

ГЛАСНИК

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

L V год. од изласка
XXXII год. непрекидног излажења

Нови Сад, новембар 1983
Број 11

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ И РАСПРАВЕ

- | | |
|---|---|
| Др Јожеф Салма | Догматски основи и развој правила
о симуловању уговора |
| Др Марјонка Ставревска
Мр Димитар Манчев | Артериосклероза и тестаментална
способност |
| Страхил Пановски | Материјалне и формалне претпо-
ставке извршне исправе |

ПРИКАЗ

- | | |
|-----------------------|--|
| Др Драго Ј. Станковић | Иво Кораћ—Мр Ивица Крамарић:
Приручник образаца — поднесака
и аката у кривичном поступку |
|-----------------------|--|

ПРАВНА ПРАКСА

Грађанско право

САОПШТЕЊА

Из седнице Управног одбора



Г Л А С Н И К

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

LV год. од изласка
XXXII год. непрекидног издажења

Нови Сад, новембар 1983
Број 11

ЧЛАНЦИ И РАСПРАВЕ

Др Јожеф Салма

доцент Правног факултета у Новом Саду

ДОГМАТСКИ ОСНОВИ И РАЗВОЈ ПРАВИЛА О СИМУЛОВАЊУ УГОВОРА

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Закон о облигационим односима, први у нашем послератном облигационом праву, регулише на принципијелан начин традиционално правило о симулованим уговорима (чл. 66). Ово правило је у наш правни систем усађено према решењима познатим из првих великих кодификација грађанског права. Преузимању овог правног правила, за разлику од многих других правних институција није претходила ни широка расправа у правној теорији, нити опсежнија дискусија приликом кодификације нашег облигационог права. Готово да (сем ретких изузетака) у целој нашој послератној па и предратној литератури не налазимо на засебне радове у овој области.

Традиционални правни инструменти не би требало да буду подвргнути критици само из разлога што су традиционални, јер ефектна примена кроз векове често оправдава њихово даље постојање. Међутим, с времена на време треба сагледати корене тих правних инструмената, видети у каквим друштвеним контекстима су се појавили и афирмисали, анализирати њихове правно-филозофске, друштвене, политичке и економске основе. То вреди посебно за она правила која у нашем правном систему нису у својим правно-догматским основима и оквирима била проучавана. Једно од таквих правила је правило о симуловању. Оно је наиме, у упоредном праву управо због одређених политичко-економских и филозофских опредељења било оцењено као дело воље и аутономије воље иако су (неки) теоретичари права

прећутно били сагласни да је то домен заобилажења права (fraus-a). Одакле је и зашто је било таквог концептуолошког раскорака између става (једног дела) теорије и закона може да нам покаже само правно-историјски приступ (пореклу и развоју овог правила). Свим захтевима, таквог приступа разуме се, у једном раду овакве врсте не можемо у потпуности изаћи у сусрет. Не можемо изаћи у сусрет, између осталог, и из разлога што неки чињенични и историјски моменти нису до краја сагледани нити су расправљени са угла гледишта нашег права а често ни у упоредном праву. Наша је теза да је сам концептуални раскорак у схватању симуловања као домена вољне догме, односно фразулолошности, довољан разлог да се правилу у симуловању, поштујући векове његове егзистенције критички приступи. При примени правила Закона о облигационим односима о симуловању требало би открити у овом правилу димензију која одговара духу нашег времена и његових опредељења. Разуме се, то је уједно и задатак и инспирација.

I. КЛАСИЧНА ПРАВА

а) Римско или византијско (Јустинијаново) право; хеленистичко порекло

1. Порекло правила о симуловању је спорно. Спор се наизглед води око тога када је и где је правило о симуловању настало, а у суштини разлика у ставовима произилази из оцене карактера правила о симуловању која су нам кроз векове остала у наслеђе из древних права. Овај последњи аспект те дискусије је знатно значајнији него историографски, јер се сучељава са проблемом утврђивања типологије чињеничне грађе на којој су се прва правила о симуловању изградила што нам и у савременом посматрању ове материје у многоме осветљава карактер ове правне фигуре. Наравно, дискусије се свode на то, да ли је у старим правима створена општа представа о томе да је воља креатор уговора (а не апстрактне спољне околности и радње) или није. Ако јесте, онда су и правне последице симуловања биле одређене сходно вољи (важи само дисимуловани уговор). То с једне стране. С друге стране, противници става о оваквој улози воље у старим правима полазе и од идеје да је правило о симуловању у својој оригиналној формули настало као дело касних постгласатора и тада формирано као фигура заобилажења права. Према овом гледишту фрагменти о симуловању у Јустинијановој кодификацији потичу из хеленистичке традиције о вољној догми.

2. (1) Према немачкој пандектистички, али у делу касније немачке литературе,¹ правна материја симуловања, у савременом

¹ В. нпр. Runde, Kurt, Das Scheingeschäft des BGB, Diss., Leipzig, Vrl. Zschoke, 1915, стр. 1.

поимању овог инструмента права, је била позната већ у класичном периоду развоја римског права. а) Прва струја овог правца полази од тога, да бројни фрагменти, текстови о симуловању у касноримској (византијској) кодификацији, у Јустинијановом праву, представљају оригиналне творевине класичног периода. Аутори овог гледишта полазе од текста Вагто-а,² односно, Цицерона и других из Цицероновог времена.³ Вагтонов текст говори о томе да стипулација предузета у позоришту не обавезује глумце, и онда када су изречене све формуле и предузете све „Магије“ овог апстрактног посла. Текстови из Цицероновог времена говоре о предузимању привидних радњи у демонстрационе или едукативне сврхе или је у њима израз *simulatio* употребљен у литерарном значењу речи. Отуда, неки аутори закључују да се у периоду републике о симулованим правним пословима још није знало, иако се не оспорава да је у том периоду било извесних правно релевантних радњи које су се предузимале под плаштом других.⁴ Сматра се да су неки текстови представљали само означавање одигравања неке чињенице као да је стварна. Тако се тумачи и текст Gallusa Aquilius-a о *dolusu: cum esset aliud simulatum, aliud actum*.⁵

б) Друга струја првог правца схватања о пореклу и карактеру старих правила о симуловању заступљена је нарочито у Јеринговим делима и полази од идеје да је у класичном римском праву временом дошло до извесних преображаја услед којих су се управо специфичним схватањем појма симуловања желеле превазићи кочнице формализма и апстрактног дејства класичних инструмената промета (*stipulatio, mantipatio, etc.*). Заправо, под плаштом старих римских послова, закључивали су се нови послови који су били производ развоја права. У том смислу је симуловање схваћено као правна фигура превазилажења недостатака и крутости старог права.

Наиме, Ihering је привидне правне послове означавао као правне форме идентичне другим правним формама, а симуловане правне послове као такве који имају само апстрактну егзистенцију. Као случајеве код којих су странке због постојећих, али непотребних формалности, ради постизавања нових циљева (тзв. „типични привидни правни послови“) правом дато и захтевано

² 1. Lat. 6, 69: *Spondere est dicere spondeo; ... 72: A quo sponte dicere responderet quoque dixerunt, cum ad spontem responderent, id est ad voluntatem rogationis; itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, ut non spondet ille statim, qui dixit spondeo, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque si qui dicit in tragoedia: „Meministine te spondere mihi guatam tua?“ quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu.* (Подвукао Ј. С.)

³ Cicero, 1. arg. II, 10 (specie simulationis) 31 (ad speciem atque usurpationem vetustatis); de nat. deor. 2, 167, 168: *sive ex animo id fit sive simulate*; упор. и Rab. Post. 33 и др.; код Livius-a у вези предузимања привидних вољних маневара, 21, 32, 12—22, 43, 12—36, 7, 12—24, 3, 11. и сл.

⁴ Partsch, J. V., Die Lehre vom Scheingeschäft im römischen Recht, der Savigny — Stiftung, rom. Abtl. том 42, г. 1921, стр. 241.

⁵ Cicero, de off. 3, 14, 60; 15. 61—68. D. 4, 3, 2, 1: *Servitus et Labeo; D. 2, 14, 7, 9: Pedius, etc.* Вид. и Partsch, op. cit. стр. 241—243.

пухо облачиле на другачије тело (тј. нове правне садржаје), Ihering наводи *manipatio, res mancipii, in iure cessio, nexi liberatio*,⁶ а Dernburg *mancipacioni testamenti in iure cessio*.⁷ Према овим ауторима, типични правни посао није непуноважан, он је у суштини присилна правничка лаж. До њих је долазило услед тога што законодавац у своје време још није био прилагодљив променама које су у развоју и потребама правног саобраћаја наступиле. „Шта је природније” — каже Ihering — „него да странке изађу на крај са оним што постоји и да користе дозвољене форме ради њихових нових циљева”.⁸ Отуда Ihering оштро раздваја тзв. типичне привидне правне послове и уговоре од симулованих. Симуловани правни посао је директно дело странака. За разлику од ових, типичан привидни правни посао, дело је промета или судске праксе, он је форма правних послова. Надаље, симуловани уговор садржи намеру странака да реализују једну превару, док такво прикривање код (типичног) привидног правног посла није предвиђено. Свака страна зна шта он значи.⁹ Затим, као последица ових разлика, симуловање је недозвољена радња.

Поред овог појмовног раздвајања (који приписује аутохтонном развоју римског схватања о симуловању), Ihering је био на становишту да је већ у класичном периоду римског права, укључивши и период републике, дошло до схватања да је воља стваралац уговора а не изговорене речи и симболи: „Стипулација је последњи изданак старо-римског појма о облигацији, који је могуће доказати још само вештачком операцијом. Код њега је пулс првобитне идеје тако ослабио, да лаик не гледа и не види у њој ништа друго, до оваплоћење апстрактно обавезне снаге воље”.¹⁰

(2) Други правац заступа Partsch,¹¹ (односно, његови следбеници)¹² на основу помног проучавања текстова римских, византијских, старогрчких и других класичних извора. Основна идеја

⁶ *Ihren*, dr Rudolf, *Geist des römischen Rechts*, V изд., 1906, том II, стр. 529, том III, стр. 281/2. В. и *Hartmann*, A., *Das simulierte Rechtsgeschäft nach dem Rechte des BGB*, Diss., Jena, 1904, стр. 12—14 и сл. Iheringovo разликовање типичних привидних и симулованих уговора у принципу садржава и *Vetsch*, dr Jacob, у делу: *Die Umgehung des Gesetzes*, Zürich, Orell-Füssli, 1917, стр. 22—23.

⁷ *Ihering*, dr Rudolf, *Geist des römischen Rechts*, V изд., 1906, том II,

⁸ *Ihering*, R., *Geist der römischen Rechts*, op. cit., том III, стр. 242.

⁹ *Ibid.*, том II, стр. 529, том III, стр. 281/2.

¹⁰ *Jering*, Рудолф, Циљ у праву, с немачког превео Борисављевић, Александар, св. 1, Београд, 1894, стр. 188. В. и V изд. истог аутора, *Ihering v. Rudolf*, *Der Zweck im Recht*, I том, Leipzig, Breitkopf-Hartel, 1916, стр. 12—13.

