crome, dr. Karl, System der Deutschen Bürgerlichen Recht, I tom, 1900, стр. 68.*

ка.²¹ Тако нпр. наш Закон о основним својинскоправним односима стицање својине путем одржаја (у краћем року) условљава *савесном и законитом државином*.²²

У фази примене права, а нарочито при тумачењу изјаве воље начело савесности је често показало своја корективна својства, улогу која значи оријентир при уговарању и коректив при неправичним или неморалним уговорним клаузулама.²³

Када се ово правило конституисало као *основно начело грађанског права*, поставило се и питање његове функције и карактера у регулативном смислу.

У том погледу, у савременом праву су заступљена три тренда: 1) по првом тренду начело савесности и поштења је једна супсидијарна правна норма коју треба примењивати само онда ако законска одредба или одредба уговора у односу на дати правни однос исти другачије не регулише или уопште не регулише. Према овом схватању, ово начело нема когентан карактер већ има улогу попуњавања правне празнине правилима ванправног карактера. 2) Према другом гледишту, које је првенствено у немачкој пракси заступљено, особито у новије време, начело савесности и поштења има да се примени на облигационе односе само онда ако чињенично стање датог правног односа дотиче етички садржај овог начела. Ово гледиште начела савесности и поштења у одређеној мери посматра као принудно правило, пошто његову примену захтева обавезно у оним случајевима када карактер правног односа то захтева на позитиван или негативан начин.

3) Чини се да је треће гледиште (или тренд) заступљено у нашем Закону о облигационим односима. Наш Закон, наиме, истиче обавезу учесника у облигационим односима да се придржавају начела савесности и поштења. По свему судећи, ради се о когентној правној норми која садржи, како елементе стандарда, тако и елементе ванзаконских норматива. При томе изгледа да наш закон не упућује на примену целокупног моралног поретка, већ на етичка правила датог правног односа. Одатле треба и извести разлику између начела савесности и поштења (члан 12) и општих моралних граница слободе уговарања, односно моралног поретка (члан 10. 300).

У уговорној материји ово начело је допринело учвршћивању узајамног лојалног понашања странака почев од фазе преговарања преко закључења до извршења уговора. Нарочито је значајну примену добило ово начело у фази извршења уговора.

²¹ Параграф 120. Мађарског грађанског законика (у истоветном тексту и истој нумерацији овог института у првој — 1959. год. и у другој — 1977. редакцији законика) предвиђа да савестан учесник — купац на јавној дражби или овлашћеник на основу одлуке државног органа, стиче својину независно од тога ко је био ранији власник.

²² Члан 28. Закона о основним својинскоправним односима СФРЈ.

²³ Fikentscher, op. cit., стр. 66.

Странке се некад стриктно понашају уговорној одредби, али ипак противно начелу савесности и поштења. Тада се овим начелом сужава примена права уговорника.²⁴

II. Диспозиција и санкција начела у нашој судској пракси

Наша судска пракса, до ступања на снагу Закона о облигационим односима није имала законски, а тиме ни методолошки оквир и основ примене начела савесности и поштења. Према броју врховносудских одлука а и према неактуелности претходних правних правила која су се примењивала на новонастале уговорне и друге имовинске односе, могла се очекивати заиста широка примена правила савесности и поштења и попуњавање његовог садржаја (диспозиције) животним односима и очекивањима новог права. Међутим, стварни домен примене је ипак био ужи од очекиваног (што уосталом и није тако лоше са становишта отклањања опасности од арбитерности).

У уговорној материји, начело савесности и поштења имало је етички садржај али у смислу норми којих су се странке морале придржавати током закључења, дејства и испуњења уговора.

1. НАЧЕЛО САВЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА КАО МОРАЛНО ПРАВИЛО МЕРОДАВНО ЗА ПУНОВАЖНОСТ УГОВОРА

У нашој пракси није било пресуда, бар међу одлукама ранијег Врховног привредног суда, које би начело савесности и поштења сагледавале у фази преговарања, тј. пре закључења уговора. Међутим, неки аутори истичу да је начело савесности и поштења једно од главних средстава правне заштите *предуговорних облигационих односа*: ако је облигациони однос једном настао, али његов садржај још није обухваћен правилима *правног посла или закона*, тада ће се његов садржај регулисати помоћу *начела савесности* и поштења с обзиром на *прометне обичаје*. Према ширем тумачењу параграфа 242. БГБ истиче се да већ када неко жели да постане дужник или поверилац, *пре* настајања облигационог односа, мора да се понаша по правилима овог начела.

Према становишту Врховног привредног суда²⁵ странке се не могу позивати на уговорну одредбу која је у супротности са начелом поштења и савесности. У контексту уговорних одредаба противних савесном и поштенем санкција је предвиђена у ни-

²⁴ В. ближе *Larenz*, *op. cit.*, стр. 110.

²⁵ В. Врховни привредни суд, Сл 7776/71 од 8. новембра 1971.

штавости одредбе уговора која се огрешила о садржај овог начела. Тада је ово начело *стандард понашања* али и *когентна објективна норма* која је општа и старија од воље уговорника. У истом смислу се могу оценити и одлуке које истичу тачно (чињенично) омеђене уговорне клаузуле противних савесности и поштењу. То су: уговорне одредбе о томе да *приговори купца не задржавају исплату куповне цене*;²⁶ уговорна клаузула која даје продавцу право да *повећа уговорне обавезе купца* тј. да му зарачуна веће цене од уговорених, *на основу једностране и формалне потврде чију материјалну исправност купац не би могао оспоравати*;²⁷ потраживања из *фиктивног правног посла*;²⁸ одредба уговора по којој *зајмодавац, ако му зајмопримац у уговореном року не врати ствар* (исте количине и истог квалитета), може од овога тражити, *уместо повраћаја ствари, исплату новчаног износа који знатно премаша прометну вредност ствари*. Занимљиво је становиште, које сматра да је неодређеност рока испоруке противно овом начелу: *уговорна клаузула која продавцу омогућује да купцу испоручи по својој вољи противна је начелу савесности и поштења и таквом уговору се не може пружити судска заштита*.²⁹ Слично, не може се пружити судска заштита клаузули уговора по којој се *накнада за извршене услуге пролонгира за десетоструки број дана колико је извођач каснио са радовима*, јер та клаузула није у складу са моралним принципима.³⁰

Из ових сентенца Врховног привредног суда се ни у једном случају не може сагледати нека *афирмативна одредба* садржаја (диспозиције) поштеност и савесност понашања нити извор сазнања за то, али се јасно може закључити *шта се све не сматра савесним и поштеност понашањем*. Углавном се ради о *неетичком, односно, неморалном понашању* као заједничкој карактеристици свих наведених случајева, коју суд не констатује, али произилази из карактера случајева. Отуда — из повреде морала — произилази и ништавост клаузуле или уговора који је противан поштењу и савесности.

Савесност и поштење у југословенској пракси судова није довођено у везу са правилима о форми. *Позивање на недостатак у форми*, према немачком праву, може се *одбити* с обзиром на начело савесности и поштења, на прометне обичаје и на смисао прописа о форми, тако да на тај начин, правни посао, упркос недостатка у форми, важи. Ту се разликују три случаја: а) ако је дужник свечано изјавио да ће се држати обавезе, а доцније не преузе-

²⁶ В. Решење Врховног привредног суда, Сл 1627/60 од 17. нов. 1960.

²⁷ В. Решење Врховног привредног суда, Сл 550/62 од 10. маја 1962. и Сл. 876/62 од 10. маја 1962.

²⁸ В. нпр. пресуда Врховног привредног суда, Сл 1349/62 од 18. октобра 1962.

²⁹ В. пресуду Врховног привредног суда Сл 1712/71 од 10. априла 1972.

³⁰ В. пресуду Врховног привредног суда Сл 1513/72 од 15. априла 1973.

ме обавезу у битној форми, па се доцније позива на недостатак у форми, тада је његов захтев *злонамеран* и не може се прихватити; то је тзв. *dolus praeteritus*; б) ако превозник *није испунио форму* уговора о превозу, *поверилац има право* да захтева испуњење обавезе (превоз) и крај ништавости уговора због недостатка форме, пошто се има пружити појачана правна заштита лицима без правне заштите, односно, неукима и невештима, то је случај тзв. *dolus praesens-a*; в) постоје случајеви код којих би објективно било грубо и неправично применити предвиђени пропис о форми, тако да правни посао тада треба лишити форме. Тада се додуше не ради о примени начела савесности и поштења, већ о рестриктивном тумачењу прописа о форми, наравно, с обзиром на његов сопствени циљ и смисао.³¹

2. САВЕСНОСТ И ПОШТЕЊЕ КАО КРИТЕРИЈУМ ФАКТИЧКОГ ПОНАШАЊА У ИСПУЊЕЊУ УГОВОРА

Други круг случајева који запажамо у нашој судској пракси тиче се *уговора чије су клаузуле у сагласности са овим начелом* али је *понашање* уговорника у *извршењу уговора* противно поштењу и савесности. У овом случају је веома тешко сагледати не толико садржај диспозиције понашања, колико *санкцију*.

Тако је то код случаја где је суд истакао да је противан начелу поштења и савесности *поступак којим се обезбеђује наплата потраживања на штету трећих лица*.³² Овде се не ради о супротности уговора са начелом. Овде је фактичко понашање (везано за испуњење уговора) у противности са правилом. Отуда је и тешко одредити санкцију. Ако случај мало боље сагледамо, он ће показивати знаке или *фраудоложности понашања* или *фраудоложности одредаба уговора*. Ако се *fraus* извршења уговора може везати за начин извршења предвиђен уговором, онда се непоштено понашање везује за *фраудолозан* карактер уговора који је тада исто толико противзаконит као када се одредба директно супротставља са словом закона и тада, разуме се, уговор је погођен санкцијом противзаконитих уговора.³³ Ако се пак *fraus* може свести само на време, место и начин испуњења, а не и на одредбе уговора у истој материји, *fraus facta* не утиче на пуноважност уговора.

Некада је фактичко понашање уговорника, противно начелу савесности и поштења оцењено у пракси наших судова *као да и није постојало*: Када једно лице у име купца кроз дуже време наручује и прима робу а његова радна организација исплаћује рачуне тада је противно начелу савесности и поште-

³¹ Тако *Fikentscher*, op. cit., стр. 82—84; *Larenz*, Archiv für zivilistische Praxis, 156, 381, као и *Bundesgerichtshof* — савезни суд СР Немачке, Entscheidungen in Zivilsachen, 12, 304.

³² В. пресуду Врховног привредног суда СЛ-2401/71 од 21. марта 1973.

³³ В. чл. 103. у вези чл. 104/1 Закона о облигационим односима.

ња истицати приговор да то лице није било овлашћено да набавља робу.³⁴ Сматра се дакле у овом случају да приговор неовлашћеног набављања робе и не постоји.

Постоје и уговорне клаузуле о извршењу уговора које наша судска пракса сматра противним начелу савесности и поштења и да су оне стога ништаве. При томе не наступа ништавост целине већ само дела уговора, његове клаузуле о начину извршења: Клаузула да продавац задржава право делимичног или потпуног испуњења уговора противна је добрим обичајима у привреди и не производи правно дејство.³⁵

3. ПОНАШАЊЕ УГОВОРНИКА ПО ИСТЕКУ ДЕЈСТВА ИЛИ РАСКИДУ УГОВОРА

Начело савесности и поштења је често испуњено очекивањима до којих закон не може допрети, односно, чије остварење закон не може издејствовати. То нарочито вреди на понашања пре, а особито по престанку дејства уговора али у вези или повезано са уговором. У тој фази законске регулативе не могу допрети до радњи странака. Односи се то како на обавезу да се одговарајућим радњама смањи штета од стране уговорника верног уговора, ако друга страна по истеку рока није спремна на извршење,³⁶ јер начело поштења и савесности изискује да страна верна уговору реагује у једном примереном, у привредном животу уобичајеном року, на неизвршење уговора од стране друге странке, те да као добар привредник по истеку тога рока предузме све да евентуална штета буде што мања.

Такође, поверилац који жели одустати од уговора због дужникове доцње не сме одуговлачити са остављањем накнадног рока и тиме спекулисати са извршењем чинидбе, јер је то противно начелу савесности и поштења.³⁷ У исти круг спада понашање предузећа за дистрибуцију електричне енергије кад непрекидно кроз период од више месеци наплаћује од потрошача уговорну казну због сталног прекорачавања уговорног максимума потрошње, а одбија с њим да закључи нов уговор о испоруци веће количине и снаге електричне енергије сагласно његовим потребама, иако је у могућности да то учини. Дистрибутер, на тај начин, користећи свој монополистички положај, заобилазним путем постиже више цене од прописаних.³⁸

Данас би у овим случајевима ставове суда, поред и уз начело савесности и поштења, потврђивала и одредба (начело)

³⁴ В. пресуду Врховног привредног суда Сл 1459/70 од 14. октобра 1970.

³⁵ В. пресуду Врховног привредног суда Сл 2767/70 од 10. септембра 1971.

³⁶ В. пресуду Врховног привредног суда Сл 492/59 од 12. маја 1959.

³⁷ В. пресуду Врховног привредног суда Сл 158/55 од 18. јануара 1956.

³⁸ В. пресуду Врховног привредног суда Сл 926/66 од 19. септембра 1966.

Закона о облигационим односима о дужности сарадње у облигационим односима,³⁹ што је у наведеним примерима недостајало, као и начело о забрани изигравања закона.⁴⁰

Санкције за случај несавесног понашања уговорника ван акта закључења или извршења, али још увек у вези са уговором, не могу се одразити на егзистенцију уговора. Но, видљиво је да се оне ипак могу одредити: тако у првом примеру, ако се страна која се држала уговора, по раскиду није понашала како треба да би се смањила штета због неизвршења, неће имати право да добије сву претрпљену штету због неизвршења. То би се могло применити и у другом примеру, када је дошло до одуговлачења давања примереног рока (рока милости) за накнадно испуњење уговора.

