

ГЛАСНИК

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

LV год. од изласка
XXXII год. непрекидног издажења

Нови Сад, фебруар 1983
Број 2

САДРЖАЈ

АДВОКАТУРА И ДРУШТВО

РЕФЕРАТИ

одржани на Конференцији Савеза републичких и
покрајинских адвокатских комора Југославије
(Н. Сад, 15. и 16. X 1982)

Драгослав Трнинић

Нека питања развоја самоуправља-
ња у адвокатури

Илија Марков

Образовање и стручно усавршава-
ње кадрова у адвокатури

ЧЛАНЦИ И РАСПРАВЕ

Др Јожеф Салма

Заобилазни (фраудолозни) облига-
циони уговори (наставак)

Слободан Годоровић

Потреба за аутентичним тумаче-
њем Закона о арондацији и кома-
сацији пољопривредног и шумс-
ког земљишта

ПРАВНА ПРАКСА

Из Билтена судске праксе (бр. 6)
Врховног суда Војводине

ПРИКАЗ

Проф. др Момчило Грубач

Владимир Бајер: „Уговор с ђав-
лом”

IN MEMORIAM

Слободан Антић

Синиша Поп-Митић

Милорад Ботић

Сава Еремић

Г Л А С Н И К

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

LV год. од изласка
XXXII год. непрекидног излажења

Нови Сад, фебруар 1983
Број 2

АДВОКАТУРА И ДРУШТВО

РЕФЕРАТИ

*одржани на Конференцији Савеза републичких и покрајинских
адвокатских комора Југославије*

(Нови Сад, 15. и 16. октобар 1982)

Драгослав Трнинић
председник Адвокатске коморе Србије

НЕКА ПИТАЊА РАЗВОЈА САМОУПРАВЉАЊА У АДВОКАТУРИ

Адвокатура је самостална друштвена служба за пружање правне помоћи грађанима и организацијама у остваривању права и заштити њихових интереса заснованих на закону. Из таквог уставног и законског одређења адвокатуре произлазе не само њена права (и права адвоката као лица која је обављају) већ и значајне друштвене обавезе — адвокатура је постала неодојиви део укупног самоуправног механизма наше друштвене заједнице, па стога мора носити и део друштвених одговорности за укупан развој друштва.

Због тога се самоуправљање у адвокатури испољава у два правца — унутар саме организације адвоката и као део укупног самоуправног механизма друштвене заједнице у целини, иако се они често преплићу и међусобно условљавају.

У досадашњим расправама на оваквим и сличним скуповима адвокатура се бавила развојем самоуправљања у својој организацији, истичући, с правом, да сопственим развојем доприноси развој друштва у целини. Иако ће и у овом излагању бити речи углавном о томе, прилика је да јасно истакнемо —

да адвокатура као друштвена служба носи део одговорности и за укупан друштвени развој и да почнемо прве кораке који таква наша опредељења на недвосмислен начин потврђују.

Развој социјалистичких самоуправних односа у друштву раба најразличитије могућности за развој самоуправљања у адвокатури. Када је реч о самоуправљању унутар саме адвокатске организације, опет смо у ситуацији да констатујемо његово испољавање у два правца. Први, условно речено, у домену управљања који се односе на вршење функција јавно-правних овлашћења (упис у именик адвоката, вођење дисциплинског поступка, доношење нормативних аката којима се уређује унутрашња организација адвокатури итд.), у чему се, у ранијем периоду, ако не у потпуности оно претежним делом, испољавала самоуправност — аутономија адвокатури, и други, који се односи, опет условно речено, на подручје уређења суштина самоуправних односа међу адвокатима унутар адвокатури као самоуправне организације.

Овако конципирана прва сфера самоуправних односа, прешавши фазу друштвеног управљања у адвокатури, у постојећим републичким и покрајинским законима развијена је до максимума. Изузетак чини подручје утврђивања награде за рад адвоката, што је још увек везано за сагласност одговарајућих републичких и покрајинских органа. Сагласност на статут коморе и надлежност врховних судова за оцењивање законитости одлука о одбијању уписа или брисања из именика адвоката вероватно ће остати и у будућности, што је у складу с општим положајем самоуправних организација и установа и што не бисмо могли означити као ограничавање самоуправних права адвоката.

У последњем периоду, међутим, све чешће се могу чути тврдње о потреби „подруштвљавања адвокатури“, „ширем отварању адвокатури према друштву“ и сл. Иако се овим појмовима магловито и недоречено оперише, све чешће се конкретизација тих идеја тражи у увођењу у самоуправне механизме адвокатури, чинилаца изван њених редова у било којој форми. У СР Словенији то је већ добило снагу закона. Наше је да недвосмислено кажемо: такав правац и развој самоуправљања у адвокатури је корак назад, јер, у суштини, представља враћање на стари период друштвеног управљања у адвокатури. Да бисмо извршили свој задатак, дужни смо да кажемо и нешто више од тога, а пре свега да јасно означимо правце даљег развоја самоуправљања у адвокатури, јер је већ одавно постало јасно да се о адвокатури не може више размишљати на стари начин и на релацијама које су произилазиле из ранијих друштвених односа.

Подруштвљавање адвокатури, ако је тај појам уопште погодан да изрази оно што под тим треба подразумевати, може се остварити, пре свега, јачањем (па и проширивањем) функција адвокатури у њеном непосредном испољавању при пружању правне помоћи грађанима и организацијама, а затим у јачању друштвене улоге адвокатури као организоване друштвене снаге,

у првом реду у домену њених друштвених одговорности за укупан друштвени развој.

Прво питање подразумева потребу да се преиспита положај адвоката као стручног помоћника странке у остваривању права и заштити њених интереса заснованих на закону и подизање те функције на виши ниво, јер иако то на први поглед може да личи на захтев за некаквим привилегованим процесним положајем адвоката, не може бити никакве сумње да би јачање њиховог процесног положаја значило већу гаранцију странкама у остваривању права и заштити њихових интереса заснованих на закону. Но, о овом питању другом приликом.

Јачање друштвене улоге адвокатури у извршавању њених обавеза и одговорности за укупан друштвени развој веома је добар пут за тзв. подруштвљавање адвокатури. Постојећи закони већ садрже право и обавезу адвокатури да прати друштвене појаве не само у области пружања правне помоћи већ и у примени закона у целини и да о томе обавештава скупштине друштвено-политичких заједница и предлаже одговарајуће мере. То, међутим, није, нити сме остати, једини начин утицаја адвокатури као организоване друштвене снаге на укупан друштвени развој. На жалост, морамо констатовати да се адвокатура тим својим правом до сада није користила, а то значи да није извршавала овај део својих друштвених обавеза. Иако, бар у почетку, не треба да очекујемо неке спектакуларне резултате, неопходно је започињање активности у овом правцу.

Када је реч о такозваном ширем отварању друштва према адвокатури и обрнуто, треба одмах рећи да то, пре свега, претпоставља радикалније разрешавање egzистенцијалних питања адвокатури, а затим указивање већег поверења адвокатима њиховим избором у различите друштвене и стручне органе — савете, комисије итд., а посебно придавањем већег значаја мишљењима, сугестијама и предлозима адвокатских организација како у нормативној делатности тако и у разрешавању практичних проблема друштвене заједнице у целини.

У разрешавању egzистенцијалних питања адвокатури мора се већ једном отклонити несклад између њеног уставног положаја и стварног стања у коме се налазе адвокати као лица која врше друштвену службу. Пошто материјални положај адвоката представља посебну тему на овом скупу, за илустрацију овог несклада рећи ћемо само следеће: у СР Србији је већ израђен Нацрт закона о пензијском и инвалидском осигурању адвоката, са полазним основама да адвокати као осигураници спадају у групу са свим осталим самосталним занимањима и професионалним делатностима, па, следствено томе, треба да буду чланови посебне заједнице осигураника тих самосталних занимања и професионалних делатности, дакле искључени из досадашње заједнице осигурања радника. А цео проблем своди се на једно питање и сасвим јасан одговор: да ли је адвокатура самостално професионално занимање коме је поверено вршење друштвене службе — или је пак она друштвена служба која се, због своје

специфичности самостално обавља? Не верујем да би било ко у овој земљи могао да заговара прву тезу, јер би тиме директно срозавао значај права грађана и организација и њихових интереса заснованих на закону самом чињеницом што стручну помоћ у остваривању тих права поверава приватној професионалној делатности. Па ипак, када је реч о тако значајном питању као што је пензијско и инвалидско осигурање адвоката, полази се управо од тога — да је адвокатура самостална професионална делатност, а не друштвена служба.

Јер, ако би код разних стручних служби, стварних иницијатора и носилаца најразличитијих законодавних активности, које социјализам кроје по својој мери, онако како га оне виде и желе, већ једном стало у главу да адвокатура није друштвена служба само зато што је то на једном месту у Уставу изричито записано, већ да она то мора бити, не због адвоката, већ због грађана (и организација) којима они помажу у остваривању и заштити интереса заснованих на закону и значаја који самоуправна социјалистичка заједница мора придавати остваривању тих права, ако жели да заиста буде и самоуправна и социјалистичка заједница радних људи у којој радни човек, његова слобода, права и законом заштићени интереси представљају окосницу целокупног друштвеног система — тада би био сувишан сваки разговор о томе где спадају адвокати као осигураници пензијског и инвалидског осигурања.

Наравно, не може бити речи само о ставовима појединих друштвених чинилаца, који, преточени у практична животна решења, одударају од стварног уставног положаја адвокатуре. Изналажење правих решења, бржи и пунији развој самоуправљања у адвокатури, захтева неупоредиво знатније ангажовање на заједничким друштвеним пословима и адвоката као појединаца и адвокатуре као организоване друштвене снаге у развијању осећања код адвоката да су они, и као појединци и као организација, одговорни и за укупан друштвени развој.

Следствено томе, адвокатура се може шире отворати према друштву не увођењем у управљање адвокатуром и чинилаца изван ње, већ предузимањем активности које, у најужем смислу, представљају друштвени посао. Примера ради истичемо:

Друштвено-политичке заједнице су Уставом обавезне да стварају услове за пружање правне помоћи преко адвокатуре као самосталне друштвене службе и других видова правне помоћи. Друштвено-политичке заједнице и њихове обавезе биле би најобичнија фикција ако иза тога не би стајали најразличитији органи и друштвене службе који остварују уставне обавезе друштвено-политичких заједница.

Ако стојимо пред чињеницом да у не тако малом броју седишта општинских судова (о седиштима општина да и не говоримо) нема ниједног адвоката нити било какве друге правне помоћи, тада морамо констатовати да друштвено-политичке заједнице на овим подручјима нису извршиле своје уставне обавезе о обезбеђивању услова за пружање правне помоћи. Мора-

мо исто тако констатовати да, у вези с овим, и адвокатура као друштвена служба није извршила своје друштвене обавезе самом чињеницом што се до сада понашала тако као да је то питање у чијем разрешавању она нема баш никакву улогу. Непостојање посебних овлашћења и обавеза за адвокатуру у том правцу не може бити оправдање. Били смо обавезни да на тим овлашћењима инсистирамо и да их „отимамо“, иако се и у оквиру садашњих решења могло доста учинити. Не може бити никакве сумње да је адвокатура као друштвена служба, ако не искључиво, оно бар једним делом друштвено одговорна за своје постојање у свим срединама где је то неопходно.

У вези са овим треба одмах јасно рећи да овакве активности, ако не би биле постављене у духу са суштином функције адвокатуре, могу адвокатуру да повуку у бирократске воде. Ако би се то допустило, штета би била неупоредиво већа од користи. То се стално мора имати на уму. Због тога адвокатура не може нити сме на било који начин и у било ком обиму да постане државни орган, нити да преузме његове функције.

То, наравно, није све. Има још простора у коме се адвокатура може испољавати као друштвена служба у ужем смислу те речи, а да тиме не доведе у питање свој основни постулат — самосталност и независност адвоката у обављању адвокатуре. Кад једном кренемо у том правцу, пракса ће сама отворати нове путеве. Стога закључујемо да би само правилним разрешавањем егзистенцијалних питања адвокатуре друштвена заједница могла да врши суштинско подруштвљавање адвокатуре довођењем стварног друштвено-економског положаја адвоката у склад са друштвено-економским положајем радника у другим друштвеним службама и делатностима и на тај начин директно врши утицај на развој адвокатуре. С друге стране, и вршењем послова од заједничког друштвеног интереса у ужем смислу речи, адвокатура би утицала на развој друштва у целини, па би и на тај начин постала још друштвенија, ако се тако уопште може говорити.

Све ово захтева неупоредиво знатније ангажовање адвоката као појединца и адвокатуре као организоване друштвене снаге на друштвеним пословима у ужем смислу речи и у знатној мери повећава одговорност адвокатуре за укупан друштвени развој. На тај начин би понекад искривљено виђена и презентирана теза о потреби подруштвљавања адвокатуре и већем утицају друштва на адвокатуру добили стварну основу и неопходну животну снагу, а путеви за даљи развој адвокатуре били би јасно обележени.

Друго подручје, условно речено, уређења суштине самоуправних односа међу адвокатима је исто тако значајно поље активности, не само због тога што би требало да доведе до нових решења и односа међу адвокатима и у адвокатури, иако не сасвим и у свему нових, већ и због тога што у овом моменту представља најшири простор за даљи развој самоуправних односа у адвокатури.

Организовање једног броја појединаца у било какву организацију претпоставља постојање њиховог заједничког интереса да створе такву организацију. Организовани појединци преко своје организације исказују и остварују своје заједничке циљеве и интересе према другим појединцима и организацијама, већим или мањим, укључујући и државу као најсложеније организовану друштвену заједницу.

Међутим, у савременом свету међусобна условљеност организација, чак и оних које, на први поглед, немају никакве везе једна са другом, и утицај државе или, ако то боље звучи, друштвено-политичке заједнице као најсложеније организације на живот и рад сваког појединца, без обзира колико он изгледао индивидуалан и о себи мислио да је независан од других, толики је да ниједна организација, без обзира на величину и снагу, не може трајније опстати штитећи само уске интересе својих чланова, ако при том не води рачуна и о интересима шире целине у којој постоји, тј. ако, условно речено, истовремено не води и политику државе као најсложеније организоване друштвене заједнице. Иако је ово, пре свега по спољним манифестацијама, нарочито видљиво у земљама социјалистичког система, тај и такав утицај државе и у најразвијенијим капиталистичким земљама је толики и, неумитно, сваког дана постаје све већи, ма колико се најортодокснији заговорници капитализма позивали на свемогућу формулу приватне иницијативе и друге његове неприкосновене атрибуте.

С друге стране, ниједна организација трајнијег карактера није, нити може да буде, само прост збир појединачних интереса својих чланова. Стварајући једну организацију, појединци самом том чињеницом прихватају да се и њихови појединачни интереси процењују у новим димензијама, кроз призму интереса организација као целине, која, како је напред већ речено, мора да води рачуна и о интересима шире целине у којој постоји.

Имајући све то у виду, морамо закључити да адвокатска комора, изражавајући најшире интересе својих чланова, не може то чинити а да истовремено тиме не отелотворује и најшире интересе наше самоуправне социјалистичке друштвене заједнице. Стога адвокатску комору као организацију адвоката морамо узети не само као представника својих чланова према другим појединцима и организацијама, укључујући и најширу друштвено-политичку заједницу, већ и као представника друштвено-политичке заједнице према својим члановима. Ова друга функција адвокатске коморе у нашим условима постаје наглашенија чињеницом да је адвокатура друштвена служба. Друштвена одговорност адвокатуре за извршавање ове функције је тим већа што је адвокатура самосталнија, тј. самостална друштвена служба.

Када о овим питањима расправљају, адвокати су, у извесној мери, мање или више оптерећени размишљањима о самосталности адвокатуре и независности адвоката у њеном обављању,

изражавајући често бојазан да се неким несмотреним поступком не доведу у питање ови неприкосновени постулати адвокатуре. И то је добро. То се стално мора имати на уму. Међутим, то не може бити оправдање за тапкање у месту и заостајање, јер, како то животно искуство показује — ко заостаје, њега шибају, понекад и у буквалном смислу речи.

Прилика је да о свему овоме више кажемо.

Неопходна самосталност и независност адвоката у вршењу адвокатуре није нити може да значи неодговорност адвоката према било коме за оно што ради и како то чини. Иако се у овом правцу може радити пре свега о личној одговорности сваког појединца, више се не може заобилазити одговорност адвокатуре као организоване друштвене снаге за успешно вршење адвокатуре у целини. Очигледно је да се само вођењем дисциплинског поступка према својим члановима обавезе адвокатуре као организације не исцрпљују. Неопходно је изнаћи самоуправне механизме који обезбеђују померање напред у вршењу адвокатуре, без нарушавања неопходне самосталности и независности адвоката.

Адвокатура као организована друштвена снага може да се искаже само ако заиста као таква постоји и делује. Постојање било какве организације условљено је, како је напред већ речено, постојањем заједничких интереса оних који је чине. Не занемарујући утицај других интереса не може бити сумње да су заједнички материјални интереси најјача кохезиона снага у било којој организацији. Постојање заједничких материјалних интереса са своје стране претпоставља оваплоћење принципа узајамности и међусобне солидарности, што је, иначе, једна од основних полуга самоуправно организованог социјалистичког друштва. Стога адвокатска комора мора, на неки начин, да постане *suī generis* организација удруженог рада, у којој би се сви заједнички интереси адвоката њених чланова исказивали на принципима узајамности и међусобне солидарности у максимално могућој мери.