¹¹ *Partsch*, J., op. cit., стр. 240—241, 249 и др. Према Partschu текстови *Digesta* (D 44, 7, 52, 3) у којима је реч о *contractus re* и *contractus verbis* су сигурно интерполације, пошто је у класичном праву из вербалних контраката настајала само одговорност а не и субјективно право. *Coing*, op. cit., стр. 403. и др.

¹² Тако, нпр. *Kraus*, Otto, *Lehre vom Scheingeschäft*, Diss., Konrad Jung, Gröss—Steinheim, 1930, стр. 2—4.

је у томе да је Јустинијанов кодекс садржао само интерполиране текстове о симуловању. Другим речима, материја симуловања регулисана у овом кодексу није ни из класичног наслеђа римског права нити представља Јустинијаново оригинално решење, већ је у његов кодекс унет под утицајем хеленистичке традиције касновизантијског права.¹³

Према овом схватању, у римском праву никад није дошло до опште свести и сазнања о улози воље као креатора уговора. Схватање о оваквој улози воље је ипак унето у Јустинијанов текст и то под утицајем Аристотеловог учења, ширеног нарочито преко учитеља грчког права Berytos-a. Аристотел је учио напиме, да „слободан правни однос може да настане само ако је сходан вољи странака.”¹⁴

Парцијална правила о симуловању потичу из Аугустиновог законодавства и то у области брачног права: *Lex Julia de maritandis ordinibus* (I век н. е.). Према Partschu, овде није реч о признавању општег правила о ништавости привидних правних послова: термин *negotium simulatum* је коришћен за заобилазне уговоре усмерене на заобилажење аугустинских закона. Међутим, симулованим означени послови нису били без дејства и поред тога што су посебни прописи забрањивали заобилазни пут против *lex Julia* и *lex Papia Poppaea*. Напиме, према гледишту овог аутора слично ономе што се „у модерном праву мора раздвојити фискално правни од приватно правног аспекта, у смислу да ли заобилазни посао са становишта приватног права остаје без дејства и да ли је заобилазни пут ефикасан са становишта фискалног права”. Тако би требало раздвојити и питање важности привидног правног посла од питања његове изричите легалне забрањености у римском праву у наведеном периоду.¹⁵ Према Jörs-у, помоћу *lex Julia* су изражена настојања да се отклоне „правни недостаци лица која нису била у браку или нису имала децу”, а без ових нису могла да постигну одређене позиције у служби (избор у магистрате и сл.), па су у том циљу прибегавала привременим (привидним) адопцијама које су трајале само

¹³ B. Kallimopoulos, dr Georgios, Die simulation in bürgerlichen Recht, Eine rechtsdogmatische Untersuchung, Versicherungswirtschaft, e. V. Karlsruhe, 1966, стр. 14; Coing, dr Helmut, Simulatio und fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus, Festschrift für Koschaker, 3. том, 1939, стр. 403.

¹⁴ Partsch, J., нав. дело, стр. 248.

¹⁵ Ibid., нав. дело, стр. 251. Овде додуше, Partsch није далеко од Iheringove тврђе да „привидни правни посао историјски није ништа друго до обичајно-правна акумулација симулованог правног посла која током времена постаје правило, толеранцијом судске праксе”, као што је то био случај и са *coemptio fidutiae causa* чија је учесталост довела и до обичајно правне санкције. (B. Ihering, Die Geist des römischen Rechts, том II стр. 529, том III стр. 282/3 и том II стр. 275). У истом смислу као и Ihering, говори и Kohler (Studien über Mentalreservation und Simulation, нав. дело, стр. 108) о формалним правним фигурама ојачаних обичајноправним уважавањем. За разлику од ових аутора, Vetsch dr Jakob сматра (нав. дело, стр. 23) да „типични привидни правни послови” произилазе из фидуцијарних правних послова и то оних којима су странке озбиљно хтеле да остваре тачно омеђене правне циљеве.

до постизавања одговарајуће службе, а након тога су адоптирана лица еманципована.¹⁶

Отуда и Неронова *senatus consulta* (Тас. ann. 15, 19): *ne simulata adoptio in nulla parte muneris publici adiuveret ac ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset*. Према Partsch-овом тумачењу ових правила, адопција предузета у циљу заобилажења закона је ништава према грађанском праву; међутим, овај аутор сумња да су речи „*simulata adoptio*” постојале у тексту закључка сената и сматра да постоји могућност да су оне доцније интерполиране.¹⁷

Без обзира и на дискусију која и у савременом праву оспорава могућност закључивања симулованог брака, знајући за извесне специфичности настанка брака у целом периоду развоја римског права до Јустинијана, можемо закључивати да симуловање брака није било могуће, и да су према томе, Јустинијанови текстови о *симулованом браку* (и адопцији) интерполирани. Наиме, есенција римског брака била је у заједници живота. Брак је настајао простим заснивањем заједнице живота између брачних партнера. У таквој конструкцији настанка брака симуловани брак правно није био могућ: када су партнери били само „привидно” заједно, у суштини, правно су били већ разведени, брак више није егзистирао. Бивши брачни другови нису могли живети у привидној заједници, јер привидан брак претпоставља постојање а не непостојање нормативне егзистенције брака. Другим речима, једном раскинута заједница имала је за последицу развод, а никако симуловани брак, чак и онда када је раскид био привидан. С друге стране, настављена заједница је имала за последицу поновно заснивање брака као таквог. Према томе, где год је настанак брака везан за фактичку заједницу, а не за сагласност воља и одговарајуће друштвено признате форме, као што је у класичном Риму био случај, симуловање настанка брака није могуће. Тиме се наравно, не тврди да у Риму, почев од Аугустина, па можда и раније, није било заобилажења права путем закључивања брака или адопција. Тврди се само, да симуловања у савременом смислу речи није било, односно, није могло бити, с обзиром на конструкцију настанка брака. То исто вреди и за питање да ли је могло да се говори о симулованом *разводу* брака. Није наиме, могуће открити обележја правно узетог фразулозног поступања у узастопним раскидима и успостављањима заједнице живота, односно успостављању и раскиду брачне заједнице ако је то уследило ради постизавања неког циља који се на други начин није могао постићи (нпр. да се постане чланом Сената, еманципација и сл.). Према томе, у класичном Риму „симуловани брак” није био могућ, али је могуће да су бракови настајали фразулозно (што је посебна правна фигура у односу на симуловање), али ни си-

¹⁶ Jörs, Über das Verhältnis der lex Julia de maritandis ordinibus zur lex Papia Poppaea, Diss., Bonn, 1882, стр. 31.

¹⁷ Partsch, J., нав. дело, стр. 252.

муловани разводи нису били правно могући, без обзира на доцнију, поново успостављену заједницу живота. Једном раскинута заједница живота имала је за последицу развод, а успостављена, настанак брака. Места за привидну егзистенцију брака није било: он је или пострјао или није постојао; *tertium non datur*. То, међутим, не значи да узастопни разводи и заснивања заједнице нису имали у чињеничном значењу речи фразеолошке ефекте у најширем значењу те речи. Есенција посла у Риму није била ни у вољи ни у његовом привидном значењу, већ у фактима живота или форме. Отуда нам се чини основаним гледиште да су текстови о симуловању у материји брака настали у Јустинијаново време. Тиме се не негира *agere in fraudem legis* у ранијем развојном периоду римског права, као чињенични моменат.

Ако је тачна поставка о томе да Аугустиново законодавство још није познавало правило о забрани поклона између брачних другова, тврди Partsch,¹⁸ класично право није могло имати представу о ништавости привидног развода предузетог ради реализације таквог поклона због изигравања прописа о забрани поклона. Наиме, када би се пар развео, уследио би поклон, након чега би брачни другови ушли у заједницу живота. У таквој ситуацији би се могло питати да ли је постојала *verum divortium* и да ли је поклон морао да се поништи. Према тексту *Digesta*¹⁹ још је Trebatius могао да донесе следећу одлуку: „*si verum divortium fuisset, ratum esse donationem, si simulatum contra*”. Према Јустинијановом праву овде је несумњиво било речи о привидном разводу. Питање је, међутим, да ли је то и у ранијем периоду било, с обзиром на непостојање забране о поклону између брачних другова. Могли бисмо се у основи сложити с Partschom. Међутим, треба приметити да симуловани развод не мора да узме за једину претпоставку интерес брачних другова за реализацију поклона, која иначе између њих у класичном периоду није била забрањена. Не можемо знати за све оне околности које су брачне другове могле навести на привидан развод.

Чини се, да за класичан период Рима у чињеничном смислу треба проценити и Gaius-ов познати текст о симуловању брака: „*Simulatae nuptiae nullius momenti sunt*”.²⁰ Не можемо поуздано да знамо да ли је то оригинално Gaius-ово или тек Јустинијаново правило. На основу учења глосатора, из овог текста је цело средњовековно право извлачило опште правило о ништавости свих привидних послова. Тешко би се овакав широки домашај могао открити у овим правилима у Gaius-овом времену, с обзиром на већ изнете моменте око начина настанка брака у том периоду. Али ово правило поуздано показује да је Јустинијан познавао правило о симуловању и да је правне по-

¹⁸ Partsch, op. cit., стр. 254—255.

¹⁹ D. 24, 1, 64.

²⁰ Gai, liv. V ad legem Juliam et Papiam, D 23, 3, 30.

следице одређивао сходно о дејству воље, и укидања дејства њеном привиду. Такође, не може се поуздано утврдити које све чињенице и интереси странака су руководиле римског грађанина на заснивање привидног брака у чињеничном значењу те речи.

3. Изгледало би да данас дискусија о пореклу симуловања сем правноисторијског и чињеничног аспекта није од особитог значаја. Међутим, у своје време, када је она вођена (XIX век; особито почетак XX века), имала је ванредан одјек и значај, јер се водила између две струје у праву пореклом из различитих социјалних и политичких стремљења. Оне су означавале конфликт између идеје социјализације права и идеје аутономије воље. Тзв. (француска) теорија о вољи или (немачка) правно-пословна теорија се, током читавог XIX века ослањала на вољу као једини стожер уговора у свим њеним димензијама, па и у материји ништавости, а своје аргументе је желела да види у еминенцији и славом овенчаној ери римског права и његовом деривату, пандектистичкој традицији. Овој доминацији се супротставља идеја социјализације права која, признајући вољу њено заслужено место, улогу у стварању диспозитивних и потестативних права, сагледава и границе у којима воља више нема дејство, у којима она реч предаје закону.

Ако се историјски корени симуловања и различити ставови о њима и сагледавају у том контексту, дискусија је од и те каквог значаја. Она се више не води око историје, већ око савременог концепта ове материје. Међутим, тада треба обратити пажњу да се историја не може и не сме „фалсификовати” ради потврде оне или ове идеје, без обзира што је она у далекој прошлости минулих векова. Тада треба разликовати шта се историји приписује и шта је она сама.

Ако је Ihering настанак вољне догме везивао за класичан период Рима, онда је ту реч, ипак, о томе да се нешто приписује историји. Јер, сама историја римског права томе противуречи посебно у оним поглављима у којима Partsch указује на хеленистичку (Аристотел) традицију вољне догме, која је историјски, друштвено и културно предходила Риму и римском концепту права. Међутим, без обзира на минуциозан Partschov приступ чињеницама историје, не може се отети утиску да је он римско право посматрао донекле статично, да у њему није у довољној мери сагледавао развој, иако је у њему дошло до крупних преображаја развојем друштвено-економских односа која је праћена и одговарајућим духовним преображајима. Овај развој у друштвеним и економским односима временом је морао да избаци јарам крутог формализма и апстрактности првобитних примитивних облика права. У том домену је управо симуловање као правна фигура одиграло значајну улогу, као што је то и Ihering запазио.