У трећем случају уговорна казна није служила сврси овог института (извршењу уговора, одн. репарацији), већ заобилазном циљу, изигравању максимирања цене, па је суд оправдано одбио захтев за њеном исплатом.

4. ПОНАШАЊА (УГОВОРНЕ ОДРЕДБЕ) ПРОТИВНЕ ИСТОВРЕМЕНО И ОДРЕДБИ ЗАКОНА И НАЧЕЛУ САВЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА

Има понашања или уговорних одредаба у нашој пракси уговарања које се према схватању наше судске праксе противе и некој законској забрани и начелу савесности и поштења, из чега је резултирала ништавост клаузуле или пак и целине уговора. Тако, *прекорачење законске камате* је противно закону и начелу савесности и поштења.⁴¹ Исти је случај и са *означењем оне делатности у фирми која се по закону не може обављати*.⁴² Наравно, овде санкције могу бити одређене како у грађанскоправним последицама (брисање забрањене делатности фирме, евентуална одговорност за штету) али и пеналним (нпр. одговорност за привредни преступ).

У нашој судској пракси је *повреда начела еквивалентности* често означена као понашање противно начелу савесности и поштења. Додатни услов нападања привредног уговора због прекомерног оштећења јесте еклатантност оштећења испољена кроз повреду начела савесности и поштења. Иначе, као што је познато, у нашој „предзаконској“ судској пракси (пре доношења ЗОО) пракса је у начелу искључивала примену правила о прекомерном оштећењу сматрајући да су привредници стручњаци по питању правног стања вредности роба и услуга на тржишту. Има се утисак да су неки судови давали места правилима о прекомерном оштећењу и код тзв. привредних уго-

³⁹ В. чл. 7. Закона о облигационим односима.

⁴⁰ В. чл. 13. Закона о облигационим односима.

⁴¹ В. решење Врховног привредног суда Сл 672/63 од 14. јуна 1963.

⁴² В. пресуду Врховног привредног суда Сл 1107/63 од 25. новембра 1963.

вора ако је оштећење вређало не само правило закона о еквивалентности, односно, прекомерног оштећења, већ и начело савесности и поштења.

Тако, према једној одлуци привредни уговор може бити само теретни (а не и алеаторни) и обавезе уговорних страна морају бити узајамно условљене и еквивалентне, па је стога *противно правној природи купопродајног уговора као и начелу савесности и поштења у послу промета робом одредба уговора по којој је купац дужан да одмах положи предујам на име купопродајне цене, ако обавеза продавца у погледу количине робе није одређена ни одредива.*⁴³ У привредним уговорним односима је дакле судска пракса особито наглашавала улогу рада као мерила вредности. Код двостранообавезних уговора ово мерило је, са становишта обавеза обеју странака, узајамно условљено у количини и квалитету, па се то правно изражавало у правичности, еквивалентности и савесности и поштењу односа странака при утврђивању узајамних материјалних обавеза. Та тежња се нарочито види у одлуци која истиче да је противно начелу савесности и поштења *одређивање накнаде за учињену услугу према вредности извоза јер накнада мора бити у сразмери са стварно уложеним средствима рада.*⁴⁴

Начело еквивалентности је у читавом низу посматрано у светлу превисоко одмерене *провизије* у корист посредничке агенције: пресуде истичу да провизија треба да је разумна и у сразмери са услугама коју пружа посредник,⁴⁵ при чему је уговарање веће провизије противно начелу савесности и поштења. У вези с тим провизија *по стопи од 20% од уговорене купопродајне цене* која износи близу једне милијарде прелази реалну накнаду за уложени труд. Међутим, по схватању Врховног привредног суда оцена висине провизије не зависи само од постотка. Противно је начелу савесности и поштења да посредник на име провизије код закључења посла с великом вредношћу добије исти износ као и за посредовање посла с несразмерно мањом вредношћу.⁴⁶ Додуше, овом схватању (у принципу) треба приговорити, јер није сигурно да количина ангажовања и трошкови посредника зависе од вредности посла, могуће је обрнуто, да посредник има веће трошкове и да ће више радити код закључења уговора са предметом мање вредности него код уговора са великим вредностима предмета. Управо у тим случајевима долази до изражаја начело савесности и поштења као коректив индивидуалној вољи (особито у случајевима када је и за мањи рад, због висине вредности посла дошло до превисоког одмеравања провизије).

⁴³ В. пресуду Врховног привредног суда Сл 422/65 од 17. јуна 1965.

⁴⁴ В. пресуду Врховног привредног суда Сл 1140/64 од 5. јануара 1965.

⁴⁵ В. пресуду Врховног привредног суда Сл 897/64 од 21. јануара 1965.

⁴⁶ В. пресуду Врховног привредног суда, Сл 483/67 од 14. априла 1967.

5. ПРИСТУП НАШЕ ДОСАДАШЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ; ЊЕН ОДНОС ПРЕМА РЕШЕЊУ ОПШТИХ УЗАНСИ ЗА ПРОМЕТ РОБОМ

Може се закључити да и крај доста завидног броја одлука, наша судска пракса није примењивала ово начело у широком кругу или у већем броју група случајева.

Домен примене начела је био далеко *ужи* него што је важеће *право дозвољавало*.

Опште узансе за промет робом (узанса број 3) су наиме, омогућиле чак и *отклањање примене правила узанси „ако би њихова примена у датом случају произвела последице противне том начелу“*, тј. начелу савесности и поштења.⁴⁷ То значи да је у нас суд могао, и још увек може⁴⁸ по овим одредбама Узанси, да суди само на основу начела савесности и поштења искључујући одредбе Узанси, па и Закона. Додуше, то начело је у Узансама схваћено као етичко понашање странака а не осећање правичности суда, јер како Узансе казују: „поштење и савесност је основно начело кога се странке морају придржавати у пословима промета робом“.

Уска примена начела из Узанси бр. 3 је вероватно узрокована чињеницом што су наши судови (основано) везани чврстим опредељењем за примену „законског“ права. Разлог је можда и у томе, што су узансе сувише *смело отклањале примену сопствених правила*, данас, посредно правила Закона, и што су отишле, чини се, предалеко у „омекшавању“ правила закона.

Судови су, у погледу садржаја начела, пре свега, *сутерисали морал странака*. Тај морал је додуше само негативно формулисан: судови су истицали шта *није* савесно и поштено, при чему су као такве проналазили како *фактичке* тако и *правне радње*. Судови при том негативном одређивању садржаја начела нису полазили од неког *општег морала*, о коме већ постоји општа свест друштва, већ од *моралности у датом односу странака*. Могли бисмо, дакле, схватити да је у нашем праву ово начело схваћено као *специјални морал датог облигационог односа*. При томе се не мисли на морал или етичко схватање странака моралног у односу, већ о етичком и правичном који карактерише ту врсту односа на тржишту уопште, водећи рачуна, разуме се, и о околностима датог случаја, посебно, на уређење односа странака њиховом *вољом*, али и *начела еквивалентности* и *начела рада*.

Не може се рећи да су судови правилно свели на *друга начела* (забрану *frausa*, начела еквивалентности, рада и резултата рада). Мада, несумњиво је, да је повреда тих начела била

⁴⁷ У том смислу и Врховни привредни суд, Сл 51/56 од 31. јула 1957.

⁴⁸ На основу чл. 21. ст. 2. Закона о облигационим односима, који омогућава вољно искључивање примене ЗОО и уговарање примене правила Узанси.

често третирана под начелом савесности.⁴⁹ То је био случај нарочито онда, када су посебна правила која су штитила ова начела (нпр. начело еквивалентности је било заштићено прекомерним оштећењем или клаузулом *rebus sic stantibus*) по својим ригорозним условима примене била неподобна средства заштите. Савесност и поштење је схваћено и као правило са *засебним доменом примене*, као морално-етичке норме датог облигационог односа. Та норма је у рукама судије знала да коригује ускост законом предвиђених института и да их прошири на односе сличне законом описаним диспозицијама. (Видели смо то особито у примени правила о оштећењу у одређеним случајевима привредних уговора). При томе је новина и интересантно да садржај начела није у самом моралном и етичном, већ у закону, а функција начела се своди на *продужење „руке“ закона*.

Санкције повреде начела зависиле су од карактера понашања противних овом начелу. Ако су се та понашања испољавала у одредбама (правима и обавезама) уговора, онда је последица њиховог противљења начелу у ништавости уговора. Међутим, био је читав низ понашања у вези (пре) закључења и у вези извршења уговора, која се, по себи се разуме, нису могла тицати егзистенције уговора. По правилу се ту ради о понашањима сагласним праву (нпр. уговору) али не и са етичким принципима установљеним за ту врсту облигационих односа. *По правилу, та понашања не би ни требало да су потођена правним санкцијама.*⁵⁰ Но, у неким случајевима то је ипак опортунно, у неким приликама право мора да санкционише понашање противно унутрашњем моралном закону странака. То је случај онда када се из околности даје закључити да би било опортунно применити неки институт закона који иначе по домену примене *strictu sensu* није могуће применити. Тада су санкције испољене било у примени правила *института права чија се примена проширује* на дати случај (нпр. правила прекомерног оштећења у наведеној пракси) или у *неуважавању* дате предузете радње са

⁴⁹ И у нашем и у страном праву је с правом указано на тешкоће око *разграничења домена примене разних генералних клаузула*, пошто се они често заиста *испреплићу* или се међусобно *објашњавају* или *потпомажу*. Видљиво је, да се и судови поводом *истог* чињеничног стања позивају на повреду не само начела савесности и поштења, већ и *других начела*. Међутим, иако је све то тачно, нема разлога за велику скепсу у погледу *принципијелног разграничења ових начела*. Супротно гледиште у нашем праву заступа, *Марковић*, др Миливоје, Генералне клаузуле, Зборник радова Правног факултета у Нишу, св. VII/1968, стр. 16.

⁵⁰ Према немачком праву, *повреда начела, сама по себи, не доводи до санкције*. Из корективног карактера правила произилази да се његовом повредом истовремено *врећа и предвиђена правна норма*. Тако, не-савестан привредник одговара из разлога предвиђених у пар. 705, 242; 325 БГБ из разлога *неправилног испуњења* и то за *накнаду штете*; ако су купљене новине достављене, и поред постојања кућне касете за писама, на тај начин што су бачене преко плота, па их је стога ветар однео, онда се мора правилно доставити један други примерак истих новина. (Тако, *Fikentscher*, op. cit., стр. 109).

позиције права и сл., већ у зависности од природе правног односа. Питање је у којој мери су садржај и санкција овог начела конституисани у судској пракси преузети у новом законодавству.

III. Уставни и законски основи примене

1. УСТАВНИ ОСНОВИ И ОКВИРИ ПРИМЕНЕ

Сваки правни систем, па и наш, одређује, сопственом поретку иманентне облике, изворишта позитивног права, разуме се, у свом највишем акту, у уставу. Изван тих облика манифестације и важења права, по логици поретка, али и по логици правне сигурности и законитости, други нису ни опортунни ни дозвољени.

Систем формалних извора југословенског права одредио је Устав СФРЈ,⁵¹ исцрпљујући га у Уставу, закону и самоуправном општем акту. Како смо раније истакли, има елемената који нас упућују да начело савесности и поштења третирамо не само као стандард закона већ и као посебно извориште права, извориште које има своје унапред и изван закона формулисане норме. Закон о облигационим односима је начело савесности и поштења укључио у ред својих основних начела. Обзиром на поменути ред извора права установљен нашим Уставом и на изнету оцену 300 о карактеру начела савесности и поштења, неопходно је поближе сагледати уставне основе и услове (па и уставност) одредаба 300 о овом начелу.

Сагледавајући систем извора права, установљен Уставом, и поређујући тај систем са начелима 300, стиче се утисак да је Уставом успостављени систем енормно проширен одредбама 300. Изгледа наиме, да је 300 наведена објективна правила права допунио читавим низом медијума изван конституционалних, државних и аутономних норми. То су: добри пословни обичаји,⁵² Узансе,⁵³ правичност,⁵⁴ опште мишљење,⁵⁵ морална правила самоуправног социјалистичког друштва,⁵⁶ па и начело савесности и поштења.⁵⁷

У погледу неких од ових изворишта, одн. стандарда, закон предвиђа *обавезу* учесника облигационих односа да их се придржавају. Такав је случај са dobrим пословним обичајима, са

⁵¹ В. чл. 219. Устава СФРЈ.

⁵² В. чл. 21. ст. 1. Закона о облигационим односима.

⁵³ В. чл. 21. ст. 2. Закона о облигационим односима.

⁵⁴ В. чл. 101, 133. ст. 1, 4 и 5; чл. 141. ст. 3. и 4; чл. 143 ст. 2, чл. 178, чл. 182. ст. 2; чл. 201, 202, 203. ст. 3, 231. ст. 2. Закона о облигационим односима.

⁵⁵ В. чл. 133. ст. 1. Закона о облигационим односима.

⁵⁶ В. чл. 10. Закона о облигационим односима.

⁵⁷ В. чл. 12. Закона о облигационим односима.

моралним правилима самоуправног социјалистичког друштва, а и са начелом савесности и поштења. Закон, наиме, каже да су „у заснивању облигационих односа и остваривања права и обавеза из тих односа учесници дужни да се придржавају начела савесности и поштења”. Код других од наведених извора нпр. узанси, општег мишљења, у неким случајевима и правичности, нема речи о њиховој когентности. По карактеру, они су *диспозитивни извори*, било са становишта *странака*, било са становишта *суда*. Питање је, да ли је то разликовање, у погледу обавезности примене намерно и систематски учињено, и са гледишта система формалних извора права, или је то сагледано приликом писања 300 само парцијално, са позиције појединих извора — стандарда.

Ако бисмо хтели да „оправдамо” поступак законодавца од евентуалне „оптужбе” да је прекорачио уставом конституисане оквире *обавезних* извора права, могли бисмо рећи да у 300 ни у једном од наведених случајева нема речи о посебним изворима права, сви су то стандарди, ради се о правној техници којом се изражава граница и оквир понашања, односно, домен примене једног иначе законом предвиђеног института.