Заједничка средства свих адвоката за изградњу станова, а пре свега пословног простора за адвокатске канцеларије, што би била друштвена имовина, чији би орган управљања била адвокатска комора, један је од начина за померање напред самоуправних односа у адвокатури управо на принципима узајамности и солидарности међу адвокатима.

Фонд за допунско здравствено осигурање (накнада личног дохотка за време боловања до 30 дана итд.), па и евентуално надокнада личног дохотка за време годишњег одмора и сл. такође би значајно корак напред у развоју адвокатуре.

То исто важи и за друге сличне фондове из којих би се финансирали или кредитирали адвокатски приправници, адвокати почетници итд.

Наравно, основица за допринос сваког адвоката тим фондовима требало би да буде основица њиховог чистог прихода. Чак и када бисмо занемарили обавезу адвокатуре као органи-

зације о томе да се стара да адвокати и тај део својих друштвених обавеза (плаћање пореза и доприноса и сл.) коректно извршавају, довођењем напред поменутих фондова у зависност од пореске основице њених чланова, развијао би се интерес сваког адвоката посебно за понашање сваког другог адвоката и у том домену и појачавала међусобна зависност свих према свакоме, што нијколико не би могло да наруши неопходну самосталност и независност адвоката у вршењу адвокатуре.

Разумљиво је да оваква оријентација у даљем унапређењу самоуправних односа у адвокатури подразумева потребу корените измене практичне политике у опорезивању прихода адвоката, без чега, у садашњем моменту, не постоји материјални простор за остварење ових циљева. А решења, бар за почетак, могу бити сасвим једноставна. Довољно је, иако то не решава проблем у целини, висину пореских обавеза адвоката смањити за проценат који организације удруженог рада издавају по основу доприноса за стамбену изградњу. То би могли да буду први кораци за разрешење овог проблема у целини, јер би се на тај начин била створила могућност да адвокати самоповезивањем бар један део свог дохотка усмеравају у овом правцу, а који се, сада, уплаћује као порез, а друштвено-политичке заједнице га употребљавају за подмирење општих потреба друштва.

Иако ће бити средина и друштвено-политичких заједница, ужих или ширих, у којима ход у овом правцу, бар у почетку, неће наићи на подршку, треба очекивати и не мале отпоре и међу самим адвокатима. Није мали број појединаца међу нама који неопходну самосталност и независност адвоката у вршењу адвокатуре изједначавају са одсуством било какве одговорности било према коме, па и према сопственој организацији. Треба јасно рећи да адвокат није, нити може да буде „слободан стрелац“, који за своје поступке не одговара чак ни сопственој савести. Биће, стога, неопходна најшира активност и међу адвокатима за усмеравање развоја адвокатуре у овом правцу. Резултати неће изостати ако свему овоме приступимо са уверењем да је то услов без чијег испуњења не може бити речи о унапређивању самоуправног организовања адвокатуре и њеном развоју.

У вези са предњим ваља нагласити да даљи развој адвокатуре и њено самоуправно организовање подразумева и бољу организацију адвокатских канцеларија и њихово потпуније оспособљавање за успешно обављање све сложенијих задатака који се постављају пред њу. Стварање већих адвокатских канцеларија и удруживање адвоката у најразличитије облике, укључујући и формирање радних заједница адвоката, треба да омогући савременији рад адвоката, уз неопходно коришћење различитих техничких помагала, како би рад адвоката у што већој мери био сконцентрисан на суштинска питања правне природе. Организован рад већег броја удружених адвоката омогућава ужу специјализацију, што постаје све евидентнија потреба нашег правног и друштвено-политичког система. Стога је ства-

рање већих адвокатских канцеларија и удруживање рада адвоката трајно опредељење адвокатуре у њеном даљем развоју.

Међутим, мора се одмах јасно рећи да овакве адвокатске канцеларије (разуме се и удружене и радне заједнице адвоката) не треба да се претворе у административно-техничке канцеларије у којима се доходак, па и лични доходак адвоката, претежно остварује самосталним радом административно-техничког особља у коме адвокат учествује само са својим печатом. Оваква оријентација у садржини рада и „организацији посла“, од које није имун ни адвокат појединац, иако обезбеђује добар приход и удобан рад адвоката, није оно што наше самоуправни друштво очекује од удруживања рада адвоката и не може представљати његово опредељење за даљи развој адвокатуре, иако ће оваквих појава бити.

Одобри самоуправне контроле као облик самоуправног организовања адвоката још увек нису изнашли простор за своје деловање, пре свега због тога што нисмо успели да њихову активност прилагодимо специфичностима адвокатуре као самосталне друштвене службе.

Ако је основни задатак самоуправне радничке контроле у организацијама удруженог рада, уопштено речено, заштита самоуправљања — мора се имати на уму да се самоуправљање не састоји само из права самоуправљача већ, у истој мери, и од њихових обавеза. Због специфичности адвокатуре и као друштвене функције и као организације — организоване друштвене снаге, одбори самоуправне контроле могу оправдати своје постојање и постати веома значајан чинилац у укупном самоуправном организовању адвокатуре ако своју активност усредсреде на извршавање обавеза адвоката, наравно, не занемарујући заштиту њихових самоуправних права.

У вези са овим потребно је нагласити да одбори самоуправне контроле не треба да преузимају функције других органа адвокатуре, на пример органа дисциплинског судовања у адвокатури, а још мање функције државних органа, пре свега пореских, иако, нема сумње, питање коректног извршавања пореских и других друштвених обавеза од стране адвоката спада у домен њихове активности. Деловање одбора самоуправне контроле мора бити превентивно и усмеравајуће, јер само тако могу допринети развијању друштвене свести адвоката у овом правцу и јачању солидарности међу адвокатима. То није лак и једноставан задатак, пре свега због тога што није мали број адвоката који сматрају да је њихова пореска пријава и извршавање других друштвених обавеза само њихова лична ствар са којом други адвокати, и појединачно и као организација, немају никакве везе, изједначавајући овако замишљену своју независност од других са неопходном самосталношћу и независношћу адвоката у пружању правне помоћи.

Конечно, за даљи развој адвокатуре и њено потпуније самоуправно организовање не мали значај има и питање раније имовине адвокатских комора. Један број наших комора распо-

лагао је знатном непокретном имовином, која је 1958. године национализована. Предавање ове имовине адвокатским коморама на управљање и коришћење, представљало би не само почетну материјалну базу за развој адвокатуре у правцу о коме је напред било речи већ би, пре свега, значило озбиљан корак у потпунијој друштвеној афирмацији адвокатуре као друштвене службе и оживотворењу уставних начела о адвокатури као самосталној друштвеној служби.

На крају, кратак резиме. У свим овим размишљањима полази се од уставних начела да је адвокатура самостална друштвена служба. То, пре свега, значи да је адвокатура друштвена служба која се, само због специфичности функције коју обавља, самостално врши. Насупрот овако јасним уставним одређењима, адвокатура се у пракси још увек, готово без изузетка, третира као самостално професионално занимање коме је поверено вршење друштвене службе, што је у бити нешто сасвим друго. Управо је то и основна препрека за правилно разрешење бројних проблема адвокатуре, а пре свега оних који су везани за довођење у склад друштвено-економског положаја адвоката са уставним положајем адвокатуре. Треба, међутим, рећи да на овакав начин о адвокатури не размишљају само презници, или неки други изван адвокатуре, како то адвокати најчешће говоре, већ да није мали број адвоката који размишљају на исти начин, и то потврђују својим понашањем. Успех у изменама ставова других према адвокатури биће у сразмери са мењањем ставова самих адвоката.

Илија Марков

председник Адвокатске коморе Македоније

ОБРАЗОВАЊЕ И СТРУЧНО УСАВРШАВАЊЕ КАДРОВА У АДВОКАТУРИ

I

Заштита личних права и слобода, самоуправних и материјалних права и интереса радних људи, грађана, радних и других организација врло је важна компонента нашег друштвеног живота.

Пружање правне помоћи радним људима, грађанима, радним и другим организацијама у остваривању тих права и интереса, друштво је дало адвокатури, којој је поверило веома важну друштвену улогу — улогу самосталне-јавне-друштвене службе, као и другим службама правне помоћи.

Заштита ових права и интереса радних људи и грађана укључујући право на одбрану и жалбу, представља уставну категорију, што указује на значај које друштво придаје овој области друштвеног живота, а што је даље разрађено и санкционирано у одговарајућим законским и другим актима.

Следствено томе, тако важну област — пружање правне помоћи — друштво не поверава свакоме, то јест не може сваки појединац или орган да се бави пружањем правне помоћи, него ту функцију поверава специјализованој, самосталној друштвеној служби — адвокатури и другим организацијама, такође специјализованим искључиво за пружање правне помоћи, прописујући при томе услове које би требало да испуњавају лица која се баве пружањем те правне помоћи.

Јер, ако је сама област пружања правне помоћи врло специфична и захтева високу стручност у примени правних норми, постављена у правном поретку у функцији обезбеђења једнакости грађана пред судовима и другим органима који решавају о њиховим правима, слободама и интересима, онда би и сами носиоци ове функције требало да се у обављању својих радних задатака одликују високом стручношћу, етичким и мо-

ралним поступањем у обављању својих задатака, односно требало би да буду високостручни и морално-политички подобни за ово друштво.

Како ова законска регулатива спада у надлежност република и покрајина, готово све републике и аутономне покрајине имају истоветне или сличне законске текстове (законе о адвокатури и другим видовима правне помоћи), са идентичним или сличним законским одредбама, осим СР Словеније, где је пре извесног времена донет Закон о правној помоћи који садржи и радикално различите одредбе од осталих републичких закона о адвокатури и другим видовима правне помоћи.

Према законским текстовима, адвокатуром се може бавити лице које је уписано у именик адвоката, који воде адвокатске коморе, а као услов за упис предвиђени су, поред општих услова (психофизичка способност, да није у радном односу и др.), и завршени правни факултет са положеним правосудним испитом као и морално-политичка подобност.

Образовање адвоката по многим својим особеностима је специфично. Пре свега, данас је то само специјализација у правној професији и то не као самостални специјалистички смер („судско-адвокатски смер“, „судско-адвокатски испит“ и слично). То се образовање углавном стиче праксом (приправнички стаж), а потребно знање се проверава (правосудни испит). Не постоји систем перманентног усавршавања и стручног усмеравања адвоката.

Из ових општих карактеристика произлазе и неке допунске које прилично неповољно утичу на практичко образовање и стручно усавршавање адвоката:

— Оспособљавање за адвокатуру почиње релативно касно, с тим што правни факултети код нас нису довољно усмерени у профилирању професионалних знања за адвокатуру; истовремено, систем образовања адвоката није довољно организован и укључен у редовни систем школовања.

— Оспособљавање адвоката у основи је препуштено њима самима; не испољава се адекватна брига за њихово образовање, селекцију, усмеравање и усавршавање.

У области адвокатури посебно недостаје образовање за више научно стручне и академске степене (специјализација, постдипломске студије, докторати итд.), као и систем перманентног стручног усавршавања на курсевима, семинарима и другим стручним састанцима.

Сматрамо да је савладавање ових неповољних околности акутна друштвена потреба и захтева непосредну акцију више друштвених субјеката, пре свега организација ССРНЈ, удружења правника, високообразовних институција, СИЗ-ова, као и адвокатских комора.

Доскоро упис на правне факултете био је без ограничења за свршене ученике гимназија и истородних средњих школа. Упис је такође био доступан и несвршеним средњошколцима уз обавезу полагања пријемног испита. Усмеравање средњошколаца на управно-правни смер готово и није постојало.

Како су у свим републикама и аутономним покрајинама донети закони о усмереном средњем образовању са идентичним или сличним решењима, стање се коренито изменило, по нашем мишљењу, у позитивном смислу. Право на упис на правне факултете би имали свршени ученици гимназија, и то само хуманитарног смера (или како се у неким републичким законским текстовима називају — матерњи језик, марксизам и самоуправљање).

По нашем мишљењу, оваквим решењем система средњошколског образовања обезбеђени су врло солидни предуслови за упис, студирање и завршавање студија на правним факултетима, јер сами наставни планови у средњим школама хуманитарног смера обезбеђују постепено и трајно увођење средњошколаца у правне науке.

Проблем образовања адвоката не може се посматрати посебно, одвојено од комплексног проблема образовања правника. Питање образовања правника и даље се мора сагледавати у оквиру питања реформе правних факултета у Југославији, па и реформе комплексног високошколског образовања.

Реформа високошколског образовања, па самим тим и реформа правничког образовања, трајан је и свеобухватан процес. Ово питање је низ година било предмет дискусије само представничких органа друштвено-политичких заједница, партијских конгреса и других форума, организација ССРНЈ, високообразовних институција, удружења правника, адвокатских комора и слично већ и у жижи интересовања најшире јавности.

Наравно, овај проблем не можемо обухватити у читавој његовој комплексности и комплетности, јер за то би требало више простора и времена, а то не може да обави само један човек, па чак ни више људи једног истог правног профила. То може бити само резултат заједничког, постепеног и непрекидног рада.

Међутим, то никако не значи и да смо дисквалификовани за дискусију о овом питању; напротив, наша мишљења, објективно посматрано, могла би бити, у одређеним ситуацијама и мериторна, јер поседујемо теоријско правно образовање и богато правно искуство као адвокати. Зато у дискусијама о реформи правничког образовања онај ко пренебрегава наша мишљења, сугестије и предлоге неће моћи да сагледа овај проблем комплетно.

Режим и систем студирања на правним факултетима у основи је унифициран и након завршетка студија за читаву Југославију добија се углавном јединствени профил дипломира-

ног правника. Само неколико правних факултета у Југославији увело је усмерено студирање, односно образовање, док остали то нису. И наставни планови правних факултета у Југославији нису унифицирани, и од факултета до факултета постоје уочљиве разлике како у односу на предмете тако и на њихову заступљеност по броју часова и сл.

У суштини, у дискусијама о реформи студија на правним факултетима једно од централних спорних питања је профил дипломираног правника.

Једна тенденција је да правни факултети „лиферују” друштву општи профил правника. Као разлози наводи се да би се тиме фактички супротставило школовању правника позитивиста, што је до сада био чест случај, затим, будући правник би се тако оријентисао на изучавање марксистичке теорије и методологије права, чиме су му отворени путеви за практичан рад у било којој области права, уз неговање индивидуалне креативности и критичности.

Друга тенденција је школовање одређеног профила правника, специјализованог за одређене области права.

По нашем мишљењу, синтеза ових двеју тенденција је најбоље решење, с тим што би се у првим годинама студија школовао општи профил правника, док би се у последњим годинама студија будући правник специјализовао за одређену област права. Нашем друштву уопште, и адвокатури посебно, само би такав профил дипломираног правника одговарао.

На правним факултетима не негује се у довољној мери систем специјалистичких студија и таква специјализација је ограничена на магистарски или уопште индивидуални рад сваког дипломираног правника у зависности од тога за коју област правног живота ће се одредити дипломирани правник. Увођење специјалистичких студија на наше правне факултете или специјалистичких курсева развијени правни живот налаже као императив.

По нашем мишљењу, крупан недостатак режима студирања на правним факултетима представља неповезаност теоријског студирања са праксом. За време студија студенти правних факултета готово да немају никакав контакт са практичним радом, осим одређеног ретког присуства на судским расправама у току школске године у виду вежби.

Као императив се намеће потреба за тимским начином рада и међусобном координацијом између самих научно-образовних установа, као и са стручњацима из праксе, ангажујући и стручњаке из удруженог рада и других друштвених служби. Практичан рад у току студија у судовима и адвокатским канцеларијама, повезаност теорије са праксом, много би допринео уздизању њиховог стручног нивоа још у току студија. Недељивост теорије и праксе се темељи на основним поставкама марксизма те се и васпитно-образовни процес мора темељити на томе.

Дакле, дипломирани студент напушта факултет наоружан искључиво теоријским знањем, али зато нема било какво практично искуство, што га доводи у ситуацију да се тешко уклапа у извршавању радних задатака дипломираног правника, нарочито ако се запосли у ООУР-у где нема од кога да црпи искуства.

III

Због нерешених и за сада нерешивих материјалних проблема југословенске адвокатуре, скучености или непостојања пристојног пословног простора, радног времена, несигурне egzистенције и других узрока до сада недовољно испитаних — адвокатура за младе дипломиране правнике није привлачан позив. Томе се може приписати и чињеница што је након дипломирања мали број правника који се опредељују за адвокатске приправнике. Наравно, ту постоји разлика од републике до републике и до покрајине, па и региона, али у целини број адвокатских приправника је на незавидном нивоу и то низ година уназад, што би требало да буде основа за акцију, како за адвокатуру тако и за друштвено-политичке чиниоце који су по уставима и законима обавезни да обезбеђују услове за квалитетно и квантитетно пружање правне помоћи радним људима, грађанима, радним и другим организацијама, преко адвокатуре као самосталне јавне и друштвене службе, и других видова правне помоћи.

Сасвим је природно очекивати да се адвокатура и квалитетно и квантитетно уздиже првенствено из редова адвокатских приправника.