Чини се, да без обзира на различитост оцене историјских извора, идеје Iheringa и Partscha имају и додирне тачке. Њихова анализа показује историјски корен и разлоге због којих је

у буржоаском праву догма о вољи окупирала два века и због којих је она у материји симуловања надвладала закон. Но, поред тога, ту је и посебан закључак. Оба истраживања указују да је чињенично порекло симуловања у *fraus*-у, тј. намери за заобилажењем правне норме когентног карактера.

4. Ако класично право Рима закључно са класичним периодом Републике и није или није могло да има општу представу о ништавости симулованих аката, због карактера овог права за који се ипак не може рећи и поред своје развијености да је створио представу о дејству воље, несумњиво је да је могло реаговати на друштвене преображаје (преторско право, *senatus consulta*), и није искључено да је могло доносити и парцијална правила: а) против фразулозних заобилажења права; б) нова правила која су служила превазилажењу крутих формула старог права (*stipulatio*, *dotis dictio*, *manipatio*, итд.). Наравно, ту је реч о два различита стварима, које није умесно све заједно означити термином симуловање у данашњем смислу речи. (Треба, међутим, имати у виду да чак ни оснивачи теорије о симуловању, Bartolus и Baldus не употребљавају консеквентно изразе *fraus*, *simulatio* и сл. Утолико се мање може очекивати од Јустинијанових текстова, а још мање од наводних текстова класичног периода, прецизно разграничење материје симулованих уговора од осталих сличних правила).

Несумњиво је да Varroпов текст значи „револуцију” у односу на првобитан формализам, иако се односи само на узан круг случајева: на необавезност предузетих аката у позоришној стимулацији.

Читав низ случајева доказује само литерарно значење употребљених речи, или чињенично означавање извесних привида из живота (нпр. привидни ратни маневри и сл.) без одређивања правних последица.

Нема сумње, такође, да неки правни послови, с обзиром на њихов карактер, структуру, односно специфичан начин настајања у класичном Риму, нису конституисали општи појам симуловања, иако су били близу том појму у савременом значењу те речи (симуловани брак, симуловано усвојење и поклон). Код ових последњих се већ, сигурно почев од Јустинијановог права, сагледавају и последице: ништавост неких привидних аката.

5. Најгрубље изражено, текстови Јустинијана о симуловању говоре о два димензијама ове правне фигуре: с једне стране је реч о „законодавству” (тачније о обичајном, односно преторском или конституционалном праву), установљеном у циљу превазилажења апстрактног дејства и формализма старог примитивног римског права услед захева развоја друштвено-економских односа и промена. У том аспекту се симуловање појављује као средство толерисаног заобилажења старих форми. Тада се симуловање вероватно посматрало као дозвољена правна операција. С друге стране, прописи којима се на изричит начин поништавају симуловани акти, представљају оне фрагменте доц-

нијег римског „законодавства“ (senatus consulta) којима се *спречавало заобилажење* когентних правила друштва (привидна адопција, *divortio simulatum*, итд.).

Општа свест о ништавости симулованих аката свих врста је настала тек у каснијем периоду развоја правне мисли (пре свега у делима постглосатора и Bartolusa и Baldusa), али је она налазила плодно тло у парцијалним забранама и поништајима појединих симулованих аката странака поменутих у Јустинијановом кодексу. У суштини ови парцијални текстови су настали под утицајем хеленистичког схватања о дејству воље. Преко Јустинијановог права они су имали ванредан утицај на читаву епоху развоја права све до данашњег дана и то не само у материји симуловања.

Отуда и две супротне тенденције о оцени историјских фрагмената о симуловању; отуда и супротна становишта о пореклу правила о симуловању, од којих једно пледира на класично римско порекло, а друго на старогрчко.

Заправо, ако се ствари сагледавају са оба аспекта, у суштини, мора се запазити да сваки носи део истине. Тачно је и то да је симуловање било својевремено у Риму забрањено, али и то да је било дозвољено — у зависности од тога, чему је служило: заобилажење когентних прописа (нпр. условљеност чланства у магистрату, породичном статусу), при чему је њихово заобилажење било у противности са *boni moris* и повлачило ништавост одговарајућег акта; или ради заобилажења оних особености римског права које су са развојем друштвено-економских односа превазиђене, односно, ради омогућавања склапања послова у складу са захтевима развоја тржишта.

б) Византијска и старогрчка правила

6. Не може се, међутим, оспорити да су класични правници у читавом низу случајева израз *simulatio* употребљавали само у техничком смислу или у сврху претходних чињеничних основа за дефинисање *dolosa* и да нису могли познавати опште правило о ништавости симулованих уговора.²¹ *Titulus* D. 50, 17²² о ништавости „имагинарне купопродаје“ се оспорава класично порекло, с обзиром на форму и садржај текста који указују на интерполацију. Византијско порекло ових правила макар и посредно указују хеленистички списи о (фидуцијарној) продаји

²¹ *Jul.* D. 41, 4, 7, 7: *Qui se creditorem esse simulat; Marcel.* 40, 5, 10, 2... *qui simulata servitute emptorem decepit; Ulp.* D. 1, 18, 13, 1: *utrum simulatio fuere facinus amisisset; D.* 49, 16, 6, 5: *qui metu hostium languorem simulavit; D.* 14, 5, 6: *qui se patrem familias simulavit; D.* 24, 1, 3, 12: *qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit; Paul.* D. 18, 2, 14: *Si venditor simulaverit meliorem allatam condicionem; D.* 22, 1, 22: *si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur; D.* 48, 14, 11, 3: *simulans se fisci creditorem...*, итд.

²² Овај гласи: „*imaginarie venditio non est pretio accedente*“.

(Р. Оху 270, lin. 32). У њима се налазе трагови споразума којима се јемство појачава уступањем земљишта. Када је јемцу од стране главног дужника враћена сума јемства коју је јемац исплатио повериоцу, повраћај земљишта дужника је често спречен њеним отуђењем.²³

На хеленистичке текстове се ослањају и правила из Диоклецијановог времена, која су стицање својине условљавала плаћањем пореза на промет.²⁴

За текст Modestinus²⁵ се сматра да је интерполиран: „Contractus imaginarii (etiam) in emptoribus iuris vinculum non optinent (cum fides facti simulatur non intercedente veritate)”. Оригинал текст је наиме, могао да говори само о куповини; употребљене речи „привида” и „стварност” подсећају на изразе употребљене у Аристотеловој „Метафизици” (3, 5, стр. 1008 ff.), у којој се обрађују односи привида и стварности.²⁶

На правну последицу ништавости имагинарне купопродаје упућује и Paulusov текст²⁷: „Nuda et imaginaria venditio pro non facta est ideo nec alienatio eius rei intellegitur”. Под „голом продајом” се овде, вероватно, подразумевају продаје без назначења цене. Овакве продаје се помињу у Византијским коментарима. За разлику од ових коментара, класици су под „голим уговорима” подразумевали обећања без предаје ствари. Тако нпр.: Ulp. D 13, 7, 1 pr. pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam conventionem etsi non traditum est; Gai, D. 41, 19, 5; Paul D. 19, 4, 1, 2; emptio et venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet. Таква разлика у значењу израза „nuda venditio” несумњиво указује на интерполације, посебно у првом делу наведене Paulusove реченице.

Изгледа да је византијског порекла, и за данашње време занимљив, и меродаван текст Digesta о симуловању у релацији поклона и купопродаје:²⁸ „Idem libro tertio disputationum: Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet (totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliori pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. Hoc inter ceteros) inter virum vero uxorem donationis causa venditio facta pretio viliori nullius momenti est”. Текст разликује ништавост целине или дела уговора у зависности од висине купопродајне цене. Таксе на цену су биле познате још у теорији цене и економске доктрине Аристотеловог времена. У овој теорији је истицано да ствари и услуге морају имати одређену цену. Разуме се, из разлога што је ово доприносило лакшем

²³ В. Partsch, op. cit., стр. 257.

²⁴ Nov. Theod. 9./Cod 1, 14, 5, 1. Заправо, Диоклецијанови текстови за продаје без плаћања пореза употребљавају речи: „non valeant”.

²⁵ D. 44, 7, 54, Modestinus, 5. књ. Regulae.

²⁶ Упор. Partsch, op. cit., стр. 261.

²⁷ Paulus, 2. књига, ad edicti aedil. cur., D. 18, 1, 55.

²⁸ D. 18, 1, 38.

опорезивању грађана од стране државе.²⁹ Рим се несумњиво могао угледати на ова начела хеленистичке традиције.

II. BARTOLUS И BALDUS; СРЕДЊЕВЕКОВНО ПРАВО

а) *Bartolus* и *Baldus*: претече вољне догме у материји симуловања

7. Велики (касни) коментатори римског права *Bartolus*³⁰ и *Baldus*³¹ о материји симуловања дају само ретко своје ставове. Најчешће репродукују ставове глосатора. Оба аутора полазе од дефиниције *dolusa* из *Glossa ordinaria* (t. 4, 22; D. 14, 7, 9 и D. 4, 3, 1, 2) која учи да је код симуловања стварност замењена нечим што не постоји: *Quod non est simulo — disimularet; fingat vendere cum non vendat.*³² Сходно томе, привидни (симуловани) уговор није ни *veritas actus* ни *substantia* у смислу C. 4, 38, 3: „*substantia emptionis est consensus*” и „*non autem consentiunt in venditione qui licet verbis emptionem expriment, corde tamen aliud sapiunt*”. Стара хеленистичка традиција Јустинијанових текстова о дејству воље код уговора у овим фрагментима глосатора добија нову димензију.

Примедбе *Baldusa* на ове текстове *Glossa* у материји симуловања показују следеће формулације: „... *si inter nos agitur quod contractus sit simulatus et sic deficiat substantia*”;³⁴ „*contractus est simulatus quando praetextu unius causae celebratur figuraliter, sed non essentialiter*”;³⁵ „*donatio simulata dicitur colorata seu depicta extrinsecus, sed intrinsecus non habet substantiam*”.³⁶ Ови текстови показују схватање о привидном фигуративном дејству уговора међу странкама. У суштини, о ништавости привидних уговора, због тога што немају бит, вољу странака у правцу његовог важења. Аутори не пружају ближа обележја симулованих уговора, посебно, не истичу сагласност странака о симуловању (*animus simulandi*).

Baldus не дефинише на општи начин симуловане уговоре. Додуше, у једном фрагменту указује да симуловање постоји када „*instrumentum continent mendatum propter simulationem*”.³⁷ При томе разликује три врсте симулованих уговора: „*contrahens*

²⁹ *Aristoteles*, *Eth. Nik.* V, 11, 14, p. 1133/a 15. Нав. према: *Partsch*, *op. cit.*, стр. 265.

³⁰ *Bartolus*: *Digestekommentar*, Basel, 1589; *Codexcommentar*, Turin, 1577; *Consilia*, Lyon, 1546.