Да ли бисмо могли резоновати тако, што бисмо констатовали да је у наведеном набрајању *обавезно оно што има обележје стандарда*, а *диспозитивно оно што има карактер извора права*? Али, извора чију примену странке могу уговорати, обзиром на начело слободе уговарања (чл. 10) и на карактер одредаба закона (300) који је иначе диспозитиван: „Учесници могу свој облигациони однос уредити друкчије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произилази што друго”.

На то питање одмах треба одговорити, да је систем извора па и облика у коме се уопште може манифестовати објективно право⁵⁸ такође когентан, а уз то, уставна је материја, па се не може дирати (регулисати, уопште проширити или сужавати) одредбом закона. Овде се намеће један заиста широк проблем, питање домена закона у одређивању диспозитивности и регулационе „надлежности”.

Треба, међутим, одвојити домен слободе уговарања (слободно регулисање међусобних права и дужности уговорника, изражено у поштеност и савесност, моралност, пажљивост, etc.), од слободе избора извора права. Избор (облика) права је некада по одобрењу поретка могућ (нпр. код међународних уговора) али несумњиво је да та потоња слобода не иде преко когентно одређених облика у коме се право поретка може манифестовати.

Ако су изворишта понашања наведена у 300 сви одреда облици манифестације нашег објективног облигационог права (формални извори), онда *strictu sensu* гледано, 300 је заиста прекорачио Уставом утврђену надлежност овог закона која се

⁵⁸ В. чл. 219. Устава СФРЈ.

ипак своди на регулисање облигационих односа. У том случају је овај закон продро у уставну материју, у материју предвиђања позитивних извора права.

Проблем је сложен и у раду овакве врсте се не могу изнети сви његови аспекти и нијансе. У сваком случају има неколико значајних „оправдања“ која, чини нам се, иду (разуме се, принципијелно, а не *en bloc*) у прилог решења 300: Прво, закон је морао да извесна питања регулише принципијелно, стандардом, јер није могао да предвиди, казуистичким путем све случајеве нити све њихове групе; друго, у системским законима, као што је и 300 треба отворити простор еволуцији и стога суду дати само путоказе, не треба судији одмах на почетку важења закона везати руке; треће, могуће је да су сва наведена „изворишта“ из 300 ипак нека врста стандарда, иако често њихов карактер упућује на закључак да су извор права. Наравно, та оцена не вреди за узансе (које чине у том склопу засебно питање) и сигурно је, да су оне и засебан извор права и можда у домену слободног уређивања облигационих односа у погледу избора правила, што уосталом није против Устава. Уосталом, и Устав и ЗУР предвиђају слободну иницијативу, која се у неким случајевима, без слободе избора права не би могла остварити. Четврто, ако је начело поштења и савесности пре стандарда извор права, онда је то норма упућена како суду, тако и странкама. То је правило (мисли се на формулацију ове одредбе у 300) које је и диспозиција понашања странака али и граница тумачења⁵⁹ одредби закона и уговора, тј. начин ограничавања воље уговорника, начин који не дозвољава да се прекорачи закон али ни оно што би требало да буде етички основано међу странкама, имајући у виду специфичности (околности) њиховог облигационог односа. Извори права по правилу су, по себи узев, неадресована правила, правила упућена свима. Овде су адресати најпре ипак странке у облигационим односима. Савесност и поштење је апел закона на међусобно моралан однос уговорника.

Додуше, ако ближе погледамо одредбе закона, доћи ћемо до закључка, да се начело савесности и поштења не појављује као упута понашања и као стандард, већ је правна норма, диспозиција понашања. Она садржи императив етичког, али и императив конкретног. Она је и основно начело, али и правило појединих института 300.

⁵⁹ Чл. 1366. Италијанског грађанског законика истиче да „уговор треба тумачити према начелу савесности и поштењу“.

2. ДОМЕН ПРИМЕНЕ НАЧЕЛА У 300

а) Спољашњи домен

Најпре треба имати у виду да је Закон отворио могућност да решење прихваћено у Општим узансама и даље буде важећи извор. Нисмо сигурни да ли је то (у погледу начина обликовања и снаге начела формулисаног у Узансама) сасвим оправдано. Ево какав је ред ствари: 300 казује да се правила узанси (па и о начелу савесности и поштења) могу примењивати на односе уговорника, ако су то странке хтеле,⁶⁰ а Узансе су пак изричито омогућиле отклањање правила узанси уколико би примена узанси рабала неправичан однос међу странкама. Тада суд одлучује на основу начела савесности и поштења: „Странке се не могу позивати на неку од ових узанси, ако би њена примена у датом случају произвела последице противне том начелу.”

Поставља се питање, није ли *en bloc* дејство чл. 21. 300 у погледу безусловне примене узанси (нема нпр. ограничења у погледу когентних правила закона, ни у погледу смисла одредаба закона и узанси, etc.) уколико су је странке уговориле, довело до својеврсног *renvoi-a* (узвраћања)? Закон отклања своју примену ако су странке изабрале узансе, али и узансе су елиминисале примену својих одредаба ако би регулативе узанси биле, с обзиром на дати однос, противне начелу савесности и поштења?! Да ли би сада поново требало да важи Закон? На страну то што Узансе немају поверење у правичност својих одредаба. Теорија може да буде скептична, према правичности закона, али закон (па и узансе) не, закон мора да верује у сопствену правичност. Ствар је у томе, да смо наишли, *volens nolens*, на пример потпуне правне празнине: и један и други извор (и Закон и Узансе) су отклониле своју примену и суд решава спор искључиво на бази начела савесности и поштења. Чини се, да законодавац ту није поступио студиозно! Овде, дакле, савесност и поштење није више ни коректив нееластичности закона (што је била интенција узанси), већ засебан и од закона и од устава потпуно осамостаљен извор права, што сигурно није била интенција 300, а вероватно ни узанси.

Ваљало би испитати и однос начела савесности и поштења (чл. 12. 300) и начела забране злоупотребе права (чл. 13. 300). Њихово разграничење је од значаја са становишта откривања како диспозиције понашања странака у облигационим односима, тако и са гледишта санкције.

Код фразулозног понашања се најчешће ради о унапред смишљеном односу странака или једне странке према закону: то је неетички однос странака према закону, понашање сходно слову, али противно смислу закона. Зато је „забрањено вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно

⁶⁰ В. чл. 21. ст. 1. Закона о облигационим односима.

законом или самоуправним споразумом установљено или признато" (чл. 13. ст. 1. и 2. ЗОО).

Ако је *fraus legi facta* неетичко понашање странака према закону, онда је несавесно понашање неетички однос најпре према другој уговорној страни. Видели смо из наше судске праксе, да се поштење и савесност најпре сагледава као квалитет односа међу странкама (око закључења, начина извршења уговора и сл.). Додуше, и *fraus* може да има вид несавесног односа према другом уговорнику (нпр. фиктивно отуђење имовине ради избегавања наплате потраживања од стране повериоца), али је и тада, објективно повређен истовремено и смисао закона.

Нема сумње да су та два института често истог домаћаја. Оно што је несавесно, често је истовремено и фразулозно и обрнуто. То показује пример наплате уговорне казне за прекорачење уговореног максимума потрошње електричне енергије и одбијања закључења уговора о повећању количине потрошње. Несавесност је у неспремности за закључење повољнијег уговора, са становишта корисника повећања количине електричне енергије. Фразулозност јесте у томе, што је наплата уговорне казне, крај мање количине уговорене електричне енергије од потреба потрошача, обезбедила заобилажење максимираних цене електричне енергије.

Проблем је интересантан са становишта санкције. Наиме, према теорији о *fraus-у*,⁶¹ санкција *fraus-а* се испољава у примени заобиђене норме. То по себи може, али не мора да рађа ништавост уговора. Некад је последица заобилажења испољена управо у конституисању правног односа као што је то са конституисањем важности симулованог уговора према трећим лицима, иако симулован уговор према странкама не делује, бар према чл. 66. ЗОО. Санкција повреде начела савесности и поштења је такође различита, али ако се ради о противљењу садржаја уговора овом начелу, санкција је јасно опредељена у правцу ништавости уговора. Оваква санкција произилази из когентне дикције закона (чл. 12) која говори да су странке дужне да се придржавају у својим облигационим односима начела савесности и поштења. Познато је, наиме, да из повреде когентних одредаба закона произилазе последице ништавости.⁶²

Идентитет домена правила изгледа није тако изразит као што се на први мах чини. Наиме, ако има елемената несавесности и непоштења, али су они реализовани кроз заобилажење одредаба закона, несумњиво је да се имају применити санкције *fraus-а*, особито, ако је намера за заобилажењем закона обострана (што је увек случај код фразулозног симуловања). Наиме, *fraus* је у неку руку старији тада јер сем међусобно не-

⁶¹ В. наш рад: Симуловани уговори, докторска дисертација, Београд, 1979. год. (необјављено), стр. 282—330.

⁶² Чл. 103, 104. ЗОО; в. наш рад: Недопуштена реституција и одузимање предмета престаје у корист друштвене заједнице код забрањених уговора у практичној примени права, Гласник Адв. коморе САНВ, бр. 10/1981, стр. 7—26.

поштеног односа, странке су се непоштено односиле према закону, и то разуме се, према његовим когентним одредбама. Тада је дакле повређено једно правило поретка а не само правило правичног и интерно етичког односа странака. То показује и горе наведени пример о начину изигравања максимиране цене електричне енергије. Наизглед је то случај нашег начела о савесности као што га суд (и погрешно) квалификује. Међутим, то је и крај елемената непоштеног односа према потрошачу, битно фразулозно понашање. Теоријска заснованост такве квалификације показује и већа ефикасност и подобност (примереност) санкције случају: *fraus* доводи до одбијања захтева за исплатом уговорне казне, јер исплата иде за заобилажењем забране о максимирању цене. Ту се примењује, дакле, изиграни закон. Начело савесности би, додуше, могло да доведе до истог резултата, тј. до поништаја клаузуле о уговорној казни, али би са позиције и хоризонта овог начела било тешко доказати да су странке уговориле казне ради изигравања прописа о цени електричне енергије. Пример иначе показује да је у случају истовременог *fraus*-а и несавесности — непоштења често и санкција блиска, односно, идентична.

Иначе је начело савесности и поштења далеко шири захтев за етичким понашањем, него што је то у случају *fraus*-а. Начело савесности и поштења обухвата и забрану *fraus*-а према другој страни, али не мора да се испољава у изигравању интереса друге стране, већ и у другим облицима непоштења (нпр. зеленашењу, и сл.).

Осим тога, забрана *fraus*-а не би требало да буде самостално начело закона: ако признајемо да једна забрана има и смисао и слово, чему то још једном нагласити у забрани *fraus*-а (наиме, да се последице закона примењују не само ако се прекорачи слово већ и смисао — то би требало и без тога да знамо). Начело савесности и поштења је ипак самостално правило и крај контроверзи око његовог садржаја (тешкоћа око позитивног одређења и око оцене да ли је формалан извор права, извор облигације, или је правни стандард).

б) Унутрашњи домен примене

Изгледа да је закон хтео да ограничи домен примене начела савесности и поштења тиме што га изричито помиње као корективни стандард код појединих правних института, односно средстава.

Према једном веома ауторитативном гледишту, начела закона (па према томе и начело савесности и поштења), имају се примењивати само ако и само тамо где су помињана при регулисању конкретних чињеничних стања.⁶³

⁶³ Перовић, др Слободан, Облигационо право, Привредна штампа, Београд, 1980, стр. 50.

Нама се чини да начела закона немају само директиван или декларативан значај, већ садрже и одређену регулативну моћ и улогу. Они помажу онда ако је појединачна норма отказала.⁶⁴

Код савесности и поштења случај је специфичан у том погледу и још више потврђује друго гледиште о улози начела. Наиме, код других начела (нпр. еквивалентности) видимо да појединачне норме разрађују идеју начела (нпр. прекомерно оштећење, *clausula rebus sic stantibus* и сл.) и ту би због тога некако и могли да кажемо (мада ни ту не сасвим оправдано) да појединачни институти исцрпљују сав садржај опште норме и изван тог садржаја нема важења идеје изражене у општој норми (начелу). Код начела савесности и поштења садржај норме не препознајемо ни у општој норми (начелу) закона, ни у посебној тј. института код којих се конкретно правило позива на савесно и поштено понашање. Заправо, то показује да се у закону мислило на општу идеју о савесности и поштењу, која се има примењивати као коректив, регулативни основ ако закон својим регулативама није обухватио дати однос, дакле и изван случајева када закон упућује на савесност и поштење. Ако то не би било тако, били бисмо склони веровању да је законодавац под овим у суштини стандардом ипак хтео да именује један посебан извор права, па га је „дозирао“ само за привилеговане случајеве. Дозирао га је из разлога што је осећао да прелази границе извора предвиђене уставом. Међутим, то наравно законодавац објективно није могао учинити, па нам из тога разлога изгледа вероватнијим да је начело савесности општи стандард облигационих односа, меродаван за све, а не само законом посебно наглашене („привилеговане“) случајеве.

Међутим, то не значи да начелу савесности и поштења треба дати широк домен примене у смислу основа суђења. То је директивно правило специјалног понашања странака сходно датим правним и етичким нормама датог односа,⁶⁵ а не неодређени

⁶⁴ Начело савесности и поштења према неким ауторима има једно начелно значење и много могућности примене у појединачним случајевима. Увек када се применом овог правила жели решити појединачан случај, морамо се ради ове специјалне примене питати, да ли је та специјална примена оправдана основном идејом начела. Само ако појединачан случај представља конкретизацију основне идеје закона, може се применити начело као директан регулатив тог случаја. Наравно, постоје опасности злоупотребе, као код свих генералних клаузула. У том смислу: *Fikentscher*, *op. cit.*, стр. 107; *Hedemann*, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933, стр. 66; *Hueck*, *Der Treugedanke im modernen Privatrecht*, 1947.