По многим оценама, студирање на правним факултетима је оптерећено историцизмом, превазиђеном грабом и начином мишљења; студенти су више угрућени на дескрипцију тренутно важећег позитивног законодавства, а мање на категорије, правне институте, појаве и феномене, правно мишљење, да критички мисле и да се стручно образују, марксистички и дијалектичко-материјалистички да обрађују и анализирају, што у практичном раду младом правнику природно представља велике препреке и тешкоће. Јер радећи у адвокатској канцеларији као приправник, млади дипломирани правник мора да схвати и научи правне институте и феномене, мора дијалектички и критички да мисли и стручно да се образује. Све је то *causa sine qua* поп за његов даљи стручни и радни просперитет.

Сумирајући ова искуства, сматрамо да су неопходне и непосредне активности ради мењања стања у следећем смислу:

— Усмеравање студија на свим правним факултетима после завршеног I степена и у судско-адвокатском смеру, увођење III степена за исти смер и шире, омогућавање адвокатима са праксом, интересом, објављеним радовима и истраживањима, односно са стручним и научним прилозима да стичу докторате.

— Студентима-правницима потребно је још у току студија да се омогући усмеравање ка адвокатској професији, како

би се још у току II степена факултета определили за ову професију, затим у току студија да обављају праксу (систем — „студије са радом”); у наставне програме такође је потребно изразити је укључивати предмете из правно-адвокатске области, па и само бављење адвокатском професијом као предмет; за све студенте-правнике било би неопходно слушање или упознавање са факултетима и опционим предметима из области адвокатуре.

— У професионалном оријентисању и усавршавању у оквирима редовног образовања потребно је профилисање стручних кадрова у функцији и смеру ка адвокатури, нарочито за неке профиле чији је рад битно повезан са обављањем адвокатске дужности; реч је пре свега о потребама за профилима са нижим степеном образовања (од факултетског) — адвокатски помоћници или техничари са завршеним средњим или вишим образовањем (I степен факултета) који би обављали рутинске професионалне послове, а чије би се даље образовање уклопило у систем „рад са ванредним студијама”. Такви профили су веома потребни, и они постоје у многим земљама у свету.

Садашња законска решења о приправничком стажу су различита по републикама и аутономним покрајинама. У неким републикама (на пример, СР Македонија) стажирање у адвокатској канцеларији, суду, тужилаштву, правобранилаштву, удруженом раду итд. није предвиђено као услов за упис у именик адвоката, него је довољно, поред осталих прописаних услова, да је положио правосудни испит. Али, као услов за полагање правосудног испита предвиђено је одређено време стажирања (једна година у СР Македонији) у овим органима.

Ово и приближно слична решења могу се сматрати најлибералнијим, али и неповољним за упис у именик адвоката; тако се не добија стручно довољно оспособљен правник.

У другим републикама (СР Србија, СР Хрватска) као услов за упис у именик адвоката предвиђено је да је дипломирани правник провео на раду код ових органа 1, 2, односно 3 године. Положени правосудни испит је један од осталих услова за упис који би требало кандидат да испуњава.

Не постоји ниједно законско решење према коме би проведени рад у адвокатској канцеларији представљао посебан услов за упис у именик, што је по нашем мишљењу недостатак свих републичких законских решења и не одговара потребама за профилима стручно оспособљеног правника за обављање адвокатске функције.

Друга димензија овог проблема је питање усаглашавања услова за упис (приправнички стаж као услов за полагање правосудног испита и за упис у именик адвоката) између република и покрајина, јер не постоје никакви оправдани разлози за постојеће разлике. Дипломирани правници из једне републике, односно покрајине стављају се у привилегованији положај у односу на дипломиране правнике друге републике, односно покрајине.

За оспособљавање за самостално обављање ове професије неопходно је да се измени досадашњи режим приправничког стажа. Наше мишљење је да би се најоптималније оспособљавање постигло кад би приправнички стаж за будуће адвокате трајао 2—3 године, од којих најмање једна година у адвокатској канцеларији. Садашњим решењима од једне до три године приправничког стажа, и то без обзира у којој области правних послова, полагањем правосудног испита као услова за упис у именик адвоката, обезбеђује се само делимична, рекли бисмо минимална гаранција за стручну оспособљеност.

Приправнички стаж у адвокатури требало би да буде прекупација заједнице, а пре свега адвокатских комора. Потребно је да се он продужи и да се одвија организовано и програмира-но; треба дати подршку иницијативама да се у току стажа припремају програми чија би се реализација пратила.

Развијени правни живот, квалитативно и квантитативно увећани захтеви радних људи, грађана, радних и других организација и других субјеката правног промета, интензивни социјалистички самоуправни преображај правосуђа, специјализација у свим областима привредног и друштвеног живота, развијени међународни правни промет као резултат међународне поделе рада, повезаност нашег удруженог рада са светским привредним токовима и незадрживи продор у светским оквирима технолошке револуције — све то налаже уздизање стручног и другог нивоа адвокатуре како би могла достојно одговорити новонаметнутим ситуацијама и обавезама.

Дакле, ако желимо такву адвокатуру, високо стручну, специјализовану и морално-политички подобну, нема другог излаза него да се окренемо младом потенцијалном адвокатском нараштају.

Полагање правосудног испита при таквом стању приправничког стажа лабилан је индикатор успешне стручне оспособљености младих дипломираних правника. Рекли бисмо чак да и код овог проблема постоје својеврсни анахронизми. Овај испит се састоји из писменог и усменог дела, са већим акцентом на правној пракси. Писмени део испита (кривично и грађанско право) састоји се у решењу одређеног правног случаја, стављањем кандидата у улогу судије, јавног тужиоца, браниоца или пуномоћника. Формално, услов за стицање права на полагање овог испита има сваки дипломирани правник са једном годином радног искуства (приправничког углавном), без обзира на област правних послова у којој је запослен. Дакле, такво право стиче и приправник у суду, тужилаштву, адвокатури, али и у удруженом раду, органима државне управе, друштвено-политичким организацијама и другим органима и организацијама. Нећемо говорити о томе да ови кандидати у полагању испита стартују са неравноправних позиција. Међутим, и сам назив овог испита, „правосудни испит“, указује да је тај испит за дипломиране правнике из правосудних органа.

Ови као и други недостаци овог система провере стручне оспособљености младих правника налажу неопходне измене у овој области.

У овом контексту потребно је преиспитати и решења да се несразмерно широком кругу лица овај испит признаје, односно да се они ослобађају обавезе да га полажу као услов за упис у именик адвоката. Потребно је круг тих лица да се сузи и ограничи, а такав статус би могао да се призна само професорима правних факултета.

Међутим, наведена питања и проблеми само су део комплекса о образовању и стручном усавршавању адвоката.

Систем стручних комуникација, размене и преношење професионалних искустава је недовољно развијен; периодика и издавачка делатност такође су недовољно развијени, а такође нема написа из делатности адвоката у средствима јавног информисања и у јавном животу уопште.

Истини за вољу, учињени су вредни покушаји, нарочито последњих година, и одржана су врло важна саветовања појединих адвокатских комора, али све је то недовољно и у одређеним случајевима нема потребан стручни ниво. Убудуће такве форме стручних комуницирања би требало интензивирати, а оне би требало да буду стручније.

Такође, скоро све адвокатске коморе издају своје часописе, али они својом садржином и третманом проблематике нису увек на потребном нивоу. Постоје, међутим, објективне могућности за побољшање квалитета и актуелности њиховог садржаја, а такви часописи као средства комуницирања неоспорно би значили много за уздизање угледа и ауторитета адвокатске професије као и за привлачење младих и способних дипломираних правника у њу.

IV

Југословенску адвокатуру карактерише висок старосни просек. Просек је различит по републикама и покрајинама, али разлике нису велике, тако да се он креће између 50 и 55 година, што адвокатуру чини „старом” и неагилном друштвеном службом, односно такве епитете носе њени представници.

Кад би друштвено-политичке заједнице испуњавале своје обавезе у стварању и обезбеђењу материјалних и других услова за адвокатуру и друге видове правне помоћи, преко којих се радним људима, грађанима и другим субјектима правног промета пружа правна помоћ, верујемо да би се више младих правника определило за овај позив, и тиме би се на најприроднији начин лоша кадровска структура у адвокатури веома побољшала, јер је за такав неповољан старосни просек у југословенској адвокатури, нема сумње, криво и лоше материјално стање.

Међутим, овом неповољном старосном просеку низ година и деценија уназад доприноси и чињеница што се у именике адвоката уписују и дипломирани правници који су одрадили свој радни век и стекли право на пензију. То им омогућавају и закони о адвокатури, који не предвиђају ограничење за упис у именик за такве категорије лица. Како је њихов број евидентно прилично велик, то негативно утиче не само на саму старосну структуру него и на подмлађивање адвокатуре. Таква лица су у повлашћеном положају у односу на остале адвокате, јер нису обавезна да плаћају све доприносе друштвено-политичким заједницама и СИЗ-овима, затим уживају пореске олакшице као пензионери и, на крају, осећају материјално-егзистенцијалну сигурност.

Праведно и правилно и друштвено оправдано било би кад би одредбе Закона о радним односима у деловима о престанку радног односа *ex lege* кад су испуњени услови за пензију, нашли своје место и у закону о адвокатури и другим видовима правне помоћи, односно у Закону о правној помоћи СР Словеније.

Друго озбиљно питање са којим се сукобљавају адвокатске коморе јесте провера да ли кандидати испуњавају услове за упис у именик адвоката. Упис у именик у потпуности је поверен адвокатским коморама. Међутим, сама провера да ли један кандидат испуњава услове или не, и какве услове, није потпуна и суштинска, а више је формална.

Бављење адвокатуром као професијом захтева од кандидата пристојан пословни простор (најмање две просторије са минималним хигијенско-техничким условима), скромну библиотеку и минимална техничка средства.

Адвокатске коморе никада нису имале, нити сад имају, прави увид у то да ли су испуњени ти услови материјалне природе, нити је ово као услов за упис предвиђено у законима (осим, можда, у СР Словенији). Остаје стање да се сваки адвокат сналази како зна и уме, и то ван контроле и оцене органа адвокатских комора. Императивно се намеће допуна Закона одредбама које би регулисале ово питање.

У погледу провере стручне способности кандидата за упис у именик адвоката, адвокатске коморе немају никакве прерогативе и овлашћења, сем да се ограниче на утврђивања чињенице да ли је кандидат завршио правни факултет и положио правосудни испит.

На овом питању сматрамо да се и не може више инсистирати, поред осталог и због тога што сам кандидат преузима на себе не мали ризик, јер он своју егзистенцију везује за обављање овог посла. Колико више је стручан и савестан у обављању својих задатака, утолико више му је егзистенција гарантована, и обрнуто.

Законима о адвокатури и другим видовима правне помоћи предвиђена је морално-политичка подобност као услов за упис у именике. Та подобност се проверава на основу доказа које кандидат пружа да није осуђиван или под истрагом, и његове

молбе са аутобиографским подацима. Адвокатске коморе доведене су у ситуацију да се ограниче само на формалну проверу овога.

Постоје и случајеви да судија, јавни тужилац или његов заменик, због морално-политичке неподобности, није реизабран или чак је разрешен дужности. Адвокатске коморе нису у могућности да одбију упис у именик адвоката таквог кандидата, јер о нерезиборности се не дају увек разлози, а у случају разрешења често се иде на солуцију да је разрешен на сопствени захтев.

Не можемо прихватити стање да ако кандидат није морално-политички подобан за судију, тужиоца, заменика јавног тужиоца или за другу функцију, истовремено да је морално-политички подобан за адвокатуру. Такво стање може само да девалвира ову друштвено-признату и потребну јавну службу, да руши њен углед, као и углед њених поштених чланова.

Без обзира на такво стање, сматрамо да је дужност адвокатских комора да раде на стварању и обезбеђивању услова за побољшање кадровске и стручне оспособљености адвоката у границама својих могућности.

Такође, адвокатури се налаже, односно то налаже свакодневни живот, да се ради на специјализацији адвоката формама које су најдоступније. За специјализацију адвоката нарочито постоје погодни услови при адвокатским радним заједницама где је удружено више адвоката разних профила, те због тога сматрамо да код овог вида адвокатуре постоје реални услови за специјализацију адвоката.

Такође, сматрамо да је неопходно перманентно пратити сва научна достигнућа из области теорије права и праксе а исто тако пратити и наш бурни законодавни живот.

V

Без сумње, на побољшању целокупног стања у адвокатури у Југославији треба и мора се радити.

У овом реферату смо дали одређене предлоге и одређена решења. Далеко смо од помисли да смо само ми у праву и да су наши само предлози апсолутно прихватљиви. Можда понегде и нисмо у праву или не водимо довољно рачуна о другим факторима, или о материјалним могућностима друштва. Важно је да смо наша мишљења и ставове изнели отворено, поштено и добронамерно, а такође је важно да смо спремни да чујемо и мишљења и предлоге друштвено-политичких чинилаца.

Стање у адвокатури није само реални одраз стања у нашем социјалистичком самоуправном друштву него и адвокатура треба и мора бити и реалан одраз самоуправних тежњи у нашем друштву, она мора следити самоуправне токове и перманентну самоуправну трансформацију друштва уопште и правосуђа и адвокатуру посебно.

Др Јожеф Салма

доцент Правног факултета у Новом Саду

ЗАОБИЛАЗНИ (ФРАУДОЛОЗНИ) ОБЛИГАЦИОНИ УГОВОРИ

— СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА СИМУЛОВАЊЕ, ФИДУЦИЈАРНЕ, ФИКТИВНЕ И
МЕНТАЛНО РЕЗЕРВИСАНЕ УГОВОРЕ —

(наставак)

3. ОДНОС ФРАУДОЛОЗНИХ И СИМУЛОВАНИХ УГОВОРА

а) Разна схватања о том односу

30. Вољна догма је развила неколико гледишта о односу симуловања и *fraus*-и. Она је или у потпуности идентификовала *fraus* са симуловањем, или их је у потпуности учинила међусобно независним. Погледи који су у симуловању нашли елементе заобилажења, овај елеменат нису сматрали битним. Није далеко од вољне догме и гледиште које је симуловање посматрало као проблем аутономије воље, а заобилажење као проблем противзаконитости.

31. Према томе, прво гледиште сматра да симуловање и изигравање права нису ниукаквом повезаном односу.

а) Једна варијанта овог погледа сматра да то потпуно раздвајање произилази из тога што је симуловање у домену аутономије воље странака. Другим речима, симуловање је резултат слободе странака да неком уговору својом вољом одузму било какво конститутивно дејство. За разлику од тога, *фраудолозан* уговор је резултат хтења странака и да га странке желе и као акт и као акт са његовим свим дејствима која му према редовним приликама припадају (*Kallimopoulos*). Ово становиште не види никакву спону између *fraus*-а и симуловања, пошто је први проблем противзаконит, а други аутономије воље. Директна практична последица овог схватања је да симуловање нема *фраудолозан* карактер и да следствено томе нема ни сметње да

се примени начело о вољи приликом одређивања правних последица због створеног привидног правног стања.

б) Старије гледиште полази од супротних премиса. Оно у потпуности негира постојање теоријског и практичног појма *fraus legis*-а и то на тај начин, што сматра да су сви *фраудолозни* акти привидни, тј. *симуловани послови*. Другим речима, *фраудолозни* акти су апсорбовани појмом симуловања (Baldus, Franke, донекле и Fuchs, Dürrenberger). Ово становиште је у толико сродно са претходним, што сматра да *фраудолозни* акти и симуловани акти нису ни у каквом односу, пошто последњи апсорбују прве.

Практична последица овог поистовећења је у томе што и код *фраудолозних* аката, сходно субјективној теорији о симуловању треба следити вољу странака. Осим тога, *фраудолозни* акти као и симуловани, не садрже правно релевантан „субјективан“ елеменат, тј. намеру странака за изигравањем. (Што несумњиво, очигледно противуречи ако не увек и појму симуловања, оно бар појму *fraus legis*-а.) Ако ови акти и садрже *fraus*, то није битно ни за њихов појам, нити за њихове санкције.

32. Друга група схватања сматра да су симуловани акти више или мање закључивани са тенденцијама заобилажења, али да и поред тога заобилажење није битан елеменат ни појма ни санкција симуловања. Отуда и ово гледиште дозвољава санкционисање операције симуловања само према начелима о вољи. Овај поступак неки, као што то чини *Vetsch*, образлажу чињеницом да је симуловање често закључено са мотивима који не допиру до заобилазних тенденција (нпр. код шале и сл.). Слично гледиште заступа и *Dagot* када каже да је „симуловање често инспирирано намером изигравања (нпр. циља фискалних правила), но ова ипак није увек присутна“. Симуловање може да има и сасвим корисне мотиве.⁷⁴ Идентично је и схватање *Josserand*-а.⁷⁵ Но, разлика између симуловања и заобилажења, истичу правилно и сагласно *Dagot*,⁷⁶ *Ferrara*,⁷⁷ и *Vidal*,⁷⁸ да симуловање није увек средство заобилажења права, док је *fraus* у најширем смислу речи увек и у потпуности без изузетка противан циљу у смислу закона.