³¹ *Baldus*: *Digestekommentar*, Venedig и Lyon 1577/1585; *Codexcommentar*, Venedig, 1577; *Consilia*, Frankfurt, 1585; *Glosse*, Lyon, 1559.

³² *Glossa ordinaria*, D. 25, 4, 2, 1.

³³ *Ibid.*, D. 18, 1, 55.

³⁴ *Bartolus*, о D. 30, 55 бр. 11.

³⁵ *Ibid.*, о C. 2, 6, 3.

³⁶ *Ibid.*, у прилогу уз C. 4, 35, 23.

³⁷ *Ibid.*, уз C. 4, 22, 1 бр. 7.

ostendere nititur id quod aliter intendit, contrahens ostendere nititur id quod facere alias intendit" или „ostendere nititur id quod facere in alia persona intendit”.³⁸ Ово разликовање показује да Baldus није раздвајао симуловање уговора од сличних правних фигура: у првом случају када привид делује према сауговарачу, у суштини је реч о менталној резервацији. У другом случају препознајемо симуловање дејством понашања трећег, и најзад, трећи случај нам говори о симуловању које тангира трећег самосталног лица.

Као и у Glossama, и код Bartolusa и код Baldusa наилазимо на непрецизно изражавање и у терминологији и у значењу. Као посебан случај симулованих уговора помиње се и „*contractus imaginarii*”. Под тим изразом су Glosse подразумевале уговор који је закључен „*pumto upo*”, тј. симуловани уговор. Помињу се и разни изрази код којих се не може пронаћи нека консеквентност: *simulatus*, *imaginarius* и *ficticius*.³⁹

Нешто је прецизнији круг дисимулованих уговора. Овај је одређен у зависности од тога шта је прикривено, да ли неко лице, преображај у неком постојећем правном послу. Сходно томе, Glosse разликују: *simulatio de persona in personam* и *simulatio a causa in causam*. Но и у тој материји је тешко пронаћи неки принцип. Као пример за *simulatio de causa in causam* служи прикривање зеленашке залог у купопродаји с правом откупа.⁴⁰

Према Bartolusu (D. 39, 3, 12) и Baldusu (D. 18, 1, 55), правне последице симулованих уговора су јединствене: симуловани правни посао нема никакво правно дејство: „*simulata venditio non est venditio*”.⁴¹ Међутим, статут може да забрани доказивање приговора симуловања уговора. Из основа симулованог уговора се не може подићи тужба ради осуде на чинидабу, јер такав уговор не производи правна дејства. Купац из симулованог уговора нема заштиту од евикције, али зато исплаћену цену може кондицирати (захтевати тужбом због неоснованог богаћења), пошто је исплата извршена без правног основа. Такође, консеквентно, симуловани уговор ни на једној ни на другој уговорној страни не може добити правног следбеника: „*non dicitur successor qui habet titulum simulatum*”.⁴² *Venditio simulata* не може бити основ преласку права својине. Код питања преласка државине на бази симулованог уговора, решење зависи од тога, да ли је симуловани уговор иза којег је прикривен основни правни посао ослоњен на традицију. Ако је то случај, државина може несметано да пређе, ако није, онда онај коме је она предата постаје такође, држалац. Ако симуловани уговор прикрива други уговор, по начелу из С. 4, 22, *прикривени уговор је пуноважан, ако томе на путу не стоји посебан разлог*. И данас

³⁸ Bartolus, бр. 1—2; Baldus, бр. 5—6.

³⁹ B. Coing, нав. дело, стр. 405.

⁴⁰ Ibid., оп. cit., стр. 405—406.

⁴¹ Bartolus, у вези D. 18, 1, 55.

⁴² Baldus, D. 39, 3, 12; B. Coing, нав. дело, стр. 406.

се може прихватити Bartolusovo становиште да прикривени посао „није пуноважан“, тј. данашњом терминологијом, не производи правно дејство на начин како је формулисан, ако се „симуловани уговор“ не може квалификовати као новација (Bartolus, поводом D. 4, 22, 1, бр. 3). Baldus сматра да је прикривен посао пуноважан ако је поштована прописана форма овог посла (Baldus, C. 2, 4, 21). Да би симуловани уговор произвео правно дејство, *каузе симулованог уговора не смеју једна другој противуречити*, као што је то нпр. случај код закупа и купопродаје. Према Bartolusu (D. 30, 55, бр. 5) тужба и приговор симуловања су незастариви. Но, рок за подизање ове тужбе се ипак поставља у износу од две године за случај *non numerata pecunia*. Иначе, разлика између симуловања и *exscriptio non numerate pecuniae* је на само у року за подизање тужбе (код првог неограничен, а код другог ограничен), већ и у каузи. Док је она код поменутог приговора одређена „*spe future causa*“, дотле код симуловања уопште нема каузе.⁴³

8. Питање *frausa* су Bartolus и Baldus проучавали независно од симуловања. Они су поделу фразулозних послова извршили у зависности од тога да ли је *fraudare* против: закона, интереса *fiscusa*, или одређеног појединачног интереса. У том смислу и разликују: *agere in fraudem legis*, *agere in fraudem fisci* и *agere in fraudem alterius (honoris)*. Правне последице су у сваком од ових случајева различито одређене: *agere in fraudem legis* вређа *mens legis* и због тога је последица таквог правног посла сходна оној која је одређена за поступање *contra legem*. Дакле, правни посао којим се заобилази закон је без правног дејства. Према учењу Bartolusa и Baldusa ово исто вреди и за случај код којег је поред повреде закона предвиђен и интерес трећег лица. За разлику од тога, *agere in fraudem alterius* (по угледу на *actio Pauliana*) даје право трећима на предлог за повраћај у пређашње стање, тј. на *actio revocatoria*, али фразулозни посао остаје на снази. То исто вреди и за случај када је повређен интерес *fiscus*-а.⁴⁴

Bartolus одсечно разликује *fraus* од симуловања. Сматра да *fraus contractu ad contractum* није могућ. У таквом примеру је увек реч о симуловању. Код симуловања се не ради о *verus actus*-у (истинитом послу) и због тога је симуловани уговор апсолутно ништав. Напротив, код *agere in fraudem legis*-а ради се о постојању истинитог акта (*verus actus*), али је он неправилан, противправан (*iniustus*) и због тога је ништав. Према томе, ништавост симулованог уговора произилази из неистинитости симулованог акта (није „*verus*“ акт), а фразулозног посла због његове противправности (*actus iniustus*).⁴⁵

⁴³ Coing, op. cit., стр. 409.

⁴⁴ Ibid., op. cit., стр. 409—411. Bartolus, Коментар, D. 39, 5, 15.

⁴⁵ В. Bartolus, Cons., 1, 65, поводом D. 39, 5, 15, бр. 1—9; поводом С. 7, 75, 4; Baldus, Cons., 1, 70. В. Coing, op. cit., стр. 412.

Овако оштро раздвајање *frausa* од *simulatio* је несумњиво последица утицаја вољне догме коју су глосатори преко хеленистичке традиције византијског права пренели и на поменуће ауторе, који су га видно развили и у материји симуловања.

Заправо, могло би се констатовати да је теорија о симуловању уговора у суштини започета и заокружена у делима *Bartolusa* и *Baldusa*. Она је као таква, током доцнијих векова само допуњавана, разрађивана и усавршавана. Међутим, основна идеја, идеја о вољи, која даје есенцију и дејство дисимулацији у потпуности је остала иста.

Цела теорија о вољи која је доцније особито развијена у немачком пандектистичком праву као и у француском праву, чини се, ослања се на ова два имена из средњег века, у суштини по идејама теоретичара или претече теоретичара грађанског друштва.

У погледу симулованих уговора, теорија воље је изведена до краја. У томе се *Bartolus* и *Baldus* разликују од схватања сходне теорије настале у делима великих сукцесора теоретичара грађанског друштва (*Savigny*-ја, *Iheringa*, *Windscheid*-а, *Kohler*-а, *Saieilles*-а и др.). Наиме, *Bartolus* и *Baldus* у структури чињеница, односно, за правни појам симуловања толико важан елемент, сагласну вољу странака за симуловањем, односно, заобилажењем примене закона, дакле, вануговорни циљ странака, не сматрају нужним. Посматрају само стварну вољу странака, дисимулацију. Одатле произилази и разлог неважности симулованог уговора: симуловани уговор није *verus act*. Он је *contractus imaginarii*, њему не припада *consensus*, и због тога је ништав. Симуловани уговор није третиран директно као уговор који је противан *mens legis*. (Неки представници теорије воље XIX века запајају елементе противљења симуловања закону).

Отуда дисимуловани уговор коме припада воља и поверење странака и може произвести правно дејство без резерви, односно, ако испуњава услове пуноважности за тај уговор. Додуше кауза дисимулованог уговора мора да је у сагласности са симулованом каузом. Но као што смо већ показали такво схватање (иако је више од онога што се запажа у радовима знатно доцнијих репрезентаната теорије воље) не одступа од теорије воље, јер узима у обзир само уговорене, а не и вануговорене циљеве странака. То потврђује и теза да повреда *fiscus*-а не утиче на пуноважност заобилазног посла. Што се тиче односа симуловања и *agere in fraudem legis*, аутори чине неоправдано оштро раздвајање. Не виде основну чињеничну везу између ове две правне фигуре: да је симуловање уговора управо најтипичнији пример заобилазних послова, тј. послова којима се странке служе да би избегле примену неповољних одредаба закона.

б) *Симуловање уговора у порецима средњовековног права и периода до великих грађанских кодификација*

9. Канонска забрана плаћања камате је још у XIII веку била предмет заобилажења права путем симулованих и других заобилазних уговора. Под утицајем канона, хипотека установљена у циљу обезбеђења камата на новчаним потраживањима није могла да се ангажује ради наплате камата. Таквом схватању се прикључује и лонгобардско световно право, односно пракса, која не признаје купопродаје ради обезбеђења потраживања.⁴⁶ Између XIII и XV века световна теорија дискутује о томе, да ли се забрана плаћања камате установљена црквеним прописима може заобићи на тај начин што се купљено земљиште не би предавало у посед кућу, већ би остало и даље у поседу преносиоца (продавца) по основу истовремено закљученог закупа, при чему би титулар закупа (закупац) постао ранији власник. Међутим, на тај начин, купопродајна цена, у суштини, постаје средство обезбеђења новчаних потраживања или (превисоко) одређена камата. У XV веку, као што то Albericus Rosate⁴⁷ истиче, пракса почиње да разликује пренос ради обезбеђења потраживања (фидуцијарне послове) од симулованих. Према Bartolomeo Sipolla (Верона, XV век), разлика се испољава у томе, да ли околности случаја указују на пренос ради обезбеђења. Ако околности на то указују, реч је о правном послу заснованом на поверењу. Такав пренос је пуноважан. За разлику од тога, ако околности случаја указују на *dolus* тј. на намеру за заобилажење закона, реч је о привидном правном послу.

Видели смо да за разлику од ових схватања, Bartolus и Baldus, у области симуловања изостављају намеру заобилажењем права као услов симуловања. У том погледу су они ближи вољној догми него одједи канонских схватања.

10. Световно право средњег века различито приступа овој материји. Оно је ипак карактеристично по утицају који су у теорији симуловања имали велики сукцесори постглосатора, Bartolus и Baldus.