⁶⁵ У том погледу и са гледишта нашег права пажње су вредна *Fikentscher*-ова разматрања: Основно значење параграфа 242. БГБ-а није да савесност и поштење сугерише мерило људског понашања у праву. Опште људско понашање контролише деликтно право, у крајњој линији помоћу генералне клаузуле „добри обичаји“. Савесност и поштење установљава једну посебну обавезу, нпр. код уговора или код других двостраних или вишестраних обавеза, и то најпре у правцу повишене пажње. Начело савесности и поштења није имало намеру да установљава нове обавезе између повериоца и дужника. То правило жели да у начелу

основ стварања судског права, добра прилика да суд покаже своје могућности процене и осећања правичности. Не, ово начело је правило понашања странака, које указује на дужност (и у случају пропуштања санкција) сарадње у облигационим односима: „У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа, друштвена правна лица остварују сарадњу у односима међусобне повезаности и зависности, узајамне одговорности као и солидарности радника у удруженом раду, заснованим на самоуправљању и друштвеној својини средстава за производњу и других средстава рада.” Разуме се, ови субјекти, према директиви закона треба да воде рачуна о „циљевима трајније сарадње и других заједничких интереса”. (Чл. 7. став 1. и 2. 300).

Све ово не значи да упућивање закона на поједине случајеве у којима треба применити савесност и поштење нема значаја, напротив. То су *типичне прилике* у којима ово начело нарочито служи као руководећи основ понашања странака и оријентир тумачења њихове воље од стране суда.

Међутим, примена начела се не исцрпљује код правних инструмената на које се Закон посебно позива, односно, чија се примена одвија „под контролом” овог начела.

Уосталом, то показује и место овог начела у систему облигационог права које је фундирано у смислу основног начела, али и когентна дикција којом се закон служи приликом његовог формулисања. То је један стандард етичког понашања странака.

То значи да је уговор ништав не само онда ако вреба (општи) морални поредак, самоуправног социјалистичког друштва, већ и (специјалан) етички поредак датог правног односа. Наиме, повреда сваког императивног прописа (овде се то испољава у једном етичком стандарду датог односа) има за последицу ништавост уговора. То је једна од општих последица повреде начела савесности и поштења. То, међутим, не значи да је то једина санкција коју закон прописује. Посебна правила закона која говоре о примени овог начела квалификују врсту извора облигација на коју се ово начело примењује, а истовремено одређују и специфичне санкције за случај повреде правила.

Ако је повреда начела савесности испољена у заобилажењу интереса другог уговорника (*fraus partis*) ради се такође о

установи и *садржајно прецизира* већ постојећа права и обавезе, односно прилагодити их промењеним околностима. Ово начело, према томе, има *корективан*, а не *конститутиван* карактер. Ова основна линија се не мења тиме што у изузетним приликама начело ипак установљава и нова права и обавезе. Етичко значење начела састоји се у томе што посебни правни односи не морају бити на било који начин или уопште испуњени, већ морају бити испуњени на одређен начин, на начин *уобичајен* у правном саобраћају. (Нпр. дужник не треба да баца новац до повериоцевих ногу, већ га треба да да у његове руке). Мерило понашања странака је описано у речима „савесност и поштење с погледом (наслоњено) на обичаје у промету”. (*Fikentscher*, *op. cit.*, стр. 107—109).

противзаконитом уговору и примењују се правне последице предвиђене у чл. 103. 300.

Закон установљава равноправност странака, забрану нееквивалентног облигационог односа, забрану уговарања монополског положаја или његову злоупотребу. Има, дакле, неетичких односа који су законом изричито именовани. Тада се примењују правне последице предвиђене у конкретним правним правилима.

Ако је зла намера једне стране према другој таквог интензитета да то вређа поредак и морал (чл. 10), није искључено да се примене правила о одузимању предмета престација несавесне стране у корист друштвене заједнице (чл. 104. ст. 2. 300).

У једном правно-догматском приступу, законска правила која апострофирају примену начела савесности и поштења могла би се класификовати према томе да ли се односе на материју уговора, вануговорних облигација, на случајеве када се позивање на ово начело своди на упутство за начин примене права или је услов одрицања од права.

У *уговорној* материји некада савесност и поштење (1) штити једног уговорника од *неадекватног понашања другог*.

Тако страна која је водила *преговоре без намере да закључи уговор* одговара за штету насталу вођењем преговора (чл. 30. ст. 2. 300).

Но, у неким случајевима, закон штити савесног уговорника од понашања другог чак и онда кад други врши своје право, када му је *понашање сагласно праву*. У случају поништаја уговора због битне заблуде, друга савесна страна има право да тражи накнаду претрпљене штете, без обзира на то што друга страна није скривила заблуду (чл. 61. ст. 3. 300).

У другим случајевима правне последице ништавости уговора погађају управо ону страну која се несавесно понашала у извршавању уговора. То исто вреди и за престанак дејства уговора. Тако, ако је бенефицијар *одложеног услова* уговора изазвао настанак услова противно начелу савесности и поштења, сматра се да услов није остварен. Обрнуто, ако дужник из уговора спречи настанак услова противно начелу савесности и поштења, сматра се да је услов наступио (чл. 74. ст. 4. 300). Наступање услова правно није везано овде ни за какво посебно понашање странака, већ у суштини на понашање противно (смислу) уговора.

Најтежу грађанско-правну последицу у материји уговорног права, *одузимање предмета* престација у корист друштва примењујемо код забрањених уговора само против оне стране која се грубо огрешила о закон или интерес друге стране у мери да је вређала поредак и морал, тј. против несавесне стране (чл. 104. ст. 2. 300).

Некада, савесност и поштење (2), не водећи рачуна о томе да је понашање уговорника сагласно, штити *слабију страну*, страна која је због економске надмоћи друге стране или због других разлога погођена неправичном клаузулом. Најпре се

ради о домену уговорног проширења одговорности. Уговором се може проширити одговорност дужника и на случај за који иначе не одговара (чл. 264. ст. 1. 300), али се испуњење овакве уговорне одредбе не може захтевати ако би то било у супротности са начелом савесности и поштења (чл. 264. ст. 2. 300). То значи да се уговорно проширење одговорности за штету противно начелу савесности и поштења, сматра ништавим. Наступа, дакле, делимична ништавост уговора (чл. 105. 300). Исто тако, код цесије, већа одговорност уступноца за наплативост потраживања не може се уговорити од висине онога што је овај примио од пријемника (чл. 443. 300).

Заштити слабије уговорне стране служи и правило закона из области уговора о трговинском заступању. Налогодавац може опозвати налог за посредовање кад год хоће, ако се тога није одрекао и под условом да опозивање није противно савесности (чл. 816. 300).

(3) Закон штити и савесна трећа лица у уговорној материји. У овој области наилазимо на већи број одредаба.

а) Тако, приговор симулованости права преносиоца не делује према савесном стицаоцу (који основано верује да стиче од стварног власника) — привидност уговора не може се истичати према трећем савесном лицу (чл. 66. ст. 3. 300).

б) Ако је правно лице прекорачило границе своје правне, односно пословне способности, други савестан уговорник који није знао за ту околност, има право на накнаду штете због тога што уговор тада нема дејство (чл. 54. ст. 2. 300). Ко је тада савесно лице, није само фактичко питање. Наиме, регистри организација удруженог рада садрже, између осталог, и делатност тих организација што истовремено чини и границу пословне способности. Ти регистри су јавни. Добри привредници (чл. 18. ст. 2. 300) дужни су да знају за делатност саговорника.

в) На сличан начин, правна лица су дужна да поступају у складу са својим статутом и другим општим актима. Уговор који се закључује противно овим актима сматра се ништавим, међутим, закон очекује да некада уговорник зна не само за свој већ и за туђи општи акт. Ако уговорник није био дужан да зна за туђи акт, у односу на њега уговор (иако је противан предметном општем акту), остаје на снази. У односу на те акте други уговорник је треће лице. Оно је, дакле, несавесно ако и поред тога што зна за његов садржај, или што би за њега морао знати, закључује супротан уговор. Незнање за сопствени општи акт никад није оправдавајућа околност и може се сматрати да је организација која закључује уговор противно свом сопственом општем акту, несавесна. (В. чл. 22, ст. 1. и 2. 300).

г) Организација удруженог рада и други учесници у промету дужни су да се понашају у складу са принципом јединства југословенског тржишта и утврђеном економском политиком и да не ремете стабилност тржишта. При томе, учесници су дужни да се тако понашају да не наносе штету другим учесницима, потрошачима и друштвеној заједници (чл. 9. 300).

Начелу савесности и поштења Закон о облигационим односима даје места и у *вануговорним* облигацијама. Тако, код неоснованог обогаћења савесност стицаоца утиче на висину накнаде трошкова. Наиме, стицалац, ако је био савестан има право на накнаду и нужних и корисних трошкова, али ако је био несавестан, накнада за корисне трошкове припада му само до износа који представља увећање вредности у тренутку враћања (чл. 215. 300).

Има случајева када је према Закону начело савесности и поштења *упутство* суду о примени права. Тако, при одлучивању о раскидању уговора због промењених околности, односно, његовој измени, суд се између осталог руководи начелима поштењег промета (чл. 135. 300).

У неким случајевима *могућност одрицања од права условљено* је начелом савесности и поштења. Странке се могу уговором унапред одрећи позивања на одређене промењене околности, осим ако је то у супротности са начелом савесности и поштења (чл. 136. 300). Међутим, иако су то предатна правна правила омогућавала, Закон о облигационим односима не сматра да је одрицање од примене правила о прекомерном оштећењу дозвољено чак ни под хипотезом да је то одрицање у сагласности са начелом савесности и поштења (чл. 139. ст. 3. 300). Странке се, наиме, не могу одрећи примене правила о прекомерном оштећењу. Сматрамо да ово разликовање између примене правила о промењеним околностима и правила о прекомерном оштећењу, са становишта могућности одрицања у светлу начела савесности и поштења, није основано, пошто се оба института тичу заштите начела еквивалентности. Са позиције заштите еквивалентности није било разлога да се отвори могућност да један од ових института буде примењен, а други не, пошто је еквивалентан однос и у једном и у другом случају увек питање савесности и поштења.

IV. Закључне напомене

Начело савесности и поштења је у новом југословенском праву постало основно начело у облигационим односима и дошло је широку примену у уговорним и вануговорним односима.

Његов правни садржај је одређен, не у ширем моралном поретку, већ у етичком односу странака, с обзиром на дат облигациони однос.

Карактер овог начела је веома сложен. Он је најпре коген-тан пропис. То значи да су уговори закључени противно његовом садржају ништави. Међутим, начело има утицаја и на све остале фазе настанка, важења и престанка уговора, при чему су санкције одређене било у кориговању односа било у кориговању испуњења или у накнади настале штете.

У раду је заузето становиште да начело савесности и поштења не заснива посебне обавезе попут додатних или споредних обавеза главним обавезама. Начело савесности и поштења је мерило испуњења уговорених обавеза.

Начело савесности и поштења изгледа има двојствен карактер са становишта садржаја диспозиције понашања које оно сугерише. Изгледа основанијим да се закључи да то начело изражава стандард понашања у смислу етичког одношења странака у датој врсти облигационог односа. Но, с обзиром на то да је то начело истовремено и упута на део моралног поретка у датој врсти облигационог односа, његова правила нужно откривамо у правилима добрих обичаја за дат облигациони однос, чиме се ово начело на неки начин квалификује и као формалан извор облигационог права. Но, ако је то начело формалан извор, не значи да је извор облигација.

Закон о облигационим односима је отворио широко поље примене овом начелу. Међутим, за разлику од општих узанси за промет робом, степен корективности овог начела Закон о облигационим односима не појачава до те мере која би начело ставила испред примене законских правила. Основно обележје овог начела установљено Законом о облигационим односима јесте у тежњи Закона да реализује принцип законитости, али и да пружи судији критеријум за примену правила, с обзиром на околности датог случаја.

Милорад Јандрић

Нови Сад

ОСВРТ НА ЗНАЧАЈ ПРИЗНАЊА ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Увод

Основна сврха и мисао водиља код свих учесника у кривичном поступку треба да буде усмерена на максимално улагање напора да се утврде све чињенице и разјасне све околности под којима је извршено конкретно кривично дело, путем којих ће се на што убедљивији и сигуран начин утврдити истина.¹ То је, без сумње, најглавнији задатак, а истовремено и најтежи део посла. Јер од тога, у којој мери и на који начин ће се потпуно и истинито утврдити чињенице, које су предмет доказа, зависи и правилност и законитост судске одлуке, која се на њима заснива.

Када је у питању прикупљање материјалних доказа, примена научно-техничких достигнућа, у том погледу, пружа нам огромне могућности. Све оно што је било у контакту и у узрочној вези извршиоца, са његовим кретањем и радњама, употреба средстава (оруђа и оружја), при извршењу кривичног дела, оставља нам изузетно велику могућност, да се путем микро, макро и класичних трагова, које извршиоци за собом остављају, на сигуран и неспоран начин изврши идентификација и обезбеде докази. Наравно, то истовремено упућује на потребу спознаје основних научно-техничких метода и принципа који се примењују на том пољу. То треба да знају сви учесници у кривичном поступку, јер од тога у многоструко зависи правилност оцена њихове доказне вредности.

Међутим, када је у питању оцена доказне вредности признања осумњиченог — окривљеног кривичног дела, за које се терети, постоје веома различита схватања. Она су испољена и јављају се не само у редовима правних теоретичара и писаца, него таква подвојена гледишта, природно, имала су свог одраза

¹ Често је у употреби термин материјална или вербална истина. То је погрешно. Истина је само једна, а до истине се може доћи путем материјалних или вербалних чињеница.