И поред оваквог става, поменути аутори не протежу консеквенце ништавости и на дисимуловани акт, онда када су мотиви приликом закључивања симуловања допрли до изигравања права. Додуше, *Dagot*⁷⁹ и *Vidal*⁸⁰ признају да у многим примерима симуловања појам *fraus* се показује корисним, јер изискује потребу за репресијом, што је резон самог *fraus*-а.

⁷⁴ *Dagot*, op. cit., стр. 50—51, 57.

⁷⁵ *Josserand*, *Evolutions et actualités*, Conférence de Droit civil, „Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteurs de droit“, стр. 122.

⁷⁶ *Dagot*, op. cit., стр. 50.

⁷⁷ *Ferrara*, нав. дело, стр. 100.

⁷⁸ *Vidal*, нав. дело, стр. 183.

⁷⁹ *Dagot*, op. cit., стр. 52—54, тач. 59.

⁸⁰ *Vidal*, op. cit., стр. 166

Према *Dagot*-и одлучна разлика али и веза између симуловања и *fraus*-а се види код теретних уговора. Тако, нпр. ако је неко акционарско друштво основано реално, оно може да буде успостављено фраудолозно, али ако оно постоји само фиктивно, онда је симуловано, при чему се под фиктивним подразумева онај споразум који не мења положај странака.⁸¹

Но, и поред ових несумњиво прихватљивих гледишта код којих се назире веза *fraus*-а и симуловања у смислу да је *fraus* присутан чињенични моменат код симуловања и да чини његов саставни део, ова два појма су у излагањима наведених и других аутора оштро супротстављени и у овој чињеничној вези. Наиме, истиче се гледиште да ништавост обесхрабрује фрауданта у његовој намери за изигравањем.⁸² Ово нам се не чини логичном примедбом ако се признаје чињенични *fraus* у појму симуловања. Напротив, ништавост симуловања управо охрабрује јер помаже да воља садржана у дисимулацији победи циљеве заобилаженог закона. Осим тога, подоста француских аутора сматра да се *fraus* код симуловања не претпоставља,⁸³ чиме се не признаје фраудолозан карактер нормативног појма симуловања и поред тога што се чињенично гледано, *fraus* не оспорава. Тиме се, наиме, отвара слободан простор за примену начела о вољи. Двојство симуловања и дисимуловања ништа не показује по себи: то је факт преко кога право прелази, према схватањима наведених аутора, *en bloc*.

33. Најзад, трећа група схватања полази од тога да је симуловање једно од средстава или просто средство заобилажења права. (Coing, а особито Fuchs и Dürrenberger). Међутим, као што смо већ видели, аутори ове групе су остали ипак на терену начела о вољи и нису извели адекватне консеквенце из фраудолозног третмана симуловања, тј. консеквенцу о ништавости целе операције симуловања.

Сва ова схватања се, према последицама могу свести на начело о вољи, односно изјаву воље.

б) Разграничење и везе

34. (I) Симуловање као средство заобилажења права; симуловање са *fraus*-ом и без *fraus*-а. Нама се чини да одређене разлике које су се у појединим становиштима истицале и које су потврђене, несумњиво стоје. Међутим, неке од „разлика“ се у одређеном смислу бришу уколико се прихвати да је и само симуловање средство *in fraudem legis*.

Наиме, симуловање не би требало супротставити општем појму *agere in fraudem legis*, најпре из простог разлога, што је то однос између општег (*agere in fraudem legis*) и појединачног

⁸¹ *Dagot*, *op. cit.*, стр. 54—55, тач. 61. и 62.

⁸² *Dagot*, *op. cit.*, стр. 54—55, тач. 61.

⁸³ *Planiol* и *Ripert*, *Esmein*, *Josserand* и *Dagot*. В. *Dagot*, *op. cit.*, стр. 172, тачка 171.

(*simulatio*). Али, тај однос се не испољава у томе да је *fraus* део а симуловање целина, тј. општији појам, као што су то неки сматрали, већ управо обрнуто, симуловање је члан „породице” фраздолозних аката, оно је једно средство, једно од „правних фигура” или форми заобилажења закона.

То показује ширина домета општег појма *fraus legis*-а, али и специфичности чињеница других чињеница, који су такође фраздолозни, и најзад, посебности везаних за чињенице и санкције самог симуловања, схваћених особито изван домена вољног начела.

35. (1) Теоријска гледишта која нису признавала заобилажење као практичан и теоријски феномен, још једном су изашла у сусрет вољној догми, схватањем да је заобилажење темат тумачења права. Иако су она са тих позиција покушала да оштро раздвоје *fraus* и симуловање, то нису постигли, јер су само легализовали *fraus* кроз симуловање: ако је, наиме, заобилажење питање тумачења и примене права, онда примена дисимулованог уговора није ништа друго до легализација воље уговорника и преко смисла и циља заобиђене правне норме.

Уједно, ова гледишта нису сагледала да сами фраздолозни уговори *врећају не само конкретну когентну норму, супротстављајући се њеном смислу и циљу, већ и правила поретка и морала*. Отуда санкцију заобилажења права су сагледала само у правилима, односно, санкцијама заобиђене норме, обично означених у виду релативне или делимичне ништавости, а не и у санкцијама апсолутне ништавости које карактеришу забрањене уговоре, односно, уговоре противне поретку и моралу. Тек такав појам заобилажења који у заобилазном поступку препознаје чињенични супстрат супротан закону, односно поретку и моралу, излази у сусрет захтеву да *санкције за противзаконите тежње не одреде странке, већ сам закон*.

Ако је то карактеристично за све фраздолозне уговоре, онда треба да буде примењено и на симуловане акте као на типичне примере и средства заобилажења права.

До „накарадног” идентификовања *fraus*-а са симуловањем, или обрнуто, симуловања са *fraus*-ом, дошло је због тога, што је елеменат *genus*-а (симуловање) надрастао *genus* (заобилазни послови), и прво је заузело место овог потоњег. Та замена теза је довела до тога да је, *volens nolens*, *fraus* легализован правилом о симуловању: изигравање је постало законито дело стра-нака.

Није ствар у томе да има толико модалитета *fraus*-а колико и симуловања, као што је тврдио Baldus, или у томе да су сви фраздолозни акти привидни, као што је тврдио Fuchs, Franke и други. То је с једне стране *преуско* схватање *fraus*-а, али с друге стране неумерено *проширење*, али и шематизовање појма симуловања. Неоправдано проширење домена симуловања због тога, што није сваки заобилазан уговор привидан, нпр., као што није привидан пренос својине ради обезбеђења потраживања, при чему фраздант отуђи фидуцијарно добро пре доспелости

потраживања. Ту дужник не преноси својину повериоцу привидно, већ јасно, стварно. Шематизовање симуловања, због тога што све примере симуловања баца у исти кош, без обзира да ли је оно предузето са намером изигравања, или са неким бенефицираним мотивом. Ако се прихвата чињеница да се заобилажење права не мора реализовати правно-пословним изјавама воље, већ се може постићи и путем *других заобилазних радњи* (нпр. променом држављанства, пребивалишта или боравишта и сл., све у неком забрањеном циљу), онда је несумњиво да *те радње*, односно, акти не морају да буду привидни, већ *могу да буду и стварни*. Тако нпр., промена пребивалишта у правном смислу, може да буде само стваран, а не и привидан преображај. Између осталог и из тога јасно произилази да је изигравање права шири појам и реалност од симуловања. Истовремено, из тога произилази и то да је симуловање само једно од специфичних радњи и средстава заобилажења права.

Но, највише пада у очи једно „замагљивање“ изражено у „идеји“ да чињенице *fraus*-а које се препознају у операцији симуловања, немају значаја у њеној појмовној структури. Ово је резултат тежње да се по сваку цену сачувају консеквенце вољне догме. Ради се, у суштини, о обрнутом односу: симуловани уговори су заобилазни послови. Симуловани уговори су један од средстава заобилажења права. У том смислу се симуловање појављује *са својим специфичним чињеничним обележјима и наспрам genus* (заобилажења уопште) и наспрам *елемената genus* (појединих заобилазних послова).

Тако, заобилажење као општи појам права обухвата не само заобилажење путем правних послова, већ и путем других понашања које смо већ поменули. За разлику од тога, симуловање као *species* је средство заобилажења не само у границама правних послова већ и међу њима, искључиво у операцији које носи уговорно обележје.

Из тога произилази посебност симуловања која се састоји у томе што се преко њега заобилажење постиже *симултаним закључивањем два акта* од којих би један требао да дејствује према споља, према трећима, и то привидно, а други стварно, само међу странкама. „За разлику“ од тога, изигравање права као општи појам, не подразумева само такве операције, већ *свако понашање које није у директној супротности са законом, али које вређа циљ правне норме*.

36. (2) Природно, од *осталих фrawdолозних аката*, уговора, других елемената целине „породице“ од фrawdолозних фидуцијарних, фиктивних споразума, од клаузула са искључивим правима и сл. симуловање се издваја такође са својим особеним чињеничним обележјима. Међутим, симуловање се од ових „фигура“ не разликује у циљу, у идеји *genusa*, која се своди на заобилажење когентног прописа. Оно је сепарирано у чињеничној структури, тј. у начину реализације противправног циља, односно циља који се сукобљава са смислом заобиђене норме. Тај однос чињеница симуловања и других заобилазних аката

ће се ближе сагледати приликом испитивања релације симуловања према неким од „фигура“ заобилажења.

(3) Треба истаћи, да се симуловање од осталих фразулозних аката разликује у једном *двојству*: оно је *типично заобилазна операција*, али *изузетно* може да има и хумане поруке, или неке бенефициране мотиве, при чему задржава све карактеристике ове операције, са модификацијом, да у случају када су странке мотивисане са очигледном намером да се учини неко добро дело, или са неким циљем који није везан ни за какав правни ефекат, било у симулованом, било у дисимулованом домену, санкције неће бити типичне, у последицама апсолутне ништавости, већ у последицама одређеним према начелу о вољи. Отуда се овде и заговара *двојна санкција* код симуловања: *ништавост целе операције* симуловања када је оно *фразулозно*, и *важност дисимулованог уговора*, када је *мотив странке бенефициран*. За разлику од тога, код осталих фразулозних аката санкција је увек *јединствена*: по нашем уверењу, апсолутна ништавост.

Став Kallimopoulos-а да симуловање није акт са преображајним дејством, за разлику од заобилажења које је пример типичних и *in concreto* жељених материјалних последица, не може се прихватити ако се симуловање сагледава као јединствена операција и ако се код дисимуловања као дела те операције примете ове „жељене материјалне последице“ и одговарајући правни преображај.

37. (II) *Fraus* у операцији симуловања. Зашто се предузима операција симуловања? Зашто постоји један акт само за странке, а други за „цео свет“? Да ли је симуловање у редовним приликама само обична игра странака хтења и нехтења која нема никакве релације према закону?

Због чега странке таје свој дисимуловани однос, ако та „жмурка“ није „привремено слепило“ пред законом и кајање које наступа тек када заобиђени закон тражи своју примену и на тајни акт.

Није ли поступак странака код операције симуловања једна типична игра срачуната да се постигне прекорачење закона, са надам да то има изглед понашања сагласно праву?

Пракса показује недвосмисленом јасноћом да је симуловање служило и служи заобилажењу разних прописа: о форми, о заступању, о порезима на промет, о максималној цени и камати, о пречем праву куповине, о стамбеном максимуму, о цесији, о каузи и др.

Такви објекти заобилажења који су постали мете операције симуловања не могу да не подразумевају друго до намеру странака да постигну више него што се постиже у редовним приликама датим дисимулованим уговором. Код форме обично се стиче до економисања на порезу, јер се не обухватају сви битни елементи уговора у целости у датом обавезном облику. Код привидног заступања (колүзија) се изигравају прописи о фирми, ради стицања неоправданих економских користи. Код привид-

тих продаја циљ често није у правном преображају, већ у стварању утиска о солвентности или избегавању рада потраживања поверилаца итд.

Код симуловања се, дакле, *fraus legi facta* испољава у намери странака да постигну циљеве и правна дејства сведене најчешће, али не и нужно, на неке економске ефекте који не припадају редовном дејству ни дисимулованог, нити симулованог акта.

При томе није од значаја да ли је то вануговорно дејство противно духу и смислу неког цивилног прописа или прописа из неке друге области права.

Не треба испустити из вида ни могућност *прикривања* неког другог заобилазног посла под плаштом симуловања.⁸⁴ То је особито омогућено у правним системима у којима је симуловање уређено према вољној догми. Тако, фидуцијаран пренос се може лако оквалификовати као привидан пренос, када се повериоци дужника обраћају ради наплате потраживања фидуцијару, бенефицираном повериоцу. Тада ће овај последњи, ради одбијања тужбе, послужити приговором симулованог преноса, тј. указивањем да је и даље носилац својине дужник, фидуцијант.

38. (III) Симуловање је *по правилу* заобилазан уговор. Тада садржи сва општа обележја заобилажења закона (радњу, циљ, објект, правне последице). Изузетно, операција симуловања може да буде устројена у неком бенефицираном циљу. Но, ова врста симуловања се често препознаје по дисимуловању које као и симуловање, нема за последицу неки правни преображај, тј. не садржи правно-пословну вољу.

Принципијелно гледано, *fraus* је код симуловања заступљен у двоструком смислу: најпре у смислу да је и само симуловање једна *врста заобилазног, фrawdолозног* акта; а затим, симуловање као операција уговорника *по правилу садржи заобилазни dolus*, намеру за изигравањем права. У првој хипотези се *fraus* односи према симуловању као опште и посебно, а у другом као елеменат структура правне фигуре симуловања. *Fraus dolus* је сегмент који повезује симуловање са осталим типовима заобилазних аката. Но, само у најширем смислу. Начин постизавања тог циља се обично изражава на особит начин код симуловања с једне и других фrawdолозних аката и радњи с друге стране.

Изиравање права је могуће само код *когентних прописа* и зато, без обзира којом се формом, симуловањем или неком другом, служе фrawdанти, закључени уговор је у целини ништав, јер се врећа не само циљ заобиђене норме, већ и општи принцип права о границама слободне диспозиције воље.

На крају, требало би одбацити и онај став који само у симуловању, и онај који је само у дисимуловању сагледавао

⁸⁴ Тако и *Kraus*, op. cit., стр. 64; *Partsch*, J. V., Die Lehre vom Schreingeschäft im römischen Recht, Zeitschrift der Savigny — Stiftung, rom. Abtl., том 42, 1921. г., стр. 230—231.

заобилазне тенденције, Иако дисимуловани, као што су правилно запазили и *Kohler*⁸⁵ и *Dürrenberger*, заиста показује шта су странке стварно хтеле, па чак додали бисмо, шта су странке хтеле сем дејства датог уговора, ипак треба констатовати да без симуловања, дисимуловање не даје потпуну слику о изигравању права. Особито онда када се ради о правима трећих, који су се поуздали у изјаву, тј. у декларацију странака садржаних у симулованом акту. Због тога, симуловане уговоре треба гледати у целини, у свој узајамној вези, вези коју „гарантује” вануговорни циљ странке али и њихова сагласност о симуловању.

Б. Фидуцијарни и симуловани споразуми

39. Смисао фидуцијарних споразума лежи у идеји обезбеђења потраживања дужника путем преноса неког права дужника на повериоца. Иако је поверилац стекао у границама пренетог потпуно право на дужниковој ствари, његово располагање овим правом је ограничено дужниковим поверењем да до тога располагања неће доћи све дотле док исплата дуга не доспе (*fiducia cum amico, fiducia cum creditore contracta*).

40. О дозвољености фидуције се још и данас воде дискусије.⁸⁶

Међутим, чини се, да ако фидуцијарне послове дефинишемо на изнети начин, извесни могући неспоразуми могу да се избегну бар на терену терминолошког спора.

Наиме, одмах треба разграничити фидуцију као заобилазног посла од фидуције као средства обезбеђења потраживања. Ако не и по истим принципима, оно на сличан начин као што се и симуловања бенефицираног карактера, раздвајају од симуловања као операције заобилажења.

За ово разграничење чини нам се, мора да послуже следећи критеријуми: а) да ли је фидуцијарни пренос служио ради обезбеђења потраживања или није (циљ фидуције) — и то како у тренутку заснивања, тако и током трајања; б) да ли је поверилац отуђио фидуцијарно добро пре доспелости потраживања или није, односно, да ли се из фидуцијарног добра намирио

⁸⁵ Видели смо да *Kohler*, Studien, стр. 140—141, сматра да код дисимуловања странке желе правни посао ради остваривања циљева који нису својствени било самом правном послу, било његовим последицама.

⁸⁶ В. у страниј науци: др *Dreyer*, Das fiduziarische Rechtsgeschäft, Gruchot's Beiträge, том 40/1896, стр. 233—449; *Peusquens*, Max, Simulation und fiduziarisches Rechtsgeschäft, Diss., Jena, Borna, Leipzig, 1912, стр. 37—38; *Fuchs*, др Wilhelm, Über fiduziarische Berechtigung, Diss., Schalkalden, Druck von Teodor Willisch, 1915; *Fuchs*, др Wilhelm, Pseudonyme Rechtsgeschäfte, Archiv für die zivilistische Praxis, бр. 115/1917, стр. 84—125; *Korth*, op. cit., стр. 11; *Kraus*, op. cit., стр. 64; *Dürrenberger*, op. cit., стр. 80—91; *Vetsch*, op. cit., стр. 17; код нас: *Аранђеловић*, др Драгољуб, О фидуцијарним правним пословима, Архив за правне и друштвене науке, бр. 5—6/1926, стр. 337—358; *Гамс*, др Андрија, Нешто о фидуцијарним правним пословима, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1—2/1960.