Под тим утицајем је цело континентално право. Тако немачко пандектно право, ослањајући се на „римске“ традиције, симулованим пословима не поклања пажњу, односно не даје им готово никакав практичан значај. Сматра се да је воља садржана у целини у дисимулованом уговору. Немачка пракса у XVII веку признаје пуноважност преноса непокретности (угл. купопродаја) у сврху обезбеђења потраживања. Овај пренос је третиран такође, као посао поверења (*Treuhandgeschäft*). Прак-

⁴⁶ Pertile, Storia di diritto italiano, 2. изд., 4, стр. 596; В. и Bartolomeus Cepola, De simulationibus, Lyon, 1511, casus II.

⁴⁷ Albericus de Rosate, поводом с. 2 Cod. 4, 22.

са је такође проглашавала ништавим симуловане уговоре под утицајем „римских” начела.⁴⁸

Француско право познаје пренос ради обезбеђења још од XVI века. Оно га, такође, признаје као пуноважан посао. Међутим, током читавог наредног века (XVII) француско право не разликује у потпуности симуловани уговор од фидуцијарних послова. Додуше, у том приступу има и са становишта савременог права извесних прихватљивих момената. Наиме, француска наука је током читавог XVII века узимала да је симуловање само онда основ ништавости када служи или за заобилажење права или правних интереса трећих или служи у циљу заобилажења законских забрана.⁴⁹ У том погледу се она у неку руку у том периоду и ограда од теорије воље, односно суверености воље над законом.

Енглеско право у читавом наведеном периоду готово да не познаје теорију о симуловању. Тек учење *Smitha* (середина XIX века) о потреби да је воља озбиљна при закључењу уговора налазимо прве погледе на ову материју.⁵⁰ Почетком XX века (1909) оксфордски професори права покушавају да кодификују енглеско цивилно право. У параграфу 79. ове (неуспеле) кодификације налазимо и одредбе о симуловању, које се у суштини своде на забрану да преносилац изнесе приговор симуловања.

Овакав став овог правног система се може објаснити тиме, што у њему нису одјекнуле „римске традиције” као у континенталном праву и што је у овом праву заузет умерен став према дејству воље у уговорном праву.

11. Као што смо у ранијим опсежнијим излагањима видели, читава теорија XIX века је окренута у материји симуловања вољној догми. Ова констатација се, наравно, односи пре свега на континентално право. Чини нам се основним закључити, да овакав приступ свој корен има у старом хеленистичком праву, актуализованом у византијској, Јустинијановој кодификацији као и у делима постглосатора, теоријски заокруженом у опусу *Bartolusa* и *Baldusa*.

Вољна догма је изашла у сусрет приватноправној концепцији права у целини. Она је, као што се дало видети током целог миленијума одржала свој континуитет у правима у којима је индивидуални интерес био над интересом закона. Она није дозволила да заобилажење когентних прописа изван имовинског права, утиче на судбину уговора странака. Иза тога, разуме се, леже пре свега разни интереси. Ови су у зависности

⁴⁸ *Erlenkamp*, Ernest. De simulatis contractibus. Diss., Strassburg, 1664, стр. 25. Овај аутор наводи пример ништавости симулованог прекупа. В. и Лопније опште право у делу *Reinhard*, De contractus simulatus, Strassburg, Dissert., 1766, стр. 11.

⁴⁹ В. *Glosson*, Paul, La simulation, thèse, Paris, 1897, стр. 23, 18. В. и истовремену фп. литературу за XVII век, на стр. 23. овог дела.

⁵⁰ *John William Smith*, The Law of Contracts, 3. изд., Лондон, 1860, стр. 170—257. Нав. према: *Partsch*, op. cit., стр. 231—232.

од времена и различитог су чињеничног порекла. Они су некада интереси за преовладавањем заосталости права за прометом, али су најчешће интереси за заобилажењем извесних терета (пореза) и за постизањем одређеног статуса у друштву. Отуда је и карактер и морална вредност симуловања, почев од његовог обичајноправног толерисања па до његове забрањености, варирао. Међутим, правне последице симуловања уговора су до дан данас одређене тако да још увек омогућавају заобилажење права и тиме и на слабљење законитости. Утицај вољне догме иако у ублаженом виду се осећа и у решењима савремених, или данас важећих кодификација. Она је задржала своје последње екстремно упориште у материји симулованих уговора. Додуше неке формуле су омогућиле ублажења, посебно, активним и стваралачким приступом како теорије тако и судске праксе.

Др Марјонка Ставревска, лекар
Мр Димитар Манчев, дипл. правник
Кавадарци

АРТЕРИОСКЛЕРОЗА И ТЕСТАМЕНТАЛНА СПОСОБНОСТ

За прављење тестаментa, као и за сваку правнорелевантну изјаву воље, потребна је одређена душевна способност. То је један од начина правне заштите, коју правни поредак пружа душевно неспособним особама, зато што они нису у стању да се брину за своју личност и о својој имовини, а такођер и правна заштита особама чија су права тангирана правним располагањима душевно неспособних.

Ранији савезни Закон о наслеђивању¹ у одредби чл. 64, као способне за прављење тестаментa сматрао је лица са навршених 16 година и који су „способни за расуђивање”. На исти начин одређена је тестаментална способност и у републичким законима о наслеђивању.²

Од изложеног произлази да се за прављење тестаментa тражи мањи број година по узрасту неголи за друга правна дела, тј. да се за прављење тестаментa не тражи пунолетство (18-годишњи узраст). Под „способношћу за расуђивање” — и код опште пословне способности и код тестаменталне способности — подразумева се душевна способност за самостално и промишљено изјављивање своје воље. Оцена душевне способности није оцена личности као целина, већ оцена способности за расуђивање у конкретном случају и с обзиром на конкретну изјаву воље. За тестирање, исто као и за друга правна дела, потребна је иста душевна способност, тј. исти степен на ту способност. Значи, за лица са навршених 16 година узраста законодавац не тражи већу душевну способност од оне која се тражи од пословно способних лица (лица са навршених 18 година) када закључују друга правна дела. Другим речима, лица која праве тестамент не треба да имају неку додатну увећану

¹ Објављено у Службеном листу ФНРЈ, бр. 20/1955.

² На пример у чл. 62. Закона о наслеђивању Македоније, Сл. весник, бр. 35/1973.

способност за прављење тестаментa, различиту од оне која је потребна за друга правна дела. Према томе „способност за расуђивање” треба да се схвати као такво душевно стање тестатора при којем је он способан да схвати стварно и правно значење својих поступака, тј. да зна шта ради и какве су правне последице његовог поступка.

Неспособност за расуђивање је негација способности за расуђивање и постојала би када код тестатора постоји умоболаност, пијанство, транс, или друго стање ради којег он не може да расуђује. Способност за расуђивање треба да постоји у време прављења тестаментa. Накнадни губитак те способности и накнадно задобивање исте, немају никакав утицај за правну важност тестаментa.

За лица која су навршила 16-годишњи узраст претпоставља се да су способна за прављење тестаментa, будући да законодавац полази од претпоставке да је нормално стање таквих лица да су душевно способна за прављење тестаментa. То је фактичка претпоставка која не треба да се доказује. На ономе који тврди супротно лежи терет доказивања. Тај треба да доказује да је тестатор направио тестамент када није био способан за расуђивање.

У судској пракси срећу се многобројни спорови за редукцију тестаментa ради повреде нужног дела. За поништавање тестаментa ради непостојања тестаменталне способности исто тако има спорова, уколико се ради за својеручан тестамент или за тестамент састављен пред сведоцима. Када су у питању судски тестаменти, њихово поништавање ради неспособности тестатора за тестирање није много честа појава. Међутим, у судској пракси има и таквих случајева. Да разгледамо један такав случај.

Дотичној А. К., старој 75 година, био је састављен судски тестамент и то у канцеларији Општинског суда у К. При састављању тестаментa била су присутна двојица тестаменталних сведока. Потомци нужног наследника дотичне А. К., после њезине смрти, подигли су парницу за поништење тестаментa, сматрајући да је тестаторка, при прављењу тестаментa, боловала од артериосклерозе. Првостепени суд у парничном поступку прво је саслушао као сведока судију који је саставио тестамент, а и тестаменталне сведоке. Као вештака саслушао је лекара интернисту.

Судија који је саставио тестамент био је категоричан да је тестаторка А. К. при састављању тестаментa била способна за тестирање; била је оријентирана и свесна својих поступака. Овај сведок је изјавио и то да при састављању тестаментa није ангажирао неуропсихијатра будући да код тестаторке А. К. није приметио неке околности по којима би могло да се посумња у њезину способност за тестирање. Чак је додао да је пракса доказала да човек од 80 година може боље да расуђује од човека мање старости. Интерниста вештак потврдио је да се тестаторка још пре три године пре прављења тестаментa лечила на интерном одељењу од артериосклерозе срца са знацима лак-

шег попуштања и генерализиране артериосклерозе других органа и на мозгу. По питању артериосклерозе објаснио је да сви људи подлежу артериосклерози; да се ова болест код некога јавља у раној младости, а код неких касније. Навео је да се ова болест манифестира као старачка заборавност-деменција. На питање суда одговорио је да се не може изјаснити да ли је због ове болести тастаторка изгубила способност за расуђивање.

Првостепени суд донео је пресуду којом се спорни тестамент оглашава ништавим. У образложењу пресуде наводи се да лице које болује од артериосклерозе није способно за расуђивање и не може направити тестамент.

По жалби тужених, тј. тестаменталних наследника дотичне А. К., другостепени суд је укинуо првостепену пресуду и предмет вратио на поновно разматрање и одлучивање.³

Од досада изложеног може се рећи да је у овом случају неспорно следеће:

— тестамент који је био предмет оспоравања је судски тестамент, значи састављен од судије;

— тестаторка, при прављењу тестаamenta била је стара 75 година и болесна од артериосклерозе и

— судија који је саставио спорни тестамент саслушан као сведок потврдио је да је при састављању тестаamenta А. К. била способна за расуђивање.

Спорно је да ли лица са артериосклерозом могу да сачине тестамент, односно да ли су способни за расуђивање.

При разрешавању овог спорног питања треба да се поје од тога да је артериосклероза једноставна болест истрошења. Ипак, лице које је болесно од такве болести априори не значи да је и неспособно за расуђивање. Ипак, најчешћи важан фактор за појављивање ове болести је старост, иако ова болест захвата крвне судове, па и нервни систем, у сваком случају она не прави човека неспособним за расуђивање. Ово ради тога што постоје велике разлике у степену њезиног развитка. Због тога не може се казати да је сваки стари човек који болује од ове болести неспособан за расуђивање. Правило да је артериосклероза скоро универзална појава код старијих особа, има својих изузетака. Тако, има лица која до своје дубоке старости не болују од ове болести, као и лица испод 50 година која страдају од артериосклерозе.

Резимирајући досадашње излагање можемо закључити:

1. Артериосклероза као болест претежно код људи изнад 60-годишњег узраста, сама за себе, не може да значи и неспособност за расуђивање код тестатора.

2. При састављању судског тестаamenta, уколико је тестатор довољно оријентиран у времену и простору, уколико на постављена питања судије даје одговарајуће одговоре, без обзира на његов узраст, суд, иако може, не мора да ангажира

³ Општински суд Кавадарци: тестамент Р. бр. 288/78 од 7. VII 1978; пресуда П. бр. 76/81. од 16. II 1983. укинута решењем Окружног суда у Скопљу Гж. 3086/83. од 18. VII 1983.