и на праксу. Тамо где се полази од тога да је признање окривљеног средство његове одбране, а не и доказно средство, признању окривљеног се не придаје значај који оно заслужује. Поступа се тако као да се наше позитивно законодавство одрекло признања окривљеног као доказног средства. То је погрешно. Последица тога је и погрешно схватање да окривљени има право да лаже, да ћути и слично. Све то није без утицаја на органе у поступку. Јавља се резервисаност, што на одређени начин има утицаја на упорност. Занемарују се потребни напори који би били усмерени на што потпуније утврђивање истине. Уместо упорне и стрпљиве активности да се поступак усмери на прикупљање свих могућих доказа, од интереса за кривични поступак, присутна је равнодушност, отупљеност, што може да има веома негативне последице за крајњи исход и успех кривичног поступка.

С друге стране, тамо где се признању окривљеног придаје одговарајући значај, присутно је занемаривање осталих доказа, што опет може да има негативне ефекте за потпуно утврђивање истине.

Питање оцене доказне вредности признања окривљеног у кривичном поступку није ново. Оно се јавља још од када је напуштено истражно начело и њему одговарајућа законска теорија доказа, у коме је доминирало признање окривљеног кривичног дела за које се терети, па и у случајевима када се до признања долазило применом разних средстава принуде и од када је прихваћено оптужно начело, где су махом доминантни материјални докази.

Тенденције запостављања вредности исказа окривљеног у кривичном поступку или једнострано пренаглашавање значаја материјалних доказа, могу да имају негативне ефекте за утврђивање потпуне истине. Сигурно да је најидеалнија комбинација када се материјални докази доведу у логичну везу са исказима окривљеног и сведока и провере и поткрепе са материјалним чињеницама. Управо у томе је и сврха поступка. У том правцу морају бити усмерени напори свих органа поступка.

У сваком случају, где је то могуће, морају се уложити максимални напори да се прикупе и обезбеде материјалне чињенице и докази. Међутим, ма колико уважавали и поклањали пажњу материјалним чињеницама и траговима који се утврђују увиђајем на месту извршења кривичног дела и другим могућим местима која су у узрочној вези са извршеним кривичним делом и извршиоцем, никада не смемо занемарити признање осумњиченог — окривљеног, јер је и то неопходан део и важна чињеница за утврђивање потпуне истине у кривичном поступку. Због тога никада и ништа не треба пропустити да се, уз поштовање свих одредаба ЗКП-а, на чистан и пристојан начин дође до признања. Једном речју признању се мора осигурати одређена вредност коју оно заслужује у склопу свих осталих доказа.

Граница утицаја на окривљеног при давању исказа

Закон није искључио сваки утицај на осумњиченог — окривљеног да да исказ — признање о сопственој кривичној ствари (позив, довођење, притвор), питања о личним подацима, саопштење зашто се окривљује и основа сумње која стоји против њега — без сумње утичу на окривљеног да да свој исказ. Ретки су случајеви да окривљени одбије да одговара на постављена питања. Па и у случајевима где би окривљени одбио да одговара, орган поступка је дужан да га поучи, ако оцени да је то потребно, да тиме може отежати прикупљање доказа у своју одбрану (члан 218. став 3. ЗКП-а).

Суочавања осумњиченог — окривљеног са саучесницима или сведоком, у случајевима при промени исказа или признања, јасно говори да закон није дао право окривљеном да ћути. Напротив, целокупну активност свих органа у кривичном поступку треба усмерити да се обезбеди активно учешће и укључивање окривљеног у поступак, у циљу да се разјасне све околности које упућују на могућност прикупљања доказа, како оних који му иду у прилог, и посебно оних путем којих се доказује о његовој невиности, и наравно исто тако и о онима који га терете и указују на његову кривицу. Од њега се очекује да да потребна објашњења како је дошло до извршења кривичног дела и шта га је на то мотивисало. Нема сумње да активно учешће окривљеног у свему томе објективно поспешује ефикасност и доприноси скраћивању и економичности кривичног поступка, што не би требало да остане без утицаја при одмеравању казне.

Ћутање осумњиченог — окривљеног

Закон је прописао дужност органа поступка да окривљеном саопшти да није дужан да изнесе своју одбрану нити да одговара на постављена питања (члан 218. став 2. ЗКП-а).

Неспорно је да је таква могућност дата окривљеном, али у интерпретацији ове одредбе има и погрешних тумачења. По нашем мишљењу, то пре свега треба схватити да се орган поступка мора уздржати од примене недозвољених метода и приноде, а не као правило његовог понашања. Јер, по правилу Закон не очекује од окривљеног да ћути или да даје лажан исказ. Напротив, као што смо већ истакли, у том правцу се очекује активно укључивање окривљеног у сопственом интересу. У том смислу Закон налаже органу поступка да га о томе посавестује, у интересу прикупљања доказа за своју одбрану. Наравно да се при томе не сме окривљеном претњом наглашавати да ће се његово ћутање схватити као индиција да је починио кривично дело. То по нашем закону није дозвољено, мада се у пракси понекад таква понашања и сусрећу. Поготово је погрешно заклањивати да је по нашем закону дато право окривљеном да даје лажан исказ. То је супротно владајућим нормама морала

у нашем социјалистичком самоуправном друштву. Истина, закон није прописао обавезу за окривљеног да говори истину, јер није предвиђена санкција за такав његов став, али то треба посматрати са становишта морала и дисциплине грађана, па и окривљеног у кривичном поступку.

Поступак при испитивању осумњиченог — окривљеног

Постоји битна разлика у приступу испитивања осумњиченог и окривљеног. Не само у термилолошком смислу речи већ, пре свега, оно произилази из надлежности органа у поступку, у одредби ЗКП-а. За окривљеног обично стоји кривична пријава са доказима из којих произилази основана сумња да је извршио одређено кривично дело које му се ставља на терет. Док се за осумњичено лице прикупљају подаци и обавештења, утврђују одређене чињенице које указују на основе сумње да је извршилац конкретно извршеног кривичног дела.

Органи унутрашњих послова, према одредби чл. 151. став 3. ЗКП-а, не могу грађане саслушавати у својству окривљеног, сведока и вештака, сем у случајевима када поступају по одредбама члана 155. став 1. и члана 162. став 4. ЗКП-а. Отуда је и најчешћи случај да органи унутрашњих послова, трагајући за извршиоцем и поступајући по одредби члана 151. ЗКП-а утврђују круг осумњичених лица као могућих извршилаца конкретно извршеног кривичног дела.

Од таквих лица се, када за то постоје основи сумње, могу тражити и прикупљати потребна обавештења, у циљу да се пронађу и обезбеде трагови и предмети кривичног дела који могу послужити као доказ у кривичном поступку и идентификацији извршиоца.

Међутим, када је у питању испитивање окривљеног, поступаће се у смислу одредби ЗКП-а, која та питања регулишу (члана 4, 10, 218, 219. све до члана 224. ЗКП-а итд.).

Испитивање окривљеног мора се вршити уз поштовање свих одредби ЗКП-а. Све оно што би се предузело мимо и преко тога, што представља границе утицаја на окривљеног да да свој исказ у поступку изричито је забрањено у закону. Употреба силе, претње или других сличних средстава (медицинске интервенције), којима би се утицало на вољу окривљеног при давању исказа, нису дозвољене. То је јасно садржано у одредбама члана 218. став 8, 259. став 3. ЗКП-а, а према одредби члана 10. ЗКП-а не само да је забрањено него је и кажњиво од окривљеног изнуђивати признање или какву другу изјаву у току кривичног поступка.

Но, треба истаћи да се у пракси изузетно ретко или готово и не сусрећу случајеви да органи поступка поступају противно овим одредбама.

Међутим, истини за вољу, у пракси се неретко јављају случајеви да окривљени на главном претресу мења свој исказ дат

у претходном поступку и пориче признање. То је најчешће случај када су у питању најтеже извршена кривична дела за која се окривљени терете и за која су и запрећене најстроже казне. Извршиоци тада на сваки начин желе да умање своју одговорност, чак и онда када за то постоје несумњиви и неспорни докази. Стога и наглашавамо да сви напори органа у поступку морају бити усмерени да се признање окривљеног доведе у логичну и узрочну везу са свим чињеницама утврђеним увиђајем на лицу места и другим могућим местима која су у узрочној вези са извршиоцем и извршеним кривичним делом, које му се ставља на терет (да опише време и место извршења кривичног дела, начин и употребљена средства, мотив, кретање и радње на месту извршења и друге околности везане за извршено кривично дело). Тада неће бити тешко ценити његово признање и понашање. То свакако није ни мало лак ни једноставан посао. Он тражи много напора, стрпљења, проницљивости и вештине поступања и стручност. У пракси нису ретки случајеви да се баш путем признања осумњиченог утврде и обезбеде материјалне чињенице и докази. У том смислу нека нам послужи следећи пример из праксе:

У селу Фекетићу, недалеко од Бачке Тополе, извршено је убиство над Б. Н. Мотив убиства било је користољубље. Иначе, Б. Н. је био познат као вишеструки извршилац бројних кривичних дела. Жртва је нађена тек трећи дан након убиства. Увиђајем на лицу места нису нађени никакви трагови који би упућивали на могућност идентификације извршиоца. Спољне трагове уништила је киша (у време извршења злочина дувао је јак ветар праћен градом и кишом). Од материјалних чињеница, такође, није нађено ништа. Све те околности отежавале су истраживања на лицу места.

Током трагања за извршиоцем овог дела био је, између осталих, осумњичен и Ј. К. Код провере његовог алибија, упорношћу истражитеља, дошло се до неспорних података који су указивали да је дао лажан исказ о свом алибију. Наравно то он није знао. Током испитивања, у погодном тренутку, то му је предочено и он је признао злочин убиства над Б. Н. У свом исказу навео је оруђа и предмете које је при томе користио. Одвео је истражитеље на место где их је одбацио и сви ови предмети су нађени. Нађен је и део сагорелог украденог новчаника пок. Б. Н. (покушао је да га спали). Поред тога нађен је и део украденог новца.

Наша пракса богата је сличним случајевима, што само потврђује нашу констатацију о потреби улагања максималних напора, стрпљења, проницљивости и наравно стручности да се утврде све чињенице од интереса за успешно окончање кривичног поступка.

Понашање и држање осумњиченог као повод за основ сумње

Основи сумње могу бити веома разноврсни, што све зависи од низа фактора и конкретно извршеног кривичног дела. Тешко да би било могуће све обухватити. Међутим, када су у питању истраживања тежих и сложеније извршених кривичних дела, карактеристичне су одређене психофизичке манифестације извршиоца у његовом понашању и држању. Истина, то је индивидуална особеност, али се она у пракси јавља у различитим облицима утицаја кривичног дела на извршиоца.

Повод за основ сумње могу да изазову понашање и држање извршиоца, који се испољавају у различитим психичким реакцијама. Често су оне праћене и одређеним физиолошким променама, након и поводом извршеног кривичног дела. Разлог томе може бити грижа савести, страх од казне, неизвесност хоће ли бити откривен; страх да ће изгубити запослење, углед у друштву итд. Све то може да изазове код извршиоца уочливе симптоме унутрашњег немира, узбуђења, емоционалне нестабилности, душевне напетости, збуњеност, конфликта са самим собом и средином у којој живи итд.

Такви симптоми се манифестују на различите начине, на пример:

- пажљиво прати шта се све говори и пише о извршеном кривичном делу и настоји да сазна на кога се све сумња;

- обилази сведоке и сугерише им погрешне верзије догађаја, објашњава им како да дају изјаве о томе;

- приликом информативног разговора, или саслушања узбуђује се, пада у контрадикције, даје лажни алиби, неосновано сумњичи невина лица, настоји да сазна шта је све установљено, измишља и сугерише лажне верзије;

- плане или се повлачи у себе поводом постављених питања која се њега тичу;

- нуди свој алиби и до детаља наводи места и време где је и када био и шта је радио и безброј пута их понавља као верник оченаш;

- при свему томе испољава одређене физиолошке промене; подрхтавање усница, трептање очима, знојење, дрхтање, гестикалације, убрзани пулс и сл.;

- навраћа понекад на лице места да се увери да ли има нешто што би га могло одати, да ли је нешто заборавио и слично; уклања трагове и све оно што би га могло компромитовати;

- понекад изненада почиње да пије, или се одаје бурном животу, постаје несношљив у одређеним срединама, радном месту, у друштву, породици и слично.

Из примера убиства Б. Н. који смо навели, додајемо држање и понашање осумњиченог Ј. К.

Још за време увиђаја, поводом тога убиства, Ј. К. је био на лицу места, код његове куме Мире која је прва комшиница пок. Б. Н. Код ње се интересовао шта су је све питали истражи-

тељи и шта им је она одговорила. Код кројача Павла где је шио панталоне, питао је да ли се са одеће могу скинути отисци прстију. У стану, кафани и међу суседима у друштву, зачас би плануо и испољавао раније неуобичајену нервозу, да би се затим увукао у себе. У кафани би давао напојнице, што до тада раније никада није чинио. Такво његово понашање и држање, поред других прикупљених података и чињеница, дало је повода за основ сумње да је он извршилац злочина убиства, што је у даљем току истраживања и потврђено.

При процени свих околности понашања и држања осумњиченог мора се бити веома обазрив. Јер психофизичке промене могу да се јаве и код потпуно невинне особе. Оне су индивидуалне и зависе од одгоја, карактера, животног искуства, емоционалности, темперамента и низа других компонената везаних за личност осумњиченог.

Професионализовани и вишеструки извршиоци разних кривичних дела знају понекад сачувати „савршени мир” и одглумити невиност. Стога, понашања осумњичених лица могу дати повода за основ сумње само ако су претходно прикупљени и ако се располаже са одређеним чињеницама из којих произилази његова узрочна веза са извршеним кривичним делом за које се терети.