превремено; в) да ли је тиме поштован однос поверења између странака; г) крије ли фидуцијарни посао експлоатацију.

Афирмативно речено, ако је фидуција закључена у циљу обезбеђења потраживања, те је са дужника на повериоца пренето неко добро са овлашћењем које повериоцу даје далеко већи домен права него што то обезбеђење потраживања подразумева, али које је ограничено односом поверења, тј. ако је тај однос заснован и траје без елемената злоупотребе права повериоца и тиме и без експлоатације дужника и његове имовине, ради се о дозвољеној фидуцији. Ако је фидуцијарни споразум противно односу поверења, заобилажењем циља фидуције (обезбеђење потраживања) послужио експлоататорским тежњама поверилаца, ради се о тзв. *заобилазној, односно, забрањеној фидуцији*. Тада је фидуција као и симуловање, али на свој посебан чињеничан начин постала средство за заобилажење права.

Чини се да и 300 у члану 445 до те границе (циља обезбеђења потраживања) дозвољава фидуцијарно уступање: „кад је уступање извршено ради обезбеђења пријемниковог потраживања према уступоцу, пријемник је дужан да се стара са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина о наплати уступљеног потраживања, и да по извршеној наплати, пошто задржи колико је потребно за намирење сопственог потраживања према уступоцу, овоме преда вишак”.

41. Kohler⁸⁷ раздваја „прикривени (фидуцијарни) правни посао” од симулованог на основу тога што карактер фидуцијарног посла везује не за *правно поље*, као што је то случај са симулованим послом, већ за домен *економије*. Но, заобилазним симуловањем (нпр. симуловањем цене) се са терена „чистог правног” и те како крочи на терен „економије” и „економисања”.

42. Према Regelsbergeru-у⁸⁸ фидуцијарни посао, за разлику од дисимулованог, као прикривеног, представља „*игру отвореним картама*”. Ово разумемо у смислу да је у питању заобилазна фидуција која заиста ништа не прикрива. Но, треба да приметимо да се о таквој отворености може говорити због тога што циљ одређеног фидуцијарног посла није директно видљив, те изгледа да фидуцијар располаже својим правом сагласно праву. Он ништа „*не прикрива*”, када продаје дужникову имовину пренету ради обезбеђења потраживања путем *constitutum possessorium*, јер је он, за треће савесно лице које не зна за фидуцијарни однос, „*пуноправни власник*”. Трећи не може да зна за ограничење повериочевог права располагања односом или вољом поверења. Али зато, повериочево понашање је супротно савесном и поштеном односу уколико прикрива пред стицаоцем свој моралан, односно „*фидуцијарни дуг*” према дужнику. Но, овде, по нашем мишљењу, није реч о дисимуловању садржаног у савести фидуцијара, већ о простом недозвољеном располагању.

⁸⁷ Kohler, Ihering Jahrbücher, XVI том, op. cit., стр. 140.

⁸⁸ Regelsberger, Archiv für die zivilistische Praxis, том 63, стр. 172.

„Игра отвореним картама” није ништа друго до располагање преко границе овлашћења успостављене односом bona fides.⁸⁹

43. *Vetsch*⁹⁰ истиче да се фидуцијарни карактер неког споразума особито раздваја по унутрашњем односу странака. Овај унутрашњи однос фидуције се од дисимулованог посла раздваја по томе што се заснована прекомерна власт фидуцијара ограничава великим бројем *споредних погодби* које га обавезују на накнаду штете за свако прекорачење овлашћења која му стоје на располагању. Овакве споредне погодбе, наравно, не карактеришу дисимуловане споразуме. Треба приметити, да у крајњој линији, и дејство дисимулованог уговора добија примат над дејством симулованог, на основу једне споредне погодбе — сагласности о симуловању.

44. Пренос ради обезбеђења потраживања је *стваран* и пуноважан, и заснива се на вољи уговорника. Фидуцијар располаже са својином дужника све док између дужника и повериоца (фидуцијара и фидуцијанта) постоји облигациони однос ради кога је и пренос својине реализован.

За разлику од тога, принципијелно, бар према начелима о вољи, привидан уговор није основ стицања својине, он не производи дејства преноса. Према објективном схватању, цела операција симуловања не производи правна дејства јер је *in fraudem legis*.

Могло би се поставити питање да ли је овакав фидуцијарни пренос идентичан са преносом са правом откупа. Ова два преноса су различита. Фидуцијар је додуше пуноправни власник дужникове ствари, али је његово располагање ограничено сврхом његових својинских права, обезбеђењем потраживања. Другим речима, односом поверења. Уколико он прекорачи ту сврху прелази на терен забрањеног фидуцијарног преноса.

За разлику од тога, продавац са правом откупа има другачији однос према стицаоцу. Купац — стицалац је ограничен не односом поверења, већ субјективним правом продавца односно његовом правном моћи да буде поновни купац у случају даљег отуђења ствари.

⁸⁹ Облигациони карактер фидуцијарне обавезе повериоца према дужнику потврђују и *Аранђеловић*, *op. cit.*, стр. 349; у немачкој књижевности: *Flume*, др Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, II издање. Berlin — Heidelberg — New York, Springer Verlag, том II. 1965, стр. 407; *Peusquens*, *нав. дело*, стр. 42; у Аустрији: *Gschnitzer* у *Klangovom* Kommentar zum ABGB, II изд., стр. 425 и др.; у једној одлуци *Врховног суда Немачке* је изричито речено да је „својина фидуцијарна изнад свега онда када је власник облигационо обавезан да добро употреби у одређеном правцу, и након што је постигнут циљ фидуцијарног преноса, да га поново врати или да пренесе на неког трећег”. (R. G., том 62, стр. 391). Супротно овим гледиштима, *Fuchs*. Über fiduziarische... *нав. дело*, стр. 8, сматра да је фидуцијарова обавеза ванправна, тј. да су ограничења његовог располагања само моралног карактера, без икакве нормативне ингеренције. Но, овај поглед се не може прихватити ни са гледишта нашег права, нити са гледишта савремених упоредних тенденција, јер се данас сматра да је морални поредак саставни део правног поретка.

⁹⁰ *Vetsch*, *op. cit.*, стр. 17—18.

Код фидуцијарних споразума однос поверења је заснован на законској одредби, док код продаје с правом откупа изјави воље.

45. Код симуловања је сагласност симуловања заснована на уговору и то пре свега у (заобилазном) интересу самих странака. Код фидуцијарног овлашћења дужника према повериоцу, обавеза повериоца да фидуцијарним добром не располаже у сопственом интересу⁹¹ заснива се на односу поверења и моралном дугу.

46. Операција симуловања као и фидуцијарни однос, првенствено однос између уговорника.

Међутим, и један и други су и однос према трећим лицима. С том разликом што је фидуцијар према трећем лицу у односу отуђиоца, тј. у потенцијалном правно-конститутивном односу. У том односу према трећем дужник, као фидуцијант, нема никаква права. Своје фидуцијарно поверење дужник може да протестује, само према повериоцу — отуђивачу фидуцијарног добра. Код симуловања, напротив, оба уговорника су у односу према трећем савесном стипендијанцу. Уговорници су одговорни савесном стипендијанцу за последице привидности преноса.

47. Многи сматрају да је фидуцијарни или симуловани карактер уговора зависан од садржаја споредног уговора, при чему је овај код симуловања усмерен на то да симуловани акт произведе правна дејства, а код фидуцијарног на то да предмет фидуцијарног добра не буде отуђен.⁹²

48. Према *Goltz-u*⁹³, фидуцијарни споразум се састоји из једне *стварноправне*, позитивне, и једне *облигационо-правне*, негативне погодбе које имају истовремену важност. Негативно-облигациони уговор може да укине дејство позитивног, стварно-правног уговора, али за разлику од симуловања не одмах по његовом настанку, већ тек онда када су у негативном уговору наведене претпоставке испуњене. Са облигационим уговором се ограничава временско трајање фидуцијарове својине, док стварноправни уговор по себи утврђује својину за сва времена. Међутим, ово гледиште се може прихватити само под претпоставком да се облигационом ограничењу не даје апсолутно дејство. Другим речима, само ако ограничење фидуцијаровог овлашћења делује само између фидуцијаната, а не и према трећим. Наиме, ако би се фидуцијарово располагање почињавало *ab initio* према трећима, трећа савесна лица би била оштећена. Слично уосталом, као што је то случај код правила о заштити трећих савесних лица у материји симуловања.

⁹¹ Подоста аутора, наиме, сматра да се садржај фидуцијарног дуга повериоца према дужнику испољава у томе да фидуцијар не може да располаже са фидуцијарним добром у сопственом интересу.

⁹² В. нпр. *Dreyer, op. cit.*, стр. 239.

⁹³ *Goltz, Fritz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechtes, Rohstocker Diss., Marburg, 1901.*

Фидуцијарни пренос се заснива на принципу традиције, док то није случај код симуловања које се фундира на погодби о привидном дејству сагласности воља.

49. Са становишта поређења циља симуловања и фидуције, чини се да је у потпуности исправно гледиште *Аранђеловића*,⁹⁴ када истиче: „Фидуцијарном послу не може се чинити приговор да је симулован, привидан, мада би се могло доћи на ту идеју при помисли да странкама очигледно није стало до преноса својине, него да им је то „мање зло“ ради постизавања правог циља, обезбеђења повериоца. Извесне сличности несумњиво има између једнога и другог посла. Али симулованим се послом по правилу циља на то да неко трећи, ван уговарача, буде преварен, а евентуално, и оштећен. (...) Код фидуцијарног преноса својине не иде се на превару. Уговарачи баш хоће својим уговором да постигну пренос својине, истина не тако да пренос остаје дефинитиван, него да се ствар натраг пренесе отуђивачу, кад се циљ преноса постигне, кад се дакле њиме обезбеђена тражбина исплати.”

Но, овом гледишту треба додати, да фидуцијарни споразум није увек дозвољен, и да у оном његовом виду који смо окарактерисали као заобилазан фидуцијаран акт, овај је на исти начин преваран, фразулозан, као и симуловање. Само што и тада стоји да је симуловање, као акт заобилажења закона случај *error communis*-а, док је заобилазна фидуција увек заобилажење интереса дужника. Наравно, тиме се забрањена фидуција не прикључује релативно ништавим актима, јер је само први изглед ствари да је код ње реч о повреди индивидуалног, а не и општег интереса. Општи интерес је итекако повређен заобилазном фидуцијом, самим тим што се врећа сврха фидуцијарног споразума заснован на идеји поверења, обезбеђења потраживања, и не у последњем реду, што је ова њена сврха негирана тенденцијом ка експлоатацији дужника, односно, злоупотребом права повериоца.

Отуда, и фидуција као што је то и симуловање, скуп чињеница који може да послужи као средство заобилажења права и да се њиме постигне циљ изван редовног, дозвољеног дејства. Ово последње се код фидуцијарног споразума манифестује у располагању дужниковом имовином преко границе која је потребна ради обезбеђења или намирања потраживања. У том вануговорном, заобилазном циљу се виде и извесне заједничке особености фразулозног симуловања и фразулозне фидуције.

Забрањена фидуција је прекорачење слободе уговарања, односно, заобилажење закона, као што је то и симуловање, с том разликом што се заобилазни циљ код фидуције постиже *прекорачењем односа поверења дужника и повериоца* и то на штету дужника, док је то код симуловања постигнуто сагласном вољом и у *узајамном интересу* уговорних страна.

50. На крају, два инструмента се могу разграничити и онда када је реч о *дозвољеном* и *бенефицираном* типу фидуције од-

⁹⁴ *Аранђеловић*, нав. дело, стр. 348.

носно, симуловања. У том случају дозвољена фидуција је правно релевантан *преображајни однос поверења*, док је дозвољено симуловање, по правилу, *однос ван сваке правне релације и по правилу без икаквог правног преображаја*, како у симулованом, тако и у дисимулованом домену.

51. Осим заједничких карактеристика заобилазних фидуцијарних и симулованих споразума као средства изигравања, који се састоје у заобилазном циљу, тајним, односно, невидљивим елементима (дисимуловање код симуловања, одн. споразуми о накнади штете због прекорачења фидуцијарних овлашћења, и да је и један и други пример свесне несагласности између изјављеног и затајеног) — треба додати и онај заједнички моменат који се тиче *правних последица*: и заобилазна фидуција као и заобилазно симуловање јесте апсолутно ништава са свим обележјима уговора који вређа поредак и морал, особито када фидуција има експлоататорско обележје.

52. У књижевности се најчешће помињу два *битна облика* (дозвољених) фидуцијарних споразума: а) тзв. *права фидуција*, када је фидуцијар (поверилац) обавезан да пренесеним правима управља у интересу дужника. Основ овог посла је у односу поверења. Овај облик се по правилу реализује преносом права својине са дужника на повериоца у периоду трајања основног поверилачко-дужничког односа. б) Други је облик фидуцијарног преноса, пренос неког потраживања са дужника на повериоца такође у *циљу обезбеђења* потраживања (цесија ради обезбеђења коју познаје и чл. 445. ЗОО). Овај облик је по неким већ иницијално намењен ради намирања повериоца. Сматра се да је овај облик фидуције у интересу фидуцијарног повериоца, јер се потраживање преноси у целини, док је пренос својине ради обезбеђења ограничено односом поверења, или пак заснивањем залогe или хипотеке.

Круг симулованих уговора *није сужен* циљем обезбеђења потраживања, јер да се заобилазни циљеви путем оваквих споразума остварују у далеко *обухватнијем* домену. Домен заобилазних тенденција фидуције је ужи, пошто ова мора увек да сачува форму или изглед обезбеђења потраживања. Симуловање није везано никаквим спољним оквиром, одн. изгледом, већ само споразумом о привидном дејству испољеног уговора, те симуловања у начелу има онолико колико и уговора, са разним њиховим међусобним комбинацијама.

В. Ментална резервација и симуловани уговор

53. Ментална резервација (*reservatio mentalis*) је често поребена и идентификована са симуловањем. У старијој литератури, ментална резервација се сматрала симуловањем или једностраним симуловањем. Ментална резервација, као и симуловање, се у новијој литератури често истиче међу примерима

свесне несагласности између унутрашње и изјављене воље. Она се означава и као правно ирелевантна воља уговорника.⁹⁵

54. Ментална резервација је у потпуности унутрашњи психолошки феномен, воља једног од уговорника. Она је обично негативно формулисана. Наспрам изјављене правнопословне воље (нпр. понуда), ментална резервација је „против-воља“. Другим речима, резервант се код уговора саглашава противно својој вољи или убеђења. Сам садржај и интензитет резервације може да буде одређен у различитом дијапазону, у зависности од унутрашњег психичког отпора резерванта према обавезивању: почев од дилеме о целисходности закључења уговора, са пристанком на обавезе које уговор намеће; — до спољног саглашавања, са намером да се уговор о доспелости обавезе резерванта не изврши, или да се доцније једнострано или, по могућству, споразумно раскине.

Наравно, резервација може да буде једнострана и обострана, с тим што се њен садржај и у једном и у другом случају не саопштава другој уговорној страни.

За разлику од тога, код симуловања је резервисање дејства уговора резултат сагласне и обостране познате воље уговорних страна. Циљ резервације се по правилу везује за правно ирелевантне мотиве уговорника, док се код симуловања везује, сем код бенефицираних мотива, за заобилажење неке когентне одредбе закона.

55. Уобичајено је, особито у нашој, али и у страниој науци, да се каже, да унутрашња резервација дејства неког правног акта *нема правног ефекта*. Отуда се на менталну резервацију по правилу без даљег примењује последица *учења о изјави воље*: изјављена воља резерванта обавезује без обзира на његову стварну вољу из простог разлога што нико не може да зна шта се одиграва у његовој свести.

Ако је резервација *саопштена другој уговорној страни*, она више *није унутрашња*, већ је *испољена*, те прима сва обележја изјаве воље и процењује се према правилима о њеном дејству. Тада је ствар конкретних околности случаја да ли је резервација изјаве саопштена другој уговорној страни акт модификације понуде или прихвата понуде односно нова понуда или пак изјава која се у границама слободе диспропорције креће ка модификацији већ насталог уговора.

Но, резервација може да буде саопштена и *трећем лицу*. Тада би се могло поставити питање, да ли је таква резервација и даље без правне релевантности, обзиром да није упућена уго-

⁹⁵ В. особито следећу књижевност: Kohler, dr Josef, Studien über Mentalreservation und Simulation, нав. дело, стр. 91—158; *ibid.*, Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, нав. дело, стр. 325—556 (1978. г.); Windscheid, Wille und Willenserklärung, AfZP, 1880, т. 63, стр. 82, 96. Zitelmann, Die juristische Willenserklärung, op. cit., стр. 401—403; Pestalozza dr Anton, Der Begriff der Mentalreservation, München, Schweizer Verlag, 1904; Rolf, dr Karl, Mentalreservation, Iherings Jahrbücher, том 81, 1931, стр. 53—190; Grundschock, Lothar, Der geheime Vorbehalt, Diss., Frankfurt, 1965.