вештака неуропсихијатра за оцену његове способности за расуђивање.

3. У парници за поништавање тестаментa ради неспособности расуђивања код тестатора, неуропсихијатријско вештачење је најпоузданији доказ за утврђивање чињенице да ли је тестатор у време прављења тестаментa био способан за расуђивање или није.

Страхил Пановски

саветник Народне банке Македоније, Скопје

МАТЕРИЈАЛНЕ И ФОРМАЛНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ИЗВРШНЕ ИСПРАВЕ

1. *Општа излагања*

Да би суд допустио извршење прва битна материјална претпоставка је постојање извршне исправе. Сагласно члану 16. Закона о извршном поступку као извршне исправе сматрају се: 1) извршна судска одлука и судско поравнање; 2) извршне одлуке донете у управном поступку, поравнања у управном поступку и извршна одлука у прекршајном поступку, ако гласе на испуњење новчане обавезе; 3) друге одлуке које се као извршне предвиђају законом. Поред ове Закон под одређеним условима међу организацијама удруженог рада које обављају привредну делатност допушта могућност да се одреди извршење за наплату новчаног потраживања и на основу веродостојне исправе.

Међутим, није потребно само да постоји извршна исправа, већ она мора бити подобна за извршење. Извршна исправа је подобна за извршење ако су у њој означени: поверилац и дужник, као и предмет за означање његовог вида, обима и време испуњења обавезе. Ако је извршна исправа одлука којом није одређен рок за добровољно испуњење обавезе, тај рок се одређује решењем о извршењу. Уколико извршни предлог није поднело овлашћено (активно легитимирано) лице на основу извршне исправе, на којој недостаје неко од напред одређених услова, суд је дужан по службеној дужности да одбије извршни предлог. Ако и поред недостатака у извршној исправи суд допусти извршење, дужник има право приговора. Напред изнесене претпоставке могу се груписати у формалне и материјалне претпоставке извршне исправе.

2. *Формално-правне претпоставке*

За ваљаност извршне исправе потребне су следеће формално-правне претпоставке:

— у извршној исправи да су означене странке (поверилац и дужник);

— да је означен предмет, врста и обим обавезе;

— да је означено време испуњења обавезе.

Извршење задире у доста осетљиву имовинску сферу физичког и правног лица. Због тога извршна исправа, која служи као основ извршења, мора бити тачно одређена у погледу имена односно назива повериоца и дужника. Тако, кад се ради о физичком лицу, мора бити означено његово име, презиме и тачна адреса његовог пребивалишта, а кад нема пребивалишта, његово боравиште. Кад се ради о правном лицу, треба тачно означити његову фирму, назив и њено седиште. Ова претпоставка служи да се не би догодило да се проводи извршење у корист лица које није овлашћено по извршној исправи, нити против лица које није дужник по извршној исправи. У извршном поступку суд по службеној дужности пази на активну легитимацију повериоца (Одлука Врховног суда Војводине Гж. бр. 1/60 г.). У погледу истоветности странака не сме постојати никакве сумње, нити се ова чињеница може тумачити од извршног суда. Уколико се не слаже име односно назив са именом односно називом означеним у извршној исправи, поверилац је дужан, подносећи извршни предлог, да приложи јавну или на основу закона оверену исправу са које ће доказати да се ради о истом лицу. Промена презимена физичког лица настаје најчешће закључењем или разводом брака, а промена правних лица настаје најчешће спајањем једне са другом организацијом удруженог рада. Закон о извршном поступку предвиђа да се извршење може допустити само на захтев оног лица које је као поверилац означено у извршној исправи и само против лица означеног као дужник у извршној исправи. Извршење против другог лица, а не оног које је у извршној исправи означено као дужник, може се допустити само ако јавном или јавно овереном исправом докаже да је обавеза, утврђена у извршној исправи, прешла од лица наведеног у извршној исправи на онога против кога се тражи извршење (Решење Вишег привредног суда Србије Пж. 4553/81 од 20. II 1981. године). Без решења о извршењу против наведеног другог лица извршење се на његовој имовини не може проводити на основу извршног решења издатог према дужнику означеном у извршном наслову, без обзира што је јавном или јавно овереном исправом доказано да је обавеза утврђена у извршној исправи прешла на то друго лице. Само законом могу се одредити случајеви и услови када се може допустити извршење на захтев лица које није означено у извршној исправи. Тако друштвено-политичка заједница, друштвени правобранилац самоуправљања, статутом овлашћена синдикална организација и други органи који су овлашћени да покрећу поступак пред судом удруженог рада или другим самоуправним судом, овлашћеним судом, и да покрећу поступак извршења ако је то потребно ради заштите друштвене својине

и права самоуправљања, а одлука односног суда је подобна за извршење.

Извршни наслов мора у себи да садржи предмет, врсту и обим дужне чинидбе или дужног пропуштања. Ово је један од битних елемената у садржају извршне исправе, јер од тога зависи какав вид извршења и које радње ће суд спровести у извршном поступку. Обавеза која се налаже у извршној исправи мора бити допуштима и могућа. Извршни суд није овлашћен да се упусти у основаност дужне чинидбе, већ само цени формално-правне претпоставке које се траже извршним предлогом на основу одређене извршне исправе. Испитивање извршног суда не задира у материјално-правне ствари извршне исправе већ само формално-правне природе. О утврђивању могућности обавезе њене правне могућности са гледишта јавног поретка је био дужан да цени суд који је донео извршну исправу. Суд, кад одлучује о признавању стране судске одлуке, цени да ли је страна судска одлука у сагласности са нашим јавним поретком. Домаћу извршну исправу за извршни суд представља правоснажно решено питање, па извршни суд није овлашћен оцењивати да ли је иста у сагласности са јавним поретком наше земље. Обзиром да се на основу судске одлуке извршење може тражити у доста дужем року — до десет година, поставља се питање о могућности извршења дужне чинидбе, јер се у међувремену могу више пута изменити принудни прописи. Као пример навешћемо случај ако се пресудом организације удруженог рада налаже да физичко лице преда одређени локал или товарно возило, а у међувремену се ограничи приватно власништво над овим стварима. У оваквом случају суд је овлашћен да не допусти обавезу која је у међувремену постала недопуштима. Извршна исправа у себи мора да садржи неку кондемпнацију — грађанскоправну осуду која се састоји у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу. Извршна исправа, која у себи не садржи неку кондемпнацију, није подобна за извршење. Тако правоснажна пресуда, у којој је утврђено потраживање повериоца, али која не садржи и осуду дужника да то потраживање плати повериоцу, не представља извршну исправу (Решење Врховног привредног суда Сл. 2137/62). Према томе, не може се извршити конститутивна, деклараторна пресуда или међупресуда због које је само установљено извесно правно стање, осим у погледу трошкова. Поред предмета обавезе у извршној исправи, мора бити одређена и његова врста, јер се могу тражити извршења оне врсте предмета који је означен у извршној исправи. Поред врста предмета у извршној исправи треба да буде одређен и обим предмета. Тако није подобна за извршење правоћина пресуда којом је утврђено само право тужиоца да му туженик преда на коришћење трособан комфоран стан без означања корисне површине тог стана (Решење Окружног суда у Титограду Гж. 553/78. од 19. јула 1878. године). Уколико се јави неки недостатак у погледу предмета, врсте и обима предмета, овај недостатак може одстранити само суд, односно орган који је донео

извршну исправу. Извршна исправа у којој није одређен предмет, врста и обим, није подобна за извршење. Одредбе парничног поступка о проширењу тужбеног захтева на плаћање камате на главни дуг и сл., не могу се примењивати у извршном поступку. Тако без обзира на то да ли поверилац по закону има право на ову додатну обавезу, ако иста обавеза није унесена у извршну исправу, не може се тражити извршење за њу, односно извршење се не може проширити за ово додатно потраживање. За допустивост извршења од битног значаја је садржина диспозитива пресуде, а образложење помаже у утврђивању садржаја диспозитива. Кад је образложење у колизији са диспозитивом, првенство има диспозитив пресуде.

Да би суд донео извршно решење, извршна исправа треба у себи да садржи поред повериоца, дужника, предмет, врсту, обим дужне обавезе и време испуњења дужне обавезе. Кад је извршна исправа одлука са којом није одређен рок за добровољно испуњење обавезе, овај рок одредиће суд извршним решењем (Решење Вишег привредног суда Србије Пж. 1003/81 од 16. IV 1981. године).

3. Материјално-правне претпоставке

Да би суд допустио извршење, мора потраживање да је доспело и да је протекао рок за добровољно испуњење обавезе (Решење Вишег привредног суда Хрватске Кж. 1375/79 од 30. X 1979. године). То су две основне материјално-правне претпоставке без којих не може да се донесе извршно решење. Ако нису испуњене ове претпоставке, суд ће одбити извршни предлог. Ово одбијање има привремени карактер, јер поверилац има право по извршној исправи поднети извршни предлог кад истече рок за добровољно испуњење обавезе.

Сагласно Закону о извршном поступку суд ће допустити извршење на основу извршне исправе по доспелости потраживања и по истеку рока који је у извршној исправи одређен за добровољно извршење обавезе. Сагласно одредби Закона о парничном поступку суд може наложити дужнику да изврши одређену обавезу само ако је она доспела до закључења главне расправе, односно до момента на који се односи изрека о основаности тужбеног захтева. Уколико до тог момента обавеза истакнута у тужбеном захтеву није доспела, суд ће донети пресуду којом ће тужбени захтев одбити. Правило има два изузетка када је могуће да суд пресудом задужи дужника пре доспелости, а то је код издржавања и код предаје ствари у закуп, односно најам. Кад се у пресуди налаже странки извршење неке обавезе (не и кад се налажу пропуштања и трпљења) треба у изреци пресуде одредити и рок у коме је дужна извршити обавезу — парижони рок, односно рок за добровољно испуњење обавезе. Суштина овог рока састоји се у гаранцији дужника да све док овај рок не истече, поверилац нема право тражити

извршење. Парициони рок је за повериоца и суд дилаторне природе. Парициони рок није рок за извршење процесне радње, већ рок за извршење грађанско-правне обавезе. Протеком париционог рока поверилац стиче право на принудно остварење свог потраживања у извршном поступку, мада је обавеза дужника већ раније доспела. Доспелост рока испуњења обавезе и настанак права за принудно извршење подудара се само код потраживања за која се може изрећи кондемпнаторна пресуда пре доспелости обавезе. Сагласно члану 328. Закона о парничном поступку кад се странки у пресуди налаже извршење какве чинидбе, одредиће се рок у којем је дужна ову чинидбу да изврши. Ако посебним прописима није другачије одређено, рок за извршење чинидбе износи петнаест дана, али за чинидбе које се састоје у новчаном давању суд може одредити дужи рок, уколико дужник објективно није у могућности да испуни обавезу у законском року. У меничним и чековним споровима овај рок износи осам дана. У ствари због ометања поседа због хитних ствари суд може одредити краћи рок за испуњење обавезе, ако за то има оправданих разлога. Рок за извршење чинидбе почиње да тече првог дана после достављања преписа пресуде странки, којој је наложено да изврши чинидбу.