У сваком случају, пре успостављања контакта са осумњиченим, нужно је, где год је то могуће, прикупити податке о његовој личности, његовом ранијем животу и све оно што карактерише њега као личност о коме је већ раније било речи. Треба, такође, студиозно проучити конкретан предмет кривичног дела који му се ставља на терет (место и време извршења кривичног дела, начин извршења, понашање и употребљена средства за извршење кривичног дела, мотив, трагови и предмети кривичног дела, ако их има и сл.). Површност и ослањање на искуства и рутинерски приступ испитивању осумњиченог може изазвати сасвим нежељени ефекат, супротан очекиваном исходу. Јер извесно је да извршиоци, нарочито рецидивисти, оцењују и изучавају иследника. Од тога зависи и његово понашање.

Како постићи признање?

Треба одмах истаћи да за то нема и не постоји утврђена формула или шема, односно техника испитивања. То пре свега зависи од низа фактора и околности под којима је конкретно кривично дело извршено, а истовремено и од саме личности осумњиченог, односно окривљеног; од његових карактерних особина, узгоја и развоја, степена интелигенције, образовања, стечених навика, животног искуства и психофизичког стања, емоционалности и низа других компонената везаних за личност извршиоца о чему је напред већ било речи.

Све те особености треба утврдити и открити код осумњиченог — окривљеног, правилно их поставити и користити при

испитивању. Од тога у многоме зависи и успешан исход испитивања. Иследник треба да пронађе и примени ону методологију (тактику и технику) у испитивању, путем које ће стећи поверење лица које испитује и које ће бити кључ за отварање срца осумњиченог — окривљеног у часном и пристojном признању кривичног дела које је извршио, наравно уз поштовање свих прописа при томе.

Сигурно је да је при свему томе потребно да иследник располаже одређеним стручним знањем, искуством и солидним познавањем основа психологије деликвената и тсл.

Користећи наша, преко три и по деценије искуства и бројна друга практична и теоретска у испитивању осумњичених и окривљених, покушаћемо да укажемо и истакнемо начин понашања иследника, као поуку при испитивању осумњичених — окривљених лица, у циљу успостављања контакта са њим и стварања атмосфере међусобно узајамног поверења. Тако успостављени односи са осумњиченим врло често су и кључ за успешан исход признања кривичног дела за које се терети осумњичени — окривљени.

Познато је да је осумњичени — окривљени у првим контактима веома опрезан. Он заузима одбрамбене позиције, које су често брижљиво и унапред припремљене и из којих га је потребно извући и истерати. Искуства указују да је најбољи начин да се то постигне, у ствари, часно и искрено држање иследника у односу на осумњиченог — окривљеног.

Поставља се питање како доћи до искреног и часног признања и како пронаћи кључ да се од извршиоца то добије? Тешко је на то дати потпун и правилан одговор, постоји читав сплет околности које условљавају признање. С једне стране оно је условљено одликама личности осумњиченог, сложеношћу конкретног извршеног кривичног дела и околности под којима је оно извршено и, с друге стране, то у знатној мери зависи од способности и стручности иследника, његове проницљивости и низа других компонената о чему је већ било речи. Па ипак вишегодишња искуства указују да створена атмосфера међусобног узајамног поверења, да се осумњичени, на неки начин, удобно и сигурно осећа, иако је пред лицем чија је дужност да постигне признање, које ће га коначно и довести до кажњавања. Све те околности, без сумње, сигурно томе много доприносе.

Која је основа тога поверења? Логички то је доста тешко објаснити. Дубиозније гледано, у ствари, то и није оно право поверење, али је створен снажан утисак тог поверења које је укореењено у подвести осумњиченог, тако да је тешко и објаснити логичку основу тога.

У тако створеној атмосфери нека сила нагона присиљава осумњиченог, она га нагони да напусти одбрамбени и опрезан став, диктиран нагоном самоодржања или љубави за слободом. Признање је резултат једног психолошког механизма. Без тога, по свему судећи, ниједан извршилац кривичног дела не би био тако неразборит да се добровољно преда правди.

Осумњичени има једно осећање које долази из дубине његовог бића, да мора да призна. До извесне границе опрезност спречава испољавање тога осећања, мада за овим постоји веома притајен нагон. Вештим и смишљеним поступком иследник може навести осумњиченог да удовољи ову потребу тиме што му помаже да савлађује своју опрезност и понесе се нагоном признања.

Модалитети поступања иследника у том смислу су веома разноврсни и они зависе од низа сплета разних околности. Понекад то може да буде примена модалитета утицаја кривичног дела на извршиоца и побуђивање асоцијације мисли о самом злочину и изазивање нагона признања при томе. Ево таквог једног примера из праксе:

11. јуна 1969. године у Темерину крај Новог Сада извршено је убиство Ирмеш Ержебет и покушај убиства двоје малодобне деце. Догађај се десио у по бела дана око 12,30 h. Убиство је извршено секиром, а истим предметом нанете су и тешке телесне повреде млад., која су срећом остала жива.

Испретураност у кући упућивала је на закључак да је мотив убиства користољубље. Приликом увиђаја на фиоци ормара, одакле је украден новац, нађен је један фрагмент отиска капиларних линија. У подруму у дворишту нађена је у креч бачена секира са траговима крви. То је указивало да је тим средством и извршено убиство и нанете тешке телесне повреде млад. деци.

За ово убиство осумњичен је био К. Јанош. Када смо успоставили први контакт са њим Јанош је одавао утисак грубог одбојног човека. Сваку реч је требало чупати из њега. Нисмо га питали ништа што би га доводило у везу са извршењем злочина. Разговор је вођен о његовим породичним приликама. Одговарао је само са да или не. Оценили смо да би даљи разговор са њим био излишан и оставили смо га да преспава.

У међувремену настојали смо да се што боље упознамо са његовим карактерним особинама, склоностима, интелигенцији, образовању, психофизичком стању итд. и уопште да о њему као личности добијемо што потпуније податке. Био је склон алкохолу и у таквом стању често бивао врло агресиван. У наставку даљег разговора одавао је утисак мирног човека и није се много бунио што је притворен. Закључили смо да би даљи разговор код њега створио још већу одбојност и да не бисмо постигли жељени циљ.

Одлучили смо да са њим извршимо реконструкцију догађаја убиства. У том циљу у стану жртве припремљени су дублери, две лутке као жртва. Све је доведено у стање како је затечено непосредно после злочина убиства. На овај начин осумњичени Јанош требало је да се доведе у истоветну ситуацију догађаја убиства. Намера је била да се код осумњиченог побуди асоцијација мисли на злочин и дочара визија о том догађају и у склопу тога утврди његова реакција. Поред тога реконструк-

ција је имала за циљ да код сведока побуди интерес запажања о личности виђених непознатих лица (критичног дана виђена су од стране неких сведока два непозната младића који су се кретали у правцу куће жртве). Идући тако према кући жртве лично сам ишао паралелно са осумњиченим Јаношем. Нешто испред нас ишло је обезбеђење, а позади на одстојању 1 метар, ишао је његов брат (у таквом кретању виђени су и описани од стране сведока). Када смо стигли на око 10 метара испред куће жртве, Јанош је застао и пружио обе руке да му се ставе лисице. Блед, са крупним грашкама зноја, обратио ми се речима: „ја сам убио“. Испричао је до детаља злочин убиства. Интересовало нас је како је код њега настао тако нагли преокрет. Од одбојног грубог човека, затвореног у себе, одједном је постао отворен и искрен да је до детаља описао догађај. Рекао нам је да док смо још ишли на лице места, да се толико уживео у догађај; видео је поново све те исте људе, на истим местима и са истим радњама; имао је осећај да поново иде на извршење убиства. Пред собом је видео децу и жену, али мислио је да ће још једном морати исте радње да изврши. То га је ужасавало. Имао је осећај да ће одједном пасти. И што смо се више приближавали кући жртве, тај осећај га је све више обузимао. Све то је на њега убедљиво деловало да није имао снаге да се томе одупре. Имао је утисак да га је хиљаде очију видело и да то сви већ знају.

Тако је веома искрено пренео своја осећања нагона за признање. Осуђен је на најтежу казну. Казна је и извршена. Очекивао је другачији крај.

У нашој пракси овај метод је успешно коришћен у више случајева расветљавања веома компликованих злочина убиства.² Све је то ствар стручне процене. Каква ће се метода применити у конкретном случају, али је сасвим извесно да стварање одребене присне атмосфере међусобног узајамног поверења осумњиченог и иследника има утицаја и на психичко држање осумњиченог.

Био би промашај и не би имало сврхе, ако би иследник покушавао да симулира благонаклоно држање према осумњиченом, ма како вешто то он изводио. Ни речи, ни покрети нису оно што успешно остварује оно неопходно осећање поверења. Осумњичени осећа расположење иследника. Ретко је да испитивано лице — кривац буде потпуно преварен лажним манифестацијама добре воље.

Иследник који осећа мржњу према злочинцу, који држи до свог достојанства као осветник друштва, који презире извршиоца кривичног дела и не може се ставити у њихов положај — ретко ће постићи жељени резултат, биће разголићен и одбојан према којем ће злочинци преузимати одбрамбени став неповерења и биће стално на опрезу. Његова присутност само ће ја-

² Види детаљније о примени коришћења ове методе у часопису „Тринаести мај“, број 5, од 1980. године, од истог аутора.

чати нагонску опрезност која обуздава жељу за признањем. Иследник своје држање мора прилагодити особи коју испитује настојећи да разуме његов менталитет и да осумњичени осети да се овде ради о човеку који схваћа и разуме његове поступке, тако као да би и сам тако поступио.

Ово осећање потпуно ће разоружати и победити опрезност и отворити срце признањем догађаја. Наравно, признање мора бити верна слика и опис — односно одраз фактичког чињеничног стања утврђеног увиђајем на месту извршења кривичног дела и другим могућим местима и радњама које стоје у узрочној вези са извршеним кривичним делом и извршиоцем. Исто тако признање осумњичени мора да осети и као психичко растећење у својој искрености. То је и најчешћи случај. У многим случајевима имао сам прилике да посматрам осумњичене након признања кривичног дела, како се понашају и осећају тако као да су скинули са себе огроман терет и олакшали своју савест која их је као мора мучила.

Значај признања осумњиченог

Материјалне чињенице и доказ који се током поступка утврђују имају без сумње огроман значај у утврђивању истине. Пре свега материјалне чињенице као „неми сведоци“ на сигуран и несумњив начин утврђују узрочну везу извршиоца са извршеним кривичним делом. Међутим, ма колико материјалне чињенице упућивале на такав логичан закључак оне никада не могу да одговоре на бројна значајна питања везана за конкретно извршено кривично дело, које извршилац својом живом речју може да употпуни и разјасни низ појединости и чињеница веома битних за потпуно утврђивање стварне истине. То је веома значајно с једне стране ако се признање подударе са фактичким стањем и свим чињеницама везаним за извршено кривично дело за које се терети, оно олакшава правилно доношење судске одлуке, а с друге стране оно сигурно на одређен начин чини и одређену сатисфакцију свим учесницима у кривичном поступку да су уложени напори, упорност, и стрпљење резултирали успешним исходом. Отуда је и двоструки значај признања осумњиченог. Ту лежи и одговор на питање значаја и инсистирања на искреном и часном признању осумњиченог.

Оцена доказне вредности признања

Очигледно је да је признање окривљеног, када је његово испитивање спроведено уз поштовање свих одредби ЗКП и када је признање доведено у логичку везу са фактичким стањем и чињеницама утврђеним на месту извршеног кривичног дела и другим местима која су у узрочној вези са извршеним кривичним делом и извршиоцем, оно се може узети као извор сазнања о

Страхил Пановски

саветник Народне банке Македоније

ПРИГОВОР ТРЕЋЕГ ЛИЦА У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Опште излагање

Лице које тврди да у погледу предмета извршења има неко право које спречава извршење, може поднети приговор против извршења са којег ће тражити извршење тог предмета да се прогласи за недопустиво. У члану 56. Закона о извршном поступку ради се о правном средству трећег лица које не учествује у извршном поступку ни као странка ни као трећетужени, нити је на основу закона или извршне исправе дужно да одступи предмет (покретни, непокретни, потраживање и сл.). Овај приговор се заснива на начелу да се извршењем не задире у права и интересе трећих лица, већ да се оно мора строго ограничити на имовину дужника. Овај приговор користи треће лице да може у извршном поступку да штити своја имовинска права. Извршни поступак представља скуп извршних радњи које суд предузима употребом средстава предвиђених Законом о извршном поступку како би се остварило потраживање повериоца утврђено у извршној исправи. Приликом остваривања једног повређеног права, суд не сме да дира туђа права која по закону имају једнаку заштиту као и права повериоца. То је основно начело правног поретка, па се односи и на редовни суд као државни орган. Кад се догоди да је некоме повређено неко субјективно право, ово право по правилу дужно је намирити само лице дужник које је то право повредило, а на што је у обавези по извршној исправи. Суд кад спроводи извршење на захтев повериоца, извршење се мора ограничити само на имовину дужника. Извршењем се не сме задирати у имовину трећег лица, јер би се тиме отклонило једно неправо стање, а створило би се друго неправедно стање. На овај начин створила би се могућност да се неко неосновано обогати на терет имовине трећег лица. Ово се коси са начелом грађанског права по коме нико није дужан да плаћа дуг за другог да би се удовољио нечији имовински захтев,

уколико за то нема интереса нити је у обавези на основу извршне исправе или закона. На основу овог приговора треће лице спречава да се води извршење неког предмета на који полаже такво право које спречава извршење у корист другог лица. Закон о извршном поступку предвиђа да приликом спровођења пописа имовине дужника допуштена је могућност да се могу пописати све ствари које се налазе у поседу дужника. Приликом овог пописа има случајева да се попише и имовина трећих лица. Због оваквих и сличних ситуација које се јављају у извршном поступку, Закон је дао за право трећем лицу да штити своје интересе. Овај приговор против извршења може употребити само треће лице и то само против конкретног извршења и за конкретни предмет на који полаже право које спречава извршење.