ворном партнеру, већ трећем лицу које нема никакву релацију према уговорном односу, са становишта права и обавеза.

У таквом случају резервација задржава карактер менталне резервације схваћене у правном смислу, наспрам саговорника, јер он и даље не познаје да је извршење уговора са становишта друге стране условљено или стављено под питање. Но, зато треће лице зна за намеру уговорника да жели испуњење односно неки од елемената уговора. Отуда се поставља питање евентуалног санкционисања понашања резервисаног, као неозбиљног уговорника, одн. чак и трећег лица.

Своје намере о резервацији резервант је саопштио трећем лицу и ове су из круга анонимности и личног, доживеле јавност. Оне више нису у „интимној сфери“. Приближавају се појму шикане. Отуда, за евентуалне последице саопштене резервације у случају доцнијег раскида или неизвршења уговора (накнада штете) првенствено би требао да одговара резервант.

Треће лица се не тиче у принципу, уговор, нити саопштење резервације. Из чина саопштења резервације дејства уговора њему се не може наметнути обавеза да садржај резервације саопшти саговорнику резерванта, нити да одговара за последице реализације резервације. Међутим, ако је из овог саопштења резервант извукао одређене користи, нпр. реализовао правну наду да уговарач уместо да обећану ствар преда партнеру, ову пренесе на треће лице, за вишу цену, можда би се могло поставити и питање саодговорности трећег лица за штету због раскида или због неизвршења уговора који је прекршио саговорар резерванта.

56. Ако би само *саопштена резервација* била сагледана у кругу правне релевантности, природно је да би само тај вид резервације био од првенственог интереса да се у чиниеничном домену јасно омеђи *наспрам симуловања*.

Пре свега, видимо да саопштена резервација није у домену *уговорног односа* и власти резерванта и трећег, већ у власти *воље резерванта*, односно у простој изјави о знању, дакле, не правно пословном саопштењу. За разлику од тога, симуловање је засновано на уговорној сагласности учесника операције.

Питање је, да ли је саопштена ментална резервација заобилазног карактера. За обичну резервацију овакав карактер се не може приписати, јер је циљ и мотив резерванта дубоко прикривен у свести без било каквог и најмањег видљивог потребног или непотребног испољавања, односно без икаквог објективног резултата — бар у тренутку закључења уговора. Но, изгледа да то није случај код саопштене резервације, јер је ту макар за изјаве перципијента резерванта (треће лице) објављена одлучна намера резерванта да уговорену обавезу не изврши према сагласности воља. Тада, у зависности од карактера и фактичког циља ове резервације ни злоупотреба права или евентуално, *заобилажење права нису искључени*. Заобилазни циљ саопштене резервације је по правилу у *шिकани саговорача* резерванта, док је, како смо видели, код симуловања у начелу смисао

когентне забране или неки материјални ефекат забрањен одговарајућом одредбом закона.

57. Резервисани код саопштене резервације не може против тужбе за извршење саговорника бранити са основа објављености резервације, тј. да изјава воље више не важи, пошто је она тсбоже укинута саопштењем резервације. Другим речима, резервант не може да против саговорника истакне успешан *protestatio facto contraria*.⁹⁶ Забрана дејства овог протеста чини нам се, објашњава заобилазне тенденције, али и начин борбе против заобилазних циљева странака код саопштене менталне резервације.

58. Доктрина немачког општег права⁹⁷ симуловање је посматрала као обострану менталну резервацију, односно менталну резервацију као једнострану симулацију. *Kohler*⁹⁸ је први поставио заједничке особине чињеничних основа симуловања и менталне резервације и то на бази теорије изјаве воље, при чему је и код менталне резервације и код симуловања инсистирало на заштити саговорника, односно трећих лица, од непознатих елемената воље (резервације или дисимулације).

Порекло појма менталне резервације је спорно: неки сматрају да су га установили канонисти,⁹⁹ док су други на становишту да је тај појам настао под утицајем моралиста.¹⁰⁰

Најпре је *Augustinus* истицао да је лаж забрањена под свим околностима. Ову идеју је подржавала и искористила католичка теологија, указујући на „прозрачност духа“ пред „богом“.

Теолошка литература је указала на широку скалу менталне резервације: 1) случај када се изреченим речима хтело нешто казати, што на основу употребљених речи нико не може правилно просудити (нпр. рекао сам да нисам куповао, али сам хтео да кажем да нисам спавао); 2) изјава чији стваран садржај може да се добије искључиво из садржаја резервације говорника, при чему се мора разликовати „*verbum oris*“ од „*verbum mentis*“; 3) при употреби двосмислених израза резервација често није унутрашња, уколико је праћена гестовима који изражавају садржај резервације (*reservatio late mentalis*); 4) резервација изјаве се такође често може изразити и бојом гласа или другим спољним ознакама.

⁹⁶ Тако и *Flume*, др *Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 изд., Berlin, Heidelberg, New York, Springer, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft 1965, стр. 403.

⁹⁷ *Savigny*, System, III par. 134, стр. 259; *Windscheid*, нав. дело, пар. 75, стр. 380 и 379; *Tuhr*, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1914—1918, том II, 1 пар. 66, том II, стр. 557, бел. 17; *Crome*, др *Carl*, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, erster Band, Einleitung und Allgemeiner Theil, Tübingen und Leipzig, Verlag, von J. C. B. Mohr, том I, пар. 93, стр. 416 и др.

⁹⁸ *Kohler*, Iherings Jahrbücher, op. cit., 16—98; Archiv für Zivilistische Praxis, op. cit., стр. 80, 145 и др.

⁹⁹ Тако мисле: *Pininsky*, *Scheiff*, *Forrer*, нав. према *Pestalozza*, op. cit., стр. 1; *Kallimopoulos*, op. cit., стр. 52 и др.

¹⁰⁰ *Pestalozza*, op. cit., стр. 1.

Морална теологија (Sanchez) је ова последња два случаја резервације сматрала дозвољеним и пуноважним, пошто по њеној оцени имају особености изјављене воље.

Као што смо видели, порекло симуловања је далеко старије, а његови правно релевантни облици су разубенији.

Многи сматрају да је и за симуловање и за резервацију заједничко обележје што и један и други чине обичну лаж. Ако је, наиме, ментална резервација свесно нехтење изјављеног, онда то није друго до лаж: кад се неко обраћа пријатељу да ће га посетити, а у ствари остаје код куће, према Savigny-ју реч је о типичној менталној резервацији. Други сматрају да ментална резервација и лаж нису идентични појмови, јер се њихов идентитет појављује само у моралној вредности,¹⁰¹ што је несумњиво исправније становиште.

Међутим, ако би се пошло са позиције лажи као критеријума разликовања симулације и менталне резервације, онда би несумњиво морало да се констатује да је симуловање обострана сагласност уговорника ради *преваре трећих*, а ментална резервација је средство којим се *вара саговорник*.¹⁰²

Разлика је и у врсти и у начину преваре: као резервације по правилу стварна воља остаје унутрашња и неизјављена, док код симуловања је све испољено, тј. сви саставни делови операције су у мањем или већем кругу лица испољени.¹⁰³

59. Према томе, симуловање је сагласна и спозната „резервација” дејства испољеног акта, док је ментална резервација само унутрашња воља и понашање које се везује за једну будућу чињеницу. Она се обично испољава у начину или уопште у испуњењу или неиспуњењу обавеза. Резервација као факт може, али и не мора да се реализује, јер искључиво зависи од резервантове доцније воље. За разлику од тога, резервација дејства симуловања је уговором фиксирана сагласност странака о привидном дејству симулованог уговора. Циљ симуловања је заобилажење закона, или *error communis*, док је резервација усмерена на стварање нетачне представе код саговорача о стварним намерама резерванта везаних за испуњење обавезе.

Треба разликовати резервацију, као „једнострану симулацију”, од уобичајене операције симуловања и у томе, што је дејство резервације у потпуности ирелевантно, сем ако је оно саопштено трећима. Резервација је толерисана лаж.

Г. Шала — симуловање уговора

60. Треба разликовати две врсте шале: једна је тзв. добронамерна, а друга пак злонамерна шала.

Обе спадају у тзв. неозбиљне изјаве воље, тј. изјаве воље које нису замишљене да произведу правно дејство.

¹⁰¹ Pestalozza, op. cit., стр. 18.

¹⁰² Kohler, Studien, Jahrbücher, op. cit., стр. 91/1978. и стр. 325/1978.

¹⁰³ Тако и Grundschock, нав. дело, стр. 20—21.

Код добронамерне шале мотиви су бенефицирани; последице такве лажи нису испољене ни у правном дејству изјављене воље, нити у неком фактичком негативном ефекту.

Обрнуто је код злонамерне шале. Она се од обичне резервације и добронамерне шале раздваја по изричито неморалним мотивима и испољава се у лажи усмерене у правцу наношења неке штетне последице. Ментална резервација се обично односи на ускраћивање дејства правно-пословне изјаве, док злонамерна шала може да буде било каква изјава о некој нетачној чињеници која је подобна да створи погрешну представу свести о некој животној околности.

61. Шала је по правилу правно ирелевантна. Но, ако је злонамерна, она може да доведе до обавезе накнаде штете,¹⁰⁴ (нпр. неко некога грубо уплаши и из тога овај трпи одређене здравствене последице).

Шала је по правилу повреда индивидуалног интереса, а симуловање општег. Шала није, и не мора бити правно-пословна изјава воље, док је симуловање увек правно-пословна тајна.

Д. Фикција и симуловани уговори

62. Фиктивни уговори су у суштини привидни уговори без дисимулације. Или, тзв. празне симулације, што је исто. Али, исто тако, симуловани уговори су фиктивни са дисимулацијом.

Странке закључују уговор само као такав, али му не придају никакво дејство. Ни једна ни друга уговорна страна код двострано обавезног фиктивног уговора, одн. овлашћеник код једнострано обавезних уговора, не тражи од друге реализацију обавеза садржаних у уговору.

63. Фиктивни уговори се код нас најчешће срећу у стамбеном праву. То су тзв. фиктивне замене станова. Видели смо да у нашим законима ови уговори се често означавају и као симуловане замене. Оне се закључују најчешће са фразуолошким циљем: ради изигравања прописа о условима за стицање стана.

Има и фиктивних продаја станова у приватној својини, ради стицања услова за стицање добијања друштвеног стана (субласник стана блиском сроднику отуђи део субласништва, и тиме покушава да ствара услове за равноправно учешће на конкурсима радне организације за стицање станарског права).

Овакви уговори немају дисимулацију, сем ако се не узме да се дисимулација састоји у сагласности странака о томе да се у њиховим међусобним правима и обавезама ни правно ни фактички ништа не мења.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Тако мисли и *Pestalozza*, *op. cit.*, стр. 30: „Злонамерна шала треба да буде погођена.” Но, овај аутор није прецизирао санкцију.

¹⁰⁵ Слично становиште је заузето у већ цитираној одлуци из прератне судске праксе у случају када су продајом ствари извршеник и „купач” хтели да спрече повериоца да наплати потраживања. Такво оту-

64. Питање је за дискусију, да ли су фиктивни или симуловани они уговори у стамбеној области који су закључени у циљу прикривања купопродаје друштвеног стана под привидом замене. Чини се да одговор зависи од тога да ли је дисимулована купопродаја садржана у писменој форми. Ако она није у саставу обавезне писмене форме, несумњиво, *ab initio* нема никакву правну егзистенцију, она је непостојећи акт. Купопродаја теоријски није ни настала. Отуда, опет теоријски гледано, симуловање је остало без дисимуловања, дакле, реч је о фиктивној замени. Напротив, ако је дисимулована купопродаја саставни део формалног уговора о замени, тада је реч о операцији симуловања. Исти би био случај са свим осталим формалним уговорима: ако дисимуловање није обухваћено формом оно је теоријски гледано непостојеће, јер није испунило битан услов за настанак уговора. Тада је реч о једном уговору који се једнако може означити као „празна симулација” или „фиктивни уговор”.

Као што смо у датим примерима видели, реч је о уговорима који по правилу имају заобилазан карактер и сходно томе правне последице симуловања, сходно вреде и за наведене фиктивне акте.

Додуше, принципијелно гледано, фиктивни акти су непостојећи, јер код њих нема тзв. правно-пословне воље, тј. намере обавезивањем. И то би било из разлога што недостатак намере за обавезивањем произилази из садржаја фиктивног или симулованог акта, било због тога што је дисимуловани акт био *ab initio*

бење је у наведеној пракси означено као фиктивно (К 266. 99. Нови Сад, *Игњатовић*, Судска пракса, ор. cit., стр. 22, тач. 129). Према другој одлуци истог суда (Касациони суд у Новом Саду) се чак установљава претпоставка о фиктивном дејству уговора, када је овај закључен између блиских сродника: „Претпоставка је, да је купопродајни уговор закључен између брата и сестре фиктиван, онда када је брат већ био *презадужен*. На основу таквог уговора не може се успешно тражити, да се ослободе испод извршења заплешене ствари (*Касациони суд, Нови Сад*, Г. 29. 1928, *Игњатовић*, нав. дело, стр. 22—23, тач. 131). (Подв. Ј. С.) Видљиво је, дакле, да је фиктиван пренос у пракси особито карактеристичан код изигравања права поверљивоца у извршном поступку, тј. представља вид злоупотребе диспозиционог овлашћења. Та отуђења нису стварна, те није потребно да их поверилац побија по правилима о Паулијани. Но, исти суд *меша фикцију и симуловање* када каже да „код фиктивног посла важи онај правни посао на који је била уперена дела странака”. (Касациони суд у Новом Саду, Г. 60. 932, *Игњатовић*, нав. дело, стр. 23, тач. 135). Ово стога, што, како је и у претходна два случаја суд правилно приметио, фиктивни споразуми немају дисимулацију (правно-пословну вољу). Наше изнетог становиште поткрепљује и *последатна пракса* нашег *Савезног врховног суда* у одлуци Рев. 2291/60 од 17. II 1961, обј. у ЗСО, књ. 6, свеска 1, бр. од 1.15: „Уговор закључен између уговорних страна је *фиктиван* уколико су се оне споразумеле да оно што је у уговору предвиђено као *права и дужности* једне или обе стране *међу њима не важи*. Такав уговор, таквом својом садржином, међу странкама *не производи никакво правно дејство*. Уговор није фиктиван само по томе што су га странке назвале једним именом а требало је да га назову другим именом и због тога што су странке уговор оцениле као правни посао једне врсте, а то је правни посао друге врсте...” (Подв. Ј. С.)

непостојећи, те остаје само као празан привидаи акт, без живота хтења и дејства.

Међутим, фиктивни акти нису обичан правни *neutrum*, ако су странке заобишле закон. Тако, нпр. ако је власник стана продао сүвласнички део стана другом сүвлазнику по основу фиктивног уговора, да би се у радној организацији појавио као конкурент за стан, требало би одредити санкције сходно као и код симуловања: да фиктиван уговор о преносу приватног стана не производи правна дејства и да симулант изгуби права на преварно стечени друштвени стан. Можда, у изузетној прилици, није искључено ни одузимање предмета фиктивне продаје, посебно онда ако је она у супротности са моралним схватањима нашег друштва (чл. 10. ЗОО).

Слободан Тодоровић
судија Општинског суда у Шапцу

ПОТРЕБА ЗА АУТЕНТИЧНИМ ТУМАЧЕЊЕМ ЗАКОНА О АРОНДАЦИЈИ И КОМАСАЦИЈИ ПОЉОПРИВРЕДНОГ И ШУМСКОГ ЗЕМЉИШТА

*и Закона о коришћењу пољопривредног земљишта након
ступања на снагу Закона о изменама и допунама Закона
о коришћењу пољопривредног земљишта*

Дана 14. децембра 1982. године, у *Службеном гласнику СР Србије* под бројем 59, објављен је Закон о изменама и допунама Закона о коришћењу пољопривредног земљишта.¹ Ступио је на снагу 23. 12. 1982. године; садржи свега 8 чланова. Истим је прописано да Комисија за комасацију пољопривредног земљишта доноси решење о расподели комасационе масе. Диспозитив решења садржи: име, презиме и место становања, односно назив и седиште сваког учесника комасације, податке о престанку права својине на земљишту, односно права у погледу располагања управљања и коришћења учесника комасације на земљишту које је унето у комасациону масу, обавезу о року предаје земљишта које је унето у комасациону масу, обавезу о року скидања плодова и усева, затим износ умањења вредности земљишта унетог у комасациону масу за заједничке потребе, као и податке о земљишту које сваки учесник комасације добија из комасационе масе и на које стиче право својине, односно права у погледу коришћења, управљања и располагања. У образложењу решења морају бити изложени разлози који се односе на сваког учесника комасације. Дакле, реч је о једном збирном решењу о расподели комасационе масе.² Оно се излаже на јавни увид у трајању од 15 дана. Након истека рока комисија доставља сваком учеснику комасације и другој странци у поступку комасације извод из решења о расподели комасационе масе. Извод садржи: увод решења, део диспозитива који се односи на учесника комасације, образложење са посебним навођењем

¹ Закон је објављен у *Службеном гласнику СР Србије*, број 59, 14. 12. 1982. године.