Није редак случај остваривања потраживања повериоца по извршној исправи да је условљено од неког претходног испуњења неке повериоцеве обавезе или наступања неког услова. У овом случају поверилац, да би могао да тражи намирeње свог потраживања, дужан је претходно испунити своју обавезу или сачекати да наступи неки услов, па тек тада да подноси предлог за извршење. Заједно са извршним предлогом поверилац је дужан да приложи јавну, или по закону јавно оверену исправу, као доказ да је обавезу испунио, односно да је услов наступио. Уколико поверилац не поседује овакву исправу, треба да поведе спор и са правоснажном судском одлуком да докаже да је обавезу испунио, односно да је услов наступио.

У случају кад је дужник по извршној исправи дужан да испуни обавезу, али уз услов да се истовремено испуни обавеза према њему, суд може допустити извршење само кад поверилац поднесе доказ да је обезбеђено испуњење његове обавезе. У овом случају поверилац није дужан да своју обавезу испуни пре покретања извршног поступка, међутим, испуњење своје обавезе је дужан обезбедити. Поверилац је обезбедио испуњење своје обавезе ако је предмет обавезе положио код суда или у истом циљу поступио на други начин. У овом случају поверилац је дужан, уз извршни предлог, да поднесе доказ да је своју обавезу извршио или обезбедио њено испуњење. Претходно испуњење или обезбеђење испуњења своје обавезе поверилац је дужан доказати јавном или на основу закона јавно овереном исправом, а уколико овакве исправе не поседује, помоћу судске одлуке донете у парничном поступку.

Уколико је испуњење обавезе дужника условљено давањем изјаве воље од стране повериоца, обавеза давања изјаве

воље се сматра испуњеном кад одлука, која има својство извршне исправе, постане правоснажна.

Поверилац, подносећи извршни предлог суду који није донео извршну исправу, заједно са предлогом прилаже извршну исправу у изворнику или у овереном препису на који је стављена потврда о извршности. Судска одлука, или одлука донесена у прекршајном поступку, извршна је ако је правоснажна и ако је истекао рок за добровољно испуњење обавезе дужника. Одлука донесена у управном поступку извршна је ако је постала коначна, и ако је истекао рок за добровољно испуњење обавезе. Рок за добровољно испуњење обавезе тече од дана достављања одлуке дужника. У случају кад закон допушта да се одређена одлука изврши и пре правоснажности, клаузула о извршности није потребна. Судско поравнање извршно је кад доспе потраживање по поравнању, које се доказује са записником о поравнању. Кад доспелост није унета у записник о поравнању нити се може доказати са јавном или на основу закона овереном исправом, поверилац је дужан доспелост поравнања доказати правоснажном судском одлуком донесеном у парничном поступку. Суд по службеној дужности води рачуна о извршности извршне исправе. Неосновану потврду о извршности извршне исправе укинуће онај суд, односно орган који је одлучивао о потраживању у првом степену. Уколико се догоди да је суд био у заблуди, па је допустио извршење на основу извршне исправе која није извршна, суд ће по службеној дужности или по приговору дужника обуставити извршење и укинуће спровођене радње.

Иво Кораћ—Мр Ивица Крамарић: ПРИРУЧНИК ОБРАЗАЦА — ПОДНЕСАКА И АКТА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ Прва књига, Издање „Информатор“, Загреб, 1983.

Ова књига наставља најбољу традицију, али је и унијела доста новине и актуелности. Послије књиге Младена Белчића: *Приручник образаца за практичну примјену закона о кривичном поступку*, што га је објавила Биротехника у Загребу прије двадесет и три године, и запажене књиге дра Бранка Петрића, судије Врховног суда САП Војводине, књига Кораћа и Крамарића представља значајан допринос нашој процесуалистичкој литератури.

Будући да су књиге Младена Белчића и Бранка Петрића већ давно распродате и представљају ријеткост, то се недостатак ове врсте литературе за потребе правника (у свим профилима) осјећа већ дуже времена, а то нарочито из ових разлога:

— кроз протекло раздобље, може се слободно казати, за скоро преко 90% измијенила се кадровска структура у кривичном правосудју (судству, јавном тужилаштву, адвокатури), органима унутрашњих послова, инспекцијским службама, саставу судија за прекршаје, и Служби друштвеног књиговодства;

— даље, у протеклом раздобљу, у зависности од општих друштвено-политичких кретања у правцу револуционарног преображавања друштва у социјалистичку самоуправну организовану заједницу, у области кривичног права збиле су се бројне значајне и квалитетне промјене, које се нужно рефлектирају и на подручју обликовања кривично-процесних саставака (поднесака и аката), што је све видљиво из садржа-

ја овог првог тома споменути књиге;

— у споменутом временском интервалу јасно је евидентиран интензиван рад у теорији и судској пракси на усмјеравању примјене кривично-процесних одредаба у складу с најсавременијим достигнућима из области интердисциплинарних кривично-правних подручја (криминологије, криминалистике, судске медицине, судске психијатрије, психопатологије, педологије, психологије, педагогије, итд.), те судске праксе у свијету као и специфичним потребама и циљевима нашег друштва. Све то представља само један од више разлога у прилог оправдању да се приступи издавању једног посве новог приручника (или водића) за практичну примјену прописа из области кривичног процесног права, умјесто репринт издања или измијењеног и допуњеног издања споменутог *Приручника* из 1961. године, којег је саставио сада већ покојни Младен Белчић и прије неколико година свој запажени *Приручник* др Бранко Петрић.

Ова књига која је својеврсна синтеза савремене правне теорије (процесуалистике) и судске праксе садржи преко 150 најразличитијих врста образаца (поднесака и аката), а цјелокупна материја је иначе подијељена у два основна дијела:

Први дио садржи општа разматрања о поднесцима и актима у кривичном поступку и о начину њихова конципирања, уз помоћ образаца.

Други дио (овог првог тома споменуће књиге) садржи примјерке образаца за кривично-процесне састојке (Опште одредбе и претходни поступак).

Поред општих методолошких упута и објашњења о начину састављања образаца у првом дијелу, у другом дијелу овог првог тома књиге, уз већину типских поднесака и аката, дане су додатне упуте специфичног карактера за поједине састојке. На овај начин приступ излагању материје знатно се разликује од свих до сада публикованих књига ове врсте у нас. *Spiritus agens* таквом методу обраде прикупљене грађе у максималном степену подцртава унутрашњу кохеренцију, међусобну повезаност, увјетованост и међузависност, иначе врло различитих кривично-процесних института.

Ова књига је свакако резултат вишегодишњег проучавања судске праксе аутора (нарочито на подручју СР Хрватске), а особито проблематике методологије саставака поднесака и аката у кривичном поступку. Стога је и нова и савреме-

ма, а као таква и актуелна и функционална у смислу бољег провођења културе рада у судству и другим органима који контактирају са правосудним органима на подручју кривичног поступка.

Ускоро треба из штампе изаћи и друга књига истих аутора, за коју се може претпоставити да ће користити у раду свих кадрова у области кривичног правосуђа, адвокатури, радницима органа унутрашњих послова, судијама за прекршаје, као и правницима у нашим радним организацијама и установама, те самоуправним организацијама и другим заједницама, а чак и ширем аудиторију грађана који долазе у контакт с проблемима у области кривичног процесног права.

Овај својеврсни водич кроз наш кривични поступак доказује како се корисно могу прожимати теорија и савремена пракса правосуђа, адвокатури, јавног тужилаштва и других актера у кривичном поступку.

Др Драго Ј. Станковић

ГРАБАНСКО ПРАВО

Тужба за повраћај поседа стеченог у поступку комасације или арондације (надлежност, легитимација, правни основ...)

Није основан навод жалбе да је у поступку комасације као што је овде случај, редован суд апсолутно ненадлежан. Наиме, у смислу чл. 52. Закона о комасацији и арондацији учесници комасације примају земљиште из комасационе масе у посед и својину по правоснажности решења о расподели ове масе. Предају земљишта, зграда и других објеката из комасационе масе врши комисија. Чл. 53. истог законског прописа одређује да на основу пристанка већине учесника комасације комисија може извршити привремену примопредају земљишта, зграда и других објеката из комасационе масе и пре доношења о расподели комасационе масе. Привремену примопредају комисија не може извршити пре него што учеснику комасације не саопшти одлуку које му се земљиште из комасационе масе привремено додељује и не одлучи о приговору на ту доделу. Приговор се може изјавити у року од 8 дана од дана саопштења. Правилно је првостепени суд у побијаној одлуци утврдио да је комисија за комасацију извршила привремену предају земљишта у поступку комасације свим учесницима комасације. Комисија је извршила све дужне радње, међутим, првостепени суд је правилно утврдио да је тужени након увођења тужиоца у привремени посед, поново у јесен 1982. год. преузео спорну парцелу и то пошто ју је тужилац преорао и намеравао да засеје. Дакле, ову радњу је тужени обавио мимо поступка комасације и тужилац има право да се обрати редовном суду са захтевом

за предају поседа. За овакву врсту спора надлежан је редован суд.

Такође не стоји навод жалбе да је промашена пасивна и активна легитимација странака. Све што је изнето и речено у вези првог жалбеног навода важи и за овај навод, с тим што је правилно првостепени суд утврдио да тужилац има основ по коме држи посед спорног земљишта, макар и привремено; да тај основ није поништен; да с друге стране тужени нема никакав основ за посед овог земљишта, из чега произилази да је тужилац активно легитимисан а тужени пасивно легитимисан у овом спору.

(Виши суд у Н. Саду, Гж. 2453/83)

*

Обавеза плаћања накнаде за изношење смећа из стамбених и пословних просторија терети њихове кориснике

По становишту овог суда, обавеза на плаћање накнаде за изношење смећа у смислу чл. 29. и 30. Одлуке о одржавању чистоће Општине Нови Сад, терети како кориснике стамбених зграда тако и пословних зграда и пословних просторија, без обзира на то да ли је смеће стварно изношено или не. Наиме, организација за чистоћу дужна је да износи сво кућно смеће које су корисници стамбених и пословних зграда и пословних просторија у смислу прописа (горе цитиране одлуке) изнели и поставили на одређено место (чл. 18. до 21. Одлуке). Није основано позивање судова првог и другог степена да тужени није са тужиоцем уговорио изношење отпада из његове столарске радионице,

као и да тужилац (чистоћа) овакве отпатке није износио.

Ово због тога што се у овом случају не ради о накнади за изношење индустријских отпадака који не спадају у кућно смеће, него о накнади за кућно смеће а кућно смеће се ствара и постоји свуда где људи живе и раде. Због тога су у смислу наведене Одлуке корисници из станова и пословних зграда и пословних просторија обвезници за плаћање накнаде за изношење кућног смећа. Погрешно нижестепени судови тумаче чл. 17. Одлуке, према коме би се о кућном смећу радило само када су у питању стамбене зграде и станови и да обавеза плаћања накнаде постоји само када се ради о оваквим просторијама. Напротив, већ из чл. 17. Одлуке, произилази да се ради о обе категорије просторија (и стамбеним и пословним), јер уколико не би тако било, не би било ни потребе да се у чл. 17. изјуму из кућног смећа „индустријски отпаци и отпаци из пословних зграда и просторија” јер је очигледно да се оваква врста отпада не ствара у стамбеним зградама. Но поред тога, обавеза на плаћање накнаде за изношење кућног смећа јасно је стипулисана у одредбама ст. 4. и 5. чл. 29. и 31. Одлуке и то како на кориснике станова и стамбених просторија тако и на кориснике пословних зграда и пословних просторија.