Претпоставке подношења приговора

Да би треће лице могло поднети приговор против извршења потребно је да су испуњене следеће претпоставке:

- да се води извршење;
- извршење да се води на неком предмету (или делу предмета који је више од половине у власништву трећег лица), који је предмет извршења;
- на конкретном предмету треће лице да има неко право које спречава извршење у корист повериоца.

Прва претпоставка за допустивост приговора је да се води неко извршење које угрожава права трећег лица. Као извршење сматрају се све оне извршне радње и средства предвиђена у Закону о извршном поступку, ради принудног остварења потраживања повериоцу било да се ради о остварењу новчаних или неновчаних потраживања. Извршење мора да је започело, а још да није довршено односно да није још престало било услед отуђења ствари на којима треће лице има право односно услед предаје куповне цене добијене од тог предмета или коначно услед обуставе извршења. Уколико је извршење престало, треће лице нема право приговора већ само захтев за накнаду штете.

Друга претпоставка за подношење приговора је да се извршење води на неком предмету. Извршење против кога се подноси приговор треба да је уперено на неки предмет на који треће лице има такво право које спречава извршење тог предмета. Као предмет сматра се сва имовина дужника односно трећег лица (покретне ствари, непокретности, потраживања и материјална права). Предмет због кога подноси приговор треће лице мора постојати у моменту подношења приговора. Кад престане постојати предмет, престаје и право трећег лица на подношење приговора. Уколико је предметно потраживање било наплаћено од неког предмета, а новац положен суду, треће лице има право да тражи да се утврди недопустивост извршења и да се новац положен код суда добијен од продаје спорног предмета, преда

трећем лицу уместо повериоцу. Ако лице које има неко право на стварима које су продате у извршном поступку, треће лице ако је изгубило право приговора, а након тога и излучну тужбу, овлашћено је од повериоца тражити да му исплати примљени износ (одлука Врховног привредног суда Југославије Сл. 1799/72).

Трећа претпоставка за подношење приговора је да на предмет на који се спроводи извршење треће лице има неко право због којег није допуштено извршење. Ово право трећег лица над спорним предметом мора постојати у моменту подношења приговора. Поверилац који је на основу извршне пресуде наплатио у извршном поступку своје потраживање од трећег лица на које обавеза дужника није прешла на законит начин, дужан је да овом лицу тај износ врати (пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 44/78 од 13. X 1978). Уколико је право трећег лица престало у моменту подношења приговора, престаје право приговора без обзира на то што је право трећег лица постојало у моменту допуштања односно спровођења извршења. Кад по подношењу приговора престане право трећег лица на предмет, односно кад ово право пређе на друго лице, ово не утиче на допустивост преговора, а након тога и на излучну тужбу. Међу најјачим правима због којих није допуштено извршење је право власништва на предмет трећег лица. Лице чији удео у власништву на покретној ствари која је предмет извршења не износи више од половине вредности ствари не може захтевати да се извршење у погледу његовог удела прогласи за недопустиво, међутим има право да буде намирен од износа добијеног продајом ствари пре свих поверилаца и пре накнаде трошкова извршног поступка. Лице које је власник на мање од половине покретне ствари која је предмет извршења има право тражити да му се предмет извршења одступи, ако положи износ који одговара вредности дужниковог удела у тој ствари. Приговор може поднети и оно треће лице које је предмет одступило и предмет у посед предало купцу, али је задржало право власништва над предметом до потпуне исплате куповне цене. Тако ако поверилац у извршном поступку заплени и прода ствари које је дужник купио на кредит, а продавац задржао право власништва над тим стварима до потпуне исплате кредита, продавац може против поверилаца поднети излучну тужбу и захтевати да му исплати износ који је добијен од продаје ствари (одлука Врховног привредног суда Југославије Сл. 1468/71). При спровођењу извршења рећи је случај да се догоди да се извршење допусти на непокретност трећег лица. У овом прилогу говори члан 142. Закона о извршном поступку ко обавезује повериоца да уз предлог за извршење на непокретности обавезно поднесе доказ да је дужник власник на непокретности на коју се тражи извршење, односно да дужник има право располагања на непокретности. Кад поверилац не приложи извод из земљишне или друге одговарајуће књиге из које би се видело да је предметна непокретност уписана на име дужника нити располаже исправом која би била подобна да се упише право својине односно располагања дужника, а са ту-

жбом поверилац не може да докаже ово право и суд неће допустити извршење на непокретности. Међутим, може се догодити да се земљишне књиге не воде уредно, па се може догодити да се допусти извршење на непокретности која је власништво трећег лица, а у земљишно-књижну евиденцију да није уписана на име трећег лица. Тако купац, коме је предметна непокретност предата а још није извршен званични пренос својине, овлашћен је на излучну тужбу кад је та непокретност предмет извршења (решење Врховног суда Југославије П. 1096/63). Поверилац који је на основу извршне исправе наплатио у извршном поступку своје потраживање од трећег лица на које обавеза дужника из извршне исправе није прешла на законит начин, дужан је да овом лицу тај износ врати. Уколико неко лице држи неку ствар у залози, нема право приговора против извршења већ има право на првенствену наплату и пре рока доспелости.

Поступак по приговору и излучне тужбе

Раније смо изнели да лице које тврди да у погледу неког предмета извршења има неко право које спречава извршење, има право приговора против извршења тражећи од суда да се прогласи извршење тог предмета за недопустиво. Овај приговор треће лице може поднети све до окончања извршног поступка.

Кад суд прими приговор трећег лица доставиће приговор повериоцу и позваће га да се изјасни по наводу приговора у року од осам дана од дана достављања приговора.

Уколико се поверилац у прописаном року не изјасни по приговору или се противи поднетом приговору, суд ће упутити подносиоцу приговора у одређеном року да заведе против повериоца спор — излучну тужбу ради проглашења да је извршење на дати предмет недопустиво. Подносилац приговора (треће лице) може да покрене спор и по истеку рока који је одређен са стране суда све до окончања извршног поступка, но у том случају сноси трошкове изазваним прекорачењем рока. По излучној тужби као тужилац се јавља треће лице, а тужен је по правилу поверилац. Дужник може бити обухваћен тужбом само у случају ако оспорава права трећег лица на предмету или његовог дела. У овом случају дужник се јавља у спору као супарничар.

Сагласно члану 10. Закона о извршном поступку на излучну тужбу примењиваће се одредбе Закона о парничном поступку. За суђење по излучној тужби стварно је надлежан суд одређен законом републике односно аутономне покрајине, а месно је искључиво надлежан суд на чијем подручју се налази суд који спроводи извршење. Тужилац у својој тужби треба да истакне захтев да суд прогласи извршење на одређеном предмету да је недопустиво.

Треће лице које тражи извршење одређеног предмета да се прогласи за недопустиво може тражити од суда да одложи извршење у погледу тог предмета, ако оцени да би треће лице претрпело знатну штету. Суд може, према околностима датог случаја, одлагање извршења да услови полагањем јемства од стране трећег лица. Уколико суд не усвоји захтев за одлагање извршења, поред тога што је уложен приговор против извршења, већ настави са спровођењем извршења, треће лице може тражити од суда уместо предмета да се преда новац који је примљен од извршене продаје ствари.

У излучној тужби не могу се постављати други тужбени захтеви. Једини изузетак је да се заједно са излучном тужбом споји власничка тужба, кад дужник оспорава власништво трећег лица под условом да је за исти спор надлежан исти суд. Излучна и власничка тужба међусобно се битно разликују, тако док се излучна тужба води против повериоца, власника тужба се води против дужника, јер је за треће лице ирелевантно да ли ће поверилац признати право власништва или не. Са власничком тужбом у пресуди се само утврђује једно правно стање у односу власништва на дати предмет, између трећег лица и дужника, које је за повериоца обавезно без обзира на то да ли поверилац то признаје или не.

Пресуда донета по излучној тужби има правно дејство само између парничне странке, осим ако посебним законом није другачије одређено. Ако има више поверилаца, а тужба је поднета само против једног повериоца, деловаће само против њега.

Треће лице у тужби није дужно да ставља захтев за обуставу извршења, јер је довољно да се пресудом утврди извршење на одређеном предмету да је недопустиво. Ако треће лице успе у спору по излучној тужби суд ће извршење обуставити, а уједно ће укинути све спроведене извршне радње.

Кад треће лице не успе у спору по излучној тужби суд ће извршење наставити.

ПРАВНА ПРАКСА

ГРАБАНСКО ПРАВО

Да ли извршни суд може преузети улогу касације и применом чл. 3. ст. 3. ЗПП не уважити располагања странака која су иначе већ верификована извршном исправом?

Према одредби члана 3. став 3. тачка 2. ЗПП, суд неће уважити располагања странака која су у супротности с правилима морала самоуправног социјалистичког друштва. Применом ових одредаба, а ценећи садржину поравнања које су странке закључиле, према коме неисплатом једне рате у означеним роковима доспева право на камату од 7,5% од 1. новембра 1977. године на целокупан овај износ, без обзира колико је пре тога исплаћено, овај Виши суд налази да је овакво уговарање у супротности са правилима морала нашег друштва и да повериоцу може припадати право на камату само на износе за које је дужник био у доцњи, а не и на износе које је дужник исплатио у уговореном року. Уколико би се рачунала камата на начин како је то вршио првостепени суд, придржавајући се у том делу услова из поравнања, поверилац би дошао у исту ситуацију да оствари добит од камате, која је већа од законом предвиђене и она би представљала у суштини зеленашки правни посао, који је противан моралу нашег самоуправног друштва и као такав није дозвољен.

(Гж. 756/82 Виши суд Нови Сад)

Да ли чињеницу коју истиче дужник, да је потраживање измирио пре настанка извршне исправе, извршни суд може ценити као приговор у смислу чл. 50. тач. 8. иако

је ову чињеницу дужник — тужени могао истицати у поступку из ког је проистекла извршна исправа?

Из списка је видљиво да извршни наслов чини платни налог Општинског суда у Новом Саду посл. бр. ПЛ. 14996/79 од 22. октобра 1979. године, по ком је дужник обавезан да повериоцу исплати износ од 12.550,00 динара на име главнице са 8% камате и то од 28. марта 1978. године, као и трошкове спора у висини од 798,00 динара. Решењем првостепеног суда дозвољено је извршење пленидабом 1/3 личног дохотка коју дужник прима код Грађевинског школског центра у Новом Саду, до коначног намирења целе извршне тражбине и трошкове поступка. Дужник је приговорио истичући да је спорни износ од 12.550,00 динара исплатио делимично, односно преко 10.000,00 динара још 1978. године пре правоснажности платног налога. Предложио је да се као доказ на ову околност, прибаве картице (финансијске) као и остала финансијска документација (платни списак) повериоца. Првостепени суд је позвао повериоца да се у року од 8 дана изјасни по приговору дужника, па како се поверилац у овом року није изјаснио дошло је решење којим приговор дужника одбија.

По мишљењу овог суда првостепени суд је преурадио када је приговор дужника одбио.

У чл. 212. Закона о облигационим односима за стицање без основа у вези двоструке исплате дуга каже се: „ко је исти дуг платио два пута па макар једном и по основу извршне исправе има тражити враћање по општим правилима о стицању без основа“. У случају да је фактички исплаћено 10.000,00 динара

као што дужник тврди, не би било сврсисходно дозволити поновно принудно извршење, само да би се након спровођења омогућило дужнику да након тога остане са тужбом у вези стицања без основа у смислу чл. 212. Закона о облигационим односима. Ово не представља касирање раније правоснажне одлуке, јер ако неко из оправданих разлога није уложио приговор, те ако је фактички исплаћено, не може се сада принудно наплаћивати већ наплаћено, те да после тога дужник добије процесну могућност да тражи исти овај износ у новој парници. Из чињенице да поверилац није одговорио да ли је тачан навод дужника изнет у приговору да је тражбину у већем делу измирио, није могао првостепени суд да утврди да поверилац овај навод из приговора не признаје тачним. Стога је ради разјашњења ове спorne чињенице првостепени суд био дужан да закаже рочиште и да покуша ову чињеницу да расправи међу странама.

(Гж. 265/82 Виши суд у Новом Саду)

Стицање права својине на гаражи као споредном објекту стамбене зграде.

Правилан је закључак првостепеног суда да је тужилац могао тражити да му тужени или исплате вредност спорних објеката или пак да поруши исте објекте и грађевински материјал однесе, а не да тражи признање права власништва на спорним објектима. Коначно ти спорни објекти прате судбину главне ствари тј. стамбене зграде са правом коришћења на земљишту у друштвеној својини па се на таквим објектима и не може стицати посебно право коришћења на грађевинском земљишту на коме је та зграда саграђена.

(Гж. 328/82 Виши суд у Новом Саду)

Признање права власништва на бесправно подигнутој стамбеној згради и промет грађевинског зе-

мљишта према Закону о национализацији и најамних зграда и грађевинског земљишта (чл. 39) и Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера.

Према утврђењу нижестепених судова тужила је уписана са правом коришћења спorne парцеле, а ово право наследила је од своје сестре пок. Т. Ж. Међутим пок. Т. је за живота ову парцелу, одн. право коришћења на њој продала туженима, а тужени су на овој парцели искључиво својим средствима изградили постојећу стамбену зграду у којој станују од дана њеног подизања — 1961. или 1962. године. Зграда је подигнута без грађевинске дозволе и није као таква уписана у земљишну књигу.

Имајући у виду напред изнете околности без обзира на уписано право коришћења спorne парцеле, тужила се не може сматрати власником ове стамбене зграде, нити у њу полагати било какво право. Напротив, туженима у односу на тужилу припада јаче право на посед ове стамбене зграде, па и земљишта на коме је она саграђена. Сем тога, тужени су на овој стамбеној згради стекли и станарско право те се и због тога не може тражити њихово исељење из ове зграде.