² В. чл. 54. до 57. Закона о комасацији СР БиХ (*Сл. лист СР БиХ*, бр. 14/74), као и чл. 49. и 50. Закона о комасацији и арондацији САПВ (16/78).

захтева учесника комасације и разлозима због којих није усвојена његова примедба и упутство о правном леку. Незадовољни учесници имају право жалбе на решење о расподели комасационе масе у року од 15 дана од дана достављања извода из решења о расподели комасационе масе. По члану 4. решење о расподели комасационе масе извршава се када постане правоснажно. Поступак комасације започет пре ступања на снагу Закона о изменама и допунама Закона о коришћењу пољопривредног земљишта наставиће се по одредбама овог Закона, ако до тог дана није донето првостепено решење о расподели комасационе масе (чл. 7).

Овим Законом озакоњена је пракса комисија за комасацију пољопривредног земљишта, која је присутна већ неколико година уназад, да се на основу члана 235. Закона о општем управном поступку,³ у вези са чл. 52. Закона о арондацији и комасацији пољопривредног и шумског земљишта,⁴ по жалби једног учесника, мењају и решења о расподели других учесника који се нису жалили. Убудуће ће се на основу одредаба Закона о изменама и допунама Закона о коришћењу пољопривредног земљишта моћи мењати и решења учесника комасације који нису улагали жалбе, ако за то постоје оправдани разлози (неоправдано оштећење учесника у погледу квалитета земљишта, локације и др., очигледна грешка извођача радова и сл.).

Познато је да се у одређеним крајевима Републике сада спроводи поступак комасације (Шабац, Богатић, Варварин, Алексинац и др). У једном броју предмета донета су првостепена решења о расподели комасационе масе. Међу њима има и поништених решења из разних разлога. Значи, поступак комасације је у току. Међутим, на ове предмете се не могу примењивати одредбе Закона о изменама и допунама Закона о коришћењу пољопривредног земљишта, пошто су по истима већ донета првостепена решења о расподели.⁵ Пре ступања на снагу поменутог Закона уследио је правни став Врховног суда СР Србије, у пресуди Увп-465/81 од 11. маја 1982. године, где је изричито речено да се на основу члана 235. ЗУП-а у вези са чл. 52. Закона о арондацији и комасацији пољопривредног и шумског земљишта не могу мењати решења о расподели и учесника који се нису жалили.⁶ Иста се могу мењати једино ако се постигне сагласност са учесницима, који нису улагали жалбе. У правилу ови учесници не дају сагласност.

Да би се удовољило основаним жалбама, међутим, неопходно је решење о мењању првостепених решења о расподели комасационе масе обухватити и решења учесника, који нису улагали жалбе. Обзиром на изложени правни став и одредбу чл. 7. наведеног Закона проистиче да, и упркос утврђењу да су

³ Сл. лист СФРЈ, бр. 32/78.

⁴ Сл. гласник СР Србије, бр. 47/74.

⁵ Види чл. 7. Закона о изменама и допунама Закона о коришћењу пољопривредног земљишта.

⁶ Пресуда Врховног суда СР Србије Увп-465/81 од 11. 05. 1982. године.

одређене жалбе основане, Комисија истима не може удовољити. Учеснике чије су жалбе основане, дакле, треба вратити на првобитну доделу. Они су се управо и жалили на ову доделу.

Да наведемо само неколико примера из праксе. Грешком извођача радова (у једној катастарској општини) није снимљен постојећи природни водоток-канал. Услед ове грешке додељене су једном броју учесника одређене површине канала као обрадиво земљиште. На првостепена решења о расподели због овог уложено је 12 жалби.⁷ На лицу места покушано је да се направи споразум, али без успеха. Јасно је, следи одлука по жалбама. Али, правни став и Закон о изменама и допунама Закона о коришћењу пољопривредног земљишта не дозвољавају измену, јер би се обухватила и решења учесника који нису улагали жалбе. Други пример је такође илустративан. Наиме, учесник је у старом стању имао земљиште на 6 парцелних места, а на једном од њих, у једном комаду површину од 4.00.00 ha. Из комасационе масе је изнео одговарајућу вредност земљишта, такође на 6 места, али тако да је на сваком, у просеку, добио површине по 1 хектар, па и мање. Очигледно је да је овај учесник незадовољан, те је и уложио жалбу. Исправљањем грешке сеоске поткомисије морала би се изменити и решења других учесника, који нису улагали никакав правни лек. Трећи случај је још очигледнији. Уследила је измена границе између две катастарске општине. Грешком поткомисије учесник, који је имао земљиште у обе општине, није надељен са целом вредношћу унетог земљишта. Остала је обавеза извршења доделе земљишта у вредности од преко 20.000 вредносних јединица (преко 2 хектара). Према томе, сасвим је очигледно да би се исправила ова грешка неопходно је у истој табли извршити промену првостепених решења, обухватајући и већ поменуте учеснике. У супротном учесник би остао без земљишта у овој вредности, што је незамисливо.

Закључак

Одредбе чл. 2, 3, 4. и 7. Закона о изменама и допунама Закона о коришћењу пољопривредног земљишта могу се схватити једино и искључиво као ближа разрада чл. 45. и 52. Закона о арондацији и комасацији пољопривредног и шумског земљишта, као и чл. 104. и 105. Закона о коришћењу пољопривредног земљишта, а никако као неко ново решење. Сада су ствари јасније и прецизније постављене и ништа друго.

Како је већ речено, постоји један број предмета поступка комасације где су донета првостепена решења о расподели комасационе масе. Обзиром да су комисије, већ неколико година уназад, својим решењима мењале и решења учесника који нису подносили жалбе, и обзиром да је таква пракса озакоњена

⁷ Код једног жалиоца канал се води као обрадиво земљиште у површин од 0.17.00 ha.

(прецизније и јасније) Законом о изменама и допунама Закона о коришћењу пољопривредног земљишта, а да би се постојећи предмети могли решити по жалбама, нужно је и хитно дати аутентично тумачење наведених чланова Закона о арондацији и комасацији пољопривредног и шумског земљишта и Закона о коришћењу пољопривредног земљишта у вези са одредбама Закона о изменама и допунама Закона о коришћењу пољопривредног земљишта.

ГРАБАНСКО ПРАВО

Признање стране судске одлуке у извршном поступку

Када се захтева издавање дозволе извршења кондемпнаторне стране одлуке, не води се посебан поступак признања, већ се о признању решава као о претходном питању, а у дозволи извршења је обухваћено признање стране судске одлуке.*

Из образложења:

Извршни суд је дозволио извршење на основу стране судске одлуке. Против ове одлуке уложен је захтев за заштиту законитости. У захтеву се, поред осталог, наводи повреда закона и у томе што није вођен посебан поступак за признање стране судске одлуке.

У вези са овим питањем, Савезни суд је заузео следећи став:

Услови под којима се одлука страног суда може признати и извршити прописани су у Уводном закону за Закон о парничном поступку („Сл. лист ФНРЈ“, број 4/57).

У захтеву за заштиту законитости се указује и да из одредаба чл. 20, 17. и 18. те чл. 19. ст. 3. и 4. Уводног закона за Закон о парничном поступку произлази да је за извршење стране судске одлуке потребно претходно провести посебан делибациони поступак у коме се испитује постојање претпоставки за дозволу извршења страних

извршних наслова, те да је зато неправилан став побијаних решења да у овом случају није потребно водити посебан поступак признања напред наведене одлуке. Међутим, овакво становиште нема основа у цитираним одредбама Уводног закона.

Смисао наведених законских одредаби је наиме да се делибациони поступак води само када се захтева само признање стране судске одлуке чији се циљ исцрпљује већ самом правоснажношћу — то су конститутивне и декларативне одлуке, па и кондемпнаторне ако се предлагач задовољава самим признањем а не тражи извршење. Када се међутим, захтева издавање дозволе извршења кондемпнаторне стране одлуке, не води се посебан поступак признања већ се о признању решава као о претходном питању, а у дозволи извршења је обухваћено признање стране судске одлуке. Ово произилази и из одредбе чл. 20. ст. 2. Уводног закона којом је предвиђено да предлог за извршење може поднети поред тражиоца извршења и страни суд који је донео одлуку на основу које се тражи извршење. Ако је страни суд доставио одлуку којом одређује извршење, ова одлука ће се сматрати предлогом за дозволу извршења. Дакле, делибациони поступак се увек води, али као посебан поступак само када је у питању самостално признање. Кад се тражи извршење, тј. доношење решења о извршењу, онда се у виду прејудикалног питања испитује постојање претпоставки из чл. 17. и 18. Уводног закона и доноси решење о извршењу односно решење којим се одбија предлог за извршење. При том би, када се ради о решењу којим се усваја предлог

* Види: Закон о колизионим нормама.

за извршење, ово решење требало да буде образложено, али ако није, тај недостатак не може представљати апсолутно битну повреду одредаба поступка.

(Решење Савезног суда, Гж. 19/82 од 8. јула 1982. године, исто и одлука Врховног суда Војводине посл. бр. Гж. 97/80 од 18. априла 1980)

ПОРОДИЧНО ПРАВО

Одлука о усвајању детета од стране трећег лица не значи да је родитељ лишен родитељског права. Потешкоће око остваривања тог права саме по себи не могу родитеља ослободити обавезе издржавања свог детета.

Из образложења:

Неосновано ревидент напада пресуду судова нижег степена због погрешне примене материјалног права. Током поступка а и сада у ревизији тужени је вољан допринашати за издржавање своје кћерке по 1.000. — динара. Без ослоњца на прописе материјалног права је његово условавање да плаћа тај износ јер ни сам тужени не тврди да је лишен родитељског права у смислу чл. 18. Закона о односима родитеља и деце („Сл. лист САПВ“, број 2. од 20. II 1975. године). То што је у одређеном поступку пред надлежним судом СР Немачке дошло до усвајања малб. тужиле од стране њеног оцука М. М. не значи да је тужени лишен родитељских права. Правилно виши суд закључује да се у овом поступку не могу пренспитивати евентуалне неправилности поступајућег суда у СР Немачкој, те да тужени те наводне неправилности треба отклонити у другом поступку.

Одлука о усвајању детета од стране трећег лица, не значи да је тужени лишен родитељског права. Потешкоће око остваривања истог о којима тужени говори у ревизији не могу истог ослободити обавеза издржавања својег детета. Према томе, с обзиром на овде речено, те на одредбе чл. 52. овог Закона и чл. 17. Закона о усвојењу („Сл. лист САПВ“ број 24, од 30.

XII 1971. године) правилно су судови нижег степена применили материјално право.

(Врховни суд Војводине, пресуда посл. бр. Рев. 480/82 од 27. августа 1982. године)

Предлог органа старатељства да се деца повере једном од родитеља не обавезује суд да тако поступи. Суд је овлашћен и дужан да предлог органа старатељства цени у склопу свих других чињеница које су релевантне за решење овог питања.

Из образложења:

Неоснована је жалба туженог којом побија првостепену пресуду у погледу одлуке којом су деца парничних странака малб. М. и малб. А. поверене на чување, васпитање и издржавање мајци — тужитељици. Ово стога што су у питању деца испод 10 година старости којима је неопходна мајчина нега и љубав. Упоран и одлучан захтев тужитељице да јој се деца повере на чување и васпитање указује на њено интересовање да негује и васпитава децу. Из утврђених чињеница произлази да се она о њима брижљиво старала и извршавала своје родитељске обавезе и за време док је трајала брачна заједница странака. Горње чињенице указују да је тужитељица у свему подобна да васпитава децу и да за сада нема никаквих посебних разлога на њеној страни због којих јој малб. М. и малб. А. не би требало поверити. Овај суд прихвата да је тужени као отац добар и пожртвован, али овде су у питању женска деца којима је потребна близина и љубав мајке да их подиже, васпитава и упућује у живот. Код таквог стања ствари без сумње је да мајчина љубав и брига више одговарају интересима деце таквог пола и узраста и да им она може пружити више него отац. Првостепени суд је оправдано сина парничних странака малб. И. поверио оцу на чување, васпитање и издржавање. Ово дете је навршило 10 година и пред судом изра-

зило жељу да остане са оцем, што значи да је њему више привржено, а већа склоност и приврженост детета једном родитељу може бити од значаја за његово васпитање и даљи развој. Нема значаја чињеница што ће деца живети одвојено, јер ће и надаље остати у истом месту, па ће се увек моћи виђати и састајати, а и тужени ће моћи бити у личном контакту са децом и утицати на њихово што боље и успешније васпитање.

Неосновани су жалбени наводи да је тужитељица напустила брачну заједницу у децу да би могла да живи без контроле и што слободније и да је склона конзумацији алкохола, јер те чињенице првостепени суд није утврдио нити за то има поузданих доказа у списима.

Стоји навод жалбе да је надлежни орган старатељства предложио да се сва деца парничних странака повере оцу. Међутим, овакав предлог не обавезује суд да тако поступи, већ је суд дужан да исти цени у склопу свих других чињеница које су релевантне за решење овог питања. У конкретном случају првостепени суд је све те околности ценио и донео правилну одлуку.

Није основан ни жалбени навод да се тужитељица после прекида брачне заједнице није интересовала за децу. Напротив у спису постоји њен захтев упућен органу старатељства да исти одреди време њеног виђења и састајања са децом, па је тај орган такву одлуку и донео. Ово указује само на приврженост тужитељице према деци а не на њену индиферентност, како је то изнето у жалби.

(Врховни суд Војводине, пресуда посл. бр. Гж. 390/82 од 7. октобра 1982)

НАСЛЕДНО ПРАВО

Прећутно опозивање тестаментa

Тестамент се може опозвати и на тај начин што је тестватор након сачињеног тестаментa располагао са завештаним стварима.

Из образложења:

Није спорно да је тужила на основу тестаментa наследила сву непокретну и покретну имовину пок. брата тужене. После сачињења тестаментa тестватор је замолио своју супругу да спорну виолину после његове смрти преда туженој — сестри, јер да она има децу тако да ће виолина остати у породици. На основу утврђења првостепеног суда, а које је поводом жалбе тужиле у потпуности прихватио другостепени суд, тужена је када је пошла на оставинску расправу свршила код своје снахе, супруге тестватора. Том приликом је сазнала од снахе шта је рекао пок. пре смрти и у вези спорне виолине а снаха јој је одмах и предала у посед виолину.

Противно правном схватању изнетом у другостепеној пресуди овај ревизијски суд сматра, да је могуће и прећутно опозивање тестаментa, а то је случај када тестватор после прављења тестаментa располаже одређеном ствари коју је неком завештао у тестаменту, без обзира да ли је отуђивање ствари учињено теретним или добротиним правним послом (чл. 103. Закона о наслеђивању). У условима конкретног случаја тестватор пок. је пре смрти својом слободно израженом вољом располагао спорном виолином замоливши своју супругу да је после његове смрти без накнаде преда у посед и власништво сестри туженој из већ напред речених мотива, што је супруга тестватора и учинила.

Код таквог стања ствари ревизијски суд сматра да је тужена на основу ваљаног правног основа стекла право власништва на спорној виолини, те да је стога тужбени захтев тужиле за повраћај у посед спорне виолине неоснован.

Са изнетих разлога ваљало је усвајањем ревизије тужене на основу чл. 395. ст. 1. ЗПП преиначити побијану другостепену пресуду и одлучити као у изреци.

(Врховни суд Војводине, пресуда посл. бр. Рев. 500/82. од 17. септембра 1982)

ПРИВРЕДНО ПРАВО

Правни ставови усвојени на Саветовању судија привредних одељења Врховног суда Војводине и виших судова у САПВ, те заменика јавног тужиоца Војводине и окупљених јавних тужилаца који раде на предметима привредних преступа, одржаном дана 29. октобра 1982. године у Новом Саду.

Привредни преступи

Да ли је привредни преступ из чл. 81. ст. 1. тач. 6. Закона о промету робе и услуга у промету робе, уколико правно лице и одговорно лице продају робу која је на тржишту дефицитарна у одређеним количинама које се по налазу поступајућих инспектора сматрају већим (нпр. више од 10 односно 20 dkg кафе, 1—3 kg детерџента за прање веша, више од 2×25 dkg чоколаде за јело и кување и др.)?

Наиме, према одредбама чл. 13. ст. 2. истог Закона није дозвољено да организација удруженог рада која обавља промет робе на мало или на велико бесплатно даје робу потрошачима и радницима у тој организацији нити да продаје робу по нижој цени или да даје друге повластице при куповини робе.

Одговор:

Продаја дефицитарне робе на начин на који се повлашћују одређени потрошачи представља привредни преступ из чл. 81. ст. 1. тач. 6. Закона о промету робе и услуга у промету робе („Сл. лист СФРЈ”, број 52/82). Према томе и продаја такве робе у већим количинама, што је чињенично питање, појединим потрошачима, чиме су повлашћени у односу на друге купце представља овај привредни преступ.

Радна организација чини трошкове репрезентације, рекламе и пропаганде, а наредбодавац за исплату је директор радне организације и комерцијална служба радне организације.