(Врховни суд Војводине, Гзз. 13/83)

*

Право на просечну закупнину код усменог уговора о закупу пољопривредног земљишта постоји уколико је уговор фактички и извршен

По одредбама Закона о искоришћавању пољопривредног земљишта одређено је да уговор о закупу пољопривредног земљишта мора бити сачињен у писменом облику и да је забрањено давање или узимање у закуп пољопривредног земљишта без уговора у писменом облику (чл. 41), тако да забрањени уговор као противзаконит не представља ваљан основ за потраживање закупнине. Међутим, сама чињеница да је уговор о закупу извршен даје основ

тужиоцу да захтева закупнину у висини просечне закупнине у насељеном месту.

(Виши суд у Н. Саду, Гж. 2564/83)

*

Код уговора о индивидуалном и колективном осигурању (за случај смрти или телесног оштећења) примењују се правила о подељеној одговорности без обзира на правила осигуравајућих организација о искључењу одговорности у ситуацији када је осигураник знао за алкохолисаност возача

Погрешно је првостепени суд закључио да тужиоцу не припада право на исплату накнаде по основу личног и колективног осигурања, позивајући се на општа правила за осигурање живота са посебним правилима за допунско осигурање од последице несрећног случаја (незгоде), јер без обзира што чл. 5. тач. 2. наведених Правила предвиђа да су искључене и све обавезе осигуравача ако је наведеним апаратима и возилима управљао возач под утицајем алкохола а осигуранику је ова чињеница била позната изјезв у јавном превозу. У случају подељене одговорности осигуравајућа организација ослобађа се само оног дела који је сразмеран кривици осигураника. У конкретном случају је утврђено да је до незгоде, у којој је тужилац задобио тешке телесне повреде из којих је наступио инвалидитет, дошло пропустом возача који је био у алкохолисаном стању и пропустом возача аутобуса, да се ради о подељеној одговорности у једнакој сразмери. Стога је тужени одговоран за део осигурачког случаја који потиче од кривице возача аутобуса а ослобађа се од обавезе сразмерно кривици осигураника због алкохолисаности. Иначе, тужбачева кривица се огледа у томе што је возилом управљао возач под утицајем алкохола а њему је ова чињеница била позната јер се радило о степену пијанства који је јасно уочљив за околину а који је првостепени суд утврдио на основу правилне оцене изведених доказа, па стога тужилац жалбом неосновано побија овакво утврђење првостепеног суда које при-

хвата и овај другостепени суд. Према томе, тужилац је за саобраћајну незгоду одговоран колико и возач путничког аутомобила, стога је за сразмерни део ове кривице тужени ослобођен од плаћања накнаде. Неосновано зато тужилац сматра да му припада право на исплату целе уговорене суме по колективном и личном осигурању али основано жалба указује да због подељене одговорности тужиоцу припада део накнаде. Имајући у виду да је до осигураног случаја дошло услед пропуста у вожњи алкохолизованог возача а тужилац је пристао да га такав возач вози, стога је одговоран за насталу незгоду колико и возач путничког аутомобила.

(Виши суд у Н. Саду, Гж. 2023/83)

*

Могућност подизања кондемпнаторне тужбе искључује тужбу за утврђење због недостатка правног интереса

Из списка и побијаног решења произилази, да тужитељ I реда тражи накнаду материјалне и нематеријалне штете, а тужитељи II и III реда траже материјалну штету као осигуравачи тужитеља I р. и његове сада пок. супруге, из саобраћајног удеса који се догодио 15. септембра 1979. год., али само утврђење да постоји обавеза накнаде штете од стране туженог у висини од 80%.

Правилно је првостепени суд закључио, да не постоји правни интерес за подизање тужбе за утврђење из разлога што се остваривање заштите тужитељевих права може постићи кондемпнаторном тужбом. Одлучујући о кондемпнаторном захтеву прејудичијално се утврђује постојање правног односа који се заснива на проузроковању штете. Тужилац може у тужби тражити, да се само утврди постојање, односно непостојање неког права или правног односа, или истинитост, односно неистинитост неке исправе. Оваква тужба може се подићи када је то посебним прописима предвиђено, кад тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно непостојање неког пра-

ва или правног односа, или истинитост односно неистинитост неке исправе пре доспелости захтева за чинидабу из истог односа, или кад тужилац има неки други правни интерес за подизање овакве тужбе (чл. 187, ст. 1. и 2. ЗПП-а).

И по оцени овог другостепеног суда не постоји правни интерес за подизање тужбе за утврђење, јер могућност подизања кондемпнаторне тужбе искључује подизање тужбе за утврђење.

Неосновано стога тужитељи жалбом побијају решење, сматрајући да постоји правни интерес, а такође не стоји ни жалбени навод да би се могло радити о међупресуди. До доношења међупресуде може доћи само у случају када се подноси кондемпнаторна тужба и то ако је тужени оспорио и основ тужбеног захтева и износ тужбеног захтева, а у погледу основа ствар је сазрела за доношење одлуке, суд може из разлога целисходности да донесе прво пресуду само у основу тужбеног захтева. До правоснажности међупресуде суд ће застати са расправљањем о износу тужбеног захтева (чл. 330. ЗПП-а).

(Виши суд у Н. Саду, Гж. 2171/83)

*

Тужба за заштиту права својине (rei vindicatio) не застарева

Рок од 3 године, према правним правилима бившег Закона о земљишним књигама, односи се на улагање приговора у поступку обнове земљишне књиге. Пропуштањем улагања тог приговора у поступку обнове земљишне књиге не значи да су тужитељи пропустили и рок за подношење ове тужбе, којом захтевају од тужених да им врате њихово земљиште, за које тврде да су власници. То право према члану 37. Закона о основним својинско-правним односима не застарева. Из тих разлога је жалба тужитеља усвојена и првостепена пресуда укинута.

(Виши суд у Н. Саду, Гж. 156/83)

Накнада штете за умањену животну активност — урачунавање капитализиране инвалидине

Што се тиче накнаде за умањену животну активност овај суд налази да је правилно утврђење I степеног суда да тужиоцу припада, да није било подељене одговорности, 87.500 динара, а обзиром на утврђену подељену одговорност 70.000 динара. Међутим, правилно је I степени суд поступио утврдивши да тужиоц прима на име телесног оштећења (инвалидину) износ од 519,53 динара месечно, те је правилно поступио кад је путем вештака актуара по принципу морталитетних таблица установио да ће тужилац по

овом основу примити 84.260,13 динара и правилно је поступио када је извршио обрачун ове накнаде коју прима по основу телесног оштећења са износом који би му припао по основу умањене животне активности, те пошто је утврдио да ће добити већи износ на име накнаде за телесно оштећење утврђене у месечном износу од накнаде за умањену животну активност па је правилно учинио I степени суд када је тужиоца са постављеним захтевом накнаде за умањену животну активност одбио.

(Виши суд у Н. Саду, Гж. 1969/83)

**Праксу приредио
Светозар Добросављев**

ИЗ СЕДНИЦЕ УПРАВНОГ ОДБОРА

На седници Управног одбора, одржаној 28. X 1983. године, донета су следећа решења:

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

2. Узет је на знање извештај секретара Управног одбора о стању финансијских средстава Адвокатске коморе Војводине.

3. Решењем број 385/83 уписује се у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Милан Васиљевић, са седиштем адвокатске канцеларије у Кули, Маршала Тита бр. 137, а са даном 1. новембар 1983. године.

4. Решењем број 437/83 уписује се у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Ковачевић Бошко, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Ул. Соње Маринковић бр. 5, а са даном 1. новембар 1983. године.

5. Решењем број 425/83 уписује се у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Недељковић Наталија, са седиштем адвокатске канцеларије у Сремској Митровици. Ул. Бориса Кидрича бр. 23, а са даном 1. новембар 1983. године.

6. Решењем број 421/83 уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Лугоња Драгана, са адвокатско-приправничком вежбом код Мијовић Миодрага, адвоката у Ковину, а са даном 1. новембра 1983. године.

7. Решењем број 435/83 уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Милашевић Зоран, са адвокатско-приправничком вежбом код Попадић мр Војислава, адвоката у Адвокатском бироу, а са даном 1. новембар 1983. године.

8. Решењем број 434/83 уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Орељ Зоран, са адвокатско-приправничком вежбом код Николе Пецовског, адвоката у Апатину, са даном 1. новембар 1983. године.

9. Решењем број 420/83 уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Петровић Павле, са адвокатско-приправничком вежбом код Петровић Светислава, адвоката у Суботици, са даном 28. октобар 1983. године.

10. Решењем број 438/83 уписује се у Именик адвокатских приправника Александар Кравић, са адвокатско-приправничком вежбом код Хо-

ровиц Владимира, адвоката у Новом Саду, а са даном 1. новембар 1983. године.

11. Решењем број 432/83 уписује се у Именик адвокатских приправника Бачвански Борис, са адвокатско-приправничком вежбом код Бети Станка, адвоката у Новом Саду, са даном 1. новембар 1983. године.

12. Решењем број 441/83 уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Лаза Викторија са адвокатско-приправничком вежбом код Ивана Бркића, адвоката у Новом Саду, са 1. новембром 1983. године, ради настављања адвокатско-приправничке вежбе, започете на територији Адвокатске коморе Србије.

13. Решењем број 419/83 узима се на знање да је Милорад Кркљуш, адвокат из Новог Сада, отишао на одслужење војног рока, те му од 7. октобра 1983. године мирују сва права и обавезе.

14. Решењем број 440/83 брише се из Именика адвоката Милошев Н. Момчило, адвокат из Србобрана, са даном 1. XI 1983. године. За преузиматеља одређен је Живојин Попглигорин, адвокат из Србобрана.

*Управни одбор
Адвокатске коморе Војводине*

Уређивачки савет:

Председник:

Никола Вујашиковић

судија Уставног суда Војводине

Светозар Дракулић, заменик јавног правобраниоца Војводине, *Антоније Борић*, 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 Новом Саду, *Душан Мићић*, заменик секретара СИЗ-а за научни рад Војводине, *Светозар Николић*, судија Врховног суда Војводине у пензији, *Милан Рапајић*, адвокат у пензији из Новог Сада, *Војислав Раишевић*, адвокат у Сремској Митровици, *Ласло Цабафи*, директор Кадровског и општег сектора фабрике каучука у оснивању, Зрењанин, *др Петар Шарчевић*, ванредни професор Правног факултета на Ријечи, *Душан Шипка*, председник Општинског суда у Пландишту

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 Здејлар*, 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/І. — Телефон: 29-459. Годишња претплата 600.— дин. Претплата за иностранство 48 долара. Цена једног броја 60.— дин.

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

У издавању часописа учествује и Самоуправна интересна заједница за научни рад Војводине

На основу мишљења Покрајинског секретаријата за образовање, науку и културу САНВ бр. 418—18 од 23. маја 1973. године. *Гласник* је стручна публикација ослобођена основног и посебног пореза на промет.

РО Штампарија „Будућност”, Шумадијска 12, Нови Сад