Независно од овог туженима није могло бити признато право својине на овој згради и право коришћења земљишта јер је реч о бесправно подигнутој згради на национализованом грађевинском земљишту. У вези са легализовањем права својине на згради и права коришћења земљишта тужени не би били у правном односу само са тужиоцем, већ и са општином Н. Сад, која у овом поступку није учествовала. Сем тога, тужени су у вези са овим питањем против тужиле водили већ два спора те је у првом вођеном под П. бр. 3778/71 њихов идентичан захтев правоснажно одбијен у другом вођеном под бр. П. 3434/76 тужба је правоснажно одбачена услед приговора пресуђене ствари. У таквој ситуацији туженима се право својине одн. право коришћења на спорним некретностима не може признати ни у овом спору.

(Рев. 841/81 Врховни суд Војводине)

Нужни наследници могу захтевати враћање поклона у року од 3 године од дана смрти оставиоца.

Наиме, према чл. 41. и 42. Закона о наслеђивању, враћање поклона којима је повређен нужни део могу тражити само нужни наследници, а враћање поклона може се тражити у року од 3 године од дана смрти оставиоца.

Према томе, насупрот погрешном мишљењу у ревизији трогодишњи рок застарелости увек почиње тећи од дана смрти оставиоца, без обзира што је у конкретном случају иза покојног К. оставински поступак обустављен јер није било оставинске имовине, дакле није донесено решење о наслеђивању и да се по речима ревидента наводно ради о накнадно пронађеној имовини.

(Рев. 650/81 Врховни суд Војводине)

Закључење уговора од стране неовлашћеног лица и његово дејство.

У смислу чл. 88. Закона о облигационим односима уговор који неко лице закључи као пуномоћник у име другог, а без његовог овлашћења обавезује неовлашћено заступаног само ако он уговор накнадно одобри. Страна са којом је уговор закључен може захтевати од неовлашћено заступаног да се у примерном року изјасни да ли уговор одобрава. Ако неовлашћено заступани ни у остављеном року уговор не одобри, сматра се да уговор није ни закључен. У том случају страна са којом је уговор закључен може од лица које је као пуномоћник без овлашћења закључила уговор тражити накнаде штете ако у тренутку закључења уговора није знала, нити је морала знати да то лице није имало овлашћење за закључење уговора.

(Гж. 2776/81 Виши суд у Новом Саду)

Продаја производа по нижој цени због недостатка на производу и

права и обавезе уговорних странака.

Тужитељ је купио предметно возило 10. II 1978. године, што значи да је првостепени суд морао имати у виду одредбе Закона о основама пословања организације удруженог рада у области предмета робе и услуга у промету робе и о систему мера којима се спречава нарушавање јединства југословенског тржишта у тој области (Сл. лист СФРЈ бр. 43 од 1. октобра 1976). Одредбом чл. 13. ст. 2. овог Закона предвиђено је да је приликом продаје организација удруженог рада дужна да купаца упозна и упозори на недостатак на производу, односно на праве разлоге због којих се производ продаје по сниженој цени, ако је у питању производ који има недостатке. Одредбом чл. 15. надаље је предвиђено да је организација удруженог рада која је продала на мало производ који има недостатак дужна на захтев купца да замени тај производ новим производом или да купцу врати износ плаћен за тај производ или да уз сагласност купца, отклони недостатке на производу. Одредбе овог става не односе се на производе из чл. 13. ст. 2. овог Закона. Купац може остваривати права из ст. 1. чл. 15. под условом да свој захтев поднесе организацији удруженог рада, чим је открио недостатак а најдоцније у року од 6 месеци од дана куповине производа. Међутим купац нема поменута права, ако је недостатак на производу настао његовом кривицом или је у тренутку куповине знао или могао утврдити недостатак. Купац има иста права и у случају куповине производа који му је продат са гарантним листом.

(Гж. 2915/81 Виши суд у Новом Саду)

Накнада штете и уговорна казна из уговора о музицирању оркестра када је уговор сачињен са Удружењем музичара.

Утврдивши да се тужилац са хтелом „Турист“ у Бачкој Паланци уговором обавезао да ће за септембар 1980. године обезбедити музицирање по оркестру Ч. Б. са вокал-

ним солистом К. Ј. а у противном да ће платити обештећење од 55.850 динара, те да су се тужени уговором закљученим са тужиоцем обавезали наведене песме у наведено време у хотелу „Турист“ обавити а у противном исплатити тужиоцу сваки по 15.000 динара, а тужени тај посао нису обавили, судови су правилном применом материјалног права (сада чл. 103. ст. 1. ЗОУ) и прописа чл. 24. Закона о естрадној делатности (Сл. лист САПВ бр. 40/78) основано закључили да је у питању уговор између странака, који је противан принудним прописима и као такав апсолутно ништав, те да је стога неоснован тужбени захтев тужиоца којим тражи извршење уговорене казне (чл. 270. ЗОУ) од по 15.000 динара, због неизвршења уговора. Наиме, пошто је тужилац као удружење музичара уписан само код СУП-а као удружење гра-

ђана, а не и у регистар организација удруженог рада код Основног суда удруженог рада, то се у смислу наведеног прописа чл. 24. Закона о естрадној делатности тужилац не може бавити посредовањем у музицирању, као што то могу организације удруженог рада уписане у регистар код Основног суда удруженог рада, што значи да је такав посао тим принудним прописима тужиоцу забрањен. Како су они правни послови који су принудним прописима забрањени апсолутно ништави и као такви не могу се судским путем извршити то се *mutatis mutandis* (чл. 272 ст. 1. ЗОУ) не може извршити ни клаузула таквог уговора којим је одређена уговорна казна због неизвршења таквог уговора.

(Рев. 561/81 Врховни суд Војводине)

Праксу приредио Светозар Добросављев

САОПШТЕЊА

11. Решењем број 137/82, издатим је књиговодству Коморе да изврши обрачуна посмртнине на преминулог Мирајес Луке, адвоката у пензији из Ковина, који је умро 23. априла 1982. и посмртнину исплати сину преминулог Мирајес Дејану из Ковина.

12. Решењем број 137/82, издатим је књиговодству Коморе да изврши обрачуна посмртнине на преминулог Кривошар др Славостега, адвоката у пензији из Сента, који је умро 21. априла 1982. године и посмртнину исплати његовој удовици Кривошар-Гот Насији, Сента. Кај Београд Казарина бр. 5.

13. Решењем број 137/82, издатим је књиговодству Коморе да изврши обрачуна посмртнине на преминулог Милош Драговић, адвоката у пензији из Сента, који је умро 21. априла 1982. године и посмртнину исплати његовој удовици Милош Драговић, Сента. Кај Београд Казарина бр. 5.

ПОЗИВ

НА ВАНРЕДНУ СКУПШТИНУ АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

На основу члана 71. став 4. Статута Адвокатске коморе Војводине, Управни одбор Адвокатске коморе Војводине, на седници одржаној 7. маја 1982. године, сазвао је

ВАНРЕДНУ СКУПШТИНУ

за дан 5. јуни 1982. године

Ванредна скупштина ће се одржати у сали Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду, Змај Јовина бр. 20/1, са почетком у 9 часова, а са

ДНЕВНИМ РЕДОМ:

1. Избор радног председништва,
2. Доношење Одлуке о изменама и допунама Тарифе о наградама и накнади трошкова за рад адвоката; известилац Драгољуб Јовановић, председник Комисије за примену Тарифе,
3. Информација о праћењу примене Друштвеног договора о усклађивању обавеза адвоката за задовољавање општедруштвених и заједничких потреба; известилац Зоран Вучевић, председник Комисије за праћење примене друштвеног договора,
4. Доношење Одлуке о плаћању обавезног доприноса унапред, известилац: Душан Будишин, благајник УО,
5. Дискусија,
6. Закључци.

Право учешћа на Ванредној скупштини имају сви адвокати чланови Адвокатске коморе Војводине и делегирани представници Одбора адвокатских приправника.

Управни одбор позива све адвокате чланове Адвокатске коморе Војводине да узму учешћа у раду Ванредне скупштине.

Управни одбор
Адвокатске коморе Војводине

ИЗ СЕДНИЦЕ УПРАВНОГ ОДБОРА

На седници Управног одбора, одржаној 7. маја 1982. године, донета су следећа решења:

1. Управни одбор на основу члана 71. став 4. Статута Адвокатске коморе Војводине за 5. јуни 1982. године сазвао је Ванредну скупштину и утврдио дневни ред. Задужио је администрацију Коморе да позив за Ванредну скупштину достави свим члановима Адвокатске коморе Војводине.

2. На предлог Управног одбора председник Управног одбора друг Боривој Јекић сазвао је Конференцију адвоката у XVI заседање за дан 28. мај 1982. године.

3. Узет је на знање извештај председника и секретара Управног одбора о раду органа Коморе између две седнице.

4. Узет је на знање извештај благајника Управног одбора о стању финансијских средстава планираних за редовно пословање Адвокатске коморе и о стању средстава прикупљених за оправку Адвокатске коморе Војводине.

5. Управни одбор Адвокатске коморе Војводине обавештен је о посети колега чланова Збора одвјетника из Загреба Општинској организацији адвоката Новог Сада 16. и 17. априла 1982. године и о стручном састанку одржаном у просторијама Адвокатске коморе Војводине.

6. Решењем број 123/82. уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине Кркљуш Милорад, са вежбом код Пољачки Димитрија, адвоката у Новом Саду. Адвокатско-приправничка вежба тече од 7. маја 1982. године.

7. Решењем број 144/82. уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине Туцаков Борђе, са вежбом у Адвокатској радној заједници „Законитост“ у Новом Саду, Његошева 16. Адвокатско-приправничка вежба тече од 7. маја 1982. године.

8. Решењем број 139/82. узето је на знање да је Кос Драгољуб, адвокат из Старе Пазове, са даном 4. мај 1982. године преселио седиште своје адвокатске канцеларије у Нову Пазову, у Улицу Моше Пијаде 18.

9. Решењем број 127/82. на основу чл. 32. став 3. Статута Адвокатске коморе Војводине евидентиран је уговор о пружању правне помоћи и заступању склопљен 26. априла 1982. године између Несторов Мирка, адвоката у Зрењанину, и Савеза возача општине Зрењанин из Зрењанина.

10. Решењем број 132/82. наложено је књиговодству Коморе да изврши обрачун посмртнине иза преминулог Мијајев Луке, адвоката у пензији из Ковина, који је умро 23. априла 1982. и посмртнину исплати сину преминулог Мијајев Дејану из Ковина.

11. Решењем број 137/82. наложено је књиговодству Коморе да изврши обрачун посмртнине иза преминулог Кочиш др Силвестера, адвоката у пензији из Сенте, који је умро 21. априла 1982. године и посмртнину исплати његовој удовици Кочиш-Тот Илони, Сента, Кеј Бориса Кидрича бр. 5.

12. Решењем број 122/82. брише се из Именика адвоката Бошковић Стеван, адвокат у Новом Саду, са даном 15. април 1982. године, јер жели да ужива пензију. За преузимаатеља одређен је Лекић Бранко, адвокат у Новом Саду, Војвођанских бригада бр. 20. Узима се на знање да Бошковић Стеван задржава чланство у Фонду посмртнине и након брисања из Именика адвоката.

13. Управни одбор закључио је да се прибави Нацрт и предлог Закона о изменама и допунама Закона о промету непокретности и исти достави Комисији за прописе и правну праксу на мишљење.

Управни одбор

Управни одбор

Гласни и одговорни управник

Слободан Савић

адвокат у Новом Саду

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Технички уређивач

Марија Јовић

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

Др Милош Јовић, адвокат у Новом Саду, Сектор Добрососеље, судија

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ И РАСПРАВЕ

Др Јожеф Салма, *Начело савесности и поштења* — — — — — 1

Милорад Јандрић, *Осврт на значај признања окривљеног у кривичном поступку* — — — — — 32

Страхиљ Пановски, *Приговор трећег лица у извршном поступку* 44

ПРАВНА ПРАКСА

Грађанско право (Светозар Добросављевић) — — — — — 49

САОПШТЕЊА

Позив на Ванредну скупштину АКВ — — — — — 53

Из седнице Управног одбора — — — — — 54

Уређивачки савет:

Председник:

Никола Вујашковић
судија Врховног суда Војводине

Светозар Дракулић, заменик јавног правобраниоца Војводине, *Антоније Ђорић*, саветник покрајинског секретара за правосудје и општу управу, *Никола Јеловац*, адвокат у Сомбору, *Васа Калишки*, адвокат у Панчеву, *Жива Коњевић*, шеф Службе за скупштинске послове Привредне коморе Војводине, *Војислав Маринков*, адвокат у Вршцу, *др Љубиша Милошевић*, редовни професор Правног факултета у Н. Саду, *Душан Мићић*, секретар Покрајинског друштвеног правобраниоца самоуправљања, *Светозар Николић*, судија Врховног суда Војводине, *Милан Рапајић*, адвокат у Новом Саду, *Војислав Рашовић*, адвокат у Сремској Митровици, *Ласло Цабафи*, адвокат у Зрењанину, *др Петар Шарчевић*, доцент Правног факултета на Ријеци, *Душан Шипка*, стручно-политички сарадник у Покрајинској конференцији ССРН Војводине

Уређивачки одбор:

Главни и одговорни уредник

Сава Савић
адвокат у Новом Саду

Борђе Вебер, адвокат у Новом Саду, *Светозар Добросављевић*, судија Општинског суда у Новом Саду, *Мирослав Здјелар*, адвокат у Новом Саду, *Живко Киселички*, судија Вишег суда у Новом Саду

Технички уредник:

Мирјана Јовановић

Гласник издаје и власник је Адвокатска комора Војводине, 21000 Нови Сад, Змај Јовина 20/1. — Телефон: 29-459. Годишња претплата 600.— дин.

Претплата за иностранство 48 долара. Цена једног броја 60.— дин.

Тек. рачун 65700-678-2047. Рукописи се не враћају.

На основу мишљења Покрајинског секретаријата за образовање, науку и културу САНВ бр. 418—185 од 23. маја 1973. године, *Гласник* је стручна публикација ослобођена основног и посебног пореза на промет.