Накнадно трошкови се пребацују на поједине ООУР-е сразмерно бро-

ју запослених у ООУР-у те долази до прекорачења дозвољених исплата по чл. 9. Закона о привременој забрани располагања делом друштвених средстава за исплаћивање дневница за службена путовања, накнаде за превоз на службеним путовањима, издатака за репрезентацију, издатака за рекламу и пропаганду, издатака за ауторске хонораре и издатака по уговору о обављању привремених и повремених послова. Ко је одговоран за учињени привредни преступ — правно и одговорно лице?

Одговор:

Према чл. 9. Закона о забрани располагања делом друштвених средстава („Сл. лист СФРЈ”, број 41/80) казниће се за привредни преступ ако располаже друштвеним средствима противно одредбама овог Закона. Сходно томе и радна организација, чији директор је наредбодавац, која располаже друштвеним средствима противно одредбама овог Закона, чини овај привредни преступ, при чему је без значаја то што се накнадно та средства пребацују на ООУР-е по неком критеријуму.

Да ли се има сматрати да је дело из чл. 4. Закона о привременој забрани располагања делом друштвених средстава за исплаћивање дневница за службена путовања, накнаде за превоз на службеним путовањима, издатака за репрезентацију, издатака за рекламу и пропаганду, издатака за ауторске хонораре, издатака по основу уговора о обављању привремених и повремених послова, у другом полугодишту 1981. године („Сл. лист СФРЈ”, број 40/81) учињено у крајњој нужди од стране радних организација из области пољопривреде, уколико се ти издаци односе на радну снагу која је потребна ради убирања летине, уклањања корова и слично?

Наиме, окривљени се у поступцима бране да је због недостатка хербицида или лошег квалитета дошло до повећања корова што изискује повећање издатке за радну

снагу, што нема делова за поједине машине или што одређене машине нису обезбеђене, што повећава трошкове односно издатке за радну снагу на убирању летине, уклањању корова и слично, што не могу да набаве радну снагу у довољном броју јер је пољопривредна организација или њена економија удаљена од извора радне снаге и друго.

О д г о в о р :

У ситуацији описаној у питању нема услова за примену одредбе чл. 10. Кривичног закона СФРЈ о постојању крајње нужде. Наведене околности од значаја су само за питање утврђивања степена одговорности окривљених у смислу чл. 20. Закона о привредним преступима.

Из Билтена судске праксе (бр. 6)
Врховног суда Војводине

VLADIMIR BAYER: УГОВОР С БАВАОМ. Процеси против чаробњака у Европи а напоје у Хрватској, треће издање, Загреб 1982. године, изд. „Информатор“ (Загреб, Илица 24), стр. 803.

Пред крај прошле године у Загребу је по трећи пут штампана позната књига *Уговор с бавом* др Владимира Бајера, професора Правног факултета у Загребу. Читаоцима *Гласника*, који до сада нису имали прилику да прочитају ову у свему извршну књигу, излажемо овде њезин кратак садржај.

Књига професора Бајера обухвата четири дела: „Историјски развој прогона чаробњака у Европи“, „Процеси против чаробњака у Хрватској“, „Документи о прогону чаробњака у Европи“ и „Документи о прогону чаробњака у Хрватској“.

Професор Бајер пише у овој својој књизи о настанку чаробњаштва и судским процесима против чаробњака. У време прогона чаробњака у Европи, а и много раније, злочин који се стављао на терет чаробњаштва био је *магија*.

Верованје у магијске појаве сустремо већ у најраније доба људске историје. Они који су веровали у те појаве сматрали су да постоје људи који су у стању да производе ефекте што знатно премашују природне људске способности и моћи. Према томе веровању, маги или чаробњаци могли су производити, на пример невреме, болести, сушу, прорицати будућност, лечити, правити успешне љубавне навике, чинити друге постојеће импотентним, и још много тога. Границе моћи чаробњака, према ономе што им се приписивало, могу се означити као границе људске фантазије: чаробњаци или маги могли су постићи све што је човек могао у својој машти замислити.

Они који су се бавили пореклом чаробњачке моћи сматрали су да

чаробњаци добивају своју моћ од неких „виших бића“, која имају много веће способности него човек и која те способности могу пренети на човека. Различите религије су имале различите представе о тим вишим бићима и њиховим односима према човеку. Писац се у своме делу бави схватањима различитих религија о магијским појавама, но највише разматрања посвећује схватањима хришћанске религије, јер су она била одлучна за појаву масовног прогона чаробњака у Европи, а нарочито вештица које представљају посебну групу лица која се баве чаробњаштвом.

Схватање хришћанске религије о пореклу чаробњачких појава заснивало се на наивној причи за коју се тврди да је садржана у јеврејском и хришћанском *Светом писму*. *Свето писмо* старог и новог завета садржи доста прича о чаробњацима и верује у реалност чаробњачких појава. Оно је и било највећа подршка прогонитељима чаробњака. Мишљење оних који пишу веровали у реалност чаробњачких појава и који су чаробњаштво сматрали заблудом или преваром, побијано је позивањем на *Свето писмо*.

Прича о пореклу чаробњаштва укратко гласи овако: Бог је створио људе и анђеле, као и све остало што постоји. Анђели су били, и сада су, бића која по својим способностима знатно наткриљују људе. Они су били, а и сада су, божји службеници који по божјем налогу обављају различите задатке. Из *Светога писма* старог и новог завета разабиремо да им је бог поверавао различите мисије: анђео је

истероа из земаљског раја прве људе (Адама и Еву) због њиховог греха, анђео је извео божјег човека Лота из Содоме пре него што је бог тај град спаљео огњем и сумпором, анђео је наговестио Марији да ће родити Исуса. Има и других места у *Светом писму* која говоре о анђелима као извршницима божјих налога. Велики сликари представљају нам анђеле као врло лепа бића. Теолози су најпре мислили да анђели имају тело „од ваздуха“ (то је мислио нпр. велики црквени учитељ св. Аугустин, 354–430. год.), док су каснији теолози (нпр. силни црквени ауторитет св. Тома Аквински, XIII век, и други схоластички теолози) мислили да су анђели бестелесни духови који, међутим, имају моћ да „узму тело“ (*corpore assumunt*) и пред човеком се појављују у телу. Бог је створио само добре анђеле, који су му били верни и послушни. Но једнога дана, група анђела на челу са анђелом високог ранга, именом Луцифер (Светлоноша), подигла је буну против бога са намером да га свргне са његовог престола. Они су били богу завидни што га људи обожавају и поштују. Хтели су да људи поштују њих, анђеле, а не бога. Бог је, наравно, њихове намере прозрео, и ту групу анђела прогнао из раја у пакао, и претворио их у огавне демоне, које нам уметници представљају као веома ружне сподобе. На челу са својим шефом Баволом (то је бивши анђео Светлоноша, Луцифер), демони од тада ништа друго не раде него заводе људе да обожавају и поштују њих, демоне, а не бога. Теолози сматрају да су анђели из групе побуњеника, који су претворени у демоне, и након пада задржали своје велике способности које су имали као анђели. Стога они могу чинити дела која увелико надмашују људску моћ. Демони се удружују с неким људима против бога тако што са њима склапају уговоре. Таквим уговором човек се одриче бога, и демоне сматра својим господарима. Будући да је уговор двостран, па од њега морају имати користи обе стране, људи који га склапају нешто њиме добивају: чаробну моћ помоћу које могу чинити што обичним људима није могуће. То је теолошка теза о демонском пореклу чаробњаштва или магије у коју

верује сва хришћанска теологија од најстаријих времена хришћанства до данас.

Рекали смо да чаробњаци (маги) могу, по мишљењу оних који верују у реалност магијских појава, уз помоћ демона (Бавола) чинити све што је људска фантазија у стању измислити. Но теолошка је фантазија измислила и једну специјално пугубну везу чаробњака с демонима: полни однос једних са другима. Схоластичка теологија сматра да анђели немају тело, па да га, дакле, ни демони немају. Но анђели и демони могу „узети тело“ када год то хоће. Ако демон хоће полно општити са женом, узима тело мушкарца. Латински се такав демон зове *incubus* јер лежи на жени (*in* латински значи „на“). Ако жели обавити полни акт са мушкарцем, демон узима тело жене. Такав се демон назива *subcubus* јер лежи испод мушкарца (*sub* значи „испод“).

Сва су та схватања, у која су веровали врхунски теолози, врхунски правници, а мало ко онда није веровао, — представљала арсенал разлога који су мотивисали и црквену и световну власт да жестоко наступе против чаробњака. Склапајући уговор са Баволом, чаробњак се одриче бога и свете вере, признаје Бавола за свога господара, па с њим и полно општи, а све је то кривоверство или јерес због које је злочинац, чаробњак (маг) заслужио најтежу казну: да се жив спаљива на ломачи.

Историја прогона чаробњака од стране црквених и световних судова дели се у две временске епохе. У старијој епохи прогонили су чаробњаке због зла што су га чаробном моћи наносили људима: величина казне зависила је од величине зла које је у конкретном случају приписивано чаробњаку или вештини. Ако је маг (мушки или женски) учинио човеку добро (што се сматрало могућом али изузетном појавом), није могао бити кажњен, упркос везе с демоном. Но у петнаестом веку долази до новог гледања на злочин магије. Злочин се схвата стриктно теолошки: као отпад од вере и бога, обожавање Бавола, удруживање с другим људима који су склопили уговор са Баволом у чаробњачку секту. Такво схватање мотивира инквизиторе (по-

себне црквене судије за сузбијање јереси) на посебну строгост. Црква је до тада била противница смртне казне. Но почевши од XIII века мења своје становиште у толико што сматра да њезини судови, додуше и даље не смеју изрицати смртну казну ни против којег злочинца, али зато световна власт, не само да може, него је и дужна да кажњава смрћу јеретике. Ако црквени суд установи да је окривљени јеретик и да казне које црква може изрећи таквом злочинцу (најтежа казна доживотни затвор уз хлеб и воду) нису довољне за величину његовог греха, — црквени суд изриче пресуду којом се осуђени јеретик „предаје световној власти да га она казни“. Световна власт је у таквом случају спаљивала јеретика на ломачи још исти дан у који јој га је црквена власт предала, или у који од следећих дана.

Од петнаестог до осамнаестог века настаје велики талас прогона вештица у Европи према овом другом схватању злочина магије. Много хиљада жена и много мањи број мушкараца постају жртве тих прогона. У тим су процесима органи цркве и државе према окривљеницима, на невероватно безосећајан начин, примењивали мучење (тортуру) којом су постизали окривљениково признање потребно за осуду. Без најужаснијег мучења није се ни могао добити признање свих оних фантастичних и апсурдних делатности због којих је човек био окривљен (физички контакт са ђаволом за време склапања уговора и полног општења, присуствовање масовним састанцима чаробњака и демона итд.). Ти процеси престају крајем осамнаестог века, када је веровање световних власти и европског друштва уопште у реалност чаробњачких појава знатно ослабило.

Вауер приказује у својој књизи прогон чаробњака у Европи и посебно у Хрватској. Он излаже развој теолошке доктрине и световне правне доктрине о чаробњаштву уопште и о злочину магије. Бави се социолошким питањима прогона вештица и чаробњака уопште, узроцима великог проширења тих прогона, као и узроцима њиховог престанка. У књизи су објављени и бројни документи из раздобља судских прогона вештица и чаробњака

уопште, преведени са оригинала на хрватски или српски језик. Латинске документе превели су професори Михајло Лановић и Вељко Гортан, документе са старонемачког језика превео је професор Зденко Шкреб, а документе писане старофранцуским језиком превео је професор Војмир Виња.

Међу документима који се односе на различите европске земље налазе се папске одредбе о питањима прогона чаробњака, изводи из дела писаца онога времена који расправљају о тој теми, пресуде црквене инквизиције у стварима чаробњаштва и пресуде световних судова донесене на основу тих пресуда, документи о процесима световних судова које су ти судови водили против вештица и других чаробњака независно од црквених судова, као и мишљење једног познатог противника прогона вештица из прве половине седамнаестог века, језуите von Spee-а. Збирка докумената о прогону вештица и других чаробњака у Хрватској садржи прописе о кажњавању чаробњаштва, бројне судске документе из процеса против вештица (од којих су најважнији они из XVII и XVIII века), те документе који илуструју престанак прогона вештица у Хрватској у XVIII веку. Нека од тих докумената су у овој књизи први пут објављена, а праћена су напоменама и објашњењима писца које често представљају читаве мале расправе. На основу великог броја извора прошлих времена (нормативних аката, судских списа и литературе), аутор је проблем чаробњаштва у овој књизи научним методима и поступцима обрадио у целини, објашњавајући га са аспеката народне празновернице, теолошког учења и уређења кривичног поступка.

Књига професора Вауера је узбудљиво сведочанство о једном, на срећу, давно прошлом времену и његовим трагичним заблудама. Труд аутора уложен у њено писање је без сумње у сваком погледу оправдан. Студирање ове књиге неопходно је и савременом читаоцу, не само да би упознао једну историјску појаву која је престала да постоји и тако задовољно своју радозналост, већ и да би схватио универзални механизам стварања и одбране људских заблуда, које се у но-

вим облицима јављају и по престанку прогона вештица све до данашњих дана. Као по законитости, човек и друштво су у сталној борби са неким својим заблудама, лако их стварајући да би их се после тешко

ослобађали, па затим опет прихватили друге заблуде, друге догме и друге мржње са свим њиховим трагичним последицама. У том смислу ова изванредна књига још дуго ће бити актуална.

Проф. др Момчило Грубач

СИНИША ПОП-МИТИЋ

На дан 10. XII 1982. године умро је у Београду Синиша Поп-Митић, адвокат у пензији из Старе Пазове.

Синиша Поп-Митић рођен је 20. X 1907. у Београду. Правни факултет завршио је у Суботици 1933. године.

Као адвокат радио је у Приштини, Инђији и Старој Пазови, а овим послом бавио се преко 30 година све до 30. IX 1978. године када је прихватио пензију коју ужива до смрти.

Пре одласка у пензију завршио је све своје послове и испунио све обавезе према многобројним клијентима. Преузиматељ његове адвокатске канцеларије је много пута изнео да у пословима Синише Поп-Митића није било ниједног проблема — ниједне примедбе, било од странака било од суда. Пословна одговорност, педантност, прихватање етике адвоката у нашем друштву, јасни и чисти односи са странкама и колегама из суда и из адвокатуре, особине су које су красиле лик Синише Поп-Митића. Скроман, без истицања своје личности, бавио се најчешће грађанским и ванпарничним стварима, а ту су његове особине испољаване у пуној светлости.

Синиша Поп-Митић показивао је велико интересовање за све проблеме адвокатуре и адвоката и увек се спремно одазивао свим позивима Адвокатских комора.

Весео по природи, увек љубазан и спреман за шалу на свој и туђ рачун, пун дивних људских особина, уживао је висок углед у својој средини и међу адвокатима Срема.

Слободан Антић

У Новом Бечеју је 11. јануара 1983. године преминуо Сава Еремић, адвокат у пензији.

Сава Еремић рођен је 27. јануара 1906. године у Елемиру у земљорадничкој породици. Гимназију учио у Зрењанину, а право студирао у Београду, где дипломира 1931. године. Увек одличан ђак, а без довољно материјалних средстава за школовање, уживао је извесну потпору црквене и политичке општине у Елемиру, а у слободном времену радио у надницу.

После студија ради као судијски приправник у Среском суду у Прокупљу и у Кладову. Од 1932. до 1936. као адвокатски приправник у Зрењанину. Адвокатски испит је положио пред комисијом Апелационог суда у Новом Саду 27. јуна 1934. године. Адвокатску канцеларију отвара у Зрењанину 1. августа 1936. године. За време окупације после краћег прекида рада пресељава се у Нови Бечеј (1942), где остаје све до пензионисања 1972.

Сава Еремић највећи део свог животног и радног века провео је у Новом Бечеју, где је био општепоштована и вољена личност — чика Сава. Разрадио је угледну канцеларију, у којој је сиромашна клијентела добијала бесплатну правну помоћ. Звали су га „сиротињски адвокат“. Није чика Сава никад заборавио сиротињски свет из кога је поникао. Био је скроман, миран, благ и вредан човек. Увек готов за досетку и шалу. Сав се био посветио адвокатском послу, који је обављао у свако доба и без утврђеног радног времена, када му ко дође. Ово је нарочито погодновало сељацима, који су и били његова главна клијентела. Никада није одлазио на одмор, одмарао се радећи. Сем адвокатуре, једино се, и то врло успешно, бавио техником, као хобијем. На овом пољу има чак и неколико изума и више иновација. Тако му је Управа за проналазаштво признала проналазак: „Кружна пећ за опекарске и керамичке производе“ (1952). Смрт га је спречила да патентира проналазак за економично загревање пећи и уштеду енергије у загревању.

Сава Еремић је у младости много научио, а живог и радозналост духа своја знања стално проширивао иако је живео у малој средини, где их је слабо могао користити. Знао је француски, руски, енглески и језике народности — немачки, мађарски, румунски. После ослобођења краће време је предавао француски у нижој гимназији у Новом Бечеју, као хонорарни наставник. Био је то интелектуалац који је живот и рад посветио народу, без позе и без тражења спољних признања. Желео је да буде и остане адвокат и то је био у најлепшем смислу.

Потисје је остало без драгог и правог човека, адвоката чика Саве.

Уређивачки савет:

Председник:

Никола Вујашиковић

судија Врховног 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 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 Здељар*, 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. Рукописи 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 САПВ 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

